



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



I RIMEDI AVVERSO LA SANZIONE CON PARTICOLARE RIFERIMENTO AL RICORSO GERARCHICO

I vizi dell'atto di diritto amministrativo nel diritto sanzionatorio militare di corpo.

di **Fabrizio Colalongo**

ALTRO - MILITARE

Estratto dal n. 8/2018 - ISSN 2532-9871

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Publicato, Sabato 18 Agosto 2018

Indice: Premessa e scopo del lavoro. **1.** I rimedi avversi la sanzione disciplinare militare di corpo. **1.1.** Il ricorso gerarchico militare. Un caso particolare. **1.1.1.** La decisione. **1.1.1.a.** La motivazione. **1.1.1.b.** Il contenuto decisorio. **1.1.1.b.1** Il silenzio amministrativo (cenni) **1.1.1.b.2** Il silenzio rigetto. **1.2.** Il ricorso straordinario (cenni) **1.3.** L'istanza di riesame (cenni) **1.4.** Annullamento d'ufficio (cenni) **1.5.** Il ricorso giurisdizionale (cenni) **2.** Conclusioni **3.** Bibliografia. **3.1.** Pubblicazioni **3.2.** Fonti normative (principali) **3.2.1.** Rango costituzionale e primario. **3.2.2.** Regolamenti e circolari **3.3.** Giurisprudenza. **3.4.** Sitografia.

Premessa e scopo del lavoro

Quanto viene presentato costituisce un approfondimento della più ampia tematica dei vizi dell'atto amministrativo nel precipuo ambito del diritto sanzionatorio militare di corpo, trattato dallo scrivente in altre sedi ^[1].

Pertanto, dato il carattere specialistico del presente studio, si danno per noti gli aspetti di diritto nell'ambito di quello militare rimandando, per il trattamento di quelli più o meno giuridicamente connessi, per considerazioni di carattere generale e per una ampia bibliografia, a tale lavoro.

Come si cercherà di far emergere nello svolgimento di queste note, la complessa sovrapposizione di elementi giuridici e metagiuridici in ambito militare, la relativamente rapida (e faticosa!) integrazione con il diritto amministrativo generale e la incidenza assolutamente inusuale nei riguardi della libertà personale che i provvedimenti amministrativi possono avere quando calati in tale realtà, meriterebbero approfondimenti da parte della dottrina che sono attualmente carenti. Conseguenza di ciò è che l'operatore del diritto in ambito militare (sia che si tratti del Difensore che dell'Amministrazione resistente che del Giudicante) si trova sguarnito, spesso, anche delle basilari pietre miliari di carattere concettuale per impostare correttamente il suo operato che costituisce, ovviamente, interesse sociale fondamentale in uno Stato di diritto. Le osservazioni che seguono non hanno, ovviamente, la pretesa di supplire a dette carenze dottrinarie ma, delineando le ampie zone d'ombra nelle quali si è costretti ad operare nella quotidiana applicazione delle norme in ambito militare, a evidenziare l'utilità e, ancor più, la necessità di più approfonditi studi in materia.

1. I rimedi avversi la sanzione disciplinare militare di corpo.

In diritto amministrativo per rimedio s'intende l'attività che viene posta in essere nell'intento di risolvere una situazione dannosa o pericolosa generata da un

provvedimento o dagli effetti di una sanzione ritenuti ingiusti.

Inutile, in quanto meramente accademico, sarebbe il discorso sulle illegittimità se l'ordinamento non prevedesse forme di tutela delle situazioni giuridiche meritevoli. Infatti, a partire dall'approvazione della Legge 11 luglio 1978, n. 382 (in Gazz. Uff., 21 luglio, n. 203) denominata "Norme di principio sulla disciplina militare", il legislatore ha riconosciuto ai destinatari delle sanzioni disciplinari militari di corpo mezzi di tutela funzionali all'annullamento dei provvedimenti viziati. Come evidenziato nel lavoro di cui il presente costituisce approfondimento, il principio di supremazia ^[super]speciale ^[2]alla quale la compagine militare era ritenuta subordinata impediva il sindacato sull'attività dell'organizzazione gerarchica anche sotto i profili della più stretta legittimità.

In particolare, bisogna rilevare che i provvedimenti sanzionatori militari sono caratterizzati da un lato da ampia discrezionalità amministrativa ^{[3][4]}, che si concretizza nella più squisita identificazione dell'autorità pubblica, dall'altro lato, su espressa indicazione del Codice dell'Ordinamento Militare, si applicano i principi generali che prevedono la rigorosa tipizzazione della sanzione cui consegue il divieto di irrogare sanzioni di natura o specie diverse ^[5]da quelle indicate dalla legge ^[6].

I provvedimenti amministrativi sono immediatamente esecutivi e non necessitano di ulteriori atti che obblighino l'interessato a soggiacervi. Essi, inoltre, possono essere annullati o attuati dalla stessa P.A. nell'ambito del principio di "Autotutela".

Le sanzioni disciplinari, essendo provvedimenti amministrativi che per certi versi possono essere considerati paradigmatici, non fanno eccezione ^[7]. Quindi, "per bilanciare la cecità dei provvedimenti, facendo in modo che possano essere tenute in considerazione situazioni meritevoli di tutela che rischierebbero di rimanere travolte dal provvedimento stesso, sono previsti appositi istituti che pur non incidendo sulla sanzione in quanto tale, incidono su aspetti quali l'esecuzione degli effetti postumi" ^[8]. Ciò si verifica ogni qual volta venga inflitta una sanzione illecita oppure erronea. In questi casi, infatti, l'afflittività è determinata sia dalla sanzione vera e propria, sia dalla mortificazione della personalità che costringe il sanzionato ad accettare gli effetti un provvedimento ingiusto ^[9].

Ma ci sono anche casi in cui l'afflittività della sanzione legittimamente irrogata risulta sproporzionata oppure del tutto ingiustificata.

Si pensi, alle sanzioni restrittive ^[10]. Qui l'elemento soggettivo è determinante poiché, essendo la libera uscita una mera facoltà del militare, egli potrebbe non esserne affatto colpito non desiderandone la fruizione o perché impegnato in attività di servizio giornaliera o pluri-giornaliera ^[11]incompatibili con l'allontanamento. Oppure, al contrario,

possono individuarsi situazioni in cui il sanzionato abbia bisogno di uscire per soddisfare esigenze di carattere privato di particolare importanza personale o di interessi tutelati costituzionalmente. “In tali casi l’interdizione della libera uscita comporterebbe anche l’impossibilità di soddisfare tali esigenze, con un’incidenza della sanzione che travalica il suo stesso contenuto afflittivo.”^[12]A seguito dell’irrogazione di tali sanzioni, sono ipotizzabili conseguenze gravi che possono influenzare direttamente la moralità del sanzionato e, in casi estremi, quella dell’intera compagine militare.

Si pensi, ad esempio, al caso di un militare che, a causa di una misura restrittiva della sua libertà personale non possa ottemperare ad un impegno preso con relazioni esterne per ragioni personali o familiari (sottoposizione a visite specialistiche proprie o di congiunti, impegni formali ecc.). La forzata inadempienza diffonderebbe l’errata percezione di una scarsa serietà del militare in quanto tale con discredito per l’intero corpo. Il paventato danno all’immagine sarebbe, ovviamente, effetto secondario inevitabile e accettabile qualora la sanzione fosse giusta ma amplificatore deleterio qualora essa risultasse erronea. In circostanze in cui è elevato il rapporto numerico tra militari e ambiente civile, questo aspetto riveste una non trascurabile importanza^[13].

Per queste ragioni, il legislatore ha previsto una serie di provvedimenti che possono agire o sull’esecuzione della sanzione^[14]o sull’intero procedimento sanzionatorio.

I primi vengono adottati nell’ambito della più ampia discrezionalità, nelle situazioni in cui la sanzione risulterebbe sproporzionata rispetto i fini da tutelare. Essi sono il condono e la sospensione. Durante la stesura di questo studio si è potuto osservare che il rimedio del condono viene messo in opera sistematicamente in occasione di feste o ricorrenze. Al contrario, il rimedio della sospensione è un provvedimento di rarissima emanazione mentre potrebbe sopperire, almeno in parte e temporaneamente, agli effetti vizianti per eccesso di potere sopra esposti.

I provvedimenti avversi il procedimento sanzionatorio, oggetto dei prossimi paragrafi, agiscono sul procedimento caducandolo di ogni effetto. Non, però, nei confronti delle sanzioni restrittive che sono immediatamente esecutive^[15]. In dottrina ci s’interroga se quanto ormai consolidato nell’ambito del diritto amministrativo generale -inizialmente con la storica sentenza delle sezioni unite della Cassazione 500 del 1999 che ha introdotto il principio di risarcibilità da provvedimento illegittimo e, successivamente recepito nel C.P.A.- possa trovare spazio nei casi in cui le sanzioni disciplinari restrittive vengano annullate dopo la loro esecuzione^[16].

In tema di rimedi, il diritto sanzionatorio di corpo si uniforma al diritto amministrativo generale prevedendo però soltanto gli istituti più importanti cui dà una connotazione

particolare.

1.1. Il ricorso gerarchico militare

Si tratta di una richiesta fatta all'autorità sovra-ordinata ^[17]al fine di ottenere una nuova formulazione. Esso può essere presentato sia per motivi di legittimità che di merito.

Si tratta di un rimedio di carattere giustiziale avverso la sanzione reputata ingiusta che può essere presentato davanti ad un'autorità amministrativa la quale può annullare l'atto con un provvedimento espressione del potere di autodichia ^[18]della P.A.

Tale potere, benché presenti alcuni tratti in comune con l'autotutela, non dev'esservi confuso poiché quest'ultimo è attivato discrezionalmente dalla P.A. che non ha alcun obbligo di provvedervi neppure in presenza di un'istanza di autotutela. Pertanto, il suo mancato esercizio, non configura una violazione di diritti o interessi legittimi e l'istante non potrà azionare il giudice amministrativo neppure in caso di silenzio. Al contrario, in caso di ricorso amministrativo, la P.A. è obbligata a provvedere e dal suo silenzio discende tutta una serie di conseguenze giuridiche che verrà analizzata più avanti. Non si tratta neppure di un rimedio avente carattere giurisdizionale poiché il provvedimento non viene impugnato davanti ad un'autorità terza ma è la stessa P.A. che ha emanato la sanzione ad esprimere un nuovo giudizio. Dottrina e giurisprudenza, quindi, sono concordi nel sottrarre l'istituto in esame dalle garanzie costituzionali previste per l'attività giurisdizionale ^[19]. Tuttavia è da rilevare come la P.A. abbia un dovere di neutralità non rivestendo la posizione di contro interessata. Infine, per completezza di trattazione, bisogna chiarire che il ricorso non dà luogo ad un procedimento amministrativo stricto sensu ed è quindi sottratto all'obbligo di preavviso di rigetto ^[20].

Diversamente da quanto accade per il diritto amministrativo generale, in quello disciplinare militare il ricorso gerarchico è un presupposto necessario per l'eventuale ricorso straordinario o giurisdizionale ^[21]. In dottrina ci si è chiesti se l'eventuale presentazione di un ricorso giurisdizionale o straordinario senza che sia stato preventivamente esperito il ricorso amministrativo comporti una semplice violazione di un dovere prettamente disciplinare che obbliga solo il militare ^[22]ma che non impedisce al giudice amministrativo di formare un giudicato. O se, al contrario, la formulazione perentoria dell'art. 1363 c.2 del C.O.M. vincoli anche il G.A. che dovrà disporre l'inammissibilità del ricorso. I fautori della prima teoria affermano che l'art.1363 sia in contrasto con gli art.24 c.1 e 113 ^[23]della Costituzione la quale assicura a tutti i cittadini il diritto di rivolgersi alla Giustizia per la tutela dei diritti e degli interessi legittimi. Detta dottrina, inoltre, afferma che l'onere imposto dal legislatore esclusivamente alla categoria militare sia in contrasto con il principio di uguaglianza enunciato nell'art.3 della

Costituzione. Sul punto è stata sollevata questione di legittimità che è stata risolta dalla Corte costituzionale, la quale ne ha dichiarato ^[24]la infondatezza poiché la norma impugnata sarebbe posta a tutela dell'efficienza e la coesione delle Forze Armate consentendo a queste di risolvere gli errori di legittimità in prima istanza. Oltretutto, non si può far a meno di rilevare che il legislatore non sottrae ai militari le tutele di cui l'art.24 Cost. ma, tutt'al più, ne ritarda l'esercizio per l'adempimento di una procedura che potrebbe essa stessa risolversi (con una maggiore celerità ed economicità) con un risultato equivalente a quello ottenibile in sede giurisdizionale. Per quanto attiene l'art. 113 Cost., si è osservato che con la locuzione sempre non s'intende un carattere di temporalità o consequenzialità, diversamente sarebbero impugnabili anche atti decaduti oppure non ancora formati, ma, come esplicitato nel secondo comma, è da intendersi nella sua estensione tipologica con il conseguente divieto di escludere dalle tutele atti amministrativi di qualunque materia.

Tuttavia, sulla presentazione della domanda di ricorso permangono perplessità riguardanti i termini a decadenza ^[25]. Infatti, a differenza del ricorso giurisdizionale, che può essere presentato entro 60 giorni, o a quello straordinario, il cui termine è fissato in 120 giorni, il ricorso gerarchico militare deve essere presentato nel termine **perentorio** di 30 giorni, oltre il quale si verifica acquiescenza dell'interessato con conseguente definitività ed inoppugnabilità dell'atto. Tale termine appare eccessivamente breve proprio nei casi sanzionati più duramente ovvero quando la metà del tempo concesso per l'impugnazione ^[26]viene trascorsa in condizioni di libertà ristretta. Da tale eventualità risulta una tempistica insufficiente poiché, al sanzionato che voglia ricorrere alla consulenza di un legale, restano quindici giorni (o meno) per svolgere tutte le operazioni preliminari alla presentazione del ricorso. Tali termini appaiono incomprensibili in quanto l'interesse generale alla conclusione rapida del procedimento e della certezza dei rapporti giuridici (cui potrebbe ostare l'impugnazione ^[27]), vengono garantiti dalla inconsueta e provvisoria difesa della previsione normativa che vuole l'esecuzione della sanzione anteriore alla definitività del provvedimento ^[28]. I termini decorrono dalla data di piena conoscenza dell'atto che dovrebbe corrispondere, normalmente, alla data di notificazione scritta del provvedimento. Tuttavia è possibile che l'amministrazione ometta di formalizzare il provvedimento che, come già detto, è esecutivo dalla data di comunicazione verbale all'interessato ^[29]. Ci si domanda quindi se l'omessa comunicazione sia causa di illegittimità dell'atto, di sua nullità e, di quali siano i mezzi impugnatori di tale provvedimento. In questo caso, la situazione che verrebbe ad essere posta in essere vedrebbe una restrizione della libertà personale operata da un provvedimento verbale adottato al termine di un procedimento sanzionatorio di carattere non penalistico. Questa situazione, unica nel panorama amministrativo, meriterebbe un interessamento dottrinale per le numerose e gravi implicazioni teorico pratiche che potrebbero derivare dall'erronea applicazione degli istituti in esame.

Di più semplice soluzione appare l'altro dubbio dottrinale riguardante le procedure di presentazione del ricorso gerarchico. Ci s'interroga se l'autorità competente ad esaminarlo debba essere dotata essa stessa di potere sanzionatorio attivo. L'idea prevalente è che in mancanza di una norma giuridica specifica si debba procedere per analogia legis. Pertanto, così come accade nel resto della P.A., è indipendente la capacità d'irrogare una sanzione da quella di rivalutarla. In ogni caso, qualora la domanda fosse indirizzata ad un'autorità che si ritiene incompetente, questa dovrà essere indirizzata d'ufficio all'organo competente ^{[30][31]}.

Per quanto attiene le modalità della presentazione va detto che il ricorso può essere presentato direttamente all'autorità sovraordinata (tramite posta raccomandata o ufficiale giudiziario), oppure per il tramite gerarchico. E' necessario dedicare una certa attenzione agli obblighi che derivano dal ricevimento del ricorso. Infatti se esso viene presentato brevi manu (e quindi alla stessa autorità che ha emanato la sanzione) il ricevente è tenuto a rilasciare una ricevuta ed inviarlo **senza commenti** e nel più breve tempo possibile all'autorità competente. Una violazione della presente disposizione potrebbe configurare un illecito penale. Qualora si scegliesse di presentarla tramite un vettore postale i termini decorrerebbero dalla data di ricezione che potrà essere comprovata tramite il timbro presente sulla ricevuta di ritorno.

A norma dell'art. 1 del D.P.R. 1199/1971, "è ammesso [...] per motivi di legittimità e di merito". Dal punto di vista dell'interessato questa è questa una delle differenze rilevanti tra il ricorso gerarchico e quello giurisdizionale poiché in questa fase è possibile addurre anche le ragioni che sottintendono l'errata valutazione etica del provvedimento.

Il rapporto tra ragioni di legittimità e merito, visto la peculiarità dell'ordinamento militare, merita un approfondimento. Considerata la scarsa efficacia del ricorso gerarchico militare ^[32], il legale che lo prepara ^[33] tende a sviluppare le proprie osservazioni in maniera che esse siano funzionali al successivo ricorso giurisdizionale. In altre parole, omette o accenna le ragioni di merito poiché non potranno essere presentate nella fase che verosimilmente seguirà ^[34]. Tuttavia, tale impostazione non di rado si dimostra lesiva per l'assistito poiché contraria sia all'etica dell'autorità adita che di quella sanzionante in quanto è ancora diffusa l'idea paternalistico-rinascimentale secondo la quale il superiore è il depositario dell'etica. Pertanto, l'ingerenza di un sistema giuridico esterno è vista come una riduzione delle facoltà di giudizio, così che l'eventuale annullamento della sanzione per ragioni di legittimità (anche se gravi), è avvertito come una furbata leguleia che mina il rapporto gerarchico. Sotto questo profilo risulterebbe auto-giustificato l'atteggiamento di pressione psicologica cui il ricorrente (specie se risulterà vittorioso) potrebbe essere sottoposto.

Se da un lato il rischio di “ripercussioni” è sempre presente quando ci si appresta ad affermare un proprio diritto, dall’altro lato nell’ambiente militare l’esercizio del potere del superiore si estende in tanti e tali ambiti che sarebbe difficile, se non impossibile, ottenere una tutela effettiva che ponga a riparo l’inferiore ricorrente. Per questa ragione, piuttosto che porre riparo in un momento successivo ^[35], agli obiettivi disagi che il ricorrente potrebbe essere costretto ad affrontare, è consigliato un approccio più partecipativo delle autorità ^[36]attraverso un ampio spazio dato ai motivi di merito al fine di far loro comprendere i punti di errata valutazione. A tal fine, è anche opportuna l’attenzione ad un linguaggio non rigidamente tecnico poiché, a differenza di quanto avviene in altre amministrazioni, gli studi richiesti ai dirigenti militari non sono necessariamente di natura giuridico-amministrativa ^[37].

A norma del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, gli elementi essenziali del ricorso sono:

L’indicazione dell’autorità adita: Anche se la giurisprudenza ha poi chiarito che l’errata indicazione dell’organo decidente non è causa di inammissibilità è opportuno indicare l’autorità sovraordinata al superiore che ha emanato l’atto sanzionatorio.

Le generalità del ricorrente: Oltre alle generalità del militare ^[38]ricorrente, si ritiene sia opportuno indicare anche l’unità organizzativa cui appartiene e quella in cui svolge le sue attività di servizio.

Gli estremi sufficienti ad identificare l’atto impugnato: Numero di protocollo, data, oggetto, indicazioni sommarie sul contenuto (es. Sanzione disciplinare di giorni 3 di consegna a carico del Brigadiere Tizio), ecc.

I motivi specifici: Breve esposizione dei fatti indicando gli aspetti salienti e delle ragioni per le quali si ritiene da censurare l’atto. Nell’esposizione dei motivi, questi devono essere dotati di opportuna consistenza, indicando le ragioni poste alla base delle conclusioni con l’indicazione delle norme che le giustificano ^[39]. La giurisprudenza ha chiarito che l’errata specificazione dello nomen iuris, non è motivo ostativo l’accoglimento purché sia possibile identificarlo dal contenuto logico e sostanziale del ricorso.

E’ di grande importanza che siano indicate tutte le ragioni di legittimità che si ritengono ostantive alla validità dell’atto poiché, in sede di eventuale azione giurisdizionale non sarà possibile addurne di nuove.

Le conclusioni: In cui si richiederà l’annullamento della sanzione impugnata oppure la sua riformulazione. Come si vedrà in seguito, tuttavia, la riformulazione è da considerarsi

eventualità eccezionale.

La sottoscrizione dell'impugnante o di un suo procuratore speciale. Un caso particolare

Parte della dottrina ¹⁴⁰ha osservato che esiste una prassi secondo la quale l'autorità competente (es. il comandante di Reparto) si confronta con il proprio superiore (es. comandante di Corpo) sul provvedimento da adottare per reprimere una mancanza. In altre occasioni, si è rilevato ¹⁴¹che è il superiore (es. comandante di Corpo) a segnalare al proprio sottoposto (es. il comandante di Reparto) un comportamento deplorabile di un subordinato comune conferendogli, implicitamente o esplicitamente, l'incarico di sanzionarlo. Entrambi questi procedimenti appaiono scorretti e l'eventuale emanazione della sanzione sarebbe certamente illegittima in quanto si rilevano i difetti di incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere e violazione delle garanzie costituzionali di difesa ¹⁴². Il primo vizio è deducibile poiché il giudizio dell'esecutore materiale sarebbe espressione della volontà di altra autorità ¹⁴³di grado superiore, la quale conferirebbe un vero e proprio dovere ¹⁴⁴di provvedere in luogo dell'esercizio discrezionale di una potestà. Anche qualora l'autorità proponente fosse titolare di potere sanzionatorio, violerebbe il disposto dell'art. 1397 c.3 che prevede che il rapporto vada inviato al comandante di Reparto se è comune ai due militari, negli altri casi la competenza è del comandante di Corpo ¹⁴⁵. Riguardo all'eccesso di potere, si evidenzia che l'autorità sanzionante (nell'es. il comandante di Reparto), non potrebbe svolgere la sua funzione arbitraria in posizione di neutralità essendo stato un suo superiore ad attribuirgli il compito. Ciò detto, si è anche ipotizzato che il provvedimento possa essere viziato da nullità ¹⁴⁶. Non si concorda con tale ipotesi che non trova altre conferme dottrinali e si ritiene che i vizi, benché numerosi e gravi, rientrino tra le illegittimità che determinano l'annullabilità. Tuttavia la gran mole di vizi non si esaurisce nel solo provvedimento sanzionatorio ma si estende anche al procedimento di ricorso gerarchico. Infatti, si osserva ¹⁴⁷che l'autorità adita competente a giudicare l'eventuale ricorso avrebbe già fatto parte del procedimento con un suo atto di avvio, di accordo o di assenso. In tali casi l'azione di giudizio sarebbe ridotta ad una vera essendosi già pronunciata, concordata o suggerita l'adozione del provvedimento. Pertanto, anche un eventuale provvedimento negativo ¹⁴⁸sarebbe annullabile essendo il superiore adito tenuto ad astenersi e rimettere la questione al proprio superiore diretto (es. comandante di Brigata) il quale non potrebbe che prendere atto del pasticcio procedimentale ed annullare il provvedimento per autotutela.

1.1.1. La decisione

La decisione sul ricorso può essere di accoglimento o di rigetto ovvero dichiarato improcedibile o inammissibile ¹⁴⁹. Essa assume valore dal momento della notificazione

all'interessato e dev'essere comunicata anche all'autorità che ha emanato il provvedimento originario. Caso particolare è la c.d. decisione annullatoria per autotutela che si verifica qualora l'interessato non rappresenti un vizio di legittimità^[50]che, tuttavia, viene rilevata autonomamente dall'autorità adita e che la considera dirimente. In questo caso, il provvedimento sarà annullato ed il ricorso estinto per cessazione della materia del contendere^[51].

1.1.1.a. La motivazione

Particolare spazio dev'essere dedicato alla motivazione che deve indicare in maniera esplicita, anche se generica^[52], le ragioni per le quali si è ritenuto di accogliere o rigettare i motivi di gravame dedotti.

Alla luce dell'art. 3 della legge 241/90, la dottrina ha ritenuto che “l'obbligo di motivazione di tutte le deduzioni del ricorrente fa sì che tutti quei provvedimenti assunti sulla base di una generica premessa ultronea rispetto alle deduzioni contenute in ricorso difettino sostanzialmente di motivazione”^[53]. Una volta emanato il provvedimento, le motivazioni a supporto non sono più modificabili in quanto, con la decisione, il superiore esaurisce la propria autonomia di giudizio.

1.1.1.b. Il contenuto decisorio

Andiamo ora ad analizzare il contenuto della decisione del provvedimento.

Se esso è di **rigetto**, il provvedimento diverrà definitivo e, come sarà meglio esposto nel capitolo dedicato al ricorso giurisdizionale, avverso ad esso sarà possibile soltanto esperire ricorso ordinario o straordinario. In questo caso, più che in ogni altro, l'autorità dovrà prestare attenzione al rispetto dei limiti di legittimità poiché il provvedimento eventualmente impugnato non sarà più la sanzione comminata precedentemente ma il provvedimento di rigetto del ricorso.

Se dovesse presentarsi un'istanza viziata in maniera sanabile^[54], l'autorità adita potrà sospendere il procedimento dichiarandolo **improcedibile**, assegnando un termine al ricorrente per sanare l'atto^[55].

Così come accade nel diritto processuale, quando l'istanza presenta un vizio che impedisce all'autorità di esaminare la richiesta per mancanza dei requisiti stabiliti dalla legge^[56], bisogna procedere con un provvedimento d'**inammissibilità**.

Come già detto, il ricorso può essere accolto per due fattispecie differenti.

Qualora il ricorso venga **accolto per incompetenza** dell'autorità sanzionante, l'autorità adita potrà annullare la sanzione e rimettere gli atti all'autorità competente, la quale, se i termini non sono ancora decorsi, provvederà a concluderlo nei modi che riterrà opportuni ^[57].

Gli altri casi di accoglimento, meritano un approfondimento dottrinale.

L'orientamento giurisprudenziale precedente all'emanazione del C.O.M. nel 2010, riteneva unanimemente che l'autorità adita, al di fuori del caso di annullamento, non potesse modificare la specie e la durata della sanzione in quanto non dotata di autorità decisoria sul fatto in esame (esaurita nella fase sanzionatoria). Tuttavia, dopo l'emanazione del Codice si ravvisa la necessità di approfondire l'argomento poiché la formulazione dell'art. 1371 ^[58] ha destato dubbi interpretativi. In particolare ci si chiede se una violazione, la cui sanzione sia stata oggetto di ricorso o istanza di riesame, possa essere punita una seconda volta con una sanzione di differente specie che sostituisca la precedente. Di tale avviso risulta essere l'interpretazione data dal Ministero della Difesa che prevede, a seguito di accoglimento del ricorso, la riforma dell'atto o il rinvio all'Organo che lo ha emanato ^[59]. Dalla lettura combinata del Codice e della guida tecnica sembrerebbero ammissibili le riformazioni dell'atto sia in senso migliorativo che in senso peggiorativo, purché la specie della sanzione sia diversa. Pertanto, in base alla sola interpretazione letterale, sarebbe possibile sia sostituire un provvedimento di "consegna" con uno di "rimprovero" sia l'opposto.

L'interpretazione che prevede l'**adozione di sanzioni più favorevoli per i soli motivi di merito** per l'incolpato appare condivisibile, ma non pacifica ^[60]; si pensi ad un procedimento la cui sanzione sia scaturita dalla supposizione di più violazioni commesse con un unico comportamento. E' possibile che le infrazioni più gravi, in sede di ricorso, vengano a decadere ^[61]. In tal caso, la sanzione sarà rimodulata per sanzionare soltanto i fatti censurabili che, in caso di annullamento dell'intera sanzione, resterebbero impuniti. Oltretutto, il concedere tale facoltà all'autorità adita permette una reale valutazione dei motivi gravame. Questa, infatti, raramente può far decadere ogni giustificazione sottintesa alla sanzione. Molto più facilmente andrà ad incidere sulla gravità della stessa. Ma quando l'autorità superiore dovrà valutare l'opportunità di lasciare del tutto impunito un comportamento errato oppure mantenere in vita una sanzione sovradimensionata per ragioni di ordine etico si vedrà, suo malgrado, costretta a rigettare il ricorso.

Fattispecie ben diversa appare quella che ammette anche i provvedimenti peggiorativi. In questo caso, oltre ai dubbi dottrinali sopra espressi, esistono ragioni di palese illogicità. In

primo luogo perché, come già osservato dalla dottrina ante codice, la fase decisoria è stata già esaurita dall'autorità sanzionante e, quindi, all'autorità adita non residua il potere d'identificare nuovi motivi di gravame ^[62]. In secondo luogo si evidenzia che l'autorità adita non conosce tutti gli aspetti e le giustificazioni poiché le fasi di garanzia del procedimento si svolgono, di regola, oralmente ^[63].

Infine, per quanto attiene i provvedimenti di **accoglimento per motivi di legittimità**, appare evidente che in questo caso la sanzione non dovrebbe essere riformata. Infatti il vizio di legittimità, di regola, impedisce il corretto svolgimento del processo di cognizione ad opera dell'autorità sanzionante. L'autorità adita non può certamente rinnovare l'intero procedimento con la riproposizione delle fasi procedurali ivi compresa quella dibattimentale con l'audizione dei testimoni, e quindi si limita a conoscere del procedimento tramite gli atti endoprocedimentali viziati. In tal caso la rinnovazione soffrirebbe inevitabilmente dello stesso vizio sofferto dal provvedimento originario. Potrebbero forse fare eccezione i provvedimenti viziati da eccesso di potere come quello che viene identificato dalle figure sintomatiche dell'illogicità manifesta o della sproporzione tra violazione e sanzione. In questo caso, infatti, prevarrebbero le argomentazioni esposte per la rinnovazione in seguito all'accoglimento del ricorso proposto per motivazioni di merito.

Il rapporto tra decisione del ricorso gerarchico e provvedimento impugnato è dibattuto in giurisprudenza. Sul punto sono state teorizzate diverse tesi giurisprudenziali e dottrinarie che sono descritte brevemente di seguito:

Assorbimento: Si afferma che il provvedimento impugnato viene assorbito dalla decisione del ricorso che quindi lo sostituirebbe con la conseguenza che sarebbe quest'ultimo oggetto dell'azione impugnatoria. Considerata la particolare struttura gerarchica funzionale dell'organizzazione in esame, alla luce della già citata pronuncia della Corte Costituzionale ^[64] in cui si ribadisce l'interesse generale di mantenere la coesione delle Forze Armate, appare questa la teoria più rispondente all'istituto in oggetto. **Accessione:** la decisione di rigetto sarebbe un atto meramente confermativo dell'atto originario e quindi, il provvedimento di base resterebbe in vita con la conseguenza di essere egli stesso autore dell'azione di impugnazione (ordinaria o straordinaria). **Autonomia:** oggetto dell'impugnazione sarebbe il provvedimento già impugnato. In tal caso l'eventuale accoglimento del ricorso giurisdizionale (o straordinario al Capo dello Stato) imporrebbe una rinnovazione da parte della decisione dell'autorità adita in sede gerarchica. Tale tesi minoritaria prevede che in giudizio possano essere fatti valere vizi non rilevati in sede di ricorso. Per queste ragioni, tale teoria appare incompatibile con l'obbligatorietà dell'azione preliminare di ricorso gerarchico tipica dei provvedimenti militari. **Coesistenza** degli atti: recente giurisprudenza ^[65] ammette che entrambi gli atti possano essere impugnati poiché

coesisterebbero. Come per la tesi dell'Autonomia tale teoria mal si attaglia al diritto sanzionatorio militare. **1.1.1.b.1. Il silenzio amministrativo (cenni)**

La P.A. deve adottare il provvedimento di conclusione del procedimento entro un termine prestabilito ^[66]. Qualora questo non avvenga, si configura il c.d. silenzio della P.A. a seguito di un comportamento omissivo di fronte al dovere di provvedere. L'ordinamento distingue il silenzio in giuridicamente qualificato e non qualificato. Nella prima ipotesi si possono verificare il caso di senso positivo (silenzio assenso) e quello di senso negativo (silenzio diniego e silenzio rigetto). Nella seconda ipotesi, si verifica il c.d. silenzio inadempimento cui l'ordinamento non assegna alcun significato ^[67].

Il silenzio assenso ^[68] è previsto tra gli istituti di semplificazione nei procedimenti a istanza di parte ^[69] per il rilascio di provvedimenti amministrativi. "Il silenzio dell'amministrazione competente equivale a provvedimento di accoglimento della domanda", se la stessa amministrazione non comunica all'interessato, nei termini, il provvedimento di diniego ^[70].

Data la peculiarità dell'ambiente militare, è difficile ipotizzare l'applicazione dell'istituto del silenzio qualificato in senso positivo. Nell'ambito del diritto disciplinare (generale e, conseguentemente militare), invece, esso è espressamente escluso dalla legge.

Più pregnante al fine di questo studio risultano il silenzio diniego e il silenzio rigetto che sono ipotesi in cui la norma attribuisce all'inerzia dell'amministrazione una qualificazione giuridica negativa. Nel primo caso, decorso inutilmente un determinato periodo di tempo, il silenzio equivale a un provvedimento di diniego ^[71]. Il silenzio rigetto, invece, sarà approfondito nel prossimo paragrafo in quanto si tratta di un istituto con cui si forma la volontà dell'autorità adita e dà luogo a frequenti impugnazioni.

1.1.1.b.2. Il silenzio rigetto

Il silenzio rigetto è atto-fatto, giuridicamente rilevante, cui la legge assegna valore di provvedimento di rigetto, che conclude il procedimento iniziato con il ricevimento dell'istanza di ricorso amministrativo.

Esso si verifica in caso di mancata pronuncia decorsi 90 giorni dalla presentazione del ricorso senza che l'organo adito abbia comunicato la decisione. In questo caso il ricorso si intende respinto ^[72].

L'istituto del silenzio è stato una conquista giurisprudenziale ^[73] finalizzata ad impedire

che il procedimento restasse in balia dell'autorità sine die impedendo, di fatto, l'esperimento delle misure della tutela alternative.

A differenza di quanto non accada con il silenzio assenso, la forma di silenzio rigetto non può essere considerata un sistema di semplificazione dell'azione della P.A. in quanto in capo all'autorità competente ricade il **dovere** di emanare un provvedimento espresso entro 90 giorni. Infatti, l'equiparazione al rigetto non deve trarre in inganno poiché esso lede sia il diritto di ottenere una motivazione che il diritto di difesa, in quanto il solo superiore gerarchico è investito del potere di decidere sul merito ^[74].

La giurisprudenza ^[75] è stata interpellata sulla legittimità del provvedimento tardivo sia di quella di accoglimento che quella di conferma del rigetto. In queste sedi è stato determinato che il superiore non perde la potestà decisoria. In caso di accoglimento, però, il ricorso non ancora concluso diverrà improcedibile per decadenza della materia del contendere ^[76]. Nel caso di rigetto, invece, al ricorrente sarà consentito accedere al rimedio giurisdizionale anche qualora fossero decorsi i termini d'impugnazione.

1.2. Il ricorso straordinario (cenni)

Il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica ^[77] è un rimedio generale ^[78] di carattere giustiziale alternativo al ricorso giurisdizionale ^[79] che può essere proposto avverso tutti gli atti definitivi ^[80] che s'intendono lesivi degli interessi legittimi e dei diritti soggettivi.

Si tratta di un istituto che affonda le sue radici nello storico potere assoluto della monarchia e nei privilegi del sovrano in quanto detentore esclusivo dei tre Poteri. Nelle democrazie esso si è trasformato in rimedio amministrativo giustiziale.

Può essere esperito solo per ragioni di legittimità nel termine di 120 giorni e presentato o direttamente al ministero competente (nel caso di militari il Ministero della Difesa) o all'organo che ha emanato il provvedimento. Non è appellabile ^[81] se non per revocazione ed errores in procedendo.

Si ritiene che qualora la sanzione sia stata comminata ad una pluralità di militari la proposizione in sede giurisdizionale di uno di loro impedisca agli altri il ricorso straordinario.

Riguardo le modalità di esame, il ministro competente deve richiedere il parere del Consiglio di Stato. Tale parere oltre che obbligatorio è vincolante ^[82].

L'istituto ha avuto larghissimo utilizzo per due ragioni. La prima è che per la redazione dell'atto non è necessaria l'assistenza di un legale e quindi i suoi costi erano trascurabili. La seconda è che si accedeva direttamente (anche se informalmente) ad un giudizio di secondo grado. La convenienza di questo rimedio si è attenuato in quanto non più gratuito ma subordinato al versamento del contributo unificato di 650,00 € ^[83].

1.3. L'istanza di riesame (cenni)

In luogo dell'opposizione, nell'ambito militare disciplinare è possibile presentare alla stessa autorità emanante la sanzione - qualora emergessero nuovi elementi dopo la chiusura del procedimento - un'istanza con la quale si chiede la riformulazione del provvedimento.

Anche in questo caso, la formulazione dell'art. 1371 del COM risulta infelice lasciando spazio all'ipotesi di una sanzione peggiorativa. Sicuramente questa è un'eventualità da escludersi poiché i nuovi elementi adottati, essendo introdotti dal sanzionato, non potranno che essere valutati a suo favore. Tuttavia ci s'interroga se il provvedimento novato potrà essere differente da quello impugnato oppure se l'autorità potrà solo limitarsi ad annullare l'atto o confermarlo. Per quanto attiene la possibilità di novare il provvedimento in senso migliorativo, si ritiene che siccome si tratterebbe di un nuovo provvedimento, analogamente a quanto avviene con l'annullamento per autotutela, esso potrà anche essere riformulato.

Questo istituto non è soggetto a termini e, poiché si tratta di una nuova formulazione, e quindi di un nuovo provvedimento, è ammesso contro di esso ricorso da presentarsi entro 30 giorni dalla notificazione dell'atto. Al fine di aggirare i termini d'impugnazione parrebbe ipotizzabile che venga presentata un'istanza in assenza di un nuovo elemento oppure in presenza di un elemento non sufficientemente significativo a mutare la volontà dell'autorità, semplicemente per riaprire i termini del ricorso. Tuttavia questa ipotesi è da escludersi in quanto i vizi già presenti nel provvedimento originario sono stati sanati dall'acquiescenza intervenuta alla scadenza dei primi termini pertanto il ricorso dovrà essere giudicato inammissibile.

1.4. Annullamento d'ufficio (cenni)

Quando l'autorità che ha emanato l'atto o, in via eccezionale il comandante di Corpo ^[84], ravvisa la presenza di vizi di legittimità, può procedere all'annullamento d'ufficio, con effetti ex tunc, del provvedimento sanzionatorio entro un termine ragionevole ^[85]. Egli può

anche procedere alla convalida dell'atto sanando il vizio da cui è affetto ^[86]emanando un provvedimento di convalida che va notificato agli interessati e deve contenere gli estremi dell'atto, il vizio cui è affetto, la volontà espressa di volerlo sanare ed il provvedimento sanante (es. integrazione di motivazione, eliminazione delle clausole, ecc.)

Tuttavia, come già accennato precedentemente, non è possibile la convalida successivamente alla presentazione del ricorso. I provvedimenti adottati dall'Amministrazione a seguito dell'esercizio del potere di autotutela decisoria sono soggetti ai medesimi rimedi previsti per l'atto annullato.

1.5. Il ricorso giurisdizionale (cenni)

Si premette che una disamina approfondita del ricorso giudiziale, essendo esperibile con le stesse modalità e forme che riguardano il diritto amministrativo generale ^[87], esulerebbe gli obiettivi che questo elaborato si propone. Inoltre è necessario l'intervento, da un lato dell'Avvocatura di Stato e dall'altro dell'assistenza di un legale che sapranno certamente indirizzare i loro assistiti. Tuttavia si ritiene importante conoscerne gli elementi essenziali che caratterizzano il processo Amministrativo onde evitare che un errore procedurale delle fasi precedenti a quelle giurisdizionali, inficino il risultato finale.

A differenza del ricorso gerarchico, in questo caso si pone all'attenzione dell'autorità giurisdizionale la legittimità del provvedimento impugnato. Al fine della valutazione dei costi di un'eventuale azione giurisdizionale bisogna tener presente che gli organi competenti sono i Tribunali Amministrativi Regionali che hanno sede nei capoluoghi di regione e, se presenti le sezioni staccate, anche in altre città della stessa regione. E' da considerare infatti che la competenza della giustizia amministrativa è divisa secondo il criterio territorialità in base al luogo ove il provvedimento ha manifestato i suoi effetti. L'eventuale incompetenza di un T.A.R. dev'essere eccepita dalla parte interessata entro 45 giorni dalla ricezione della notifica. Nella considerazione che il ricorso viene sempre presentato dal privato si può dedurre che la parte interessata ad eccepire l'incompetenza è sempre la P.A.

La funzione di giustizia amministrativa di secondo grado è esercitata dalle sezioni IV, V e VI del Consiglio di Stato ^[88]con sede in Roma.

Il provvedimento impugnato non sarà più la sanzione disciplinare bensì il provvedimento di rigetto (o quello riformato) dell'autorità adita nel ricorso gerarchico.

2. Conclusioni

Il compito prioritario del presente elaborato è stato fornire una visione di insieme dei vizi che possono affliggere il provvedimento, segnatamente emanato dall'Autorità militare. Non di meno, data la scarsità di studi giuridici su questo specifico argomento, esso potrebbe essere di ausilio per la gestione dell'irrogazione delle sanzioni disciplinari per quei comandanti di minori unità, i quali non gradiscono perseguire i loro obiettivi attraverso la doxa, il "sentito dire", o la prassi stessa, che come visto a volte risulta contra legem. Intendo comunque chiarire che gli argomenti qui trattati possono essere una traccia o uno spunto per effettuare uno studio più approfondito della materia ed in tal senso ritengo la bibliografia potrebbe costituire un valido ausilio.

“La giuridicizzazione delle norme comportamentali è direttamente proporzionale all'interesse sociale che le norme stesse mirano a tutelare. In tale ottica, essendo lo strumento militare finalizzato alla conservazione della stessa società, l'interesse da tutelare può considerarsi apicale, sicché la sua tutela non può essere affidata esclusivamente all'etica individuale, necessitando anche rigide regole giuridiche idonee ad assicurare l'operatività” ^[89].

E' per questa ragione che è dato alla gerarchia militare il potere o, meglio, la potestà d'irrogare sanzioni, che sotto diversi profili possono essere assimilate a quelle penali.

A tal fine ritengo fondamentale evidenziare l'indispensabilità di limitare al massimo i casi di provvedimenti viziati. Questo per il duplice danno che una sanzione irrogata con un vizio arreca all'istituzione militare: il primo è che permetterà all'autore di un fatto illecito di ottenere una specie d'immunità, facendosi riconoscere l'annullamento della sanzione meritata in sede di ricorso gerarchico, straordinario o giurisdizionale, ledendo nel contempo il prestigio della figura dell'autorità sanzionante; il secondo, ancora più grave, è che invade il diritto soggettivo ^[90]del militare che, benché autore di un comportamento illecito, si sentirà colpito da un provvedimento, che ritiene ingiusto affievolendo, invece di rafforzare, i suoi valori etici in quanto l'emanazione di un provvedimento viziato è, innanzitutto, l'invasione da parte della P.A. di un settore, un interesse o un diritto tutelato dalla legge. Questa invasione è tanto più grave quando effettuata da un organo dello Stato deputato a difenderne i principi costituzionali e democratici e che ad essi deve uniformarsi ^[91].

Sembra, infatti, che in quest'epoca si stia realizzando quello che da oltre sessant'anni parte della dottrina invocava ^[92], ovvero la riduzione della distanza tra mondo etico e mondo giuridico.

Concludo con la considerazione ovvia, anche se spesso non percepita, che l'autorità

sanzionatoria degli organi militari non è conferita dalle armi, altrimenti si tratterebbe di un'organizzazione camorristica, non è conferita dall'associazionismo, altrimenti sarebbe un parastato, non è conferita dalla struttura gerarchica, perché non si tratta dello strumento di un dispotismo ma è data dalla legge per fini legali e ad essa deve uniformarsi nei limiti, nel merito e, soprattutto nello spirito.

3. Bibliografia 3.1. Pubblicazioni

Bachelet V. (1962), *Disciplina militare e ordinamento statale*, Giuffrè. Bachelet V. (1965), *Ordinamenti militari e disciplina militare*, Giuffrè. Boursier Niutta E. and Esposito A. (1995), *Elementi di diritto disciplinare militare*, Laurus Robuffo, Roma. Boursier Niutta E. and Esposito A. (2004), *Elementi di diritto disciplinare militare*, Laurus Robuffo, ed. III, Roma. Boursier Niutta E. and Esposito A. (2013), *Elementi di diritto disciplinare militare*, Laurus Robuffo, ed. IV, Roma. Boursier Niutta E. and Gentili A. (1991), *Codice di disciplina militare*, Roma, Iassillo. Brunelli D. (1995), *Il nuovo ordinamento disciplinare delle Forze Armate*, Cedam, Padova. Carinci F. and Tenore V. (2007), *Il pubblico impiego non privatizzato*, Vol. II, Milano, Giuffrè. Caringella F. (2005), *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano. Casetta E. (2003), *Compendio di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano. Casetta E. (2014), *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano. Cattaneo (1970), *Anselm Feuerbach, filosofo e giurista liberale*, UTET, ed. III, Milano. Fiandaca G. and Musco E. (2004), *Diritto Penale – parte generale*, Milano, Zanichelli. Giuffrè (1983), *il diritto militare dei Romani*, Patròn, 1983. Intellisano A. (1987), *Introduzione ai principi della disciplina militare*, Cedam. Lo Cascio M. (1952), *Diritto militare e disciplinare*, Firenze. Maruotti G., *L'azione di Comando* (2007), Viterbo. Mazzaroli L. e AA.VV. (2005), *Diritto Amministrativo*, Bologna, Monduzzi. Mercone M. (2003), *Diritto processuale penale*, ed. XI, Edizioni Giuridiche Simone, Napoli. Romano S. (1918), *L'ordinamento giuridico*, Pisa. Trevisiol E. (2012), *Le sanzioni disciplinari di Corpo – nel Codice dell'Ordinamento militare e testo unico regolamentare attuativo*, edizioni in.edit, Castel S.Pietro. Virga P. (2001), *Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè.

3.2. Fonti normative (principali) 3.2.1. Rango costituzionale e primario

Carta Costituzionale. Codice Penale Militare di Pace e di Guerra. D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 “Semplificazione dei procedimenti in materia di ricorsi amministrativi” Legge 382/1978 “Norme di principio sulla disciplina militare”. Legge n. 241/1990 “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi” coordinato ed aggiornato, da ultimo, con le modifiche

introdotte dalla L. 7 agosto 2015, n. 124 e, successivamente, dalla L. 28 dicembre 2015, n. 221. LEGGE 28 novembre 2005, n. 246 “Semplificazione e riassetto normativo per l'anno 2005”. D.lgs. 30 marzo 2001, n. 165 “Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche”. Decreto Legislativo 66/2010 “Codice dell'ordinamento militare”. Codice del processo amministrativo approvato con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 aggiornato con le modifiche apportate, da ultimo, dal D.L. , n. 192/2014, convertito, con modificazioni, dalla L., n. 11/2015 e dal D.L., n. 83/2015, convertito, con modificazioni, dalla L n. 132/2015. Relazione parlamentare 4[^] commissione permanente Difesa, n.873-A

3.2.2. Regolamenti e circolari

“Regolamento di disciplina per l'Esercito”, ed. 1929. D.P.R. 545/1996 “Regolamento di disciplina militare”. D.P.R. 90/2010 “Testo unico delle disposizioni regolamentari in materia di ordinamento militare”. Guida Tecnica sulle norme e procedure disciplinari Ed. 2006, Ministero della Difesa Direzione Generale del Personale Militare. Guida Tecnica sulle norme e procedure disciplinari Ed. 2011, Ministero della Difesa Direzione Generale del Personale Militare. Guida Tecnica “Procedure disciplinari” 4[^] edizione – Ottobre 2014, Ministero della Difesa Direzione Generale del Personale Militare.

3.3. Giurisprudenza

Per la casistica si fa riferimento alle note all'interno dell'elaborato.

3.4. Sitografia

Corte costituzionale; Diritto Amministrativo; Motivazione criptica, di Russo A.; Nullità dell'atto; Riferimenti giurisdizionali; Giurisprudenza e dottrina; Verifica normativa; Verifica della validità e dell'efficacia delle sanzioni disciplinari di corpo e di stato, www.dirittomilitare.it, di Bassetta F.; Il silenzio.

[1] “I vizi dell’atto di diritto amministrativo con particolare riferimento al diritto sanzionatorio militare di corpo” tesi di laurea e tesi per il master di II livello di diritto Amministrativo.

[2] Il Bachelet (Bachelet, 1962), la chiama supremazia speciale. Ho aggiunto la parola “super” per sottolineare che ci riferisce ad una supremazia doppiamente rafforzata. Infatti, essa è sia espressione del potere di supremazia speciale che compete a tutta la Pubblica Amministrazione, e sia perché rispetto a quest'ultima, essa si pone in una posizione

dominante per specialità (lex specialis derogat generali). Tale potere doppiamente protetto impedirà alla Costituzione di entrare nell'ambito della disciplina militare (mantenendo avulso l'ampio potere autoritativo dal principio legalità) per un trentennio, fino all'entrata in vigore della legge n.382/78.

[3] Lo stesso esercizio dell'azione disciplinare, ad esclusione delle violazioni previste nell'art. 751 del Regolamento, è rimesso alla volontà del superiore.

[4] Nell'ambito del diritto amministrativo militare non c'è ancora traccia della corrente giurisprudenziale che ridimensiona la discrezionalità fino a renderla "tecnica" e, in alcuni casi, atto meramente vincolato. Cfr. prof. Di Mario Alberto – "I limiti dell'attività amministrativa vincolata" – Dispensa di diritto Amministrativo "Unipegaso".

[5] Art. 1353 D.lgs. 66/2010 "Codice dell'ordinamento militare".

[6] L'enunciazione dei principi di tassatività e tipicità della sanzione previsti del C.O.M. risulterebbero pleonastici se s'ignorasse il dibattito dottrinale affievolito con l'emanazione della legge n. 382/1978 ma cessato solo dopo il recepimento giurisprudenziale operato a metà degli anni '90. La presa di coscienza delle FF.AA. ed il conseguente energico contrasto del fenomeno noto come "nonnismo" operato nei primi anni 2000, unitamente alla progressiva professionalizzazione della compagine militare, ha posto fine al deprecabile fenomeno solo negli anni immediatamente antecedenti all'approvazione del C.O.M.

[7] Benvenuti, Voce "Autotutela" (diritto Amministrativo), in Enc. Dir., Giuffré, vol.IV, p.533 richiamato da (Boursier Niutta & Esposito, 2013).

[8] Boursier Niutta & Esposito, 2013, p.173.

[9] Cfr. conclusioni.

[10] La "consegna" e la "consegna di rigore".

[11] Cfr. circolare 2936 – Norme per la vita ed il servizio interno di Caserma – Stato Maggiore Esercito ed.2009.

[12] Boursier Niutta & Esposito, 2013, p.174.

[13] Ciò si verifica principalmente nelle località dove stanziano gli istituti di formazione che, per ragioni storiche, tendono alla più rigorosa applicazione disciplinare. Il legislatore, con l'Art. 1355 disponendo che “[...]2. Nel determinare la specie ed eventualmente la durata della sanzione sono inoltre considerati i precedenti di servizio disciplinari, il grado, l'età, e l'anzianità di servizio del militare che ha mancato [...]”¹³, ha posto tale pratica nell'alveo delle illegittimità per eccesso di potere. Tuttavia non ha raggiunto lo scopo poiché l'azione di tutela è rimessa a personale inesperto, posto sotto stress e sudditanza psicologica ed è ignaro delle conseguenze ai fini di carriera.

[14] Parte minoritaria della dottrina, negli anni '80 ha ritenuto che in senso lato, nel diritto disciplinare militare fosse possibile utilizzare il termine “pena” per le sanzioni restrittive. Si affermava, infatti che il combinato disposto dell'Art. 260 C.P.M.P. e l'art. 64 c.7 dell'R.D.M. (interamente recepito nell'art. 1362 c. 7 del C.O.M) autorizzassero tale eccezione sottolineando le similitudini tra sanzione restrittiva e sanzione penale. Tale interpretazione, tuttavia, è contestata poiché, a norma del citato 64 c.7 dell'R.D.M., l'irrogazione della sanzione amministrativa in luogo di quella penale è rimessa al “comandante di corpo [che] non ritenga di richiedere il procedimento penale, ai sensi dell'articolo 260 c.p.m.p.” pertanto, si tratterebbe di una misura alternativa a quella penale.

[15] Art. 1361 c.3 e 1362 c.9 del Codice

[16] Ipotesi tutt'altro che improbabile se si considera che l'esecuzione della durata massima di giorni 15, inizia dal giorno della comunicazione **verbale** (che è inoppugnabile fino alla successiva comunicazione scritta).

[17] Nell'ambito militare è possibile tralasciare il ricorso gerarchico improprio poiché ogni autorità militare è subordinata gerarchicamente ad un'altra autorità militare. I Dirigenti Civili del ministero della Difesa hanno potestà di rapporto (potestà di relazionare un fatto all'autorità competente al sanzionarla) verso il personale alle proprie dipendenza (tuttavia si tratta di una dipendenza d'ufficio e non di persone come accade nell'alveo militare, pertanto il discorso esula da quello oggetto del presente elaborato). Fa eccezione il solo organo apicale che, in veste della sua direzione generale, non è legato da un rapporto di stretta dipendenza dal ministro e quindi, al pari degli altri organi apicali, emana provvedimenti immediatamente definitivi.

[18] In senso stretto l'autodichia è il potere concesso agli organi costituzionali di annullare atti da essi stessi emanati (es. “a_ della corte costituzionale” o “a_ delle camere”). Tuttavia, in senso lato, anche la P.A., in quanto espressione dell'Stato inteso come un unicum è considerata titolare del potere in parola.

[19] Art. 24, 103 e 113 Cost. Si rileva, comunque, la non unanimità dottrinale sull'argomento. Cfr. nota 154.

[20] Art. 10bis L. 241/1990. Il preavviso di rigetto apparirebbe una misura inadeguata anche per ragioni di logica. Esso mira a permettere la partecipazione del privato ai procedimenti attivati da istanza ma, nel caso in esame, il contraddittorio è avvenuto sia in fase dibattimentale che con il testo del ricorso il quale è, di fatto, un atto di partecipazione.

[21] Art. 1363 del Codice: “Organo sovraordinato 1. L'organo sovraordinato di cui all'articolo 1 del D.P.R, n. 1199/1971, è rappresentato dall'organo gerarchicamente superiore a quello che ha emesso il provvedimento. 2. **Avverso le sanzioni disciplinari di corpo non è ammesso ricorso giurisdizionale o ricorso straordinario al Presidente della Repubblica se prima non è stato esperito ricorso gerarchico o sono trascorsi novanta giorni dalla data di presentazione del ricorso.** 3. E' comunque in facoltà del militare presentare, secondo le modalità stabilite dal presente codice, istanze tendenti a ottenere il riesame di sanzioni disciplinari di corpo.”

[22] Eventualmente sanzionabile nelle apposite sedi.

[23] ART. 113. “Contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa. Tale tutela giurisdizionale non può essere esclusa o limitata a particolari mezzi di impugnazione o per determinate categorie di atti. [...]”.

[24] Con sentenza 22 aprile 1997, n.113.

[25] A tal proposito si ricorda che nell'ambito dell'attività di lavoro contrattualizzata non esiste termine di decadenza per l'impugnazione ed il giudice del Lavoro può essere interpellato fino alla prescrizione che interviene in 10 anni.

[26] O anche meno se si considera che più sanzioni sono cumulabili.

[27] Secondo dottrina e giurisprudenza largamente prevalenti, il ricorso amministrativo è parte del processo di formazione del provvedimento e l'atto impugnato non può dirsi concluso prima del riesame interno all'organizzazione. Vedasi capitolo successivo.

[28] Non sfugge che il termine indicato ha carattere di generalità in quanto previsto anche nell'art. 2 del D.P.R. 1199/1971. Tuttavia si rileva che:

Nel diritto amministrativo generale è possibile impugnare l'atto non definitivo di fronte al giudice; Nelle altre branche del diritto sanzionatorio, sia quello del lavoro, quello penale che quello amministrativo generale (ad esclusione dei provvedimenti temporanei e d'urgenza), la sanzione viene eseguita in seguito all'emanazione dell'atto definitivo e, anzi, vige il criterio contrario perché, generalmente, l'oblazione amministrativa comporta acquiescenza. [29] Art.1361 c. 3 ed art. 1362 c. 9.

[30] Si è osservato, invece, un comportamento generalmente caducante da parte dell'Amministrazione che tende a rigettare (a volte anche con note ironiche), le istanze presentate ad autorità che, benché facenti parte della stessa amministrazione, siano relativamente incompetenti.

[31] Già previsto dalla legge 1199/1971 e confermato con sentenza del Consiglio di Stato V sez. n 4773 del 27 febbraio 2009, con la quale si dirimevano questioni tributarie.

[32] Casi analizzati: 16. Uno accolto nel ricorso gerarchico per ragioni di merito. Quattro rigetti espliciti. Undici rigetti per silenzio. Tutti i 15 rigetti sono stati accolti in sede di ricorso giurisdizionale dai TAR competenti oppure con ricorso straordinario al P.d.R.

[33] L'intervento di un legale non è necessario ma può essere opportuno.

[34] Per le ragioni spiegate nel prossimo paragrafo, i motivi avversativi la sanzione che possono essere adottati in sede di ricorso di legittimità (TAR o PdR), devono essere contenuti nell'istanza di ricorso gerarchico.

[35] Anche in sede penale. Poiché i tre procedimenti penali cui mi riferisco sono ancora in corso, per opportune ragioni di riservatezza devo ometterne i riferimenti.

[36] Sia quella adita che quella sanzionante che, auspicabilmente ne sarà il tramite gerarchico.

[37] Fanno eccezione gli ufficiali dei Carabinieri i quali, tuttavia, per ovvie ragioni, sono più avvezzi al diritto Processuale Penale.

[38] Si raccomanda di non omettere le indicazioni del grado che sono obbligatorie salvo

costituire illecito disciplinare.

[39] E' necessario che vengano espressi con completezza e cura.

[40] Boursier Niutta & Esposito, 2013.

[41] Risultato di ricerca diretta.

[42] Il rapporto che c'è tra procedimento sanzionatorio e garanzie costituzionali è controverso. Da un lato, il carattere giustiziale del procedimento farebbe pensare che si escluda l'applicazione delle garanzie previste dalla Costituzione. Dall'altro lato, si è rilevato come questa si riferisca a tali garanzie in maniera atecnica e, quindi, parrebbero estendibili all'intero diritto sanzionatorio (penale, amministrativo e, limitatamente, civile). Oltretutto, l'interpretazione più restrittiva, parrebbe contrastare tanto quanto con l'interpretazione letterale dell'art. 24 c.2 "La difesa è diritto inviolabile in ogni stato e grado del procedimento" sia con criteri di equità logica che vedrebbe sanzioni paritetiche (restrittive o pecuniarie) tutelate in maniera inversamente proporzionale alla gravità della mancanza.

[43] La quale potrebbe essere priva di potestà sanzionatoria.

[44] Nell'ambito militare ogni espressione di volontà del superiore ha valore di ordine.

[45] A tal proposito, il Consiglio di Stato ha fornito un parere (n. 05000/2012) in cui ha ribadito che le garanzie procedurali previste dalla norma in esame trovano la loro ratio proprio nell'opportunità che a giudicare i fatti sia il Superiore comune a entrambi i Militari proprio al fine di evitare condizionamenti del Superiore nell'esercizio del potere sanzionatorio.

[46] Boursier Niutta & Esposito, 2013 – "la nullità di una sanzione concordata traspare [...]"

[47] Boursier Niutta & Esposito, 2013

[48] Probabilmente anche un provvedimento positivo soffrirebbe gli stessi dubbi di legittimità. Tuttavia essendo il procedimento sanzionatorio privo di controinteressati diversi dalla P.A., l'accoglimento non sarebbe impugnabile. Inoltre, si osserva che l'annullamento della sanzione per autotutela o per accoglimento del ricorso, nel caso concreto, sortirebbero gli stessi effetti.

[49] Guida Tecnica “Procedure disciplinari” 4^a edizione – Ottobre 2014.

[50] Ma non di merito.

[51] In questo caso, l'accettazione del ricorso, infatti, sarebbe viziato dalla c.d. ultrapetizione. Cds I, 359/74.

[52] Consiglio di Stato I sez. 31 ottobre 1977, 359/74.

[53] Boursier Niutta, Esposito, 2013, p.181.

[54] Si pensi alla mancata allegazione materiale di un documento menzionato nell'istanza.

[55] Tale istituto risulta di nuova introduzione e previsto per la prima volta nella Guida Tecnica “Procedure disciplinari” 4^a edizione – Ottobre 2014. Ci si chiede se la sospensione abbia effetto sul termine di durata del procedimento. In mancanza di dottrina e giurisprudenza si ritiene che si debba operare per analogia legis con l'applicazione dell'art. 2 della legge 241/90.

[56] Indicati più avanti.

[57] E' astrattamente possibile che manchi l'atto di avvio del procedimento, in tal caso, l'autorità competente, ha la facoltà di archiviare il procedimento poiché l'avvio non è obbligatorio al di fuori dei casi in cui si ravvisa la possibile irrogazione della consegna di rigore. Se invece il provvedimento è stato avviato, allora l'autorità sanzionante sopravvenuta avrà l'onere di concludere il procedimento con provvedimento espresso.

[58] Art. 1371 “Divieto di sostituzione delle sanzioni disciplinari 1. Fatto salvo quanto previsto dagli articoli 1365 e 1366, un medesimo fatto non può essere punito più di una volta con sanzioni di differente specie.”

[59] Guida Tecnica “Procedure disciplinari” 4^a edizione – Ottobre 2014

[60] Parte autorevole della dottrina la ritiene inammissibile. Ad es. Boursier Niutta, Esposito, 2013 espone quanto segue: “Con il ricorso, infatti, si determina la cristallizzazione della sanzione, per cui essa costituisce un tutt'uno inscindibile. O è interamente esistente o interamente annullata”.

[61] Ad esempio perché la testimonianza resa da un militare terzo venga giudicata affidabile in quanto alle dipendenze dell'autorità adita ma non dell'autorità sanzionante.

[62] La cui eventualità, oltretutto, sarebbe viziata da ultra petizione poiché appare inverosimile l'ipotesi d'impugnazione di una sanzione perché troppo lieve.

[63] Mentre quelle accusatorie sono scritte.

[64] 22 aprile 1997, n.113

[65] Cons. Stato, Sez. VI, 8 settembre 2006, n. 5225; Id., Sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5205

[66] Art. 2, co. 1 e 5, 20, l. n. 241/1990

[67] Si verifica quando si presenta un'istanza cui non fa seguito l'obbligo a provvedere. Ad es. l'istanza di autotutela.

[68] Art. 20 della l. n. 241/1990 (modificato dall'art. 3 d.l. n. 35/2005).

[69] Esclusi quelli disciplinati dall'art. 19 (Segnalazione certificata di inizio attività) l. 241/90.

[70] Ovvero se, entro 30 giorni dalla presentazione dall'istanza, non indice una conferenza di servizi. Per completezza di trattazione, anche se alieno dal argomento di questo elaborato, si precisa che il silenzio assenso in alcuni casi è espressamente escluso dalla legge (per es., per procedimenti e gli atti riguardanti il patrimonio culturale e paesaggistico, nei casi in cui la legge qualifica il silenzio come rigetto ecc.).

[71] Per es., in materia di diritto di accesso ai documenti amministrativi (art. 25, co. 4, l. n. 241/1990).

[72] Art. 6 D.P.R. 1199/1971 e art. 20 l. 1034/1971

[73] Recepito a partire dagli anni 70 anche dalla normativa amministrativa generale.

[74] A tal proposito, il Consiglio di Stato Ad. Pl. 24 novembre 1989, n. 16 si è espressa

assegnando al privato la facoltà di esperire l'azione di silenzio inadempimento ai sensi dell'art. 21bis della legge 241/90.

[75] Consiglio di Stato IV, 877/91 e, Consiglio di Stato Ad. Pl. 24 novembre 1989, n. 16, in Cons. St. 1989, I, 1305.

[76] A tal proposito, in passato ci si è interrogati sul gravame delle spese processuali in quanto queste potrebbero risultare una limitazione di fatto del diritto di difesa proprio nei casi in cui il sanzionato sia oggetto di un provvedimento chiaramente illegittimo. Infatti, tramite l'accettazione tardiva la P.A. lascerebbe in capo alla parte ricorrente sia le spese legali che quelle dell'eventuale contributo unificato (ove previsto). Tale dubbio è stato parzialmente chiarito dalla sentenza 29 aprile 2015, n. 6211, la Sez. II ter del T.A.R. di Roma che ha stabilito in capo all'amministrazione la presenza della c.d. soccombenza virtuale con la conseguente condanna alle spese. Tuttavia non si può non rilevare come questa giurisprudenza, ancora molto acerba, non sia accettata da tutta la dottrina.

[77] Si rimanda ad un successivo studio la formulazione di una guida tecnica che sia d'ausilio per l'esperimento del rimedio in parola.

[78] Sempre esperibile, anche in assenza di una espressa previsione normativa, ove la legge non assegni la controversia ad un giudice speciale (es. g. tributario) oppure l'esperimento del rito è incompatibile con i tempi del ricorso straordinario.

[79] Per alternatività s'intende che se si presenta l'uno non è più possibile presentare l'altro. Per completezza di trattazione si specifica che tale principio vale solo per la tutela degli interessi legittimi. Per quanto attiene i diritti soggettivi, siano essi tutelati dal G.O. che dal G.A., quando ammesso, il ricorso straordinario è considerato una misura aggiuntiva rispetto a quella giurisdizionale.

[80] L'atto amministrativo è considerato definitivo quando è intervenuta la pronuncia della parola ultima e definitiva da parte della massima autorità amministrativa competente nel settore considerato. Si distinguono: 1) atti definitivi per natura (ad es. atto amministrativo emanato da un organo individuale che non ha superiori gerarchici) 2) atti definitivi per legge (es. provvedimenti del Prefetto in materia di requisizione e occupazione d'urgenza). Nell'ambito disciplinare militare, quindi, la definitività interviene a seguito alla pronuncia sul ricorso o a seguito di acquiescenza la quale, però, ne impedisce anche l'impugnazione.

[81] Si può tralasciare la trattazione dello strumento della trasposizione di fronte al giudice amministrativo poiché esso può essere proposto dai controinteressati, che nel diritto

sanzionatorio non esistono, e dalla P.A. non statale.

[82] Prima dell'approvazione della 1.69/2009 esso aveva la particolarità che il Ministro poteva non attenersi ma doveva sottoporre la questione al Consiglio dei Ministri.

[83] Previsto ai sensi dell'articolo 13, comma 6-bis, lettera e) del Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 2002, n. 115, recante "Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia" e successive modificazioni come modificato 111/2011. Fino ad allora il ricorso straordinario al Capo dello Stato, fatte salve le spese di notifica, era completamente gratuito.

[84] In sede di controllo di legittimità ed in caso di motivata sussistenza d'interesse pubblico.

[85] Il criterio di ragionevolezza è da desumere dalla ponderazione delle posizioni consolidate dell'interessato e, ove presenti, i controinteressati.

[86] Guida Tecnica "Procedure disciplinari" 4^a edizione – Ottobre 2014.

[87] A differenza di quanto non avvenga per la giustizia penale, non esistono tribunali amministrativi speciali militari.

[88] Per completezza espositiva, le prime tre sezioni svolgono funzione consultiva.

[89] Boursier Niutta E. and Esposito A. (2004), pag. 21.

[90] Nonostante la sua tutela sia affidata al Giudice Amministrativo, è difficile sostenere che la libertà di movimento rientri tra gli interessi legittimi così come intesa dalla dottrina prevalente (NIGRO).

[91] "L'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica", art. 52, Carta Costituzionale, "Giuro di essere fedele alla Repubblica italiana, di osservarne la costituzione e le leggi [...]" atto di giuramento solenne.

[92] (Lo Cascio, 1952) - pag. 163. "Sembrano maturi, infatti, i tempi perché la Pubblica Amministrazione in generale, e le forze e corpi armati in particolare, prendano coscienza della coincidenza degli interessi che essa ha con la legge; sicché l'insofferenza manifestata al rispetto di questa, sia ripudiata, corrispondendo ad una sanzione di

autolesionismo”.
