



Ufficio Legale e Contenzioso

Oggetto: Richiesta Pareri.

1) Situazione dei Mar. Capo + 8 ante riordino, promossi M.A. con il riordino 2017).

Il correttivo dell'Arma dei Carabinieri e delle Forze Armate prevede la promozione al grado di Luogotenente nel 2021 (dal precedente 2025);

Il correttivo della Guardia di Finanza, al contrario, prevede la promozione al grado di Luogotenente nel 2023 (sempre dal precedente 2025) ed una selezione straordinaria per titoli, con decorrenza 2021, per 1000 posti (su una platea di oltre 4.000 interessati).

2) Criticità del correttivo per il concorso straordinario per Ispettore riservato ai Brigadieri Capo Q.S..

La Guardia di Finanza ha previsto, così come l'Arma dei Carabinieri, il requisito dell'età anagrafica minima di 55 anni. Così facendo si impedisce di partecipare al concorso ad un Brigadiere Capo Q.S. più anziano di grado ma con meno di 55 anni di età rispetto ad un Brigadiere Capo Q.S. meno anziano ma con un'età anagrafica superiore a 55 anni. L'anagraficamente più giovane risulterebbe paradossalmente penalizzato per essere stato troppo bravo a vincere il concorso per Sovrintendente prima degli altri.

3) Progressione carriera e grado apicale. Brigadiere Capo Q.S.

Ante riordino occorre 20 (7+7+6) anni per passare al grado apicale di Brigadiere Capo QS (pur non essendo prevista tale qualifica nel vecchio ordinamento) *più uno/due anni di avanzamento per terzi*. A seguito della riforma delle carriere tutti i sovrintendenti dopo 15 (4+5+6) anni di permanenza nella categoria acquisiscono il grado apicale.

Tale situazione genera evidenti discrasie nei confronti dei sovrintendenti che hanno già raggiunto il grado apicale o che lo hanno maturato secondo le vecchie disposizioni normative. La problematica trattata interessa soprattutto i sovrintendenti capo che nel periodo transitorio acquisiscono la qualifica speciale non vendendosi ricostruita né la carriera militare e tantomeno i contributi previdenziali.

I pareri a cui si chiede di porgere riscontro hanno, principalmente, una linea comune inerente la violazione del principio contenuto nell'art.3 della Costituzione (principio di uguaglianza formale e sostanziale), il quale sancisce l'uguaglianza tutti i cittadini ed impone alla Repubblica di rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese.

Va da sè che, qualora la Pubblica Amministrazione emani ed adotti un atto amministrativo che violi il principio appena richiamato, lo stesso sarà ritenuto illegittimo.

Alla luce dei principi che hanno ispirato la stesura del dettato costituzionale, infatti, il legislatore prima e la giurisprudenza poi, hanno elaborato i vizi di legittimità dell'atto amministrativo.

Ab origine fonte positiva dei vizi di legittimità dell'atto era il disposto normativo dell'art. 26 del R.D. 26-6-1924, n. 1054 (T.U. delle leggi del Consiglio di Stato) che menzionava tre tipologie di vizi:

- incompetenza relativa;
- eccesso di potere;
- violazione di legge.

Con l'intervento, poi, dell'art. 21 *octies* della L. 241/1990, questi stessi vizi sono stati individuati come cause di annullabilità del provvedimento amministrativo.

Oggi il Codice del processo amministrativo (art. 29) si affianca alla detta previsione della legge sul procedimento e disciplina l'azione di annullamento **per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere.**

Tuttavia, la legge n. 15/2005 comprime l'area delle invalidità giuridiche degli atti amministrativi e, dunque, sono da considerare invalidi solo i provvedimenti che violino norme **di carattere sostanziale.**

Invece, le violazioni di carattere formale o procedimentale, non danno luogo ad annullabilità del provvedimento laddove il contenuto dello stesso non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Delineata la cornice normativa di riferimento occorre verificare se eventuali atti amministrativi, adottati alla luce delle fattispecie espresse nei quesiti proposti, siano annullabili.

A ben vedere, da come rappresentato, eventuali atti amministrativi illegittimi configurano, oltre alla violazione di legge, anche gli altri due vizi di legittimità sopra menzionati.

Merita un'attenzione particolare il vizio dell'eccesso di potere.

Inizialmente tale vizio si ravvisava solo nei casi in cui l'amministrazione invadeva il campo di un altro potere dello Stato, oppure nel caso in cui esercitava un'attribuzione che era riservata ad un'amministrazione diversa.

Nelle elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali che seguirono, invece, l'istituto venne completamente trasfigurato; e così l'espressione "eccesso di potere" diventò sinonimo di "uso scorretto del potere discrezionale".

In tal modo, da vizio dell'atto, interno ad esso, la figura divenne un vizio della funzione; in modo da essere lo strumento per sindacare l'uso del potere discrezionale della Pubblica Amministrazione.

In tutta l'evoluzione storica del diritto amministrativo, infatti, si registrò sempre una costante, che poi divenne la chiave di lettura di tutta la materia: la lotta tra la posizione di supremazia dell'amministrazione, che ha sempre cercato di mantenere stabile la sua posizione, e la lotta della dottrina e, talvolta (anche se più raramente) della giurisprudenza, che hanno cercato di mitigare questa posizione di potere, facendo uso di strumenti non del tutto corretti e limpidi dal punto di vista tecnico-giuridico.

Per individuare il vizio dell'eccesso di potere la dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato una serie di cosiddette "figure sintomatiche". Si tratta di indizi o sintomi, la cui presenza rivela un cattivo uso del potere da parte dell'amministrazione. In pratica, il ragionamento seguito dalla giurisprudenza e dalla dottrina è il seguente: l'eccesso di potere non è un vizio che può risultare in modo evidente dall'esame dell'atto; se, però, si riesce a dimostrare che il ragionamento seguito dall'amministrazione è illogico, incoerente o irragionevole, allora vuol dire che c'è eccesso di potere.

Alcune di queste figure hanno raggiunto, oggi, un sufficiente grado di certezza e di elaborazione; altre presentano contorni più incerti. Di alcune è dubbio se vadano inquadrate nell'eccesso di potere, altre sono ignorate o chiamate con nomi diversi dai vari autori. Si tratta, infatti, di figure non previste dal legislatore, che possono individuarsi nella casistica giurisprudenziale o nelle riflessioni dottrinali e che, di conseguenza, non devono considerarsi un numero chiuso, ma aperto a successive evoluzioni.

Le figure sintomatiche dell'eccesso di potere che potrebbero emergere in merito ai quesiti proposti possono essere dunque ricondotte a:

Disparità di trattamento

Quando in presenza di situazioni identiche, o analoghe, l'amministrazione applica trattamenti diversi, o, viceversa, quando in presenza di situazioni diverse opera uguale trattamento. In

considerazione del fatto che, un provvedimento del genere, viola il principio di uguaglianza posto dall'articolo 3 della Costituzione.

Ingiustizia manifesta.

Si tratta di una figura alquanto controversa, di cui la giurisprudenza ha fatto scarsa applicazione. Il provvedimento sarebbe viziato per ingiustizia manifesta «*quando l'atto sia talmente iniquo da risolversi in un insanabile contrasto con i principi dell'equità e del diritto, ovvero, nella mancanza di causa dell'atto*».

Attraverso la pronuncia di ingiustizia manifesta si va a sindacare, *funditus*, l'azione amministrativa; verificare se la scelta dell'amministrazione sia giusta o ingiusta, infatti, è un'operazione che si pone ai confini del giudizio di merito.

Da notare che anche la disparità di trattamento costituisce un caso di manifesta ingiustizia, tant'è che alcuni autori non distinguono le due figure (anche perché sul piano pratico la distinzione non produce alcun effetto).

Violazione del principio di proporzionalità

Il principio di proporzionalità, di derivazione europea, impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato. Alla luce di tale principio, nel caso in cui l'azione amministrativa coinvolga interessi diversi, è doverosa un'adeguata ponderazione delle contrapposte esigenze, al fine di trovare la soluzione che comporti il minor sacrificio possibile. In questo senso, il principio in esame rileva quale elemento sintomatico della correttezza dell'esercizio del potere discrezionale in relazione all'effettivo bilanciamento degli interessi.

Parallelamente, la ragionevolezza costituisce un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento): l'amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali.

In virtù di tale principio, l'azione dei pubblici poteri non deve essere censurabile sotto il profilo della logicità e dell'aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto; da ciò deriva che l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere, non può applicare meccanicamente le norme, ma deve necessariamente eseguirle in coerenza con i parametri della logicità, proporzionalità ed adeguatezza.

Pertanto, alla luce delle considerazioni finora svolte, qualora siano adottati atti amministrativi e/o bandi di concorso che ledano i principi appena richiamati, gli stessi potranno essere impugnati, **dagli aventi diritto**, innanzi alle sedi ritenute più opportune.

Più in particolare, in ordine al primo quesito formulato, occorrerebbe distinguere le varie fattispecie potenzialmente lesive dei diritti dei militari interessati.

Una prima ipotesi (come quella richiesta nel parere) è ravvisabile nei meccanismi interni di avanzamento di carriera per i marescialli capo con 8 anni di anzianità nel grado (c.d. “+8”) al 31.12.2016, promossi marescialli aiutante ai sensi e per gli effetti del D.Lgs. 97/2017 con decorrenze cadenzate nel 2017 (gennaio/aprile/luglio), che effettueranno il passaggio al grado di luogotenente nel 2023.

Con l’applicazione di tale norma i M.A. della GdF verranno promossi con due anni di ritardo rispetto ai marescialli CC vertenti nella medesima situazione. Infatti, a mente del secondo provvedimento correttivo (D.Lgs. 172/2019), mentre gli ex marescialli capo +8 (oggi M.A.) dei Carabinieri gioveranno di una decorrenza ravvicinata per rivestire il grado di luogotenente, i militari della G.di F. dovranno, invece, affrontare un **concorso per titoli** “a domanda” per la copertura di **solì 1000** posti da Lgt.

Ciò, a ben vedere, potrebbe costituire, una violazione al principio di equiordinazione compartimentale ma, soprattutto, una disparità di trattamento che, come già ampiamente spiegato in precedenza in riferimento ai principi dell’eccesso di potere, potrebbe anche violare il principio di cui all’ art.97 Cost. del buon andamento della P.A..

Tuttavia, ulteriori discrasie potrebbero emergere dall’applicazione delle norme in argomento ad altre casistiche e, si rimanda ad altra sede con quesiti specifici dedicati, l’approfondimento delle varie problematiche.

In ordine al secondo quesito proposto, alla luce dei principi richiamati, lo stesso bando di concorso potrebbe essere impugnato dagli aventi interesse in quanto esclusi da una procedura di selezione per motivi palesemente in contrasto con l’art. 3 della Costituzione nonché contrari ai principi contenuti sempre nell’ art. 97 Cost e nella legge n.124/2015 (Riforma Madia) che, nel valutare i dipendenti pubblici, dovrebbe premiare la professionalità ed il merito.

Infine, in ordine al terzo quesito proposto, ravvisando in tale fattispecie anche qui i motivi di violazione di legge comuni alle altre fattispecie, giova rilevare che la procedura di impugnazione della norma lesiva dei diritti, essendo un atto avente forza di legge, dovrà essere fatta, in via incidentale, presso la Corte Costituzionale.

Pertanto, delineata, prima *facie*, la possibilità di impugnare le norme ed i provvedimenti amministrativi lesivi dei diritti dei militari, ulteriori approfondimenti richiesti potranno essere resi dai legali incaricati a proporre ricorso avverso le suddette norme.