



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO**  
**Facoltà di Giurisprudenza**  
**Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza**

**Democrazia dell'ordinamento militare: tra  
provvedimenti tipici e diritti sindacali.**

Relatore:  
Prof. Riccardo Salomone

Laureando:  
Angelo Leonardo

Ordinamento – Militare – Provvedimenti – Diritti – Sindacali

**Anno Accademico: 2017/2018**



<b>INTRODUZIONE .....</b>	<b>5</b>
<b>CAPITOLO 1 - FONTI DELL'ORDINAMENTO MILITARE .....</b>	<b>7</b>
<b>1.1 Premessa .....</b>	<b>7</b>
<b>1.2 Il diritto penale militare. Il codice militare di pace e il codice         militare di guerra: cenni storici .....</b>	<b>9</b>
<b>1.3 La legge sulla disciplina militare: cenni storici .....</b>	<b>17</b>
<b>1.4 Il diritto militare e la Carta Costituzionale .....</b>	<b>21</b>
<b>CAPITOLO 2 – CIRITICITA' DI ALCUNI ISTITUTI DI DIRITTO MILITARE ....</b>	<b>33</b>
<b>2.1 Premessa .....</b>	<b>33</b>
<b>2.2 Ordine illegittimo e disobbedienza .....</b>	<b>36</b>
<b>2.2.1 Contenuto .....</b>	<b>36</b>
<b>2.2.2 La l. 241/1990 e l'ordine militare .....</b>	<b>38</b>
<b>2.2.3 L'esecuzione degli ordini .....</b>	<b>41</b>
<b>2.2.4 Risvolti pratici .....</b>	<b>44</b>
<b>2.3 Trasferimenti d'autorità .....</b>	<b>49</b>
<b>2.3.1 Disciplina e contenuto .....</b>	<b>49</b>
<b>2.3.2 Conseguenze .....</b>	<b>52</b>
<b>2.3.3 Orientamenti minoritari .....</b>	<b>53</b>
<b>2.3.4 Riflessioni conclusive in materia di trasferimento d'autorità                 militare .....</b>	<b>55</b>
<b>2.4 La valutazione del militare .....</b>	<b>58</b>
<b>2.4.1 Contenuto .....</b>	<b>58</b>
<b>2.4.2 Fonti .....</b>	<b>60</b>
<b>2.4.3 Il fine cui è improntata la valutazione .....</b>	<b>60</b>
<b>2.4.4 La natura giuridica della valutazione del militare .....</b>	<b>61</b>
<b>2.4.5 Tipologie di valutazione .....</b>	<b>63</b>
<b>2.4.6 La motivazione dell'attività valutativa .....</b>	<b>64</b>
<b>2.4.7 Rimedi opponibili alla valutazione caratteristica .....</b>	<b>67</b>
<b>2.5 Procedimento disciplinare .....</b>	<b>68</b>
<b>2.5.1 Origine storica delle fonti .....</b>	<b>68</b>
<b>2.5.2 Contenuto e finalità .....</b>	<b>69</b>

2.5.3	Tipologie di sanzioni disciplinari .....	73
2.5.4	La pregiudizialità penale .....	76
2.5.5	Rimedi da opporre alle sanzioni disciplinari .....	77
<b>CAPITOLO 3 - I DIRITTI DEI MILITARI.....</b>		<b>81</b>
3.1	La libera manifestazione del pensiero e i diritti politici del militare .....	81
3.1.1	Premessa.....	81
3.1.2	La libertà di espressione riconosciuta al lavoratore civile ...	82
3.1.3	<i>L'ad hoc balancing</i> svolto dalla giurisprudenza costituzionale in materia di diritti politici .....	84
3.1.4	Il lavoratore militare: l'iscrizione ai partiti politici... ..	87
3.1.5	<i>...e la libertà di manifestazione del pensiero</i> .....	88
3.2	Prima della sentenza n. 120/2018.....	93
3.2.1	l'istituto della rappresentanza militare e i suoi limiti.....	93
3.2.2	La disciplina riservata ai dipendenti della polizia di stato ....	96
3.2.3	La giurisprudenza sul divieto di associazione sindacale previsto dall'ordinamento militare .....	98
3.2.4	Normativa e giurisprudenza europea in materia .....	101
3.3	– L'evoluzione giurisprudenziale italiana .....	105
3.3.1	Premessa.....	105
3.3.2	La sentenza n. 120/2018 .....	106
3.4	Comparazione dell'ordinamento militare con l'ordinamento dei corpi di polizia a ordinamento civile in materia di: libertà di espressione e diritto di associazione sindacale .....	110
3.4.1	Premessa.....	110
3.4.2	In materia di libertà di espressione.....	111
3.4.3	Comparazione in materia di diritti sindacali con l'ordinamento civile riservato alla polizia di stato.....	113
3.4.4	Riflessioni sulla libertà sindacale separata, muovendo dall'esperienza della polizia di Stato.....	116
<b>CONCLUSIONI .....</b>		<b>121</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>		<b>125</b>

## INTRODUZIONE

Il "mondo" militare, *mondo tanto noto quanto ignoto*, è caratterizzato da una disciplina unica e specifica rispetto al resto del panorama costituzionale italiano<sup>1</sup>.

La materia prende il nome di *diritto militare*, espressione con la quale si intende *l'insieme delle norme, delle relazioni giuridiche e delle istituzioni che attengono alla difesa nazionale, come organizzazione complessiva del potere dello Stato; ciò in funzione della sua indipendenza politica, della sua integrità territoriale e della sua capacità di agire come soggetto internazionale sovrano*<sup>2</sup>.

Sono assoggettati al diritto militare coloro che prestano servizio nelle forze armate (Aeronautica, Esercito, Carabinieri e Marina Militare) e nelle forze di polizia ad ordinamento militare (la Guardia di Finanza).

I prestatori di servizio militare sono al servizio della Repubblica e il loro compito è assicurare, in conformità al giuramento prestato e in obbedienza agli ordini ricevuti, la difesa della patria, così come concorrere alla salvaguardia delle libere istituzioni e al bene della collettività nazionale in casi di calamità<sup>3</sup>. Trovano la loro disciplina in un ordinamento giuridico separato, ma non autonomo rispetto allo Stato<sup>4</sup>.

Confrontandosi con il passato si può notare un mutamento del quadro politico istituzionale di sfondo: nei sistemi liberal democratici contemporanei, l'ordinamento militare non può più vantare alcuna forma di autonomia e separatezza istituzionale, ma va ricondotto nell'ambito del generale ordinamento statale così come ricordato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 332/2000<sup>5</sup>.

Con la costituzionalizzazione, infatti, l'ordinamento militare è passato da una concezione istituzionalistica ad una più democratica che lo ha ricondotto nell'alveo dell'ordinamento giuridico e sovrano nel cui ambito gravitano ordinamenti giuridici minori o semiautonomi (pluralità degli ordinamenti giuridici), ossia collettività organizzate secondo particolari norme interne, che trovano il loro limite, oltre che nei principi informati alla natura e al tipo dei rapporti intersoggettivi, anche nei principi e nelle leggi dell'ordinamento giuridico statale in cui si muovono e operano<sup>6</sup>. Questi ordinamenti sono, pertanto, giuridici in quanto riconosciuti, e sono riconosciuti in quanto non contraddicono ai principi e alle norme dello stato (morale, buon costume, ordine pubblico) e perseguono i suoi stessi fini di accrescimento e di sviluppo<sup>7</sup>.

Indispensabile strumento per approcciarsi al tema dell'ordinamento militare è l'interdisciplinarietà, in ragione di una *giungla legislativa e amministrativa* che impone *conoscenze sempre più settoriali*,

---

<sup>1</sup>CLETO IAFRATE, *Obbedienza, ordine illegittimo e ordinamento militare*, Diritto e questioni pubbliche, Palermo, 2016, p. 313.

<sup>2</sup>BASSETTA F., *Lineamenti di diritto militare*, Laurus, Roma, 2002, cit. p.16

<sup>3</sup>Norme di Principio sulla disciplina militare, l. 382/1978, art.1.

<sup>4</sup>BASSETTA F., *Lineamenti di diritto militare*, cit. p.16.

<sup>5</sup>GIOVANNI FIANDACA, *Quale specialità per il diritto penale militare?*, Riv. it. dir. e proc. Pen., fasc.3, 2008, pag. 1059

<sup>6</sup>ROBERTO BIN, GIOVANNI PETRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2018, pag.15.

<sup>7</sup>ROBERTO BIN, GIOVANNI PETRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, cit., pag.15.

*indipendentemente dalle quali i giudici non possono osservare il precetto iura novit curia, individuando e ricostruendo d'ufficio, con le proprie forze, la legislazione da far valere; i giudici, in casi estremi, devono ricorrere alla consulenza di particolari operatori giuridici, che in tal modo diventano veri e propri depositari della corretta applicazione delle leggi*<sup>8</sup>.

La visione ad ampio spettro e l'osservazione da un'angolazione interdisciplinare risulta, quindi, indispensabile strumento di studio per l'analisi del "mondo" militare, la cui dimensione risulta ampiamente integrata dalle diverse fonti del diritto quali costituzione, diritto militare e ordinamento penale e, al tempo stesso, influenzata dalla realtà politologica e sociologica, quali istituzioni di fatto integranti con le realtà circostanti<sup>9</sup>. Una volta postulata la pluralità che caratterizza il tema, ci si può soffermare sull'aspetto giuridico, a partire dall'osservazione delle fonti normativamente essenziali ed utili al funzionamento dell'amministrazione militare e, alle norme di condotta previste per gli appartenenti alle organizzazioni militari che rivestono lo *status militi*.

Il primo capitolo si propone di ricostruire in forma generica il quadro normativo delle fonti per poi, nel secondo capitolo, offrire specifici spunti di riflessione attraverso l'analisi di singoli istituti di diritto militare. Ne verranno sondate le problematicità sia da un punto di vista politico, rispetto alla loro democraticità, sia da un'angolazione più strettamente giuridica, mediante l'analisi delle deroghe previste rispetto all'ordinamento comune. Ciò al fine di comprendere l'opportunità e l'idoneità di tali deroghe, rispetto alle finalità che perseguono.

Infine, nel terzo capitolo si procederà a delineare un quadro di quelli che sono i diritti politici e sindacali degli appartenenti alle Forze Armate, con particolare attenzione alle recenti innovazioni giurisprudenziali di matrice europea e costituzionale. Dichiarato illegittimo il divieto di costituzione di associazioni sindacali per i militari e restando, invece, legittimo e vigente il divieto di aderire ad associazioni sindacali già esistenti, si procederà anche a una comparazione con la disciplina prevista per la Polizia di Stato. Smilitarizzata con la l. 121/1981, può essere fatto tesoro di questa esperienza di un altro settore del comparto sicurezza, la cui differenza principale è che è disciplinato dall'ordinamento civile e non militare, per muovere sapientemente i primi passi nel neonato mondo sindacale militare.

---

<sup>8</sup>PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli Editore, Padova, 1998, p. 233 ss.

<sup>9</sup>FIANDACA e MUSCO, *Diritto Penale parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2008, p. 1060

## CAPITOLO 1 - FONTI DELL'ORDINAMENTO MILITARE

### 1.1 Premessa

Il "mondo" militare, *mondo tanto noto quanto ignoto*, è caratterizzato da una disciplina unica e specifica rispetto al resto del panorama costituzionale italiano<sup>10</sup>.

La materia prende il nome di *diritto militare*, espressione con la quale si intende *l'insieme delle norme, delle relazioni giuridiche e delle istituzioni che attengono alla difesa nazionale, come organizzazione complessiva del potere dello Stato; ciò in funzione della sua indipendenza politica, della sua integrità territoriale e della sua capacità di agire come soggetto internazionale sovrano*<sup>11</sup>.

Sono assoggettati al diritto militare coloro che prestano servizio nelle forze armate (Aeronautica, Esercito, Carabinieri e Marina Militare) e nelle forze di polizia ad ordinamento militare (la Guardia di Finanza).

Le Forze armate sono al servizio della Repubblica e il loro compito è assicurare, in conformità al giuramento prestato e in obbedienza agli ordini ricevuti, la difesa della patria, così come concorrere alla salvaguardia delle libere istituzioni e al bene della collettività nazionale in casi di calamità<sup>12</sup>. Trovano la loro disciplina in un ordinamento giuridico separato, ma non autonomo rispetto allo Stato<sup>13</sup>.

Confrontandosi con il passato si nota come sia mutato il quadro politico istituzionale di sfondo: nei sistemi liberal-democratici contemporanei, l'ordinamento militare non può più vantare alcuna forma di autonomia e separatezza istituzionale, ma va ricondotto nell'ambito del generale ordinamento statale così come ricordato dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 332/2000<sup>14</sup>.

A ben vedere ci troviamo nell'alveo dell'ordinamento giuridico e sovrano nel cui ambito gravitano ordinamenti giuridici minori o semiautonomi (pluralità degli ordinamenti giuridici), ossia collettività organizzate secondo particolari norme interne, che trovano il loro limite, oltre che nei principi informati alla natura e al tipo dei rapporti intersoggettivi, anche nei principi e nelle leggi dell'ordinamento giuridico statale in cui si muovono e operano<sup>15</sup>. Questi ordinamenti sono, pertanto, giuridici in quanto riconosciuti, e sono riconosciuti in quanto non contraddicono ai principi e alle norme dello stato (morale, buon costume, ordine pubblico) e perseguono i suoi stessi fini di accrescimento e di sviluppo<sup>16</sup>.

Indispensabile strumento per approcciarsi al tema dell'ordinamento

---

<sup>10</sup>CLETO IAFRATE, *Obbedienza, ordine illegittimo e ordinamento militare*, Diritto e questioni pubbliche, Palermo, 2016, p. 313.

<sup>11</sup>BASSETTA F., *Lineamenti di diritto militare*, Laurus, Roma, 2002, p.16.

<sup>12</sup>Norme di Principio sulla disciplina militare, l. 382/1978, art.1.

<sup>13</sup>BASSETTA F., *Lineamenti di diritto militare*, cit. p. 16.

<sup>14</sup>GIOVANNI FIANDACA, *Quale specialità per il diritto penale militare?*, Riv. it. dir. e proc. Pen., fasc.3, 2008, pag. 1059.

<sup>15</sup>ROBERTO BIN, GIOVANNI PETRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2018, pag.15.

<sup>16</sup>Ibidem.

militare è l'interdisciplinarietà, in ragione di una *giungla legislativa e amministrativa* che impone *conoscenze sempre più settoriali, indipendentemente dalle quali i giudici non possono osservare il precetto iura novit curia, individuando e ricostruendo d'ufficio, con le proprie forze, la legislazione da far valere; i giudici, in casi estremi, devono ricorrere alla consulenza di particolari operatori giuridici, che in tal modo diventano veri e propri depositari della corretta applicazione delle leggi*<sup>17</sup>.

La visione ad ampio spettro e l'osservazione da un'angolazione interdisciplinare risulta, quindi, indispensabile strumento di studio per l'analisi del "mondo" militare, la cui dimensione risulta ampiamente integrata dalle diverse fonti del diritto quali costituzione, diritto militare e ordinamento penale e, al tempo stesso, influenzata dalla realtà politologica e sociologica, quali istituzioni di fatto integranti con le realtà circostanti<sup>18</sup>. Una volta postulata la pluralità che caratterizza il tema, ci si può soffermare sull'aspetto giuridico, a partire dall'osservazione delle fonti normativamente essenziali ed utili al funzionamento dell'amministrazione militare e, alle norme di condotta previste per gli appartenenti alle organizzazioni militari che rivestono lo *status militi*, ed infine, alle norme che disciplinano i rapporti interorganici e intersoggettivi<sup>19</sup>.

Questo primo capitolo si propone di ricostruire in forma generica il quadro normativo delle fonti, per poi, nel secondo capitolo, offrire specifici spunti di riflessione attraverso l'analisi di singoli istituti di diritto militare, sondandone la problematicità sia da un punto di vista politico, rispetto alla loro *democraticità*, sia da un'angolazione più strettamente giuridica, mediante l'analisi delle deroghe rispetto all'ordinamento comune, e l'opportunità delle stesse deroghe rispetto alle finalità perseguite e specularmente agli altri ordinamenti giuridici vigenti in altri e diversi contesti lavorativi.

Le fonti – *latu sensu* - del diritto militare sono eterogenee: vi sono le fonti di rango costituzionale, le leggi ordinarie, i regolamenti. Poi compaiono le "*norme di diritto interno*", circolari, note, ordini, istruzioni e regolamenti interni che, pur non propriamente fonti del diritto, atteso che in nessuna disposizione (al di là di quelle riguardanti la potestà regolamentare) è riconosciuto alla Pubblica Amministrazione il potere di creare fonti normative interne, in campo militare assumono particolare valore in relazione alla stringente organizzazione gerarchica che lo contraddistingue<sup>20</sup>.

A livello definitorio si può dire che la circolare è un mezzo finalizzato alla circolazione di informazioni, comunicazioni o interpretazioni, ovvero costituisce una modalità di esternazione di ordini di servizio che un organo, gerarchicamente sovraordinato, emana nei confronti di uffici o articolazioni<sup>21</sup>. Si può quindi concludere che la potestà di adottare circolari sia riconducibile al potere di supremazia gerarchica di cui è dotato l'organo emanante nei confronti dell'articolazione destinataria che, nel caso delle organizzazioni militari, può

---

<sup>17</sup>PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli Editore, Padova, 1998, p. 233 ss.

<sup>18</sup>FIANDACA e MUSCO, *Diritto Penale parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2008, p. 1060.

<sup>19</sup>BASSETTA F., *Lineamenti di diritto militare*, cit, pp. 16 ss.

<sup>20</sup>NICOLO' POLLARI e FORTUNATO LORIA, *Diritto Amministrativo*, Laurus Robuffo, Roma, 2004, p. 44 ss.

<sup>21</sup>NICOLO' POLLARI e FORTUNATO LORIA, *Diritto Amministrativo*, cit., p. 44 ss.

addirittura estendersi all'intero Corpo o Arma cui è destinata qualora emanata dallo Stato Maggiore di Forza Armata o dai Comandi Generali per i Carabinieri e per la Guardia di Finanza.

I comandi generali hanno funzioni di alta direzione, pianificazione, programmazione, indirizzo e controllo delle attività istituzionali del corpo<sup>22</sup>, e verranno fornite informazioni sul loro funzionamento e sul loro ruolo gerarchico, durante questo primo capitolo.

La frammentazione e stratificazione della disciplina ha spinto il legislatore a compiere nel tempo vari tentativi di riordino, di cui il più recente risale al 2010, anno nel quale sono stati emanati:

–il d. lgs. 66/2010, ovvero il Codice dell'Ordinamento Militare (detto COM).

–il D.P.R. 90/2010, ovvero il Testo Unico disposizioni Regolamentari in Materia di Ordinamento Militare (detto TUROM).

I due testi raccolgono le disposizioni vigenti in materia di organizzazioni funzionamento e attività della difesa e sicurezza militare e delle Forze armate (Aeronautica, Esercito, Marina Militare e Arma dei Carabinieri) e delle Forze di Polizia ad ordinamento militare (Guardia di Finanza).

A queste fonti, che potremmo definire relative alla disciplina e all'organizzazione dell'attività amministrativa militare, si aggiunge il diritto *penale* militare, i cui codici di riferimento sono il *Codice Penale Militare di Pace* e il *Codice Penale Militare di Guerra*.

I due testi normativi descrivono i reati *propri* dei militari a seconda che corrano tempi di pace o di guerra. La diversificazione, e la conseguente sanzione derivante dalla differente valutazione dei comportamenti indicati nei precetti normativi di cui si argomenta, trovano naturale giustificazione nei diversi contesti operativi e di congiuntura in cui essi si svolgono, ovvero le circostanze di pace e di guerra in cui vengono contestualizzati.

## **1.2 Il diritto penale militare. Il codice militare di pace e il codice militare di guerra: cenni storici**

Come accennato, il quadro normativo risulta particolarmente frastagliato a causa della sua articolazione in plurime fonti di diverso rango e -come di consueto- espressione di differenti periodi storici. Va sottolineato che le fonti, spesso, siano così risalenti da causare un inevitabile anacronismo rispetto ai cambiamenti avvenuti in una società in costante e rapida evoluzione. Ciò è avvenuto nonostante i tentativi di aggiornamento della disciplina (guardasi il decreto d. lgs. 66/2010, ovvero il codice dell'ordinamento militare, dove sono confluite le norme primarie precedentemente contenute nella norma di principio sulla disciplina militare l. 382/1978, che la l. 599/1954 e la l. 113/1954).

In tal senso, bisogna registrare il lento moto con cui si evolve il diritto militare rispetto a ciò che, con la locuzione "diritto vivente", viene registrato nel

---

<sup>22</sup><http://www.gdf.gov.it/chi-siamo/organizzazione/reparti/il-comando-generale>, 16/10/2018.

progredire del diritto in generale<sup>23</sup>.

Tale locuzione ha assunto molteplici significati nell'elaborazione della dottrina e della giurisprudenza. Da quelli che traggono origine dal principio di effettività, nato dalle penne dei glossatori, passato attraverso la dottrina strutturalista e quella istituzionale ed infine utilizzato anche dalla dottrina giusciviltistica, a quelli che si riconducono al diritto giurisprudenziale consolidato o, più in generale, al diritto filtrato dall'interpretazione dei giudici, dall'opinione della dottrina, dalla prassi amministrativa e dai comportamenti sociali in genere.

Formante fondamentale del diritto vivente, è la "coscienza sociale", sintagma ricorrente in numerose sentenze della Corte Suprema di Cassazione, le quali, in non poche altre occasioni, fanno riferimento alle locuzioni "coscienza comune", "sentimento sociale", "comportamento sociale", quali elementi che concorrono alla realizzazione di un diritto effettivo, distinto da quello scritto, cui è affidata la tutela dei diritti soggettivi.

La coscienza sociale trova espressione negli orientamenti consolidati della giurisprudenza e nelle opinioni comuni della dottrina, che attribuiscono alle norme una portata e un significato effettivi, che possono discostarsi anche notevolmente dal significato assunto dalla proposizione normativa scritta.

I formanti del diritto vivente assumono particolare rilievo nell'epoca in cui il diritto scritto proviene dalle fonti di una pluralità di ordinamenti -talora collidenti- e il diritto giurisprudenziale, che promana dalle concrete applicazioni da parte delle diverse Corti nazionali e sovranazionali. Le decisioni si pongono tra loro in continua tensione dialogica costituendo, così, un mosaico giurisprudenziale che genere e forma diritto. In tale dialogo, la diversità tra il diritto scritto e il diritto effettivo si arricchisce della rilevanza attribuita alle tradizioni costituzionali comuni e alle radici storiche e culturali dei diversi ordinamenti, a cui bisogna aggiungere gli orientamenti del diritto internazionale ed europeo.

Superfluo indicare che i diritti soggettivi dei militari trovano particolare affievolimento, nell'odierno ordinamento, anche se, come si avrà modo di esplicitare più avanti, flebili segnali di apertura si osservano anche in questo campo.

Il diritto penale militare italiano è contenuto in una codificazione autonoma che disciplina sia le norme incriminatrici delle condotte costituenti reati militari – creando non pochi problemi di compatibilità con la Costituzione e il diritto penale comune- sia sulle norme che regolano la procedura dei processi militari innanzi le Corti Militari previste dall'art. 103 della Costituzione.

Il diritto penale militare disciplinato dai codici gode di autonomia e specialità che si sono storicamente affermate quale riflesso di un retroterra culturale, politico e sociologico, che oggi largamente non è più esistente<sup>24</sup>.

*In conseguenza di ciò, va riconsiderata l'opportunità di un tale sistema di reati e pene a carattere specificatamente militare. Sorge spontaneo il dubbio circa un diritto penale militare quale residuo atavico del passato. Secondo questa visione, il diritto penale militare sarebbe effetto di quella inerzia tipica di non pochi fenomeni giuridico-istituzionali, che tendono a sopravvivere come tradizione anche quando la loro utilità originaria è ormai tramontata.*

---

<sup>23</sup>PALADIN, *Diritto Costituzionale*, cit., pp. 233 ss.

<sup>24</sup>FIANDACA e MUSCO, *Diritto Penale parte generale*, cit., p. 1060.

La ricostruzione della ragione giustificatrice della specialità militare non è agevole.

La motivazione risalente sarebbe di carattere politico istituzionale: l'idea che l'istituzione militare, quale universo a sé stante che vive una vita propria basata su valori e regole peculiari, necessiti anche di un modello di giustizia altrettanto differenziato.

Secondo la formula di sintesi proposta da Giovanni Fiandaca *il diritto penale militare tenderebbe ad atteggiarsi più come diritto penale di specifici tipi di autori e di doveri speciali, che non come diritto penale di corrispondenti beni giuridici e di corrispondenti offese*<sup>25</sup>.

I due codici sopra menzionati, il 'codice penale militare di pace' e il 'codice penale militare di guerra', sono risalenti al regio decreto n. 303/1941. Furono promulgati dal re Vittorio Emanuele e dal duce Benito Mussolini e sono di derivazione e ispirazione fascista.

È principalmente allo stampo fascista dei codici e ai principi preesistenti allo stato di diritto, che da sempre sottendono all'organizzazione militare, che va ricondotta la natura rigida e corporativista delle forze armate e dei corpi di polizia ad ordinamento militare.

La logica caratterizzante dell'organizzazione militare è che essa sia governata da una politica ristretta, settoriale, verticistica e indissolubilmente legata ai concetti di ordine e gerarchia.

Tali principi sono derivanti dall'introduzione e dalla trasformazione, all'interno dei moderni eserciti, di antiche regole cavalleresche fondate sull'onore e accettate dallo Stato più per tradizione che per convinzione, in nome di una pretesa "supremazia sociale" dell'ordinamento militare rispetto all'ordinamento civile. Si pensi alla regola dell'onore su cui si basa tutto l'ordinamento militare e che consiste in quell'insieme di virtù - onestà, lealtà, rettitudine, fedeltà, giustizia, imparzialità, coraggio spirito di sacrificio<sup>26</sup> - il cui possesso è considerato dai militari come supremo criterio di distinzione e apprezzamento, e che la maggior parte dei comandanti militari ritiene di possedere, e di dover gelosamente custodire<sup>27</sup>.

Nei suoi tratti originari il diritto penale militare è profondamente permeato da quell'insieme di esigenze funzionali e di valori che, in senso idealtipico, connotano l'esercito considerato nella sua triplice dimensione organizzativa, ideologica ed etica. Si tratta di valori ibridi, che evocano per un verso l'archetipo del guerriero eroico e per altro verso la tipologia del burocrate disciplinato e razionalmente calcolatore.

Com'è stato ben osservato *i valori eroici, guerrieri, aristocratici ed*

---

<sup>25</sup>Ibidem.

<sup>26</sup>*Rivista della Guardia di Finanza* 52,5,93 che riporta il parere n. 48 dell'adunanza generale del Consiglio di Stato del 30.5.1991.

<sup>27</sup>CLETO IAFRATE, *Obbedienza.*, cit., p. 321: "il capo viene dipinto da un autore che andava per la maggiore prima dell'ultima guerra, A. Tallarigo, come una sorta di superuomo, un semidio vivente in una sua torre d'avorio [...] Si parla della vocazione del capo di razza che si sente e si crede investito di una missione: dirigere gli altri, sentimento che si traduce nella solennità dei gesti. Nel tono grave e deciso della sua voce, nel portamento della testa [...] nella serena fiducia in sé che mette ai suoi piedi quelli che ei vuol guidare" (INTELISANO 1987, 16).

*anarchici, devono coesistere con i valori della rigida disciplina, del calcolo razionale, dell'ordine, dell'economicità, che sono i valori tipici della società burocratizzata; e tale convivenza non è facile. I valori della prima categoria forniscono al militare la sua auto-immagine specifica, che lo distinguono dal resto della società e ne alimentano le peculiarità: essi gli ricordano che la sua è l'unica categoria di professionisti cui la società richiede, in caso di necessità, anche il sacrificio della vita*<sup>28</sup>.

Il codice militare di pace attualmente in vigore, emanato il 20 febbraio 1941, [...] contiene: un elenco di reati militari -cioè di comportamenti vietati al militare -, le norme per l'accertamento degli stessi e le relative pene per chi è riconosciuto colpevole.

È assai più pesante della legislazione ordinaria: molte azioni che per la giustizia ordinaria sono lecite o considerate infrazioni lievi diventano reati anche gravi per la giustizia militare.

Chiarire la definizione di reato militare non è cosa semplice. Neanche l'art. 37 c.p.m.p. fornisce un valido supporto ad un tentativo di definizione, limitandosi a darne un'accezione meramente formale: "Qualunque violazione della legge penale militare è reato militare.

È reato esclusivamente militare quello costituito da un fatto che, nei suoi elementi materiali costitutivi, non è, in tutto o in parte, previsto come reato dalla legge penale comune."

L'articolo in questione aggiunge, però, che è reato esclusivamente militare quello costituito da un fatto che, nei suoi elementi materiali costitutivi, non è, in tutto o in parte, previsto come reato dalla legge penale comune<sup>29</sup>.

Si tratta quindi di un diritto penale *speciale*, che prevede una serie di *reati propri* -ovvero commettabili solo dagli appartenenti ai corpi militari- e di applicazione solo *residuale* rispetto alla disciplina comune. Questa nozione risulta ampliata dalle Linee Guida fornite dal Ministero della Difesa nel 2006, che recitano a pagina 5: "Trattasi, in sintesi, di comportamenti che, pur attenendo alla disciplina, hanno in più la possibilità di condizionare negativamente l'efficienza delle Forze armate ovvero la loro idoneità allo svolgimento dei compiti previsti dalla legge, configurando una lesione di interessi sostanziali dello Stato. I reati contro la disciplina militare sono pertanto posti a tutela non tanto della disciplina di per sé, per il rispetto della quale sono già previste apposite sanzioni amministrative, quanto della efficienza dell'apparato militare quale strumento di difesa dello Stato".

Con questa precisazione si apre quindi ad una restrizione delle ipotesi di reato militare, che vengono quindi circoscritte ai soli casi in cui la condotta risulti essere nociva ai fini cui le Forze Armate sono preordinate.

Il concetto di reato militare era inizialmente retto dalla logica penalistica della *specialità dei doveri violati* e va quindi traslato nell'attuale lessico *della teoria del bene giuridico*, perché se ne possano comprendere a pieno contenuto

---

<sup>28</sup>R. STRASSOLDO, *Dizionario di sociologia*, a cura di F. Demarchi e A. Ellena, Roma, 1976, Milano, pagg. 279 ss.

<sup>29</sup>ROBERTO BONANNI, *La Costituzione e la Giurisdizione penale: alcuni spunti di riflessione*, *Giur. Cost.* fasc. 4, 1995, p. 3104.

e relativi limiti.

Tuttavia, al fine di evitare un mero cambio di etichette, è bene che della teoria del bene giuridico venga privilegiata soprattutto la funzione critica, onde evitare che ridefinire formalmente "bene" quello che la dottrina più antica chiama "dovere", abbia alla fine l'effetto quasi automatico di ri-legittimare buona parte del diritto penale militare trasfuso nelle legislazioni storiche di fine Ottocento.

Ammettendo che disciplina e servizio siano qualificabili come beni giuridici in senso proprio, e non retorico, non sono sicuramente concetti afferrabili, concreti, ma a carattere normativo-istituzionale e a spettro ampio, affievolendone così il potenziale lesivo della *singola* condotta tipica.

Rimane l'inconveniente di ordine pratico-probatorio: non sempre risulterà facile provare che da singole condotte trasgressive della disciplina, o disfunzionali rispetto al servizio, derivano conseguenze dannose o effettivamente pericolose per beni o interessi ad ampio spettro come la sicurezza o l'efficienza delle truppe.

In non pochi settori dello stesso diritto penale comune, non a caso caratterizzati dalla presenza di beni giuridici collettivi a carattere immateriale o istituzionale, si ripropone infatti una analoga difficoltà di incentrare l'incriminazione di ogni singola condotta tipica sulla sua idoneità a provocare danni o pericoli concreti. Da questo punto di vista, non esiste allora una vera e propria specialità strutturale tipica dei soli beni giuridici militari<sup>30</sup>.

Questo problema ha trovato un'esemplificazione paradigmatica, nell'ordinamento penale militare italiano, in una questione di costituzionalità sollevata in rapporto alla fattispecie di insubordinazione<sup>31</sup>. Nella formulazione normativa originaria (risalente al 1941), questa fattispecie sanzionava con la stessa pena (ergastolo) il militare che usasse violenza contro un superiore - così violando innanzitutto un dovere di subordinazione gerarchica -, a prescindere dal fatto che l'aggressione a sua volta sfociasse in un omicidio consumato, in un omicidio tentato ovvero in un omicidio preterintenzionale<sup>32</sup>.

In questo modo, la specializzazione in chiave militare dell'incriminazione finiva con l'attribuire alla violazione del rapporto gerarchico un peso così assorbente, tale da appiattire la rispettiva differenza di gravità che, nel codice penale comune, giustifica la diversificazione di trattamento punitivo tra il reato consumato e il reato tentato, il reato doloso e il reato preterintenzionale<sup>33</sup>.

Ciò generando un appiattimento illegittimo per violazione di principi generali che oppongono un limite invalicabile alla stessa pretesa di specialità, così come espresso nell'orientamento manifestato dal giudice delle leggi italiano in una nota e importante sentenza emessa nel 1979<sup>34</sup>. Nel dichiarare l'incostituzionalità della originaria disciplina del reato di insubordinazione, la Corte costituzionale non ha invero negato la possibilità per il legislatore di creare una fattispecie speciale orientata in senso militare; essa ha stigmatizzato

---

<sup>30</sup>GIOVANNI FIANDACA, *Quale specialità per il diritto penale militare?*, Riv. it. dir. e proc. Pen., fasc.3, 2008, pag. 1059.

<sup>31</sup>Ibidem.

<sup>32</sup>Ibidem.

<sup>33</sup>Ibidem.

<sup>34</sup>Ibidem.

un'eccessiva specialità determinata da una deroga sproporzionata rispetto ai principi generali, in quanto la previsione di un trattamento punitivo unico per condotte tra loro diversissime nel diritto penale ordinario, determina "uno stravolgimento dell'ordine dei valori messi in gioco: antepoendo la disciplina militare (...) a quel bene supremo dell'ordinamento costituzionale e penale (...) che è il diritto alla vita" (Corte cost. n. 26/1979).

Prendendo spunto da questa importante sentenza, sembra plausibile formulare in termini più generali il seguente assunto: la specialità della tutela penale militare incontra un limite invalicabile nel rispetto di principi penalistici che assurgono, nel contempo, a principi generali dell'ordinamento giuridico; e ciò vale senz'altro per tutti i principi penalistici di rilevanza costituzionale.

La *consegna* è una prescrizione doverosa in ordine alle attività demandate al militare: il fatto che esista una consegna relativa al servizio contribuisce a designare il presupposto applicativo della fattispecie. La precisazione del contenuto della consegna è fondamentale nella individuazione della condotta che configura il reato.

Come ormai costantemente ribadito da dottrina e giurisprudenza, per aversi "consegna" idonea a configurare il reato di violazione ex art.120 c.p.m.p. non è sufficiente la "*vigenza di disposizioni generali ed astratte che disciplinino un determinato tipo di servizio, ma occorre invece un intervento dell'autorità responsabile del servizio che, per un concreto servizio da svolgere, trasmetta la normativa al militare tenuto ad osservarla*".

Per la configurazione del reato di violata consegna, pertanto, è necessaria l'esistenza di una "*consegna precisa, che determini tassativamente e senza spazi di discrezionalità quale debba essere il comportamento del militare in servizio*", in quanto la norma tende a tutelare le modalità di svolgimento del servizio, dalle quali non è dato discostarsi neppure al fine di conseguire meglio lo scopo del servizio<sup>35</sup>.

Qualora il militare disattenda l'ordine ricevuto e specificato nella consegna, allora si configurerà il reato in questione, per il quale sarà competente il Tribunale militare ex art. 103 Costituzione, essendo la giustizia militare separata -ma limitata- rispetto alla giustizia comune, come si spiegherà più in avanti in questo capitolo.

Le differenze con l'ordinamento riservato ai civili, non si esaurisce solo in una tipizzazione di condotte criminose, i reati militari, e nella previsione di un processo con una sua procedura e suoi particolari tribunali, ma ricadono anche sul momento successivo, ovvero in ambito punitivo-rieducativo.

La stessa sanzione penale, la pena detentiva, può assumere in ambito militare connotazioni peculiari, come è comprovato dalla legislazione vigente. L'ordinamento italiano, infatti, prevede una forma speciale di reclusione definita appunto *reclusione militare*, la cui caratteristica più significativa che vada eseguita in stabilimenti di pena appositi, differenziati dagli stabilimenti penitenziari comuni: le finalità perseguite con la previsione degli istituti

---

<sup>35</sup>Cass. Sez. 1, ud. pubbl. 19 gennaio 2000, in / *Rassegna Giustizia Militare Bimestrale di Diritto e Procedura Penale Militare*, 2000, in [https://www.difesa.it/Giustizia\\_Militare/Rassegna/Bimestrale/2000/Pagine/Vol46CCass20.aspx](https://www.difesa.it/Giustizia_Militare/Rassegna/Bimestrale/2000/Pagine/Vol46CCass20.aspx).

penitenziari separati sono quelle di evitare che il militare subisca il condizionamento negativo del carcere comune e, nello stesso tempo, di consentirgli una espiazione della pena in termini compatibili con la disciplina e l'addestramento militare. Si comprende come si sia profilato in questo modo un concetto di rieducazione militare come modello più specifico che si affianca al più generale modello di rieducazione riferibile al delinquente comune.

"Il delinquente militare dimostra di essere un cattivo militare oltre che un cattivo cittadino, sicché non basta, per la sua rigenerazione, la rieducazione alla vita sociale, ma occorre principalmente il suo recupero per la compagine militare"<sup>36</sup>.

La legittimità della previsione di una reclusione militare differenziata è stata avallata dalla Corte Costituzionale: "nel quadro della odierna integrazione dell'ordinamento militare in quello statale", il fondamento della reclusione militare consisterebbe "in una particolare funzionalizzazione della reclusione del condannato al dovere costituzionale di difesa della patria, attuale e non virtuale quando sia collegato alla qualità del cittadino alle armi" (Cort. Cost. n. 414/1991).

Rimane tuttavia ancora da comprendere che cosa davvero connoti la specialità rieducazione militare. Che si tratti di qualcosa di contenutisticamente diverso dalla rieducazione ordinaria, sembra lecito dubitare, specie nell'attuale momento storico. A riprova del tendenziale ridimensionamento delle ragioni di tradizionale diversificazione del trattamento punitivo, depone del resto quieta circostanza incontestabile quanto significativa: la stessa Corte Costituzionale italiana, pur avendo avallato il concetto specifico di rieducazione militare, ha per altro verso favorito un processo di crescente omogeneizzazione tra sistema sanzionatorio comune e sistema sanzionatorio militare, riconoscendo la legittima operatività anche nel secondo di sanzioni sostitutive, misure alternative, e benefici premiali concepiti in origine per i reati comuni<sup>37</sup>.

Integra il 'codice militare in tempo di pace', il 'codice militare in tempo di guerra', che contiene la previsione dei reati militari di guerra e un ordinamento giudiziario militare, con propri tribunali militari e procedure assai più sbrigative di quelle civili e diritti molto minori per la difesa degli accusati<sup>38</sup>.

Va segnalato che il codice militare di guerra ha a lungo conservato una deroga significativa all'ordinamento: la previsione della pena di morte. Rimase in vigore, nel codice penale militare di guerra, fino al 1994 a testimonianza di come l'ordinamento militare risulti spesso impermeabile ai venti del "diritto vivente".

Ad esempio, l'art. 51 del c.p.m.g. disponeva:

*"Il militare che commette un fatto diretto a favorire le operazioni militari del nemico ovvero a nuocere altrimenti alle operazioni delle forze armate dello Stato è punito con la morte".*

---

<sup>36</sup>M. NICOLOSI, *Realtà e prospettive in tema di esecuzione e di trattamento penitenziario nei confronti del militare*, in Rass. Studi penitenziari, 1973, pag. 68.

<sup>37</sup>F. COPPI, *Difesa della Patria, Obiezione di coscienza e reati militari*, in Aa. Vv., *Diritto penale e giurisprudenza Costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006, pag. 301 ss.

<sup>38</sup>GIORGIO ROCHAT, *I diritti del soldato*, Milano, 1978, p.7 ss.

La pena di morte trovava applicazione in questa come in altre norme del codice penale militare di guerra, nonostante in Italia la pena capitale fosse già stata abolita nel novembre 1888 sotto la spinta di sommi giuristi e dell'opinione pubblica. Il nuovo Codice Penale Zanardelli abolì la pena capitale per i crimini comuni. Il desiderio di fornire al mondo un esempio di legislazione avanzata aveva vinto sulle obiezioni dei fautori del patibolo. Purtroppo, però l'abolizione era ben lungi dall'essere definitiva.

Fu il fascismo a fare tornare il boia nel nostro paese. Le "leggi fascistissime" del 9 novembre 1926 punivano con la morte gli attentati al re e al duce. Poi con il Codice Rocco la pena di morte fu allargata agli omicidi comuni. È doveroso rammentare che i fascisti furono costretti a realizzare il loro Tribunale Speciale nel dato che la Magistratura non era disponibile a esaudire i loro desideri, come invece lo fu quella tedesca nei confronti del regime nazista.

L'Italia abolì nuovamente la pena di morte subito dopo la fine della guerra così come Austria e Germania.

La Costituente repubblicana non poteva che intraprendere una simile scelta, ma lo fece con riserva, lasciando come ipotesi isolata l'articolo 27 Cost. che recitava: "*Non è ammessa la pena di morte se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra*".

Il 13 ottobre 1994 il nuovo Codice Militare di Guerra sostituì la pena di morte con la pena dell'ergastolo, ma solo il 25 Ottobre 2007 entrò in vigore una legge fatta di un solo articolo: "Al quarto comma dell'articolo 27 della Costituzione e le parole "se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra" sono soppresse. L'Italia così è entrata a far parte dei 100 paesi abolizionisti totali della pena di morte

Si osserva come la semplice cancellazione del termine "pena di morte" dalla nostra Costituzione, che pareva cosa di poche settimane, richiese un tempo lunghissimo a dimostrazione che, dietro un unanimità di facciata, non sono pochi i politicanti italiani che amerebbero "provare pubblicamente che si è pronti a assumere ciò che ci fa orrore quando ne vada della difesa della collettività"<sup>39</sup>.

Altro spunto riguarda l'ambito di applicazione del codice penale militare di guerra, ovvero rispetto a quali circostanze trova applicazione.

È un dato di fatto che la riflessione penalistica abbia trascurato finora a livello teorico il diritto penale bellico come verosimile conseguenza di una resistenza ideologica, della stessa cultura penalistica contemporanea, a confrontarsi senza ipocrisie e pudori con i problemi che i conflitti bellici pongono al diritto penale.

Stando così le cose, la dottrina è giunta poco preparata rispetto alla questione di quale sia il diritto applicabile nell'ambito delle missioni militari all'estero e se debbano essere considerate come operazioni disciplinate dal codice militare di guerra<sup>40</sup>. La scelta italiana, se comparata con quella compiuta da altri Stati europei, risulta essere piuttosto singolare. Pressoché tutti gli Stati europei hanno esteso ai militari in missione fuori dai confini nazionali l'applicabilità della normativa militare di pace.

---

<sup>39</sup><http://www.labottegadelbarbieri.org/breve-storia-dellabolizione-della-pena-di-morte-in-italia/>

<sup>40</sup>GIOVANNI FIANDACA, *Quale specialità per il diritto penale militare?*, Riv. it. dir. e proc. Pen., fasc. 3, 2008, pag. 1059.

In Italia, invece, si è seguito un orientamento contraddittorio: in occasione della partecipazione italiana all'intervento militare "Enduring Freedom" in Afghanistan, governo e parlamento hanno, nel 2001/2002, deciso l'applicabilità del codice penale di guerra (sia pure con la contestuale introduzione di modifiche e innovazioni normative finalizzate a integrarlo, aggiornarlo e depurarlo degli aspetti più autoritari sicuramente incompatibili con la Costituzione); invece nel 2006 si è assistito a un revirement, con un ritorno all'applicazione del codice penale di pace in tutte le missioni internazionali, comprese quelle in Afghanistan e in Iraq<sup>41</sup>.

### 1.3 La legge sulla disciplina militare: cenni storici

Oltre ai due codici appena menzionati, altro pilastro normativo del diritto militare è la 'disciplina militare'.

Per disciplina militare si intende il complesso dei doveri la cui osservanza è tenuto il militare e quale debba essere l'*habitus* comportamentale al rispetto di quei doveri<sup>42</sup>.

Sempre alla disciplina militare spetta dettare il sistema sanzionatorio da attivare in caso di infrazioni dello stesso testo legislativo o di altri disciplinanti gli obblighi dei militari.<sup>43</sup>

Secondo l'art. 1346 del Codice Ordinamento Militare, la disciplina militare costituisce regola fondamentale per i cittadini alle armi, quale principale fattore di coesione e di efficienza. Comporta, pertanto, l'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare in relazione ai compiti istituzionali delle Forze Armate e alle esigenze che ne derivano.

Ne consegue un rapporto di stretta contiguità tra l'illecito penale militare, disciplinato nei codici di cui si è detto nel precedente paragrafo, e l'illecito disciplinare, generando così una certa confusione tra dimensione giuridico penale e dimensione etica<sup>44</sup>.

La disciplina militare, in altri termini, è quell'insieme inscindibile di norme che stabilisce i doveri di comportamento e le relative sanzioni poste a salvaguardia della realizzazione di tali doveri<sup>45</sup>.

La disciplina fu innovata dalla 'Legge sulla disciplina militare' n. 382/1978, poi confluita tra TUROM (Testo Unico disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare) e COM (Codice Ordinamento Militare).

Vale la pena soffermarsi, almeno qualche riga, sul contenuto del regolamento, poi divenuto decreto, del '64, e sulla sua genesi legislativa. Ciò al fine di ripercorrere storicamente e politicamente, quale sia stato il diverso atteggiamento delle istituzioni legiferanti nei confronti del mondo militare.

Concentriamoci innanzitutto sulla sua normo-genesi: il regolamento fu

---

<sup>41</sup>GIOVANNI FIANDACA, *Quale specialità per il diritto penale militare*, cit., pag. 1059.

<sup>42</sup>CLETO IAFRATE, *Obbedienza, ordine illegittimo*, cit., pp.322 ss.

<sup>43</sup>Ibidem.

<sup>44</sup>Ibidem.

<sup>45</sup>Guida tecnica 2014 sulla *Disciplina militare*, cap. 1 par. 2.

proposto dall'allora ministro della Difesa Giulio Andreotti, durante il mandato del governo guidato da Aldo Moro, approvato con decreto il 31 ottobre 1964<sup>46</sup>.

Venne tacciato di essere incostituzionale dagli ambienti di sinistra e dal movimento dei militari democratici: movimento di lotta formatosi negli anni '70 per la conquista di maggiori diritti per gli appartenenti alle forze armate<sup>47</sup>.

La denuncia del ritardo degli istituti militari emergeva dagli stessi militari ed in particolare la protesta più insistente e organizzata veniva da coloro che appartenevano al rango di sottufficiali.

A proposito, in *'Sotto le Stellette'* scrivevano:

*"Il Regolamento del '64 riguarda sicuramente l'uso delle facoltà spettanti al potere esecutivo, ma non è passato attraverso la necessaria delibera del Consiglio dei ministri (che quindi non lo ha discusso), né è stato vagliato dal Consiglio di Stato: il preambolo recita infatti che esso è stato decretato dal presidente della Repubblica su proposta del ministro della difesa, sentito il parere del Consiglio superiore delle forze armate"*<sup>48</sup>.

L'accusa di incostituzionalità argomentava che la norma, generata con decreto, e quindi per atto interno del Ministero della Difesa, fu in questo modo sottratta al controllo dell'opinione pubblica e degli interessati<sup>49</sup>.

Oltre che di incostituzionalità, il decreto era tacciato anche di inefficacia.

Il testo del decreto, infatti, non fu mai pubblicato in Gazzetta Ufficiale, il che, *ex lege*, ne comportava una totale inefficacia<sup>50</sup>.

Ma i problemi del decreto del 1964 non erano solo inerenti alla sua illegittima formazione procedurale. L'accusa di incostituzionalità fu mossa anche con inerenza all'aspetto contenutistico-sostanziale.

Garantiva, ad esempio, la possibilità per le autorità militari di mettere in cella per settimane o per mesi i soldati senza alcuna garanzia di difesa o reclamo<sup>51</sup>. Assetto in chiaro contrasto con il testo costituzionale, a partire dagli articoli 27 e 111, che impossibilitano, oggi come allora, qualunque tipo di prigionia senza che prima avvenga un processo, garantito dall'intervento della magistratura<sup>52</sup>.

Inoltre, ciò che maggiormente stupisce del suo contenuto, è la pretesa di controllo sulla vita del militare, anche quando non indossa la divisa, ma i panni di civile<sup>53</sup>. Vi erano ricomprese norme di stampo apertamente paternalistico e che in nome dell'onore e della necessità che il militare svolgesse una vita consona alla sua peculiare professione, disciplinavano con attenzione ad ambiti non inerenti al servizio<sup>54</sup>.

Basti guardare le disposizioni su come contrarre debiti (art 23 secondo comma), o su come scegliere la propria sposa (art 49 terzo comma), o il

---

<sup>46</sup>GIORGIO ROCHAT, *I diritti del soldato*, cit., p. 8 ss.

<sup>47</sup>Ibidem.

<sup>48</sup>CESARE MEDAIL, *Sotto le Stellette*, Torino, 1977, p. 38.

<sup>49</sup>GIULIO MASSOBRIO, *Bianco Rosso e Grigio Verde – Struttura e Ideologia delle Forze Armate Italiane*, Verona, 1974, p.412.

<sup>50</sup>Ibidem.

<sup>51</sup>GIORGIO ROCHAT, *I diritti del soldato*, cit., p. 8 ss.

<sup>52</sup>Ibidem.

<sup>53</sup>CLETO IAFRATE, *Obbedienza, ordine illegittimo*, cit., p. 323.

<sup>54</sup>Ibidem.

compito esplicitamente assegnato ai graduati di *educare* ed istruire gli uomini che gli sono affidati (art 34). Norme tutt'ora vigenti in quanto confluite nel COM.

Fino ai primi anni 60 il settore era disciplinato da regolamenti diversi per ogni forza armata e ha trovato successivamente una trattazione unificata nel regolamento del 31 ottobre 1964 emanato con decreto dal Presidente della Repubblica. Da un punto di vista sostanziale, manifestava tutta la sua carica paternalistica improntata sulla concezione risorgimentale dello status del militare<sup>55</sup>.

Le norme disciplinari erano diverse a seconda del grado e potevano essere inflitte senza talune fondamentali garanzie difensive. Nel rivolgersi agli inferiori di grado, gli ufficiali e i sottufficiali potevano usare la seconda persona singolare, mentre i militari semplici nel rivolgersi ai superiori erano tenuti ad usare la terza persona singolare<sup>56</sup>. Erano norme caratterizzate dal *“perpetuarsi di una fitta selva di divieti, alcuni mortificanti o grotteschi, tendenti a penetrare nella vita intima del soldato, a sindacare il suo comportamento esterno; da qui anche l'ampio margine discrezionale lasciato alla valutazione dei Comandi, con la conseguente prassi discriminatoria soprattutto tra inferiore e superiore”*<sup>57</sup>.

Va evidenziato infine che il contesto normativo ora illustrato si adeguava ad un più generale atteggiamento istituzionale che tendeva a disconoscere al militare una posizione giuridica pienamente tutelata riconducendo ad esso non diritti ma semplici facoltà<sup>58</sup>.

L'emanazione del decreto non passò inosservata e venne presto eretta a simbolo di come le istituzioni legiferassero e agissero nei confronti dei prestatori di servizio militare. In un convegno nazionale, organizzato all'epoca dal Coordinamento dei sottufficiali dell'Aeronautica Militare, fu detto come tutta la procedura *«indica chiaramente come l'affare delle forze armate non sia stato considerato come un problema del Paese ma come un affare personale del ministro e del presidente della Repubblica»*<sup>59</sup>.

Nel decennio successivo però la disciplina militare subì profonde mutazioni soprattutto grazie al varo della l. 382/1978, la Legge di Principio sulla Disciplina Militare.

Si scelse l'impostazione della Legge sui principi con l'intento di *“sottrarre alla discrezionalità e non di rado all'arbitrarietà dei regolamenti autosufficienti gli elementi fondamentali del nuovo ordinamento disciplinare. Al Parlamento il compito di definire tali elementi, individuando nel contempo per relazione l'ambito materiale entro il quale si deve riconoscere e deve esercitarsi la potestà regolamentare indipendente del Governo”*<sup>60</sup>.

È questo il passaggio radicale dal quale non si sarebbe più tornati indietro, ossia il pieno e formale riconoscimento dell'ordinamento militare quale parte

---

<sup>55</sup>RIONDATO, *Il Nuovo ordinamento Disciplinare delle Forze Armate*, Padova, Cedam, 1995, pag. 18.

<sup>56</sup>CLETO IAFRATE, *Obbedienza, ordine illegittimo*, cit., p.323.

<sup>57</sup>Relazione 4<sup>a</sup> commissione permanente Difesa, pag. 5, sulle *Norme di principio sulla disciplina militare*.

<sup>58</sup>ENZO TREVISOL, Premessa a *Le sanzioni disciplinari di corpo*, Inedit Sas Edizioni, Bologna, 2012, pag. 3.

<sup>59</sup>GIORGIO ROCHAT, *I diritti del soldato*, cit., pp. 8 ss.

<sup>60</sup>ENZO TREVISOL, *Le sanzioni disciplinari di corpo*, cit., pag. 10.

integrante dell'ordinamento statale, sottoposto quindi ai suoi principi generali al pari di ogni altra pubblica amministrazione<sup>61</sup>.

Siamo negli "anni di piombo" in cui è vi una forte degenerazione dei servizi segreti accompagnati dagli attentati all'ordine democratico della Repubblica che mettono a dura prova gli apparati dello Stato. Su tali premesse, qualche anno più tardi, nel 1981 con la Legge n. 121, si giunge alla smilitarizzazione del Corpo delle Guardie di Pubblica Sicurezza. *Evidente che l'apparato repubblicano, fortemente minato dal suo interno da fette deviate dei massimi vertici militari e dall'esterno dal Brigatismo rosso e nero, necessita di urgenti interventi di democratizzazione, compresa la smilitarizzazione e la sindacalizzazione della futura Polizia di Stato, che possano garantire, dall'interno, ulteriori e nuovi "poteri" di controllo e trasparenza per evitare pericolose derive eversive che determineranno la fine degli anni di piombo (1969-1981).*

L'aspetto più innovativo della nuova disciplina, e in contrapposizione con le esperienze precedenti, era la ridefinizione del concetto di *obbedienza* che passava dall'essere 'cieca e assoluta' a 'leale e consapevole'. Tale aspetto giocherà un ruolo fondamentale nell'analisi dell'istituto dell'ordine e della sua motivazione nel secondo capitolo.

La legge fu accolta con grande entusiasmo.

L'allora Presidente partigiano Sandro Pertini, la battezzò come una *"immissione nelle forze armate di spirito partecipativo che dovrà presto dare i suoi frutti [...] con la finalità di promuovere l'intelligente e responsabile partecipazione del cittadino in armi alla vita militare e di formare collaboratori attivi e non semplici esecutori"*<sup>62</sup>.

Tramite la ridefinizione del dovere di obbedienza, si fece strada il concetto di *consapevole partecipazione*. Peccato che l'ordinamento militare rende tutt'ora arduo il rispetto di questo precetto operativo, e anzi, complica il suo espletamento da parte dell'esecutore. Ci soffermeremo su questo argomento nel secondo capitolo.

Va però riconosciuto che l'introduzione del concetto di obbedienza leale e consapevole, segna la nascita, nell'ambito delle amministrazioni militari, degli organi di rappresentanza militare, quali embrionale organizzazione di "tutela collettiva", a strettissimo raggio<sup>63</sup>. L'elezione dei suoi membri avviene su base democratica e rappresenta una prima tiepida apertura ai diritti di associazione dei militari nelle organizzazioni gerarchicamente organizzate. Modello tuttavia distante e distinto dalla rappresentanza sindacale.

La legge unica sulla disciplina militare è confluita poi, come detto, nei due testi risalenti al 2010, ovvero il COM e TUROM, rispettivamente d. lgs. 66/2010 e D.P.R. 90/2010, che convergono a una riorganizzazione del materiale normativo e regolamentare fino ad allora vigente.

---

<sup>61</sup>CLETO IAFRATE, *Obbedienza, ordine illegittimo*, cit., p. 323.

<sup>62</sup>Discorso risalente al 4 novembre 1978 in occasione della festa dell'Unità Nazionale citato da CLETO IAFRATE, *Obbedienza, ordine illegittimo*, cit., pp. 323 e ss.

<sup>63</sup>CLETO IAFRATE, *Obbedienza, ordine illegittimo*, cit., pp. 323 e ss.

## 1.4 Il diritto militare e la Carta Costituzionale

L'art. 97 della Costituzione è una norma portante del diritto amministrativo italiano, così come del diritto militare, e prevede che : "*I pubblici uffici*" siano "*organizzati secondo disposizioni di legge [95 c.3], in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione*".

L'imparzialità e il buon andamento dell'amministrazione sono principi sottesi a *tutta* la pubblica amministrazione, e valgono quindi, con le dovute eccezioni in ragione della peculiare attività amministrativa, anche per il diritto militare. Sono principi volti alla trasparenza della pubblica amministrazione tali da garantire la discrezionalità dell'attività amministrativa ed evitarne l'arbitrarietà<sup>64</sup>.

È proprio a questi principi che è ispirata la l. 241/1990 sul procedimento amministrativo e che ha fissato regole certe sui profili centrali e nevralgici della pubblica amministrazione, quali: motivazione degli atti, rispetto di tempi determinati per la chiusura dei procedimenti, contraddittorio con il cittadino, accesso agli atti, semplificazione dell'istruttoria, etc.

La forte gerarchizzazione della struttura militare e la peculiarità dei compiti dalla stessa assolti hanno portato, almeno inizialmente, a ritenere che una normativa, quale la legge 241/1990, ispirata a valori partecipativi e di trasparenza dell'azione amministrativa e tesa ad una sensibile attenuazione dell'autoritarità ed unilateralità delle scelte della p.a., non potesse incidere sull'azione delle forze armate, storicamente retta da principi antitetici rispetto alla legge 241 quali quello della generalizzata segretezza documentale, della scarsa rilevanza del ruolo del destinatario del provvedimento e della sintetica motivazione delle scelte operate<sup>65</sup>.

Tuttavia, tale interpretazione si è rivelata fallace, in quanto l'attività dell'amministrazione militare, al pari dell'azione di qualsiasi altra amministrazione, si sviluppa attraverso un iter doverosamente proceduralizzato in cui si rinvergono i tre tipici momenti dell'*iniziativa*, dell'*istruttoria* e del *provvedimento finale*.

Data quindi l'assoggettabilità dell'attività militare alla legge sul procedimento amministrativo, è meglio parlare di consistenti *deroghe* alla disciplina comune previste per l'ordinamento militare. Ne è un esempio la disciplina dettata in materia di *ordine gerarchico* - quasi unico strumento di cui si avvale l'amministrazione militare. L'art 1349 d. lgs. 66/2010 che al comma 3 prevede che "*Agli ordini militari non si applicano i capi I, III e IV della legge 7 agosto 1990, n. 241*"<sup>66</sup>.

---

<sup>64</sup>PALADIN, *Diritto Costituzionale*, cit., pp. 233 ss.

<sup>65</sup>CLETO IAFRATE, *Obbedienza, ordine illegittimo*, cit., pp.323 ss.

<sup>66</sup>L'art. 1349, terzo comma, del D.Lgs. 66/2010 prevede espressamente che agli ordini militari non si applichino i Capi I, III e IV della legge 241/90: l'art. 3, contenuto nel Capo I, riguarda appunto l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi. Riguardo all'assenza di obbligo di motivazione cfr. Cass. Pen. 31/10/83, Sez. I, n. 11157 (in «Rassegna di giustizia militare, 1984, 111 s.), e, per una trattazione più completa, VITAGLIANO 2003, nt. 17. La giurisprudenza amministrativa, assimilando i trasferimenti agli ordini militari, ne esclude concordemente l'obbligo di motivazione (cfr. infra, nt. 51).

Occorre accennare che sono diversi i casi di gestione del personale militare che sono stati interpretate come non meritevoli di provvedimenti motivati, o per meglio dire di procedimenti tipicizzati a mente della l. 241/1990 (tra tutti si possono citare le cc.dd. ricompense di ordine morale, atti interni non tipizzati dal forte impatto sul personale militare ispirati a valori di emulazione tanto da meritare la pubblica lode)<sup>67</sup>.

La ratio alla base dell'interpretazione è che il militare non versa in una situazione giuridica meritevole di tutela, così come accade ad esempio in materia di sanzioni disciplinari. Il militare sarebbe privo di una posizione giuridica soggettiva che sia meritevole di tutela<sup>68</sup>.

È bene soffermarsi precisamente su tali deroghe solo nel secondo capitolo, durante l'analisi dei singoli istituti<sup>69</sup>.

Accanto ai generali doveri di fedeltà ed imparzialità che investono indistintamente tutti i pubblici funzionari, la Costituzione ha previsto anche due specifiche norme, gli artt. 52 e 98 co. 3 (che prevede: "Si possono con legge stabilire limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici per i magistrati, i militari di carriera [...]). Questi articoli costituiscono le fondamenta su cui è confluita la disciplina peculiare di categorie di lavoratori cui è richiesto un «dovere qualificato di fedeltà»<sup>70</sup>, e non si tratta del semplice obbligo di fedeltà previsto per tutti i dipendenti pubblici dall'art. 2105 del codice civile<sup>71</sup>.

In particolare, il primo articolo citato. *l'art 52* della Costituzione della Repubblica incluso nel Titolo IV sui rapporti politici, dedicato ai soggetti che operano nella Forze Armate (e analogicamente alle forze di polizia ad ordinamento militare) e che sono in ragione di ciò, vincolati da particolari obblighi di disciplina, onore e gerarchia<sup>72</sup>.

Il primo comma dell'art. 52 sancisce il «sacro dovere di difesa della Patria», che grava su chiunque appartenga alle Forze Armate,

---

<sup>67</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali del personale militare alla luce della legge 7 Agosto 1990, n. 241, Lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, fasc.1, 2003, p. 16.

<sup>68</sup>Ibidem.

<sup>69</sup>Ibidem.

<sup>70</sup>BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, Giuffrè, 1988, pag. 15.

<sup>71</sup>Tale norma, pur avendo un contenuto molto specifico, ha avuto nella giurisprudenza un'interpretazione estensiva, che ha incluso tra le fattispecie in grado di violare l'obbligo de quo anche l'abuso del diritto di critica, considerato legittimo presupposto per il licenziamento disciplinare. Di talché la necessità di effettuare un bilanciamento tra la libertà di espressione del lavoratore versus l'obbligo di fedeltà del medesimo verso il datore di lavoro. Il comportamento del lavoratore «può essere considerato idoneo a ledere la fiducia posta a base del rapporto di lavoro e a costituire, per la violazione del dovere scaturente dall'art. 2105 c.c., giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento». La sanzionabilità della critica rivolta al datore di lavoro nasce dunque da «una condotta manifestamente riprovevole e tale da implicare, sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo, quella gravità necessaria e sufficiente a compromettere in modo irreparabile il vincolo fiduciario». Il lavoratore deve astenersi non solo dalle condotte espressamente vietate dall'art. 2015 ma anche da tutti quello che per la loro natura e le loro conseguenze appaiano in contrasto con i doveri connessi all'inserimento nella struttura, nell'organizzazione dell'impresa.

<sup>72</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il perimetro della libertà di espressione: differenze e similitudini fra lavoratori civili e militari*, Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni, fasc. 5, 2015, pag. 755.

indipendentemente dalla natura obbligatoria o meno del servizio militare.

Si può affermare che questo articolo della costituzione assolve a due funzioni fondamentali: da un lato qualifica specificamente il particolare dovere di fedeltà cui è tenuto il prestatore di servizio militare, dall'altro, in maniera più generica, serve a inquadrare l'ordinamento militare all'interno del quadro normativo nazionale<sup>73</sup>.

Orbene, l'Ordinamento militare si caratterizza per una serie di peculiarità, che inducono a configurarlo, all'interno dell'ordinamento giuridico generale, come un sottosistema normativo contraddistinto da una spiccata completezza ed autonomia. Va doverosamente chiarito, invero, che tale affermazione non può essere spinta sino a sostenere una totale separatezza ed impermeabilità fra i due ordinamenti, sia per ragioni logico-sistematiche, in quanto il sottosistema (militare) non può mai prescindere dal sistema (statuale), sia soprattutto per la chiara cornice costituzionale di riferimento.

Dunque, l'ordinamento militare, pur se connotato da una sua specialità, non è estraneo a quello statale. Ordinamento comune ed ordinamento militare vivono un rapporto dialettico, in cui il secondo non recepisce integralmente tutti i caratteri ed i valori del primo<sup>74</sup>.

Tanto l'uso dell'aggettivo «sacro» quanto quello del termine «Patria» al posto di Stato o Repubblica contribuiscono, secondo giurisprudenza costituzionale, ad attribuire un valore morale oltre che giuridico a questa disposizione, «qualificando tale dovere più fortemente, rispetto a tutti gli altri»<sup>75</sup>.

La Consulta con la sentenza n. 16/1973, peraltro, ha considerato esplicitamente tale disposizione quale «specificazione del più generico dovere dei cittadini di fedeltà alla Repubblica e di obbedienza alla Costituzione e alle leggi (art. 54)».

La pregnante fedeltà che è richiesta ai militari è sottolineata anche da parte della dottrina che, da un lato, ritiene che in questo caso «debba propriamente parlarsi di obbligo di adesione ai valori repubblicani costituzionalmente determinati» e, dall'altro, sottolinea come nel contesto militare, in nome dell'obbligo di fedeltà, possano essere posti limiti a determinate libertà<sup>76</sup>.

Circa questo profilo, ossia la possibile limitazione dei diritti individuali, ed in particolare della libertà di manifestazione del pensiero, altrettanto rilevanti sono i commi successivi dell'art. 52 della Costituzione. Il secondo comma prevede:

“Il servizio militare è obbligatorio nei limiti e modi stabiliti dalla legge. Il suo adempimento non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino, né l'esercizio dei diritti politici”.

La prima parte del secondo comma è oramai anacronistica, considerando l'abrogazione con la legge 6 marzo 2001, n. 64, del servizio di leva militare obbligatorio. L'abrogazione si ebbe in seguito all'evolvere del contesto

---

<sup>73</sup>GIORGIO ROCHAT, *I diritti del soldato*, cit., pp. 8 ss.

<sup>74</sup>MASSIMILIANO ALESIO, *Le note caratteristiche degli appartenenti alle Forze armate nell'evoluzione normativa. La motivazione sintetica è troppo penalizzante*, Diritto e giustizia, fasc. 6, 2004, pag. 93.

<sup>75</sup>Ibidem.

<sup>76</sup>LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1967.

internazionale a partire dal secondo dopoguerra, con il progresso delle nuove tecnologie con le quali si fronteggiano i belligeranti.

La seconda parte del secondo comma, invece, funge da preambolo al terzo comma, ed impone la tutela della dignità della persona umana e la garanzia di *tutti quei diritti la cui esplicazione non sia di assoluto impedimento alle esigenze militari*<sup>77</sup>.

Tuttavia, lo stesso richiamo allo spirito democratico richiede altresì che la struttura delle Forze Armate dia maggiori garanzie di rispetto della democrazia che non quella delle amministrazioni civili, così che tra le Forze Armate deve essere rafforzata la neutralità e la lealtà<sup>78</sup>.

Sono considerati dalla dottrina diritti politici quelli garantiti nel Titolo IV della Parte I della Costituzione, anche se non mancano ricostruzioni che paiono ampliare il catalogo dei diritti tutelati da questo comma<sup>79</sup>. È rimasta invece isolata la lettura secondo cui sarebbe possibile argomentare a contrariis, dall'art. 52, secondo comma, un'ampia discrezionalità del legislatore nel disciplinare le situazioni di libertà dei militari che siano diverse da quelle riconducibili ai rapporti politici, tutelate esplicitamente in questo comma.

Contribuisce ad escludere la fondatezza di questa ricostruzione restrittiva anche il terzo comma dell'art. 52, forse ancor più significativo per un generale inquadramento del tema della tutela dei diritti dei militari.

Tali principi hanno preso corpo, ad esempio, nelle norme sulla disciplina militare del 1978, che imponevano ai membri delle Forze Armate di mantenersi in ogni circostanza al di fuori delle competizioni politiche e di evitare di partecipare a manifestazioni di natura politica «nonché di svolgere propaganda a favore o contro partiti», se in servizio o comunque in uniforme<sup>80</sup>. Gli stessi principi, come vedremo, sono confluiti nel nuovo Codice dell'ordinamento militare.

Circa la giurisprudenza costituzionale in tema di tutela dei diritti dei militari, la Corte procede ad effettuare *l'ad hoc balancing*<sup>81</sup>, cioè un bilanciamento caso per caso, fra la tutela dello spirito democratico e dei diritti stessi, da un lato, e il dovere di difesa della Patria e le esigenze del servizio militare dall'altro<sup>82</sup>.

Sotto il primo profilo, la Corte ha chiarito che «la Costituzione repubblicana supera radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare», riconducendo «anche quest'ultimo nell'ambito del generale ordinamento statale, particolarmente rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini»: «la garanzia dei diritti fondamentali di cui sono titolari i singoli "cittadini militari" non recede quindi di fronte alle esigenze della

---

<sup>77</sup>BACHELET, *Disciplina militare*, cit. pag. 316 e 325.

<sup>78</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il perimetro della libertà di espressione*, cit. pag. 755 ss.

<sup>79</sup>Ibidem.

<sup>80</sup>Art. 6 l. 382/1978.

<sup>81</sup>L'ad hoc balancing, il bilanciamento operato in riferimento alla concreta fattispecie, si distingue come noto dal categorical balancing, che mira ad individuare una regola generale applicabile a tutte le fattispecie. Su tali categorie: BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992, 65 ss.

<sup>82</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il perimetro della libertà di espressione*, cit. pag. 755 ss.

struttura militare»<sup>83</sup>.

Questa giurisprudenza svolgerà un ruolo da protagonista anche nel dibattito sulla titolarità o meno dei diritti sindacali in capo ai prestatori di servizio militare.

Il secondo comma dell'art. 52, conseguentemente, impone la tutela della dignità della persona umana e la garanzia «di tutti quei diritti la cui esplicazione non sia di assoluto impedimento alle esigenze militari».

Il terzo comma prevede:

*'L'ordinamento delle forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica'.*

È proprio la seconda parte dell'art 52 co. 2 e il co. 3 che sembrano aver ispirato l'innovazione legislativa in materia di disciplina militare: il concetto di obbedienza consapevole. Il testo costituzionale è un chiaro invito alla partecipazione alla vita democratica ed è manifestatamente rivoluzionario rispetto ad un ordinamento militare così confinato, gerarchico e verticistico quale il diritto militare. Infatti i diritti militari incontrano limitazioni dovute all'obbedienza, la lealtà, la legalità, la rettitudine e la subordinazione cui sono tenuti nel prestare il loro servizio, e che si tramutano, ad esempio, nei divieti sopra menzionati: di mantenersi in ogni circostanza al di fuori delle competizioni politiche, di evitare di partecipare a manifestazioni di natura politica «nonché di svolgere propaganda a favore o contro partiti», se in servizio o comunque in uniforme, il divieto di iscriversi a partiti politici. Norme tuttora vigenti nel COM.

la Corte, riconoscendo la possibilità di limitare l'esercizio di diritti costituzionalmente tutelati, ha affermato che «il terzo comma del medesimo art. 52 Cost., secondo cui "l'ordinamento delle Forze Armate si informa allo spirito democratico della Repubblica", non esclude affatto che l'esercizio dei diritti di libertà da parte dei militari debba armonizzarsi con i fini istituzionali delle Forze stesse, al cui raggiungimento è preordinata la loro organizzazione»<sup>84</sup>.

La Costituente si era preoccupata di non configurare le forze armate come un corpo separato, avulso dalla società civile: l'aveva pensate invece, come un'organizzazione nata da quella stessa società e perciò ad essa strettamente collegata, retta dai principi democratici dell'ordinamento giuridico dello Stato repubblicano.

Dagli atti dell'Assemblea Costituente emerge la preoccupazione dei *patres* di dare all'ordinamento militare un assetto completamente diverso rispetto a quello del passato regime: emerge la volontà di fare delle forze armate un vero «esercito di popolo», organizzato in maniera democratica, dove la circolazione delle idee e la consapevolezza di essere parte di un corpo non sganciato dalla società civile ponessero i militari al riparo da tentazioni autoritarie<sup>85</sup>.

Rileva poi alla nostra attenzione l'articolo 87 della Costituzione che introduce il tema delle gerarchie militari. L'art 87, dettando la disciplina delle varie cariche ricoperte dal Presidente della Repubblica.

---

<sup>83</sup>Corte Costituzionale, 17/12/1999, n.449, punto 2.

<sup>84</sup>Corte Costituzionale, 11/02/1982, n. 331, punto 3.

<sup>85</sup>CESARE MEDAIL, *Sotto le Stellette*, cit., p. 12.

L'attenzione ricade sul nono comma della disposizione: la previsione che il Presidente della Repubblica abbia "il comando delle Forze armate, presiede il Consiglio supremo di difesa costituito secondo la legge, dichiara lo stato di guerra deliberato dalle Camere".

Il Presidente della Repubblica si posiziona, dunque, al vertice della gerarchia militare quale garante della divisione dei poteri dello Stato.

Suoi subordinati gerarchici sono gli *organi centrali*, ovvero le direzioni centrali del ministero della difesa e i comandi generali dei Carabinieri e della Guardia di Finanza, e, in subordine, gli *organi periferici* quali comandi regionali e provinciali.

Il Ministro è l'istituzione immediatamente subordinata al Presidente della Repubblica, cui i vertici militari conferiscono in merito al proprio operato. La competenza per Esercito, Marina Militare e Carabinieri del Ministero della Difesa, mentre per la Guardia di Finanza è il Ministero dell'Economia e delle Finanze.

È al ministro della Difesa che è dedicato il capo I del Titolo III del COM, denominato "Ministro della difesa" (Amministrazione della difesa).

L'art. 10 definisce il ministero della difesa come "preposto all'amministrazione militare e civile della difesa e massimo organo gerarchico e disciplinare", in quanto adotta delibere in materia di difesa, emana direttive in merito alla politica militare, partecipa a tutti gli organismi internazionali ed europei competenti in materia di difesa e sicurezza militare, ed infine ex art. 12 co. 1 coadiuva le relazioni col Parlamento cui "in sede di presentazione annuale rende informazioni sull'evoluzione del quadro strategico e le implicazioni militari e della situazione delle alleanze".

Ed ex 12 co. 2 deve stilare una relazione al Parlamento sullo stato di avanzamento del processo di ristrutturazione, nonché sulla necessità di apportarvi correttivi nei limiti degli stanziamenti di bilancio e delle dotazioni organiche di personale previste dalle vigenti disposizioni".

Il ministero ricopre quindi il ruolo di "amministratore" delle Forze Armate, contraddistinguendosi per la sua connotazione politica, in quanto parte dell'esecutivo, - a differenza degli organi che lo assistono di cui si parlerà tra poco - che si consolida poi nell'importante dialogo democratico con il Parlamento in merito alla pianificazione della strategia del suo operato.

In quest'opera, come si accennava poc'anzi, è coadiuvato da una serie di istituzioni a lui subordinate: il capo di stato maggiore della difesa, gli organismi interforze, i comandi generali, regionali e provinciali.

Analizzando l'area tecnico-operativa, come la definisce il COM, procedendo per ordine di dipendenza gerarchica, troviamo innanzitutto il Capo di Stato Maggiore della Difesa che <<è scelto tra gli ufficiali in servizio permanente di grado non inferiore a quello di generale di corpo d'armata dell'Esercito italiano, di ammiraglio di squadra della Marina militare e di generale di squadra aerea dell'Aeronautica militare, ed è nominato con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della difesa>><sup>86</sup>.

Così recita il primo comma dell'art. 25 del COM, che al secondo comma,

---

<sup>86</sup>Art. 25 del Codice dell'ordinamento militare, d.lgs.66/2010.

specifica che si trova in diretta dipendenza del ministro di cui è "l'alto consigliere tecnico militare". Il Capo di Stato Maggiore della Difesa, ex art. 28 COM presiede il Comitato dei Capi di Stato Maggiore delle Forze Armate, e ne fanno parte il Segretario generale della difesa, i Capi di stato maggiore di Forza armata e il Comandante generale dell'Arma dei carabinieri. La ragione alla base della creazione di questo Organismo Interforze è di fornire consulenza al Capo di Stato Maggiore della Difesa.

I Capi di Stato Maggiore sono tre e rispettivamente per Esercito, Marina Militare e Aeronautica.

La loro nomina avviene con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri, su proposta del Ministro della difesa, sentito il Capo di stato maggiore della difesa; hanno rango gerarchico sovraordinato nei riguardi di tutti gli ufficiali generali e ammiragli ex art 32 co. 1.

Ex art. 2136 del COM, viene specificato quali disposizioni dello stesso disegno di legge si applicano anche ai corpi di Guardia di Finanza, in quanto come specificato precedentemente, non rientrante per definizione nelle Forze Armate, ma nelle Forze di Polizia ad Ordinamento Militare. Le norme appena esplicate sulla struttura gerarchica del Corpo, sono pienamente applicabili.

Infine, vi è l'articolo 103 della Costituzione che disciplina la *Giustizia militare*. Quando si parla di Giustizia militare bisogna intendere quella forma di giustizia cui si giunge secondo particolari procedure, di fronte alle Autorità giudicanti militari. Bisogna in questo senso distinguere tra esercizio del potere disciplinare e quello del potere giurisdizionale, affermando che la differenza sia da ravvisare nella maggiore o minore gravità dell'illecito perpetrato. I procedimenti disciplinari sono di competenza dell'Amministrazione, i procedimenti giurisdizionali invece, si svolgono di fronte a Tribunali costituiti ad hoc dall'Assemblea Costituente.

Il principio di unità della giurisdizione di cui all'art. 102 Cost. («La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme dell'ordinamento giudiziario. Non possono essere istituiti giudici straordinari o giudici speciali. Possono soltanto istituirsi presso organi giudiziari ordinari sezioni specializzate per determinate materie, anche con la partecipazione di cittadini idonei estranei alla magistratura...») «non fu condotto alle estreme conseguenze e l'art. 103 ne disciplina le principali eccezioni, consistenti nel mantenimento del Consiglio di Stato e degli altri organi di giustizia amministrativa (comma 1), della Corte dei conti (comma 2), e dei tribunali militari di guerra e di pace (comma 3 ed ultimo)».

La giurisdizione penale militare non è mai stata oggetto di grande attenzione da parte degli studiosi del diritto pubblico generale e del diritto costituzionale e spesso è rimasta ai margini degli studi penalistici<sup>87</sup>. Il comma 3 dell'art. 103 specifica:

*"I tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge. In tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate".*

---

<sup>87</sup>ROBERTO BONANNI, *la Costituzione e la giurisdizione penale militare: alcuni spunti di riflessione*, Giur. cost., fasc.4, 1995, pag. 3104.

L'articolo in questione sollevò ferventi agitazioni tra i costituenti a causa della difficoltà nell'individuare un compromesso che fosse condiviso. In sede di Assemblea Costituente, si discusse molto in ordine al principio dell'unità della giurisdizione.

Ciò che più premeva a taluni Padri della Costituzione, era garantire l'esercizio della funzione giurisdizionale quale funzione statale unitaria e di evitare, o meglio vietare, l'istituzione di giudici straordinari o speciali.

Certamente il fatto che erano state conservate giurisdizioni del Consiglio di Stato e della Corte dei conti indeboliva la posizione di chi, viceversa, si batteva perché la giurisdizione penale militare fosse limitata al massimo e riguardasse, perciò, esclusivamente il tempo di guerra o, addirittura, fosse abolita del tutto<sup>88</sup>.

Al termine dei lavori preparatori, il compromesso si trovò nella costituzionalizzazione dei Tribunali militari, al pari del Consiglio di Stato e della Corte dei conti. Si vietò però l'istituzione di giudici speciali o straordinari, consentendo la costituzione soltanto di sezioni specializzate per determinate materie presso gli organi giudiziari ordinari e, per quel che riguarda il Tribunale Supremo Militare, s'impose un suo riordinamento a breve termine<sup>89</sup>.

Inoltre, venne approvato l'attuale art. 103 co. 3 il quale afferma che i Tribunali militari in tempo di guerra hanno la giurisdizione stabilita dalla legge ed in tempo di pace hanno giurisdizione soltanto per i reati militari commessi da appartenenti alle forze armate<sup>90</sup>.

Per quanto la giurisdizione penale militare fosse stata mantenuta e conservata, essa, comunque, veniva chiaramente limitata, in tempo di pace, sia dal punto di vista oggettivo che dal punto di vista soggettivo. Infatti, concerne esclusivamente i reati militari (limite oggettivo) commessi da appartenenti alle forze armate (limite soggettivo)<sup>91</sup>.

Incise sulla disciplina, anche se -di fatto- solo dopo la riforma del 1981, l'art. 111 della Costituzione, che assicura il ricorso in Cassazione per violazione di legge avverso le sentenze e i provvedimenti sulla libertà personale, pronunciati dagli organi giurisdizionali ordinari o speciali (consentendo, altresì, una deroga a tale norma soltanto per le sentenze dei Tribunali militari in tempo di guerra, per i tribunali militari di guerra non vale l'abolizione del Tribunale Supremo Militare, e non è quindi consentito alcun ricorso in Cassazione, diluendo così la procedura da tre a due gradi di giudizio)<sup>92</sup>.

Prima del 1981, infatti, non era ammesso il ricorso in Cassazione avverso le decisioni dei tribunali militari, ma era consentita solo l'impugnazione davanti al Tribunale Supremo Militare. Solo dopo l'emanazione della legge n. 180/1981, che ha ottemperato alla revisione del Tribunale Supremo Militare in Corte d'Appello militare, è stato possibile dare piena attuazione all'art. 111 Cost., garantendo così l'ordinarietà dei tre gradi di giudizio anche per i sottoposti a

---

<sup>88</sup>MASSIMO SICLARI, *La giurisdizione militare nella giurisprudenza costituzionale*, Cass. pen., fasc.3, 1997, pag. 932.

<sup>89</sup>Ibidem.

<sup>90</sup>Ibidem.

<sup>91</sup>ROBERTO BONANNI, *La Costituzione*, cit., p. 3104 ss.

<sup>92</sup>Ibidem.

giudizio militare<sup>93</sup>.

La sentenza Corte cost. n. 429 risalente al 1992, evidenzia come «il postulato metodico-concettuale» alla base dell'art. 103 comma 3 Cost. consista «nel distinguere e separare giurisdizione e legge penale militare».

Infatti, ad avviso della Corte, «la giurisdizione ha, in tempo di pace, un ambito di applicabilità minore di quello dell'assoggettamento alla legge penale militare: il limite soggettivo, infatti, perché si risponda dinanzi al giudice speciale militare è che si tratti di reati commessi durante il servizio alle armi, mentre per i reati previsti dalla legge penale militare, quando li si commetta da appartenenti alle forze armate ma non in servizio alle armi, si risponde dinanzi alla giurisdizione ordinaria»<sup>94</sup>.

Viene allora da chiedersi quando si abbia giurisdizione speciale e se la specialità dipenda dalla diversità di materia ovvero di forme e procedure che vengono seguite dallo stesso organo giurisdizionale speciale.

La ordinarietà o la specialità di un giudice potrebbero dipendere dal fatto che egli si occupi di materie particolari e settoriali ovvero dal fatto che si serva o meno di moduli organizzativi differenti o, al più, dalla circostanza che proceda attraverso regole particolari, o abbia o meno un collegamento organico con il C.S.M. od altro organo di autogoverno<sup>95</sup>.

Ciò che occorre verificare è se almeno una di queste causali sia in grado di giustificare la distinzione tra giudice ordinario e giudice speciale.

La dottrina e la giurisprudenza costituzionali sono solite differenziare le sezioni specializzate dai giudici speciali, fondandosi sull'esistenza o meno di un «nesso organico» tra il giudice e il C.S.M.

Tuttavia, tale impostazione pecca nel considerare prevalente l'effetto sulla causa. Difatti, potrebbe dirsi, a contrario, che il «nesso organico» sussista in tanto in quanto vi sia una ordinarietà nell'esercizio della giurisdizione. Certamente, il giudice militare è soggetto e «riconducibile» al Consiglio della magistratura militare e non al C.S.M., ma su questo non si può basare la distinzione di tale giudice con il giudice ordinario.

Allo stesso modo, non sembra accettabile l'impostazione che fondi la suddetta differenza sul fatto che il giudice speciale operi sulla base di norme procedurali diverse da quelle usate dal giudice ordinario. Tuttavia, il fatto che presso il giudice militare, alla stregua di quanto stabilito dal codice penale militare di pace (art. 270 c.p.m.p.), non sarebbe possibile la costituzione in giudizio della parte civile non prova nulla. Infatti, il commissario liquidatore degli usi civici utilizza schemi procedurali disciplinati dal codice di procedura civile al pari del giudice ordinario che svolge la funzione di giurisdizione civile<sup>96</sup>.

Il profilo che più di ogni altro sembra prevalere è quello della distinzione in base alla materia, ma, allora, risulta comunque difficile discernere quando vi sia giudice speciale e quando, invece, sezione specializzata, se non riferendosi a

---

<sup>93</sup>MASSIMO SICLARI, *La giurisdizione militare nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pag. 932.

<sup>94</sup>Corte cost. n. 429 / 1992.

<sup>95</sup>MASSIMO SICLARI, *La giurisdizione militare nella giurisprudenza costituzionale*, Cass. pen., fasc.3, 1997, pag. 932.

<sup>96</sup>ROBERTO BONANNI, *La Costituzione*, cit., p. 3104 ss.

quanto poc'anzi è stato oggetto di critica e, cioè, al criterio soggettivo-organico<sup>97</sup>.

La Costituzione, come si è in precedenza evidenziato, prevede l'istituzione «presso gli organi giudiziari ordinari» di «sezioni specializzate per determinate materie» (art. 102 comma 2 Cost.), contestualmente al divieto di istituire giudici straordinari o giudici speciali.

Tuttavia, rimane il problema di differenziare ulteriormente la sezione specializzata, istituita «per determinate materie», dal giudice speciale, tale proprio in quanto competente per specifiche fattispecie. L'evoluzione normativa e giurisprudenziale che è avvenuta con riguardo alla giurisdizione penale militare, probabilmente, ha condotto siffatta giurisdizione alla piena equiparazione alla giurisdizione ordinaria, proprio in relazione allo status e alle procedure di nomina dei giudici stessi<sup>98</sup>. Tuttavia, non può dirsi che il giudice militare sia un giudice ordinario, soprattutto perché si occupa di una materia diversa, più specifica e settoriale. Ma anche per il fatto che le garanzie che lo riguardano trovano la loro fonte normativa immediata nella legge ordinaria e solo mediamente, per certi versi (ma non, ad es., per la esclusiva soggezione alla legge), nel dettato costituzionale. Ad avviso di chi scrive, questo costituisce un elemento rilevante e, probabilmente, un *minus* rispetto alla giurisdizione ordinaria che, invece, trova un sicuro, puntuale e dettagliato referente nella Carta costituzionale<sup>99</sup>.

L'ordinamento giudiziario militare di pace, infatti, non garantisce l'indipendenza dei giudici militari, i quali venivano nominati con decreto presidenziale ed ordinati in gradi all'interno del collegio, con gravi problemi in ordine alla libertà di giudizio dello stesso<sup>100</sup>. Alle competenze era anteposta la superiorità gerarchica.

Nel 1981 fu approvata la l. 180, cit., apportante modifiche all'ordinamento giudiziario militare di pace, che ha abrogato i Tribunali militari di bordo (art. 8 l. cit.), nonché il Tribunale Supremo Militare, riordinandolo in Corte militare d'appello; è stato consentito il ricorso per cassazione contro le decisioni dei giudici militari secondo le disposizioni del codice di procedura penale (art. 6 l. cit.); è stata istituita una sezione di sorveglianza presso la Corte militare d'appello (art. 4, sostituito poi dall'art. 2 d.l. 27 ottobre 1986 n. 700, conv. in l. 23 dicembre 1986 n. 897, che ha costituito in Roma, con giurisdizione su tutto il territorio nazionale, il Tribunale militare di sorveglianza svolgente le sue funzioni conformemente alla l. 26 luglio 1975 n. 354).

Le innovazioni più significative emergono sicuramente dal maggior risalto attribuito all'elemento giuridico-professionale all'interno dei collegi giudicanti, mettendo in minoranza l'elemento militare, ma senza però allargarsi fino ad ammettere sottufficiali tra i membri dei collegi giudicanti. E dalla possibilità di adire ricorso in Cassazione avverso alle decisioni della Corte d'Appello militare, riavvicinando il processo militare al giusto processo così come inteso dal

---

<sup>97</sup>MASSIMO SICLARI, *La giurisdizione militare nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pag. 932.

<sup>98</sup>Ibidem.

<sup>99</sup>ROBERTO BONANNI, *La Costituzione*, cit., p. 3104 ss.

<sup>100</sup>MASSIMO SICLARI, *La giurisdizione militare nella giurisprudenza costituzionale*, cit., pagg. 932 ss.

dettato costituzionale.

Nel 1988 poi, con la legge n. 561, è stato istituito il Consiglio della magistratura militare. Il Consiglio della Magistratura Militare è l'organo di autogoverno della Magistratura militare<sup>101</sup>.

Istituito con la Legge n. 561 del 1988, ha per i magistrati militari le stesse attribuzioni previste per il Consiglio Superiore della Magistratura. In particolare, provvede in materia di assunzioni, assegnazioni, trasferimenti, promozioni, procedimenti disciplinari e su ogni altro aspetto inerente allo stato giuridico dei magistrati militari, nonché sul conferimento di incarichi extragiudiziali e su ogni altra materia ad esso attribuita dalla legge<sup>102</sup>.

La Corte costituzionale ha scelto un criterio rigorosamente selettivo, inteso a valorizzare il carattere «residuale» che il Costituente aveva inteso assegnare alla giurisdizione militare con lo stabilire che potesse interessarsi soltanto dei reati militari commessi da appartenenti alle Forze armate. «Nell'usare l'avverbio 'soltanto', la Costituzione ha chiaramente espresso che la giurisdizione militare in tempo di pace sia circoscritta nei limiti soggettivi e oggettivi a tal fine precisati (qualità di appartenente alle Forze armate dei soggetti, carattere obiettivamente militare dei reati) e che i limiti stessi, determinati dal concorso di entrambi i requisiti, non siano per nessuna ragione oltrepassati nei confronti della giurisdizione ordinaria, la quale perciò è da considerare, per il tempo di pace, come la giurisdizione normale e prevalente»<sup>103</sup>. Su questa base fu possibile rigettare la questione di legittimità costituzionale relativa alle norme che riconoscevano al giudice ordinario la cognizione di reati militari connessi con reati comuni<sup>104</sup>. Ancor più decisamente, nel 1987, la Corte ha affermato che l'art. 103 co. 3 Cost., non rappresenta «la fonte di una riserva di giurisdizione e, quindi, di una giurisdizione esclusiva per i tribunali militari in tempo di pace, ma esprime la chiara volontà del costituente che la giurisdizione militare in tempo di pace resti circoscritta entro limiti per nessuna ragione oltrepassabili nei confronti della giurisdizione ordinaria. Questa, pertanto, può ben subentrare a quella, ogni volta che il legislatore ordinario pervenga ad individuare una ragione giustificatrice, che, senza vincolarlo, lo induce ad optare per la giurisdizione normale». La motivazione ora riportata valse a respingere i dubbi di costituzionalità circa l'art. 104 comma 1 della l. 121/81, con il quale, contestualmente alla smilitarizzazione del Corpo delle guardie di pubblica sicurezza, si trasferiva ai giudici ordinari la cognizione dei procedimenti relativi agli appartenenti a detto corpo e pendenti dinanzi ai tribunali militari.

L'inosservanza accertata di qualsiasi dovere connesso con il particolare status di militare comporta l'applicazione di sanzioni civili, penali, amministrative e/o disciplinari così come spiegato nelle Linee Guida fornite dal Ministero sul procedimento disciplinare:

---

<sup>101</sup>Ibidem.

<sup>102</sup>[https://www.difesa.it/Giustizia\\_Militare/consigliomagistratura/Pagine/default.aspx](https://www.difesa.it/Giustizia_Militare/consigliomagistratura/Pagine/default.aspx), in data 06/12/2018.

<sup>103</sup>C.cost., 8 aprile 1958, n. 29, in Giur.cost., 1958, p. 128.

<sup>104</sup>ROBERTO BONANNI, *La Costituzione*, cit., p. 3104 ss.

*“a) le sanzioni civili, inerenti al concetto di responsabilità civile, incidono sulla sfera patrimoniale del soggetto e consistono nell’obbligo del risarcimento del danno eventualmente derivato dalle violazioni (dolose o colpose) poste in essere dal singolo nell’espletamento del servizio;*

*b) le sanzioni penali intervengono nei casi in cui l’ordinamento considera la trasgressione degli obblighi inerenti al rapporto di servizio come violazione dell’ordine sociale generale, e cioè come illecito penale;*

*c) le sanzioni amministrative ineriscono a quel genere particolare di responsabilità amministrativa, propria dei rapporti di soggezione speciale in cui determinati soggetti si trovano rispetto all’ente da cui dipendono, nel contesto del rapporto di pubblico impiego: esse sole hanno natura disciplinare e la loro applicazione, a differenza di quelle civili e penali, rientra nella potestà della stessa Amministrazione. All’irrogazione delle sanzioni amministrative, o sanzioni disciplinari, si fa luogo previo accertamento delle responsabilità, nel contesto di apposito “procedimento disciplinare”<sup>105</sup>.*

È principio di carattere generale che tali sanzioni non si escludano a vicenda, in quanto esplicano la propria azione in ambiti differenti, tutelando interessi giuridici diversi. Può quindi ben essere sanzionato, nell’ambito amministrativo, un comportamento per il quale sia stata già inflitta una sanzione in sede penale; in particolare, le sanzioni disciplinari militari ineriscono a quel genere di responsabilità derivante dall’inosservanza delle norme attinenti allo stato di militare, in relazione ai compiti istituzionali delle Forze Armate<sup>106</sup>.

Si parla, a proposito, della connivenza tra illecito disciplinare -e conseguente procedimento disciplinare- e reato militare e conseguente instaurazione del procedimento penale davanti i tribunali militari. La cosiddetta pregiudizialità penale, cui ci soffermeremo nel secondo capitolo a proposito dei procedimenti disciplinari<sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup>“Linee Guida sul Procedimento Disciplinare” fornite dal Ministero della Difesa, 2006, p.4 ss.

<sup>106</sup>Ibidem.

<sup>107</sup>Ibidem.

## CAPITOLO 2 – CIRITICITA' DI ALCUNI ISTITUTI DI DIRITTO MILITARE

### 2.1 Premessa

Per affrontare il prossimo capitolo, è necessario svolgere una premessa dogmatica di fondo. L'amministrazione delle forze armate e delle forze di polizia ad ordinamento militare, per quanto peculiare e sottoposta ad una disciplina separata (non autonoma) rispetto all'ordinamento comune, rimane pur sempre rientrante nell'ampia e generica nozione di *Pubblica Amministrazione*, e in quanto tale, soggiace alle norme del diritto amministrativo.

Nel 1990 con la legge n. 241 rubricata "*Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*", sono state apportate importanti modifiche alla disciplina del procedimento amministrativo. Sulla scorta di una vasta produzione giurisprudenziale, sono state fissate norme certe sui profili centrali e nevralgici dell'azione pubblica: *motivazione degli atti, rispetto di tempi determinati per la chiusura dei procedimenti amministrativi, contraddittorio con il cittadino, accesso agli atti dell'amministrazione, semplificazione istruttoria e documentale, valorizzazione di moduli convenzionali in luogo di moduli provvedimentali unilaterali, etc.*<sup>108</sup>.

Guardiamo, in questo primo paragrafo, ad una problematica diffusa che riguarda buona parte dei provvedimenti assunti dall'amministrazione militare e di cui si specificherà più avanti: il dovere di motivazione dei provvedimenti.

La prima domanda che ci si è posti, è caduta sulla portata dell'obbligo: se riguardi i soli provvedimenti conclusivi del procedimento o anche i meri atti endoprocedimentali.

Secondo quanto osservato da Vito Tenore<sup>109</sup>, è preferibile una interpretazione estensiva. L'atto endoprocedimentale (un parere, una valutazione tecnica, una proposta, etc.) pur non essendo immediatamente lesivo della sfera soggettiva del destinatario del provvedimento finale, non può essere assiomatico, e precluderebbe la piena difesa dell'interessato (ex artt. 24, 103, 111 Cost.). Proprio dalla motivazione dell'atto endoprocedimentale si potrebbero desumere i profili dell'eccesso di potere per discrasia tra la suddetta motivazione e quella del provvedimento finale, o per l'*illogicità* dell'iter seguito.

Va aggiunto che la doverosità della motivazione può essere soddisfatta attraverso la c.d. motivazione *ob relationem* (art. 3, co. 3, l. 241/1990), ovvero attraverso il richiamo da parte del provvedimento finale di altro atto della stessa amministrazione o di altra amministrazione<sup>110</sup>. Unica condizione per la legittimità del provvedimento è data dalla doverosa messa a disposizione dell'atto richiamato, a favore del destinatario del provvedimento stesso<sup>111</sup>. In altre parole, è opportuno che l'atto venga allegato d'ufficio (e non a domanda) al provvedimento finale, altrimenti il termine per l'impugnativa non decorrerà, non

---

<sup>108</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali del personale militare alla luce della l. 7 agosto 1990, n.241*, Lavoro nelle p. a., fasc.1, 2003, pagg. 166 ss.

<sup>109</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali*, cit., pagg. 166 ss.

<sup>110</sup>MARIANI MARCO, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, Nuova Giuridica, 2015, pag. 53.

<sup>111</sup>Ibidem.

avendo l'interessato, cognizione della reale lesività dello stesso<sup>112</sup>.

L'orientamento estensivo pocanzi nominato, risulta ancora più condivisibile ove si consideri che spesso, l'atto endoprocedimentale, costituisce, *per relationem*, la motivazione del provvedimento finale. Va ricordato, per la rilevanza ricoperta nell'ordinamento militare, che la motivazione *per relationem* è consentita anche richiamando e allegando un parere reso da un organo consultivo in sede infraprocedimentale e il discostamento da detto parere richiede un'adeguata motivazione, la cui assenza invalida l'atto finale ex art 3, l. 241/1990<sup>113</sup>.

I risvolti patologici della mancata motivazione configurano tecnicamente una violazione di legge azionabile giudizialmente<sup>114</sup>. Il vizio sarà parimenti sussistente a fronte di una motivazione che, pur esistente, non evidenzia adeguatamente "i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione" (art. 3, co.1, l. 241/1990)<sup>115</sup>.

Si configura, invece, un eccesso di potere, in caso di motivazione pur esaustivamente formulata nelle sue componenti strutturali, ma che risulti illogica o contraddittoria.

La forte gerarchizzazione della struttura militare, la sua natura verticistica improntata all'obbedienza e la peculiarità dei compiti assolti, mal si conciliava con il testo della legge.

Inizialmente fu ritenuto che la normativa della l. 241/1990, ispirata a valori di partecipazione e di trasparenza dell'azione amministrativa e tesa ad una sensibile attenuazione dell'autoritarità ed unilateralità delle scelte della p.a. anche nel settore lavoristico, non potesse incidere sull'azione delle forze armate, storicamente retta da principi nettamente antitetici, quali la generalizzata segretezza documentale, la scarsa rilevanza del ruolo del destinatario del provvedimento amministrativo, la sintetica motivazione delle scelte operate<sup>116</sup>.

Tale impostazione si rivelò fallace, confutata da una chiave di lettura che guarda all'azione delle articolazioni centrali (direzioni generali del Ministero, Comandi generali) e periferiche (comandi regionali e provinciali, capitanerie, distaccamenti, reparti, caserme etc.) dell'amministrazione militare, al pari dell'azione di qualsiasi altra pubblica amministrazione, sviluppandosi entrambe in rapporti interni ed esterni<sup>117</sup>. In quanto settore lavoristico non privatizzato, i termini del rapporto di lavoro sono infatti stabiliti dalla legge (per il personale

---

<sup>112</sup>Ibidem.

<sup>113</sup>Sulla legittimità della motivazione per relationem ad atti del procedimento che "consentano di verificare il corretto esercizio del potere", v. Cons. St., sez. IV, 22 dicembre 1999 n. 1866, in CS, 1999, I, 1925. L'atto richiamato deve dunque essere motivato: v. Cons. St., sez. I, 10 novembre 1999 n. 591/99, in CS, 2000, I, 818. Cfr. anche la nota redazionale in FI, 1996, III, 204. Per la motivazione per relationem di una sanzione disciplinare fondata sulle risultanze istruttorie v. Cons. St., sez. IV, 20 dicembre 2000 n. 6851, in FA, 2000, 3893. In dottrina Botta, La motivazione per relationem, con particolare riferimento agli atti che possono essere richiamati, in TAR, 1998, II, 115.

<sup>114</sup>MARIANI MARCO, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, cit., pag. 53.

<sup>115</sup>Ibidem.

<sup>116</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali*, cit., pagg. 166 ss.

<sup>117</sup>Ibidem.

privatizzato, invece, vi sono dubbi in merito all'applicazione della l. 241/1990).

Occorre così, come per tutti gli altri procedimenti della p.a., seguire pedissequamente un iter procedimentalizzato, in cui si rinvergono i tre canonici momenti dell'iniziativa, dell'istruttoria e del provvedimento finale, ed al quale si applicano le generali regole codificate, con portata onnicomprensiva, nella ricordata legge n. 241 del 1990<sup>118</sup>.

Riconosciuta l'applicabilità della normativa al diritto militare, la previsione legislativa venne recepita a livello regolamentare dai "regolamenti attuativi disciplina sul procedimento amministrativo per le forze armate e i corpi di polizia ad ordinamento militare", mediante i D.M. 16 settembre 1996 n. 603 (art. 4) e 8 agosto 1996 n. 690 (art. 4) ed il D.M. Finanze 19 ottobre 1994 n. 678 (Guardia di Finanza).

La legge 241/1990 avrebbe così potuto incidere sui profili nevralgici dell'amministrazione pubblica, investendo l'iter delle più tipiche attività di amministrazione militare: trasferimenti, avanzamenti, sospensioni cautelari, reclutamenti, avanzamenti, etc.

Poteva traslare dall'essere ritenuta -ingiustamente- inapplicabile, a diventare protagonista di effetti importanti, offrendo garanzia di diritti prima sconosciuti al personale militare.

Tuttavia, l'esito è stato differente. Come si mostrerà nel continuo di questo capitolo, sovente le modifiche della l. 241/1990 non trovano concreta applicazione nel diritto militare. Alle volte a causa di deroghe espresse previste dal legislatore (come per *gli ordini militari*), altre volte per interpretazioni giurisprudenziali che non riconoscono al militare una situazione giuridica soggettiva degna di tutela (come per *la disciplina dei trasferimenti*).

La regola della doverosa ed esaustiva motivazione del provvedimento è stata spesso oggetto di cognizione da parte della magistratura amministrativa con riferimento ad atti dell'amministrazione militare, e, in particolare, nell'ambito della materia lavoristica, in relazione a trasferimenti, sospensioni cautelari, dinieghi di accesso e ad altre evenienze sulle quali è opportuno soffermarsi<sup>119</sup>.

Il prosieguo del capitolo, si offre di osservare quando negli istituti preannunciati, ovvero nella disciplina degli ordini in generale, e in particolare, nella valutazione del militare e nella disciplina dei trasferimenti, l'obbligo di motivazione del provvedimento, previsto dalla disciplina comune articolata nella l. 241/1990, è recepito dall'ordinamento militare con i decreti ministeriali sopra citati trovi applicazione, quando invece no e per quali ragioni.

Va considerato che si tratta di provvedimenti in grado di incidere drasticamente sulla vita sia professionale, che civile del lavoratore (si pensi a trasferimenti in luoghi distanti da quelli in cui il lavoratore è stabilito, o all'abbassamento delle note caratteristiche che possono scaturire un demansionamento) e che è facile che generino un *metus* dei militari nei

---

<sup>118</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali del personale militare*, cit., pagg. 166 ss.

<sup>119</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali del personale militare*, cit., pagg. 166 ss.

confronti dei propri superiori<sup>120</sup>.

Collocati nell'obsoleto ordinamento militare, gli istituti menzionati, nascondono un potenziale nocivo. Da normali provvedimenti di gestione amministrativa, se impropriamente esercitati, possono divenire strumenti sanzionatori arbitrari, repressivi e coercitivi della volontà del sottoposto, nella disponibilità delle gerarchie. Le testimonianze degli addetti ai lavori, risalenti a periodi temporali relativamente distanti – *si pensi agli episodi del 1977 citati nel libro Sotto le Stellette, che riporta vari casi di utilizzo malsano dei predetti istituti*<sup>121</sup>, o *alle ripercussioni subite dal carabiniere appuntato Riccardo Casamassima nel recentissimo caso Cucchi*<sup>122</sup> - descrivono quale siano le prassi militari e allarmano sulla loro carica lesiva.

## 2.2 Ordine illegittimo e disobbedienza

### 2.2.1 Contenuto

Il funzionamento e l'amministrazione del personale militare fanno perno su due istituti complementari: l'ordine e il dovere di obbedienza.

Si tratta di istituti che sono due facce della stessa medaglia. L'ordine deriva dal potere di chi emana un comando di disporre l'operato dei suoi sottoposti. Il dovere di obbedienza è la diretta conseguenza, ovvero è l'obbligo cui è tenuto il sottoposto, a rispettare ciò che gli è stato impartito dai suoi superiori.

Sono istituti necessari tra loro, funzionali all'adempimento dei principi cui si ispira l'ordinamento militare - *difesa interna e esterna dei confini nazionali* - e che trovano una disciplina confusa e frammentata, che vive contesa tra plurime fonti, sia di diritto comune che di diritto militare<sup>123</sup>.

L'ordine altro non è che un provvedimento amministrativo.

Per la precisione, un *provvedimento amministrativo, autoritativo e discrezionale* i cui requisiti sono davvero minimi: l'elemento soggettivo, costituito dalla legittimazione del soggetto emittente a emanare l'ordine, e l'elemento oggettivo, ovvero la manifestazione della volontà, cui consegue l'obbligo di esecuzione in capo al destinatario, ovvero il dovere di obbedienza<sup>124</sup>.

Secondo l'orientamento maggioritario consolidatosi in giurisprudenza, l'ordine è un atto amministrativo a forma libera, di norma unisussistente,

---

<sup>120</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo e disobbedienza, Diritto e questioni pubbliche*, 2016, Palermo, pag. 313.

<sup>121</sup>CESARE MEDAIL, *Sotto le Stellette*, Torino, 1977, da pag. 14 a pag. 35 vengono forniti una serie di casi avvenuti in quegli anni di repressione delle singole lotte per la democratizzazione delle Forze Armate mediante gli istituti prima citati, in particolare, Il Caso Sotgiu.

<sup>122</sup><https://www.tpi.it/2018/10/24/cucchi-carabiniere-minacciato-riccardo-casamassima/>, 30/10/2018

<sup>123</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali del personale militare*, cit., pagg. 166 ss.

<sup>124</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo e disobbedienza*, cit., pag. 313.

contente un precetto imperativo tipico della disciplina militare e del relativo ordinamento gerarchico (ex giurisprudenza del Cons. di Stato, sez. IV, n. 2641/2000)<sup>125</sup>.

Non esiste, infatti, una particolare *forma* da rispettare per chi emana l'ordine. La manifestazione di volontà, costitutiva dell'ordine, può imporsi anche con un semplice invito, e non è richiesta motivazione<sup>126</sup>.

In caso di violazione della consegna o dell'ordine vengono comminate sanzioni disciplinari e penali come accennato nel primo capitolo<sup>127</sup>.

Le sanzioni, a garanzia dell'efficacia dell'atto, connotano la natura del comando, annoverandolo tra gli *atti d'imperio*<sup>128</sup>. L'ordine "gerarchico" trova il suo fondamento nel modello organizzativo gerarchico, ovvero nella posizione giuridica soggettiva della subordinazione, fenomenologia passiva del rapporto di subordinazione<sup>129</sup>.

La dottrina definisce la gerarchia come il rapporto che collega organi e persone appartenenti ad un'istituzione in una struttura piramidale, nella quale agli organi superiori, partendo dal vertice verso la base, spetta una potestà di comando nei confronti degli organi inferiori<sup>130</sup>, tenuti all'obbedienza; costituisce la più antica *species* dei rapporti detti di "sovraordinazione" caratterizzati da reciproche posizioni di potestà e soggezione, nei quali i conflitti di interessi sono risolti dalla decisione dell'autorità sovraordinata<sup>131</sup>.

La gerarchia, gli ordini e le rispettive sanzioni, consentono di evitare che l'attività si snodi in procedimenti complessi, affinché possa direttamente concretizzarsi in comportamenti materiali, rispondendo così alle esigenze di massimo coordinamento, rapidità ed efficienza di cui l'amministrazione militare necessita<sup>132</sup>.

L'ordine è quindi il motore primo della macchina militare. Garantisce la compattezza di direzione e di comando, mediante unità d'azione; in ragione di ciò, è ritenuta la formula organizzativa indispensabile all'assolvimento dei compiti istituzionali da parte delle amministrazioni militari.

Va ricordato che è proprio l'ordine, il mezzo di cui si avvalgono le gerarchie militari per amministrare l'*uso della forza* istituzionalizzato in capo alle Forze Armate, quale mezzo proporzionato e preordinato a garantire i fini cui sono preposte<sup>133</sup>. È quindi nel contenuto dell'ordine che va rintracciata la legalità dell'ordine.

---

<sup>125</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali del personale militare*, cit., pagg. 166 ss.

<sup>126</sup>L'art. 1349, terzo comma, del D.Lgs. 66/2010 prevede espressamente che agli ordini militari non si applichino i Capi I, III e IV della legge 241/90: l'art. 3, contenuto nel Capo I, riguarda appunto l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi. Riguardo all'assenza di obbligo di motivazione cfr. Cass. Pen. 31/10/83, Sez. I, n. 11157 (in «Rassegna di giustizia militare, 1984, 111 ss.

<sup>127</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali del personale militare*, cit., pagg. 166 ss.

<sup>128</sup>GABRIELE VITAGLIANO, *Gerarchia e ordini illegittimi fonte e limiti del dovere di obbedienza*, Rassegna dell'arma dei carabinieri, 2003, pag. 1.

<sup>129</sup>Ibidem.

<sup>130</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali del personale militare*, cit., pagg. 166 ss.

<sup>131</sup>Ibidem.

<sup>132</sup>GABRIELE VITAGLIANO, *Gerarchia e ordini illegittimi*, cit., pag. 2.

<sup>133</sup>Ibidem.

Fatte queste sintetiche precisazioni, analizziamo la disciplina del comando nell'ordinamento militare.

In merito a quanto premesso nel precedente paragrafo, ovvero sull'applicabilità della l. 241/1990 al *diritto militare*, in materia di ordine troviamo una deroga espressa e di indubbia rilevanza.

### **2.2.2 La l. 241/1990 e l'ordine militare**

A minare *in primis* la reale applicazione delle nuove norme in materia di procedimento amministrativo alla disciplina degli ordini, è l'art. 1349 d. lgs. 66/2010.

Il comma 3 prevede che "*Agli ordini militari non si applicano i capi I, III e IV della legge 7 agosto 1990, n. 241*"<sup>134</sup>.

Si tratta di un'eccezione che di fatto neutralizza gli effetti delle nuove norme in materia di procedimento amministrativo.

In realtà, viaggiando a ritroso nel tempo, ci si dà conto, che già prima dell'emanazione del d. lgs. 66/2010, la normativa della l. 241/1990 non trovava applicazione<sup>135</sup>. L'orientamento dominante seguito dalla giurisprudenza circa i rapporti fra i provvedimenti contenenti ordini e l'art. 3 della l. 241/1990 suggerivano alcune riflessioni critiche. L'assunto giurisprudenziale riteneva l'obbligo di motivazione inapplicabile alla disciplina degli ordini, a causa dell'ampia discrezionalità di cui godevano questi ultimi, e, a fronte della quale, non sussisterebbero posizioni di interesse legittimo<sup>136</sup>.

Volgendo lo sguardo ancora più indietro, già prima dell'emanazione della l. 241/1990, e dunque prima che fosse sancito l'obbligo di motivazione dei provvedimenti, ci si avvede che, sin da subito, dopo la costituzione della IV sezione del Consiglio di Stato, fu avvertita l'esigenza di dotare l'atto amministrativo di una motivazione<sup>137</sup>. Al di là dei casi in cui fosse obbligatoria per legge. Ciò allo scopo di poter ottemperare al meglio ad un sindacato di merito sulle scelte operate dall'amministrazione, e condurre un giudizio consapevole della corrispondenza tra la realtà fattuale e la congruità e la legittimità dei fini perseguiti<sup>138</sup>.

Se in principio, il giudice amministrativo preferisce accertare da sé l'effettiva devianza funzionale dell'atto, integrando la carente esternazione dei motivi con i propri poteri istruttori, successivamente si afferma l'esigenza di una

---

<sup>134</sup>L'art. 1349, terzo comma, del D.Lgs. 66/2010 prevede espressamente che agli ordini militari non si applichino i Capi I, III e IV della legge 241/90: l'art. 3, contenuto nel Capo I, riguarda appunto l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi. Riguardo all'assenza di obbligo di motivazione cfr. Cass. Pen. 31/10/83, Sez. I, n. 11157 (in «Rassegna di giustizia militare, 1984, 111 s.), e, per una trattazione più completa, PAVICH, entrambi citati in VITAGLIANO 2003, nt. 17. La giurisprudenza amministrativa, assimilando i trasferimenti agli ordini militari, ne esclude concordemente l'obbligo di motivazione (cfr. infra, nt. 51).

<sup>135</sup>GABRIELE VITAGLIANO, *Gerarchia e ordini illegittimi*, cit., pag. 2.

<sup>136</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, in *Foro Amministrativo*, 2003, pagg. 650 ss.

<sup>137</sup>Ibidem.

<sup>138</sup>T.A.R. Abruzzo, 23 gennaio 2003, n. 204, con nota di MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, in *Foro Amministrativo*, 2003, pagg. 650 ss.

formale esposizione delle ragioni che sorreggono l'atto<sup>139</sup>.

Lo schema elaborato dalla giurisprudenza anteriormente alla l. 241/1990 si reggeva, dunque sulla negazione di un obbligo di motivazione che fosse, però, temperato da numerose eccezioni.

Si soleva distinguere, tra motivazione necessaria e motivazione facoltativa: l'una eccezionale ed imposta dalla legge o dalla natura dell'atto; l'altra riconducibile a regola generale residuale<sup>140</sup>.

In questo modo, secondo tale orientamento consolidato, la mancanza di motivazione, per provvedimenti per cui era ritenuta necessaria, rendeva illegittimo l'atto per violazione di legge. Era illegittimo per eccesso di potere, invece, qualora l'indicazione dei motivi posti a fondamento della decisione, fosse imposta dalla natura del potere esercitato dall'amministrazione<sup>141</sup>.

Il criterio utilizzato dalla giurisprudenza per capire se si trovasse di fronte all'esercizio di un potere che necessitava motivazione o meno era fortemente empirico. Si sosteneva che necessitassero di un obbligo generale di motivazione, tutti i casi in cui vi fosse un potere ampiamente discrezionale o un potere che incidesse sfavorevolmente nella sfera del destinatario (si ritenevano, quindi, da motivare: *i provvedimenti di revisione, i provvedimenti sanzionatori, gli atti di diniego di provvedimenti ampliativi, i provvedimenti di riesame di precedenti atti amministrativi, etc.*)<sup>142</sup>.

In questa maniera, risultavano esenti dall'obbligo di motivazione, gli atti di controllo negativi, gli atti che esprimono una semplice dichiarazione di scienza, gli atti vincolati, gli atti di accoglimento dell'istanza del privato, gli atti di alta amministrazione<sup>143</sup>.

Quindi, si può dire che anteriormente alla l. 241/1990, l'obbligatorietà della motivazione era stabilita in funzione inversamente proporzionale al grado di discrezionalità di cui disponeva l'amministrazione nel provvedere.

Il criterio utilizzato è dipeso dal tipo di funzione assegnata alla motivazione. L'esigenza di motivare è stata intesa, in modo pressoché esclusivo, nell'ottica di un efficace controllo giurisdizionale sull'atto, nell'obiettivo di consentire al cittadino di riconoscere l'eventuale lesione dei propri interessi giuridicamente protetti e di facilitare al giudice il riscontro dell'illegittimità denunciata<sup>144</sup>. Dalla funzione *giustiziale* della motivazione, discende la conseguenza che ogni qualvolta il legislatore non attribuisca al singolo un interesse giuridicamente protetto a fronte del potere esercitato dall'amministrazione, la motivazione da obbligatoria diventa meramente facoltativa<sup>145</sup>.

Ciò ha giustificato la costante e convinta esclusione dell'obbligo di motivazione per gli atti di alta amministrazione, reputati massima espressione della discrezionalità amministrativa, a fronte dei quali non sussisterebbero

---

<sup>139</sup> MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., pagg. 650 ss.

<sup>140</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali del personale militare*, cit., pagg. 166 ss.

<sup>141</sup>Ibidem.

<sup>142</sup>Ibidem.

<sup>143</sup>Ibidem.

<sup>144</sup>Ibidem.

<sup>145</sup>Ibidem.

posizioni di interesse giuridicamente protette<sup>146</sup>.

Non può non apparire singolare il fatto che, pur dopo l'entrata in vigore dell'art. 3 della l. 241/1990 (che sancisce per tutti i provvedimenti amministrativi ad eccezione degli atti generali e di quelli normativi, l'obbligo di esternare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche in relazione alle risultanze dell'istruttoria) la giurisprudenza non abbia del tutto abbandonato gli orientamenti precedenti<sup>147</sup>.

Tuttavia, proprio a riguardo agli atti discrezionali, si nota un significativo mutamento di indirizzo rispetto al passato. Ne è prova il riferimento alla copiosa giurisprudenza amministrativa in materia di atti di nomina (oggi - in seguito alla privatizzazione del pubblico impiego - atti di conferimento di incarichi dirigenziali) di dirigenti dello Stato e dei direttori generali delle aziende-unità sanitarie locali<sup>148</sup>. La soluzione accolta dalla giurisprudenza si è orientata nel senso della natura amministrativa di tali atti qualificati di alta amministrazione. Da questa problematica è scaturito una sorta di canone interpretativo dell'art. 3, l. 241 del 1990, ai sensi del quale «la connotazione di un atto amministrativo come atto di alta amministrazione non vale, di per sé, ad escludere l'onere di motivazione a carico dell'amministrazione», fermo restando che esso discende, in ogni caso, dalla presenza, a fronte del potere esercitato, di posizioni soggettive tutelate dall'ordinamento<sup>149</sup>.

Rispetto al passato, si supera, dunque, l'equazione "massima discrezionalità = assenza di motivazione", in base alla considerazione che, ad un'ampia possibilità di scelta, non corrisponde necessariamente l'assenza di posizioni soggettive giuridicamente protette<sup>150</sup>.

Con l'art. 1349 co. 3 del d. lgs. 66/2010 e la previsione che "*Agli ordini militari non si applicano i capi I, III e IV della legge 7 agosto 1990, n. 241*", questa dottrina, che evolvendosi, avrebbe condotto ad un obbligo di motivazione anche per i provvedimenti adottati dalle amministrazioni militari, è stata nettamente stroncata.

---

<sup>146</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione*, cit., pagg. 650 ss.

<sup>147</sup>B.G. MATTARELLA, *il provvedimento amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2000, vol. 1, pag. 775.

<sup>148</sup>La natura di atto di alta amministrazione degli atti di nomina alle più alte cariche dello Stato e di nomina dei direttori generali delle Ausl costituisce dato assodato. Altrettanto pacifico è che tali atti, in quanto amministrativi, vadano motivati. Le difficoltà, al di là delle enunciazioni di principio, sorgono nel momento in cui si debba indicare come vadano motivati; in particolare come debba essere giustificata una scelta retta da valutazioni prettamente fiduciarie. Per un riscontro di questa vicenda, con riguardo anche alla giurisprudenza più recente in tema di atti di conferimento di incarichi dirigenziali, v. Cons. St., sez. IV, 6 aprile 1993 n. 393, in Cons. St., 1993, I, 486; Id., 11 giugno 1997 n. 629, ivi, 1997, I, 680; Id., 1° settembre 1998 n. 1139, ivi, 1998, I, 1254; Tar Marche, 27 luglio 2001 n. 963, in I Tar, 2001, I, 3366; Tar Calabria, Reggio Calabria, 11 aprile 2002 n. 225, in questa Rivista Tar, 2002, 1394, in cui trovasi ribadito con fermezza che, dopo l'entrata in vigore della l. n. 241 del 1990, non residua più alcuno spazio per la categoria dei provvedimenti amministrativi c.d. a motivo libero. Nota che compare in MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione*, cit., pagg. 650 ss.

<sup>149</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione*, cit., pagg. 650 ss.

<sup>150</sup>Ibidem.

Il Capo I della l. 241/1990 disciplina i principi che sorreggono tutta la disciplina enucleata negli articoli successivi. Vagliando le conseguenze più eclatanti dell'esclusione dell'ordine dal campo di applicazione del Capo I della l. 241/1990, si evincerebbe che l'adozione di provvedimenti da parte dell'amministrazione militare può discostarsi dai criteri di economicità, di efficacia e di pubblicità di cui all'art. 1 della l. 241/1990, così come *dall'obbligo di provvedimento espresso a chiusura di un procedimento aperto d'istanza*, e dall'osservanza dell'*obbligo di motivazione* previsto per ogni provvedimento amministrativo adottato dall'amministrazione ex art. 3.

Verrebbe poi meno l'obbligo di comunicazione all'avvio del procedimento, previsto dall'art. 7 che apre il Capo III rubricato "Partecipazione al procedimento amministrativo", così come l'applicazione dell'art. 9 recita: "*qualunque soggetto, portatore di interessi pubblici o privati, nonché i portatori di interessi diffusi costituiti in associazioni o comitati, cui possa derivare un pregiudizio dal provvedimento, hanno facoltà di intervenire nel procedimento*", andando così a ledere il più generico diritto di difesa previsto dall'art. 24 della Costituzione, oltre che lo specifico diritto di difesa del destinatario dei provvedimenti amministrativi previsto dall'articolo in questione. Ed ancora tutte le disposizioni del Capo IV della stessa l. 241/1990 in materia di "Semplificazione dell'azione amministrativa", quindi le norme sulle conferenze di servizi, sul silenzio assenso, sull'attività consultive e sulle valutazioni tecniche.

Di conseguenza, tutti i destinatari degli ordini si troveranno sprovvisti di una serie di garanzie di tutela che sono normalmente garantite da qualunque altro volto della pubblica amministrazione. La menomazione risulta ancora più grave pensando a quanto precisato poco sopra: l'ordine è il principale strumento di cui si avvale l'amministrazione militare - quindi il destinatario degli effetti o il suo materiale esecutore incontrerà un ridimensionamento della sua situazione giuridica soggettiva praticamente di fronte a tutte le attività impartite dalle gerarchie militari -. Il contenuto dell'ordine funge da cartina tornasole della legalità dei poteri e dei mezzi impiegati dalle amministrazioni militari per il perseguimento dei loro fini istituzionali. Sia nell'analisi (*ex ante*), per chi è tenuto ad eseguirlo, sia come ausilio fondamentale alla ricostruzione (*ex post*) delle eventuali patologie cui può essere affetto, sia da parte dell'amministrazione stessa, che da parte, ad esempio, dell'Autorità Giudiziaria.

### 2.2.3 L'esecuzione degli ordini

L'ordine conquista materialità nella sua esecuzione, ovvero nel rispettivo dovere di obbedienza dell'esecutore. Si tratta di un tema a forte connotazione politica, la cui disciplina specchia le inclinazioni autoritarie ovvero liberali del nostro ordinamento giuridico<sup>151</sup>.

Il giurista e militare Iafrate Cleto<sup>152</sup> ha fornito a fini esemplificativi, un'immagine allegorica del quadro normativo in questione, assimilandolo a *un ginepraio* all'interno del quale si nasconde una *tagliola*.

---

<sup>151</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo e disobbedienza*, cit., pag. 313.

<sup>152</sup>Ibidem., pag.314

Il ginepraio, si sa, è una matassa il cui bandolo è difficile da reperire. La tagliola invece, costituirebbe la conseguenza dell'incertezza normativa, ovvero le sanzioni penali/disciplinari costantemente in agguato all'uscita dal ginepraio.

L'unico punto fermo della normativa è costituito dall'ordine «manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce manifestamente reato»<sup>153</sup>. Questa tipologia di ordine deve essere sempre disattesa. L'art. 1349, secondo comma, del Codice dell'Ordinamento Militare di cui al D.Lgs. n. 66/2010 (COM) sancisce che «il militare al quale viene impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l'ordine e di informare al più presto i superiori»<sup>154</sup>. La dottrina ritiene, per lo più, che l'avverbio “manifestamente” sottenda un parametro oggettivo, costituito dalla valutazione che ne darebbe l'uomo “medio”<sup>155</sup>.

Secondo altra dottrina, invece, sarebbe necessario basarsi su un criterio di tipo soggettivo. Ossia sul grado di percezione del subordinato chiamato ad eseguire l'ordine; tale criterio risulterebbe più adeguato nel contesto di una tematica che verte sulla colpevolezza<sup>156</sup>. Si deve al riguardo notare che la determinazione della “manifesta” criminalità in termini puramente oggettivi oscurerebbe l'incidenza del fattore culturale: ciò che appare manifestamente reato al militare dotato di una certa cultura, potrebbe facilmente non apparire tale al militare che ne fosse privo<sup>157</sup>. Per esempio, l'ordine di intercettare, in carenza di autorizzazioni, le conversazioni di un giornalista o di un politico di opposizione potrebbe essere ritenuto manifestamente criminoso da un militare laureato in giurisprudenza, e del tutto legittimo da un militare in possesso della sola licenza elementare<sup>158</sup>.

L'ordine sarebbe quindi considerato manifestamente criminoso quando l'illiceità penale è evidente, ossia immediatamente percepibile come tale senza necessità di ulteriori accertamenti (si pensi, ad esempio, ad ordini come “spara sulla folla”, o “dichiara il falso”)<sup>159</sup>.

Al di là di quest'ipotesi che, almeno sul piano normativo, tracciano in modo chiaro i limiti della legittimità dell'ordine e dell'obbligo di obbedienza, ecco una rapida ricognizione delle principali disposizioni in materia<sup>160</sup>:

– l'art. 51, ultimo comma, del Codice Penale che sancisce che «*non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine*». (A tal proposito, si consideri che le esigenze proprie delle Forze armate e di polizia impongono che venga data esecuzione anche a ordini “illegittimi” per contrasto con fonti di rango

---

<sup>153</sup>Ibidem.

<sup>154</sup>Art. 1349 g. lgs. 66/2010.

<sup>155</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag.314.

<sup>156</sup>Ibidem.

<sup>157</sup>Ibidem.

<sup>158</sup>Ibidem.

<sup>159</sup>RODOLFO VENDITTI, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, Giuffrè, 1995, pag. 187.

<sup>160</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag.314.

regolamentare, o con principi di efficacia ed efficienza. Ad esempio “passa con il semaforo rosso” o “guida di notte a fari spenti” oppure “supera il limite di velocità”<sup>161</sup>).

– l’art. 173 codice penale militare di pace (c.p.m.p.) punisce «*il militare che rifiuta, omette o ritarda di obbedire a un ordine attinente al servizio o alla disciplina, intimatogli da un superiore*».

– l’art. 1349, primo comma, del COM sancisce che «*gli ordini devono, conformemente alle norme in vigore, attenere alla disciplina, riguardare le modalità del servizio e non eccedere i compiti d’istituto*». Il comma recepisce, senza alcuna modifica, l’art. 4, quarto comma, della Legge di principio sulla disciplina militare (l. 11 luglio 1978, n. 382).

– l’art. 727 del Testo Unico delle Disposizioni Regolamentari in materia di Ordinamento Militare di cui al D.P.R. 90/2010 (TUROM) impone che «*gli ordini, emanati in conformità e nei casi previsti dal Codice, devono essere formulati con chiarezza in modo da evitare dubbi o esitazione in chi li riceve*».

– l’art. 729 del TUROM prescrive che:

«1. *Il militare deve eseguire gli ordini ricevuti con prontezza, senso di responsabilità ed esattezza, nei limiti stabiliti dal codice e dal regolamento, nonché osservando scrupolosamente le specifiche consegne e le disposizioni di servizio. In particolare, egli deve astenersi da ogni osservazione, tranne quelle eventualmente necessarie per la corretta esecuzione di quanto ordinato; [...]*

*2. Il militare al quale è impartito un ordine che non ritiene conforme alle norme in vigore deve, con spirito di leale e fattiva partecipazione, farlo presente a chi lo ha impartito dichiarandone le ragioni, ed è tenuto ad eseguirlo se l’ordine è confermato. Secondo quanto disposto dalle norme del codice, il militare al quale è impartito un ordine manifestamente rivolto contro le istituzioni dello Stato o la cui esecuzione costituisce comunque manifestamente reato, ha il dovere di non eseguire l’ordine e informare al più presto i superiori».*

– il punto 15 dell’art. 751 del TUROM prevede come violazione disciplinare, sanzionabile con la consegna di rigore, la «*emanazione di un ordine non attinente alla disciplina o non riguardante il servizio, o eccedente i compiti d’istituto*».

Dalla commistione delle norme appena citate, si evincono due direzioni legislative difficilmente conciliabili tra loro.

La prima secondo cui:

a) non costituisce reato l’inosservanza di ordini illegittimi perché *non attinenti al servizio o alla disciplina*;

b) mentre costituisce reato l’inosservanza degli ordini illegittimi per *altre ragioni*.

L’interpretazione richiama l’art. 1349 del COM, secondo cui gli ordini devono *attenere alla disciplina, riguardare il servizio e non eccedere i compiti*

---

<sup>161</sup>Ibidem.

d'istituto. Va dunque chiarito, cosa significhi *attinenza al servizio* <sup>162</sup>.

L'altro orientamento invece, fa perno su un'altra norma.

a) Da un lato vi è l'art. 1349 co. 2 del COM che, come detto, costituisce il limite invalicabile dell'ordine eversivo.

b) Dall'altro l'art. 729 TUROM co.2, secondo cui l'ordine militare, ancorché ritenuto *non conforme alle norme in vigore, debba essere eseguito se confermato*, sancendo così l'insindacabilità dell'ordine.

Questa seconda faccia del quadro normativo, parrebbe indicare che al di qua degli ordini manifestamente eversivi o criminosi, ogni ordine militare debba essere considerato insindacabile<sup>163</sup>.

Come queste diverse volontà del legislatore si accordino tra loro non è affatto chiaro<sup>164</sup>.

La nozione di sindacabilità cui fa riferimento l'art. 51 ultimo comma c.p. come condizione per l'applicazione della scriminante dell'adempimento di un dovere, coincide con la nozione di insindacabilità che sembra emergere dall'art. 729 co. 2 del TUROM?

Non vi sono indicazioni precise a riguardo.

Cosa deve poi intendersi per "attinenza al servizio"<sup>165</sup>?

La Cassazione aveva precedentemente chiarito che l'attinenza è esclusa solo ed esclusivamente nel caso di connessione ad un interesse non militare, ossia di natura privata. In realtà, di recente, l'attinenza al servizio è stata interpretata in modo più restrittivo. Ne è un esempio la decisione n. 888/2007 dalla sez. IV della Corte di Cassazione Penale<sup>166</sup>. L'ordine pur impartito nel corso dello svolgimento di compiti di servizio è stato qualificato come *non attinente al servizio* perché costituiva violazione di norme valide (codice della strada), ed è stato perciò considerato sindacabile, escludendo l'applicazione della scriminante ex art. 51 c.p.<sup>167</sup>.

Ma qualora fosse stato un ordine attinente al servizio, nonostante contrario alla legge, sarebbe stato sindacabile? Minando così l'applicabilità dell'ipotesi prevista dall'art. 51 del c.p.?

#### 2.2.4 Risvolti pratici

Un quadro normativo così confuso, farraginoso e indeterminato, soprattutto con riguardo alla questione cruciale dell'insindacabilità degli ordini in rapporto alla scriminante dell'art. 51 c.p., rischia di trasformarsi per il militare in una vera e propria tagliola<sup>168</sup>.

Supponiamo, infatti, che il militare riceva un ordine che gli appaia (a) attinente al servizio, (b) non manifestamente eversivo o criminoso, eppure (c)

---

<sup>162</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali del personale militare*, cit., pagg. 166 ss.

<sup>163</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag.314.

<sup>164</sup>Ibidem.

<sup>165</sup>Ibidem, pag.316.

<sup>166</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag.317 a proposito della sentenza n. 888/2007 dalla sez. IV della Corte di Cassazione Penale

<sup>167</sup>Ibidem.

<sup>168</sup>Ibidem.

illegittimo (ad esempio, l'ordine di violare una norma del codice della strada nello svolgimento dei compiti di servizio)<sup>169</sup>. Supponiamo ancora che, in linea con lo «spirito di leale e fattiva collaborazione» evocato dall'art. 729 secondo comma del TUROM, egli faccia presente al superiore le ragioni per cui ritiene illegittimo l'ordine (ad esempio, l'insussistenza di una situazione di pericolo o urgenza che giustificerebbe la violazione del codice della strada), ma che l'ordine, prevedibilmente, venga confermato<sup>170</sup>.

A questo punto, il militare si troverà schiacciato tra due possibilità entrambe molto rischiose. Potrebbe rifiutarsi di obbedire all'ordine ritenuto illegittimo: ma qualora questo venga considerato insindacabile secondo quanto disposto dall'art. 729 co. 2 del TUROM, e in linea con l'art. 1349 co. 2, del COM, egli incorrerà nel *reato militare di disobbedienza* previsto dall'art. 173 c.p.m.p.

Potrebbe, invece, obbedire: in questo caso, qualora la sua azione dovesse integrare una fattispecie di reato (ad esempio, se la violazione del codice della strada si traducesse nella commissione di un reato colposo) e qualora l'ordine dovesse invece essere considerato sindacabile, gli verrà negata l'applicazione della scriminante dell'adempimento di un dovere<sup>171</sup>.

L'ipotesi esemplificata da Cleto Iafrate non è affatto peregrina. Per rendersene conto, sarà utile ricostruire una recente vicenda giudiziaria, il caso di Cassazione Penale n. 888/2007.

*In una giornata piovosa, un convoglio di auto di servizio, proveniente da Salerno, procedeva in direzione Reggio Calabria, dopo aver espletato il servizio di ordine pubblico in occasione dello svolgimento di una partita di calcio. Alla testa del convoglio vi era l'autoveicolo condotto personalmente dal funzionario, il quale dettava via radio perentoriamente e ripetutamente a tutti gli automezzi collegati, l'ordine di accelerare l'andatura e, rivolgendosi al capo macchina dell'autoveicolo che lo seguiva, gli intimava di procedere attaccato alla sua vettura<sup>172</sup>. A causa dell'intensa pioggia e della scivolosità del manto stradale, l'ordine non veniva prontamente eseguito. Il funzionario ribadiva ripetutamente, via radio, l'ordine perentorio di accelerare l'andatura. Costui obbediva all'ordine ricevuto – e confermato – ed aumentava la velocità oltre i limiti consentiti. Improvvisamente, il funzionario che guidava l'auto alla testa del convoglio frenava bruscamente; nonostante il poliziotto che lo seguiva avesse provato ad effettuare una manovra di emergenza di sterzata e controsterzata, la sua auto si ribaltava rovinosamente, causando il decesso del collega che viaggiava con lui sul sedile posteriore senza cintura di sicurezza<sup>173</sup>.*

Da quel momento iniziò una lunga e travagliata odissea giudiziaria.

Il giudice di primo grado condannò il funzionario che aveva eseguito l'ordine per concorso in omicidio colposo.

Il giudice d'Appello, invece, lo assolse perché "il fatto non sussiste", applicando -erroneamente- la causa di esclusione dell'antigiuridicità della condotta prevista dall'art. 51 c.p. La sentenza asseriva che "stante il breve

---

<sup>169</sup>Ibidem.

<sup>170</sup>Ibidem, pag.317.

<sup>171</sup>Ibidem, pag.314.

<sup>172</sup>Cass. Pen. Sez. IV, 05/12/2007, n.888.

<sup>173</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag.317.

lasso di tempo trascorso fino al verificarsi del grave incidente", non era possibile effettuare un sindacato di legittimità dell'ordine ricevuto, tanto più che gli ordini del funzionario potevano "in via di ipotesi" essere determinati "da esigenze di sicurezza e di emergenza sia della collettività sia degli appartenenti al corpo di Polizia", introducendo *una ricostruzione alternativa ipotetica sfornita di alcun elemento di prova ed anzi contraddetta dal comportamento autoritario del funzionario*<sup>174</sup>.

Il Procuratore Generale presso la Corte di Appello di Catanzaro propose ricorso per Cassazione avverso la sentenza della Corte d'Appello, ritenendo che «i reiterati ordini di accelerare, impartiti dal funzionario potevano essere sindacati e disattesi perché illegittimi [...] tanto più che non vi era alcuna urgenza o necessità palese né rappresentata»<sup>175</sup>.

Già in precedenza la Corte di Cassazione in tema di adempimento di un dovere imposto da un ordine legittimo aveva statuito che è sempre necessario, al fine di accertare l'effettiva sussistenza della esclusione della antigiuridicità del fatto, compiere, in concreto, un giudizio di bilanciamento tra il bene protetto dalla norma incriminatrice e la finalità cui mira la causa di giustificazione; ne consegue che non può ritenersi scriminata la condotta dell'agente appartenente alle forze di polizia che, nell'ambito dell'ampio margine di discrezionalità a lui riconosciuto dall'ordine di recarsi "con urgenza" in un determinato luogo, pur avendo attivato dispositivi lampeggianti ed acustici, cagioni lesioni a terze persone in conseguenza della sua condotta di guida, tenuta in violazione di norme del codice della strada e dell'obbligo generico di rispettare le regole imposte dalla prudenza<sup>176</sup>.

La Suprema Corte, quindi, ritenuti fondati i motivi adottati dal Procuratore Generale, riconosce la responsabilità penale dell'agente di polizia e lo condanna per omicidio colposo in concorso con il datore dell'ordine. La condanna viene decisa sulla base del seguente ragionamento: «qualificato l'ordine come illegittimo ma sindacabile, il subordinato avrebbe dovuto disattenderlo e non dare ad esso attuazione. Avendo scelto, al contrario, di adempirvi, ha violato, così, norme del codice della strada rivelatesi causali rispetto al fatto di reato poi verificatosi»<sup>177</sup>.

L'ordine, a giudizio della Suprema Corte, andava considerato sindacabile perché *eccedente i compiti di istituto*<sup>178</sup>. Quindi era un ordine non attinente al servizio. L'esecuzione dell'ordine impartito dal funzionario a capo del convoglio di autoveicoli, costituiva reato, oltre che violazione di leggi e regolamenti e non vi era alcun presupposto d'urgenza che ne giustificasse l'adempimento<sup>179</sup>.

*“L'agente di polizia, o il militare, al momento dell'esecuzione dell'ordine, non deve limitarsi a controllare che non sia manifestamente eversivo o criminoso o manifestamente estraneo ai compiti d'istituto, ma anche che non integri ingiustificata violazione di norme valide; nel caso in cui ritenga l'ordine*

---

<sup>174</sup>Ibidem.

<sup>175</sup>Ibidem.

<sup>176</sup>Cass. Pen. Sez. 4, 1/12/ 2000, n. 12489, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 2016, pag. 317.

<sup>177</sup>Cass. Pen. Sez. IV, 05/12/2007, n.888.

<sup>178</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag.318.

<sup>179</sup>Ibidem.

*illegittimo dovrà disobbedire*<sup>180</sup>.

Questa soluzione che in astratto pare essere più che ragionevole, mal si raccorda, sia con altri articoli di legge che il militare/poliziotto è tenuto a osservare e che intimano ad una *pronta obbedienza* (ex artt. 173 c.p.m.p. e 729 TUROM), sia con i precedenti giurisprudenziali, diventati prassi, e che ribadiscono che l'inferiore non ha alcun potere di sindacato su *fondatezza e bontà* dell'ordine, dovendo obbedire anche al comando che appaia *non giusto o non opportuno*<sup>181</sup>. Quando la legittimità dell'ordine dipende dalla sussistenza di necessità o urgenza, non è affatto facile distinguere tra una valutazione di legittimità e una valutazione di mera opportunità<sup>182</sup>.

Quanto detto è valido sia per i militari che per le forze di polizia ad ordinamento militare, così come ad ordinamento civile.

L'unica differenza consta nel fatto che il poliziotto ad ordinamento civile, che ritenga l'ordine manifestamente illegittimo, può richiederne la conferma per iscritto, tranne che nei casi connotati da necessità o urgenza ex art. 66, l. 121/1981<sup>183</sup>.

Tale differenza normativa, nonostante nel caso citato si trattasse di un poliziotto, non ha trovato alcun ruolo nell'argomentazione della Corte<sup>184</sup>.

La disciplina normativa riguardo l'esecuzione degli ordini militari appare dunque gravemente indeterminata, lacunosa e, nelle sue plurime interpretazioni, fortemente incongrua<sup>185</sup>.

La *Legge unica sulla disciplina militare* ha abrogato l'art 40 del c.p.m.p., rendendo possibile l'applicazione dell'art. 51 ultimo comma del c.p. ai reati militari: "*Non è punibile chi esegue l'ordine illegittimo, quando la legge non gli consente alcun sindacato sulla legittimità dell'ordine*"<sup>186</sup>.

Il problema principale della normativa in materia di ordini gerarchici è che l'attenzione è riposta, per lo più, sul momento della formazione dell'ordine e viene ampiamente trascurato l'aspetto dell'esecuzione, cui attiene il problema della sindacabilità<sup>187</sup>.

Non esiste, allo stato attuale, nessun intervento normativo-legislativo che,

---

<sup>180</sup>Cass. Pen. Sez. IV, 05/12/2007, n.888.

<sup>181</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag.318.

<sup>182</sup>Cass. Pen. Sez. I, 7/05/1985, n. 1027; Cass. Pen. Sez. I, 16/6/1986; Cass. Pen. Sez. I, 23/12/1987, n. 3007, in *Scandurra*, 1993, pagg. 202, 204.

<sup>183</sup>È utile citare per intero la prima parte dell'articolo: «1. L'appartenente ai ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza è tenuto ad eseguire gli ordini impartiti dal superiore gerarchico od operativo. 2. Gli ordini devono essere attinenti al servizio o alla disciplina, non eccedenti i compiti di istituto e non lesivi della dignità personale di coloro cui sono diretti. 3. L'appartenente ai ruoli dell'Amministrazione della pubblica sicurezza, al quale sia rivolto un ordine che egli ritenga palesemente illegittimo, deve farlo rilevare al superiore che lo ha impartito, dichiarandone le ragioni; se l'ordine è rinnovato per iscritto, è tenuto a darvi esecuzione e di essa risponde a tutti gli effetti il superiore che lo ha impartito. Quando l'appartenente ai ruoli della Polizia di Stato si trova in servizio di ordine pubblico ovvero quando esiste uno stato di pericolo e di urgenza, l'ordine ritenuto palesemente illegittimo deve essere eseguito su rinnovata richiesta anche verbale del superiore, che al termine del servizio ha l'obbligo di confermarlo per iscritto».

<sup>184</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag.318

<sup>185</sup>Ibidem.

<sup>186</sup>Art. 51 Cost.

<sup>187</sup>GABRIELE VITAGLIANO, *Gerarchia e ordini illegittimi*, cit., par. 9

affrontando direttamente la questione della sindacabilità, abbia chiarito in modo univoco come il militare debba comportarsi di fronte ad ordini illegittimi<sup>188</sup>.

Il problema della sindacabilità dell'ordine nasce non da disquisizioni dottrinali, ma da una norma di diritto positivo, l'art. 51 del Codice Penale; appare dunque grave la carenza che affonda le proprie origini nella Legge di Principio che, pur generalizzando l'applicabilità della scriminante, nulla dice sul punto della sindacabilità<sup>189</sup>.

Ed ecco allora la tagliola che attenta al buon operato del militare: le ganasce sono raffigurate dall'art. 51 del c.p. e dall'art 173 c.p.m.p. Il militare, da un lato rischia di incorrere in nel reato di disobbedienza, dall'altro nel reato conseguente all'esecuzione dell'ordine criminoso<sup>190</sup>.

Un quadro normativo così confuso, farraginoso e indeterminato, è una *spada di Damocle* pendente sul militare.

È molto difficile capire quale possa essere la ratio di una disciplina che – non a fronte della manifesta eversività o criminalità, rispetto alla quale può essere giusto pretendere comportamenti eroici e rischiosi, ma a fronte di ogni forma di illegittimità – pare affidare la garanzia della correttezza degli ordini al loro destinatario, sottoponendolo però all'obbligo di eseguire l'ordine con prontezza e al rischio di essere penalmente o disciplinarmente sanzionato sia per l'obbedienza che per la disobbedienza o il ritardo nell'obbedienza<sup>191</sup>.

È difficile sottrarsi all'impressione che al militare siano richieste, al tempo stesso, due attitudini incompatibili: obbedire con prontezza, e quindi non riflettere, o riflettere poco; e, nello stesso tempo, commisurare la scelta se obbedire o meno a valutazioni che richiedono riflessioni complesse, su dati normativi estremamente ambigui<sup>192</sup>. Il più probabile risultato di questa situazione di tensione sarà che l'esecutore – che, come detto, normalmente non è un giurista esperto<sup>193</sup>, e non ha la materiale possibilità di svolgere un ponderato esame di tutti i profili concernenti l'ordine – attivi la strada più automatica, e che in fondo gli appare meno rischiosa, e cioè dare attuazione a qualsiasi ordine<sup>194</sup>.

È inevitabilmente più pallida l'immagine di un processo penale per aver

---

<sup>188</sup>Ibidem.

<sup>189</sup>Ibidem.

<sup>190</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag.319.

<sup>191</sup>Ibidem, pag.320.

<sup>192</sup>Ibidem.

<sup>193</sup>“*La cultura e le conoscenze giuridiche dell'esecutore, di norma, non sono elevatissime. Si consideri che l'ultimo bando di reclutamento per il 2015 di 7.000 volontari in ferma prefissata (VFP) nell'Esercito, pubblicato sulla GU, 4a Serie Speciale, n. 74/2014, prevede tra i requisiti di ammissione il possesso del diploma di istruzione secondaria di primo grado, ex scuola media inferiore (fino al 1989 era sufficiente, quale requisito per il reclutamento del personale nelle carriere iniziali dei corpi di polizia, la sola licenza di scuola elementare). Costoro verranno addestrati per essere impiegati nei teatri di guerra, e dopo aver operato nelle forze armate per un determinato tempo avranno dei posti riservati nelle forze dell'ordine (Polizia di Stato, Carabinieri, Guardia di finanza, Polizia Penitenziaria). Lo prevedeva la L. 226/2004 – approvata all'indomani dell'abolizione del servizio militare obbligatorio allo scopo di incentivare gli arruolamenti nelle forze armate – con disposizione adesso confluita nell'art. 703 del COM”.*

Compare in CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag.320.

<sup>194</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag.320.

eseguito un ordine non manifestamente criminoso, che quello di una sanzione disciplinare, o di una cattiva nota di servizio, per non aver obbedito o aver contestato l'ordine, o averne ritardato l'esecuzione<sup>195</sup>. La tendenza a obbedire sempre e comunque apparirà ancora più forte prendendo in considerazione il contesto fortemente gerarchizzato nel quale il militare è inserito<sup>196</sup>.

Non possono coesistere norme che conferiscono al subordinato il potere/dovere di impedire l'esecuzione di ordini illegittimi o addirittura criminosi, e regole disciplinari che lo pongono in una situazione tale da essere assoggettato a semplice strumento della volontà superiore<sup>197</sup>.

Per come è attualmente congeniata, l'amministrazione militare appare infatti come una "macchina dell'obbedienza" e il diritto amministrativo militare specularmente funge da *armatura giuridica della macchina dell'obbedienza militare*<sup>198</sup>.

## 2.3 Trasferimenti d'autorità

### 2.3.1 Disciplina e contenuto

Per trasferimento d'autorità si intende quel provvedimento con il quale l'amministrazione dispone che un militare venga assegnato stabilmente, d'ufficio, e per esigenze di servizio, da una ad altra sede permanente<sup>199</sup>.

Rappresenta la massima estrinsecazione della specificità militare e, per certe sue implicazioni, anche la più pericolosa<sup>200</sup>.

Il trasferimento d'autorità è qualificato come "un ordine militare" – cioè atto a forma libera contenente un precetto imperativo – ed è pertanto caratterizzato dalla più ampia discrezionalità, a fronte della quale, l'amministrazione non assume alcun obbligo di motivazione né alcuna necessità di comunicazione dell'avvio del procedimento (materie disciplinate dagli artt. 3 a 7 della l. 241/1990, ed esclusi dalla normativa applicabile al diritto militare ex. art 1349 d. lgs. 66/2010)<sup>201</sup>.

Il consolidato orientamento della giurisprudenza ha stabilito che i trasferimenti d'autorità rientrino «nella categoria dell'ordine del superiore gerarchico e attengono, in buona sostanza, ad una semplice modalità di svolgimento del servizio sul territorio» (Cons. di Stato, sez. IV, n. 1677/2001); i provvedimenti di trasferimento dei militari, quindi, sarebbero un ordine in merito alle modalità di svolgimento del servizio, e in quanto tale, altro non sono che un provvedimento amministrativo non motivato e altamente discrezionale.

Gli ordini infatti, come descritto poco sopra, nello scorso paragrafo di

---

<sup>195</sup>Ibidem.

<sup>196</sup>Ibidem.

<sup>197</sup>Ibidem, pag. 322.

<sup>198</sup>S. BATTINI, G. D'AURIA, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, A. MASSERA, B.G. MATTARELLA, G. NAPOLITANO, A. SANDULLI, L. TORCHIA, G. VESPERINI, *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008, pag. 49.

<sup>199</sup>D'ANGELO, *Trasferimento d'autorità nelle Forze Armate: natura giuridica e garanzia dell'interessato*, Diritto Militare, III, n. 1, 2003, pagg. 7 ss.

<sup>200</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag. 328.

<sup>201</sup>Ibidem.

questo capitolo, sono sottratti alla disciplina generale sul procedimento amministrativo dettata dalla legge 241/1990. Pertanto, l'interpretazione fornita in maniera prevalente dalla Giurisprudenza ed espressa in altra sentenza del Consiglio di Stato sez. IV, la sentenza n. 2929/2010, "*è che l'interesse pubblico al rispetto della disciplina ed allo svolgimento del servizio è prevalente su altri eventuali interessi del subordinato*"<sup>202</sup>.

L'ordine viene ritenuto intrinseco ad una materia in cui l'interesse pubblico specifico, del rispetto della disciplina e dello svolgimento del servizio, prevalgono in modo immediato e diretto su qualsiasi altro. Tale conclusione è oggi ulteriormente valorizzata dall'art. 1 co.2, 3 e 4, e dalla l. 14 novembre del 2000 n. 331, che esalta la funzione strumentale alla difesa dello Stato assolta dalle forze armate e dalle forze di polizia ad ordinamento militare<sup>203</sup>.

Corollario di tale inquadramento è dato dalla inconfigurabilità di una posizione soggettiva giuridicamente tutelata in capo al militare, alla permanenza nella sede di servizio, e della insussistenza di un onere di motivazione delle esigenze che giustificano il provvedimento<sup>204</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale nasce da una esegesi storica, letterale e semantica delle norme sancite dalla L. 11 luglio 1978 n. 382 (*Norme di principio sulla disciplina militare*), art. 4 co. 4, e art. 12 co. 1., nonché dal D.P.R. 18 luglio 1986, n. 545, art. 1 co. 2, art. 2 co.1, artt. 23, 25 (oggi traslate nel d.lgs 66/2010 e nel D.P.R. 90/2010).

Dall'esame di tali disposizioni parrebbe emergere che ineludibili esigenze di organizzazione, coesione interna e massima operatività delle forze armate "*impongano di sussumere nella categoria dell'ordine del superiore gerarchico, questi provvedimenti che attengono, in buona sostanza, ad una semplice modalità di svolgimento del servizio sul territorio*"<sup>205</sup>.

Le differenze concettuali e di disciplina positiva fra impegno civile e servizio militare, sarebbero tanto profonde ed estese, da rendere problematico ogni tentativo di assimilazione analogica o di individuazione di principi generali comuni<sup>206</sup>. Come ha avuto modo di sottolineare la giurisprudenza del Supremo Collegio del Consiglio di Stato, Sez. IV, con la sentenza n. 682 del 4 agosto 1988: "*la particolarità dello status di militare rispetto a quello di dipendente civile dello stato, non rende applicabili al personale militare le norme in materia di trasferimento del personale civile e in particolare l'art. 32 t.u. 10 gennaio 1957 n.3, per cui il militare non può invocare, anche in relazione a particolari condizioni personali o familiari, pretese per rimanere nella sede di servizio o per ottenere un'altra più ambita [..]*"<sup>207</sup>.

Due paiono essere le direttrici del ragionamento condotto dal giudice amministrativo per escludere l'obbligatorietà della motivazione: da un lato, le caratteristiche del rapporto che lega il militare all'amministrazione di

---

<sup>202</sup>Sent. Consiglio di Stato sez. IV, n. 2929/2010.

<sup>203</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali del personale militare*, cit., pagg. 166 ss.

<sup>204</sup>Ibidem.

<sup>205</sup>Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 marzo 2001, n. 1677, in *Foro Amministrativo*, 2001, pag. 396.

<sup>206</sup>Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 marzo 2001, n. 1677, cit., pag. 398.

<sup>207</sup>Consiglio di Stato, Sez. IV, con la sentenza n. 682 del 4 agosto 1988.

appartenenza; dall'altro, la natura del provvedimento di trasferimento e la posizione soggettiva del destinatario di esso<sup>208</sup>.

Quanto al primo aspetto, la giurisprudenza fa leva sul rapporto di supremazia speciale che tuttora intercorre fra l'amministrazione militare e gli appartenenti ai vari corpi di sicurezza e sulla condizione di soggezione del militare a poteri limitativi di libertà altrimenti garantite ai singoli<sup>209</sup>.

Quanto al secondo aspetto, l'argomentazione principale è sulla natura di ordine del provvedimento di trasferimento, sul carattere ampiamente discrezionale e sulle finalità che esso persegue, relative, oltre che a necessità organiche e ad impegni tecnico-operativi, a qualsivoglia ragione di opportunità che possa oggettivamente compromettere l'ordinato svolgimento dei compiti istituzionali affidati ai militari<sup>210</sup>. L'ordine di trasferimento atterrebbe a mere modalità di svolgimento del servizio, decise discrezionalmente dall'amministrazione di appartenenza e rispetto alle quali non sussistono pretese giuridicamente protette in capo al militare<sup>211</sup>. Non va trascurato di ricordare che il militare, a differenza del personale civile alle dipendenze dell'amministrazione, non gode di aspettative di *ius in officio*<sup>212</sup>.

Del consolidato orientamento che attenua l'obbligo di motivazione in materia di trasferimenti di militari, si fa frequente applicazione anche in sede di contenzioso relativo a dinieghi di trasferimento richiesti dall'interessato per motivi di famiglia o economici, ribadendosi la prevalenza delle ragioni organizzative della p.a. su quelle personali che assumono tuttavia un maggior rilievo rispetto a quelli di ufficio<sup>213</sup>.

Va specificato che i trasferimenti *di sede* sono differenti dai trasferimenti *d'ufficio*. Nel caso di mutamento della sede, ancorché con mutamento di mansioni e funzioni, non si configura un vero e proprio trasferimento<sup>214</sup>.

Occorre quindi considerare, d'accordo con l'orientamento pressoché costante della giurisprudenza del Consiglio di Stato, che i provvedimenti di trasferimento d'autorità disposti dall'amministrazione militare rientrano nel *genus* degli ordini<sup>215</sup>. Ovvero atti amministrativi concernenti un precetto imperativo tipico della disciplina militare e del relativo ordinamento gerarchico<sup>216</sup>.

Gli ordini, come detto, sono provvedimenti a carattere precettivo attraverso i quali la pubblica amministrazione fa sorgere in capo a determinati soggetti un dovere di condotta. Trattasi dunque di atti amministrativi che restringono la sfera giuridica del destinatario in conseguenza dell'esercizio di

---

<sup>208</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., 2003, pagg. 650 ss.

<sup>209</sup>Ibidem.

<sup>210</sup>Ibidem.

<sup>211</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag. 328

<sup>212</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., pagg. 650 ss.

<sup>213</sup>Consiglio di Stato, Sez. IV, 08 aprile 2004, n. 1990, con nota di SIMONA RODRIQUEZ, *Brevi riflessioni sul trasferimento d'autorità militare*, Giur. It., 2004, pag. 1

<sup>214</sup>SIMONA RODRIQUEZ, *Brevi riflessioni sul trasferimento d'autorità militare*, cit., pag. 1

<sup>215</sup>Ibidem.

<sup>216</sup>Ibidem.

una potestà di supremazia da parte dell'amministrazione<sup>217</sup>. La figura dell'ordine riveste, indubbiamente, una particolare rilevanza per i reati dei militari, i quali, pur titolari di diritti costituzionali che la Repubblica riconosce ai cittadini, sono soggetti a determinate limitazioni nell'esercizio di taluni di questi diritti in virtù del loro particolare *status* e del delicato ruolo che svolgono nell'ambito della comunità<sup>218</sup>.

### 2.3.2 Conseguenze

Le conseguenze di tale inquadramento non possono che ravvisarsi, in primis, sul piano della individuazione della disciplina sostanziale applicabile, ovvero delle ripercussioni sulle garanzie del destinatario del provvedimento. Non è, infatti, necessaria la comunicazione all'avvio del procedimento ex. art 7 della l. 241/1990, stante l'assenza di una procedimentalizzazione della decisione-ordine che dispone il trasferimento e in ogni caso in considerazione delle esigenze di celerità cui sarebbe informata la procedura. Così come *capi I, III e IV della legge 7 agosto 1990, n. 24, ex art. 1349 co. 3 del d. lgs. 66/2010*<sup>219</sup>.

Quindi sarebbero negate le normali garanzie offerte dalla l. 241/1990 in materia di partecipazione al procedimento e motivazione del provvedimento. La ragione, come ripetuto, è intrinseca all'ordinamento militare, in cui l'interesse pubblico specifico del rispetto della disciplina e dello svolgimento del servizio, prevale in modo immediato e diretto su qualsiasi altro<sup>220</sup>.

Secondo la sentenza del Consiglio di Stato, Sez. IV, 08 aprile 2004, n. 1990: *"l'interesse del militare a prestare servizio in una sede piuttosto che in un'altra assume rilevanza di mero fatto che non abbisogna di motivazione una particolare motivazione"*<sup>221</sup>. L'amministrazione non sarebbe, pertanto, tenuta a dare contezza delle ragioni che presiedono al trasferimento di un militare da una sede di servizio all'altra, atteso che, i predetti provvedimenti, sarebbero qualificabili come ordini che attengono a mere modalità di svolgimento del servizio, in quanto tali, ampiamente discrezionali e rispetto a cui non sussisterebbero pretese giuridicamente protette in capo al militare<sup>222</sup>.

Sulla base di queste premesse è gioco facile per il giudice amministrativo escludere che l'ordine di trasferimento debba essere motivato. La motivazione non è necessaria poiché nella materia di riferimento, l'interesse pubblico specifico all'adeguato svolgimento del servizio prevale in maniera diretta su qualunque altro e si assioma l'ampia discrezionalità dell'ordine di

---

<sup>217</sup>Ibidem.

<sup>218</sup>LUIGI GALATERIA, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950, pag. 10.

<sup>219</sup>L'art. 1349, terzo comma, del D.Lgs. 66/2010 prevede espressamente che agli ordini militari non si applichino i Capi I, III e IV della legge 241/90: l'art. 3, contenuto nel Capo I, riguarda appunto l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi. Riguardo all'assenza di obbligo di motivazione cfr. Cass. Pen. 31/10/83, Sez. I, n. 11157 (in «Rassegna di giustizia militare, 1984, 111 s.), e, per una trattazione più completa, PAVICH, entrambi citati in VITAGLIANO 2003, nt. 17. La giurisprudenza amministrativa, assimilando i trasferimenti agli ordini militari, ne esclude concordemente l'obbligo di motivazione (cfr. infra, nt. 51).

<sup>220</sup>SIMONA RODRIQUEZ, *Brevi riflessioni sul trasferimento d'autorità militare*, cit., pag. 2

<sup>221</sup>Consiglio di Stato, Sez. IV, 08 aprile 2004, n. 1990.

<sup>222</sup>SIMONA RODRIQUEZ, *Brevi riflessioni sul trasferimento d'autorità militare*, cit., pag. 2.

trasferimento escludendo la presenza di posizioni soggettive in capo al militare<sup>223</sup>. Come riportato nella rivista del Foro Amministrativo, la sentenza del TAR Trentino-Alto Adige del 21 gennaio 2001 n. 1677, che decise a proposito di un ricorso presentato da un militare avverso a un provvedimento di trasferimento emanato dall'amministrazione: *"l'interessato dimentica di non essere un dipendente civile dello Stato, ma un militare, il cui particolare status lo rende soggetto ad un rapporto di servizio particolarmente impegnativo e ad imprescindibili esigenze di mobilità, connesse al buon funzionamento delle Forze Armate e agli interessi supremi sottesi al suo specifico ordinamento"*<sup>224</sup>.

### 2.3.3 Orientamenti minoritari

Sebbene l'anzidetto orientamento possa essere considerato l'indirizzo giurisprudenziale e dottrinale in assoluto predominante, va rilevato che l'acceso dibattito intorno alla natura giuridica del trasferimento d'autorità del militare ha condotto al delinearsi, soprattutto nell'ambito della giurisprudenza amministrativa regionale, di un'altra opposta *"scuola di pensiero"* decisamente più garantista.

Alla luce di tale indirizzo ermeneutico, il trasferimento d'autorità parrebbe configurarsi quale atto amministrativo interno (cd. ordine di servizio), con conseguente piena assoggettabilità dello stesso allo statuto di cui alla legge 241/1990, così addivenendo, in materia di garanzie procedurali dell'interessato, a conclusioni diametralmente opposte rispetto all'altro orientamento citato. Il cittadino in armi, secondo tale orientamento minoritario, non sarebbe un cittadino declassato, poiché orientato all'*art. 52* della Costituzione che esige che l'ordinamento delle forze armate si informi allo spirito democratico della Repubblica<sup>225</sup>. Di simile ispirazione sarebbero espressione anche i principi di democrazia amministrativa che promanano, oltre che dal fondamentale *art. 97* Cost., dalla stessa legge in materia di procedimento amministrativo l. 241/1990.

Così si sostiene l'obbligatorietà della comunicazione di avvio del procedimento, con conseguente possibilità per il destinatario del provvedimento finale di rappresentare i propri interessi ritenuti *secondari*, oggetto di una successiva ponderazione comparativa con l'interesse ritenuto, invece, *primario*, seguito dall'amministrazione agente<sup>226</sup>.

Un primo argomento portato a sostegno della tesi dell'assoggettabilità dei provvedimenti di trasferimento del personale militare ai principi di cui alla legge n. 241/1990, sarebbe desumibile, dalla normativa regolamentare di cui al D.M. n. 603/199, ovvero il *Regolamento recante disposizioni di attuazione degli artt. 2 e 4 l. 241/1990 nell'ambito dell'amministrazione della difesa*, ed in particolare dal combinato disposto degli artt. 1 co. 2 e 4 co. 4.

L'*art. 1 co. 2* stabilisce che al fine di *"dare attuazione alle norme della legge 241/1990 in materia di determinazione dei termini, di unità organizzatrice,*

---

<sup>223</sup>Ibidem.

<sup>224</sup>TAR Trentino-Alto Adige del 21 gennaio 2001 n. 1677.

<sup>225</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., pagg. 650 ss.

<sup>226</sup>T.A.R. Lombardia, Brescia, 13 gennaio 1994, n. 1, in *Foro Amministrativo*, 1994, pag. 1845.

*di responsabilità del procedimento, di obbligo di provvedere e di motivare, nonché di partecipazione al procedimento” le norme del regolamento si applicano a “tutti i procedimenti dell’Amministrazione e che si concludono con un provvedimento finale del Ministro e del sottosegretario o dei dirigenti militari e civili, preposti agli organi centrali”. E l’art. 4 co. 4 ribadisce che i “provvedimenti dell’Amministrazione (centrale) devono essere motivati ai sensi dell’art. 3 della l. 241/1990”.*

Sembrerebbe dunque, che ad assoggettare i provvedimenti *de quo* allo statuto della l. 241/1990 sia la stessa disciplina positiva, ovvero il regolamento attuativo nell’ambito dell’amministrazione della difesa ora citato. Parimenti, va detto con riferimento all’obbligo di motivazione, che l’amministrazione, pur godendo di ampia discrezionalità in materia di trasferimento d’ufficio dei militari, si afferma la necessità di una motivazione, sia pur succinta, e non facente generico riferimento ad imprecisate esigenze di servizio, *al fine di poter stabilire l’iter logico e quali siano state le ragioni che hanno influenzato in senso decisivo, la determinazione adottata*<sup>227</sup>.

Infatti, proprio in merito ad un dovere di motivazione almeno succinta si è espressa la sentenza pocanzi richiamata del Consiglio di Stato, Sez. IV, n. 682/1988 in merito all’inapplicabilità della disciplina del lavoratore civile al lavoratore militare. Nella decisione, la Corte sottolinea che: “[..] *ciò non può comportare l’attribuzione all’amministrazione di una discrezionalità assoluta e insindacabile, tale da escludere l’obbligo di una pur succinta motivazione, idonea a stabilire l’iter logico seguito, e, in particolare, quali siano state le ragioni che hanno decisamente influenzato la determinazione adottata*”<sup>228</sup>.

Alla luce di tali ultime considerazioni, e tornando al tema di indagine, appare meno condivisibile l’impianto concettuale posto a fondamento del primo e predominante orientamento giurisprudenziale.

Invero, anche alla luce dell’intensa elaborazione dottrinale circa il significato e la portata dell’obbligo di motivazione sancito dall’art. 3 della l. 241/1990, sembra lecito sottolineare come non sia affatto pacifico che la pregnanza dell’obbligo di motivazione vada scemando quanto più è intenso il potere discrezionale riconosciuto dall’ordinamento alla pubblica amministrazione<sup>229</sup>. Ed anzi. Non è fuori luogo rilevare come consolidata giurisprudenza amministrativa abbia da tempo definitivamente chiarito l’assenza di ogni relazione tra latitudine decisionale e obbligo di motivazione - e ciò financo riguardo ad atti dai contenuti *quasi* politici, quali quelli di alta amministrazione - come si è avuto modo di osservare nel precedente paragrafo<sup>230</sup>.

Ove al potere ampiamente discrezionale si associasse l’assenza di qualsivoglia obbligo di motivazione e soprattutto la mancanza di una reale facoltà di tutela, *attraverso la sterilizzazione dell’interesse a ricorrere come*

---

<sup>227</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., pagg. 650 ss.

<sup>228</sup>Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. n. 682/1988.

<sup>229</sup>SIMONA RODRIQUEZ, *Brevi riflessioni sul trasferimento d’autorità militare*, cit., pag. 3.

<sup>230</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., 2003, pagg. 650 ss.

*mero interesse di fatto*, non si potrebbe che pervenire a conclusioni inconciliabili con i più elementari presidi garantistici<sup>231</sup>. In questo senso si è mossa anche la Corte Costituzionale, come avvenuto con la sentenza n. 445/2002: con tale decisione la Corte ha affermato che il conflitto tra diritti fondamentali ed esigenze di organizzazione militare, va risolto con una netta affermazione di prevalenza dei primi<sup>232</sup>. La sentenza seguiva il solco tracciato da un'altra sentenza di due anni prima che aveva statuito: *“la Costituzione repubblicana supera radicalmente la logica istituzionalistica dell’ordinamento militare e riconduce anche quest’ultimo nell’ambito del generale ordinamento statale, particolarmente rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini”*<sup>233</sup>.

Alla luce di quanto finora considerato e contrariamente a quanto asserisce ancora oggi la giurisprudenza maggioritaria in tema di atti di trasferimento militare, può ragionevolmente concludersi che il carattere ampiamente discrezionale del provvedimento non costituisce affatto ostacolo alla regola dell’obbligatorietà della motivazione<sup>234</sup>. Al contrario, proprio in ragione della funzione giustificativa che va assegnata alla motivazione, laddove maggiore sia la discrezionalità di cui gode l’amministrazione, maggiore sembra essere l’esigenza di una motivazione delle scelte effettuate<sup>235</sup>.

#### **2.3.4 Riflessioni conclusive in materia di trasferimento d’autorità militare**

La motivazione del provvedimento è preposta all’assolvimento di più funzioni. Come la dottrina ha da tempo evidenziato, non solo consente una più pronta difesa da parte del cittadino ed un più efficace controllo da parte del giudice amministrativo<sup>236</sup>. Ma esplica, altresì, ulteriori funzioni riconducibili, più propriamente, al piano dei rapporti sostanziali. Consente, infatti, alla stessa amministrazione una migliore ponderazione delle proprie decisioni: agevola l’interpretazione dell’atto; risponde al canone fondamentale di cui all’art. 97 della Cost. di buon andamento e di imparzialità dell’azione amministrativa -nella misura in cui vale a garantire la correttezza dell’atto- e soddisfa l’esigenza di trasparenza dell’azione amministrativa<sup>237</sup>. Risponde alle esigenze di non arbitrarietà nell’esercizio della funzione amministrativa, e quindi, di giustificazione di essa nei confronti della collettività e in primo luogo del singolo ricorrente, considerato come destinatario dell’atto<sup>238</sup>.

---

<sup>231</sup>Ibidem.

<sup>232</sup>SIMONA RODRIQUEZ, *Brevi riflessioni sul trasferimento d’autorità militare*, cit., pag. 3.

<sup>233</sup>Cort. Cost., 24 luglio 2000, n. 332 in *Corriere Giuridico*, 2000, pag. 1379.

<sup>234</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., 2003, pagg. 650 ss.

<sup>235</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., 2003, pagg. 650 ss.

<sup>236</sup>C.M. IACCARINO, *Motivazione degli atti amministrativi*, in N.mo Dig. it., 1964, vol. X, pagg. 959 ss.

<sup>237</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., 2003, pagg. 650 ss.

<sup>238</sup>A. ROMANO TASSONE, *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo*, in *Scritti in onore di Pietro Virga*, Milano, 1994, vol. II, pagg. 1587 ss.

Proprio la funzione giustificativa svolge un ruolo importante ai fini del profilo in esame. La motivazione, in tale ottica, serve a rendere conto, in primo luogo al destinatario dell'atto, ma non solo ad esso, delle ragioni che sorreggono l'operato della pubblica amministrazione: vale a dire della realtà in presenza della quale si è ritenuto opportuno provvedere; della interpretazione delle leggi che attribuiscono e disciplinano il potere esercitato; dell'apprezzamento, valutazione e comparazione degli interessi pubblici e privati di cui si è regolato l'assetto, anche con sacrificio di alcuno di essi<sup>239</sup>.

Di tutto ciò l'amministrazione è tenuta a rendere conto, a condizione di riconoscere che la motivazione assolve, fra le altre e non secondariamente rispetto ad esse, una funzione democratica di giustificazione nei confronti della collettività<sup>240</sup>. Carattere, quest'ultimo, inalienabile in uno Stato di diritto ed in presenza di un preciso canone di correttezza dell'azione amministrativa sancito dalla Costituzione<sup>241</sup>.

A siffatta conclusione potrebbe subito essere opposta un'obiezione, che guarda alla particolare ambientazione degli ordini di trasferimento. Parlare di esigenza di giustificazione democratica di provvedimenti adottati nell'ambito di ordinamenti, come quello militare, a tasso democratico ridotto e in cui vigono regole gerarchiche di organizzazione -rispetto alle quali è difficile considerare il militare *uti civis* - può rappresentare una stonatura agli occhi della collettività<sup>242</sup>.

Tuttavia, ciò non vale a escludere l'operatività della regola dell'obbligatorietà della motivazione. Si tratta di valutare la fondatezza dell'assunto secondo il quale al militare non è riconosciuto alcun interesse protetto in ordine alla sede di servizio.

L'ordine di trasferimento è un provvedimento che incide in maniera sfavorevole nella sfera del destinatario (basti considerare ai riflessi sulla vita familiare); al destinatario non è riconosciuta dall'ordinamento la possibilità di opporsi, come detto, ma deve essere attribuita quanto meno quella di conoscerne la motivazione, soprattutto laddove vi siano pregressi elementi che inducono a ravvisare in un trasferimento immotivato un atto punitivo o, comunque, dettato da cause del tutto estranee alle esigenze di servizio<sup>243</sup>. A nulla può valere l'assunto secondo il quale le ragioni che soggiacciono al trasferimento attengono a preminenti esigenze di interesse pubblico rispetto alle quali risultano sempre irrilevanti interessi di altro genere; la motivazione consente, infatti, al destinatario dell'atto di conoscere siffatte ragioni di interesse pubblico e di valutarne la fondatezza.

Il problema è proprio quello di garantire la sindacabilità della fondatezza delle addotte ragioni di servizio, onde evitare che, in maniera del tutto inopinata, residuino nell'ordinamento sacche di potere amministrativo rimesso al mero arbitrio dell'autorità. Affermare, come fa in maniera del tutto tratteggiata la

---

<sup>239</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., 2003, pagg. 650 ss.

<sup>240</sup>Ibidem.

<sup>241</sup>Ibidem.

<sup>242</sup>Ibidem.

<sup>243</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., pagg. 650 ss.

giurisprudenza, che al militare non spetta alcuna posizione soggettiva tutelata in ordine alla sede di servizio pare eccessivo; non può, infatti, reputarsi che il militare abbia un mero interesse di fatto correlato al trasferimento della sede di servizio. La destinazione deve essere pur sempre scelta nel rispetto del canone di ragionevolezza che governa l'agire discrezionale di qualsivoglia amministrazione, ivi compresa quella militare<sup>244</sup>.

Non si può certo affermare che un trasferimento d'autorità da una sede ad un'altra non sia decisamente gravoso per un nucleo familiare. Si pensi alla circostanza che ormai alcuni dei nuclei familiari presentano entrambi i coniugi lavoratori, e dunque il cambio di sede di uno comporta immediati riflessi sul lavoro dell'altro<sup>245</sup>. Si pensi inoltre alla frequentazione scolastica/universitaria dei figli, o alle attuali difficoltà, economiche e logistiche, nel reperire un alloggio, soprattutto nelle grandi città. Come può un tale sconvolgimento di vita possa essere motivato utilizzando formule asfittiche che richiamano una semplice modalità di svolgimento del servizio?

Stando così le cose, non si può nemmeno escludere che attraverso il trasferimento d'autorità si possano esercitare pressioni nei confronti di coloro che per senso dell'onore e di giustizia, o magari solo per dignità, non intendano garantire al superiore un'obbedienza cieca e incondizionata<sup>246</sup>. In un'ottica di riforma – orientata non soltanto a garantire i diritti dei militari, ma anche a realizzare, effettivamente, il principio dell'obbedienza "leale e consapevole", consentendo al militare di esercitare il ruolo di custode della legittimità degli ordini che gli si richiede, sotto minaccia di sanzione penale, di assumersi – i trasferimenti d'autorità dovrebbero essere supportati da un'idonea motivazione sulla base di criteri oggettivi, e soggetti al sindacato di legittimità con riferimento alla ragionevolezza del provvedimento<sup>247</sup>.

Nessuno disconosce che l'amministrazione militare sia preposta alla cura di interessi pubblici di primaria importanza; va, però, dimostrato che nel caso concreto essi sussistano realmente<sup>248</sup>. Va dato atto di aver soppesato l'interesse legittimo del militare, a rimanere il più possibile vicino agli affetti famigliari, per giustificare la soluzione di allontanarlo ugualmente in presenza di interessi pubblici preminenti<sup>249</sup>. Affinché non si operi sul piano astratto bensì sul caso concreto. Negare al destinatario dell'atto la possibilità di conoscere le ragioni del provvedimento per lui pregiudizievole, equivale ad un diniego di fondamentali valori di democrazia che la struttura gerarchica non può disattendere<sup>250</sup>. Un conto è la pretesa che l'amministrazione motivi i

---

<sup>244</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., 2003, pagg. 650 ss.

<sup>245</sup>Ibidem.

<sup>246</sup>CLETO IAFRATE, *Ordine illegittimo*, cit., pag. 329

<sup>247</sup>Ibidem.

<sup>248</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., pagg. 650 ss.

<sup>249</sup>ROMANO, TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 146 ss.

<sup>250</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., pagg. 650 ss.

provvedimenti dimostrando di non aver operato arbitrariamente<sup>251</sup>. Un altro, è l'obbedienza cui il militare è assoggettato, in forza del particolare servizio a cui è preposto.

La *ratio* di un ordinamento strutturato secondo il principio di gerarchia non può certo essere quella di legittimare la convivenza di arbitrio ed obbedienza: l'obbligatorietà della motivazione pare proprio muoversi in questo senso e per tale ragione va affermata con forza anche con riguardo all'ordinamento militare<sup>252</sup>.

L'ordine di trasferimento non può che essere considerato quale provvedimento che incide in maniera sfavorevole nella sfera del destinatario; a quest'ultimo non è riconosciuta la possibilità di opporsi, ma, quanto meno, dovrebbe essere attribuita quella di conoscere la motivazione<sup>253</sup>.

Senza voler trascurare le peculiarità dello status di militare, senza disconoscere che l'amministrazione militare è preposta alla cura di interessi pubblici di primaria importanza, va però affermato, che negare al destinatario dell'atto, la possibilità di conoscere le ragioni del provvedimento per esso pregiudizievole, vale tanto nell'ordinamento militare, quanto in quello civile, ad un diniego di fondamentali valori di democrazia<sup>254</sup>. Fermo restando dunque, il potere dell'amministrazione militare di incidere unilateralmente nella sfera giuridica del soggetto dipendente, con sacrificio degli interessi a questo facenti capo a fronte del perseguimento e soddisfacimento dei fini istituzionali, dovrebbe rivolgersi maggiore attenzione alle modalità con cui detto sacrificio deve attuarsi; ciò soprattutto in virtù dei principi fondamentali del nostro ordinamento<sup>255</sup>. Primo tra tutti il superiore principio di legalità "a meno di voler ancora persistere nella tralatizia rappresentazione di un ordinamento militare con zone immuni dal contagio costituzionale<sup>256</sup>.

## **2.4 a valutazione del militare**

### **2.4.1 Contenuto**

La valutazione del personale costituisce un momento cruciale nella gestione delle risorse umane di qualsiasi organizzazione, pubblica o privata che sia<sup>257</sup>.

La finalità svolta è sostanzialmente operativa, contribuendo al più corretto

---

<sup>251</sup>MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. Cassese (a cura di), Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale, Milano, 2000, vol. I, pag.775.

<sup>252</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., pagg. 650 ss.

<sup>253</sup>Ibidem.

<sup>254</sup>Ibidem.

<sup>255</sup>Ibidem.

<sup>256</sup>BALDUZZI, *Principio di legalità e spirito democratico delle Forze Armate*, Giuffrè Editore, Milano, 1988, pag. 6.

<sup>257</sup><http://www.carabinieri.it/editoria/rassegna-dell-arma/la-rassegna/anno-2003/supplemento-al-n-3/parte-v/capitolo-xiii--la-valutazione-del-personale-militare>, Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, supplemento numero 3, parte 5, capitolo XII, 11/12/2018.

ed efficace governo del personale cui vengono evidenziate, attitudini, capacità, competenze e requisiti<sup>258</sup>. L'aspetto connesso con le diverse applicazioni dei risultati della valutazione è divenuto nel tempo sempre più importante<sup>259</sup>.

In questo senso, la locuzione "valutazione caratteristica" identifica, da un lato, il momento procedimentale di tale attività, dall'altro, il risultato concreto della stessa attività<sup>260</sup>. Presuppone l'individuazione dell'autorità investita del potere di valutare, perché sia un'attività efficace (idonea cioè a raggiungere concretamente il suo obiettivo) ed effettiva (abbia cioè un valore applicativo e la forza di incidere nei rapporti interpersonali verso cui si orienta)<sup>261</sup>. Nell'ambito militare, l'autorità competente è, tradizionalmente, il superiore gerarchico che è colui il quale è preposto all'attività di valutazione.

Il D.P.R. n. 213 dell'8 agosto 2002, che disciplina le modalità di redazione dei documenti caratteristici, all' art. 1, comma 1, stabilisce che «i documenti caratteristici, hanno lo scopo di registrare tempestivamente il giudizio personale, diretto ed obiettivo dei superiori sui servizi prestati e sul rendimento fornito dal militare, rilevando le capacità e attitudini dimostrate ed i risultati conseguiti»<sup>262</sup>.

Le istruzioni in materia di documentazione caratteristiche emanate dal Ministero della Difesa nel 2008, intendono "la documentazione caratteristica" come "documentazione riferita esclusivamente all'arco temporale contemplato dal documento e, pertanto, non può farsi menzione di fatti e circostanze estranei a tale periodo" e che "il giudizio caratteristico è espressione diretta del superiore, che trae gli elementi di giudizio dalla conoscenza personale del giudicando, salvo particolari condizioni d'impiego che prevedano l'obbligatoria acquisizione di elementi informativi di supporto. Le valutazioni dei superiori sono ispirate a principi d'obiettività, imparzialità ed alto senso di equità nell'apprezzamento di tutti gli elementi che influiscono sull'attività e sul rendimento del dipendente. La capacità di giudizio costituisce, a sua volta, elemento di valutazione"<sup>263</sup>.

In quanto atto di giudizio, l'atto di valutazione non può essere confuso né con il parere né con un atto di controllo<sup>264</sup>. Non è un parere perché il parere è un atto immancabilmente preliminare ad una successiva e distinta volontà ed è espressione di una funzione consultiva che non coincide con la «funzione decidente». Non è un atto di controllo, perché la valutazione non si limita ad esprimere un giudizio di conformità o di non conformità<sup>265</sup>. Semmai, certi controlli potrebbero essere preparatori all'atto finale. L'atto di valutazione

---

<sup>258</sup>Ibidem, 13/02/2019.

<sup>259</sup>Ibidem, 11/12/2018.

<sup>260</sup>LUCA SCIRMAN, *Il diritto nella valutazione del militare*, Lavoro nella pubblica amministrazione, fasc. 3-4, 2005, pag. 699.

<sup>261</sup>Ibidem.

<sup>262</sup>Art. 1, d.P.R. n. 213 dell'8 agosto 2002.

<sup>263</sup>LUCA SCIRMAN, *Il diritto nella valutazione del militare*, cit., pagg. 699 ss.

<sup>264</sup>Ibidem.

<sup>265</sup>Ibidem.

condivide però il valore di certazione legale con l'atto pubblico, con la conseguenza che fa fede fino a querela di falso<sup>266</sup>.

La dottrina specifica ritiene che la valutazione del militare abbia «finalità sostanzialmente operative, contribuendo al più corretto ed efficace governo del personale di cui vengono evidenziate, attitudini, capacità, competenze e requisiti»<sup>267</sup>. E poco oltre annota sinteticamente che la valutazione, nell'ambito dell'ordinamento militare, è un «sistema di selezione professionale»<sup>268</sup>.

## 2.4.2 Fonti

Il potere di valutazione, se implicito nell'ordinamento militare, quando lo stesso si considerava autonomo ordinamento giuridico con proprie basi di legittimazione, costituisce oggi una specifica attribuzione legislativa all'autorità militare predesignata, nel rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa che sottende oramai tutti gli aspetti delle istituzioni militari.

Il sistema di valutazione del personale militare trova la sua disciplina nei regolamenti delegati che sono stati approvati con D.P.R. 15 giugno 1965, n. 1431, per gli ufficiali, i sottufficiali e i militari di truppa dell'Esercito, della Marina e dell'Aeronautica, e con D.P.R. 13 febbraio 1967, n. 429, per gli ufficiali, i sottufficiali e i militari di truppa della Guardia di finanza. La disciplina è stata poi riammodernata con il D.P.R. 213/2002<sup>269</sup>. I predetti regolamenti hanno prefigurato un sistema di valutazione focalizzato principalmente sull'analisi della prestazione e del rendimento dell'interessato (quindi, una valutazione di prestazione), con l'orientamento a valutare anche le qualità dell'interessato, cioè le attitudini personali e professionali, utili ai fini dell'impiego futuro e dell'eventuale conferimento degli incarichi più adeguati (allora, anche una valutazione del potenziale)<sup>270</sup>.

## 2.4.3 Il fine cui è improntata la valutazione

Secondo le citate linee guida del Ministero della Difesa in materia di documentazione caratteristica, la valutazione del militare consterebbe in un *“provvedimento che ha lo scopo di registrare tempestivamente il giudizio personale, diretto ed obiettivo dei superiori sui servizi prestati e sul rendimento fornito dai militari, nei limiti dell'interesse riguardante la valutazione delle attitudini e delle attività nell'ambito fisico, caratteriale, intellettuale, culturale e professionale. Costituisce base essenziale di giudizio per lo sviluppo di carriera ed elemento orientativo per l'impiego razionale del militare”*.

La valutazione, quindi, ha finalità sostanzialmente operative, contribuendo

---

<sup>266</sup>Ibidem.

<sup>267</sup>BASSETTA, *Il pubblico impiego militare*, al n. 3/2003 della Rassegna dell'Arma dei Carabinieri, parte V, cap. XIII, rubricato «La valutazione del personale militare», in [www.carabinieri.it/editoria/rassegna/](http://www.carabinieri.it/editoria/rassegna/).

<sup>268</sup>LUCA SCIRMAN, *Il diritto nella valutazione del militare*, cit., pagg. 699 ss..

<sup>269</sup>Ibidem.

<sup>270</sup><http://www.carabinieri.it/editoria/rassegna-dell-arma/la-rassegna/anno-2003/supplemento-al-n-3/parte-v/capitolo-xiii--la-valutazione-del-personale-militare>, cit., 11/12/2018.

al più corretto ed efficace governo del personale di cui vengono evidenziate, attitudini, capacità, competenze e requisiti<sup>271</sup>.

Osserviamo alcuni esempi di come l'amministrazione si serva della documentazione caratteristica, in momenti specifici della gestione del personale: quando, ad esempio, l'autorità competente a definire il procedimento disciplinare deve tener conto, nell'irrogare la sanzione disciplinare, dei precedenti di servizio, ai sensi dell'art. 60, comma 2, R.D.M., (graduando così l'entità e la durata della sanzione anche in relazione alla valutazione caratteristica dell'incolpato). Oppure, in tema di cessazione dal servizio, per valutare l'eventuale scarso rendimento del personale o l'inidoneità alle funzioni del grado. In questo contesto, l'attribuzione delle qualifiche di minor livello potrebbe costituire valido presupposto giuridico per l'attivazione di un procedimento -paradisciplinare- finalizzato all'allontanamento d'autorità dell'interessato. Ed ancora, per quanto concerne l'attribuzione di scatti aggiuntivi agli appartenenti ai gradi apicali dei differenti ruoli del personale militare non dirigente e non direttivo, o anche l'attribuzione di emolumenti pensionabili o di trattamenti economici superiori a favore di alcune categorie di militari. Anche la possibilità di ottenere l'inquadramento economico più favorevole dipende, quindi in concorso con altri fattori, dal giudizio espresso dai superiori nei documenti caratteristici (e questa è sicuramente una peculiarità dell'ordinamento militare)<sup>272</sup>.

Data allora la rilevanza attribuita dall'ordinamento militare alla documentazione caratteristica, tracciamone un quadro giuridico per sondare la natura dell'istituto e la sua provenienza legislativa.

#### **2.4.4 La natura giuridica della valutazione del militare**

Inquadrare correttamente il problema della *valutazione* nell'ordinamento militare significa imbattersi in un primo fondamentale quesito: quale sia la sua natura giuridica.

Vi è in dottrina ed in giurisprudenza un modo di concepire l'attività delle FF.AA. che esige il diffuso prepotere dell'imperatività sotto forma di «ordine gerarchico»<sup>273</sup>. Tale etichetta, tuttavia, sarebbe con difficoltà applicabile alla valutazione caratteristica, in quanto, il superiore in grado non «ingiunge» alcunché all'inferiore in grado<sup>274</sup>. Sussiste una diversità strutturale tra i due atti, che impedirebbe il coincidere dell'attività iussiva, di regola monocratica, con quella valutativa: la valutazione è ordinariamente una decisione adottata da un unico soggetto, sottoposta a «revisione» da parte di uno o due soggetti che restano distinti ed autonomi<sup>275</sup>. E anche laddove, la decisione valutativa risulti essere emessa da un solo soggetto, perché espressamente non prevista

---

<sup>271</sup>Ibidem, 13/02/2019.

<sup>272</sup><http://www.carabinieri.it/editoria/rassegna-dell-arma/la-rassegna/anno-2003/supplemento-al-n-3/parte-v/capitolo-xiii--la-valutazione-del-personale-militare>, cit., 11/12/2018.

<sup>273</sup>BRUNEL, MAZZI, «Diritto Penale Militare», II ediz., 1998, Giuffrè, pag. 477.

<sup>274</sup>LUCA SCIRMAN, *Il diritto nella valutazione del militare*, cit., pagg. 699 ss.

<sup>275</sup>Ibidem.

l'ipotesi di revisione (cfr. art. 11, comma 5, D.P.R. n. 213 del 8 agosto 2002), mancherebbe in ogni caso il carattere di ingiunzione formale che caratterizza la nozione di ordine<sup>276</sup>.

La dottrina prevalente tende a considerare l'ordine un atto ablativo personale, in quanto esso verrebbe a porre privazioni o limitazioni al destinatario in relazione ad una situazione giuridicamente rilevante e a lui spettante<sup>277</sup>. Tale intimo significato non si riscontra nella valutazione, che non priva o limita le situazioni giuridiche del valutato, bensì lo giudica<sup>278</sup>.

La giurisprudenza amministrativa concorda con l'interpretazione fornita dalla dottrina e non ascrive l'atto di valutazione alla categoria degli ordini gerarchici, facendone concordemente un atto di giudizio<sup>279</sup> di natura tecnico-discrezionale. La giurisprudenza ha inoltre specificato che il giudizio astraie dai singoli fatti commessi, nel senso che l'osservazione del valutando non può dipendere dal ricordo di un dato fatto positivo o negativo che sia, da lui commesso<sup>280</sup>.

Secondo certa dottrina<sup>281</sup>, talora la motivazione non occorre per gli atti a contenuto valutativo per ragioni logiche. Tale ricostruzione guarda agli atti valutativi come atti unisussistenti, che in quanto tali, si perfezionano non appena emessi. Esempio tipico degli atti unisussistenti sono gli ordini gerarchici, tra cui rientrerebbe il trasferimento d'autorità<sup>282</sup>. Tuttavia, è da ritenere che, se unisussistente è l'atto che si perfeziona ed è efficace appena è emesso, l'atto di valutazione non è atto unisussistente, perché occorre comunque che l'atto sia comunicato affinché acquisti efficacia<sup>283</sup>.

L'atto di valutazione perciò non può essere ascritto alla categoria degli ordini gerarchici, essendo concordemente un atto di giudizio, di natura tecnico-discrezionale che astraie dai singoli fatti commessi<sup>284</sup>.

Ne segue che non possono applicarsi all'atto di valutazione le regole che disciplinano l'emanazione e l'esecuzione dell'ordine gerarchico interpersonale, che, come noto, può essere emanato da chiunque si trovi in una posizione gerarchica superiore (cfr. pure artt. 23 e 25 D.P.R. 545 del 18 luglio 1986, cd. regolamento di disciplina militare, detto in breve RdM) ed essere eseguito da chiunque.

L'atto di valutazione non risulta, quindi, esentato dall'osservanza delle norme in materia di motivazione del provvedimento, di conclusione del

---

<sup>276</sup>Ibidem.

<sup>277</sup>BASSI, *Ordine (dir. amm.)*, in EdD, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, 995 ss

<sup>278</sup>LUCA SCIRMAN, *Il diritto nella valutazione del militare*, cit., pagg. 699 ss.

<sup>279</sup>Cons. Stato, Sez. IV 25 novembre 1960, n. 987, in Rass. «Il Cons. St.», 1960, I, pag. 2041.

<sup>280</sup>TAR Lazio, I Sez., 24 ottobre 1995, n. 1792, in T.A.R., I, p. 4443.

<sup>281</sup>LUCA SCIRMAN, *Contributo allo studio del nuovo modello di difesa e delle Forze armate*, in [http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/SCIR/SCIRMAN\\_Cost-e-FfAa-26\\_04\\_08.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/SCIR/SCIRMAN_Cost-e-FfAa-26_04_08.pdf), 2008, pagg. 21 ss.

<sup>282</sup>VIRGA, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1997, pag. 99.

<sup>283</sup>LUCA SCIRMAN, *Contributo allo studio del nuovo modello di difesa e delle Forze armate*, cit., pagg. 21 ss.

<sup>284</sup>LUCA SCIRMAN, *Il diritto nella valutazione del militare*, cit., pagg. 699 ss.

provvedimento, accesso agli atti etc. così come si è detto, accade per la disciplina degli ordini militari ex art. 1349 co. 3 del d. lgs. 66/2010 (che sancisce l'inapplicabilità dei capi I, III e IV della legge 7 agosto 1990, n. 241<sup>285</sup>, alla disciplina degli ordini militari).

#### **2.4.5 Tipologie di valutazione**

La precedente disciplina era contenuta nel D.P.R. 1431/1965. Nell'articolo 1, veniva chiarito che i documenti caratteristici hanno lo scopo di registrare tempestivamente il giudizio personale diretto ed obiettivo relativamente ai servizi ed al rendimento fornito. Il D.P.R. prevedeva due tipologie di documenti caratteristici:

- 1) la scheda valutativa, per periodi di servizio superiori a 120 giorni;
- 2) il rapporto informativo per periodi inferiori ai predetti 120 giorni, ma superiori a 30 giorni.

I documenti caratteristici vengono compilati dall'Autorità, dalla quale il militare dipende per il suo impiego, e sono sottoposti alla revisione di non più di due Autorità superiori, nella stessa linea di servizio. All'articolo 7, viene opportunamente previsto che i documenti caratteristici non debbono contenere alcun riferimento a fatti specifici, che siano stati oggetto di contestazione in sede disciplinare.

Attualmente, la nuova disciplina è rappresentata dal D.P.R. 213/2002, il quale, all'articolo 16 ha espressamente abrogato il D.P.R. 1431/1965, a decorrere dal 1° novembre 2002. Anche il D.P.R. 213/2002, ribadisce che i documenti caratteristici hanno la finalità di registrare tempestivamente il giudizio sui servizi prestati, aggiungendo che la valutazione deve anche tener conto delle capacità delle attitudini e dei risultati evidenziati.

Viene confermata la precedente tipologia, anche se cambiano gli intervalli temporali di riferimento. Infatti, la scheda valutativa viene prevista per servizi di durata non inferiore a 180 giorni<sup>286</sup>.

Viceversa, il rapporto informativo viene previsto per servizi di durata superiore a 60 giorni ed inferiore a 180 giorni.

Per la concreta attuazione dei principi contenuti nel D.P.R. 213/2002, è stata emanata la circolare del ministero della Difesa DGPM/V/1494/D9 del 28 ottobre 2002. L'atto prevede ben tre documenti caratteristici:

- 1) la scheda valutativa, da redigere sulla base di cinque distinti modelli, in relazione al grado;
- 2) il rapporto informativo, anch'esso collegato a distinti modelli;
- 3) il foglio di comunicazione, costituente il documento con il quale si dà comunicazione della valutazione caratteristica.

---

<sup>285</sup>L'art. 1349, terzo comma, del D.Lgs. 66/2010 prevede espressamente che agli ordini militari non si applichino i Capi I, III e IV della legge 241/90: l'art. 3, contenuto nel Capo I, riguarda appunto l'obbligo di motivazione dei provvedimenti amministrativi. Riguardo all'assenza di obbligo di motivazione cfr. Cass. Pen. 31/10/83, Sez. I, n. 11157 in «Rassegna di giustizia militare, 1984, 111 s.

<sup>286</sup>[https://www.difesa.it/SGD-DNA/Approfondimenti/Documents/Istruzioni\\_applicative\\_IDC.pdf](https://www.difesa.it/SGD-DNA/Approfondimenti/Documents/Istruzioni_applicative_IDC.pdf) , 13/02/21019.

Ha dunque ampliato la casistica tipica pervista per la valutazione.

La scheda valutativa, nella configurazione delineata dalla circolare, deve prevedere l'attribuzione di un giudizio finale, accompagnato dalle seguenti qualifiche: eccellente; superiore alla media; nella media; inferiore alla media; insufficiente<sup>287</sup>.

Il sistema prevede, in ambito militare - normalmente -, che intervengano ad esprimere il proprio giudizio almeno tre superiori gerarchici posti ai tre superiori livelli ordinativi del giudicando nella stessa linea di comando: si tratta del compilatore, il superiore diretto del giudicando che esprime il primo giudizio; del primo revisore, superiore diretto del compilatore, che esprime un giudizio di secondo grado e del secondo revisore, superiore diretto del primo revisore, che esprime un giudizio di terzo grado<sup>288</sup>.

#### 2.4.6 La motivazione dell'attività valutativa

Eccoci giunti alla questione di fondo, affrontata dalla sentenza in commento: come devono essere motivati i documenti caratteristici ed in particolare, le schede valutative?

Quale applicazione trova la legge 241/1990 sulla formazione del documento caratteristico?

La problematica della motivazione dei documenti caratteristici deve essere condotta non trascurando che i soggetti coinvolti (valutato e valutatore) operano in un contesto particolare, quale è quello militare. È ben noto che l'obbligo di motivazione costituisce una delle manifestazioni più palesi e più determinanti del processo di democratizzazione del sistema amministrativo. Evoluzione resa possibile dall'attuazione dei principi di imparzialità e di buon andamento della pubblica amministrazione, di cui all'articolo 97 della Costituzione<sup>289</sup>. La motivazione, oltre che regola di buona amministrazione, secondo l'orientamento "gianniniano"<sup>290</sup>, costituisce un principio di diritto naturale, prima che di diritto positivo, essendo la sua presenza e necessità un problema di civiltà etica, prima che giuridica<sup>291</sup>.

Conviene sul punto svolgere un *excursus* delle decisioni rilevanti in materia.

*"La scheda valutativa annuale, relativa alle capacità, alle qualità ed al rendimento in servizio di un carabiniere, per sua natura, non deve contenere un elenco analitico di fatti o circostanze relative alla carriera del militare, ma raccogliere un giudizio sintetico, ancorché esauriente, su tali caratteristiche riscontrate nel complesso del servizio svolto"*<sup>292</sup>.

È quanto sancito dal Tar Calabria con la sentenza n. 3/2004, la quale sembra assumere una ben precisa posizione in ordine alla problematica della

---

<sup>287</sup>Ibidem, 13/02/2019.

<sup>288</sup>LUCA SCIRMAN, *Il diritto nella valutazione del militare*, cit., pagg. 699 ss.

<sup>289</sup>Ibidem.

<sup>290</sup>M. S. GIANNINI, *L'Amministrazione pubblica nello Stato contemporaneo*, in Trattato di Diritto Pubblico, Padova, 1988, p. 126.

<sup>291</sup>Ibidem.

<sup>292</sup>T.A.R. Reggio Calabria, (Calabria), 09/01/2004, n.3.

motivazione dei documenti caratteristici dei soggetti appartenenti alle Forze Armate<sup>293</sup>.

Ancora sul tema vale la pena citare la sentenza n. 1789/2017 del TAR Napoli, sez. VI.

*“La scheda valutativa, per sua natura, non deve contenere un elenco analitico di fatti e circostanze relative alla carriera e ai precedenti del militare, ma raccoglie un giudizio sintetico, ancorché esauriente, su tali caratteristiche riscontrate nel complesso del servizio svolto nel periodo considerato ai fini valutativi; pertanto, per rispondere all’obbligo di motivazione, non vi è alcuna necessità che il documento menzioni fatti o circostanze in occasione delle quali il ricorrente si sia comportato in conformità alla tipologia del giudizio riportato.”*<sup>294</sup>.

Invero, tale posizione ricorrente della giurisprudenza, anche sulla base dei rilievi di ordine costituzionale connessi alla problematica, non appare pienamente convincente.

Le sentenze in esame si palesano come importanti, in quanto offrono lo spunto per svolgere una riflessione generale, diretta a ricercare un sempre maggior equilibrio nei rapporti tra le Forze Armate e l’ordinamento comune. Infatti, la specialità che deve indubbiamente riconoscersi alle Forze Armate non deve mortificare oltre misura i diritti civili e politici di chi vi presta servizio, il quale, oltre ad essere *miles*, rimane senza dubbio anche un *civis*<sup>295</sup>.

La valutazione del militare consta di giudizi di valore, la cui natura eminentemente soggettiva non viene disconosciuta certo dalla giurisprudenza. Infatti, in modo quasi unanime, si afferma che le valutazioni inserite nella documentazione caratteristica costituiscono tipici giudizi di valore, insindacabili nel merito, salvo che emerga una loro palese illogicità o una incongruenza fra

---

<sup>293</sup>LUCA SCIRMAN, *Il diritto nella valutazione del militare*, cit., pagg. 699 ss.

<sup>294</sup>TAR, Napoli, 04/04/2017, n. 1789, in *Redazione Giuffrè amministrativa*, 2017.

<sup>295</sup>Ne è un esempio la sentenza n. 332/2000, emanata dalla Corte Costituzionale in materia di norme disciplinanti l’arruolamento del personale. Nel caso di specie la stessa Corte ha riconosciuto che il contrasto della disciplina impugnata con gli artt. 2, 3, 30 e 31 della Costituzione sussiste, non potendosi ravvisare, neppure nella delicata fase del reclutamento e dell’addestramento, un’esigenza dell’organizzazione militare così preminente da giustificare una limitazione del diritto di procreare, o di diventare genitore, sia pure prevista ai limitati fini dell’arruolamento e dell’ammissione ai reparti di istruzione. Una così grave interferenza nella sfera privata e familiare della persona - suscettibile di protrarsi eventualmente anche oltre il periodo di formazione del militare, durante i primi anni dopo l’assunzione del servizio permanente - non può, sul piano dei principi costituzionali, ritenersi giustificata dall’intensità e dall’esigenza di tendenziale esclusività del rapporto di dedizione che deve legare il militare in fase di istruzione al corpo di appartenenza, dovendo la necessaria continuità nella frequenza dei corsi di addestramento trovare garanzia in regole e rimedi diversi dal divieto di avere prole. Un divieto siffatto si pone in contrasto con i fondamentali diritti della persona, sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, tutelando l’art. 2 della Costituzione l’integrità della sfera personale della stessa e la sua libertà di autodeterminarsi nella vita privata. Ripetutamente, del resto, questa Corte ha chiarito, da un lato, che “la Costituzione repubblicana supera radicalmente la logica istituzionalistica dell’ordinamento militare e riconduce anche quest’ultimo nell’ambito del generale ordinamento statale, particolarmente rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini” (sentenza n. 278 del 1987); dall’altro, che la garanzia dei diritti fondamentali di cui sono titolari i singoli “cittadini militari” non recede di fronte alle esigenze della struttura militare (da ultimo, sentenza n. 449 del 1999).

giudizi parziali e qualifica finale<sup>296</sup>.

Da ultimo, il Consiglio di Stato sezione III, in sede di formulazione di parere per ricorso straordinario (n. 2446/2003), ha affermato che *“nella valutazione caratteristica dei militari, l’Autorità competente gode di una ampia discrezionalità ed il sindacato giurisdizionale è limitato all’accertamento dell’eventuale sussistenza di evidenti profili di eccesso di potere, rilevabili dall’incongruenza tra il giudizio espresso ed i meriti del candidato”*.

Infatti, è sempre sindacabile e censurabile la presenza di gravi disarmonie nell’iter logico, quale elemento di sindacato in sede di legittimità<sup>297</sup>.

Al di là di tali “gravi vizi”, le valutazioni risultano insindacabili nel merito.

Tuttavia, ciò non significa che l’attività di stesura e di compilazione delle note caratteristiche sia di fatto impermeabile ad ogni controllo<sup>298</sup>.

Un controllo, pur nei limiti predetti, risulta sempre necessario, e la giurisprudenza, laddove non sia convinta della congruità e soprattutto della completezza della motivazione, è giunta ad ordinare alla Pubblica Amministrazione di depositare una documentata relazione in merito (Tar Toscana, sezione I, ordinanza 627/01).

Ciò che non convince nella pronuncia dei giudici del TAR Calabria è proprio lo scarso rilievo che viene attribuito al profilo della completezza. Valutando come sufficiente un giudizio sintetico, non si richiede di conseguenza un’analisi valutativa di tutti, o di gran parte, dei fatti oggetto della valutazione medesima.

La posizione assunta dal Tar Calabria appare, inoltre, non condivisibile anche per altre ragioni.

Come auspicato da Alesio Massimiliano in commento alla sentenza del TAR Calabria n. 3/2004, va segnalata la necessità di una motivazione più penetrante, laddove si dia luogo, come nella concreta fattispecie, ad una valutazione peggiorativa rispetto alla precedente. La giurisprudenza è ben chiara su tale punto: *<l’esigenza di una più penetrante motivazione deve essere sempre avvertita in caso di improvviso abbassamento delle costanti qualifiche riportate negli anni precedenti dal dipendente, con la conseguenza che, in tali casi, l’abbassamento è illegittimo, se dal rapporto informativo la situazione non si presenti in maniera difforme da quella anteriore, e non vengano allegare le circostanze peggiorative della condotta dell’impiegato>*<sup>299</sup>. In secondo luogo, va osservato che il giudizio sui fatti è ben diverso dal giudizio sulle conoscenze, dimostrate ed esternate in una prova di concorso. I fatti presentano, di regola, una oggettività superiore alle conoscenze, in quanto queste ultime si prestano ad una maggiore “soggettività valutativa”<sup>300</sup>.

Dunque, i fatti sono ben più facilmente valutabili, anche singolarmente considerati. Per tale ragione, non possono trovare applicazione le regole di valutazione dei concorsi, le quali reputano sufficiente un giudizio sintetico,

---

<sup>296</sup>MASSIMILIANO ALESIO, *Le note caratteristiche degli appartenenti alle Forze armate nell’evoluzione normativa La motivazione sintetica è troppo penalizzante*, DeG - Diritto e giustizia, fasc.6, 2004, pag. 93.

<sup>297</sup>Ibidem.

<sup>298</sup>Ibidem.

<sup>299</sup>Tar Lazio, sezione I, n.56/1999.

<sup>300</sup>MASSIMILIANO ALESIO, *Le note caratteristiche degli appartenenti alle Forze armate*, cit., pag. 93.

talora limitato ad un punteggio numerico, pur se corroborato da ulteriori elementi, quali note a margine o segni grafici<sup>301</sup>.

Dunque, appare evidente che i documenti caratteristici devono rispettare i seguenti limiti/obblighi<sup>302</sup>:

- l'obbligo di attenersi, nella compilazione delle note valutative, alle direttive ed alle istruzioni impartite nei regolamenti e nelle circolari emanate dai competenti ministeri.
- l'obbligo di motivare i giudizi, evitando il pleonastico impiego di stereotipate formule e riconducendo le singole valutazioni a situazioni e circostanze concrete, strettamente legate al servizio ed alla persona del soggetto valutando, suscettibili di controllo.
- l'obbligo di dare un giudizio logico e congruente, evitando discordanze non motivate, nonché disarmonie o in conferenze tra i singoli giudizi e la qualifica finale.

Deve essere ben chiaro che la mancanza di una valutazione completa, che analizzi gran parte dei "fatti valutativi", comporta inevitabilmente un pericoloso svuotamento dello spirito della legge n. 241/1990, che voleva rifondare il rapporto cittadino-amministrazione, partendo proprio dall'esigenza di trasparenza dell'azione amministrativa, limitando quell'impostazione autoritaria di un'amministrazione sempre e comunque prevalente nel suo rapporto con l'amministrato<sup>303</sup>. Ciò vale particolarmente per gli appartenenti alle Forze Armate<sup>304</sup>. A tal riguardo, va ricordato che un obbligo di più intensa e penetrante, oltre che completa, motivazione, non sembra contrastare, come già evidenziato, alcun "contro valore" di rango costituzionale, il quale possa giustificare la limitazione di un imprescindibile strumento di democratizzazione dell'azione amministrativa, qual è appunto la motivazione medesima<sup>305</sup>.

#### **2.4.7 Rimedi opponibili alla valutazione caratteristica**

Rimane da capire, per dovere di completezza della trattazione dell'istituto, quali siano i rimedi esperibili a fronte di una valutazione caratteristica che viene ritenuta lesiva della propria situazione giuridica soggettiva<sup>306</sup>. Ex art. 8 e 9 bis del D.P.R. 213/2002 e come richiamato dalle "Istruzioni applicative sui documenti caratteristici del personale militare" dettate dal Ministero della Difesa, avverso le note caratteristiche possono essere presentati alternativamente:

- Ricorso gerarchico ai sensi del D.P.R. 1199/71. Il ricorso deve essere presentato, per motivi di legittimità e di merito, tramite il comando di corpo del ricorrente, al Direttore generale per il personale militare, competente per la decisione, entro 30 giorni dalla data di notifica (presa

---

<sup>301</sup>CdS, sezione VI, 2331/03.

<sup>302</sup>MASSIMILIANO ALESIO, *Le note caratteristiche degli appartenenti alle Forze armate*, cit., pag. 93.

<sup>303</sup>Ibidem.

<sup>304</sup>Ibidem.

<sup>305</sup>Ibidem.

<sup>306</sup>[https://www.difesa.it/SGD-DNA/Approfondimenti/Documents/Istruzioni\\_applicative\\_IDC.pdf](https://www.difesa.it/SGD-DNA/Approfondimenti/Documents/Istruzioni_applicative_IDC.pdf) , 13/02/21019.

visione) del documento caratteristico impugnato. Il comando di corpo, cui è stato presentato il ricorso, provvederà ad inoltrarlo entro 60 giorni, decorrenti dalla data di presentazione, alla Direzione generale per il personale militare, secondo le modalità dalla stessa indicate.

– Ricorso giurisdizionale ai sensi della legge 1034/1971. Deve essere presentato al T.A.R. competente entro 60 giorni dalla data di notifica del documento caratteristico impugnato, ai sensi dell'art. 21 della sopracitata legge.

Ai sensi della disciplina comune in materia di ricorribilità avverso un provvedimento dell'amministrazione, se vengono esperiti entrambi i rimedi, ovvero sia il ricorso gerarchico che il ricorso giurisdizionale, prevarrà sempre il ricorso gerarchico il ricorso giurisdizionale. A seconda che il ricorso giurisdizionale venga proposto per primo o per secondo, il ricorso gerarchico verrà dichiarato, nel primo caso inammissibile, nel secondo improcedibile.

## **2.5 Procedimento disciplinare**

### **2.5.1 Origine storica delle fonti**

In passato, chi si avvicinava allo studio delle materie militari, doveva fare i conti con un ordinamento disordinato e lacunoso che andava integrato e interpretato alla luce delle fonti generali del diritto pubblico e amministrativo. Le recenti codificazioni (d.lgs. 66/2010, detto COM e il D.P.R. 90/2010 detto TUROM) hanno contribuito a mettere ordine al settore perseguendo l'intento della chiarezza, ovvero della certezza del diritto, nel tentativo di adeguare l'ordinamento militare alla realtà giuridica contemporanea. L'innovazione ha interessato solo marginalmente le sanzioni disciplinari. Un ambito da sempre caratterizzato da scarso interesse scientifico<sup>307</sup>.

La regolamentazione delle sanzioni disciplinari militari va inquadrata nel più complessivo ambito delle norme disciplinari di una categoria professionale che si è sempre caratterizzata per la sua specialità arrivando a costituire, per un periodo considerevolmente lungo della storia italiana, un ambito distinto e separato dall'ordinamento generale e dai principi costituzionali<sup>308</sup>.

Il dibattito politico e sociale che caratterizzò gli anni 70 non poteva non influenzare anche gli ambienti militari.

Sotto il profilo prettamente giuridico, le perplessità originavano dall'assetto separato che aveva assunto l'ordinamento militare, inteso come derogatorio rispetto all'ordinamento generale dello Stato. Alla fine degli anni 70, come già spiegato nel corso del primo capitolo, si arrivò alla l. 382/1978 rubricata "Legge sui principi della disciplina militare". Un ambito, quello della disciplina militare, che, fino ad allora, era rimesso esclusivamente alle fonti regolamentari fondate sulla *supremazia speciale* – con tale espressione si intende nella letteratura giuridica il potere unilaterale della pubblica amministrazione - dell'ordinamento

---

<sup>307</sup>ENZO TREVISOL, Premessa a *Le sanzioni disciplinari di corpo*, Inedit Sas Edizioni, Bologna, 2012, pag. 3

<sup>308</sup>Ibidem.

militare<sup>309</sup>. Il legislatore, con la l. 382/1978 ha trovato un equilibrio tra due estremi: da un lato, il dovere di difendere la Patria e le sue Istituzioni, mediante un idoneo funzionamento dell'apparato militare; dall'altro assicurare i diritti soggettivi del cittadino in uniforme, le cui necessarie limitazioni vanno ricondotte, in modo esclusivo, al contenuto precettivo dell'art. 52 della Costituzione<sup>310</sup>, svolgendo l'attività di bilanciamento che occorre svolgere in materia di diritti dei militari. La legge del 1978, in sostanza, ha giuridicizzato la disciplina militare, significando con tale espressione l'abbandono di un sistema normativo «dei capi» per giungere a quello della «pluralità degli ordinamenti»<sup>311</sup>.

## 2.5.2 Contenuto e finalità

Il procedimento disciplinare ha inizio in seguito alla notizia di commissione di un illecito disciplinare. L'illecito disciplinare consiste in *“ogni violazione dei doveri del servizio e della disciplina militare sanciti dal codice, dal regolamento, o conseguenti all’emanazione di un ordine”*<sup>312</sup>. I procedimenti disciplinari, qualora venga accertata la responsabilità del militare coinvolto, conducono alla comminazione della sanzione disciplinare.

Sul piano generale le sanzioni disciplinari rappresentano una sanzione afflittiva applicabile ai soggetti che violano i doveri interni all'istituzione cui appartengono<sup>313</sup>.

Si distinguono da quelle penali in quanto escluse dal relativo regime e dalle relative sanzioni, non vengono considerate diminutive della dignità della persona e i loro effetti si esauriscono nell'ambito dell'ordinamento particolare dell'amministrazione<sup>314</sup>.

Nell'ambito del rapporto di lavoro il potere disciplinare può essere definito come lo strumento di organizzazione indispensabile per il datore di lavoro per realizzare la conservazione dell'ordine e per l'attuazione dei fini indicati dalla legge<sup>315</sup>.

Quanto alle sanzioni disciplinari militari, in primo luogo, va precisato che sono preposte alla tutela del buon andamento e dell'imparzialità della pubblica amministrazione<sup>316</sup>.

Proprio per questo motivo, l'azione disciplinare è obbligatoria in quanto posta a difesa dei principi appena menzionati ed è tesa a garantire l'effettività dell'impegno di essere al *“servizio esclusivo della Nazione”* cui sono chiamati

---

<sup>309</sup>Ibidem, pag. 6

<sup>310</sup>FRANCESCO BONFIGLIO, *È possibile per il militare il ricorso giurisdizionale avverso sanzione disciplinare di corpo senza il previo ricorso gerarchico?*, nota a T.A.R. Campobasso, 25 gennaio 2007, n.54, in *Lavoro nelle p.a., fasc.3-4*, 2007, pag. 822.

<sup>311</sup>Ibidem.

<sup>312</sup>Ministero della Difesa, Guida tecnica alle procedure disciplinari, cit., pag. 18.

<sup>313</sup>MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, *diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005, pag. 306.

<sup>314</sup>SANDULLI, *Diritto Amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, pag. 120.

<sup>315</sup>SIMONCELLI, *L'ordinamento militare*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006, pag. 621.

<sup>316</sup> MAZZI, *Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze Armate*, Padova, Cedam, 1995, pag. 358.

tutti i dipendenti pubblici<sup>317</sup>.

Tali provvedimenti sono quindi strettamente connessi al concetto di disciplina – ovvero al rispetto generale delle norme disciplinari – e alla necessità di coesione morale del gruppo, in funzione dell'efficienza e della ottimizzazione dei reparti e dei mezzi e nel rispetto del ruolo strategico e funzionale che viene svolto dal “fattore uomo”<sup>318</sup>.

La previsione e la conseguente applicazione di una sanzione disciplinare soddisfano così una finalità “educativa” nei confronti della collettività militare (funzione general preventiva), confermando l'effettività dell'ordinamento disciplinare e della sua reazione alle violazioni normative che danno luogo ad una risposta afflittiva-retributiva anche sul piano individuale (funzione special preventiva)<sup>319</sup>.

A queste è strettamente connesso anche quel fattore che nella psicologia dell'organizzazione viene definito come *coesione* e meglio conosciuto nel gergo militare come *spirito di corpo*<sup>320</sup>. È questo invero uno degli obiettivi primari perseguiti dalle sanzioni disciplinari e che, in generale, deve essere perseguito in ogni azione di comando, quale fondamentale presupposto di efficienza<sup>321</sup>.

L'azione disciplinare deve intendersi come una cosa diversa da quella di comando poiché *“si manifesta per la sua natura sostanzialmente giustiziale. Essa non è attribuita ai comandati per dare loro uno strumento di coercizione nei confronti dei subordinati, bensì per consentirgli di fare giustizia, ripristinare cioè l'equilibrio turbato dall'eventuale illecito disciplinare”*<sup>322</sup>.

Pertanto, qualsiasi violazione delle regole procedurali dà luogo ad un illecito disciplinare provocando sostanzialmente due effetti: l'illegittimità del provvedimento finale e quindi la vanificazione delle attività procedurali, ma anche la compressione della coesione interna “instillando nel dipendente la convinzione che non possa esistere giustizia in organismi fortemente gerarchizzati, dove il potere del superiore è, di fatto, scevro da controlli”<sup>323</sup>.

Va infine precisato che le innovazioni normative in materia di disciplina militare degli anni '70, hanno determinato la c.d. “funzionalizzazione” delle norme disciplinari e delle relative sanzioni sicché, secondo la visione moderna della disciplina, essa va intesa come l'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato militare, in relazione ai compiti istituzionali delle forze armate ed alle esigenze che ne derivano<sup>324</sup>.

Tale prospettiva non può fare a meno di condizionare anche l'applicazione delle sanzioni disciplinari che dovranno riferirsi ai soli comportamenti rilevanti sotto il profilo delle funzioni istituzionali cui è preposto il militare.

L'art. 5 della l. 382/1978, oggi traslato nell'art. 1350 C.O.M., introducendo

---

<sup>317</sup>Ministero della Difesa, Direzione generale per il personale militare, Guida tecnica alle procedure disciplinari, 2016, pag. 18.

<sup>318</sup>NUCIARI, *Efficienza e Forze Armate la ricerca sociologica sull'istituzione militar*, Milano, 1990, pag. 63.

<sup>319</sup>Ibidem.

<sup>320</sup>ENZO TREVISOL, Premessa a *Le sanzioni disciplinari di corpo*, cit., pag. 3.

<sup>321</sup>BOURSIER NIUTTA, *Elementi di diritto disciplinare militare di corpo*, Roma, Laurus Robuffo, 2004, pag. 114.

<sup>322</sup>SIMONCELLI, *L'ordinamento militare*, vol. II, cit., pag. 621.

<sup>323</sup>GENTILI, *Codice di disciplina militare*, Roma, 1991, pag. 197.

<sup>324</sup>BOURSIER NIUTTA, *Elementi di diritto*, cit., pag. 114.

la “funzionalizzazione” delle norme disciplinari, ha rotto gli schemi tradizionali, prendendo nettamente le distanze da un modello disciplinare pervasivo della sfera privata del militare, introducendo un collegamento teleologico tra le norme disciplinari ed i compiti istituzionali delle forze armate, ovvero il servizio<sup>325</sup>.

Pertanto, il superiore che intenda promuovere nei confronti di un militare un giudizio di responsabilità disciplinare, non dovrà limitarsi a verificare la sola esistenza di una violazione dei doveri del servizio e della disciplina militare sanciti dal codice, dal regolamento o conseguenti all’emanazione di un ordine<sup>326</sup>. Egli dovrà altresì accertare e verificare le condizioni oggettive di applicazione delle norme disciplinari esplicitamente previste dal codice dell’ordinamento militare<sup>327</sup>.

Il comma 2 dell’art. 1350 del codice stabilisce che le disposizioni in materia di disciplina militare si applicano nei confronti dei militari che si trovino in una delle seguenti condizioni:

- a) *Svolgano attività di servizio*
- b) *Sono in luoghi militari o comunque destinati al servizio*
- c) *Indossano l’uniforme*
- d) *Si qualificano in relazione ai compiti di servizio, come militari o si rivolgono ad altri militari in divisa che si qualificano come tali.*

Dall’analisi finora svolta è evidente che il legislatore non abbia voluto sottrarre i procedimenti disciplinari dall’applicazione della l. 241/1990.

Tanto meno, come detto, i procedimenti disciplinari rientrano all’interno della nozione di ordine, dato che non viene impartito alcunché al militare sottoposto (specialmente dopo la cd. Funzionalizzazione del procedimento).

Tanto che tra le fonti normative più rilevanti vi è quella sul procedimento amministrativo, ovvero la legge 241/1990, giacché le garanzie procedurali che ha introdotto sono direttamente applicabili ai procedimenti disciplinari militari. Sulla base del criterio di specialità si è sostenuto in passato la non applicabilità di tale fonte normativa, in virtù del principio secondo cui la norma speciale anteriore prevale su quella generale posteriore.

Tale principio, tuttavia, non è contenuto in una fonte normativa ed anche la giurisprudenza costituzionale ha chiarito che la massima *lex posterior generalis non derogat priori speciali* non sia vera in assoluto, ma debba essere applicata a seconda dei casi in relazione all’intenzione del legislatore<sup>328</sup>.

Pertanto, salve eventuali eccezioni disposte espressamente dal legislatore, la norma successiva generale abroga quella precedente speciale in virtù dell’art. 15 delle preleggi del Codice Civile e quindi del principio cronologico<sup>329</sup>.

L’antinomia tra la legge sul procedimento e le leggi speciali dell’ordinamento militare viene risolta in base al principio della *lex posterior* poiché la l. 241/1990 “*non si applica solo in via sussidiaria laddove ad es. una*

---

<sup>325</sup>MAZZI, *Il nuovo ordinamento*, cit. pag. 358.

<sup>326</sup>Ibidem.

<sup>327</sup>Art. 1352 C.O.M.

<sup>328</sup>MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell’interpretazione*, Padova, Cedam, 1998, pag. 106.

<sup>329</sup>GUASTINI, *Le Fonti del diritto e l’interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, pagg. 418, 419.

*legge non disciplini il termine per provvedere o il contraddittorio o la conferenza dei servizi: al contrario sono le disposizioni della legge speciale che assumono carattere sussidiario*<sup>330</sup>.

La giurisprudenza non di meno sembra esprimersi in maniera diversa privilegiando il criterio della specialità temperato con una valutazione sul livello delle garanzie offerte dalla norma particolare, che non possono essere inferiori a quelle offerte dalla disciplina generale<sup>331</sup>.

La diretta applicazione della l. 241/1990 in campo sanzionatorio disciplinare, trova una conferma anche nella normativa del C.O.M., il quale, all'art. 1 co. 6, stabilisce che *“se non è diversamente disposto, ai provvedimenti e ai procedimenti previsti dal codice e dal regolamento si applicano la legge 7 agosto 1990, n. 241”*<sup>332</sup>.

È quindi lo stesso codice a formulare le esclusioni in modo esplicito, ad esempio come avviene per gli ordini militari, mentre nessuna equivalente eccezione è riscontrabile nelle norme attinenti ai procedimenti disciplinari, ai quali devono ritenersi applicabili le norme generali dell'ordinamento.

Altro ricorrente enunciato giurisprudenziale è quello secondo cui nel procedimento disciplinare le garanzie formali e procedurali devono essere adeguate alla rilevanza del provvedimento da emanare ed alla gravità dei suoi effetti<sup>333</sup>. In coerente sviluppo con tale principio-guida, la magistratura ha ritenuto che l'atto con cui viene applicata ad un militare una sanzione di corpo, tanto più se non di rigore, non necessita di una motivazione dettagliata ed argomentata con confutazione di ciascuno degli argomenti difensivi esposti dal militare<sup>334</sup>. Specularmente si è chiarito che la motivazione deve, invece, essere particolarmente rigorosa e puntuale ove comporti la perdita del grado del militare con cessazione del servizio attivo<sup>335</sup>.

Deve essere infine evidenziato anche il ruolo sussidiario svolto dal D.P.R. n. 3/1957, T.U. delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato, che la giurisprudenza considera come norma generale di chiusura in particolar modo per gli aspetti di garanzia del contraddittorio e del diritto di difesa<sup>336</sup>.

Tale decreto va applicato ogni qualvolta manchi una fonte primaria o secondaria che stabilisca una disciplina compiuta del procedimento disciplinare e deve essere considerato come *ius receptum* - anche - per il personale militare, per cui *“allorquando un procedimento disciplinare speciale presenti delle lacune, dovrà farsi applicazione della disciplina comune e residuale contenuta del D.P.R. 3/1957. Solo in presenza di una norma speciale, di livello primario o secondario che disciplini compiutamente il procedimento disciplinare*

---

<sup>330</sup>GENTILI, *Codice di disciplina militare*, cit., pag. 197.

<sup>331</sup>Ibidem.

<sup>332</sup>ART. 1 co. 6, C.O.M. d.lgs. n. 66/2010.

<sup>333</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali*, cit., pagg. 166 ss.

<sup>334</sup>Cons. St., sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6851, in FA, 2000, pag. 3893.

<sup>335</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali*, cit., pagg. 166 ss.

<sup>336</sup>Deve tuttavia evidenziarsi che il co. 3 dell'art. 1349 C.O.M. esclude per gli ordini militari l'applicazione di taluni capi della legge 241/1990. In particolare, l'esclusione dell'intero capo I della legge è stata considerata sconcertante già dai primi commentatori del codice che hanno evidenziato dubbi di legittimità costituzionale.

e le sue scansioni temporali, non troveranno applicazione le norme contenute nel menzionato testo unico<sup>337</sup>.

### 2.5.3 Tipologie di sanzioni disciplinari

A seconda del tipo di illecito disciplinare commesso, sono correlate tipi di sanzioni disciplinari differenti. Le sanzioni disciplinari si dividono in sanzioni disciplinari di corpo e sanzioni disciplinari di stato, così come previsto dall'art. 13 della l. 382/1978.

Entrambe le tipologie di sanzione sono espressione del medesimo potere sanzionatorio, regolato dall'art. 13 l. 11 luglio 1978 n. 382, e sono applicate, le une o le altre, in considerazione della gravità del fatto. Ciò in quanto, le prime attengono a violazioni della disciplina militare cui consegue un effetto esterno all'organizzazione militare, mentre le seconde esauriscono la loro funzione all'interno dell'organizzazione stessa<sup>338</sup>.

Sia le sanzioni disciplinari di stato che le sanzioni disciplinari di corpo incidono sullo status di militare, ma mentre le prime hanno per effetto il venire meno dello *status*, temporaneamente (come nel caso della sospensione disciplinare dall'impiego o dal servizio) o definitivamente (come nel caso della perdita del grado per rimozione), quelle di corpo incidono sullo *status* del militare all'interno dell'organizzazione militare, limitando alcune sue facoltà o posizioni giuridiche<sup>339</sup>.

Pertanto, in relazione al medesimo fatto non possono ritenersi in concreto applicabili entrambe le sanzioni disciplinari<sup>340</sup>. Se avvenisse, comporterebbe sia una contraddizione logica con la disciplina delle sanzioni disciplinari, che una più grave violazione del principio generale dell'ordinamento del *ne bis in idem*, per cui nessuno può essere giudicato due volte per il medesimo fatto<sup>341</sup>.

Anche in campo disciplinare, così come nella disciplina penalistica, vige il principio di tassatività, perciò non possono essere inflitte sanzioni disciplinari diverse da quelle previste per legge (cd. Principio della tassatività delle sanzioni enunciato dall'art. 1353 C.O.M.).

Le sanzioni disciplinari di stato contemplate dalle singole leggi di stato giuridico sono le seguenti:

#### UFFICIALI:

1. sospensione disciplinare dall'impiego (artt. 30 e 73, lettera a), legge n. 113/1954);
2. sospensione disciplinare dalle funzioni del grado, per gli ufficiali in congedo (artt. 52 e 73, lettera b), legge n. 113/1954);
3. perdita del grado per rimozione (artt. 70, punto n. 4, e 73, lettera c), legge n. 113/1954);

<sup>337</sup>ENZO TREVISOL, *Le sanzioni disciplinari di corpo*, cit., pag. 10.

<sup>338</sup> Consiglio di Stato sez. IV, 07/07/2000, n. 3835, in *Foro Amm.*, 2000, pag. 260.

<sup>339</sup> Ibidem.

<sup>340</sup> Ibidem.

<sup>341</sup> Ministero della Difesa, Guida tecnica alle procedure disciplinari, cit., pag. 18.

4. cessazione dalla ferma, per gli ufficiali in ferma prefissata (art. 24, comma 5°, d.lgs. n. 215/2001);

#### SOTTUFFICIALI:

1. sospensione disciplinare dall'impiego (artt. 21 e 63, lettera a), legge n. 599/1954);

2. cessazione dalla ferma, per i sottufficiali in ferma o rafferma (artt. 40, lettera c), e 63, lettera b), legge n. 599/1954);

3. sospensione disciplinare dalle attribuzioni del grado, per i sottufficiali in congedo (artt. 48 e 63, lettera c), legge n. 599/1954);

4. perdita del grado per rimozione (artt. 60, comma 1°, numero 6), e 63, lettera d), legge n. 599/1954);

#### APPUNTATI E FINANZIERI:

1. sospensione disciplinare dal servizio (artt. 14 e 43, lettera a), legge n. 833/1961);

2. cessazione dalla ferma, per i finanzieri in ferma o rafferma (artt. 34, comma 1°, lettera c), e 43, lettera b), legge n. 833/1961);

3. perdita del grado per rimozione (artt. 40, numero 6), e 43, lettera c), legge n. 833/1961);

#### APPUNTATI E CARABINIERI:

1. sospensione disciplinare dal servizio (artt. 9 e 37, lettera a), legge n. 1168/1961);

2. cessazione dalla ferma, per i carabinieri in ferma o rafferma (artt. 26, comma 1°, lettera c), e 37, lettera b), legge n. 1168/1961);

3. perdita del grado per rimozione (artt. 34, numero 6), e 37, lettera c), legge n. 1168/1961);

#### VOLONTARI DI TRUPPA:

1. sospensione disciplinare dal servizio, per i volontari in servizio permanente (art. 26, comma 4°, d.lgs. n. 196/1995);

2. perdita del grado per rimozione, per i volontari in servizio permanente (artt. 60, comma 1°, numero 6), e 63, lettera d), legge n. 599/1954);

3. cessazione dalla ferma, per i volontari in ferma o in rafferma (art. 8, comma 2°, D.P.R. n. 332/1997).

Le sanzioni disciplinari di corpo, applicabili indistintamente a tutto il personale militare, sono le seguenti:

1. richiamo (art. 62 R.D.M.);
2. rimprovero (art. 63 R.D.M.);
3. consegna (art. 64 R.D.M.);
4. consegna di rigore (art. 65 R.D.M.).

Nell'ordinamento militare, il principio per cui la violazione dei doveri gravanti sul militare comporta l'obbligo, in capo all'amministrazione, di punire la condotta con le relative sanzioni (art.1352 co. 2 C.O.M.), è sancito dalle disposizioni che impongono di avviare il procedimento disciplinare di corpo senza ritardo (art. 1398 C.O.M. co. 1) e il procedimento disciplinare di stato entro il termine di 90 o 60 giorni - a seconda che esso origini da giudizio penale o da grave infrazione disciplinare (art. 1392 co. 1 e 2). Nonché la previsione che costituisce comportamento censurabile con la consegna di rigore la "*negligenza del superiore nel controllo del comportamento disciplinare degli inferiori*" (art. 751 co.1 n. 18 t.u.r.o.m.) e l'art. 1397 co. 7 C.O.M., chi dispone che il Comandante di Corpo "*è obbligato*" a instaurare il procedimento disciplinare se l'infrazione è prevista tra i comportamenti punibili con la consegna di rigore.

All'obbligatorietà dell'avvio dell'azione disciplinare si accompagna l'obbligo di segnalare i fatti di possibile valenza disciplinare, posto dall'art. 1397 C.O.M. a carico di "ogni superiore"<sup>342</sup>.

I procedimenti disciplinari seguono procedure differenti a seconda che siano tesi ad accertare la condotta cui consegue l'applicazione di una sanzione disciplinare di stato o una sanzione disciplinare di corpo<sup>343</sup>.

È fondamentale per il giudicante ottenere la documentazione necessaria a proporre le sue difese in giudizio. Questa necessità richiama il tema del diritto dell'accesso agli atti, la cui disciplina è contenuta nella citatissima l. 241/1990<sup>344</sup>. L'amministrazione militare, dunque, è tenuta a seguire le norme previste dal diritto comune<sup>345</sup>. Di conseguenza, la motivazione del diniego di accesso ad atti delle forze armate può fondarsi su tre fondamentali argomenti:

- carenza di legittimazione del richiedente (es. istanza presentata non dal diretto interessato, ma da un parente, un collega, un avvocato, senza allegazione di delega scritta).
- carenza di interesse giuridicamente rilevante all'accesso.
- l'atto è sottratto all'accesso, in base all' art. 24 della l. 241/1990 o perché segreto da fonte legislativa (es. segreto di Stato, segreto istruttorio ex. 329 c.p.p., segreto militare, etc.), o perché segreto da fonte regolamentare (si veda il d.m. 14 giugno 1995 n. 519 in attuazione dell'art. 24, co. 4, l. 241/1990 che individua gli atti secretati presso il ministero della difesa).

Sul punto va ricordato che la giurisprudenza ha individuato ipotesi in cui, la formale segretezza regolamentare di alcuni documenti (es. documentazione caratteristiche e matricolare ex d.m. n. 219 del 1995 cit.), può essere superata sulla scorta di peculiari esigenze sottese alla richiesta di accesso del militare (esigenza di difesa in giudizio)<sup>346</sup>.

Non vi è dunque da segnalare alcuna menomazione dei diritti del militare in merito.

---

<sup>342</sup>Ministero della Difesa, Guida tecnica alle procedure disciplinari, cit., pag. 18.

<sup>343</sup>ENZO TREVISOL, Premessa a *Le sanzioni disciplinari di corpo*, cit., pag. 3.

<sup>344</sup>VITO TENORE, *La motivazione degli atti gestionali*, cit., pagg. 166 ss.

<sup>345</sup>Ibidem.

<sup>346</sup>Ibidem.

## 2.5.4 La pregiudizialità penale

Occorre volgere una rapida ricognizione sulla questione della pregiudizialità penale in ambito disciplinare. Argomento già accennato e rimasto in sospeso durante la trattazione del primo capitolo. Vi è da sottolineare la connivenza tra illecito disciplinare -cui consegue il procedimento disciplinare- e reato militare – cui consegue l'instaurazione del processo di fronte le Corti militari.

La Riforma Madia, dapprima con la l. 124/2015, successivamente affinata dal 15.06.2016 con il d.lgs. 91/2016, in sintonia con quanto previsto dalla Riforma Brunetta in materia di pubblico impiego privatizzato con il d.lgs. 65/2010, ha risolto ogni dubbio con la modifica dell'art. 1393 del COM, di cui al d.lgs. 66/2010.

*Il vigente articolo 1393 del COM dispone: "Il procedimento disciplinare, che abbia oggetto, in tutto in parte, fatti in relazione ai quali procede l'autorità giudiziaria, è avviato, proseguito e concluso anche in pendenza del procedimento penale. Per le infrazioni disciplinari di maggiore gravità, punibili con la consegna a rigore di cui all'art. 1362 o con le sanzioni di stato ex art. 1357, l'autorità competente, solo nei casi di particolare complessità dell'accertamento del fatto addebitato al militare, ovvero qualora, all'esito di accertamenti preliminari, non disponga di elementi conoscitivi sufficienti ai fini della valutazione disciplinare, promuove il procedimento disciplinare al termine di quello penale. Il procedimento disciplinare non è comunque promosso, e se già iniziato è sospeso, fino alla data in cui l'amministrazione ha avuto conoscenza integrale della sentenza o del decreto penale irrevocabili, che concludono il procedimento penale, ovvero del provvedimento di archiviazione, nel caso riguardi atti e comportamenti del militare nello svolgimento delle proprie funzioni, in adempimento agli obblighi di servizio.[..]"*

Sulla motivazione delle sanzioni disciplinari nei confronti del pubblico dipendente in generale (e non solo per il militare), la giurisprudenza ha sistematicamente ribadito che l'iter sanzionatorio correlato e successivo ad una sentenza penale, di competenza della p.a., deve rivalutare autonomamente gli stessi fatti oggetto di giudizio penale. Ciò al fine di accertare l'eventuale valenza interna dell'illecito e, dunque, l'eventuale contrasto della condotta con i doveri del pubblico dipendente, ostativo alla prosecuzione del rapporto di impiego<sup>347</sup>.

In altre parole, va evitato il frequente, ma erroneo, acritico recepimento da parte delle amministrazioni (ivi compresa quella militare) delle risultanze penali in sede disciplinare<sup>348</sup>: era infatti principio consolidato, sino alla recente novella apportata all'art. 653 c.p.p. dalla l. 27 marzo 2001 n. 97, quello secondo cui i fatti storici accertati in sede penale vanno assunti in sede disciplinare senza che la p.a. possa procedere a nuovi e separati riscontri<sup>349</sup>. Oggi è *ius receptum*, quello secondo cui l'amministrazione deve procedere ad una autonoma e discrezionale valutazione in ordine alla rilevanza della condotta sotto il profilo

---

<sup>347</sup>Ibidem.

<sup>348</sup>Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 1998, n. 1397, in CS, 1998, pag. 1565.

<sup>349</sup>Cons. St., sez. VI, 23 febbraio 1999, n. 188, in CS, 1999, pag. 277.

disciplinare, in quanto non ogni condotta di valenza penale assume necessariamente rilevanza di illecito disciplinare, nè, al contrario, l'eventuale adozione in sede penale di misure (es. pena sospesa e non menzione) volte al reinserimento del lavoratore-condannato nella società e nella vita lavorativa preclude l'adozione di sanzioni disciplinari<sup>350</sup>.

La predetta "riponderazione" in sede disciplinare dei fatti vagliati in sede penale non obbliga l'amministrazione alla pedissequa trascrizione dei fatti di reato analiticamente esposti e valutati nella sentenza di condanna richiamata nel provvedimento sanzionatorio: la legittimità della motivazione non è correlata alla sua lunghezza, ma alla sua idoneità a far capire le ragioni in forza delle quali l'amministrazione si è determinata in un certo modo<sup>351</sup>.

Tale autonomia del procedimento disciplinare non esclude, come ha chiarito la giurisprudenza, che l'amministrazione possa legittimamente utilizzare, per addivenire ad una propria decisione, il materiale probatorio acquisito in sede penale, senza doversi necessariamente attivare per acquisire nuovi ed autonomi mezzi istruttori in sede disciplinare<sup>352</sup>. Tale conclusione trova oggi ulteriore conforto nella già segnalata novella apportata all'art. 653 c.p.p. dall'art. 1, l. 27 marzo 2001 n. 97.

### **2.5.5 Rimedi da opporre alle sanzioni disciplinari**

La tutela offerta al militare avverso le decisioni di irrogazione e della sanzione disciplinare trovano differenti possibili rimedi<sup>353</sup>.

I provvedimenti con i quali vengono irrogate le sanzioni disciplinari di stato promanando dal Direttore Generale per il Personale Militare e non sono suscettibili di ricorso gerarchico né di istanza di riesame, secondo il combinato disposto degli articoli 13 e 16 del D. Lgs. 165/2001. A differenza di quanto avviene per le sanzioni disciplinari di corpo in quanto adottate dal Comandante di Corpo<sup>354</sup>. Il ricorso gerarchico è esperibile, sia per motivi di legittimità che di merito<sup>355</sup>, in quanto rimedio a carattere generale, ex D.P.R. 1199/1971, e la sua esperibilità, avverso le sanzioni disciplinari di corpo è espressamente previsto agli artt. 1364 e 1366 del C.O.M.

Così come, contro le sanzioni disciplinari di corpo, è possibile presentare istanza di riesame, ai sensi del combinato disposto degli artt. 1363 co. 3 e 1365 del C.O.M..

Al militare è concessa la facoltà di presentare, in qualunque tempo, istanza scritta tendente a ottenere il riesame della sanzione disciplinare inflittagli, se sopravvengono nuove prove tali da far ritenere applicabile una sanzione minore, o decidere il proscioglimento da ogni addebito<sup>356</sup>. L'istanza di riesame deve essere diretta, in via gerarchica, alla stessa Autorità che ha emesso il provvedimento. La presentazione del ricorso non sospende

---

<sup>350</sup>Cons. St., sez. IV, 25 marzo 1996, n. 376, in FA, 1996, pag. 852.

<sup>351</sup>Cons. St., sez. II, 14 febbraio 1995, n. 346/94, in CS, 1997, pag. 935.

<sup>352</sup>Cons. St., sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6851, in FA, 2000, pag. 12.

<sup>353</sup>Ministero della Difesa, Guida tecnica alle procedure disciplinari, cit., pag. 168.

<sup>354</sup>Ibidem.

<sup>355</sup>Ministero della Difesa, Guida tecnica alle procedure disciplinari, cit., pag. 169.

<sup>356</sup>Ministero della Difesa, Guida tecnica alle procedure disciplinari, cit., pag. 168.

l'esecuzione della sanzione né i termini per la proposizione del ricorso gerarchico<sup>357</sup>.

La differenza nella disponibilità dei rimedi previsti avverso le sanzioni disciplinari di corpo e quelle di stato, si spiega in ragione della posizione gerarchica dell'organo che è competente a pronunciarsi sull'esito del procedimento.

Per quanto concerne le sanzioni disciplinari di corpo, l'organo competente, come detto, è il Comandante di Corpo. Sono diversi, dunque, i livelli gerarchici sovraordinati che possono decidere il ricorso gerarchico dell'atto.

Nel caso delle sanzioni disciplinari di stato, invece, la situazione è differente a seconda della Forza armata o forza di polizia a ordinamento militare che si prende in considerazione. I Carabinieri, la Guardia di Finanza e i vari corpi di forza armata, sono regolati da discipline che indicano differentemente quale sia l'organo deputato alla comminazione della sanzione, a seconda di quale sia il comparto sicurezza in questione. Tuttavia, nonostante la diversità dell'organo preposto, hanno una matrice che li accomuna. Gli organi deputati all'irrogazione della sanzione disciplinare di stato sono espressione della direzione generale dell'amministrazione e in ragione di ciò, costituiscono l'apice gerarchico di ciascuna amministrazione. Di conseguenza, non conoscono superiori gerarchici e dunque nessun organo può essere competente alla decisione dei ricorsi gerarchici, rendendoli così inespugnabili.

La sezione III della Guida tecnica del Ministero della Difesa sui procedimenti disciplinari esamina, poi, quali siano i rimedi comuni, esperibili avverso sia le sanzioni disciplinari di corpo, sia le sanzioni disciplinari di stato.

Si tratta del ricorso straordinario al Presidente della Repubblica e del ricorso giurisdizionale al Tribunale Amministrativo Regionale<sup>358</sup>. Per quanto riguarda il Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, va sottolineato come, per le sanzioni disciplinari di corpo ex art. 1363 co. 2, *“non è ammesso il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica se prima non è stato esperito il ricorso gerarchico o sono trascorsi novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso”*.

Ex art. 8 D.P.R. n. 1199/1971 viene precisato che il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica è ammesso per i soli motivi di legittimità e si pone in rapporto di alternatività con il ricorso giurisdizionale al Tribunale Amministrativo Regionale. A proposito del necessario esperimento dei rimedi interni, prima che giurisdizionali, avverso le sanzioni disciplinari di corpo, va segnalata la sentenza del T.A.R. Molise, 25 gennaio 2007 n.54, perché offre l'occasione di illustrare una applicazione della normativa non condivisibile e che travisa la volontà del legislatore e dei Giudici delle leggi, in tema di impugnabilità delle sanzioni disciplinari di corpo introdotte dall'art. 14 della l. n. 382/1978<sup>359</sup>.

L'art. 16 della legge sulla disciplina militare, espressamente, prevede che avverso i procedimenti sanzionatori di corpo non è ammesso ricorso

---

<sup>357</sup>Ministero della Difesa, Guida tecnica alle procedure disciplinari, cit., pag. 170.

<sup>358</sup>Ibidem.

<sup>359</sup>FRANCESCO BONFIGLIO, *È possibile per il militare il ricorso giurisdizionale*, cit., pag. 822.

giurisdizionale o ricorso straordinario al Presidente della Repubblica se prima non è stato esperito ricorso gerarchico o siano trascorsi novanta giorni della data di presentazione del ricorso<sup>360</sup>.

In base a tale sistematica disegnata dal legislatore, il ricorso gerarchico<sup>361</sup> è il rimedio esclusivo di «primo tempo» predisposto dall'ordinamento giuridico con una norma speciale che, peraltro, consente di eccepire non solo i vizi di legittimità ma anche quelli di merito<sup>362</sup>. La medesima propedeuticità è stabilita per il ricorso straordinario<sup>363</sup>. La preclusione, introdotta dalla l. 382/1978, statuisce espressamente un «obbligo» che impone al militare il «previo ricorso gerarchico» ed interferisce, in termini di inammissibilità, sull'eventuale ricorso giurisdizionale proposto senza quello gerarchico<sup>364</sup>. Tale previsione, che non è coerente con la sentenza in commento, è rafforzata dalla sentenza n. 113 del 22 aprile 1997, della Corte Costituzionale laddove un TAR, adito da un sottufficiale dell'Arma per l'annullamento di una sanzione disciplinare di corpo, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'articolo 16 della legge 382/1978 in riferimento agli artt. 3, 24 e 113 della Costituzione, in quanto la predetta norma, istituirebbe una sorta di discriminazione tra il personale militare e gli altri pubblici dipendenti che sono facoltati dall'art. 20 della legge sui T.A.R. a scegliere, sin da subito, il tipo di rimedio che si preferisce esperire<sup>365</sup>. I Giudici delle leggi, nell'escludere che le norme introdotte dalla l. 382/1978 abbiano introdotto un *vulnus* al sistema ordinamentale dei militari, ha sostenuto che il mero assoggettamento all'onere del previo esperimento dei rimedi interni alla p.a., è legittimo se giustificato da esigenze di ordine generale, talché la scelta del legislatore del 1978 di privilegiare la via gerarchica quale sede naturale ed immediata per dirimere le controversie scaturite da sanzioni di corpo, costituisce la sintesi di un bilanciamento tra l'esigenza di coesione delle unità militari e quella di tutela dei diritti individuali<sup>366</sup>.

---

<sup>360</sup>FRANCESCO BONFIGLIO, *È possibile per il militare il ricorso giurisdizionale*, cit., pag. 822.

<sup>361</sup>Forma di tutela in sede amministrativa, realizzata dalla stessa P.A. attraverso un nuovo procedimento di 2° grado instaurato a seguito di ricorso dell'interessato, finalizzato ad ottenere l'annullamento dell'atto sanzionatorio. Questo tipo di tutela amministrativa è definita «autodichia».

<sup>362</sup>FRANCESCO BONFIGLIO, *È possibile per il militare il ricorso giurisdizionale*, cit., pag. 822.

<sup>363</sup>Ibidem.

<sup>364</sup>Ibidem.

<sup>365</sup>Ibidem.

<sup>366</sup>FRANCESCO BONFIGLIO, *È possibile per il militare il ricorso giurisdizionale*, cit., pag. 822.



## CAPITOLO 3 - I DIRITTI DEI MILITARI

### 3.1 La libera manifestazione del pensiero e i diritti politici del militare

#### 3.1.1 Premessa

Questo terzo capitolo, si offre di inquadrare quali siano i diritti riconosciuti agli appartenenti alle Forze Armate e ai Corpi di Polizia a ordinamento militare, in materia di: libertà di espressione, diritto a partecipare alla vita politica – dunque il diritto di iscrizione a partiti politici, o le modalità per lo svolgimento della propaganda -, libertà di associazione e diritti sindacali.

Le ragioni che, come vedremo, sono poste alla limitazione o negazione dei diritti appena menzionati, sono le stesse che giustificano l'eccezionalità degli istituti descritti nel secondo capitolo, ovvero, la particolare funzione assolta dai lavoratori militari.

Il legislatore, al fine di garantire che vengano espletate al meglio le competenze che contraddistinguono l'amministrazione militare, ha ritenuto ancora una volta opportuno, reprimere al lavoratore alcune libertà, negandogli diritti fondamentali tipici di un ordinamento democratico e costituzionalizzato.

Molto sta cambiando e cambierà ancora. Basti segnalare, in merito, la sentenza n. 120/2018 della Corte Costituzionale, che ha sancito l'illegittimità del mancato riconoscimento dei diritti sindacali per coloro che svolgono mansioni disciplinate dall'ordinamento militare.

Il capitolo in questione si offre di approfondire queste recenti innovazioni, sondando la ratio e l'opportunità delle discipline che regolano la vita professionale del militare e ripercorrendo le vicende che hanno portato alla storica sentenza della Corte Costituzionale sopra appena. L'analisi si focalizzerà anche sulla comparazione delle diverse discipline riservate, da un lato, al dipendente pubblico civile e, dall'altro, al dipendente pubblico e tra l'ordinamento militare e l'ordinamento dei corpi di polizia, già smilitarizzati e sindacalizzati negli '80. Ciò al fine di cogliere le differenze ordinamentali e analizzarne la *ratio*.

Verrà poi ripercorso l'*iter* che ha condotto alla sentenza n. 120/2018 della Corte Costituzionale. A cominciare dalla sentenza della Corte EDU Matelly vs. Francia, che ha segnato lo spartiacque interpretativo, tra una visione anacronistica e sovranista dell'ordinamento militare italiano, ed una più moderna, europea e democratica. La sentenza europea ha ammodernato e aggiornato l'ordinamento militare, in ottemperanza agli obblighi internazionali convenzionalmente contratti ex CEDU e Carta Sociale Europea, conducendo a riconoscimento di diritti prima negati.

È stata proprio la sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ad aver modificato la precedente linea interpretativa seguita dalla Corte Costituzionale in materia di *diritti sindacali* per i militari, iniziando a scenari ancora in evoluzione. Ad oggi, infatti, si è ancora in attesa delle linee guida del

Ministero della Difesa, che dovranno colmare, come previsto dalla stessa sentenza 120/2018 della Corte Costituzionale, le lacune che una sentenza parziale di accoglimento inevitabilmente crea.

### 3.1.2 La libertà di espressione riconosciuta al lavoratore civile

Per ragioni di chiarezza dell'esposizione, è necessario che l'analisi della normativa prevista dal diritto comune, in materia di libertà di espressione, preceda la trattazione della disciplina prevista in ambito militare. Ciò per consentire una debita comparazione tra i diversi codici di comportamento richiesti al dipendente pubblico, a seconda che sia alle dipendenze delle Amministrazioni civili o militari dello Stato.

L'analisi della sfera relativa alla libertà di espressione dei dipendenti delle amministrazioni pubbliche, e le eventuali limitazioni connesse, impone di tenere in debito esame, il complesso sistema delle fonti che disciplina tale ambito dopo la cd. privatizzazione del pubblico impiego<sup>367</sup>, per cui a tali rapporti si applica sia lo Statuto dei lavoratori<sup>368</sup>, che il capo I, titolo II, del libro V del codice civile<sup>369</sup>.

Preliminarmente, giova rammentare che sin *dall'art. 1 della legge n. 300 del 1970, è riconosciuta la libertà di opinione ai lavoratori «senza distinzione di opinioni politiche, sindacali, di fede religiosa» e «nel rispetto dei principi della Costituzione e delle norme della presente legge»*. Tuttavia, l'applicazione del codice civile lo rende vincolante, anche per i lavoratori pubblici, l'art. 2105 c.c., dedicato all'obbligo di fedeltà<sup>370</sup>. Tale norma, pur avendo un contenuto molto specifico<sup>371</sup>, ha avuto nella giurisprudenza un'interpretazione estensiva, che ha incluso tra le fattispecie in grado di violare l'obbligo de quo, anche l'abuso del diritto di critica, considerato legittimo presupposto per il licenziamento disciplinare<sup>372</sup>. Di talché la necessità di effettuare un bilanciamento tra, da un lato, la libertà di espressione del lavoratore, e dall'altro, l'obbligo di fedeltà del medesimo verso il datore di lavoro.

Dal canto suo, in plurime occasioni, la Corte di cassazione ha affermato che, pur dovendo riconoscersi «al lavoratore il diritto di criticare il proprio datore di lavoro, mediante manifestazioni del pensiero diffuse sia all'interno che all'esterno del luogo di lavoro — anche, eventualmente, per mezzo di articoli apparsi su quotidiani o di interviste divulgate dalla radio o dalla televisione», occorre parimenti che «non siano poste in essere modalità tali che, superando i

---

<sup>367</sup>BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000, pag. 50.

<sup>368</sup>Dopo una lunga diatriba circa l'applicabilità o meno della legge n. 300 del 1970 al pubblico impiego, l'art. 51, c. 2,

<sup>369</sup>Come espressamente sancito sin dall'art. 2, c. 2, d.lgs. n. 29 del 1993.

<sup>370</sup>MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2000, pag. 12.

<sup>371</sup>Secondo l'art. 2105 c.c.: «Il prestatore di lavoro non deve trattare affari, per conto proprio o di terzi, in concorrenza con l'imprenditore, né divulgare notizie attinenti all'organizzazione ed ai metodi di produzione dell'impresa, o farne uso in modo da poter recare ad essa pregiudizio».

<sup>372</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione: differenze e similitudini fra lavoratori civili e militari*, Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni, fasc. 5, 2015, pag. 755.

limiti del rispetto della verità oggettiva o consistendo nella divulgazione di fatti che siano in concreto idonei ad offendere l'onore e la reputazione dell'impresa datrice di lavoro, si traducano in una condotta lesiva del decoro di quest'ultima e suscettibile di provocarle un danno economico per la caduta della sua immagine all'esterno o all'interno dell'azienda»<sup>373</sup>. In tali modalità, il comportamento del lavoratore «può essere considerato idoneo a ledere la fiducia posta a base del rapporto di lavoro e a costituire, per la violazione del dovere scaturente dall'art. 2105 c.c., giusta causa o giustificato motivo soggettivo di licenziamento». La sanzionabilità della critica rivolta al datore di lavoro nasce, dunque, da «una condotta manifestamente riprovevole e tale da implicare, sotto il profilo sia soggettivo che oggettivo, quella gravità necessaria e sufficiente a compromettere in modo irreparabile il vincolo fiduciario»<sup>374</sup>.

Va aggiunto che, in altre decisioni, la nozione di fedeltà risulta estesa oltre il contenuto meramente economico, includendo «in termini più generali, l'obbligo di un leale comportamento»<sup>375</sup>. Il lavoratore, infatti, deve astenersi non solo dalle condotte espressamente vietate dall'art. 2105 c.c., ma anche da «tutti quelli che, per la loro natura e le loro conseguenze, appaiono in contrasto con i doveri connessi all'inserimento nella struttura e nell'organizzazione dell'impresa o creano situazioni di conflitto con le finalità e gli interessi dell'impresa stessa»<sup>376</sup>.

Un'analisi dei limiti alla libertà di espressione dei lavoratori nel pubblico impiego non può prescindere dal generale sistema delle sanzioni applicabili a tale categoria. Le fattispecie rilevanti in sede disciplinare sono definite nei contratti collettivi<sup>377</sup> e, come chiarito nella legge 190 del 2012, nel codice di comportamento definito dal Governo, vanno regolate «al fine di assicurare la qualità nei servizi, la prevenzione nei fenomeni di corruzione, il rispetto dei doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico»<sup>378</sup>.

Il codice di comportamento dei pubblici dipendenti, quale da ultimo approvato con il D.P.R. 62 del 2013, ferma la previsione per cui la violazione degli obblighi in esso previsti è fonte di responsabilità disciplinare<sup>379</sup>, in materia di libertà di espressione prescrive che «salvo il diritto di esprimere valutazioni e diffondere informazioni a tutela dei diritti sindacali, il dipendente si astiene da dichiarazioni pubbliche offensive nei confronti dell'amministrazione»<sup>380</sup>. Inoltre, il codice, parafrasando gli artt. 54 e 97 Cost., richiama i generali doveri che competono ai dipendenti pubblici: osservanza della Costituzione, servizio della Nazione con disciplina ed onore, rispetto dei principi di buon andamento ed imparzialità<sup>381</sup>.

---

<sup>373</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>374</sup>*Ibidem*.

<sup>375</sup>*Ibidem*.

<sup>376</sup>Cass. civ., Sez. lav., 3 maggio 1989-5 dicembre 1990, n. 1165.

<sup>377</sup>Art. 55, c. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 1, c. 44, d.lgs. n. 150 del 2009.

<sup>378</sup>Art. 54, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 68, c. 1, d.lgs. n. 150 del 2009.

<sup>379</sup>Art. 12, c. 2, d.P.R. n. 62 del 2013.

<sup>380</sup>Art. 16, c. 1, d.P.R. n. 62 del 2013.

<sup>381</sup>Art. 3, c. 1, d.P.R. n. 62 del 2013.

### 3.1.3 L'ad hoc balancing svolto dalla giurisprudenza costituzionale in materia di diritti politici

Dato uno sguardo generico sulla disciplina riservata ai dipendenti delle amministrazioni civili dello Stato, vediamo ora le differenze che intercorrono con la disciplina del rapporto di lavoro del prestatore di servizio militare.

Accanto ai generali doveri di fedeltà ed imparzialità che investono indistintamente tutti i pubblici funzionari, la Costituzione ha previsto anche due specifiche norme: gli artt. 52 e 98, terzo comma, che paiono creare le premesse per la disciplina peculiare di alcune categorie, alle quali è richiesto, un «dovere qualificato di fedeltà»<sup>382</sup>.

Il primo articolo citato è dedicato ai soggetti che operano nelle Forze Armate e che sono, in ragione di ciò, vincolati da particolari obblighi di disciplina, onore e gerarchia<sup>383</sup>. Il primo comma dell'art. 52 sancisce, come detto, il «sacro dovere di difesa della Patria», gravante su chiunque appartenga alle Forze Armate, indipendentemente dalla natura obbligatoria o meno del servizio militare<sup>384</sup>.

Tanto l'uso dell'aggettivo «sacro», quanto quello del termine «Patria» al posto di Stato o Repubblica, contribuiscono, secondo dottrina e giurisprudenza costituzionale, ad attribuire un valore morale, oltre che giuridico, a questa disposizione «qualificando tale dovere più fortemente, rispetto a tutti gli altri»<sup>385</sup> - <sup>386</sup>. La Consulta, peraltro, ha considerato esplicitamente tale disposizione quale «specificazione del più generico dovere dei cittadini di fedeltà alla Repubblica e di obbedienza alla Costituzione e alle leggi (art. 54)»<sup>387</sup>.

La pregnante fedeltà che è richiesta ai militari, è stata interpretata da parte della dottrina in modo ambivalente. Da un lato, si è ritenuto che in questo caso «debba propriamente parlarsi di obbligo di adesione ai valori repubblicani costituzionalmente determinati». Dall'altro, si è sottolineato come nel contesto militare, in nome di esigenze che contraddistinguono tali istituzioni -quali obbligo di fedeltà, coesione e neutralità-, possano emergere peculiari limiti per determinate libertà<sup>388</sup>.

Circa questo profilo - ossia la possibile limitazione dei diritti individuali, ed in particolare, della libertà di manifestazione del pensiero - altrettanto rilevanti sono i commi successivi dell'art. 52 Cost.: il secondo, in base al quale l'adempimento del servizio militare «non pregiudica la posizione di lavoro del cittadino, né l'esercizio dei diritti politici»; ed il terzo, che sancisce come «l'ordinamento delle Forze Armate si informa allo spirito democratico della Repubblica».

Va segnalata l'innovazione dettata dal secondo comma, in discontinuità con la tradizione giuridica precedente, che menziona i diritti politici dei militari,

---

<sup>382</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>383</sup>Bachelet, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, Giuffrè, 1962, pag. 102.

<sup>384</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>385</sup>Corte Cost. n. 16 del 1973.

<sup>386</sup>Per ulteriori spunti consultare anche il «Capitolo I» di questa tesi, al paragrafo *IL DIRITTO MILITARE E LA COSTITUZIONE*.

<sup>387</sup>Corte Cost. n. 16 del 1973 e 31 del 1992.

<sup>388</sup>SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in AA.VV., *Scritti in onore di Gianni Ferrara*, III, Torino, Giappichelli, pag. 51.

ovvero i diritti riconosciuti dal Titolo IV della Parte I della Costituzione.

Tuttavia, lo stesso richiamo allo spirito democratico, richiede altresì un ridimensionamento, affinché la struttura delle Forze Armate dia «maggiori garanzie di rispetto della democrazia che non quella delle amministrazioni civili», così che tra le Forze Armate stesse dev'essere rafforzata «la neutralità e la lealtà»<sup>389</sup>.

Sono espressione del bilanciamento posto ai principi di democraticità sanciti dall'art. 52 Cost., ad esempio, le norme dettate in materia di disciplina militare dalla l. 382/1978. Tali norme impongono ai membri delle Forze Armate, di mantenersi, in ogni circostanza, al di fuori delle competizioni politiche e di evitare di partecipare a manifestazioni di natura politica, «nonché di svolgere propaganda a favore o contro partiti», se in servizio o comunque in uniforme<sup>390</sup>. Gli stessi principi, come vedremo, sono state trasposte nel nuovo Codice dell'ordinamento militare e sono analoghe a quelle previste per il personale della Polizia di Stato (quale forza di polizia ad ordinamento civile).

La giurisprudenza costituzionale, in tema di tutela dei diritti dei militari, ha sempre interpretato la normativa, procedendo con l'effettuare un *ad hoc balancing*, cioè un bilanciamento caso per caso, fra la tutela dei diritti dei singoli e dello stato democratico, da un lato, e, dall'altro, il dovere di difesa della Patria e le esigenze del servizio militare<sup>391</sup>.

La Corte, nel tempo, esprimendosi sui diritti dei singoli militari, ha chiarito che «la Costituzione repubblicana supera radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare», riconducendo «anche quest'ultimo nell'ambito del generale ordinamento statale, particolarmente rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini»<sup>392</sup>: «la garanzia dei diritti fondamentali di cui sono titolari i singoli "cittadini militari" non recede quindi di fronte alle esigenze della struttura militare»<sup>393</sup>.

Vediamo due casi giurisprudenziali, che hanno condotto a decisioni di segno opposto, in modo da costruire una cornice concreta all'attività di *ad hoc balancing* svolta dalla Corte Costituzionale.

In questo primo caso che andiamo da analizzare, la Corte, riconoscendo la possibilità di limitare l'esercizio di diritti costituzionalmente tutelati, ha affermato che «il terzo comma del medesimo art. 52 Cost., secondo cui "l'ordinamento delle Forze Armate si informa allo spirito democratico della Repubblica", non esclude affatto che l'esercizio dei diritti di libertà da parte dei militari debba armonizzarsi con i fini istituzionali delle Forze stesse, al cui raggiungimento è preordinata la loro organizzazione»<sup>394</sup>.

Oggetto del controllo di costituzionalità era in particolare l'art. 184, c. 2, c.p.m.p., che punisce con la reclusione fino a sei mesi «il militare che, per trattare di cose attinenti al servizio militare o alla disciplina, arbitrariamente promuove un'adunanza di militari o vi partecipa».

---

<sup>389</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>390</sup>Si veda l'art. 6, legge n. 382 del 1978.

<sup>391</sup>DAL CANTO, ROSSI, *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011, pag. 45 ss.

<sup>392</sup>Corte cost. n. 278 del 1987, punto 5.

<sup>393</sup>Corte cost. n. 449 del 1999, punto 2.

<sup>394</sup>Corte cost. n. 31 del 1982, punto 3.

La fattispecie, che a parere del giudice a quo era in contrasto tanto con l'art. 17 quanto con l'art. 21 Cost., viene, tuttavia, ritenuta legittima dai giudici costituzionali, in quanto «i diritti dei cittadini di riunirsi pacificamente e senza armi e di manifestare liberamente il proprio pensiero, proclamati dagli artt. 17 e 21 della Costituzione, hanno portata ed efficacia fondamentali; essi, tuttavia, al pari di ogni diritto di libertà implicano la imposizione di limiti e condizioni per la necessità di evitare che, attraverso il loro esercizio, vengano sacrificati altri beni di rilievo costituzionale. Tra questi beni parimenti garantiti dalla Costituzione vanno compresi quelli tutelati dall'art. 52».

Nel caso concreto, conclude la Corte, la disposizione *de qua* risponde all'esigenza di assicurare il regolare svolgimento del servizio militare, che potrebbe essere compromesso «se venisse consentito ai militari di radunarsi in luoghi militari senza alcuna limitazione. L'autorizzazione dei superiori si giustifica perché occorre una preventiva autorizzazione sull'oggetto e sulla modalità della riunione, al fine di evitare ogni possibile pregiudizio al servizio militare»<sup>395</sup>.

Il bilanciamento conduce, invece, ad esito opposto nel secondo caso che andiamo ad analizzare, ovvero la sentenza Corte Cost. n. 126 del 1985. La Corte, valutando la compatibilità con la Costituzione dell'art. 180, c. 1, c.p.m.p. – che prevedeva come reato, la presentazione collettiva ad opera di almeno dieci militari (o di un solo previo accordo con gli altri) di un'istanza, esposto o reclamo -, ravvisò un contrasto con l'articolo 21 della Costituzione. L'art. 180 c. 1 rappresentava dunque «un limite alla libertà di manifestazione del pensiero considerata in una sua modalità di esercizio: la forma collettiva». Quest'ultima, sarebbe per la Corte, «essenziale alla libertà di cui si tratta»<sup>396</sup>.

La limitazione all'esercizio del diritto tutelato dall'art. 21 Cost., proseguono i giudici, che pur può essere possibile, deve però avvenire rispettando la «duplice condizione che essa non renda difficile o addirittura impossibile l'esercizio (del diritto stesso)» e che sia «giustificata dalla protezione di altri valori costituzionali»<sup>397</sup>.

*La Corte richiama, come evidente, categorie tipiche del bilanciamento: la necessità, in base alla quale la scelta di «postergare un diritto deve giustificarsi per la necessità di dare attuazione ad un altro interesse di pari rango», e l'idea di un contenuto minimo, quale contenuto essenziale del diritto, il cui rispetto è limite del bilanciamento stesso*<sup>398</sup>. Entrambi questi requisiti sarebbero mancati nel caso di specie. La norma, infatti, «per l'eccessiva portata che assume a causa della genericità o indeterminatezza dell'oggetto, finisce con il criminalizzare la forma collettiva di manifestazione del pensiero come tale, e così, con il vanificare in un suo atteggiamento essenziale, la libertà in discorso»; tale limitazione, poi, non trova sostegno nella protezione costituzionale di principi attinenti all'ordinamento delle Forze Armate. La pacifica manifestazione del dissenso dei militari nei confronti dell'autorità, alla luce della rilevanza centrale che essa, «anche e soprattutto in forma collettiva», «assume

---

<sup>395</sup>BORRELLO, *Osservazioni in tema di libertà di riunione dei militari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989, pag. 153 ss.

<sup>396</sup>Corte cost.le n. 126 del 1985, punto 4.

<sup>397</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>398</sup>MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in ED, 2008, II, Milano, Giuffrè, pag. 196.

ai fini dell'attuazione del principio democratico non solo nel nostro ordinamento», lungi dal compromettere i principi costituzionali relativi alle Forze Armate, promuove lo sviluppo di quest'ultime in senso democratico, in conformità con quanto prescritto dal terzo comma dell'art. 52 Cost.<sup>399</sup>

### 3.1.4 Il lavoratore militare: l'iscrizione ai partiti politici...

È espressione dello specifico dovere di fedeltà cui si è accennato nel paragrafo precedente, oltre all'art. 52 della Costituzione, anche l'art. 98.

La norma in questione prevede la possibilità di stabilire con legge, limitazioni al diritto d'isciversi ai partiti politici. Sono tenuti all'osservanza di questa disposizione: «magistrati, militari di carriera in servizio attivo, funzionari ed agenti di polizia, rappresentanti diplomatici e consolari all'estero»<sup>400</sup>.

Alla base della limitazione per magistrati e diplomatici ci sarebbe l'esigenza dello Stato di porsi in modo unitario, con un unico volto, mentre per forze armate e polizia di Stato, la finalità sarebbe quella di evitare strumentalizzazioni, da parte delle forze politiche, di coloro che detengono «il nocciolo della forza materiale dello Stato»<sup>401</sup>.

Secondo altre letture, invece, la ratio sarebbe unitaria. La norma porrebbe particolari cautele per categorie depositarie dello *ius imperii* dello Stato<sup>402</sup>.

*Come noto, il terzo comma dell'art. 98 Cost., ha ricevuto solo parziale attuazione*<sup>403</sup>. Basti rammentare che, per i militari, sia l'abrogata legge 382 del 1978, recante le norme di principio sulla disciplina militare, che il vigente codice dell'ordinamento militare d.lgs. 66 del 2010, non precludono l'iscrizione ai partiti politici. A sua volta, se inizialmente la legge 121 del 1981 vietava temporaneamente l'iscrizione per funzionari ed agenti di polizia, il medesimo divieto ha cessato di essere prorogato con la legge 159 del 1990<sup>404</sup>.

Tuttavia, ad onta di tale limitata implementazione dell'art. 98, c. 3, Cost., dalla medesima disposizione, sarebbe deducibile, per le categorie citate, un'accentuazione di quella neutralità politica cui sarebbero generalmente tenuti tutti i funzionari pubblici. Commentando la disposizione, il Persico rintracciava nella volontà del legislatore, che la limitazione al diritto d'isciversi ai partiti, servisse ad evitare una «manifestazione esterna» delle idee politiche dei magistrati e che fosse opportuna alla luce della «impressione, che può venir suscitata nel cittadino che chiede giustizia, il vedere che i tre giudici i quali devono decidere della sua causa hanno all'occhiello un certo distintivo di partito politico. Mentre il giuspetente non lo ha, o peggio ne ha un altro diverso»<sup>405</sup>.

---

<sup>399</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>400</sup>Art. 98 Cost.

<sup>401</sup>ESPOSITO, *La Costituzione italiana oggi: saggi*, Padova, Cedam, 195, pag. 223.

<sup>402</sup>Così come si evince dai lavoratori preparatori dell'Assemblea Costituente, Assemblea plenaria del 5 dicembre 1947. Lo stesso Clerici presentò l'emendamento contenente la vigente formulazione del comma terzo, affermando che tali categorie «esercitando un'autorità dello Stato praticamente su tutti i cittadini, sono o appaiano (il che è politicamente la stessa cosa), rispetto a costoro, lo Stato stesso».

<sup>403</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>404</sup>Ibidem.

<sup>405</sup>L'intervento di Persico in Atti Assemblea Costituente, Assemblea plenaria, 8 novembre 1947, 1877-1878.

Di altro stampo è, invece, l'interpretazione dell'art. 98 co. 3, fornita dalla dottrina maggioritaria, che opta per una lettura più garantista, sottolineando come questa disposizione, confermerebbe che le limitazioni previste siano «l'unica possibilità di deroga all'esercizio dei diritti fondamentali»<sup>406</sup>.

Come già rimarcato, i fini istituzionali delle Forze Armate quali delineati nell'art. 52 Cost., ben possono costituire il fondamento per forme di limitazione all'esercizio dei diritti costituzionali del cittadino-militare.

*Inoltre, la presenza del terzo comma dell'art. 52 Cost., secondo cui «l'ordinamento delle Forze Armate si informa allo spirito democratico della Repubblica», pur richiedendo un adeguato bilanciamento tra i vari interessi in conflitto, non preclude, come ha chiarito la stessa Corte costituzionale, «che l'esercizio dei diritti di libertà da parte dei militari debba armonizzarsi con i fini istituzionali delle Forze stesse, al cui raggiungimento è preordinata la loro organizzazione»<sup>407</sup>.*

Un simile approccio risolutore all'attività di bilanciamento tra *funzioni svolte e limitazioni dei diritti* è riscontrabile anche nell'art. 3 della l. 382 del 1978, recante le «Norme di principio sulla disciplina militare», ora trasfuso nell'art. 1465 del nuovo *Codice dell'ordinamento militare* di cui al d.lgs. 66 del 2010.

In forza di tali disposizioni, inizialmente viene ricordato che «ai militari spettano i diritti che la Costituzione della Repubblica riconosce ai cittadini. Per garantire l'assolvimento dei compiti propri delle Forze Armate, sono imposte ai militari limitazioni nell'esercizio di alcuni diritti, nonché l'osservanza di particolari doveri nell'ambito dei principi costituzionali».

Successivamente però, viene ricordato che lo Stato «predispone misure effettive volte a tutelare e promuovere lo sviluppo della personalità dei militari nonché ad assicurare loro un dignitoso trattamento di vita»<sup>408</sup>.

### **3.1.5 ...e la libertà di manifestazione del pensiero**

Circa l'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, le disposizioni più rilevanti della legge 382 del 1978 erano gli artt. 6 e 9, poi trasfusi in analoghe disposizioni del Codice dell'ordinamento militare vigente (d.lgs. 66/2010).

L'art. 6 costituisce un primo limite insormontabile per chi è preposto all'attività militare, garantendo la neutralità politica delle Forze Armate. Stabilisce che ai militari in servizio o comunque in uniforme «è fatto divieto di partecipare a riunioni e manifestazioni di partiti, associazioni e organizzazioni politiche, nonché di svolgere propaganda a favore o contro partiti, associazioni, organizzazioni politiche o candidati ad elezioni politiche ed amministrative»<sup>409</sup>.

*I militari che siano invece candidati possono svolgere attività di propaganda «al di fuori dell'ambiente militare e in abiti civili».*

---

<sup>406</sup>MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1965, pag. 165.

<sup>407</sup>Corte cost n. 31 del 1982, punto 3.

<sup>408</sup>L'art. 1465, c. 3, d.lgs. n. 66 del 2010, sancisce altresì che: «deve essere sempre garantita nei rapporti personali la pari dignità di tutti i militari», ribadendo quanto previsto dall'art. 4, c. 3, legge n. 382 del 1978.

<sup>409</sup>MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, cit., pag. 196.

La ratio della disposizione in questione appare evidente: nessuno può appropriarsi dell'uniforme e dunque dell'appartenenza alle Forze Armate o alle Forze di Polizia, nel tentativo di infondere sicurezza e fiducia finalizzate all'acquisizione di consensi. A riguardo suscita non poche perplessità, la condotta reiterata dell'attuale Ministero dell'Interno Matteo Salvini, il quale, con evidenti finalità propagandistiche e nel pericoloso tentativo di avocare alla propria immagine la serietà che dovrebbe appartenere alle Istituzioni che rappresenta, indossa divise, uniformi e altro materiale normalmente in dotazione al personale militare<sup>410</sup>. L'esempio appena citato che, ovviamente, non ha alcuna pretesa di operare valutazioni di ordine politico, prende le mosse dalla fiducia di sicurezza percepita dai cittadini, mettendo in luce la delicatezza della materia.

Tuttavia, la condotta non lede le norme in questione, essendo infrazioni proprie del solo personale militare, ma allarma sulla lesione degli interessi democratici protetti dalla stessa ratio della disposizione militare.

In materia di libertà di manifestazione del pensiero del personale a status militare sovviene poi l'art. 1472 del COM, rubricato «*libertà di manifestazione del pensiero*», per cui, fermo restando il divieto di propaganda politica, il Codice statuisce che i militari possono liberamente pubblicare loro scritti, tenere pubbliche conferenze ed in generale manifestare pubblicamente il proprio pensiero, salvo che si tratti di argomenti a carattere riservato d'interesse militare o di servizio per i quali dev'essere ottenuta l'autorizzazione<sup>411</sup>. Inoltre, è espressamente sancito che i militari possono trattenere presso i luoghi di servizio, qualsiasi libro, giornale o altra pubblicazione periodica.

A sua volta, il successivo art. 1473 del Codice, relativo alla «Autorità competente al rilascio della autorizzazione», accentra tale competenza in capo agli Stati Maggiori di Forza Armata, come avviene per l'Arma dei Carabinieri e la Guardia di Finanza.

*Occorre poi ricordare che l'art. 4, c. 1, della legge n. 382 del 1978, oggi vigente come art. 1348, c. 1, del nuovo Codice dell'ordinamento militare, prevede che: «L'assoluta fedeltà alle istituzioni repubblicane è il fondamento dei doveri del militare».*

È proprio il significato di questa disposizione ad estendere i limiti della libertà di espressione dei militari oltre la tutela delle notizie riservate. Il suo significato è chiarito in un caso deciso dalla giustizia amministrativa<sup>412</sup>, in cui veniva rigettato il gravame di un militare cui era stata comminata una sanzione disciplinare «*per minore attenzione al riserbo*». La condotta sanzionabile consisteva nell'aver interloquito «inopportuno con esponenti della pubblica informazione, favorendo la divulgazione di notizie e documenti riguardanti argomenti di servizio»<sup>413</sup>.

L'argomento del ricorrente, che sosteneva il carattere non riservato delle informazioni rilevate durante le interviste, è reso irrilevante dal Tribunale

---

<sup>410</sup>Come riportato da <https://www.fanpage.it/matteo-salvini-in-tribuna-allo-stadio-olimpico-con-la-divisa-della-polizia/> , <https://www.today.it/politica/possibile-denuncia-salvini.html> , <https://www.tpi.it/2019/02/01/salvini-divisa-poliziotto-reato/> , 05/02/2019.

<sup>411</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>412</sup>T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 17 giugno-3 luglio 2002, n. 6094.

<sup>413</sup>Ibidem.

amministrativo, che chiarisce il significato dell'art. 19 del regolamento n. 545 (oggi art. 722 del testo unico)<sup>414</sup>. La giurisprudenza che si è occupata della materia — spiegano i giudici — ha avuto modo di affermare che, «fermo il divieto per il personale militare di trattare con la stampa argomenti a carattere riservato di interesse militare o di servizio in difetto di preventiva autorizzazione degli organi superiori, la normativa di cui alle riportate disposizioni non è posta a tutela della segretezza o della riservatezza di atti o notizie, bensì è intesa a costituire un freno alla libera divulgazione attraverso la stampa o mezzi simili di fatto non necessariamente classificati «riservati», ma comunque attinenti ad interessi militari o collegati al servizio di istituto, che, per fini di tutela del buon nome e della credibilità delle Forze Armate, occorre siano trattati con doverosa cautela e col necessario riserbo»<sup>415</sup>.

Ad avere rilevanza disciplinare, pertanto, non è la sola diffusione di notizie riservate in assenza di autorizzazione, ma «la condotta tenuta dal militare il quale, favorendo la propalazione d'informazioni comunque attinenti ad interessi militari (ovvero di servizio d'istituto), ponga in essere un comportamento per ciò stesso «sintomaticamente» confliggente con il dovere «dell'abitudine al riserbo», che caratterizza invece la complessiva condotta richiesta al militare stesso; viepiù ove gli argomenti trattati siano suscettibili di interesse con riferimento al servizio prestato»<sup>416</sup>.

Il Giudice amministrativo sembra suggerire un utilizzo piuttosto ampio dell'istituto dell'autorizzazione, di cui sottolinea la (presunta) compatibilità con la Costituzione posto che il dovere di riserbo elaborato dalla giurisprudenza in riferimento ai militari « non implica, con ogni evidenza, una pratica abrasione, nei confronti dei cittadini aventi siffatto status, dei diritti costituzionalmente garantiti di libera espressione del pensiero: piuttosto involgendo, in un quadro di sicura compatibilità costituzionale, che le relative manifestazioni, lungi dallo svolgersi in un quadro di incontrollata disponibilità, ben possano essere assoggettate a preventivo intervento autorizzatorio, preordinato a scongiurare che possano avere indesiderata diffusione notizie suscettibili di pregiudicare il preminente interesse alla sicurezza dello Stato; ovvero il diverso (ma avente esso pure indiscutibile rilevanza pubblicistica) interesse alla riservatezza di informazioni attinenti allo svolgimento di un servizio direttamente afferente alla tutela dell'ordine e/o della sicurezza pubbliche»<sup>417</sup>.

In materia, non sono mancati alcuni interventi critici sia da parte di determinate forze politiche, sia degli organi della rappresentanza militare oltre che di talune associazioni tra militari non riconosciute, che hanno lamentato come l'originario art. 1472 imponesse una sorta di «bavaglio» ai militari, soprattutto per la necessità di ottenere l'autorizzazione a trattare «argomenti collegati al servizio»<sup>418</sup>.

Altro controverso tema in materia di libertà di espressione del lavoratore militare è quello enucleato in un recente arresto giurisprudenziale della Cassazione penale che ha avuto modo di riconoscere il diritto dei militari di

---

<sup>414</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>415</sup>T.A.R. Lazio, cit., punto 3.1.

<sup>416</sup>Ibidem.

<sup>417</sup>Ibidem.

<sup>418</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

criticare aspramente gli ufficiali che li comandano con metodi oppressivi e vessatori. Ad avviso della Suprema Corte esiste non solo un diritto «ma addirittura un dovere militare, e civico, alla denuncia di comportamenti contrari ad una amministrazione della disciplina militare in senso compatibile con l'assetto democratico dell'apparato statale e con i principi costituzionali che regolano l'ordinamento delle Forze armate»<sup>419</sup>.

Infatti, con questa importante motivazione la Cassazione ha assolto definitivamente, dopo una lunga odissea giudiziaria penale militare, un agente della Guardia di Finanza che aveva denunciato sotto pseudonimo con un post su un forum on line, i comportamenti vessatori e persecutori posti in essere dai suoi superiori nell'amministrazione della disciplina militare. Nel farlo, si era avvalso di espressioni quali «angherie», «stato di terrore» e «Gestapo salentina»<sup>420</sup>.

Per la Corte militare, il diritto di critica, si concretizza in un giudizio valutativo che postula l'esistenza del fatto assunto ad oggetto o spunto del discorso critico ed una forma espositiva non ingiustificatamente sovrabbondante rispetto al concetto da esprimere, e, conseguentemente, esclude la punibilità di coloriture ed iperboli, toni aspri o polemici, linguaggio figurato o gergale, purché tali modalità espressive siano proporzionate e funzionali all'opinione o alla protesta, in considerazione degli interessi e dei valori che si ritengono compromessi<sup>421</sup>.

Nel caso di specie, appare peraltro interessante esaminare l'evoluzione del ridetto procedimento penale incardinato e gestito nelle fasi di merito dalla giustizia militare, laddove per la sua «denuncia» su internet, il militare era stato rinviato a giudizio con l'accusa di diffamazione militare aggravata nei confronti dei comandanti locale e provinciale e perciò condannato in primo grado<sup>422</sup> a sei mesi di reclusione militare poi ridotti a quattro in appello<sup>423</sup>.

*Già una prima volta la Cassazione aveva annullato con rinvio alla Corte militare d'appello la condanna del militare, esigendo in suo favore un processo più equo, laddove riconoscesse anche ai militari, il diritto costituzionale di critica. Specie in presenza di fatti la cui veridicità sia stata accertata dalle testimonianze rese in dibattimento*<sup>424</sup>.

*Infatti, in prima battuta, la Corte militare di appello riteneva non indispensabile la rinnovazione dibattimentale chiesta dall'appellante, sia con riferimento agli aspetti tecnici della vicenda — essendo raggiunta la prova che il messaggio incriminato fosse apparso sul sito — sia in relazione al tema della veridicità dei fatti narrati, in quanto non era stata contestata l'aggravante dell'attribuzione di fatti determinati*<sup>425</sup>.

Inoltre, la Corte militare riteneva che le espressioni utilizzate non erano

---

<sup>419</sup>Cass. pen., Sez. I, 13 giugno-20 agosto 2014, n. 36045.

<sup>420</sup>Il messaggio incriminato era stato pubblicato in data 8 febbraio 2007, con titolo «Stato di terrore a Lecce!», sul forum on line del sito web dell'Associazione Finanziari Cittadini e Solidarietà (Ficiesse), in [www.ficiesse.it](http://www.ficiesse.it).

<sup>421</sup>Trib. mil. Napoli, 19 maggio-7 luglio 2011, n. 37.

<sup>422</sup>Ibidem.

<sup>423</sup>Corte mil. app., sez. I, 14-27 marzo 2012, n. 38.

<sup>424</sup>Cass. pen., sez. I, 30 gennaio-23 maggio 2013, n. 22051.

<sup>425</sup>SILVESTRI, *libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 326.

compatibili con il diritto di critica, essendo stato ampiamente superato il limite della continenza posto che, secondo i giudici militari, il messaggio non faceva riferimento solo ad un atteggiamento prevaricatorio degli ufficiali, ma a concetti più gravi, quali la vessazione, la violenza e la prevaricazione, aggiungendo anche un paragone con la Gestapo nazista<sup>426</sup>.

In realtà, come chiaramente evidenziato nel primo intervento della Cassazione, la questione della veridicità dei fatti narrati nel messaggio doveva essere affrontata diversamente. Infatti, contenendo il messaggio l'indicazione di fatti specifici, la valutazione delle espressioni menzionate nel capo di imputazione, non poteva prescindere dal resto del messaggio. I giudici di Piazza Cavour operano anche delle esemplificazioni, sottolineando la presenza, nel messaggio, dell'indicazione specifica di episodi di vessazione. In questo caso risulta del tutto illogica una valutazione astratta come quella operata dalla Corte di merito, secondo cui l'uso della parola «vessazione» è diffamatoria sempre e comunque<sup>427</sup>.

Nel caso di specie, l'abnormità dei gravi fatti vessatori accaduti in servizio appare pacifica, laddove era stato addirittura provato che l'ufficiale «frazionava i servizi esterni per impedire la fruizione dei buoni pasto» e, cosa più grave, aveva adibito a servizi esterni un militare che era esonerato da tali compiti «per gravi invalidità di servizio»<sup>428</sup>. Per aver definito questa situazione come vessatoria, oppressiva e persecutoria, il militare era stato assolto nell'appello-bis che però non gli perdonava di aver definito la catena di comando come «Gestapo salentina» e «stato di terrore» quale regime che si viveva nell'ufficio interessato al caso. Così, accogliendo il secondo ricorso di legittimità del militare imputato, la Cassazione ha avuto gioco facile ad affermare che queste espressioni sono «evocative di gestioni esasperate e antidemocratiche del potere poliziesco» ma siccome sono accompagnate da «adeguata base fattuale» non possono considerarsi «estraneie al diritto di critica o eccedenti i valori democratici e gli interessi umani che l'imputato pretendeva di difendere»<sup>429</sup>. Per questa ragione s'è imposto l'annullamento senza rinvio della sentenza d'appello-bis della Corte militare avendo il finanziere «agito nell'ambito del diritto di denuncia e del diritto di critica» e particolarmente, in relazione alla diffamazione nei confronti del comandante locale, trattandosi evidentemente di un fatto non punibile ai sensi dell'art. 51 del codice penale, relativo alla scriminante di reato nell'esercizio di un diritto o nell'adempimento di un dovere. Mentre, circa l'accusa di aver diffamato il comandante provinciale costituito parte civile, la Suprema Corte ha ritenuto non punibile l'imputato dal momento che non solo era lui a sottoscrivere gli ordini di servizio ed era informato dei metodi del comandante locale, ma vieppiù era sovraordinato in grado ed il non aver impedito le vessazioni era come averle cagionate posto il suo ruolo di comando e garanzia<sup>430</sup>.

Il suddetto caso conferma, peraltro, l'enorme difficoltà, se non l'incapacità in toto, della giustizia penale militare ad esaminare con i dovuti crismi

---

<sup>426</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>427</sup>Ibidem.

<sup>428</sup>Trib. mil. Napoli, 19 maggio-7 luglio 2011, n. 37.

<sup>429</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>430</sup>Ibidem.

costituzionali ex art. 21 Cost., la materia del diritto di critica da parte dei militari<sup>431</sup>. L'antistoricità di tale giurisdizione speciale, la cui razionalizzazione, unitamente ai costi di mantenimento dell'apparato, continua a permanere sulla carta, pur quanto oggetto di smilitarizzazione ex legge 180 del 1981, unita ad un evidente grado di resistenza allo sdoganarsi da un concetto di mera giustizia "dei capi" — con il rischio di seguire l'assunto "forte con i deboli e debole con i forti" —, ha perciò determinato nel caso di specie plurimi arresti di merito in totale contrasto con il diritto costituzionale di critica dei militari, tutti azzerati dalla Suprema Corte, ultimo baluardo contro tale giustizia militare "ingiusta"<sup>432</sup>. Del resto, dall'esame delle statistiche giudiziarie relative alle pronunce emesse dalla Corte di cassazione su ricorsi avverso giudicati della Corte militare d'appello emerge una percentuale di annullamenti, con o senza rinvio, pari ad un quarto<sup>433</sup>, del tutto superiore a quella che si registra con riferimento ai ricorsi su decisioni delle Corti d'appello ordinarie<sup>434</sup>.

## 3.2 Prima della sentenza n. 120/2018

### 3.2.1 l'istituto della rappresentanza militare e i suoi limiti

La tematica della libertà di espressione del lavoratore militare richiama inevitabilmente -per l'appartenenza alla medesima categoria di diritti definibile quale *diritti politici*- anche l'ambito dell'esercizio dei diritti sindacali sul quale conviene altresì soffermarsi in questa sede.

La disciplina italiana della rappresentanza degli interessi professionali dei militari, è attualmente contenuta nel d.lgs. 15 marzo 2010, n. 66 (codice dell'ordinamento militare), che per questa parte ha consolidato le scelte normative già effettuate con la legge 11 luglio 1978 n. 382, nella citata fase di superamento (mediante nuove e interpretazioni giurisprudenziali e riforme normative) della concezione istituzionalistica<sup>435</sup>.

Giova, anzitutto, un richiamo all'art. 1483 del COM, in materia di *Esercizio delle libertà in ambito politico*, la disposizione richiamata, ha assorbito l'art. 6 della l. 382/1978 e l'art. 29 del relativo Regolamento, per cui -in aderenza alla giurisprudenza consolidata del Consiglio di Stato secondo cui ai partiti politici sono equiparabili i sindacati- ai militari in servizio e che si trovano in luoghi militari, o di servizio, ovvero in uniforme, o che si qualificano come militari, è vietato partecipare, oltre che alle riunioni politiche e di partito, anche a quelle

---

<sup>431</sup>SILVESTRI, *libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, cit., pag. 326.

<sup>432</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>433</sup>Dati risalenti al 2014, da cui emerge che su un totale di 116 ricorsi decisi dalla Corte di cassazione avverso altrettante sentenze della Corte militare d'appello ben 29 sono state oggetto d'annullamento (di cui 18 con rinvio ed 11 senza), pari al 25%.

<sup>434</sup>Dall'analisi delle statistiche della Cassazione penale per gli anni 2012, 2013 e 2014 emerge che le percentuali di annullamento, con o senza rinvio, sul totale dei ricorsi esaminati sono state rispettivamente del 17,1%, 17,7% e 22,5%.

<sup>435</sup>FABIO GUELLA *Libertà di associazione sindacale e coesione delle forze armate, tra Corte Costituzionale e Corte EDU*, in Rivista N°: 1/2015 dell'Associazione italiana costituzionalisti, 2015, pag. 1.

sindacali<sup>436</sup>.

In materia, non sono mancate le rivendicazioni da parte della rappresentanza militare. Si lamentava, in particolare, l'impedimento, per chi è preposto alla tutela di una categoria di lavoratori, quali i rappresentanti dei militari eletti a livello nazionale o territoriale, di partecipare alle riunioni sulla concertazione con le Organizzazioni sindacali<sup>437</sup>.

Tuttavia, il ridetto disposto è stato oggetto di novella in sede di correzione del Codice espungendo il riferimento alle riunioni sindacali. Restano perciò escluse dal novero dei divieti, in tema di esercizio delle libertà politiche, vigenti per i militari<sup>438</sup>.

La rappresentanza militare, cui si è accennato nel primo capitolo, sorta come istituto interno alle Forze Armate italiane, prevista dalla l. 382/1982, si proponeva lo scopo di tutelare il personale militare in alcuni limitati ambiti consentiti dalla legge. Si arriva, infatti, alla rappresentanza militare, dopo il ciclo di lotte dei militari democratici degli anni Settanta, con le quali si contestava la separazione delle Forze Armate dal resto della società ed il suo uso autoritario; si usciva da una serie di tentati colpi di Stato che hanno corredato il periodo della c.d. *strategia della tensione*<sup>439</sup>. Si pensava, mediante l'istituto della rappresentanza, di democratizzare le Forze Armate e costituire un ambito legale in cui i problemi dei militari che generavano controversie- stipendi, trasferimenti, pensioni, raggiungimento con i familiari, alloggi di servizio ed altro- potessero essere risolti. Dopo un primo periodo di entusiasmo la rappresentanza ha mostrato, invece, tutti i suoi limiti. Soggetta alla disciplina gerarchica, negli anni si burocratizzava mentre contemporaneamente si anestetizzavano tutti quei fermenti di partecipazione che avevano visto protagonisti i cittadini in uniforme<sup>440</sup>.

Con l'abrogazione della leva obbligatoria e quindi la riduzione degli appartenenti alle Forze Armate ai soli professionisti, si sono accentuati i limiti della rappresentanza: l'universo militare non è solo uno *status* transitorio dell'esistenza di ogni cittadino di sesso maschile ma diventa un luogo di lavoro<sup>441</sup>.

La rappresentanza militare, infatti, sembra aver esaurito definitivamente ogni spinta propositiva ed appare insufficiente a rispondere alle moderne esigenze di chi al contempo esercita il sacro dovere di difesa della Patria ex art. 52 Cost., ma è anche un lavoratore a tutti gli effetti<sup>442</sup>.

Ad aggravare lo stato dell'arte c'è, poi, l'inettitudine della politica italiana. Sempre pronta ad annunciare riforme del settore, inevitabilmente, al tramonto delle legislature, sono capitolati su un binario morto, accrescendo tra i militari la diffidenza verso la volontà *reale* della classe politica di mutare questa delicata materia e la sensazione di essere *merce* da campagna elettorale. Attribuire diritti sindacali ai militari ha importanti implicazioni nel complesso della vita

---

<sup>436</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>437</sup>FABIO GUELLA *Libertà di associazione sindacale e coesione delle forze armate*, cit., pag. 2.

<sup>438</sup>Art. 4, c. 1, d. lgs. n. 20/2012.

<sup>439</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>440</sup>Ibidem.

<sup>441</sup>Ibidem.

<sup>442</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

democratica del Paese. È per questo motivo che è fondamentale la conoscenza del problema da parte dell'intera comunità, affinché possa essere coinvolta in un dibattito in grado di generare importanti risvolti politici e democratici.

Svolgiamo una rapida ricognizione di come sia attualmente strutturata la rappresentanza militare. Per prima cosa, occorre inquadrare le fonti normative: per il personale appartenente ai Carabinieri, alla Guardia di Finanza ed alle tre Forze Armate, l'art. 18 della l. 11 luglio 1978, n. 382, ha istituito organi di rappresentanza distinti in un organo centrale, uno intermedio e uno di base<sup>443</sup>.

L'organismo centrale ha carattere nazionale e interforze, ed è articolato in commissioni interforze di categoria (ufficiali, sottufficiali e volontari) e in sezioni di forza armata o di corpo armato (Esercito, Marina, Aeronautica, Carabinieri e Guardia di finanza)<sup>444</sup>. Quello intermedio opera presso gli alti comandi. Quello di base, invece, agisce presso le unità a livello minimo compatibile con la struttura di ciascuna forza armata o corpo armato<sup>445</sup>. Gli organismi hanno base elettiva ed i rappresentanti, eletti negli organi di base, provvedono all'elezione dei rappresentanti negli organi intermedi. Questi ultimi, a loro volta, eleggono i delegati all'organo centrale. Gli eletti durano in carica quattro anni e non sono immediatamente rieleggibili.

Ciò che preme sottolineare è la limitatezza entro cui è costretto ad agire l'istituto della rappresentanza. In base all'art. 19, l. 382/78, le competenze dell'organo centrale riguardano la formulazione di pareri, proposte e richieste su tutte le materie che formano oggetto di norme legislative o regolamentari *circa la condizione, il trattamento e la tutela giuridica, economica, previdenziale sanitaria culturale e morale* dei militari<sup>446</sup>. Inoltre, gli organi di rappresentanza hanno la funzione di prospettare le istanze di carattere collettivo relative ad una serie di campi di interesse, tra i quali la qualificazione professionale, le provvidenze per gli infortuni subiti e per le infermità contratte in servizio e per causa di servizio, le attività assistenziali culturali e ricreative e di promozione sociale, le condizioni igienico-sanitarie e gli alloggi. Nell'ambito di tali campi si esplica anche l'attività degli organi intermedi e di base<sup>447</sup>.

Tuttavia, dalle competenze degli organi rappresentativi sono comunque escluse le materie concernenti l'ordinamento, l'addestramento, le operazioni, il settore logistico-operativo, il rapporto gerarchico-funzionale e l'impiego del personale, poiché riguardano aspetti particolarmente delicati in ordine ai quali il legislatore ha ravvisato l'opportunità di tenere i comandi militari sciolti da qualsiasi interferenza<sup>448</sup>. Ciò non esclude che si tratta dell'esclusione di materie di non poco conto e che attengono strettamente alle condizioni di lavoro dei subordinati. Escluderle dal dibattito è una scelta antidemocratica, giustificata da una visione retrograda dell'ordinamento militare.

Successivamente, con D.P.R. 4 novembre 1979, n. 691, modificato dal D.P.R. 28 marzo 1986, n. 136, è stato emanato un Regolamento di attuazione

---

<sup>443</sup>MARCELLO DI ROLLO, *Le relazioni sindacali nel comparto sicurezza*, Lavoro nelle p.a., fasc.3-4, 1999, pag. 685.

<sup>444</sup>MARCELLO DI ROLLO, *Le relazioni sindacali nel comparto sicurezza*, cit., pag. 685.

<sup>445</sup>MARCELLO DI ROLLO, *Le relazioni sindacali nel comparto sicurezza*, cit., pag. 685.

<sup>446</sup>Ibidem.

<sup>447</sup>Ibidem.

<sup>448</sup>SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, cit., pag. 51.

della rappresentanza militare, che disciplina nel dettaglio gli organi, le competenze e l'esercizio della rappresentanza ed all'art. 2 definisce l'organo centrale «Consiglio centrale di rappresentanza» (COCER), e gli altri «Consigli intermedi di rappresentanza» (COIR) e «Consigli di base di rappresentanza» (COBAR)<sup>449</sup>.

Gli organi di rappresentanza avrebbero dovuto fungere, dunque, da surrogati del diritto di associazione sindacali, dato che ai militari era vietato scioperare, costituire associazioni professionali a carattere sindacale e aderire ad altre associazioni sindacali<sup>450</sup>.

A ben vedere, la ragione dell'esclusione della libertà sindacale, giustificata dall'esigenza di non indebolire la disciplina militare, risulta totalmente priva di fondamento, giacché le norme disciplinari non subirebbero alcuna modifica ove essa venisse riconosciuta.

Come sottolinea Marcello Di Rollo nella sua pubblicazione inerente alle *Relazioni sindacali nel comparto di sicurezza* "il divieto di costituire organizzazioni sindacali non pareva ragionevole. In particolare, in riferimento all'art. 3 della Costituzione ed alla luce del quadro normativo complessivo, proprio perché le Forze di polizia ad ordinamento civile, a differenza dei militari, godono di libertà sindacale pur esercitando funzioni decisive nel campo della sicurezza".

Osservazioni di questo genere, mosse già nel 1999, hanno sicuramente preparato il terreno per il mutamento del diritto vivente. Sono diventate sempre più numerose le istanze volte alla necessità di maggiori diritti e democraticità nella regolazione dei rapporti di lavoro e delle materie che regolano il funzionamento del diritto militare, troppe volte escluse dal dialogo mediato dalla rappresentanza militare.

### **3.2.2 La disciplina riservata ai dipendenti della polizia di stato**

Nell'interpretazione giurisprudenziale post costituzionale, i giudici -sia ordinari sia costituzionali- hanno sempre ritenuto prevalenti alcuni interessi, quali ad esempio la difesa della Patria, l'ordine pubblico, la coesione interna e la neutralità delle Forze Armate, rispetto altri tipi di interesse, connessi a garanzie individuali. Ne è un esempio il sacrificio protratto negli anni della libertà di associazione sindacale dei militari (diritto cui – come la generalità dei cittadini – sono titolari anche gli appartenenti alle forze dell'ordine)<sup>451</sup>.

La giurisprudenza costituzionale (comprese le pronunce emesse nel giudizio sulla rilevanza e sulla non manifesta fondatezza della questione di costituzionalità) ha accordato al legislatore ordinario ampi margini discrezionali per la tutela delle esigenze di servizio delle Forze Armate. Così facendo, si è legittimata la compressione (parziale o totale che fosse) di alcune libertà che i Costituenti hanno riconosciuto a tutti i cittadini<sup>452</sup>. Ciò è avvenuto sulla scorta di quanto detto nel paragrafo precedente: ovvero l'attività di bilanciamento tra le

---

<sup>449</sup>MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit., pag. 165.

<sup>450</sup>Art. 8 l. 332/1978.

<sup>451</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2018, pag. 2.

<sup>452</sup>Ibidem.

esigenze di servizio e i diritti dei singoli.

Le riforme legislative e le interpretazioni costituzionali che nel tempo hanno eliminato caratteri di specialità dell'ordinamento militare, per ricondurlo all'alveo dell'ordinamento comune, sono sempre state prudenti quanto faticose.

Si inserisce nel solco di questo lento processo verso la "democratizzazione" dell'ordinamento militare, la l. 181/1981 che, accompagnato da un fervente dibattito politico, ha condotto alla smilitarizzazione della Polizia dello Stato<sup>453</sup>.

Uno degli effetti immediati del passaggio di disciplina, fu la possibilità del riconoscimento della libertà di associazione sindacale per gli appartenenti alle forze di polizia di Stato. È da quel momento che le funzioni di competenza dalla Polizia di Stato sono state sottratte alla disciplina dell'ordinamento militare, per essere disciplinate da una legge appartenente all'ordinamento civile dello Stato.

L'innovazione legislativa fu accompagnata da un vivace dibattito politico e dottrinale<sup>454</sup> che, pur favorevole al riconoscimento della libertà di associazione sindacale degli appartenenti alle forze armate, si divideva in merito alla sua ampiezza. Da un lato, chi sosteneva che l'abrogazione del divieto posto da alcune risalenti disposizioni, avrebbe consentito la rimozione degli ostacoli posti al pieno godimento della libertà di organizzazione sindacale (art. 39 Cost.) (senza prevedere i limiti alla composizione e all'affiliazione delle associazioni costituite dai militari)<sup>455</sup>. Dall'altro, chi, in virtù delle particolari funzioni dell'apparato militare, riteneva adeguato limitare la libertà di associazione sindacale dei militari, rispetto agli altri pubblici dipendenti (con associazioni sindacali ad hoc per i militari, collegate da quelle degli altri lavoratori)<sup>456</sup>.

Com'è noto, fu accolta la seconda tesi da parte del legislatore.

Le ricadute di questa visione più prudente e istituzionalistica, è che il processo di democratizzazione delle Forze di Polizia è risultato monco per due ragioni.

Da un lato, a causa dell'opzione di un *assetto organizzativo separato* per la rappresentanza degli agenti di Pubblica Sicurezza. Tale modello organizzativo si è cristallizzato nella disposizione per cui non è consentito "isciversi a sindacati diversi da quelli del personale di polizia, né assumere la rappresentanza di altri lavoratori"<sup>457</sup>.

Dall'altro, la scelta di non riconoscere la medesima (limitata) libertà di associazione sindacale agli appartenenti agli altri corpi delle forze armate, sulla base del postulato, avallato dalla giurisprudenza costituzionale, di una minaccia alla loro coesione<sup>458</sup>.

L'ammodernamento della disciplina, come era prevedibile, ha dunque esaurito ben presto il suo entusiasmo a causa della sua limitatezza. Gli sviluppi degli ultimi anni hanno sovvertito l'approdo giurisprudenziale appena descritto,

---

<sup>453</sup>BERNARDI, *La Riforma della Polizia*, Torino, 1979.

<sup>454</sup>D. PULITANO', *Il sindacato di polizia*, in *Quale giust.*, 1973, pp. 544 ss.

<sup>455</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pag. 2.

<sup>456</sup>Ibidem.

<sup>457</sup>Art. 82, l. 121/1981.

<sup>458</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pag. 3.

con riguardo a entrambe le ragioni appena descritte e che hanno impedito un pieno riconoscimento di una vita militare democratica. In *primis*, come si vedrà, per quanto riguarda l'impossibilità di godere dei diritti sindacali per chi è prestatore di servizio nelle Forze Armate o Forze di polizia a ordinamento militare<sup>459</sup>. E in secondo luogo, da parte della dottrina, sono divenute crescenti nel tempo le critiche all'attuale assetto sindacale *separato* riconosciuto alla Polizia di Stato, quale incapace di esaurire gli scopi cui è preposto<sup>460</sup>. Un giudizio maturato sull'esperienza di vent'anni di vigenza dell'attuale assetto prospettato dalla l. 121/1981.

Le innovazioni sono giunte da Strasburgo, dalla Corte EDU, con la sentenza *Metelly vs. Francia*, in controtendenza con l'interpretazione costituzionale dominante in materia, e che ha aperto a nuovi scenari tuttora in via di evoluzione e sviluppo. L'interpretazione della Corte, essendo vincolante per gli Stati firmatari della Convenzione EDU, ha indotto i giudici della Consulta a rivedere la propria interpretazione in materia di diritti sindacali dei militari, e ha condotto alla storica sentenza n. 120/2018 Corte Cost., che verrà analizzata nei paragrafi che seguono.

Prima, occorre ripercorrere la tradizione interpretativa costituzionale in materia di diritti sindacali di militari e poliziotti a ordinamento militare, per comprendere le evoluzioni che hanno attraversato la materia e le argomentazioni che le sorreggevano.

### **3.2.3 La giurisprudenza sul divieto di associazione sindacale previsto dall'ordinamento militare**

Dopo l'entrata in vigore della Costituzione, la questione della sindacalizzazione dei militari è stata affrontata in due importanti decisioni: l'una sul riconoscimento della libertà di associazione sindacale dei poliziotti, l'altra, dopo il riconoscimento della libertà "separata" di questi ultimi, sulla disparità di trattamento operata nei confronti dei corpi militari delle forze armate. Le pronunce sono avvenute a distanza di un trentennio l'una dall'altra e si reggono su argomentazioni differenti ma sono entrambe espressione della contrarietà alla libertà di associazione sindacale dei militari<sup>461</sup>.

Il Consiglio di Stato, nel giudizio sulla rilevanza e sulla non manifesta infondatezza della questione costituzionale proposta sulla disposizione del d. lgs. lgt. n. 205/1945, ha salvato la previsione del divieto per i funzionari civili e militari della Pubblica Sicurezza di associarsi in sindacati<sup>462</sup>. Suscitando non poche critiche<sup>463</sup>, ha affermato la legittimità del divieto di appartenere ad associazioni sindacali (anche se apolitiche), in quanto nessuna associazione sindacale sarebbe stata autonoma dai partiti politici<sup>464</sup>. Questo assunto giustificava, perciò, la deroga alla libertà di organizzazione sindacale (art. 39

---

<sup>459</sup>Sentenza Corte Cost. n. 120/2018.

<sup>460</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, Lavoro nella Giur., 2012, 11, pag. 1051.

<sup>461</sup>MARCELLO DI ROLLO, *Le relazioni sindacali nel comparto sicurezza*, cit., pag. 685.

<sup>462</sup>Art. 1, d. lgs. lgt. n. 205/1945.

<sup>463</sup>In Giur. Cost. 1966, pag. 912, con nota di A. CERRI, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*.

<sup>464</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pag. 1051.

Cost.) in virtù di un'altra disposizione costituzionale (art. 98 Cost.) secondo cui il legislatore avrebbe potuto prevedere limiti al diritto di iscriversi ai partiti politici per alcuni dipendenti pubblici (tra cui i militari di carriera in servizio, i funzionari e gli agenti di polizia) <sup>465</sup>. Il Consiglio di Stato, infatti, con argomentazioni fortemente opinabili, ha sostenuto che l'azione sindacale fosse "strettamente politicizzata" sino a considerarla "uno dei mezzi più energici, più efficienti, e più penetranti con cui i partiti fanno sentire la propria influenza sulle strutture economiche e sociali del paese: proprio per questo sarebbe stato praticamente impossibile scindere l'indirizzo "sindacale" di tali organizzazioni dall'indirizzo politico che lo domina<sup>466</sup>. I sindacati cosiddetti "*liberi*" erano valutati, da parte del Consiglio di Stato, di essere necessariamente legati alle grandi organizzazioni dell'obbedienza politica e di non poterne restare avulso, né ignorarlo, sotto pena di rendere sterile la loro funzione. Di conseguenza, l'iscrizione a un sindacato implicava sempre una scelta politica, così come l'iscrizione ad un partito<sup>467</sup>.

Dal binomio forzato *sindacati=partiti* ecco arrivare la motivazione giuridica del divieto di libertà di associazione sindacale per i militari: il Consiglio di Stato, con un giudizio che per alcuni sembrò trascendere lo scrutinio della rilevanza e la non manifesta infondatezza della questione di costituzionalità, il problema della liceità dell'appartenenza del personale di P.S. all'organizzazione sindacale, non poteva essere risolto con riferimento alla norma concernente la libertà di tale organizzazione (art. 39 Cost.) bensì con riguardo all'altra, relativa alla libertà di iscrizione ai partiti politici ex art. 98 co. 3 Cost. con consequenziali limitazioni per legge in capo ai militari di carriera in servizio, ai funzionari e ai dirigenti di polizia.

La ratio della norma, si legge ancora nella motivazione, non è menomare la libertà di opinione, e tanto meno i diritti politici di tali categorie di dipendenti dello Stato; ma impedire che l'appartenenza ad un partito, con i doveri ed i vincoli che essa impone (l'espressione *disciplina di partito* è d'uso corrente) possa limitare la libertà del funzionario nell'esercizio dei suoi doveri di ufficio ed influire sulla obiettività della sua condotta, in contrasto con le norme costituzionali sull'imparzialità dell'amministrazione e sull'assoggettabilità dei pubblici impiegati al servizio esclusivo della nazione ex art. 98 co. 1 Cost<sup>468</sup>.

Nella pronuncia i giudici amministrativi hanno individuato, quali esigenze primarie, la separatezza dell'apparato delle forze armate e della polizia dalle dinamiche politiche e la neutralità rispetto alla dialettica partitica, in virtù delle quali si poteva comprimere la libertà di associazione sindacale dei militari e degli appartenenti al corpo delle Guardie di P.S.<sup>469</sup>.

Su altre ragioni si è basata poi la seconda pronuncia questa volta della Corte Costituzionale con la sentenza 449/1999<sup>470</sup>, dopo più di trent'anni dall'Adunanza plenaria del 1966 sulla questione di costituzionalità del divieto di

---

<sup>465</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pag. 4.

<sup>466</sup>Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 1966, n. 5, in Foro it., 1966, III, pp. 377 ss.

<sup>467</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pag. 5.

<sup>468</sup>Ibidem.

<sup>469</sup>Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 1966, n. 5, cit., pp. 377 ss.

<sup>470</sup>Cort. Cost. 13 dicembre 1999, n. 449 in Giur. Cost., 1999, pp.3870 ss

associazione sindacale, contenuto nella l. 382/1978<sup>471</sup> in riferimento agli artt. 3, 39 e 52 co.3 Cost. Nell'ordinanza di rimessione<sup>472</sup>, il Consiglio di Stato nell'analizzare la giurisprudenza costituzionale sulle libertà individuali dei militari, sottolineava come nel corso del tempo la Consulta avesse riconosciuto una maggiore apertura alle istanze collettive e di solidarietà provenienti dalle forze armate, superando la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare, ora ricondotto nel generale ordinamento statale<sup>473</sup>. L'ordinanza di rimessione alla Corte Costituzionale muove da un'analisi della posizione del personale militare alla luce della giurisprudenza della Corte medesima. Secondo il Consiglio di Stato, lo stato giuridico del militare deve essere valutato "secondo un criterio di bilanciamenti di valori: tra, da un lato, la natura del servizio militare, che richiede necessariamente, per l'efficienza dell'organizzazione, gerarchia e disciplina, e, dall'altro, i diritti costituzionali spettanti ai cittadini, ai quali fa riferimento l'art. 52 co.3 Cost., che dispone che l'ordinamento delle Forze Armate si informa allo spirito democratico della Repubblica"<sup>474</sup>.

In materia di libertà di riunione<sup>475</sup>, ad esempio, la Corte aveva affermato che la repressione penale delle arbitrarie adunanze militari non potesse essere giustificata come *generica incompatibilità con le esigenze organizzative dell'apparato militare*<sup>476</sup>, ma esclusivamente qualora vi si rinvenisse il concreto carattere ostile e sedizioso della riunione<sup>477</sup>. Solo in tale evenienza si sarebbe riscontrata una lesione dei valori della disciplina militare e di concreto pericolo nei confronti della coesione e dell'efficienza delle Forze Armate quale presidio di beni costituzionalmente protetti e non come bene in sé<sup>478</sup>.

Perciò il Consiglio di Stato avanzava dubbi sulla ragionevolezza complessiva di un sistema che da un lato conferisce separata evidenza alle istanze collettive della categoria, dall'altro esclude il principio della libertà di associazione sindacale<sup>479</sup>.

Ad avviso della Consulta, il rilievo che la struttura militare costituisce un'articolazione dello Stato che in essa vive, e ai cui valori costituzionali si informano attraverso gli strumenti e le norme sopra menzionate, non consente, tuttavia, di ritenere illegittimo il divieto posto dal legislatore alla costituzione di forme associative di tipo sindacale in ambito militare<sup>480</sup>.

Qui rileva nel suo carattere assorbente il servizio reso in un ambito speciale come quello militare ex art. 52 co. 1 e 2 della Cost.

Alla luce di tale regolamento, la Corte ha affermato che la declaratoria di illegittimità dell'art. 8 della l. 382/1978 avrebbe aperto inevitabilmente la via a

---

<sup>471</sup>Art. 8 co. 1 n. 382/1978.

<sup>472</sup>Cons. Stato ord. 2 giugno 1998, n. 387, in *Nuovo diritto*, 1988, II, pp. 813 ss.

<sup>473</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pag. 5.

<sup>474</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pag. 1051.

<sup>475</sup>Cort. Cost. 24 gennaio 1989, n. 24, in *Giuri. Cost.*, 1989, 2, pp. 153 ss.

<sup>476</sup>Ibidem.

<sup>477</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pag. 1051.

<sup>478</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pag. 7.

<sup>479</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, Lavoro nella Giur., 2012, 11, pag. 1051.

<sup>480</sup>MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, cit., pag. 165.

organizzazioni la cui attività potrebbe risultare non compatibile con i caratteri di coesione interna e neutralità dell'ordinamento militare<sup>481</sup>. Peraltro, sempre secondo la Consulta, il legislatore, pur negando ai militari la libertà sindacale, ha conferito loro facoltà tipiche di essa, per salvaguardare le istanze collettive, in quanto l'ordinamento assicura la salvaguardia dei diritti fondamentali spettanti ai singoli militari, ma non necessariamente attraverso il riconoscimento di organizzazioni sindacali<sup>482</sup>.

### 3.2.4 Normativa e giurisprudenza europea in materia

Che la giurisprudenza costituzionale fosse l'unico grimaldello possibile, per scardinare la porta del riconoscimento della libertà di associazione sindacale dei cittadini militari, era già chiaro a Federico Mancini che denunciava il silenzio circa la vigenza della l. 367/1958 con la quale l'Italia aveva ratificato la Convenzione OIL n. 87/1948 sulla libertà sindacale<sup>483</sup>. L'art.2, infatti, dispone che i lavoratori e i datori di lavoro, *senza alcuna distinzione*, abbiano diritto di a costituire organizzazioni di loro scelta o di aderire alle stesse, senza bisogno di autorizzazioni preventive. L'unica condizione è di osservarne gli statuti, proibendo alla pubblica autorità qualsivoglia intervento diretto a limitare il diritto<sup>484</sup>. Nell'art. 9 poi si demanda alla legislazione nazionale la determinazione della misura in cui le garanzie della Convenzione possano essere applicate ai militari e ai poliziotti<sup>485</sup>.

Tuttavia, tali disposizioni, come rileva Mancini, sono state rinchiuse nel sottoscala del diritto impedendo, di fatto, che la Convenzione trovasse piena attuazione nel nostro ordinamento.

Di tutt'altra fortuna, invece, sembrano aver goduto i diversi moniti del Consiglio d'Europa, agli Stati membri, in materia di libertà sindacale dei militari<sup>486</sup>. È del 1988, infatti, la prima risoluzione dell'Assemblea, con la quale il Consiglio invitava gli Stati a garantire ai membri professionisti di tutti i gradi delle forze armate, il diritto, in normali circostanze, di costituire, aderire e partecipare attivamente ad associazioni specificatamente costituite, per la protezione degli interessi professionali, nel quadro delle istituzioni democratiche. La seconda raccomandazione è di tredici anni più tardi e, a proposito della resistenza nel riconoscere il diritto all'associazionismo sindacale, il Consiglio rilevava come i militari siano da considerarsi sempre più come lavoratori ordinari e, come tali, debbano godere dei diritti enunciati dalla CEDU<sup>487</sup>.

Indicazioni dello stesso tenore sono presenti in altre due raccomandazioni del 2006 e del 2010. Nella prima, si rinnova l'invito a garantire un'effettiva

---

<sup>481</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pag. 7.

<sup>482</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pag. 8.

<sup>483</sup>FEDERICO MANCINI, *Equivoci e silenzi sul sindacato di polizia*, cit., pp. 280 ss.

<sup>484</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pag. 7.

<sup>485</sup>Ibidem.

<sup>486</sup>Ibidem.

<sup>487</sup>Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare n. 1572/2001, in [www.coe.int](http://www.coe.int).

protezione dei diritti dei militari, concedendo l'adesione ad associazioni professionali rappresentative o a sindacati << con il diritto di negoziare le questioni connesse con la retribuzione e le condizioni di lavoro e di istituire organi consultivi a tutti i livelli, coinvolgendo le suddette associazioni o sindacati in rappresentanza di tutte le categorie di personale >><sup>488</sup>. Nella seconda, si specifica che le uniche limitazioni dell'esercizio dei diritti a riunirsi pacificamente e ad associarsi, avrebbero dovuto essere previste per legge e solo per specifiche finalità (tutela della sicurezza nazionale, prevenzione dei reati, protezione della salute e difesa dei diritti e delle libertà altrui)<sup>489</sup>. Si chiedeva inoltre, il diritto per i militari di aderire a organizzazioni *indipendenti* rappresentative dei loro interessi e di condurre trattative contrattuali: in mancanza di un tale riconoscimento, le restrizioni avrebbero dovuto essere rimosse e, se ritenute non necessarie e sproporzionate, del tutto rimosse<sup>490</sup>.

Sempre tra gli atti adottati dal Consiglio d'Europa, di grande importanza è la *Carta Sociale Europea* riveduta nel 1996<sup>491</sup>. All'art. 5, al fine di garantire e promuovere la libertà di lavoratori e datori di lavoro di costituire associazioni sindacali, pone in capo agli Stati firmatari un impegno "*affinché la legislazione nazionale non pregiudichi questa libertà, né sia applicata in modo da pregiudicarla*". Ma non solo. Il testo specifica che la misura della determinazione delle garanzie previste nella disposizione a favore delle forze armate, sia determinata dalla legislazione nazionale. Il rispetto degli stati degli obblighi previsti dalla Carta sociale europea compete al Comitato Europeo dei Diritti Sociali, un organo non giurisdizionale, che opera mediante le procedure dei rapporti nazionali e dei richiami collettivi<sup>492</sup>.

Il materiale normativo internazionale, dunque, in materia di diritti dei militari, non scarseggia affatto. Anzi, vi è una disciplina puntuale e garantista dei diritti dei militari. In particolare, guardando al diritto di associazione sindacale degli stessi, la normativa europea risulta decisamente improntata alla tutela del militare, segnando una direzione opposta a quella intrapresa dai precedenti della Corte Costituzione italiana.

In questo quadro normativo si inseriscono le pronunce della Corte EDU. È l'articolo 11, nella CED, a sancire la libertà di associazione (anche) sindacale<sup>493</sup>. In tale articolo, infatti, si riconosce il diritto di ogni persona <<*alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire a essi per la difesa dei propri interessi e si prevede che l'esercizio di tali diritti non sia oggetto di restrizioni diverse da quelle stabilite dalla legge e che costituiscono misure*

---

<sup>488</sup>Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare n. 1742/2006, in [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>489</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pagg. 9 ss.

<sup>490</sup>Raccomandazione del Comitato dei Ministri n. 4/2010, in [www.coe.int](http://www.coe.int).

<sup>491</sup>Ratificata in Italia con la l. n. 30/1999.

<sup>492</sup>Nel 1999, la questione del divieto di associazione sindacale per i militari, previsto nel nostro ordinamento, è stata sottoposta al Comitato dalla Federazione europea dei lavoratori dei servizi pubblici, ma il reclamo è stato rigettato senza entrare nel merito perché le censure non sono state sufficientemente argomentate dall'associazione ricorrente.

<sup>493</sup>FONTANA, *La libertà sindacale in Italia e in Europa, dai principi ai conflitti*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2010, 2, pag. 109.

*necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui>><sup>494</sup>.*

Quanto al profilo soggettivo, il comma 2 del medesimo articolo, sancisce che “l'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”, e soprattutto – a riconoscimento della specificità dell'ordinamento militare – si prevede che le garanzie dell'art. 11 non ostano “a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle Forze Armate, della Polizia o dell'amministrazione dello Stato, assicurando quindi un margine di discrezionalità particolarmente ampio nella regolamentazione che le singole Parti contraenti possono apprestare per gli apparati militari<sup>495</sup>.”

Per la Corte di Strasburgo l'art. 11 garantisce il diritto per i sindacati di darsi proprie norme e di autogovernarsi, compreso il principio del pluralismo sindacale, nonché il divieto di istituire sindacati di Stato di inquadrare i lavoratori in strutture pubblicistiche<sup>496</sup>. L'interpretazione della Corte giunge a considerare che gli obblighi previsti in capo agli Stati, non possono essere circoscritti al dovere di “non interferenza”, ma comportano anche azioni positive per garantire in maniera piena il diritto alla libera associazione<sup>497</sup>. Il comma 2 dell'art. 11 specifica però, che tale libertà, non ha portata assoluta ed è assoggettabile a limiti tendenti alla salvaguardia di altri interessi (art. 11, co. 2). Secondo i giudici di Strasburgo, tali restrizioni, per essere ammissibili, vanno interpretate in maniera restrittiva, senza menomare l'essenza del diritto di associazione<sup>498</sup>. In particolare, devono essere legittimate e non arbitrarie, né incidere sugli elementi essenziali della libertà sindacale, senza i quali quest'ultima sarebbe svuotata da ogni sostanza<sup>499</sup>.

I descritti principi sono stati riaffermati in due importanti sentenze del 2014<sup>500</sup>, con le quali la Corte EDU ha condannato la Francia, esprimendosi

---

<sup>494</sup>Art. 11 CEDU.

<sup>495</sup>FABIO GUELLA, *Libertà di associazione sindacale e coesione delle forze armate, tra Corte Costituzionale e Corte EDU*, cit., pag. 19.

<sup>496</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pagg. 10 ss.

<sup>497</sup>Corte EDU, *Ouranio Toxo et al. C. Grecia* del 20 ottobre 2005 (ricorso n. 74989/01), con massima redatta da D. TEGA, in *Osservatorio sulla Corte di Strasburgo*, settembre, - novembre 2005, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>498</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pagg. 9 ss.

<sup>499</sup>FABIO GUELLA, *Libertà di associazione sindacale e coesione delle forze armate, tra Corte Costituzionale e Corte EDU*, cit., pag. 20.

<sup>500</sup>Corte EDU, *Demir e Baykara c. Turchia* del 12 novembre 2008 (ricorso n. 34503/97), con nota di C. CIUFFETTI, *Convergenze nelle giurisprudenze sovranazionali europea nella tutela dei diritti fondamentali. Considerazioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee Kadi e Al Barakaat Foundation del 12 novembre 2008*, in *Federalismi.it*, 2013, p. 2.

sulla non conformità all'art. 11 CEDU del divieto *tout court* per i militari di costituire associazioni sindacali.

Nel primo caso un cittadino francese, appartenente alla gendarmeria, ricorre alla Corte di Strasburgo, lamentando la violazione dell'art.11 CEDU, dopo aver impugnato senza esito (prima in via gerarchica il Ministero della Difesa, poi al Consiglio di Stato) l'ordine del direttore generale del Corpo a rassegnare le dimissioni da un incarico dirigenziale di un'associazione, che, secondo l'Amministrazione, avrebbe costituito un classico esempio di associazione sindacale, vietata nell'ordinamento militare francese. Secondo la Corte, invece, non sono accettabili le restrizioni lesive della libertà sindacale, compreso il diritto di associazione sindacale, poiché la libertà sarebbe svuotata proprio della sua sostanza. Le limitazioni compatibili con il secondo comma della norma convenzionale, infatti, oltre a essere stabilite dalla legge, devono essere ispirate a obiettivi necessari in una società democratica<sup>501</sup>.

È questo il nocciolo duro della sentenza: il divieto assoluto della libertà di associazione sindacale non costituisce una misura necessaria in una società democratica. Pur consapevoli della particolarità dell'ordinamento militare, secondo i giudici della Corte EDU, la libertà sindacale è sottoponibile sì a limitazioni e restrizioni sulle modalità di agire e di esprimersi delle associazioni sindacali dei militari, ma non può essere vietata in modo assoluto. Poiché tale previsione è del tutto sproporzionata non necessaria e contraria alla CEDU<sup>502</sup>. Molto significativo è anche il passaggio della sentenza in cui la Corte, pur dando atto della presenza nell'ordinamento francese di organismi e procedure speciali per la tutela delle istanze professionali dei militari, non li considera però, sostitutivi della libertà sindacale, e in particolare, della libertà di associazione sindacale<sup>503</sup>.

Ad analoghe conclusioni, la Corte EDU perviene nei casi *Matelly v. France*<sup>504</sup> (in cui un militare aveva ricevuto l'ordine di dimettersi da un'associazione di cui era membro, una volta riscontrato il suo potenziale carattere parasindacale) e *ADEFDROMIL vs France*<sup>505</sup> (in cui era stata negata la legittimazione ad agire ad un'associazione professionale istituita tra militari).

In entrambi i casi la Corte EDU ha riscontrato una violazione dell'art. 11 della CEDU, relativo alla libertà di associazione<sup>506</sup>. Per quanto il divieto (assoluto) di sindacalizzazione militare vigente in Francia sia stato giustificato dal legislatore sulla base di meritevoli ragioni di coesione delle Forze Armate, che richiederebbero modalità alternative di tutela dei lavoratori, nondimeno, nel quadro del sistema della Convenzione europea, si è ritenuto che la creazione di un meccanismo di rappresentanza militare – di natura non associativa – non possa comunque sanare una proibizione assoluta di adesione e creazione di

---

<sup>501</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pagg. 10 ss.

<sup>502</sup>Ibidem.

<sup>503</sup>Ibidem.

<sup>504</sup>Ricorso n. 10609/10.

<sup>505</sup>Ricorso n. 32191/09.

<sup>506</sup>FABIO GUELLA, *Libertà di associazione sindacale e coesione delle forze armate, tra Corte Costituzionale e Corte EDU*, cit., pag. 19.

associazioni sindacali. Per tale via non avverrebbe una semplice restrizione dell'”esercizio” di tale libertà, come è ammissibile per realizzare il bilanciamento quale prospettato dall'art. 11 stesso, bensì la negazione del diritto stesso.

Dopo tali pronunce, il Parlamento francese ha approvato la *loy n. 2015/917 du 28 juillet 2015* che, nel modificare diverse disposizioni del codice di difesa, ha previsto la possibilità di istituire e di aderire ad associazioni militare professionali<sup>507</sup>.

### 3.3 – L'evoluzione giurisprudenziale italiana

#### 3.3.1 Premessa

La regolamentazione della fruizione dei diritti fondamentali per chi appartiene a Forze Armate o forze di polizia a ordinamento militare, si è oggi consolidata nel senso dell'abbandono della concezione istituzionalistica. L'ordinamento militare è stato rivisto come un ordinamento non autonomo ma connesso e separato dal quadro valoriale ordinario<sup>508</sup>. Dopo l'approvazione della Costituzione, sulla base dell'art. 52, co. 3 – ai sensi del quale l'ordinamento delle Forze Armate si informa allo spirito democratico della Repubblica – si è andata affermando una concezione organica, improntata alla strumentalità costituzionale dell'apparato militare, che vive una continuità di valori con l'ordinamento repubblicano, alla cui difesa il primo è preposto<sup>509</sup>. Una simile visione considera, quindi, l'apparato delle Forze Armate come pienamente e coerentemente collocato – seppur con profili di eccezionalità – all'interno dell'ordinamento generale, partecipe dei medesimi principi<sup>510</sup>. In questo quadro, l'estensibilità dei diritti fondamentali al personale militare, ha conosciuto un processo di graduale affermazione, tanto sul piano delle interpretazioni giurisprudenziali, quanto per mezzo di progressive riforme legislative<sup>511</sup>; processo nel quale si è collocato il riconoscimento di spazi di rappresentanza dei militari quale compromesso nato dal mancato riconoscimento dei diritti sindacali.

Pur nell'abbandono della concezione istituzionalistica, la partecipazione dell'ordinamento militare ai principi generali dell'amministrazione pubblica, rimane comunque connotata da ampi profili di specialità. I caratteri peculiari della funzione delle Forze Armate concorrono a definire la fisionomia dell'apparato anche dal punto di vista giuridico; dalla funzione costituzionale della difesa dell'ordinamento repubblicano, deriva una ponderazione degli

---

<sup>507</sup>FEDERICO MANCINI, *Equivoci e silenzi sul sindacato di polizia*, cit., pag. 280.

<sup>508</sup>VITTORIO BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962, pp. 25 ss.

<sup>509</sup>FABIO GUELLA, *Libertà di associazione sindacale e coesione delle forze armate, tra Corte Costituzionale e Corte EDU*, cit., pag. 1.

<sup>510</sup>FRANCO MODUGNO, *Legge. Ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985, pp. 239 ss.

<sup>511</sup>A partire dalla radicale riforma apportata dalla legge 11 luglio 1978, n. 382 (Norme di principio sulla disciplina militare).

interessi generali (alla coesione ed efficienza dell'apparato) che è suscettibile di prevalere sui diritti individuali degli appartenenti, in modi e dimensioni estranee agli ordinari corpi amministrativi ad ordinamento civile<sup>512</sup>. È proprio in questo contesto che si va a collocare l'introduzione dell'istituto della rappresentanza militare, che nulla ha a che fare con il diritto di associazione sindacale, ma che tenta con la sua natura ibrida, a cavallo tra istituzionalismo e partecipazione all'ordinamento democratico, di sopperire alle medesime esigenze<sup>513</sup>.

Il bilanciamento raggiunto tra esigenze organiche delle Forze Armate e diritti individuali ad esercizio collettivo (associativi), con prevalenza della coesione sottesa alla tutela del servizio e una protezione del rapporto di impiego affidata invece a canali non sindacali di rappresentanza corporativa (nei quali sono esercitabili una selezionata serie di prerogative collettive, non connotate da tutti i caratteri dell'azione sindacale), costituisce un primo punto di approdo cui è pervenuto il legislatore italiano. La Corte costituzionale ha considerato compatibile con una tutela costituzionale minima della libertà sindacale, bilanciata con le esigenze dell'ordinamento militare<sup>514</sup>. Tale bilanciamento tuttavia va confrontato anche con gli standard europei di tutela della libertà di associazione, posto che nelle due citate sentenze, emesse il 2 ottobre 2014, la Corte di Strasburgo ha dichiarato l'incompatibilità con l'art. 11 della CEDU del divieto generale di adesione a organizzazioni sindacali per gli appartenenti alle Forze Armate, così come vigente in Francia<sup>515</sup>, sebbene accompagnato – a tutela degli interessi dei militari-lavoratori – da un assetto di rappresentanza istituzionale analogo a quello italiano<sup>516</sup>.

### 3.3.2 LA SENTENZA n. 120/2018

L'importanza delle due sentenze della Corte EDU era destinata a incidere sulle decisioni prese nelle aule dei tribunali italiani. L'innovazione di matrice europea ha vincolato i magistrati italiani e non ha tardato a innestare un mutamento di direzione interpretativa, in discontinuità rispetto agli storici precedenti cui si è enunciato. Infatti, le pronunce della Corte EDU sono state citate sia nel giudizio sulla non manifesta infondatezza operato dai giudici remittenti (Cons. di Stato 4 maggio 2017, IV sez., n. 2043 e T.A.R. Venezia, 3 novembre 2017), sia in quello sulla costituzionalità da parte della Consulta (Sent. Corte Cost. n. 120/2018).

Proprio i giudici della Corte Costituzionale, in seguito al ricorso effettuato dal giudice remittente, con una decisione di parziale accoglimento e attraverso il parametro interposto ex art. 117 co. 1 Cost. delle norme CEDU e della Carta Sociale Europea, hanno dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 1475 co. 2 d.lgs. n. 66/2010. L'articolo prevedeva che *“i militari non possono costituire*

---

<sup>512</sup>FABIO GUELLA, *Libertà di associazione sindacale e coesione delle forze armate, tra Corte Costituzionale e Corte EDU*, cit., pag. 18.

<sup>513</sup>MARCELLO DI ROLLO, *Le relazioni sindacali nel comparto sicurezza*, cit., pag. 685.

<sup>514</sup>FABIO GUELLA, *Libertà di associazione sindacale e coesione delle forze armate, tra Corte Costituzionale e Corte EDU*, cit., pag. 18.

<sup>515</sup>l'art. L. 4121-4 del *Code de la défense* francese.

<sup>516</sup>FABIO GUELLA, *Libertà di associazione sindacale e coesione delle forze armate, tra Corte Costituzionale e Corte EDU*, cit., pag. 18.

*associazioni professionali a carattere sindacale o aderire ad altre associazioni sindacali*” e vietava qualunque forma di associazione sindacale. L’articolo sarebbe stato legittimo se avesse disposto che “*i militari possono costituire associazioni professionali a carattere sindacale alle condizioni e con i limiti fissati dalla legge; non possono aderire ad altre associazioni sindacali*”<sup>517</sup>.

Come prima cosa, è bene soffermarsi su quali siano state le fonti normative di riferimento per tale decisione. Tra i parametri interposti utilizzati per la pronuncia di incostituzionalità ci sono due articoli della CEDU: l’art. 11 sulla libertà sindacale e l’art. 14, a mente del quale, il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella Convenzione “deve essere assicurato senza nessuna discriminazione”. La Consulta, da un lato, ricorda l’interpretazione della Corte EDU all’art. 11 nelle citate sentenze *Metelly* e *Adefdromil* del 2014; dall’altro, ne sottolinea il carattere di approdo a giurisprudenza stabile, riaffermando i principi enunciati dalla Corte di Strasburgo in decisioni del 2008, ovvero la *Demir e Baykara c. Turchia*, e nella decisione del 2015, ovvero *Junta Rectora Del Ertzainen Nazional Elkartasuna c. Spagna*<sup>518</sup>.

Fonte normativa rilevante nell’argomentazione della Corte, è stata anche la Carta Sociale Europea, ratificata e resa esecutiva dal Parlamento italiano con la l. 848/1995, riconosciuta come fonte internazionale ai sensi dell’art. 117, co.1 Cost., quale articolo disciplinante i parametri interposti per il giudizio di legittimità costituzionale<sup>519</sup>.

Nel recepire i risultati della dottrina sul punto, la Corte ha sostenuto come la Carta Sociale Europea sia complementare alla CEDU: se quest’ultima “ha inteso costituire un sistema di tutela uniforme dei diritti fondamentali civili e politici, la Carta ne costituisce il naturale completamento sul piano sociale poiché, come si legge nel preambolo, gli Stati membri del Consiglio d’Europa hanno voluto estendere la tutela ai diritti sociali, ricordando il carattere indivisibile di tutti i diritti dell’uomo”.

È dunque qualificabile come fonte internazionale: è priva di effetto diretto e la sua applicazione richiede l’intervento della Consulta, cui va prospettata la questione di costituzionalità per la violazione dell’art. 117 co. 1 Cost<sup>520</sup>.

L’art.11 della CEDU riconosce il diritto di associazione sindacale, il cui esercizio non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che siano necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell’ordine, alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui<sup>521</sup>.

---

<sup>517</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pagg. 11 ss.

<sup>518</sup>Ibidem.

<sup>519</sup>Sino a questo momento il riconoscimento era stato piuttosto timido come segnalato in MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pagg. 11 ss.

<sup>520</sup>Ibidem.

<sup>521</sup>GIUSEPPE MARINO, *Il Divieto per i Militari di costituire associazioni sindacali viola la Costituzione?*, Diritto e Giustizia, fasc. 102, 2018, pagg. 4 ss.

L'articolo ha un contenuto speculare alla previsione contenuta nell'art. 5 della Carta Sociale Europea che vieta l'esclusione, da parte degli Stati membri, del diritto di associazione sindacale dei militari e che, quindi, alla stregua di entrambi i parametri, sia riconosciuto ai militari il diritto di costituire associazioni professionali a carattere sindacale<sup>522</sup>.

L'ambito e la portata di tale diritto, però, vanno precisati "alla luce dell'intero contenuto delle norme internazionali evocate". Anche l'art. 5 della Carta Sociale Europea, così come l'art. 11 della CEDU, all'affermazione del principio della libertà sindacale, affiancano la possibilità di adottare eventuali restrizioni nei confronti di determinate categorie di pubblici dipendenti<sup>523</sup>.

Proprio in relazione a quest'ultimo profilo, la Corte analizza la legittimità costituzionale della seconda parte dell'art. 1475, co. 2, d.lgs. 66/2010, che vieta ai militari di "aderire ad altre associazioni sindacali". Ad avviso dei giudici costituzionali, tale divieto non sarebbe in contrasto con le fonti internazionali utilizzate per affermare l'incostituzionalità del divieto assoluto di associazione sindacale: rispetto alla CEDU, si rileva che la questione non sia stata oggetto di esplicita pronuncia della Corte EDU e che, d'altro canto, il divieto non appaia "incompatibile con il testo della disposizione di riferimento, come interpretato in via generale dalla giurisprudenza, non comportando il venir meno di un elemento essenziale della libertà di associazione"<sup>524</sup>.

Per la Consulta, quindi, in ossequio ai principi già affermati nelle giurisprudenze anteriori alle decisioni CEDU<sup>525</sup>, le specificità dell'ordinamento militare giustificano la "esclusione di forme associative ritenute non rispondenti alle conseguenti esigenze di compattezza ed unità degli organismi che tale ordinamento compongono". Le ragioni sono legate alla specialità delle mansioni svolte e alle necessità intrinseche al loro svolgimento: coesione interna e neutralità.

La Consulta giunge a statuire che la disposizione contenuta nel comma 2 dell'art. 1475, è costituzionalmente legittima nella parte in cui si dispone il divieto di "aderire ad altre associazioni sindacali".

Per effetto di tale divieto, le associazioni come quelle dei poliziotti, devono essere composte esclusivamente da lavoratori, e gli stessi, non possono aderire ad associazioni diverse.

Come detto, è risultata incostituzionale solo la prima parte del secondo comma dell'art. 1475 co. 2. Le norme convenzionali citate nel significato attribuite dalla Corte EDU cui, com'è noto, l'art. 32 della Convenzione riserva il potere imperativo, porta a escludere che la facoltà riconosciuta agli Stati contraenti di introdurre restrizioni all'esercizio dei diritti sindacali dei militari, non possa spingersi fino a negare in radice il diritto di costituire associazioni a carattere sindacale: pertanto, il divieto di costituire associazioni sindacali,

---

<sup>522</sup>Sent. Cort. Cost. n. 120/2018.

<sup>523</sup>MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pagg. 12 ss.

<sup>524</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, Lavoro nella Giur., 2012, 11, pag. 1051.

<sup>525</sup>Ad esempio, la già citata Corte Costituzionale sentenza n. 449/1999.

contenuto nella disposizione nazionale è incompatibile e anzi viola l'art. 11 CEDU e l'art. 5 Carta Sociale Europea<sup>526</sup>.

La Consulta, dunque, ha parimenti affermato che la sussistenza di peculiari esigenze di 'coesione interna e neutralità' distinguono le Forze Armate dalle altre strutture statali, rilevando in particolare, che l'art. 52 co. 3, Cost. parla di 'ordinamento delle Forze Armate', non per indicare una sua (inammissibile) estraneità all'ordinamento generale dello Stato, ma per riassumere in tale formula l'assoluta specialità della funzione (così come statuito dalla già richiamata sentenza della Corte Costituzionale n. 449/1999)<sup>527</sup>. È giustificata, dunque, la decisione di ritenere legittima la seconda parte della previsione di cui al co. 2 dell'art. 1475 del d.lgs. 66/2010 e, allo stesso modo, l'illegittimità della prima parte nella misura in cui nega in *toto* diritti riconosciuti dalle norme di natura pattizia internazionale<sup>528</sup>.

La pronuncia della Consulta, inoltre, non si limita solo dichiarare l'illegittimità costituzionale del divieto di associazione sindacale, contenuto nel Codice dell'ordinamento militare, ma involge contenuti che, in omaggio al metodo baconiano, potremmo definire la *pars costruens* del ragionamento ad essa sotteso<sup>529</sup>. Nella parte finale della sentenza, la Corte si dedica a un'ulteriore verifica, volta alla corretta attuazione della disciplina costituzionale della materia; i valori sottesi "sono di tale rilevanza da rendere incompatibile con la disciplina stessa un riconoscimento non specificamente regolamentato dal diritto di associazione sindacale"<sup>530</sup>.

Per la Consulta, infatti, la previsione di condizioni e limiti all'esercizio di tale diritto, mentre nella prospettiva internazionale è facoltativa, in quella nazionale è doverosa "al punto da escludere la possibilità di un vuoto normativo. Vuoto che sarebbe di impedimento allo stesso riconoscimento del diritto di associazione sindacale"<sup>531</sup>. Per allontanare i timori di un possibile *horror vacui*, la Corte individua nell'ordinamento disposizioni che, in attesa dell'intervento del legislatore, siano idonee a tutelare questi valori.

La prima condizione, desumibile dall'ordinamento, subordina la costituzione di associazioni o circoli fra i militari al preventivo assenso del Ministero della Difesa<sup>532</sup>: per la Corte, quindi, si tratterebbe di una "condizione di carattere generale valida *a fortiori* per quelle a carattere sindacale, sia perché *species* del genere considerato nella forma, sia per la loro particolare rilevanza".

Ulteriore condizione individuata dalla Corte è lo scrutinio, da parte degli organi competenti, degli statuti delle associazioni sindacali, il cui vaglio andrebbe condotto alla stregua dei criteri da puntualizzare in sede legislativa,

---

<sup>526</sup> GIUSEPPE MARINO, *Il Divieto per i Militari di costituire associazioni sindacali viola la Costituzione?*, cit., pagg. 4 ss.

<sup>527</sup>Ibidem.

<sup>528</sup> Ibidem.

<sup>529</sup> MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pagg. 15 ss.

<sup>530</sup>Ibidem.

<sup>531</sup>Ibidem.

<sup>532</sup>Art. 1475 co. 1 d. lgs. 66/2010.

ma già “desumibili dall’assetto costituzionale della materia”<sup>533</sup>. Tra questi criteri la Consulta richiama il principio di democraticità delle Forze Armate (art. 52 Cost.), che sotto altro profilo, viene in evidenza nella prospettiva del personale interessato, quale titolare della libertà di associazione sindacale (art. 39 Cost.) poiché “l’esercizio di tale libertà è infatti possibile solo in un contesto democratico”.

Il principio democratico dell’associazione, infine, rileva anche quale presupposto del principio di neutralità della Pubblica Amministrazione (artt. 97 e 98 Cost.), “anch’esso ha come presupposto necessario il rigoroso rispetto della democrazia interna dell’associazione”<sup>534</sup>.

La verifica dell’esistenza di questi requisiti -sempre ad avviso della Corte – involge l’esame dell’apparato organizzativo, delle sue modalità di costituzione e di funzionamento, in particolare sotto il profilo del sistema di finanziamento e della sua assoluta trasparenza<sup>535</sup>. Così come, risulta giustificata la scelta di negare il diritto di sciopero, tesa alla necessità di garantire l’esercizio di altre libertà non meno fondamentali e la tutela di interessi costituzionalmente rilevanti<sup>536</sup>.

In merito a ulteriori limiti, invece, la Corte sostiene l’indispensabilità di una “specifica disciplina legislativa”. Tuttavia, non si sottrae alla loro individuazione e per “non rinviare il riconoscimento del diritto di associazione, nonché l’adeguamento agli obblighi convenzionali” – forse conscia della “proverbiale lentezza” del legislatore italiano e in attesa di un suo intervento – ritiene che il vuoto normativo sia colmabile con la disciplina dettata per gli organismi di rappresentanza militare: nello specifico, con le disposizioni che escludono dal loro raggio d’azione “le materie concernenti l’ordinamento, l’addestramento, le operazioni, il settore logistico-operativo, il rapporto gerarchico-funzionale e l’impiego del personale”<sup>537</sup>. Queste disposizioni, infatti, per la Consulta, rappresentano un’adeguata garanzia dei valori e degli interessi sottesi all’apparato militare<sup>538</sup>.

### **3.4 – Comparazione dell’ordinamento militare con l’ordinamento dei corpi di polizia a ordinamento civile in materia di: libertà di espressione e diritto di associazione sindacale**

#### **3.4.1 Premessa**

Enucleato nel primo paragrafo quale sia la disciplina in materia di libertà di

---

<sup>533</sup> MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pagg. 18 ss.

<sup>534</sup> Sentenza Corte Cost. 120/2018.

<sup>535</sup> MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pagg. 18 ss.

<sup>536</sup> *Ibidem*.

<sup>537</sup> GIUSEPPE MARINO, *Il Divieto per i Militari di costituire associazioni sindacali viola la Costituzione?*, cit., pagg. 4 ss.

<sup>538</sup> MAURIZIO RICCI, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, cit., pagg. 15 ss.

espressione e diritti sindacali per gli appartenenti alle forze armate e forze di polizia a ordinamento militare (il cui funzionamento e organizzazione è disciplinato dall'ordinamento militare), è bene svolgere in quest'ultimo paragrafo una comparazione con la disciplina riservata agli appartenenti alle forze di polizia.

La prima e più consistente differenza consta nell'inapplicabilità alle forze di polizia dell'art. 52 della Costituzione. La normativa vigente in riferimento alle Forze di polizia è la legge n. 121 del 1981, contenente l'ordinamento dell'amministrazione di pubblica sicurezza e, più specificamente, il D.P.R. 737 del 1981, dedicato alle sanzioni disciplinari applicabili a tale personale.

### 3.4.2 In materia di libertà di espressione

Il draconiano rigore, con cui è delineato nella giurisprudenza amministrativa l'obbligo di riserbo che grava sui componenti delle Forze Armate, sembra emergere, almeno in parte, anche in riferimento alle Forze di pubblica sicurezza cui, tuttavia, come noto, non è riferibile l'art. 52 Cost<sup>539</sup>.

Similmente ai militari, la legge n. 121/1981 prevede all'art. 81 un obbligo di «neutralità politica», per quanto, come già s'è visto, non sia più vigente il divieto d'iscrizione ai partiti politici<sup>540</sup>. Così, gli appartenenti alle Forze di polizia devono, in ogni circostanza, mantenersi estranei alle competizioni politiche, evitando di assumere comportamenti «che compromettano l'assoluta imparzialità delle loro funzioni»<sup>541</sup>. Ad essi è fatto divieto sia di partecipare in uniforme a riunioni e manifestazioni politiche, sia «di svolgere propaganda a favore o contro partiti, associazioni, organizzazioni politiche candidati ad elezioni»<sup>542</sup>. Resta salvo, ovviamente, come ricorda lo stesso art. 81, il diritto all'elettorato passivo. Tale disposizione, peraltro, è stata interpretata dalla giurisprudenza con particolare rigore, ritenendo esclusa la legittima manifestazione del pensiero laddove si trascenda in evidenti prese di posizione politiche - vieppiù in costanza di campagna elettorale<sup>543</sup>.

---

<sup>539</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>540</sup>Ibidem.

<sup>541</sup>Ibidem.

<sup>542</sup>Art. 81 l. n. 121/1981.

<sup>543</sup>Si veda T.A.R. Veneto, Sez. I, 16 febbraio-14 marzo 2006, n. 591, Roccato c. Ministero dell'Interno, Pres. Stevanato, Rel. Franco, annullata da Cons. Stato, Sez. III, 12 luglio-14 agosto 2014, n. 4259, Pres. Lignani, Rel. Orsola Spiezia. Nel caso di specie, il T.A.R. aveva considerato quale legittima manifestazione del pensiero, non sanzionabile in sede disciplinare, il comportamento di un assistente di polizia che, durante la campagna elettorale, aveva firmato un articolo sulle pagine di un quotidiano locale in cui si pronunciava sulla realizzazione di un ente parco criticando la posizione assunta in merito da un partito della coalizione di maggioranza in Consiglio comunale. In primo grado, il Giudice amministrativo notava che l'assistente di polizia aveva redatto l'articolo come rappresentante di un'associazione locale « non strettamente politica, ma lato *sensu* socio-culturale, e più specificamente, al più, ambientalista » e che la stessa « in quanto tale non prende parte alla competizione elettorale, ma è interessata a che la parte politica vincitrice inserisca nel programma la realizzazione dell'ente che è ragione e ispirazione della fondazione dell'associazione stessa. In tale quadro deve ritenersi che la pubblicazione dello scritto de quo costituisca manifestazione di pensiero e di espressione di tale libertà nell'ambito di una formazione sociale di cui all'art. 2 della Carta costituzionale» (punto 3., Cons. dir.). Al contrario, in appello, lo scritto de quo è stato ampiamente rivalutato dei suoi connotati politici poiché «configura, almeno nelle espressioni

A sua volta, il D.P.R. 737 del 1981 prevede, in riferimento all'esercizio della libertà di manifestazione del pensiero, che sia inflitta la sanzione della sospensione in caso di «denigrazione dell'amministrazione o dei superiori»<sup>544</sup>. Se tale norma sembra essere generalmente interpretata dalla giurisprudenza amministrativa in senso piuttosto restrittivo, così da ritenere sanzionabili condotte effettivamente lesive dell'onore altrui, senza rintracciare in capo ai componenti delle forze di pubblica sicurezza peculiari obblighi di fedeltà<sup>545</sup>, non mancano decisioni nelle quali appaiono, al contrario, emergere limiti specifici alla libertà di espressione, derivanti dall'appartenenza alle Forze di pubblica sicurezza<sup>546</sup>. In una decisione del 2005<sup>547</sup>, per esempio, il Consiglio di Stato conferma — ribaltando il verdetto di primo grado — una sanzione comminata ad un vicequestore a causa di «giudizi inopportuni per la terminologia usata, contenuti in una istanza presentata al Capo della Polizia». Pur non essendo in presenza di un caso di denigrazione dei superiori, tale comportamento integrerebbe una violazione dell'art. 3 del D.P.R. n. 737 del 1981, che prevede la sanzione del richiamo scritto in caso di «contegno comunque scorretto verso superiori, pari qualifica, dipendenti, pubblico»<sup>548</sup>.

Come spiegano esplicitamente i giudici amministrativi, il diritto di critica degli appartenenti alle Forze di pubblica sicurezza incontra limiti peculiari: «in contesti sociali per i quali vige una disciplina comportamentale più rigorosa, quali quelli assoggettati ad un "regolamento di disciplina" (come avviene per i Corpi militari ed anche per il personale dell'amministrazione della pubblica sicurezza), deve coerentemente intendersi che il diritto di critica, oltre a trovare un limite nelle norme penali, debba essere esercitato con modalità tali da non travalicare i principi di correttezza espressamente stabiliti dalla normativa in materia disciplinare, non potendosi ammettere che la finalità di critica costituisca causa di giustificazione di ogni tipo d'infrazione alle regole di

---

conclusive (...il centro sin. pare pensare, giustamente, al futuro del paese in termini più moderni...) un chiaro sostegno allo schieramento elettorale del centrosinistra ed un'univoca, propaganda nello stesso senso, in vista delle imminenti elezioni, quando, nella conclusione, viene auspicato che i cittadini di Porto Tolle «salgano pure loro sul treno dello sviluppo che passa anche dalla Stazione Parco e la smettano di farsi ammaliare dalle avvizzite Sirene Antiparco» (punto 2.2.3., Cons. dir.). Nota di FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>544</sup>Art. 6, c. 4, n. 3, d.P.R. n. 737 del 1981.

<sup>545</sup>Si veda T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 14 ottobre-6 dicembre 2010, n. 35392, Biasi c. Ministero dell'Interno, Pres. Sandulli, Rel. Mangia (appello dichiarato irricevibile per tardività da Cons. Stato, Sez. III, 9 aprile-3 agosto 2015, n. 3798, Pres. Cirillo, Rel. Puliatti), nel quale i giudici amministrativi affermano, in riferimento alla libertà di manifestazione del pensiero (e al diritto di difesa), che «è, infatti, noto che le libertà di cui trattasi non hanno carattere assoluto, bensì debbono essere esercitate sempre nel rispetto della dignità, del decoro e della reputazione delle altre persone. In applicazione di tale principio, è stato — del resto — ripetutamente riconosciuto che, in relazione al diritto di critica, sussiste "abuso" ogni qual volta "si utilizzano espressioni gratuite, non necessarie né collegate al dissenso sull'operato e sulla personalità pubblica dell'offeso" (cfr., tra le altre, Cass. pen., sez. V, 22 giugno 2007, n. 32577; Trib. Milano, sez. I, 7 maggio 2007, n. 5510; Cass. pen., sez. V, 7 marzo 2006, n. 13735)». Nota che compare in FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>546</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>547</sup>Cass. civ., Sez. lav., 11 dicembre 2014-11 febbraio 2015, n. 2692.

<sup>548</sup>Ibidem.

comportamento da applicarsi nell'ambito particolare considerato»<sup>549</sup>. Del resto, l'esercizio del diritto di critica, che s'inserisce nel quadro delle garanzie poste dall'art. 21 Cost. per la libera manifestazione del pensiero, trova comunque un proprio limite specifico nella necessità che le espressioni usate, in relazione al costume sociale ed alle modalità, non integrino una lesione penalmente rilevante di altre posizioni giuridiche tutelate dall'ordinamento -come avviene ove possa configurarsi il reato di diffamazione<sup>550</sup>.

Nel caso di specie<sup>551</sup>, la nota inviata al Capo della Polizia, tesa a criticare l'operato degli uffici del Servizio aereo, «non può ricondursi ad una mera esposizione di argomentazioni in favore di una riconsiderazione della disciplina del settore», a causa del «carattere accesamente polemico delle espressioni usate»<sup>552</sup>, carattere che giustifica dunque l'adozione di una sanzione disciplinare.

### **3.4.3 Comparazione in materia di diritti sindacali con l'ordinamento civile riservato alla polizia di stato**

La questione della libertà sindacale della Polizia di Stato, si inserisce nel più ampio dibattito sulle motivazioni che giustificano una diversità di trattamento, ancora riscontrabile nel settore pubblico non privatizzato, sul piano della libertà e dei diritti sindacali. Tale tematica è stata tradizionalmente articolata su due diversi livelli: dapprima, come difformità tra la posizione degli appartenenti alle Forze di polizia o armate, rispetto a quella di tutti gli altri pubblici impiegati<sup>553</sup>; successivamente, sotto forma di disparità di trattamento riscontrabile all'interno dei vari Corpi appartenenti all'unico comparto, impropriamente definito "comparto sicurezza", a seconda che si tratti di personale civile o militare. Nonché, all'interno dello stesso personale civile, a seconda del Corpo preso in considerazione<sup>554</sup>.

Il tema ha recentemente assunto un particolare rilievo sociale per via del maggiore livello di coinvolgimento delle varie Forze di Polizia richiesto dalla lotta alla mafia, dalla criminalità organizzata in generale, e dal terrorismo che, come negli anni Settanta, ha riaperto il dibattito sul ruolo che la parità di trattamento e l'effettiva omogeneità di disciplina svolgono per un'effettiva unitarietà dell'azione dei diversi Corpi preposti alla difesa dell'ordinamento democratico del Paese<sup>555</sup>. Peraltro, i recenti sviluppi giudiziari della nota vicenda "Diaz" hanno costituito una dolorosa occasione per riflettere sull'attuale assetto delle Forze di Polizia e sul ruolo di garanti per la sicurezza e la democrazia del

---

<sup>549</sup>Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio-27 aprile 2005, n. 1949, Ministero dell'Interno c. Ritucci, Pres. Riccio, Rel. Lodi (annulla T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-ter, 4 luglio 1995, n. 1163).

<sup>550</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

<sup>551</sup>Cass. civ., Sez. lav., 11 dicembre 2014-11 febbraio 2015, n. 2692.

<sup>552</sup>Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio-27 aprile 2005, n. 1949, Ministero dell'Interno c. Ritucci, Pres. Riccio, Rel. Lodi (annulla T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-ter, 4 luglio 1995, n. 1163).

<sup>553</sup>MENGHINI, *Le articolazioni del "diritto sindacale separato: polizie, carabinieri, Forze Armate*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1992, I, pagg. 377 ss.

<sup>554</sup>MARCELLO DI ROLLO, *Le relazioni nel comparto sicurezza*, in *Lavoro pubb. Amm.*, 1999, pag. 685.

<sup>555</sup>MENGHINI, *Le articolazioni del "diritto sindacale*, cit., pagg. 377 ss.

Paese<sup>556</sup> Com'è noto, con specifico riferimento al personale della Polizia di Stato, la l. 121/1981 ha introdotto nell'ordinamento il principio di *libertà sindacale separata*<sup>557</sup>.

Ai sensi dell'art. 82 rubricato "diritti sindacali", "*gli appartenenti alla polizia di Stato hanno diritto di associarsi in sindacati. Essi non possono iscriversi a sindacati diversi da quelli del personale di polizia né assumere la rappresentanza di altri lavoratori*". Il successivo art. 83 rubricato "sindacati della Polizia di Stato", dispone che "*i sindacati del personale della polizia di Stato sono formati, diretti e rappresentati da appartenenti alla Polizia di Stato, in attività di servizio o comunque assoggettabili ad obblighi di servizio. e ne tutelano gli interessi senza interferire nella direzione dei servizi o nei compiti operativi. Essi non possono affiliarsi o avere relazioni di carattere organizzativo con le altre associazioni sindacali*".

La disciplina quindi, si articola su due livelli. Rivolta al singolo, ne limita il diritto di associazione, precludendogli l'iscrizione a sindacati diversi da quelli del personale stesso e l'assunzione della rappresentanza di altri lavoratori (art. 82 della l. 121/1981)<sup>558</sup>.

Rivolta al gruppo, ne comprime la libertà di costituzione, di direzione e di rappresentanza, affidandola esclusivamente a personale in servizio o comunque sottoposto al vincolo di servizio con l'amministrazione di appartenenza; viene altresì fatto divieto di affiliarsi o avere rapporti di tipo organizzativo con altre associazioni sindacali (art. 83 l. 121/1981)<sup>559</sup>. Conseguentemente è precluso a tali associazioni sindacali il diritto di far parte di strutture confederali<sup>560</sup>. La questione, tuttavia, di fatto, nel tempo, - come vedremo meglio più avanti - ha trovato ampi margini di tolleranza come dimostra la presenza ed il richiamo alla CGIL sul logo del SILP<sup>561</sup> (Sindacato Italiano Lavoratori di Polizia).

La questione della possibilità di riconoscere al personale di Pubblica Sicurezza il diritto di appartenere ad associazioni sindacali, precluso dal d.lgt. n. 205/1945, che aveva militarizzato il Corpo, si pose all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione, ed era stata risolta negativamente dal Consiglio di Stato nel 1966<sup>562</sup>. Secondo il Consiglio di Stato, il divieto di appartenere ad associazioni sindacali, anche se politiche, trovava la sua giustificazione

---

<sup>556</sup>Con sentenza del 5 luglio 2012, la V sezione della Corte di Cassazione ha confermato in via definitiva le condanne per falsi aggravato degli alti funzionari di Polizia coinvolti nelle violenze alla scuola Diaz di Genova, il 21 luglio 2001. Quella sera, circa 400 agenti della Polizia fecero irruzione nella scuola dove il Comune di Genova aveva alloggiato gli attivisti del Genoa Social Forum arrivati a Genova per le manifestazioni contro il G8 del 2001. Durante il blitz molti studenti vennero ingiustificatamente picchiati ed arrestati. In primo grado, il Tribunale di Genova, con sentenza de novembre 2008, aveva inflitto 13 condanne ma aveva prosciolto altri 16 imputati, tra i quali i vertici della Polizia, che nel grado di giudizio precedente erano stati assolti. La sentenza di condanna della Corte di Cassazione ha avuto larga risonanza ed è stata accolta con estremo favore anche a livello politico.

<sup>557</sup>GIUGNI, *Diritto Sindacale*, Cacucci Editore, Bari, 2010, pag. 27.

<sup>558</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pag. 1051.

<sup>559</sup>Ibidem.

<sup>560</sup>Ibidem.

<sup>561</sup><https://www.silpcgil.it/>

<sup>562</sup>Cons. Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 1966, n. 5, in Foro it., 1966, III, c. 377 e in *Giur. Cost.*, 1966, 1912, con nota di A. Cerri, *Sindacati, associazioni politiche, partiti*.

*nell'inesistenza di organizzazioni sindacali del tutto autonome dai partiti:* l'iscrizione ad una associazione sindacale avrebbe comportato quindi automaticamente una scelta di natura politica. Tale circostanza ha costituito a lungo la copertura costituzionale della soluzione anzidetta e la deroga dell'art. 39 Cost. avrebbe trovato giustificazione nell'art. 98, ult. Comma, Cost., che ammette la possibilità di introdurre, per legge, limitazioni del diritto di iscriversi a partiti politici per agenti e funzionari di polizia<sup>563</sup>.

Il movimento di sindacalizzazione della Polizia, tuttavia, per oltre un decennio venne sostenuto, oltre che dal sindacalismo confederale, da numerose correnti politiche che ne sollecitavano l'attuazione, individuando nella sindacalizzazione di questo personale un tassello del più ampio percorso di creazione di una Polizia più moderna, più efficiente e più qualificata sotto il profilo della professionalità<sup>564</sup>.

Quanto al suo primo riconoscimento, si erano contrapposti due diversi orientamenti. Secondo il primo, alla possibilità di ammettere l'appartenenza del personale di Pubblica Sicurezza ad associazioni sindacali, faceva da ostacolo, il solo d.lgt. n. 205/1945 prima ricordato: con l'abrogazione di detta disciplina pertanto sarebbe venuto meno, automaticamente, il divieto di iscrizione ai partiti politici e ai sindacati, anche se apolitici. La smilitarizzazione avrebbe rimosso l'ostacolo di una piena espansione del principio di libertà sindacale contenuto nell'art. 39 Cost consentendo che venisse contagiato anche questo settore<sup>565</sup>.

Secondo un'altra impostazione, invece, le particolari funzioni proprie dello Stato affidate alla Polizia di Stato, in quanto indefettibili ed inderogabili, avrebbero giustificato una limitazione della piena ed assoluta libertà sindacale garantita agli altri dipendenti del settore pubblico e privato<sup>566</sup>.

Il primo orientamento sosteneva, conseguentemente, una libera organizzazione sindacale autonoma ed indipendente<sup>567</sup>.

Ha prevalso la seconda corrente di pensiero e nel 1981, sia pure nell'ambito di una legge storicamente molto importante per lo sviluppo democratico del Paese. Mossasi nel più ampio quadro di un riordino generale dell'Amministrazione della Pubblica Sicurezza, è venuta alla luce la cosiddetta smilitarizzazione della Polizia di Stato<sup>568</sup>. Il diritto di associazione sindacale è stato riconosciuto con le limitazioni sotto il profilo sindacale contenute nelle due norme prima ricordate, che saranno giudicate, da allora in poi, come disposizioni di *esasperata autonomia*<sup>569</sup>.

È evidente, infatti, come l'idea di un sindacato autonomo e chiuso abbia sostanzialmente contraddetto le ragioni del movimento che avevano portato alla legge di smilitarizzazione della Polizia<sup>570</sup>. Le esigenze erano di democratizzazione dell'apparato ed il recupero dell'efficienza, attraverso una maggiore integrazione con la comunità circostante, ed un rapporto di maggiore

---

<sup>563</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pag. 1051.

<sup>564</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pag. 1051.

<sup>565</sup>GIUGNI, *Diritto Sindacale*, cit., pag. 66.

<sup>566</sup>GHERA, *Libertà sindacale e ordinamento di polizia*, in *Giuri. Cost.*, 1976, I, pagg. 656 ss.

<sup>567</sup>Ibidem.

<sup>568</sup>MENGHINI, *Le articolazioni del "diritto sindacale separato: polizie, carabinieri*, cit., pagg. 377 ss.

<sup>569</sup>Ibidem.

<sup>570</sup>Ibidem.

fiducia e collaborazione con i cittadini. Il sindacato autonomo, peraltro, ha radicalmente contraddetto le esperienze già vissute di intenso dialogo con le Confederazioni<sup>571</sup>.

Al di là degli esiti del dibattito politico che l'ha accompagnata, la scelta del riconoscimento di una libertà sindacale circoscritta ad una serie di limiti e di divieti, pur trovando la sua ratio nella obiettiva natura delle funzioni attribuite al personale - connesse alla difesa dei diritti e della libertà dei cittadini e pertanto, di primaria importanza per lo stesso Stato democratico -, di fatto, ha mirato ad evitare collegamenti con le Confederazioni sindacali esterne, che avrebbero potuto compromettere o comunque condizionare l'imparzialità e l'obiettività richieste all'azione della Polizia nello svolgimento delle proprie funzioni<sup>572</sup>. Un modo implicito e mascherato per riproporre, con nuovi termini, l'anacronistico argomento del necessario allontanamento del personale di polizia da contesti politicizzati o latamente influenzati da partiti politici<sup>573</sup>.

#### **3.4.4 Riflessioni sulla libertà sindacale separata, muovendo dall'esperienza della polizia di Stato**

Risulta evidente che le argomentazioni a sostegno del divieto di adesione al sindacato sono, sostanzialmente, le stesse che oggi fondano il regime di separatezza della libertà sindacale della Polizia<sup>574</sup>.

Contro l'implicito accostamento tra sindacati e partiti politici, addotto come formale giustificazione della negata libertà sindacale<sup>575</sup> - poi riproposto come giustificazione della libertà sindacale separata -, si era espressa la dottrina più attenta, che aveva segnalato che la Costituzione prevede una separazione tra sindacati e partiti politici, per i quali detta precetti, su struttura, finalità e forme di intervento, diversi, essendo due differenti e fondamentali istituti di partecipazione popolare ai rapporti economici e politici del paese<sup>576</sup>. Peraltro, anche se politicizzati, i sindacati costituiscono strutture organizzative su base professionale che solo indirettamente svolgono un'azione di influenza che incida in via diretta sulle scelte politiche dello Stato<sup>577</sup>. Il timore che un'indiretta politicizzazione del personale di Polizia - tramite la costituzione o l'adesione ai sindacati - possa comportare un annacquamento delle relative funzioni, sottende l'adesione all'assunto secondo cui la tutela dell'ordine pubblico richieda l'intervento di strutture necessariamente autoritarie: ovvero che la democraticità, di cui partiti politici e sindacati rappresentano espressione, possa essere tutelata più efficacemente da organismi esterni e lontani dalla dialettica democratica<sup>578</sup>.

---

<sup>571</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pag. 1051.

<sup>572</sup>Ibidem.

<sup>573</sup>GIUGNI, *Diritto Sindacale*, cit., pag. 27.

<sup>574</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pag. 1051.

<sup>575</sup>Cons. Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 1966, n. 5, in *Foro.it*, 1966, III, c. 377, che aveva visto le Confederazioni sindacali come "organismi di obbedienza politica", mere emanazioni dei partiti, in quanto tali, ideologicamente orientate.

<sup>576</sup>PULITANO', *Il sindacato di polizia*, in *Quale giustizia*, 1973, pagg. 544, ss.

<sup>577</sup>Corte Cost. 27 dicembre 1974, n. 290, in *Giuri. Cost.*, 1975, pag. 234.

<sup>578</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pagg. 1000 ss.

Quanto al rischio di un sindacato dei poliziotti come sede elettiva per coltivare tendenze reazionarie o fasciste, si replicava che è proprio dall'assenza di cultura e di organizzazione democratica che si alimenta il qualunquismo, il malcontento e tutte quelle manifestazioni culturali e politiche estranee alla democrazia, come nel caso dell'esperienza fascista, le stesse argomentazioni possono oggi riproporsi contro il divieto di affiliazione ad altre associazioni sindacali<sup>579</sup>. In questo quadro, era ed è tuttora evidente come il sindacato, in quanto strumento di autotutela e come garante di migliori condizioni di lavoro, non possa che contribuire per un migliore assetto della funzione attribuita al personale di cui costituisce espressione<sup>580</sup>.

Alla luce di tale considerazione è emerso subito come la scelta di un sindacalismo autonomo e chiuso, si fosse posta in aperta contraddizione con il movimento culturale e politico che aveva preparato l'emanazione della l. 121/1981. I suoi contenuti sono stati interpretati, quindi, come segnali di un significativo allontanamento dalla società civile e di un innegabile ridimensionamento del senso della smilitarizzazione e della riforma degli apparati della pubblica sicurezza, che pure quella legge aveva voluto interpretare<sup>581</sup>.

Sicché, già dopo l'entrata in vigore della l. 121/1981, non sono mancate interpretazioni della disciplina legale della libertà sindacale separata della polizia di Stato, che ne hanno sostenuto l'illegittimità costituzionale con riferimento all'art. 39 Cost<sup>582</sup>.

Intanto, l'art. 98 co. 3, Costituzione, costituisce espressione di una concezione piuttosto datata, secondo cui l'imparzialità delle funzioni esigerebbe che i loro titolari siano lontani dalle competizioni politiche<sup>583</sup>. Quanto al relativo corollario per cui le Confederazioni sindacali partecipano a tali competizioni, e quindi, l'adesione alle stesse amplificherebbe i rischi cui è esposta l'imparzialità delle funzioni, va detto che già all'indomani dell'emanazione della l. n. 121 quella cinghia di trasmissione tra sindacato e partito politico si era interrotta<sup>584</sup>. Ne è stata prova, l'introduzione del divieto di cumulo di cariche politiche e sindacali, nonché la circostanza per la quale, da tempo, le Confederazioni portano avanti rivendicazioni meno generali e politici di rispettivo riferimento<sup>585</sup>. Senza considerare le riflessioni sul sindacalismo autonomo e sugli effetti che tale fenomeno ha determinato sul sindacalismo confederale in Italia<sup>586</sup>, altrettanto anacronistici risultano ipotetici timori, probabilmente celati dietro l'opzione per il sindacalismo separato, di possibili collegamenti con il Partito comunista italiano, attesa l'evoluzione che tale schieramento politico ha intrapreso a partire dalla fine degli anni Ottanta<sup>587</sup>.

---

<sup>579</sup>Ibidem.

<sup>580</sup>PULITANO', *Il sindacato di polizia*, in *Quale giustizia*, 1973, pagg. 544, ss.

<sup>581</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pagg. 1000 ss.

<sup>582</sup>MONTEROSSO, *Forze Armate*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991, pagg. 30 ss.

<sup>583</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pagg. 1000 ss.

<sup>584</sup>Ibidem.

<sup>585</sup>GIAN PRIMO CELLA, TIZIANO TREU, *Le Nuove relazioni industriali*, Il Mulino, Bologna, 1998, pagg. 467 ss.

<sup>586</sup>GIUGNI, *Diritto Sindacale*, cit., pag. 27.

<sup>587</sup>MENGHINI, *Le articolazioni del "diritto sindacale separato: polizie, carabinieri, cit.*, pagg. 377 ss.

Ed è pure vero che per molto tempo la questione della natura separata della libertà sindacale della Polizia ha mantenuto esclusivo rilievo teorico. Dal punto di vista pratico, infatti, il sindacato di Polizia ha sempre conservato forti contatti con le Confederazioni, unitariamente intese, attraverso svariate forme di coordinamento politico<sup>588</sup>. Tuttavia, il paradosso di tale scelta legislativa si è accentuato dopo la caduta del divieto di iscrizione ai partiti politici prescritto per tutto il personale appartenente alla Polizia di Stato<sup>589</sup>. Il divieto era stato introdotto dall'art. 114, l. 121/1981 ("*divieto di iscrizione ai partiti politici*"). Ai sensi di tale articolo, "fino a che non intervenga una disciplina più generale della materia di cui al terzo comma dell'art. 98 della Costituzione, e comunque non oltre un anno dalla entrata in vigore della presente legge, gli appartenenti alle Forze di Polizia di cui all'art. 16 della presente legge non possono iscriversi ai partiti politici"<sup>590</sup>. L'art. 81 della stessa legge ("*norme di comportamento politico*") disciplina il dovere di mantenersi fuori dalle competizioni politiche; il divieto di partecipare in uniforme, anche al di fuori del servizio, a riunioni e manifestazioni di partiti, associazioni e organizzazioni politiche o sindacali; il divieto di svolgere propaganda a favore o contro partiti, associazioni, organizzazioni politiche o candidati ad elezioni; l'obbligo di aspettativa speciale con assegni dal momento dell'accettazione della candidatura per tutta la durata della campagna elettorale e l'obbligo di condurre attività politica e di propaganda in abito civile e fuori dai rispettivi uffici, il divieto di prestare servizio nell'ambito della circoscrizione all'interno della quale si sono presentati come candidati alle elezioni, per i tre anni successivi alla data delle elezioni stesse<sup>591</sup>. Disposizioni analoghe sono previste dall'art. 1483 dell'ordinamento militare per il personale militare (esercizio delle libertà in ambito politico) d.lgs. 66/2010, codice dell'ordinamento militare e dall'art. 6 l. 382/1978.

Il divieto di iscrizione ai partiti politici, introdotto per un anno solo dall'art. 114 l. 121/1981, è stato successivamente prorogato di anno in anno, tramite appositi decreti-legge convertiti in legge, a partire dalla l. 174/1982, fino alla l. 159/1990, che lo prorogava fino al 31 dicembre 1990. Poiché dopo tale data nessun provvedimento normativo è intervenuto in materia, deve ritenersi che il divieto di iscrizione ai partiti politici sia caduto a partire dal 1° gennaio 1991<sup>592</sup>.

L'argomento ambivalente della *specialità delle funzioni* assolute è stato sfruttato dalla Giurisprudenza Costituzionale sia per argomentare, in passato, come nel caso della sentenza n. 449/1999, l'impossibilità per gli appartenenti alle Forze Armate di associarsi per l'esercizio dei loro diritti sindacali, sia per giustificare la *libertà sindacale separata del personale appartenente alle Forze di Polizia*; ed in questa analogia mostra tutti i suoi limiti<sup>593</sup>.

Il vero è che in entrambi i casi si riscontra un equivoco di fondo, certamente dovuto ad un problema di carattere ideologico che sovente porta a

---

<sup>588</sup>GIUGNI, *Diritto Sindacale*, cit., pag. 43.

<sup>589</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pag. 1060.

<sup>590</sup>Ibidem.

<sup>591</sup>Ibidem.

<sup>592</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pag. 1051.

<sup>593</sup>Ibidem.

sovrapporre erroneamente diritto di sciopero e diritti sindacali<sup>594</sup>. A differenza del diritto di sciopero, il cui esercizio può effettivamente comportare manifestazioni incompatibili con l'importanza delle funzioni esercitate da una certa categoria di personale pubblico e privato, i diritti sindacali, in quanto strumenti di rappresentazione collettiva degli interessi di categoria, in alcun modo possono pregiudicare il regolare funzionamento dei Corpi di Polizia in questione, anzi, volendo adoperare le parole della Corte Costituzionale con riferimento alla pacifica manifestazione del dissenso dei militari, è possibile che essi *promuovano lo sviluppo in senso democratico dell'ordinamento delle Forze Armate e quindi concorrano ad attuare i comandamenti della Costituzione*<sup>595</sup>.

Tale limite si manifesta ancor più evidente se si esamina la risposta della Corte Costituzionale riguardo alla denunciata disparità di trattamento che l'art. 8 l. 382/1978 poneva per gli appartenenti ai corpi di polizia a ordinamento militare rispetto al personale di polizia a ordinamento civile<sup>596</sup>. La non omogeneità, nella sentenza del 1999, era ravvisata nel processo di smilitarizzazione che aveva realizzato la l. 121/1981 per l'ordinamento della Polizia di Stato<sup>597</sup>.

Tuttavia, già all'epoca, era difficile giustificare l'integrale soppressione di un diritto costituzionalmente garantito per un'intera categoria di personale le cui funzioni di cosiddetta difesa esterna dello Stato, poco differiscono da quelle di cosiddetta difesa interna, attribuite al personale appartenente alle Forze di polizia ad ordinamento civile<sup>598</sup>. Oggi, con la pronuncia della Corte Costituzionale n. 120/2018, appare ancora più difficile.

È evidente che la scelta sia più politica che giuridica, atteso che dal punto di vista tecnico non si riscontrano ostacoli per l'abolizione di un divieto ormai anacronistico<sup>599</sup>. Forse l'ultimo baluardo che possa contribuire a rendere la Polizia un'entità ancora separata e ad indebolire il dovuto livello di compenetrazione con la società civile che il processo di smilitarizzazione aveva teso a favorire<sup>600</sup>.

Un sindacalismo chiuso e autonomo rispetto alle grandi centrali o alle loro federazioni va considerato oggi incoerente e superfluo<sup>601</sup>.

Incoerente, perché risente indirettamente del divieto di iscrizione ai partiti politici che peraltro non risulta disciplinato da nessuna norma giuridica. È anomalo, pertanto, che ad un cittadino poliziotto sia consentito aderire ad un movimento politico e sia invece preclusa, almeno formalmente, l'iscrizione ad un sindacato diverso da quello di categoria, l'assunzione della rappresentanza di altri lavoratori o l'affiliazione del suo sindacato ad una confederazione<sup>602</sup>. Si consideri, peraltro che, nei fatti, a lungo il sindacato della Polizia di Stato si è fatto carico di tutelare le rivendicazioni giuridiche e economiche di personale

---

<sup>594</sup>Corte Cost., 28 dicembre 1961, n. 123, in *Giuri. Cost.*, 1962, pag. 132.

<sup>595</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, Lavoro nella Giur., 2012, 11, pag. 1051.

<sup>596</sup>Ibidem.

<sup>597</sup>Ibidem.

<sup>598</sup>D'ELIA GIUSEPPE, *Sotto le armi non tacciono le leggi: a proposito di libertà sindacale dei militari*, in GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE, 2000.

<sup>599</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, cit., pagg. 1051 ss.

<sup>600</sup>Ibidem.

<sup>601</sup>Ibidem.

<sup>602</sup>Ibidem.

non appartenente ai Corpi di Polizia<sup>603</sup>.

Superfluo, perché cambiati i tempi e molte delle coordinate giuridiche di riferimento, il sindacato di polizia *separato*, alimenta condivisibili dubbi di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 39 Cost. se è vero che il principio di libertà sindacale, garantendo ai singoli il diritto di associarsi, ne sottrae il godimento a qualsiasi schema precostituito di organizzazione, rendendo immuni i sindacati da ogni ingerenza statale nei loro rapporti interni ed esterni<sup>604</sup>.

---

<sup>603</sup>MENGHINI, *LE ARTICOLAZIONI DEL DIRITTO SINDACALE SEPARATO: polizie, carabinieri, forze dell'ordine*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1992, I, pag. 377 ss.

<sup>604</sup>NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, *Lavoro nella Giur.*, 2012, 11, pag. 1051.

## CONCLUSIONI

Come descritto nel primo capitolo, l'ordinamento militare, dopo il 1948 con l'entrata in vigore della Carta Costituzionale, è passato da una concezione istituzionalistica, che guardava all'ordinamento militare quale separato e autonomo, ad una più democratica che lo ha ricongiunto ai principi comuni dell'ordinamento. *“La Costituzione repubblicana supera radicalmente la logica istituzionalistica dell'ordinamento militare e riconduce anche quest'ultimo nell'ambito del generale ordinamento statale, particolarmente rispettoso e garante dei diritti sostanziali e processuali di tutti i cittadini”*<sup>605</sup>.

Lungo la trattazione del testo si potranno scorgere lenti ma costanti progressi che, nel tempo, hanno modernizzato questo ordinamento. Tuttavia, senza potersi sottrarre all'impressione che sia sempre stato l'ultima ruota del carro, trainato forzatamente oltre l'anacronismo che lo contraddistingue. Dalla ricognizione delle fonti svolta nel primo capitolo, si evince come l'atteggiamento delle istituzioni legiferanti abbia sempre teso alla sua conservazione piuttosto che all'innovazione, percorrendo con eccessiva prudenza la strada indicata dalla Costituzione.

Il quadro generale, come detto, non è oggetto delle attenzioni di cui necessiterebbe. La delicatezza dei compiti assolti dalle amministrazioni militari dello Stato meriterebbero ampi spazi di riflessione. Con riguardo, sia sugli istituti che ne regolano lo svolgimento, sia sulle deroghe che lo caratterizzano rispetto all'ordinamento comune. Le funzioni assolte dai prestatori di servizio militare sono essenziali al rispetto e alla conservazione dell'ordine democratico e, al loro perseguimento, sono preposti ampi e esclusivi poteri. Basti pensare *all'uso della forza*, che è concentrato esclusivamente nelle mani dello Stato, e che è concretamente esercitato solo da chi è militare o poliziotto.

La giusta contromisura ai poteri di cui si avvale l'amministrazione militare, sarebbe, ad opinione di chi scrive, maggiore trasparenza. Avere la possibilità di ripercorrere le fasi del procedimento che hanno condotto al provvedimento, affinché se ne possa valutare la legalità e l'opportunità.

Come si è osservato nel secondo capitolo di questo lavoro, per molte delle prassi che caratterizzano l'attività militare, così non è. Anzi. Il legislatore, come avvenuto per la disciplina degli *ordini* e dei *trasferimenti*, si è preoccupato di far regredire l'ordinamento militare per rilegarlo alla dimensione ha ritenuto, evidentemente, più consona. Sono istituti esplicitamente sottratti alle riforme cui, in regime di ordinarietà, sarebbero dovuti sottostare.

L'applicazione delle nuove norme in materia di procedimento amministrativo avrebbe traslato la fonte di formazione del potere, da una impronta istituzionale ad una più democratica. In tale maniera si sarebbe seguito il solco tracciato dall'art. 52 Cost. lasciando che si consolidasse l'obbligo di motivazione del provvedimento anche per gli ordini militari.

Dunque, il legislatore ha agito secondo precisa volontà politica. La tesi ripercorre le *ratio* che sottendono tali scelte legislative, ma permane la necessità, per chi ottempera determinati doveri, che siano prestate le migliori

---

<sup>605</sup>Cort. Cost., 24 luglio 2000, n. 332 in *Corriere Giuridico*, 2000, pag. 1379.

garanzie. Ciò significa che sia nel momento di valutazione della legittimità dell'ordine -e in questo l'esecutore non può prescindere dalle ragioni poste alla base della decisione dell'amministrazione-, sia nel momento di ricostruzione, *ex post*, della volontà dell'amministrazione, ai fini dell'accertamento dell'opportunità delle scelte intraprese, occorre conoscere quale siano le ragioni poste a fondamento della decisione del provvedimento amministrativo.

Ma non solo. Sarebbe opportuno anche proteggere e incentivare chi, nell'assolvimento delle proprie funzioni, decida di svolgere il proprio lavoro *libero e consapevole* (per riprendere l'espressione utilizzata dal legislatore nella legge sulla disciplina militare disciplinando il dovere di obbedienza), nell'esecuzione di ciò che gli viene impartito, sottraendolo alla paura delle ripercussioni, cui rischia di andare incontro, rifiutando l'obbedienza incondizionata alla gerarchia.

La mancanza dell'obbligo di motivazione espressa consente, almeno a livello teorico, l'arbitrarietà nell'esercizio del potere di cui si dispone.

La *ratio* di un ordinamento strutturato secondo il principio di gerarchia non può certo essere quella di legittimare la convivenza di arbitrio ed obbedienza: l'obbligatorietà della motivazione pare proprio muoversi in questo senso e per tale ragione va affermata con forza anche con riguardo all'ordinamento militare<sup>606</sup>.

Si guardi al caso del carabiniere Riccardo Casamassima che, recentemente, con le sue dichiarazioni, quale persona informata sui fatti, ha segnato una svolta nel tentativo di fare chiarezza del processo Cucchi-*bis*. Era insorto contro la manipolazione dei verbali, accordata dai propri superiori, finalizzata ad insabbiare le responsabilità degli altri quattro carabinieri, suoi colleghi, autori del pestaggio che portò poi alla morte dell'arrestato Stefano Cucchi. L'appuntato Casamassima racconta di avere subito una serie di procedimenti disciplinari, tutti pretestuosi, oltre che essere stato trasferito alla scuola allievi ufficiali e dunque demansionato. "Sarò allontanato e demansionato e andrò a lavorare a scuola dopo essere stato per 20 anni in strada. È scandaloso."

Simili casi rappresentano i sintomi di ciò che potrebbe essere un caso isolato così come un contagio e che pare nutrirsi dell'eccessiva discrezionalità concessa alle amministrazioni militari nel prendere decisioni inerenti al suo personale. Ad avviso della Suprema Corte esiste non solo un diritto «ma addirittura un dovere militare, e civico, alla denuncia di comportamenti contrari ad una amministrazione della disciplina militare in senso compatibile con l'assetto democratico dell'apparato statale e con i principi costituzionali che regolano l'ordinamento delle Forze armate»<sup>607</sup>.

In questo senso, ci si auspica che un sindacato per i militari, possa costituire il porto sicuro di chi intraprende battaglie per la legalità, rifiutandosi di accogliere obbedienze incondizionate. Deve costituire una finestra, seppur minuscola, in grado di fare breccia su un mondo così ermeticamente chiuso -in nome di neutralità e coesione interna- come quello delle amministrazioni ad

---

<sup>606</sup>MARIA PIA GENESIN, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, cit., pagg. 650 ss.

<sup>607</sup>Cass. pen., Sez. I, 13 giugno-20 agosto 2014, n. 36045.

ordinamento militare.

Il legislatore sta provvedendo a fornire una disciplina alla materia. Attualmente, secondo le linee dettate dalla sentenza della Corte Cost. n. 120/2018, è necessaria la preventiva autorizzazione del Ministero della Difesa alla costituzione di un'associazione sindacale dei militari ed è necessario che, in assenza di specifica disciplina, si plasmi sui vigenti modelli di rappresentanza previsti dall'ordinamento militare. È evidente come una forma di associazionismo siffatta, sia menomata, già dalla nascita, delle garanzie di indipendenza di cui necessita.

Le forze armate, congiuntamente alle forze di polizia a ordinamento militare, sono preposte alla lotta alla mafia e al terrorismo, al traffico di droga, alla criminalità organizzata, alle attività di arresto, al soccorso in mare, alla prima accoglienza, alla lotta all'evasione fiscale, agli sgomberi, confische e sequestri, etc.

Sono tutte funzioni estremamente delicate e insidiose che non possono permettersi, nel loro assolvimento, neanche un filo d'ombra. Il rischio di lasciare troppo potere nelle mani di un'amministrazione è il rischio connesso a qualsiasi eccessiva concentrazione di potere nelle mani di pochi uomini: ovvero che venga strumentalizzato, artefatto e manipolato per garantire vantaggi diretti o a terze persone.

Fino ad ora la classe politica, con la complicità della disattenzione dell'opinione pubblica, non è riuscita a focalizzare l'attenzione su un dibattito concreto, in grado di individuare le problematiche che insidierebbero l'ordinamento militare.

È corretto soffermarsi e salvaguardare, come è stato ampiamente deciso dalla giurisprudenza nel tempo, la neutralità e la coesione delle Forze Armate. Tuttavia, alla luce della contemporaneità e delle esperienze vissute, è altrettanto opportuno, valutare che quegli stessi principi non intralcino al reale assolvimento dei fini cui tali istituzioni sono preposte e smettano di fungere da parafulmine contro ogni tentativo di ammodernamento improntato a legalità, democrazia ed efficienza. lo stesso richiamo allo spirito democratico, richiede altresì che la struttura delle Forze Armate dia «maggiori garanzie di rispetto della democrazia che non quella delle amministrazioni civili», così che tra le Forze Armate stesse dev'essere rafforzata «la neutralità e la lealtà»<sup>608</sup>.

Non può essere concessa alcuna franchigia di impunità per chi esonda i limiti imposti dalla legalità. Per chi è preposto a garantire la legalità stessa.

L'esecutore degli ordini dovrebbe essere posto nelle condizioni di conoscere quali siano le motivazioni su cui l'ordine regge e, come qualsiasi altro sottoposto all'amministrazione pubblica, gli dovrebbe essere garantito uno spazio in cui riconoscersi e associarsi con altri lavoratori, per poter condividere e denunciare ciò che si ritiene lesivo della propria condizione e quella dell'intera collettività. È lo stesso ordinamento militare a statuire un obbligo di sottrazione del destinatario dell'ordine illegittimo. L'insubordinazione legittima va tutelata di fronte alla minaccia di ritorsioni ingiustificate da parte delle gerarchie. Al

---

<sup>608</sup>FABIO RATTO TRABUCCO, *Il Perimetro della libertà di espressione*, cit., pag. 755.

comparto sicurezza – e a latere al comparto difesa - va riconosciuta la possibilità di associarsi liberamente, con chi ritiene più opportuno, per dare voce alle istanze che avanza legittimamente.

Si tratta di curare il sistema immunitario dell'ordine democratico. Nessun potere, se non adeguatamente limitato e controbilanciato, è al sicuro da un suo esercizio arbitrario. Non si può affidare la legalità delle istituzioni all'integrità dei singoli.

## BIBLIOGRAFIA

### *DOTTRINA*

“*Linee Guida sul Procedimento Disciplinare*” fornite dal Ministero della Difesa, 2006

ALESIO MASSIMILIANO, *Le note caratteristiche degli appartenenti alle Forze armate nell'evoluzione normativa. La motivazione sintetica è troppo penalizzante*, Diritto e giustizia, fasc. 6, 2004

BACHELET VITTORIO, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, 1962

BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, Giuffrè, 1988

BACHELET, *Disciplina militare e ordinamento giuridico statale*, Milano, Giuffrè, 1962

BALDUZZI, *Principio di legalità e spirito democratico delle Forze Armate*, Giuffrè Editore, Milano, 1988

BASSETTA F., *Lineamenti di diritto militare*, Laurus, Roma, 2002

BASSI, *Ordine (dir. amm.)*, in EdD, vol. XXX, Milano, Giuffrè

BATTINI, *Il rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 2000,

BIN ROBERTO, PETRUZZELLA GIOVANNI, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, 2018

BIN, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 1992

BONANNI ROBERTO, *la Costituzione e la giurisdizione penale militare: alcuni spunti di riflessione*, *Giur. cost.*, fasc.4, 1995

BONFIGLIO FRANCESCO, *È possibile per il militare il ricorso giurisdizionale avverso sanzione disciplinare di corpo senza il previo ricorso gerarchico?*, nota a T.A.R. Campobasso, 25 gennaio 2007, n.54, in *Lavoro nelle p.a.*, fasc.3-4, 2007

BORRELLO, *Osservazioni in tema di libertà di riunione dei militari*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1989

BOURSIER NIUTTA, *Elementi di diritto disciplinare militare di corpo*, Roma, Laurus Robuffo, 2004

BRUNEL, MAZZI, «Diritto Penale Militare», II ediz., 1998, Giuffrè

CELLA GIAN PRIMO, TREU TIZIANO, *Le Nuove relazioni industriali*, Il Mulino, Bologna, 1998

Consiglio di Stato, Sez. IV, 08 aprile 2004, n. 1990, con nota di SIMONA

RODRIQUEZ, *Brevi riflessioni sul trasferimento d'autorità militare*, Giur. It., 2004

COPPI F., *Difesa della Patria, Obiezione di coscienza e reati militari*, in Aa. Vv., *Diritto penale e giurisprudenza Costituzionale*, a cura di G. Vassalli, Napoli, 2006

D'ANGELO, *Trasferimento d'autorità nelle Forze Armate: natura giuridica e garanzia dell'interessato*, *Diritto Militare*, III, n. 1, 2003

DAL CANTO, ROSSI, *Corte costituzionale e sistema istituzionale*, Torino, Giappichelli, 2011

DI ROLLO MARCELLO, *Le relazioni sindacali nel comparto sicurezza*, *Lavoro nelle p.a.*, fasc.3-4, 1999

ESPOSITO, *La Costituzione italiana oggi: saggi*, Padova, Cedam

FIANDACA GIOVANNI, *Quale specialità per il diritto penale militare?*, *Riv. it. Dir. E proc. Pen.*, fasc.3, 2008

FIANDACA, MUSCO, *Diritto Penale parte generale*, Bologna, Zanichelli, 2008

FONTANA, *La libertà sindacale in Italia e in Europa, dai principi ai conflitti*, in *Rass. Dir. Pubb. Eur.*, 2010

GALATERIA LUIGI, *Teoria giuridica degli ordini amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950

GENESIN MARIA PIA, *Riflessioni in margine al problema della motivazione degli ordini di trasferimento del militare*, in *Foro Amministrativo*, 2003

GENTILI, *Codice di disciplina militare*, Roma, 1991

GIANNINI M. S., *L'Amministrazione pubblica nello Stato contemporaneo*, in *Trattato di Diritto Pubblico*, Padova, 1988

GIUGNI, *Diritto Sindacale*, Cacucci Editore, Bari, 2010

GUASTINI, *Le Fonti del diritto e l'interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993

GUELLA FABIO *Libertà di associazione sindacale e coesione delle forze armate, tra Corte Costituzionale e Corte EDU*, in *Rivista N°: 1/2015 dell'Associazione italiana costituzionalisti*, 2015

IACCARINO C.M., *Motivazione degli atti amministrativi*, in *N.mo Dig. it.*, 1964, vol. X

IAFRATE CLETO, *Obbedienza, ordine illegittimo e ordinamento militare*, *Diritto e questioni pubbliche*, Palermo, 2016

LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri costituzionale*, Milano, Giuffrè

MARIANI MARCO, *Procedimento amministrativo e accesso ai documenti*, *Nuova Giuridica*, 2015

MARINO GIUSEPPE, *Il Divieto per i Militari di costituire associazioni sindacali viola la Costituzione?*, *Diritto e Giustizia*, fasc. 102, 2018

MASSOBRIO GIULIO, *Bianco Rosso e GrigioVerde – Struttura e Ideologia delle Forze Armate Italiane*, Verona, 1974

MATTARELLA B.G., *il provvedimento amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Diritto amministrativo generale*, Milano, 2000, vol. 1

MATTAROLO, *Obbligo di fedeltà del prestatore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2000

MAZZAROLLI, PERICU, ROMANO, *diritto amministrativo*, Bologna, Monduzzi, 2005

MAZZI, *Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze Armate*, Padova, Cedam, 1995

MEDAIL CESARE, *Sotto le Stellette*, Torino, 1977

MENGHINI, *Le articolazioni del "diritto sindacale separato: polizie, carabinieri, Forze Armate*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1992

MENGHINI, *LE ARTICOLAZIONI DEL DIRITTO SINDACALE SEPARATO: polizie, carabinieri, forze dell'ordine*, in *Riv. Giur. Lav.*, 1992

MERUSI, *Le direttive governative nei confronti degli enti di gestione*, Milano, Giuffrè, 1965

MODUGNO FRANCO, *Legge. Ordinamento giuridico. Pluralità degli ordinamenti*, Milano, 1985

MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, Cedam, 1998

MONTEROSSO, *Forze Armate*, in *Dig. Disc. pubbl.*, vol. VII, Torino, 1991

MORRONE, *Bilanciamento (giustizia cost.)*, in *ED*, 2008, II, Milano, Giuffrè

NICOLOSI MARINA, *Libertà sindacale separata e polizia di Stato*, *Lavoro nella Giur.*, 2012, 11

NICOLOSI MARINA, *Realtà e prospettive in tema di esecuzione e di trattamento penitenziario nei confronti del militare*, in *Rass. Studi penitenziari*, 1973

NUCIARI, *Efficienza e Forze Armate la ricerca sociologica sull'istituzione militar*, Milano, 1990

PALADIN, *Diritto Costituzionale*, Giappichelli Editore, Padova, 1998

POLLARI NICOLO' e LORIA FORTUNATO, *Diritto Amministrativo*, Laurus Robuffo, Roma, 2004

PULITANO' D., *Il sindacato di polizia*, in *Quale giust.*, 1973

PULITANO', *Il sindacato di polizia*, in *Quale giustizia*, 1973

RATTO TRABUCCO FABIO, *Il perimetro della libertà di espressione: differenze e similitudini fra lavoratori civili e militari*, *Lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, fasc. 5, 2015

RICCI MAURIZIO, *La fine di un tabù: il riconoscimento della libertà di associazione sindacale (limitata) dei militari*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, <https://www.rivistaaic.it/it/rivista/ultimi-contributi-pubblicati/maurizio-ricci/la-fine-di-un-tabu-il-riconoscimento-della-liberta-di-associazione->

[sindacale-limitata-dei-militari](#) , 2018

RIONDATO, *Il Nuovo ordinamento Disciplinare delle Forze Armate*, Padova, Cedam, 1995

*Rivista della Guardia di Finanza* 52,5,93 che riporta il parere n. 48 dell'adunanza generale del Consiglio di Stato del 30.5.1991

ROMANO TASSONE A., *Legge sul procedimento e motivazione del provvedimento amministrativo*, in Scritti in onore di Pietro Virga, Milano, 1994, vol. II

ROMANO, TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987

S. BATTINI, G. D'AURIA, G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI, A. MASSERA, B.G. MATTARELLA, G. NAPOLITANO, A. SANDULLI, L. TORCHIA, G. VESPERINI, *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, Giuffrè, 2008

SALERNO, *Il dovere di fedeltà tra simbolismo costituzionale e patriottismo repubblicano*, in AA.VV., Scritti in onore di Gianni Ferrara, III, Torino, Giappichelli

SANDULLI, *Diritto Amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989

SCIRMAN LUCA, *Il diritto nella valutazione del militare*, Lavoro nella pubblica amministrazione, fasc. 3-4, 2005

SICLARI MASSIMO, *La giurisdizione militare nella giurisprudenza costituzionale*, Cass. pen., fasc.3, 1997

SILVESTRI, *libertà di manifestazione del pensiero e giurisprudenza costituzionale*, Milano, Giuffrè, 2005

SIMONCELLI, *L'ordinamento militare*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2006

STRASSOLDO R., *Dizionario di sociologia*, a cura di F. Demarchi e A. Ellena, Roma, 1976, Milano

TENORE VITO, *La motivazione degli atti gestionali del personale militare alla luce della legge 7 agosto 1990, n. 241, Lavoro nelle Pubbliche amministrazioni*, fasc.1, 2003

TREVISOL ENZO, Premessa a *Le sanzioni disciplinari di corpo*, Inedit Sas Edizioni, Bologna, 2012

VENDITTI RODOLFO, *I reati contro il servizio militare e contro la disciplina militare*, Giuffrè, 1995

VIRGA, *Diritto Amministrativo*, Vol. II, Giuffrè, Milano, 1997

VITAGLIANO GABRIELE, *Gerarchia e ordini illegittimi fonte e limiti del dovere di obbedienza*, Rassegna dell'arma dei carabinieri, 2003

## GIURISPRUDENZA

Cass. Pen. 31/10/83, Sez. I, n. 11157 (in «Rassegna di giustizia militare, 1984, 111 s.).

Corte Costituzionale, 17/12/1999, n.449, punto 2.

Corte Costituzionale, 11/02/1982, n. 331, punto 3.

Corte cost. n. 429 / 1992.

C.cost., 8 aprile 1958, n. 29, in Giur.cost., 1958, p. 128.

Cons. St., sez. IV, 22 dicembre 1999 n. 1866, in CS, 1999, I, 1925.

Cons. St., sez. I, 10 novembre 1999 n. 591/99, in CS, 2000, I, 818.

Cons. St., sez. IV, 20 dicembre 2000 n. 6851, in FA, 2000, 3893.

Cass. Pen. 31/10/83, Sez. I, n. 11157 (in «Rassegna di giustizia militare, 1984, 111 ss).

Cons. St., sez. IV, 6 aprile 1993 n. 393.

Cons. St., 1993, I, 486; Id., 11 giugno 1997 n. 629, ivi, 1997, I, 680; Id., 1° settembre 1998 n. 1139, ivi, 1998, I, 1254.

Tar Marche, 27 luglio 2001 n. 963, in I Tar, 2001, I, 3366;

Tar Calabria, Reggio Calabria, 11 aprile 2002 n. 225, in questa Rivista Tar, 2002, 1394.

Cass. Pen. Sez. IV, 05/12/2007, n.888.

T.A.R. Reggio Calabria, (Calabria), 09/01/2004, n.3.

Cass. Pen. Sez. 4, 1/12/ 2000, n. 12489, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 2016, pag. 317.

Cass. Pen. Sez. IV, 05/12/2007, n.888.

Cass. Pen. Sez. I, 7/05/1985, n. 1027;

Cass. Pen. Sez. I, 16/6/1986;

Cass. Pen. Sez. I, 23/12/1987, n. 3007, in *Scandurra*, 1993, pagg. 202, 204.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 20 marzo 2001, n. 1677, in *Foro Amministrativo*, 2001, pag. 396.

Consiglio di Stato, Sez. IV, con la sentenza n. 682 del 4 agosto 1988.

Consiglio di Stato, Sez. IV, 08 aprile 2004, n. 1990.

TAR Trentino-Alto Adige del 21 gennaio 2001 n. 1677.

T.A.R. Lombardia, Brescia, 13 gennaio 1994, n. 1, in *Foro Amministrativo*, 1994, pag. 1845.

Consiglio di Stato, Sez. IV, sent. n. 682/1988.

Cons. Stato, Sez. IV 25 novembre 1960, n. 987, in Rass. «Il Cons. St.», 1960, I, pag. 2041.

TAR Lazio, I Sez., 24 ottobre 1995, n. 1792, in T.A.R., I, p. 4443.

Cass. Pen. 31/10/83, Sez. I, n. 11157 in «Rassegna di giustizia militare, 1984, 111 s.

TAR, Napoli, 04/04/2017, n. 1789, in *Redazione Giuffrè amministrativa*, 2017. sentenza n. 332/2000, emanata dalla Corte Costituzionale.

Tar Lazio, sezione I, n.56/1999.

Cons. St., sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6851, in FA, 2000, pag. 3893.

Consiglio di Stato sez. IV, 07/07/2000, n. 3835, in *Foro Amm.*, 2000, pag. 260.

Cons. St., sez. IV, 27 ottobre 1998, n. 1397, in CS, 1998, pag. 1565.

Cons. St., sez. VI, 23 febbraio 1999, n. 188, in CS, 1999, pag. 277.

Cons. St., sez. IV, 25 marzo 1996, n. 376, in FA, 1996, pag. 852.

Cons. St., sez. II, 14 febbraio 1995, n. 346/94, in CS, 1997, pag. 935.

Cons. St., sez. IV, 20 dicembre 2000, n. 6851, in FA, 2000, pag. 12.

Cass. civ., Sez. lav., 3 maggio 1989-5 dicembre 1990, n. 1165.

Corte Cost. n. 16 del 1973.

Corte Cost. n. 16 del 1973 e 31 del 1992.

Corte cost. n. 278 del 1987, punto 5.

Corte cost. n. 449 del 1999, punto 2.

Corte cost. n. 31 del 1982, punto 3.

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 17 giugno-3 luglio 2002, n. 6094.

Cass. pen., Sez. I, 13 giugno-20 agosto 2014, n. 36045.

Trib. mil. Napoli, 19 maggio-7 luglio 2011, n. 37.

Corte mil. app., sez. I, 14-27 marzo 2012, n. 38.

Cass. pen., sez. I, 30 gennaio-23 maggio 2013, n. 22051.

Trib. mil. Napoli, 19 maggio-7 luglio 2011, n. 37.

Consiglio di Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 1966, n. 5, in *Foro it.*, 1966, III, pp. 377 ss.

Cort. Cost. 13 dicembre 1999, n. 449 in *Giur. Cost.*, 1999, pp.3870 ss

Cort. Cost. 24 gennaio 1989, n. 24, in *Giuri. Cost.*, 1989, 2, pp. 153 ss.

Corte EDU, *Ouranio Toxo et al. C. Grecia* del 20 ottobre 2005 (ricorso n. 74989/01), con massima redatta da D. TEGA, in *Osservatorio sulla Corte di Strasburgo*, settembre, - Novembre 2005, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

Corte EDU, *Demir e Baykara c. Turchia* del 12 novembre 2008 (ricorso n. 34503/97), con nota di C. CIUFFETTI, *Convergenze nelle giurisprudenze*

*sovranazionali europea nella tutela dei diritti fondamentali. Considerazioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee Kadi e Al Barakaat Foundation del 12 novembre 2008*, in *Federalismi.it*, 2013, p. 2.

T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 14 ottobre-6 dicembre 2010, n. 35392

Cass. civ., Sez. lav., 11 dicembre 2014-11 febbraio 2015, n. 2692.

Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio-27 aprile 2005, n. 1949, Ministero dell'Interno c. Ritucci, Pres. Riccio, Rel. Lodi (annulla T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-ter, 4 luglio 1995, n. 1163).

Cass. civ., Sez. lav., 11 dicembre 2014-11 febbraio 2015, n. 2692.

Cons. Stato, Sez. IV, 18 gennaio-27 aprile 2005, n. 1949, Ministero dell'Interno c. Ritucci, Pres. Riccio, Rel. Lodi (annulla T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-ter, 4 luglio 1995, n. 1163).

Cons. Stato, Ad. Plen., 4 febbraio 1966, n. 5, in *Foro.it*, 1966, III, c. 377, che aveva visto le Confederazioni sindacali come “*organismi di obbedienza politica*”, mere emanazioni dei partiti, in quanto tali, ideologicamente orientate.

Corte Cost. 27 dicembre 1974, n. 290, in *Giuri. Cost.*, 1975, pag. 234.

Corte Cost., 28 dicembre 1961, n. 123, in *Giuri. Cost.*, 1962, pag. 132.

## **NORMATIVA**

Norme di Principio sulla disciplina militare, l. 382/1978.

Art. 1349, terzo comma, del D.Lgs. 66/2010

Art. 25 del Codice dell'ordinamento militare, d.lgs.66/2010.

Art. 1, D.P.R. n. 213 dell'8 agosto 2002.

Art. 1352 C.O.M.

Art. 1 co. 6, C.O.M. d.lgs. n. 66/2010.

Legge 113/1954.

Art. 2, c. 2, d.lgs. n. 29 del 1993.

Art. 2105 c.c.

Art. 55, c. 2, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 1, c. 44, d.lgs. n. 150 del 2009.

Art. 54, d.lgs. n. 165 del 2001, come modificato dall'art. 68, c. 1, d.lgs. n. 150 del 2009.

Artt. 12 c. 2, 16, 3, D.P.R. n. 62 del 2013.

Art. 1465, c. 3, d.lgs. n. 66 del 2010

Art. 4, c. 1, d. lgs. n. 20/2012.

Art. 82, l. 121/1981.

Art. 1 , d. lgs. lgt. n. 205/1945.

Art. 8 co. 1 n. 382/1978.

Raccomandazione dell'Assemblea Parlamentare n. 1572/2001, in [www.coe.int](http://www.coe.int).

Raccomandazione del Comitato dei Ministri n. 4/2010, in [www.coe.int](http://www.coe.int).

Art. L. 4121-4 del *Code de la défense* francese.

Art. 81 l. n. 121/1981.

## LINK

<http://www.gdf.gov.it/chi-siamo/organizzazione/reparti/il-comando-generale>.

Cass. Sez. 1, *ud. pubbl. 19 gennaio 2000*, in / *Rassegna Giustizia Militare Bimestrale di Diritto e Procedura Penale Militare, 2000*, in [https://www.difesa.it/Giustizia\\_Militare/Rassegna/Bimestrale/2000/Pagine/Vol46CCass20.aspx](https://www.difesa.it/Giustizia_Militare/Rassegna/Bimestrale/2000/Pagine/Vol46CCass20.aspx).

<http://www.labottegadelbarbieri.org/breve-storia-dellabolizione-della-pena-di-morte-in-italia/>

[https://www.difesa.it/Giustizia\\_Militare/consigliomagistratura/Pagine/default.aspx](https://www.difesa.it/Giustizia_Militare/consigliomagistratura/Pagine/default.aspx), in data 06/12/2018.

<https://www.tpi.it/2018/10/24/cucchi-carabiniere-minacciato-riccardo-casamassima/>, 30/10/2018.

<http://www.carabinieri.it/editoria/rassegna-dell-arma/la-rassegna/anno-2003/supplemento-al-n-3/parte-v/capitolo-xiii---la-valutazione-del-personale-militare>, *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, supplemento numero 3, parte 5, capitolo XII, 11/12/2018.

BASSETTA, *Il pubblico impiego militare*, al n. 3/2003 della *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, parte V, cap. XIII, rubricato «La valutazione del personale militare», in [www.carabinieri.it/editoria/rassegna/](http://www.carabinieri.it/editoria/rassegna/).

LUCA SCIRMAN, *Contributo allo studio del nuovo modello di difesa e delle Forze armate*, in [http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/SCIR/SCIRMAN\\_Cost-e-FfAa-26\\_04\\_08.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/SCIR/SCIRMAN_Cost-e-FfAa-26_04_08.pdf), 2008, pagg. 21 ss.

[https://www.difesa.it/SGD-DNA/Approfondimenti/Documents/Istruzioni\\_applicative\\_IDC.pdf](https://www.difesa.it/SGD-DNA/Approfondimenti/Documents/Istruzioni_applicative_IDC.pdf), 13/02/21019.

<https://www.fanpage.it/matteo-salvini-in-tribuna-allo-stadio-olimpico-con-la-divisa-della-polizia/>, <https://www.today.it/politica/possibile-denuncia-salvini.html>, <https://www.tpi.it/2019/02/01/salvini-divisa-poliziotto-reato/>, 05/02/2019.

titolo «Stato di terrore a Lecce!», sul forum on line del sito web dell'Associazione Finanziari Cittadini e Solidarietà (Ficiesse), in [www.ficiesse.it](http://www.ficiesse.it).