

L'INDIVIDUO AL COSPETTO DEL POTERE DISCIPLINARE

SERENA STACCA*

Il potere disciplinare, malgrado la sua essenza punitiva, non è regolato per proteggere la posizione del singolo colpito dalla sanzione. È infatti sbilanciato a favore della comunità nella quale si esplica. Ne sono riprova l'atipicità delle infrazioni, l'applicazione di norme vaghe e indeterminate, la peculiare composizione delle autorità disciplinari, i limiti del sindacato giurisdizionale. Si pone così un problema di compatibilità del fenomeno con l'ordine costituzionale.

Disciplinary power, despite its punitive essence, is not regulated to protect the position of the individual affected by the sanction. It is in fact biased in favor of the community in which it is expressed. This is demonstrated by the atypical nature of the infringements, the application of vague and indeterminate rules, the particular composition of the disciplinary authorities and the limits of judicial review. This raises a problem in terms of compatibility of the phenomenon with the constitutional order.

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La natura del potere disciplinare: la sostanza punitiva. – 3. I “privilegi” del gruppo e le non garanzie dell’individuo. – 3.1. La regola disciplinare: tra etica e diritto. – 3.1.1. Il rinvio a regole metagiuridiche. – 3.1.1.1. Nei rapporti pubblicistici. – 3.1.1.2. Nei rapporti privatistici. – 3.1.2. I codici di condotta: vaghezza e incompletezza. – 3.2. L’esercizio del potere disciplinare. Le (non) garanzie del giusto procedimento. – 3.2.1. Gli organi giudicanti: mancanza di terzietà e imparzialità. – 3.3. Il sindacato sul potere disciplinare. – 3.3.1. La tutela interna. – 3.3.2. La tutela giurisdizionale. – 4. Conclusioni.

1. *Premessa.* – Appartenere a una comunità organizzata, diversa da quella statutale, significa acquistare lo *status* giuridico di quella comunità, aderire alle sue regole e, non da ultimo, accettarne il sistema sanzionatorio, che va sotto il nome di potere disciplinare. È così per l’avvocato, il medico, il lavoratore (pubblico o privato), il membro di un’associazione culturale, l’aderente a un partito politico, invero per qualunque soggetto che fa parte «permanentemente [di] un’organizzazione», il quale sa di poter essere assoggettato a provvedimenti che colpiscono «le infrazioni che egli commett[e] alle regole di deontologia del gruppo»¹.

¹ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1970, vol. II, p. 1308. Secondo A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, p. 74, i rapporti giuridici nei quali è

* Ricercatrice di Diritto amministrativo presso l’Università Suor Orsola Benincasa di Napoli.

Il potere disciplinare serve a mantenere l'“ordine” all'interno di collettività organizzate, pubbliche o private che siano, configurandosi, da sempre, come il potere che un soggetto ha di comminare e infliggere sanzioni a uno o più soggetti con i quali si trova in rapporto, a seguito della violazione di un obbligo inerente al rapporto medesimo².

Si comprende allora come il fenomeno sanzionatorio disciplinare possa esprimere una manifestazione della più generale tensione tra la libertà individuale e l'autorità: in sé e per sé³ e tanto più se la regolamentazione del fenomeno risulti inadeguata rispetto all'ordine costituzionale, che, in principio, risolve quella tensione a favore dei diritti delle persone.

Alle criticità dei modi di esercizio del potere disciplinare sulla posizione del singolo sono dedicate le pagine che seguono. L'analisi muoverà dai profili sostanziali per poi spostarsi su quelli procedurali e processuali. Il risultato sarà un potere racchiuso in un modello di “specialità”, tutto sbilanciato a favore dell'organizzazione.

2. *La natura del potere disciplinare: la sostanza punitiva.* – Le considerazioni sull'inadeguatezza della disciplina del sistema sanzionatorio disciplinare rispetto ai valori personalisti sanciti dall'ordinamento costituzionale fanno seguito alle riflessioni intorno alla natura giuridica e alla funzione di questo potere. Al riguardo, nonostante l'avvicinarsi delle teorie più varie, un elemento della materia non è mai smentito: il potere disciplinare si concretizza sempre in una

configurabile un potere disciplinare possono considerarsi «tipici dell'appartenenza a uno status particolare (di pubblico dipendente, di iscritto a un albo professionale, ecc.), che richiede in quanto tale l'osservanza di certe regole di condotta (di deontologia in senso proprio) proprie del gruppo o dell'organizzazione cui lo status è connesso».

Richiama l'insieme di regole cui il soggetto deve sottostare, M. BUONCRISTIANO, *Profili della tutela civile contro i poteri privati*, Padova, 1986, p. 288, secondo il quale per potere disciplinare si intende «la possibilità di usare strumenti correttivi direttamente incidenti nella sfera giuridica del sottoposto [...], specificandosi la *causa corrigendi* nella reazione alla violazione di regole cui lo stesso sottoposto deve uniformarsi».

² Cfr.: E. RASPONI, *Il potere disciplinare. Natura giuridica e soggetti attivi*, Padova, 1942, vol. I, *passim*; F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1939, vol. I, p. 473; C. VITTA, *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, Milano, 1913, p. 4. Si tratta della definizione formulata per la prima volta in Italia da SANTI ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giurisprudenza italiana*, 1898, IV, c. 240 e ripresa dalla letteratura tedesca, su cui, per tutti: P. LABAND, *Il diritto pubblico dell'impero germanico (Staatsrecht des Deutschen Reiches)*, (1876), trad. it. O. Ranalletti e M. Siotto Pintor, Torino, 1925, pp. 644-645.

³ Secondo D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, 2016, p. 7, «il potere di proibire, di giudicare, di punire incide più di ogni altro sulla libertà degli individui».

‘pena’, in una sanzione afflittiva che ha lo scopo di prevenzione e di dissuasione⁴, al pari delle sanzioni penali⁵.

È così nelle prime teorizzazioni del fenomeno che hanno equiparato il potere disciplinare⁶ al potere penale dello Stato⁷. Ma è così pure secondo quanti hanno affinato la teoria c.d. civilistica⁸, grazie alla quale il potere disciplinare ha acquistato una propria autonomia, rintracciandone il fondamento in un particolare vincolo, tra il soggetto titolare del potere e coloro che sono sottoposti al potere stesso⁹: rispetto alla funzione del potere disciplinare e delle relative sanzioni si consolida l’idea che le pene disciplinari non abbiano mai lo scopo patrimoniale soddisfacente, come invece quelle civili (tipicamente restitutorie o risarcitorie), ma piuttosto uno scopo afflittivo-punitivo¹⁰. Infatti, attraverso l’inflizione della sanzione, il responsabile risponde con un bene diverso da quello leso e a prescindere da alcun legame funzionale con quest’ultimo: le conseguenze dannose si traducono cioè nella previsione di un “male” che lo “punisca” per il fatto commesso.

Questo tratto accompagnerà la caratterizzazione del fenomeno disciplinare anche nella tesi che ha individuato il fondamento del potere in una speciale capacità di cui godono alcuni soggetti: sia nella teoria amministrativistica, che

⁴ Cfr., sulle funzioni sottese alla previsione di sanzioni afflittive, T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in *Le pene private*, a cura di F.D. Busnelli e G. Scaffi, Milano, 1985, p. 63.

⁵ M. FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, (1975), trad. it. A. Tarchetti, Torino, 2014, p. 195, il quale correttamente osserva che «le discipline stabiliscono una “infra-penalità”; incasellano uno spazio che le leggi lasciano vuoto; qualificano e reprimono una serie di comportamenti che per il loro interesse relativamente scarso sfuggivano ai grandi sistemi di punizione».

⁶ Esercitato nell’ambito del pubblico impiego.

⁷ La dottrina che elaborò e sostenne l’identità tra potere disciplinare e potere penale fu principalmente la dottrina penalistica tedesca: tra gli altri, G. MEYER, *Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts*, Leipzig, 1895, pp. 453 ss. Critica solo il fondamento della potestà disciplinare elaborato dalla teoria (coincidente con il potere punitivo generale dello Stato), per accedere invece alla identità funzionale della pena disciplinare rispetto a quella penale, F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d., p. 244, il quale ritiene che «la comminazione della pena disciplinare ha come quella della pena criminale lo scopo di prevenire la violazione giuridica mediante la coazione psicologica (pene disciplinari minori) o d’assicurare lo stato, contro il pericolo, che il colpevole possa ulteriormente nuocergli (rimozione o destituzione)».

⁸ Secondo LABAND, *Il diritto pubblico dell’impero germanico*, cit., p. 644, esiste «una grande somiglianza esteriore fra il diritto criminale e il diritto disciplinare, in quanto ambedue si realizzano col mezzo della pena».

⁹ In questa diversa prospettiva, si ritiene che le radici del potere disciplinare «non riposano [più] sulla potestà pubblica dello Stato, ma sulla supremazia nascente dal rapporto di servizio, sullo speciale rapporto di potestà intercedente fra lo Stato e l’impiegato che lo serve», con la conseguenza che anche «le pene disciplinari [...] sono mezzi per mantenere l’ordine e la disciplina entro i confini del rapporto di servizio e per assicurare l’adempimento dei doveri di servizio». Il potere disciplinare configura in altri termini una facoltà dello Stato “datore di lavoro”, che gli deriva dal contratto di servizio stipulato con i suoi dipendenti per costringerli all’adempimento dei relativi doveri: LABAND, *Il diritto pubblico dell’impero germanico*, cit., p. 6.

¹⁰ Così, in particolare, RASPONI, *Il potere disciplinare*, cit., pp. 15 ss.

attribuisce questa capacità punitiva esclusivamente allo Stato e agli enti pubblici, in ragione della loro autonomia normativa e organizzativa¹¹; sia nella dottrina della pluralità degli ordinamenti giuridici, che individua tale potere in capo tanto ai soggetti pubblici quanto a soggetti privati organizzati, in funzione del bisogno dei singoli ordinamenti di controllare l'ordine al proprio interno, mentre la posizione di soggezione dipende dall'appartenenza a tali ordinamenti¹².

Se, dunque, lo scopo del potere disciplinare è quello di prevenire comportamenti che turbino la convivenza del gruppo mediante sanzioni che hanno tutti i tratti delle sanzioni punitive, la sede elettiva dell'intera materia non può che essere «il diritto delle persone»¹³.

Quando tuttavia si inizia a indagarne limiti, forme di controllo e meccanismi di tutela a protezione dei soggetti che subiscono l'esercizio del potere, si scopre che la disciplina del fenomeno, pur se manifestazione di generica potestà punitiva, è, nelle diverse realtà che intercetta, tutt'altro che ispirata ai principi del diritto punitivo, a cominciare dal principio di legalità nell'accezione che di quel ramo del diritto deve dirsi propria¹⁴.

3. I "privilegi" del gruppo e le non garanzie dell'individuo.

3.1. *La regola disciplinare: tra etica e diritto.* – Nel misurare la (ingiustificata e ingiustificabile) distanza dei sistemi disciplinari dai principi regolatori della materia punitiva riveste un ruolo decisivo il concetto di disciplina. Intesa come il complesso delle norme che regola la vita di una collettività e che, di conseguenza, limita l'attività di un individuo, la regola disciplinare condiziona la (inadeguata)

¹¹ ROMANO, *I poteri disciplinari delle Pubbliche Amministrazioni*, cit., c. 247 e in particolare c. 255, dove afferma che «l'indole propria della pena disciplinare, come d'ogni altra pena [...] è prevenire mediante un'intimidazione». Cfr., inoltre, N. SPERANZA, *Considerazioni sul potere disciplinare della p.a.*, in *Nuova Rassegna*, 1966, p. 2865, per il quale il potere disciplinare non sarebbe posto a garanzia dell'adempimento degli obblighi del rapporto, bensì a «tutela dell'ordine e del prestigio dell'Amministrazione».

¹² RASPONI, *Il potere disciplinare*, cit., pp. 92 ss., il quale ha rielaborato il pensiero di Santi Romano (*L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1917) con riferimento ai sistemi disciplinari. In base alla ricostruzione, il potere disciplinare è, dunque, l'espressione del potere di auto-organizzazione, precettivo e sanzionatorio, di un'autorità secondaria: «questa per conservarsi e svilupparsi necessita di un potere punitivo che svolge, nei suoi confronti, la stessa funzione che il diritto penale esplica nello stato» (così, G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio del nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, pp. 58-59).

¹³ P. RESCIGNO, *Un libro sulle pene delle associazioni private*, recensione a U. Meyer-Cording, *Die Vereinsstrafe*, Tubinga, 1957, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1958, 5, p. 140g.

¹⁴ Nei rapporti pubblicistici, cioè ogni volta che siano in gioco un soggetto e un interesse pubblico, il potere disciplinare viene ricondotto alla disciplina del potere amministrativo, segnatamente discrezionale, con la conseguenza di essere retto dal principio di legalità, ma soltanto nella sua accezione propriamente amministrativistica. Nei rapporti privatistici, invece, il potere è disciplinato da regole simili a quelle del potere amministrativo discrezionale, e quindi è procedimentalizzato, o è addirittura libero.

regolamentazione del potere, rappresentando il principale aspetto che riflette il «privilegio di giustizia»¹⁵ del quale si ammantano i gruppi mediante i sistemi disciplinari. Infatti, è soprattutto sotto il profilo sostanziale del potere che si avverte la strumentalizzazione a soddisfare in modo prevalente le esigenze dell'organizzazione, a discapito di quelle del soggetto sanzionato.

Del profilo sostanziale interessa, in particolare, la struttura delle regole di comportamento che rilevano ai fini disciplinari.

Da questo punto di osservazione, le questioni che ruotano intorno alla nozione di disciplina riguardano i presupposti di esercizio del potere, sia dal lato attivo che dal lato passivo. L'individuazione della regola rilevante sul piano disciplinare è determinante rispetto a coloro che esercitano il potere (giacché è con la violazione delle regole che il potere sanzionatorio viene in concreto attivato), ma (soprattutto) rispetto a coloro che ne subiscono gli effetti. È evidente che quanto più in astratto la regola di comportamento è definita, tanto più in concreto l'attività del soggetto attivo dovrà limitarsi ad accertare la conformità o difformità della condotta rispetto a quella regola. Ugualmente evidente è che quanto più in astratto la regola di comportamento è definita, tanto più in concreto il soggetto passivo sarà protetto dal rischio di essere "punito" per fatti diversi o non previsti come fattispecie di illecito.

Ebbene, dalla lettura delle norme che definiscono i comportamenti punibili in sede disciplinare e che naturalmente variano a seconda del contesto di riferimento, si ricava la medesima concezione di disciplina, collocata a metà strada tra la dimensione etico-sociale e la dimensione giuridica. Di là, come vedremo, dalle differenze riscontrabili tra le singole disposizioni che indicano le norme di comportamento per chi è inserito in una data comunità, la concezione di disciplina e di regola disciplinare sottesa è ancorata alla presunta impossibilità di individuare preventivamente e puntualmente tutte le condotte rilevanti sul piano disciplinare.

In generale, infatti, dall'analisi delle varie 'discipline' emergono due aspetti, che tendono a cumularsi. Il primo è il costante riferimento a regole metagiuridiche, come tali di difficile predeterminazione. Il secondo è l'uso di cataloghi di condotte (dove esistenti) meramente esemplificativi.

Si intuisce il notevole margine di incertezza che ne deriva nella determinazione degli illeciti disciplinari, margine che inevitabilmente si ripercuote sulle (non) garanzie riservate al soggetto passivo del rapporto.

¹⁵ L'espressione è di FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione*, cit., p. 195: «nel cuore di ogni sistema disciplinare funziona un piccolo meccanismo penale, che beneficia di una sorta di privilegio di giustizia, con leggi proprie, reati specifici, forme particolari di sanzione, istanze di giudizio».

Quello delle fonti degli illeciti, che oscillano tra due sistemi normativi diversi (giuridico e etico¹⁶), è un dato comune tanto ai sistemi disciplinari pubblicistici, regolati da fonti legislative e regolamentari (si pensi al pubblico impiego, all'ordinamento giudiziario o alla maggior parte delle professioni regolamentate), quanto ai sistemi disciplinari privatistici, la cui disciplina è, invece, lasciata (dal legislatore) agli atti di autonomia organizzativa dei competenti organi del gruppo (è il caso in generale delle associazioni, siano esse o meno riconosciute).

3.1.1. *Il rinvio a regole metagiuridiche.* – Il primo aspetto del regime sostanziale della materia disciplinare che lascia il soggetto passivo in uno stato di totale incertezza di fronte al potere concernere, si è detto, il richiamo a regole extragiuridiche per definire la colpa disciplinare. Si tratta di una caratteristica diffusa della materia disciplinare e assume in questo ambito un preciso significato. Il riferimento a nozioni riconducibili all'“etica”, infatti, non ha semplicemente il senso di integrare condotte doverose¹⁷, ma serve primamente a confermare che il

¹⁶ Il richiamo a regole etico-sociali implica naturalmente il loro passaggio nella dimensione giuridica, nella misura in cui vi è il richiamo e giacché le norme giuridiche sono capaci di vincolare e modificare la condotta dei loro destinatari, attraverso l'intervento di autorità apposite e l'applicazione di specifiche modalità decisionali, proprie del sistema giuridico. Il rinvio prova quindi che tra diritto e morale, tra due sistemi normativi diversi, possono esistere svariati rapporti, pur mantenendo ciascuno la propria essenza. Nel caso in questione il rapporto è di “convergenza” e precisamente costituisce un esempio in cui «da morale [...] può essere un ordinamento giuridico rilevante come tale. Questa ipotesi ricorre specialmente [...] quando una norma giuridica esplicitamente o implicitamente prescrive che certi atti, azioni, contegni debbono essere conformi alla morale o, più spesso, in forma negativa, ad essi non contrari». Si tratta delle ipotesi in cui vi è un rinvio del diritto alla morale, che «ha luogo, non genericamente, ma con delle specificazioni, che importano anche limitazioni. Anche quando, in mancanza di precise disposizioni di legge per un dato caso, si deve ricorrere ai c.d. principii generali e questi principii si identificano con quelli del diritto naturale [...], è evidente che ad essi non possono ridursi tutti i principi della morale. La limitazione è comunque maggiore quando la legge si riferisce, per esempio, ai buoni costumi, all'equità, alla buona fede etc.». In questo ordine di idee, «è sempre da tener presente che la rilevanza giuridica che alla morale così si conferisce non è ad essa intrinseca e non dipende dalla sua propria efficacia, ma deriva dall'ordinamento che la richiama e in quanto la richiama» (SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, voce *Diritto e morale*, Milano, 1947, p. 75).

D'altra parte, attribuire rilevanza giuridica a regole morali non significa sottrarle all'autogoverno individuale, che ne contraddistingue l'essenza: «la norma morale [...] non avrebbe valore se non in quanto interiore», affidata alla sfera più intima di un individuo, alla valutazione del proprio “foro interno” (ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, cit., p. 71). Nella prospettiva squisitamente filosofica ciò equivale a dire che «[l]a coscienza morale comanda obbedienza senza avere la prova che il comando sarà eseguito; la coscienza non può convincere né costringere. [...] La responsabilità morale è la più personale e la più inalienabile delle proprietà umane, e il più prezioso dei diritti umani. Non può essere liquidata, condivisa, ceduta, data in pegno o messa al sicuro da qualche parte. La responsabilità morale è incondizionata e illimitata» (Z. BAUMAN, *Le sfide dell'etica*, Milano, 2010, pp. 254-255).

¹⁷ Al pari di quanto avviene in materia di obbligazioni, dove pure è dato ritrovare l'uso di clausole generali che ripetono concetti relativi a regole etiche e sociali: v., per tutti, l'esempio dell'art. 1176 c.c.

potere disciplinare ha la funzione di proteggere l'ordine di una struttura organizzativa esistente: un ordine dato innanzitutto dai valori che quella struttura organizzativa assume come propri¹⁸.

Così, quando si afferma che «l'oggetto unitario della pretesa del soggetto attivo [*i.e.* il titolare del potere], e della soggezione del soggetto passivo, deve essere identificato [...] nel "comportamento", cioè nel modo di svolgere certe attività»¹⁹, si allude proprio all'ordine di idee prospettato: la condotta per essere illecita e, di conseguenza, rilevante sul piano disciplinare deve essere misurata con le esigenze che tengono insieme una comunità organizzata in un determinato momento e a seconda delle circostanze concrete.

Il punto, però, è che adagiandosi su tale convincimento, si ritiene non sia possibile individuare puntualmente e in astratto tutti i fatti che possano turbare l'ordine interno. Viceversa, si reputa doversi mantenere una certa elasticità che solo concetti indeterminati, i quali rinviano al sistema normativo etico-sociale, possono garantire. Soltanto con formulazioni ampie e vaghe, infatti, sarebbe possibile punire azioni antisociali e gravemente immorali anche se non declinate in specifiche e puntuali norme di comportamento.

Di qui, l'uso generalizzato di regole extragiuridiche per la configurazione della condotta illecita: la regola disciplinare assume spesso la struttura della "forma libera", costituendo mancanza punibile qualunque fatto (doloso o colposo) che determini un pregiudizio (diretto o indiretto) all'organizzazione²⁰. Viene, in altri termini, codificata l'atipicità dell'illecito disciplinare, rinunciando all'applicazione del principio di legalità, nella sua estrinsecazione più garantista, cioè quella della tassatività e determinatezza degli illeciti.

Basti qualche esempio, tratto da rapporti regolati sia dal diritto pubblico sia dal diritto privato.

3.1.1.1. *Nei rapporti pubblicistici.* – Nei sistemi disciplinari sottoposti a regime pubblicistico, l'ordine di idee richiamato è del tutto visibile. In tali casi, infatti, è proprio il legislatore che «per forza di inerzia» ripete «stancamente le formule del passato»²¹. Per definire la mancanza disciplinare o per precisarne la

relativo alla diligenza richiesta al debitore nell'adempimento della propria obbligazione che viene valutata dal giudice in base a quella del buon padre di famiglia.

¹⁸ Le regole disciplinari e la connessa responsabilità rappresentano un'«ampia e preventiva rete di protezione dell'interesse e della moralità» di una determinata comunità secondo B.G. MATTARELLA, *Le regole dell'onestà. Etica, politica, amministrazione*, Bologna, 2007, p. 151.

¹⁹ Così, G. LANDI, *Disciplina (diritto pubblico)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XIII, Milano, 1964, p. 25.

²⁰ Cfr. MOR, *Le sanzioni disciplinari*, cit., p. 87. V. Inoltre Y. GAUDEMET, *Etica e diritto: la deontologia del giurista*, in *Diritto pubblico*, 2015, 3, p. 715, secondo il quale la regola disciplinare si «può estendere a tutto ciò che è colpa, negligenza, omissione nell'esercizio dell'attività professionale in causa».

²¹ MOR, *Le sanzioni disciplinari*, cit., p. 73. Nei medesimi termini, F. LEVI, *La funzione disciplinare degli ordini professionali*, Milano, 1967, pp. 57-58, il quale osserva che il legislatore statale nel regolare le professioni si è limitato «ad attribuire al Consiglio dell'ordine o del collegio [...] il potere disciplinare. Senza alcuna indicazione dei presupposti di esercizio», impiegando soltanto «i termini più vaghi».

gravità, utilizza formulazioni di principio – o se si preferisce clausole generali – che chiaramente rinviano a valutazioni etiche e a giudizi compiuti in base a regole sociali²².

Si ritrovano, così, concetti come la “correttezza”, il “decoro”, l’“onore”, la “dignità”, il “prestigio”, l’“imparzialità”, la “reputazione”, la “credibilità”: formule che rivelano la volontà di lasciare in ambito disciplinare quel margine di scelta necessario a garantire la protezione dei valori della comunità, a sua volta strumentale alla cura di determinati interessi pubblici²³.

In questi termini, può citarsi la normativa sulla responsabilità disciplinare dei magistrati amministrativi e contabili. Aderendo a una soluzione interpretativa²⁴, che ritiene tuttora vigenti le disposizioni del r.d.l. 31 maggio 1946, n. 51²⁵, la responsabilità disciplinare si configurerebbe nelle mancanze del magistrato ai suoi «doveri», o nei casi in cui «tenga in ufficio o fuori una condotta tale, che lo renda immeritevole della fiducia e della considerazione di cui deve godere, o che comprometta il prestigio dell'ordine giudiziario»²⁶.

Cfr., inoltre, G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale. I rapporti tra giustizia statale e giustizia sportiva*, Torino, 2007, pp. 101 ss.

²² Cfr. C.E. BALOSSINI, *La rilevanza giuridica delle regole sociali*, Milano, 1965, pp. 414-423; F. BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963, p. 164. Cfr. inoltre G. MINIERI, *Atti e fatti estintivi del rapporto di impiego pubblico*, Milano, 1968, p. 323: «V'è da rilevare, da un punto di vista generale, come le formule contenute nelle norme di comportamento sono piuttosto generiche; esse contengono espressioni, alcune volte molto retoriche, di cui spesso è difficile individuare il significato preciso».

²³ Da quest'ultimo punto di vista, ritiene che la responsabilità disciplinare vada «valorizzata», MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., p. 30, giacché almeno «se paragonata a quella penale, la responsabilità disciplinare è un rimedio di tipo preventivo piuttosto che repressivo. Dal punto di vista della formazione di una coscienza etica da parte dei funzionari, essa è importante, perché costituisce una barriera rispetto alla commissione di violazioni più gravi e perché nelle sanzioni disciplinari l'elemento educativo è più forte, e quello repressivo meno forte, che in quelle penali». Inoltre, aggiunge l'A., «mentre in tutti gli stati moderni le norme penali sono poste dalla legge, gli illeciti e le sanzioni disciplinari possono essere stabiliti con la partecipazione dei rappresentanti degli impiegati: ciò può contribuire a farle accettare da parte degli impiegati e può indurre le loro organizzazioni sindacali ad adoperarsi per il loro rispetto». Sebbene il richiamo è fondamentalmente ai dipendenti pubblici, il discorso può estendersi anche agli appartenenti alle categorie professionali regolamentate, che, è innegabile, nella loro attività investono interessi di rilievo pubblicistico (per esempio, l'attività professionale forense e sanitaria, volte a garantire diritti inviolabili della persona *ex artt. 24 e 32 Cost.*).

²⁴ V. TENORE, *Il procedimento disciplinare per i magistrati amministrativi, contabili, militari, onorari e per gli avvocati dello Stato*, in *La responsabilità disciplinare nelle carriere magistratuali*, a cura di M. Fantacchiotti, M. Fresa, V. Tenore, *e. al.*, Milano, 2010, pp. 573 ss.; nonché, di recente, S. BACCARINI, *Status e carriere dei giudici amministrativi*, in *Giustamm. Rivista di diritto pubblico*, 2017, 6.

²⁵ Regio decreto sulle guarentigie della magistratura. Come noto, la sezione II dedicata alla disciplina è stata abrogata e interamente sostituita dal d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109. Più volte modificato e integrato, tale decreto reca la «Disciplina degli illeciti disciplinari dei magistrati, delle relative sanzioni e della procedura per la loro applicabilità, nonché modifica della disciplina in tema di dispensa dal servizio e trasferimento di ufficio dei magistrati, a norma dell'articolo 1, comma 1 lettera f), della legge 25 luglio 2005, n. 150».

²⁶ Così l'art. 18 del r.d.l. 51/1946, cit.

Concetti come il “decoro”, la “dignità” e il “prestigio” dell’istituzione (quale complesso organizzato²⁷), posti a base dell’esercizio della potestà disciplinare, ricorrono poi nell’ambito delle professioni regolamentate. È il caso, per esempio, della legge istitutiva dell’«ordinamento del notariato e degli archivi notarili»²⁸. L’art. 147, che chiude il Capo II dedicato alle sanzioni disciplinari, dispone espressamente che è passibile di responsabilità disciplinare il notaio che «compromette, in qualunque modo, con la propria condotta, nella vita pubblica o privata, la sua dignità e reputazione o il decoro e prestigio della classe notarile». Ancora pertinente è la legge di ricostituzione degli ordini delle professioni sanitarie²⁹ e del relativo regolamento di esecuzione³⁰. Qui l’esercizio del potere disciplinare, attribuito all’ordine e connesso alla sua funzione di «vigilare alla conservazione del decoro e della indipendenza dell’Ordine e del Collegio»³¹, è la conseguenza di condotte relative ad «abusi o mancanze nell’esercizio della professione o, comunque, di fatti disdicevoli al decoro professionale»³². Sempre a titolo d’esempio, rileva, inoltre, la normativa sull’ordinamento della professione di giornalista³³: in apertura al Titolo III, rubricato *Della disciplina degli iscritti*, l’art. 48 prescrive che i giornalisti che «si rendano colpevoli di fatti non conformi al decoro e alla dignità professionali, o di fatti che compromettano la propria reputazione o la dignità dell’ordine, sono sottoposti a procedimento disciplinare»³⁴. Identico *humus* nell’ordinamento forense, riformato dalla l. 31 dicembre 2012, n. 247: ai sensi dell’art. 51, infatti, le «infrazioni ai doveri e alle regole di condotta dettati dalla legge o dalla deontologia»³⁵ sono sottoposte a giudizio disciplinare. Il che equivale a dire che, ai fini della responsabilità disciplinare, rilevano non solo i comportamenti contenuti nel codice deontologico (del quale si dirà nel paragrafo successivo), ma anche i comportamenti difformi ai doveri dell’avvocato indicati

²⁷ Il termine istituzione è qui usato nella sua accezione generica, su cui, v. N. BOBBIO, *Teoria generale del diritto*, Torino, 1993, p. 128, secondo il quale «perché si possa parlare di istituzione, non basta che vi siano regole di condotta che dirigono la condotta dei consociati: è necessaria un’organizzazione, fondata su regole, del gruppo stesso attraverso la determinazione dei fini, dei mezzi e degli organi del gruppo. Fa parte generalmente dell’organizzazione del gruppo la produzione di regole secondarie per l’osservanza e l’esecuzione delle regole primarie, cioè l’istituzionalizzazione delle sanzioni. Si dice che un gruppo si organizza quando passa dalla fase della sanzione incontrollata a quella della sanzione controllata».

²⁸ L. 16 febbraio 1913, n. 89 e successive modifiche e integrazioni.

²⁹ Di cui al d.lgs.c.p.s. 13 settembre 1946, n. 233, «Ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell’esercizio delle professioni stesse», così come sostituito dalla l. 11 gennaio 2018, n. 3, legge recante disposizioni per il riordino delle professioni sanitarie.

³⁰ D.p.r. 5 aprile 1950, n. 221, «Approvazione del regolamento per la esecuzione del decreto legislativo 13 settembre 1946, n. 233, sulla ricostituzione degli Ordini delle professioni sanitarie e per la disciplina dell’esercizio delle professioni stesse».

³¹ Art. 3, l. b), del d.lgs.c.p.s. 233/1946, cit.

³² Art. 38 del d.p.r. 221/1950, cit.

³³ L. 3 febbraio 1963, n. 69.

³⁴ Art. 48 della l. 69/1963, cit., rubricato «Procedimento disciplinare».

³⁵ Art. 51 della l. 247/2012, cit., rubricato «Procedimento disciplinare e notizia del fatto».

nella legge e preposti, come noto, a tutela della professione e dell'interesse generale (cioè «degli interessi individuali e collettivi sui quali [la professione forense] incide»³⁶)³⁷.

La pretesa eticità dei rapporti disciplinari si riscontra infine nell'ordinamento universitario, in particolare per ciò che attiene al regime dei docenti. In tale ambito e per quanto qui maggiormente interessa, la disciplina continua a essere dettata dal regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592 (c.d. testo unico delle leggi sull'istruzione superiore), segnatamente dagli artt. 87 ss.³⁸. Tra i comportamenti rilevanti sul piano disciplinare, quelli cioè che fanno scattare l'esercizio del potere sanzionatorio, l'art. 89 del citato decreto menziona, a chiusura delle altre ipotesi, gli «atti in genere, che comunque ledano la dignità o l'onore del professore»³⁹ e di conseguenza dell'istituzione che egli rappresenta. Ritorna, dunque, una fattispecie a forma libera, nella quale rileva ogni comportamento del docente che leda la propria immagine e di riflesso l'immagine dell'istituzione universitaria⁴⁰.

3.1.1.2. *Nei rapporti privatistici.* – La funzionalizzazione del potere disciplinare agli interessi della organizzazione, nel consequenziale sacrificio

³⁶ Art 1, comma 2, l. b), della l. 247/2012, cit.

³⁷ Esplicita in tal senso la giurisprudenza: v. Cass., Sez. Un., 18 novembre 2010, n. 23287, che, nell'espone alcuni principi regolatori della responsabilità disciplinare, sancisce che la scelta di adottare una formulazione normativa ampia e vaga «viene generalmente ravvisata nel fine di evitare che violazioni dei doveri anche gravi possano sfuggire alla sanzione disciplinare. Pertanto, per un'esatta ricostruzione del controllo di legittimità sull'interpretazione ed applicazione [della norma], occorre prendere le mosse dalla premessa che la stessa descrive fattispecie d'illecito disciplinare, non mediante un catalogo di ipotesi tipiche, ma mediante clausole generali o concetti giuridici indeterminati. Ciò comporta anzitutto che tale norma non si presta ad una definitiva ed esaustiva individuazione di ipotesi tipiche sul piano astratto, sia pure da parte dell'organo deputato alla sussunzione del fatto nella norma generale. Il che, sotto il profilo attuativo, significa che il perimetro di tale norma generale, preposta alla tutela del decoro e della dignità professionale, non è esaurito dalle fattispecie tipiche lesive che possano rinvenirsi nel codice deontologico professionale».

³⁸ È stato ribadito di recente dalla Cass., Sez. lav., 25 maggio 2012, n. 8304: il decreto non risulta espressamente abrogato da successive normative, intese a disciplinare in maniera organica il rapporto di impiego del personale delle università, né si configura abrogazione tacita per incompatibilità al personale docente universitario delle sanzioni «previste dall'articolo 87 del testo unico delle leggi sull'istruzione superiore di cui al regio decreto 31 agosto 1933, n. 1592»; e il rinvio normativo è da ritenersi esteso, per ragioni sistematiche, anche alle previsioni dell'art. 89.

³⁹ Gli illeciti per le sanzioni più pesanti della censura elencati nell'art. 89 del citato testo unico sono: la grave insubordinazione; l'abituale mancanza ai doveri d'ufficio; l'abituale irregolarità di condotta.

⁴⁰ Cfr. V. TENORE, *Profili ricostruttivi del procedimento disciplinare nei confronti dei professori universitari a cinque anni dalla riforma Gelmini*, in *Giustamm. Rivista di diritto pubblico*, 2015, 4; G. TRIPI, *I procedimenti disciplinari nei confronti dei docenti universitari*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2004, 5, pp. 977 ss.; L. VIOLA, *Il procedimento disciplinare dei docenti universitari dopo la riforma Gelmini*, in *Federalismi.it*, 2011, n. 3; ID., *Il procedimento disciplinare dei docenti universitari dopo la riforma Gelmini*, in *Il lavoro nelle Pubbliche Amministrazioni*, 2010, 5, pp. 995 ss.; S. CIMINI, *Potere sanzionatorio e competitività nel sistema universitario italiano*, in *Competizione e governance del sistema universitario*, a cura di E. Picozza, A. Police, Torino, 2013, p. 215.

dell'individuo, è palese pure se si guarda ai sistemi disciplinari regolati dal diritto privato.

Si prenda la responsabilità disciplinare in materia di pubblico impiego privatizzato, rispetto alla quale continua a profilarsi il regime privatistico nonostante la disciplina sostanziale (e procedurale) ricada sotto fonti legislative e regolamentari. Ebbene, secondo l'art. 54 del d.lgs. 30 marzo 2001, n. 165⁴¹, le mancanze ai doveri costituzionali di diligenza, lealtà, imparzialità e servizio esclusivo alla cura dell'interesse pubblico sono fonte di responsabilità disciplinare. La conferma deriva dal codice di comportamento (d.p.r. 16 aprile 2013, n. 62⁴²) cui il suddetto art. 54 rinvia per la definizione dei doveri del dipendente pubblico. Tra questi, risaltano i principi generali che il pubblico dipendente deve rispettare nell'esercizio delle proprie funzioni (art. 3 del codice): principi che richiamano espressamente il contenuto degli articoli 54 e 98 Cost., peraltro già presente nel citato art. 54 del testo unico sul pubblico impiego. Nella configurazione dell'illecito, ricorrono, quindi, formule aperte, che hanno lo scopo di lasciare all'amministrazione lo spazio per valutare le condotte non conformi alla «disciplina ed [all']onore», o al «buon andamento e imparzialità»⁴³, dalle quali possa derivare un pregiudizio «anche morale» al «decoro e al prestigio

⁴¹ Come noto, la disciplina del d.lgs. 165/2001, contenente «Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche», è stata oggetto di diverse modifiche legislative; con riferimento alla materia disciplinare rilevano in particolare il d.lgs. 27 ottobre 2009, n. 150, la l. 6 novembre 2012, n. 190 e, infine, il d.lgs. 20 giugno 2016, n. 116.

⁴² «Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici, a norma dell'art. 54 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165». Sulla genesi e sulla funzione del codice di comportamento dei dipendenti pubblici si veda ampiamente MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., pp. 131 ss., cui si rinvia anche per la dottrina citata.

⁴³ Questi sono soltanto alcuni dei principi prescritti nell'art. 3 del codice di comportamento. In base a esso, «[i]l dipendente osserva la Costituzione, servendo la Nazione con disciplina ed onore e conformando la propria condotta ai principi di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa. Il dipendente svolge i propri compiti nel rispetto della legge, perseguendo l'interesse pubblico senza abusare della posizione o dei poteri di cui è titolare». Inoltre, «[i]l dipendente rispetta altresì i principi di integrità, correttezza, buona fede, proporzionalità, obiettività, trasparenza, equità e ragionevolezza e agisce in posizione di indipendenza e imparzialità, astenendosi in caso di conflitto di interessi». Il pubblico dipendente, poi, «non usa a fini privati le informazioni di cui dispone per ragioni di ufficio, evita situazioni e comportamenti che possano ostacolare il corretto adempimento dei compiti o nuocere agli interessi o all'immagine della pubblica amministrazione. Prerogative e poteri pubblici sono esercitati unicamente per le finalità di interesse generale per le quali sono stati conferiti». Il dipendente esercita «l'azione amministrativa alla massima economicità, efficienza ed efficacia. La gestione di risorse pubbliche ai fini dello svolgimento delle attività amministrative deve seguire una logica di contenimento dei costi, che non pregiudichi la qualità dei risultati». Nei rapporti con i destinatari dell'azione amministrativa, «assicura la piena parità di trattamento a parità di condizioni, astenendosi, altresì, da azioni arbitrarie che abbiano effetti negativi sui destinatari dell'azione amministrativa o che comportino discriminazioni basate su sesso, nazionalità, origine etnica, caratteristiche genetiche, lingua, religione o credo, convinzioni personali o politiche, appartenenza a una minoranza nazionale, disabilità, condizioni sociali o di salute, età e orientamento sessuale o su altri diversi fattori».

dell'amministrazione di appartenenza»⁴⁴. Emerge, cioè, chiaramente la funzione di protezione «dell'interesse e della moralità pubblica»⁴⁵ affidata alla responsabilità disciplinare.

Nelle realtà associative le cose non cambiano. La relazione assorbente tra potere disciplinare e scopi perseguiti dal gruppo, mediata dall'atipicità delle condotte disciplinari, è evidente, siano le associazioni più o meno strutturate. Muovendo da quelle che presentano dimensioni organizzative articolate, può farsi l'esempio delle associazioni di categoria diffuse in ambito finanziario, al fine di tutelare concorrenza e risparmio nell'esercizio di attività di prestazione di servizi finanziari ed economici ai consumatori. È il caso di Assoreti, associazione degli intermediari finanziari che prestano il servizio di consulenza in materia di investimenti, come definito dall'art. 1, comma 5, lett. f) del d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58. La regolamentazione interna di tale gruppo è composta da una serie di norme c.d. autodisciplinari, in ossequio a quanto prescritto dal codice civile in tema di organizzazione interna delle associazioni, siano esse riconosciute o meno⁴⁶. Tra le norme autodisciplinari che qui maggiormente interessano risaltano le disposizioni del codice di comportamento adottato dall'assemblea dei soci nel 1987 e senza novità dal punto di vista in esame recentemente modificato il 17 marzo 2017. In particolare, rileva l'art. 3 inserito nel titolo riservato ai principi generali dell'associazione: in base a esso la responsabilità disciplinare si configura per «ogni violazione delle norme del Codice ed ogni comportamento contrario alle regole di condotta [che] integrano una lesione dell'immagine e dell'onore della Associazione e delle Associate, anche se detta violazione e comportamento non abbiano causato un concreto pregiudizio alle altre Associate o a un Cliente». In termini simili, il meccanismo disciplinare predisposto dall'Anasf, associazione nazionale dei consulenti finanziari. Per statuto, tale organismo di diritto privato ha lo scopo di «tutelare gli interessi morali e professionali [dei consulenti finanziari], valorizzando l'immagine della categoria nei confronti dei risparmiatori, degli intermediari, delle istituzioni e dell'opinione pubblica in generale»⁴⁷. E come Assoreti, anche Anasf si serve del potere disciplinare per garantire lo scopo di valorizzazione dell'immagine della categoria, punendo solo quegli individui che, disturbando l'ordine interno con condotte contrarie alla diligenza, correttezza e trasparenza professionale, ledono la credibilità dei consulenti finanziari sul mercato.

Anche nei contesti poco strutturati e regolati da scarse disposizioni negoziali, si è detto, la materia disciplinare è avvertita come oggetto di interesse comune, tesa a garantire il funzionamento del gruppo stesso. È sufficiente riferirsi

⁴⁴ Così il comma 2 dell'art. 16, d.p.r. 62/2013, cit., rubricato «Responsabilità conseguente alla violazione dei doveri del codice».

⁴⁵ Così, ancora, MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., p. 151.

⁴⁶ Si fa riferimento agli articoli 16 e 36 del c.c.

⁴⁷ Art. 2, l. a), dello statuto approvato dal Congresso nazionale di Perugia il 7 novembre 2015.

ai modelli cui in linea di massima si adeguano nella prassi le diverse realtà associative di carattere dilettantistico-amatoriale. In tali modelli (atti costitutivi o statuti) è solito rintracciarsi disposizioni che in ordine ai presupposti per l'esercizio della potestà sanzionatoria si rifanno in modo candido a locuzioni quali: «azioni ritenute disonorevoli entro e fuori dell'associazione» o condotte indegne che «in qualunque modo arrechino danni morali o materiali all'associazione».

3.1.2. *I codici di condotta: vaghezza e incompletezza* – L'affresco delle diverse ipotesi nelle quali la norma disciplinare assume, per il tramite di concetti indeterminati, la struttura della forma libera, rendendo sanzionabili fatti che in qualunque modo turbino l'ordine interno di un complesso organizzato (sotto il profilo funzionale e organizzatorio), è servito a mettere in luce quell'aspetto ancora troppo diffuso nel variegato panorama dei sistemi disciplinari: dietro l'esigenza di proteggere gli scopi di una certa categoria organizzata (sia essa collegata a interessi pubblici o privati) si giustifica l'assenza di tassatività e determinatezza delle condotte rilevanti sul piano disciplinare.

Tale aspetto è confermato dall'altro elemento, al quale si è fatto cenno⁴⁸, che contraddistingue i sistemi disciplinari: l'uso di cataloghi di regole di condotta che, oltre a costituire in alcuni (ma significativi) casi delle elencazioni meramente esemplificative, innescano problemi in punto di struttura delle fattispecie in essi contenute. Si tratta dei cosiddetti codici etici, codici deontologici, codici di autodisciplina: tutti strumenti volti a indicare, «agli appartenenti a un'organizzazione o agli esponenti di una categoria, i *boni mores*»⁴⁹.

Espressioni di «un fenomeno [tipico] del nostro tempo»⁵⁰, tali strumenti hanno, quindi, iniziato a coprire quell'area che «per decenni ha coinciso con la dimensione degli usi (normativi o negoziali)», riempiendola di «contenuti normativi secondari»⁵¹ promananti da vari soggetti dell'ordinamento; dunque, non

⁴⁸ *Supra* § 3.1.

⁴⁹ Così MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., p. 139. V. inoltre, E. CARLONI, *Ruolo e natura dei cosiddetti "codici etici" delle amministrazioni pubbliche*, in *Diritto pubblico*, 2002, 1, p. 321, secondo il quale i codici deontologici in particolare sono espressione di un corpo sociale già definito e estrinsecazione di regole condivise perché affidate all'autonomia e disponibilità dello stesso corpo sociale.

⁵⁰ Ancora MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., p. 139. Cfr. inoltre Y. GAUDEMET, *Etica e diritto: la deontologia del giurista*, cit., p. 714, che, però, tende a ridimensionare il fenomeno, additandolo come effetto di una moda.

⁵¹ Cfr. E. DEL PRATO, *Regole deontologiche delle professioni e principio di sussidiarietà*, in *Il principio di sussidiarietà nel diritto privato*, a cura di M. Nuzzo, Torino, 2014, vol. I, p. 95. In sostanza, la codificazione si è sviluppata in quei campi della realtà sociale – pubblica o privata – dove in passato era stato possibile ricostruire empiricamente sistemi normativi non scritti (basati, cioè, sulla ripetizione uniforme e spontanea di certi comportamenti e sorretti da principi e clausole generali, quali per esempio la buona fede, la correttezza o ancora l'imparzialità e l'indipendenza). In questi termini, il fenomeno della codificazione dei «costumi» che hanno un immediato riflesso nella vita sociale di una comunità organizzata, sostituisce, pur presentando tratti comuni, il processo di formazione delle norme consuetudinarie, che, come noto, si sviluppano spontaneamente e si

solo da organi istituzionali (*i.e.* il caso del codice di comportamento dei dipendenti pubblici adottato con regolamento governativo sopra menzionato), ma anche da enti pubblici con autonomia funzionale (come gli ordini professionali e le università) e da organizzazioni private.

A prescindere dalle differenze terminologiche, i suddetti codici tendono a riprodurre i “costumi” di una comunità organizzata che hanno immediato riflesso nella vita sociale. Contengono quindi condotte riconosciute dai consociati in ragione della loro stessa appartenenza all'organizzazione; descrivono, in definitiva, quei comportamenti che sottintendono scopi comuni, dal cui rispetto dipende il corretto funzionamento della comunità⁵².

In questi termini, codici e precetti in essi contenuti dovrebbero costituire lo strumentario privilegiato per coloro che detengono il potere disciplinare, se è vero, come già ribadito, che esso è funzionale al mantenimento dell'ordine interno di una data organizzazione in vista del raggiungimento dei suoi fini. Al tempo stesso dovrebbero poter implicare che dall'applicazione delle regole dettate ne esca garantito il soggetto passivo della potestà sanzionatoria, da punire solo per i fatti espressamente previsti⁵³.

Così ragionando ci si aspetterebbe che, laddove esista una codificazione dei comportamenti, vi siano anche basi sufficienti per la piena attuazione del principio di legalità; eppure, alcuni motivi inducono a dubitare che il ruolo dei codici di condotta sia fondamentalmente e generalmente questo.

Tralasciando le questioni che si legano alle difficoltà di inquadramento di tali strumenti «entro gli schemi del diritto»⁵⁴, è soprattutto il loro contenuto a confermare che non possono assurgere a codici disciplinari. Da un lato, infatti, alcuni codici si presentano come mere elencazioni indicative di obblighi, cui si

impongono come canoni di comportamento per effetto di un uso prolungato e perché sorrette dalla c.d. *opinio iuris vel necessitatis*. In generale, sulla consuetudine come fatto normativo, si veda, tra tanti, N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, Torino, 2010.

⁵² In proposito, N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 2014, p. 55, rileva che «ai codici di regole di condotta è stata attribuita la funzione di proteggere il gruppo nel suo insieme piuttosto che di proteggere l'individuo singolo».

⁵³ Ragiona infatti di «strumento di garanzia, perché consente all'interessato di conoscere con maggiore precisione i comportamenti che potrebbero essere considerati illeciti», MATTARELLA, *Le regole dell'onestà*, cit., p. 151, a proposito del codice di comportamento dei dipendenti pubblici, già prima che questo potesse essere considerato, oltre che codice di condotta, contenente cioè gli obblighi per adempiere al meglio la prestazione lavorativa e perseguire correttamente l'interesse pubblico, anche codice disciplinare, cioè fonte di riferimento primaria per la repressione disciplinare (diversa dal licenziamento).

⁵⁴ MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 103.

affiancano clausole di chiusura⁵⁵; dall'altro, i codici manifestano comunque e sempre la propria inidoneità a fissare la tipologia di infrazioni disciplinari, giacché utilizzano formule di principio per individuare il comportamento rilevante sul piano disciplinare⁵⁶. Pertanto, quand'anche fossero considerati parametri giuridici per i soggetti titolari del potere, la loro struttura non sembra rendere l'esercizio del potere meno discrezionale nella valutazione del disvalore di una condotta. Per un verso, perché solamente enumerativa di comportamenti doverosi, per altro verso, perché composta principalmente da clausole generali.

Non solo, se a questo si aggiunge che di solito nei suddetti strumenti pure le sanzioni possibili sono meramente elencate, manca cioè quella combinazione tra condotta illecita e sanzione irrogabile, tipica del diritto punitivo, la conclusione è che la vera e propria norma disciplinare (che in un tempo proibisce e punisce) resta quella contenuta nelle singole leggi o nei singoli atti negoziali, la quale, si è visto, è in molti casi una norma sanzionatoria in bianco.

3.2. *L'esercizio del potere disciplinare. Le (non) garanzie del giusto procedimento.* – Dall'analisi appena condotta è emerso che il regime giuridico sostanziale della potestà disciplinare si sottrae all'applicazione dei principi del diritto punitivo, data la genericità del parametro giuridico su cui si basa l'individuazione del comportamento illecito (anche quando contenuto in codici di comportamento) e vista altresì la mancata correlazione tra infrazioni disciplinari e sanzioni irrogabili.

È stato, pertanto, possibile ricostruire quel profilo di "privilegio" tuttora comune a molti sistemi disciplinari, consistente in un'insufficiente regolamentazione del potere sanzionatorio per la parte in cui manca la predeterminazione (oltre che tipica anche tassativa) delle condotte rilevanti sul piano disciplinare.

Si tratta adesso di individuare l'altro profilo di "privilegio" che rende il modello disciplinare inadeguato rispetto all'ordine costituzionale vigente, perché tutto sbilanciato a favore dell'organizzazione, a detrimento dell'individuo. Tale profilo può rintracciarsi nella fase di irrogazione della sanzione disciplinare. Si vedrà che le mancanze riscontrate in punto di regime sostanziale non sono

⁵⁵ Si prenda il codice di comportamento di Assoreti. Unica fonte di responsabilità disciplinare, il codice contiene all'art. 2, comma 2, una clausola che produce gli stessi effetti di una norma di chiusura. In base a esso, infatti, «per quanto non espressamente contemplato dal Codice, ogni comportamento contrario alle regole [di buona fede e correttezza professionale] costituisce di per sé una violazione assoggettabile a sanzione».

⁵⁶ Si pensi ai codici etici adottati dalle università ai sensi dell'art. 2, comma 4, della l. 30 dicembre 2010, n. 240, che spesso consistono in «elenchi di previsioni talmente astratte, che sembrano essere stati emanati solo per adempiere a un obbligo legislativo, [...] e non per regolare realmente la condotta» dei componenti della comunità universitaria (B.G. MATTARELLA, *La responsabilità disciplinare dei docenti universitari dopo la legge Gelmini: profili sostanziali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, 1, p. 7).

sufficientemente compensate dalle garanzie procedurali: perché talvolta addirittura assenti e perché, in ogni caso, carenti in ragione della coincidenza tra soggetto che esercita il potere sanzionatorio e soggetto leso⁵⁷.

In una visione d'insieme del fenomeno disciplinare la portata lesiva dei difetti concernenti le garanzie procedurali appare evidente se si considera in particolare che ormai la maggior parte delle normative disciplinari (legislative, regolamentari o autodisciplinari) rinvia ai principi del giusto processo e del giusto procedimento ai fini dell'applicazione della sanzione⁵⁸. Gli esempi in tal senso sono numerosi e riguardano sia i sistemi disciplinari regolati dal diritto pubblico, dove il potere è ricondotto alla disciplina del potere amministrativo, segnatamente discrezionale, sia i sistemi disciplinari governati dal diritto privato, nei quali l'esercizio della potestà è scandito in varie fasi procedurali. Riprendendo alcune fattispecie esaminate in precedenza, l'applicazione dei suddetti principi è per esempio propria dell'articolata disciplina del procedimento disciplinare nell'ordinamento forense, contenuta nella l. 247/2012 cit. (segnatamente nel Titolo V, capo I e II) e nel regolamento autodisciplinare del 21 febbraio 2014, n. 2, adottato dal Consiglio nazionale forense. È significativa soprattutto perché, rinviando alle norme del codice di procedura penale (art. 10, comma 3, reg. 2/2014), riconduce dichiaratamente il fenomeno disciplinare al diritto punitivo, confermando al tempo stesso l'idea che il procedimento disciplinare sia qualcosa di più di un "semplice" procedimento amministrativo⁵⁹. In tale disciplina, infatti, non solo viene sancito l'obbligo di concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso e motivato, ma trovano diretta prescrizione le garanzie inerenti più strettamente al giusto processo e al diritto di difesa del soggetto incolpato, seguendo le scadenze proprie del contenzioso penale: tra queste il diritto di presentare deduzioni sia in fase pre-istruttoria che in fase istruttoria; il diritto di accedere agli atti; il diritto di essere sentito in fase istruttoria e dibattimentale, nonché il diritto di farsi assistere da un difensore di fiducia.

In riferimento ai sistemi disciplinari retti dal diritto privato, può invece segnalarsi il meccanismo delineato dall'associazione di categoria Assoreti e l'insieme di regole da applicarsi al momento della inflizione di una sanzione

⁵⁷ Quanto appena detto, ammesso e non concesso che le garanzie procedurali possano svolgere una funzione compensativa e dunque sostitutiva delle garanzie sostanziali.

⁵⁸ Si tratta dei principi prescritti nell'art. 111 Cost. e nell'art. 6 Cedu, che, come noto, si traducono fondamentalmente nel rispetto del contraddittorio, nell'obbligo di motivazione dei provvedimenti, nella conclusione del processo e del procedimento entro termini certi o comunque ragionevoli.

⁵⁹ Sui procedimenti amministrativi contenziosi si vedano, *ex multis*, M. NIGRO, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953; G. MORBIDELLI, *Sul regime amministrativo delle Autorità indipendenti*, in *Scritti di diritto pubblico dell'economia*, Torino, 2001, pp. 226 ss.; M. CALABRÒ, *La funzione giustiziale nella pubblica amministrazione*, Torino, 2012, pp. 266 ss.; L. TORCHIA, *Il potere sanzionatorio della Consob dinanzi alle Corti europee e nazionali*, in www.irpa.eu, secondo cui «da natura del potere sanzionatorio e gli effetti del suo esercizio sono [...] tali, da richiedere un rafforzamento delle garanzie ordinariamente assicurate nel procedimento amministrativo».

disciplinare: nell'ambito del c.d. procedimento ordinario⁶⁰, i soggetti sottoposti a potere disciplinare possono depositare memorie difensive nella fase introduttiva del giudizio⁶¹, illustrare le proprie posizioni nell'udienza di discussione, «nella più ampia libertà di forma» a garanzia di effettività del principio del contraddittorio, nonché farsi assistere da un difensore ed esporre «brevemente e oralmente le proprie deduzioni conclusive con diritto ad una sola replica»⁶².

Se così è, le eccezioni a tale *modus operandi* stridono, costituendo un ingiustificato (e ingiustificabile) privilegio di giustizia.

L'assenza di garanzie procedurali si ritrova nei contesti associativi, in particolare nelle associazioni a scopo ricreativo. Nei gruppi sociali poco strutturati nei quali il singolo, inserendosi spontaneamente, intende soddisfare i bisogni più intimamente connessi alla sua personalità⁶³.

Negli accordi interni o negli statuti delle associazioni volontarie di stampo amatoriale non ci sono disposizioni che, a favore dei singoli esposti al potere, riconoscano il contraddittorio tra le parti o la previa contestazione dell'addebito; né ci sono precetti che impongano, ai soggetti titolari del potere disciplinare, di irrogare la sanzione entro un termine o di motivare gli atti sanzionatori. Vi è la previsione di una posizione di autorità in capo a taluni organi dell'associazione (solitamente al Consiglio direttivo oppure all'assemblea dei soci), ma mancano strumenti di controllo procedimentale, affinché l'esercizio del potere non risulti, in fase di irrogazione della sanzione, in contrasto con gli interessi e la personalità degli associati.

Si assiste, di fatto, a una situazione nella quale un individuo, scegliendo di entrare in un'associazione, non solo si vincola genericamente alle determinazioni del gruppo, giacché, come visto, nei regolamenti interni non esiste una tipizzazione degli illeciti (dato il rinvio a vaghe regole sociali), ma in più si vincola senza che gli venga in astratto assicurata alcuna garanzia procedurale, rafforzando

⁶⁰ Dinanzi agli organi disciplinari dell'associazione può instaurarsi anche un procedimento monitorio per ragioni di urgenza (regolato dagli artt. 36-38 del codice di comportamento).

⁶¹ Art. 33, comma 3, codice di comportamento Assoreti.

⁶² Cfr. art. 34 codice di comportamento Assoreti.

⁶³ C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, p. 47, sottolinea che «nelle associazioni, è vero, si esprime un'esigenza di libertà dell'uomo nel perseguire i suoi fini ideali in una dimensione sociale che si è ormai perduta nel contesto della generale e indistinta comunità statale. Ma proprio per l'importanza che il gruppo può assumere per la personalità del soggetto, appare non meno trascurabile l'esigenza di una sua protezione giuridica all'interno dell'organizzazione».

il dubbio che quella posizione di autorità si traduca in un abuso⁶⁴.

3.2.1. *Gli organi giudicanti: mancanza di terzietà e imparzialità.* – La predisposizione di strumenti di garanzia procedurale, per cui le sanzioni disciplinari devono essere precedute da un procedimento contenzioso più o meno complesso (assente nei contesti associativi sopra descritti), non è comunque sufficiente a compensare le minori garanzie che permangono nella fase di irrogazione delle sanzioni, allorché il potere disciplinare venga esaminato sotto l'aspetto soggettivo di coloro che possono esercitarlo.

Infatti, nella maggior parte dei sistemi sanzionatori disciplinari, non trova riscontro l'altra garanzia tipica del diritto punitivo genericamente inteso, espressione ulteriore del principio del giusto processo: la riconduzione di fasi sanzionatorie a un corpo di giudici «terzo e imparziale»⁶⁵. Al contrario, i soggetti chiamati a valutare la illiceità della condotta e a irrogare la sanzione sono di solito gli esponenti della stessa organizzazione, nei quali pertanto si cumulano due funzioni come tali incompatibili: quella giustiziale con quella di parte lesa.

In gioco è, dunque, la peculiare composizione degli organi giudicanti, che rafforza la convinzione che lo strumento disciplinare è sbilanciato sulla protezione degli interessi di una determinata comunità organizzata (*id est* della parte attiva del rapporto disciplinare), anche a costo di sacrificare la posizione giuridica dei soggetti colpiti dal potere in termini di eguaglianza di trattamento.

Ancora una volta tornano utili le fattispecie esaminate in precedenza. Il rapporto di dipendenza tra giudicato e giudicanti è per esempio proprio dei procedimenti disciplinari interni alle professioni regolamentate: i c.d. consigli di disciplina territoriali sono organi rappresentativi dell'ordine professionale e quindi il loro potere viene esercitato nell'interesse di quest'ultimo. Stesso discorso vale per i procedimenti disciplinari a carico di professori e ricercatori universitari. Qui, la funzione disciplinare, non più svolta a livello decentrato dal Consiglio universitario nazionale (Cun), è riservata, infatti, agli organi dei singoli Atenei, e cioè: al c.d. collegio di disciplina «composto esclusivamente da professori

⁶⁴ Del resto, una delle caratteristiche proprie di un potere privato sta nella sua «attitudine a determinare la lesione della situazione costituzionalmente garantita attraverso un abuso, appunto, di codesta posizione dominante» (così G. LOMBARDI, *Potere privato e diritti fondamentali*, Torino, 1970, p. 51).

Si interrogano sulle garanzie offerte dall'ordinamento all'individuo che voglia aderire a una formazione sociale, M. NIGRO, *Formazioni sociali, poteri privati e libertà del terzo*, in *Politica del diritto*, 1975, pp. 579 ss., e P. RESCIGNO, *Formazioni sociali e terzi*, in *Persona e comunità. Saggi di diritto privato*, Padova, 1988, II, pp. 417 ss. Il riferimento a posizioni di supremazia o dominio nei rapporti interprivati rispetto ai quali devono reclamarsi forme di controllo e tutela è proprio di BIANCA, *Le autorità private*, cit., e ripreso tra altri da A. DI MAJO, *La tutela civile dei diritti*, Milano, 2001, p. 375.

⁶⁵ Per usare le espressioni dell'art. 111, comma 2, Cost. Stessa terminologia si ritrova nell'art. 6 della Cedu.

universitari [...] e da ricercatori a tempo indeterminato»⁶⁶; al rettore, cui spetta l'avvio del procedimento disciplinare; infine, al consiglio di amministrazione, che «senza la rappresentanza degli studenti, infligge la sanzione ovvero dispone l'archiviazione del procedimento, conformemente al parere vincolante espresso dal collegio di disciplina»⁶⁷. Anche in ambito universitario, quindi, il giudizio «dei pari»⁶⁸, cioè dei colleghi che compongono il collegio di disciplina, si traduce in un giudizio di parte, principalmente volto a proteggere gli interessi dell'istituzione universitaria.

Allargando poi lo sguardo oltre le ipotesi regolate dalla legge, il difetto di terzietà e imparzialità degli organi giudicanti accomuna la quasi generalità dei sistemi sanzionatori endoassociativi⁶⁹, espressioni dell'autonomia organizzativa dei gruppi sociali. Dai partiti ai movimenti politici, dalle associazioni professionali alle associazioni culturali, la materia disciplinare è rimessa alla competenza del gruppo, anche con specifico riferimento alla potestà di giudicare e infliggere le sanzioni. Segnatamente, alla competenza di organi variamente denominati (per es., Commissione di garanzia, Collegio dei probiviri, Consiglio direttivo e assemblea dei soci) e composti dagli stessi associati. In questi termini, appare chiaro che l'esercizio del potere sanzionatorio configura una tipica contrapposizione di interessi tra il titolare del potere (l'associazione) e il soggetto passivo (l'associato), in cui l'interesse personale del singolo viene subordinato *naturaliter* all'interesse della collettività⁷⁰.

3.3. *Il sindacato sul potere disciplinare.* – Nella composizione degli organi giudicanti si coglie, sul piano procedurale, il condizionamento derivante dalla concezione di disciplina e di regola disciplinare in precedenza analizzata. Da più parti si sottolinea, infatti, il collegamento esistente tra struttura interna dell'organo giudicante e tipo di norme che questo è chiamato ad applicare: laddove il giudizio disciplinare avviene sulla base di fattispecie che sono «tutte e sempre espressione di doveri etico-sociali, con riguardo alla morale e all'onore di [una istituzione] particolare»⁷¹, si considera naturale che tale giudizio venga

⁶⁶ Art. 10, comma 1, l. 240/2010, cit.

⁶⁷ Ivi, comma 4.

⁶⁸ L'espressione è di MOR, *Le sanzioni disciplinari*, cit., p. 167. Ma è un'espressione contenuta anche nell'art. 10, comma 1, l. 240/2010: «Il collegio opera secondo il principio del giudizio fra pari».

⁶⁹ Difficilmente la competenza disciplinare spetta a organi dell'associazione i cui componenti non siano gli stessi associati (*recte* alcuni soci, nominati o eletti). Ne è però un esempio il Giuri d'onore di Assoreti, che oltre a decidere in via definitiva sulle questioni rilevanti disciplinarmente, è un organo composto da soggetti estranei all'associazione: privati cittadini scelti dall'associazione «tra persone di assoluto valore professionale e di specchiata condotta morale» (art. 14 dello statuto).

⁷⁰ Non senza il rischio (sicuramente maggiore nei gruppi poco strutturati) di sanzioni adottate per astio, motivi di parte, rancore personale.

⁷¹ RESCIGNO, *Un libro sulle pene delle associazioni private*, cit., p. 1408.

demandato alla cognizione degli esponenti della medesima istituzione⁷².

Da qui si deve ripartire per andare alla ricerca di quello che rappresenta il terzo profilo di “privilegio di giustizia” del modello sanzionatorio disciplinare. Si tratta dell’aspetto riconducibile alla sindacabilità del potere e, di riflesso, alla tutela giustiziale e giurisdizionale del soggetto che ne subisce gli effetti. Anche con riferimento a esso, tornerà utile muovere da alcune fattispecie concrete, spostando l’attenzione sul fronte dei rimedi dei quali dispone il singolo avverso l’esercizio illegittimo o ingiusto del potere. Ancora una volta si trarranno conclusioni sul carattere chiuso di alcuni sistemi disciplinari, soprattutto se analizzati sul piano della tutela giurisdizionale.

3.3.1. *La tutela interna.* – Si muova dagli strumenti di giustizia interna congegnati da alcuni sistemi disciplinari. Si tratta di strumenti che si è soliti rintracciare nelle realtà associative di natura privata, ma anche pubblica. Basti pensare al regime di impugnazione degli atti sanzionatori nelle professioni regolamentate e nelle associazioni private, riconosciute e non.

In molti ordinamenti professionali è, infatti, noto che il singolo professionista contro un provvedimento disciplinare debba in prima istanza ricorrere davanti all’organo centrale dell’ordine di appartenenza. Questo organo svolge, pertanto, la funzione di organo di impugnazione di primo grado in materia disciplinare.

⁷² Cfr., per es. in dottrina, G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967, p. 322; A.M. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Cassazione*, in *Giustizia civile*, 1961, p. 618, per il quale la non ingerenza dello Stato dipende dalla convinzione che «il più geloso custode del prestigio della classe abbia a essere la classe stessa». Negli stessi termini, A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milano, 1976, pp. 172-173, per il quale «l’applicazione delle norme deontologiche è stata rimessa interamente agli organi esponenti della classe professionale, perché solo i soggetti che ad essa appartengono, che sono essi stessi professionisti, sono in grado di conoscere le regole che devono essere seguite nel compimento delle relative prestazioni. Ciascun professionista, solo perché appartiene alla classe conosce quelli che sono i suoi doveri, e soltanto lui; ed anche la valutazione del comportamento antiggiuridico del professionista è opportuno che resti affidata alla sensibilità di coloro che esercitano la stessa professione». Cfr. inoltre MOR, *Le sanzioni disciplinari*, cit., p. 112, secondo il quale la valutazione del comportamento dell’impiegato «è strettamente inerente al concreto atteggiarsi dell’attività amministrativa e quindi può essere compiuta solo dall’organo responsabile di detta attività».

In giurisprudenza, si veda con specifico riferimento alla riserva di potere sanzionatorio in capo agli ordini professionali, Cass., Sez. Un., 24 maggio 1975, n. 2104, in base all’assunto che questi sono «titolar[i] di poteri di autarchia e di autonomia, il cui esercizio realizza il principio dell’autogoverno della professione. E la manifestazione più elevata di questo è costituita» dall’elaborazione delle regole di deontologia professionale e «dalla concreta applicazione delle regole stesse, secondo le forme e le garanzie della procedura disciplinare [...] l’ordinamento riserva, quindi, alla categoria professionale ed agli organi che ne sono espressione [...] poteri di c.d. autocrinia in sede di applicazione delle regole»; nel medesimo ordine di idee, Cass., Sez. Un., 20 novembre 1982, n. 6249; Cass., Sez. Un., 9 luglio 1991, n. 7543; Cass., Sez. Un., 23 luglio 1993, n. 8239; Cass., Sez. Un., 12 dicembre 1995, n. 12723; Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2002, n. 762.

È quanto prescritto, per esempio, nella legge professionale forense⁷³: il Consiglio nazionale forense, ente esponenziale della categoria professionale a livello nazionale, è chiamato a decidere sui ricorsi avverso le sanzioni disciplinari mediante un provvedimento cui si riconosce peraltro natura giurisdizionale⁷⁴. Ugualmente, il Consiglio nazionale degli ingegneri e architetti⁷⁵, il Consiglio nazionale dei geometri⁷⁶ e la Commissione centrale degli esercenti le professioni sanitarie⁷⁷: tutti organi di ordini professionali istituiti in epoca pre-repubblicana, «considerati organi giurisdizionali a tutti gli effetti»⁷⁸. Di là dal problema che si tratta di giurisdizioni speciali che non sono state sottoposte a revisione costituzionale⁷⁹, è chiaro che «la qualifica di organo giurisdizionale di per sé non costituisce una garanzia»⁸⁰ per i professionisti. Al contrario, la qualifica finisce per essere una aggravante della già discutibile composizione di questo giudice di prime cure. La circostanza che il riesame della sanzione disciplinare spetti a un organismo che è espressione degli stessi ordini professionali a livello locale può solo far dubitare che i vari Consigli nazionali costituiscano organi terzi e indipendenti.

Tali perplessità non si dissolvono neppure se «il gravame rivolto al Consiglio nazionale viene considerato di natura amministrativa», come nel caso delle professioni regolamentate dopo l'entrata in vigore della Costituzione: tra cui quella di giornalista⁸¹, di agronomo⁸², di biologo⁸³. L'obbligo di ricorrere in prima istanza ai rispettivi Consigli nazionali che decidono in via amministrativa non

⁷³ Ai sensi dell'art. 61, l. 247/2012 cit.

⁷⁴ L'art. 37, comma 2, l. 247/2012 cit. dispone infatti che «I provvedimenti del CNF su impugnazione di delibere dei consigli distrettuali di disciplina hanno natura di sentenza».

⁷⁵ In base all'art. 10 del r.d. 23 ottobre 1925, n. 2537 (Regolamento per le professioni di architetto e ingegnere).

⁷⁶ Ai sensi dell'art. 15 del r.d. 11 febbraio 1929, n. 274 (Regolamento per la professione di geometra).

⁷⁷ Secondo l'art. 5 del d.lgs.c.p.s. 233/1946 cit. (oggi art. 4 della l. 3/2018): «Contro i provvedimenti è ammesso ricorso alla Commissione centrale per gli esercenti le professioni sanitarie».

⁷⁸ Così, criticamente, MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 106.

Sulla natura di giudici speciali degli organi centrali di alcune professioni, si veda F. TERESI, *Ordini e collegi professionali*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, 1995, X, p. 455.

In giurisprudenza, la natura giurisdizionale delle funzioni svolte dagli organi centrali degli ordini professionali citati nel testo è sostenuta da Corte cost., 7 ottobre 2016, n. 215; Corte cost., 9 luglio 2014, n. 193; Corte cost., 23 dicembre 1986, n. 284; Corte cost., 17 febbraio 1972, n. 27; Corte cost., 6 luglio 1970, n. 114; Corte cost., 11 marzo 1957, n. 41; nonché da Cass., Sez. Un., 3 maggio 2005, n. 9097; Cass., Sez. Un., 23 marzo 2005, n. 6213; Cass., Sez. Un., 26 maggio 2004, n. 10137; Cass., sez. III, 27 luglio 2001, n. 10284; Cass., Sez. Un., 7 agosto 1998, n. 7753.

⁷⁹ Così come invece prescritto dalla VI disposizione transitoria della Costituzione: ancora, sul punto, MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale*, cit., p. 106.

⁸⁰ MOR, *Le sanzioni disciplinari*, cit., p. 163, nota 4.

⁸¹ Ai sensi dell'art. 20, lett. d), l. 69/1963 (Ordinamento della professione di giornalista).

⁸² Secondo l'art. 26, lett. h), l. 7 gennaio 1976 n. 3 (Nuovo ordinamento della professione di dottore agronomo e di dottore forestale).

⁸³ In base all'art. 22, l. 24 maggio 1967, n. 396 (Ordinamento della professione di biologo).

cambia la sostanza delle cose: il potere decisorio è rimesso, comunque, all'organo centrale dell'ente professionale, spostando su un piano spaziale differente (quello nazionale) i problemi di terzietà e imparzialità già rilevati in ordine alla composizione dell'organo giudicante in fase procedimentale.

Altrettanto discutibile appare la diffusa pratica delle associazioni che riserva al singolo prima di tutto una tutela interna al gruppo. Quale che sia l'origine della c.d. giustizia domestica⁸⁴, è abbastanza comune rintracciare disposizioni (di associazioni riconosciute e non) che prevedono che il soggetto colpito da sanzione disciplinare si appelli innanzitutto a un altro organo interno anziché direttamente all'autorità giudiziaria. Così, per esempio, nelle associazioni di categoria, diffuse nella realtà economico-finanziaria. Per tutte, si pensi ad Anasf, in precedenza menzionata: ai sensi dell'art. 14.7 del Regolamento di vigilanza e di autodisciplina la decisione disciplinare del Collegio dei probiviri (qui in funzione di organo giudicante di primo grado) deve essere appellata davanti al Giurì, quale giudice domestico⁸⁵. Ma anche nelle associazioni culturali e in generale in quelle a scopo ricreativo di solito si ritrova il medesimo regime di impugnazione: negli statuti e nei regolamenti è frequente l'uso di clausole che demandano il giudizio per il riesame dei provvedimenti disciplinari a un organo interno, prima di poter adire l'autorità giudiziaria⁸⁶.

Non vi è, dunque, il divieto di ricorrere alla tutela giurisdizionale dello Stato, bensì la subordinazione di essa al previo esperimento dei ricorsi interni, in una logica non diversa da quella vista con riferimento agli ordini professionali. Inoltre, se si considera l'ampio margine di apprezzamento delle condotte illecite, il gruppo – l'ente professionale o l'associazione – non solo ha il potere di giudicare le inadempienze commesse nei suoi stessi confronti, ma finisce per avere lo stesso potere decisorio a carico dell'associato e nel proprio interesse pure al momento del riesame della sanzione. Ne deriva che in fase di impugnazione del provvedimento disciplinare si ripropone quella contrapposizione di interessi tra il gruppo e il singolo, già riscontrata al momento dell'inflizione della sanzione. Anche al

⁸⁴ Tale pratica discende dalla mai sopita idea (avvalorata ancora da certa giurisprudenza) che ciò che avviene all'interno del gruppo sia questione dello stesso (o del solo) gruppo (cfr. W. CESARINI SFORZA, *Il diritto dei privati*, Milano, 1963). Deriva però anche dall'atteggiamento delle stesse associazioni, che, «[a]versate o ignorate per lungo tempo, [...] dopo aver conquistato il diritto all'esistenza e il riconoscimento della capacità in ordine alla gestione degli interessi comuni, si sono successivamente rinchiusse nel loro guscio»; e «gelose della loro autonomia, sembrano [...] rifiutare qualsiasi intervento da parte dello Stato nella loro sfera interna» (G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977, p. 55).

⁸⁵ Regolamento reperibile su anasf.it, data ultima consultazione 12.06.2023.

⁸⁶ Si veda, a titolo esemplificativo, il regolamento interno dell'Associazione culturale di ricostruzione storica ed archeologia sperimentale "Civiltà romana", che alla sezione 3.04, lett. a), prescrive al socio l'obbligo di impugnare la contestazione disciplinare al Collegio dei probiviri «ai quali è demandato il compito di arbitraggio e di decisione irrevocabile e inappellabile (salvo il ricorso alla magistratura ordinaria)» (www.civiltaromana.it).

momento del riesame l'individuo rimane, cioè, «in posizione di formale alterità rispetto ad un atto di comando del quale egli è destinatario e soggetto passivo», con conseguente menomazione della propria autonomia nei confronti del gruppo⁸⁷.

3.3.2. *La tutela giurisdizionale.* – La convinzione che il regime sanzionatorio disciplinare di molti e significativi ambiti della società civile organizzata sia costruito in modo da risultare tutto proiettato al mantenimento dell'ordine interno, senza un'adeguata protezione della sfera soggettiva del destinatario della pena disciplinare, trova un'ultima conferma nelle forme e nelle modalità di intervento giurisdizionale.

Molteplici sono le mancanze che si riscontrano anche su questo fronte. Dietro tali mancanze vi sono sempre la concezione di disciplina e il carattere troppo generico degli enunciati che stabiliscono le regole di tipo disciplinare.

Il pensiero corre innanzitutto alla tutela giurisdizionale nelle professioni regolamentate (istituite prima dell'entrata in vigore della Costituzione). È noto che in alcune professioni l'accesso alla giustizia ordinaria coincide con l'accesso alla giurisdizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione: le decisioni in materia disciplinare dei Consigli nazionali che continuano ad avere natura giurisdizionale possono essere impugnate soltanto attraverso il ricorso in Cassazione. È così per gli avvocati⁸⁸, per gli esercenti le professioni sanitarie⁸⁹, per gli ingegneri e architetti⁹⁰.

Ebbene, va detto che il sindacato della Corte di Cassazione in materia disciplinare risulta, alla luce del diritto vivente⁹¹, limitato soltanto al controllo sulla motivazione⁹². Non solo, ma tale controllo non è sulla “sufficienza” e “razionalità”

⁸⁷ Così BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 24.

⁸⁸ Ai sensi dell'art. 36, comma 6, della l. 247/2012 cit.

⁸⁹ In realtà, l'art. 19 del d.lg.c.p.s 233/1946, cit., dispone che «avverso le decisioni della Commissione centrale è ammesso ricorso alle Sezioni unite della Corte Suprema di cassazione, a norma dell'art. 362 del Codice di procedura civile», vale a dire solo per motivi attinenti alla giurisdizione. Attraverso un'interpretazione sistematica della suddetta norma ad oggi deve ammettersi ricorso alla Cassazione, sezioni semplici, anche per il vizio di violazione di legge *ex art. 111 Cost.*

⁹⁰ In base all'art. 17 del r.d. 2537/1925 cit.

⁹¹ L'orientamento della giurisprudenza è pressoché univoco. Tra altre v. Cass., Sez. Un., 23 ottobre 2017, n. 24966; Cass., Sez. Un., 22 luglio 2016, n. 15203; Cass., Sez. Un., 1 agosto 2012, n. 13791; Cass., Sez. Un., 26 maggio 2011, n. 11564; Cass., Sez. Un., 17 giugno 2010, n. 14617; Cass., Sez. Un., 18 novembre 2010, n. 23287; Cass., Sez. Un., 24 settembre 2010, n. 20160; Cass., Sez. Un., 7 luglio 2009, n. 15852; Cass., Sez. Un., 28 settembre 2007, n. 20360; Cass., Sez. Un., 22 agosto 2007, n. 17827; Cass., Sez. Un., 8 ottobre 2004, n. 20024; Cass., Sez. Un., 27 gennaio 2004, n. 1414; Cass., Sez. Un., 11 marzo 2004, n. 5038; Cass., Sez. Un., 23 luglio 2001, n. 10014; Cass., Sez. Un., 26 aprile 2000 n. 289.

⁹² Nonostante cioè la riforma dell'art. 360 c.p.c. (con l. 7 agosto 2012, n. 134), che, come noto, ha eliminato ogni riferimento ai vizi logici della motivazione, introducendo piuttosto un vizio specifico relativo all'«omesso esame circa un fatto decisivo per il giudizio che è stato oggetto di discussione tra le parti». Tale ipotesi si riferisce alla violazione da parte del giudice di merito della regola metodologica riconducibile al canone di completezza nella considerazione delle varie circostanze

della motivazione, bensì semplicemente «sull'*esistenza* (sotto il profilo dell'assoluta omissione o della mera apparenza) e sulla *coerenza* (sotto il profilo della irriducibile contraddittorietà e dell'illogicità manifesta) della motivazione, ossia con riferimento a quei parametri che determinano la conversione del vizio di motivazione in vizio di violazione di legge, sempre che il vizio emerga immediatamente e direttamente dal testo della sentenza», a prescindere cioè, si noti bene, dal confronto con le risultanze processuali⁹³.

La ragione di un sindacato così limitato è da ricondurre, oltre che alle incertezze in ordine alla natura delle regole di condotta dei codici di comportamento⁹⁴, al modo con il quale la Cassazione in materia disciplinare affronta il controllo sulle clausole generali. Sul presupposto infatti che, come più volte ricordato, le autentiche fonti sulle quali si fonda l'esercizio del potere disciplinare sono le clausole generali contenute nelle singole leggi professionali, non sembra aver trovato seguito l'orientamento che invece è andato consolidandosi in materia contrattuale e di lavoro, alla cui stregua sono direttamente sindacabili, sotto il profilo della violazione o falsa applicazione di norme di diritto (art. 360 n. 3 c.p.c.), anche le operazioni valutative compiute dal giudice di merito nell'applicazione di concetti giuridici indeterminati, quali quelli

risultanti dagli atti del processo. Due considerazioni inducono, tuttavia, a dubitare che siffatto controllo delle Sezioni Unite sull'esercizio del potere disciplinare possa rivelarsi praticamente utile. La prima è che la censura di cui al novellato art. 360 n. 5 configura in realtà un'ipotesi piuttosto inverosimile, soprattutto nel contesto di cui si fa questione, se è vero, per un verso, che la valutazione di tutte le circostanze di fatto costituisce il presupposto stesso dell'azione disciplinare e dunque del provvedimento sanzionatorio, confermato in sede di appello, e, per altro verso, che è in gioco l'ampio potere valutativo dell'organo disciplinare. La seconda è che il nuovo mezzo di impugnazione impone al professionista (*recte* al suo difensore) una perizia specifica, che rende l'accesso alla Corte senz'altro più difficile rispetto agli altri vizi di legittimità e che, alla luce del diritto vivente, non risulta ancora conquistata (la Corte ha rigettato i ricorsi contro le decisioni degli organi professionali di livello nazionale perché i motivi adottati in base al nuovo art. 360 n. 5 erano formulati in modo troppo generico: cfr. Cass., Sez. Un., 23 ottobre 2017, n. 24966, cit.; Cass., Sez. Un., 22 luglio 2016, n. 15203, cit.; Cass., sez. II, 19 luglio 2016, n. 14764; Cass., Sez. Un., 10 luglio 2015, n. 14477).

⁹³ Così, Cass., Sez. Un., 7 aprile 2014, n. 8053 (punto 14.6 della motivazione), *leading case* per la ridefinizione dei margini del sindacato di legittimità sulla motivazione. Puntualizza la Corte che «in proposito dovrà tenersi conto di quanto questa Corte ha già precisato in ordine alla “mancanza della motivazione”, con riferimento al requisito della sentenza di cui all'art. 132 c.p.c., n. 4: tale “mancanza” si configura quando la motivazione ‘manchi del tutto – nel senso che alla premessa dell'oggetto del decidere risultante dallo svolgimento del processo segue l'enunciazione della decisione senza alcuna argomentazione – ovvero [...] essa formalmente esista come parte del documento, ma le sue argomentazioni siano svolte in modo talmente contraddittorio da non permettere di individuarla, cioè di riconoscerla come giustificazione del *decisum*’ (Cass., 18 settembre, 2009, n. 20112)» (punto 14.5.1. della motivazione).

⁹⁴ Tuttora prevalentemente considerate norme extragiuridiche e, dunque, insindacabili per violazione di legge.

contenuti nelle clausole generali o nelle c.d. norme elastiche⁹⁵, giacché ritenuto un giudizio di diritto e non di fatto⁹⁶.

L'ineffettività della tutela giurisdizionale si coglie anche nei contesti associativi, seppure per profili diversi da quelli appena visti. È infatti pacifico il riconoscimento della competenza del giudice ordinario a sindacare l'operato degli organi associativi, nella contemporanea indistinzione tra controllo di legittimità e controllo di merito⁹⁷. La sindacabilità degli atti è, in altre parole, estesa anche al profilo sostanziale, investendo il «riesame dei fatti e delle circostanze, e [l]'interpretazione delle norme statutarie, spesso assai vaghe, attraverso la prassi dell'associazione»⁹⁸. Perciò anche quando «nessuna indicazione specifica sia contenuta [...] nell'atto costitutivo, o quando si sia in presenza di formule generali ed elastiche, destinate ad essere riempite di volta in volta di contenuto in relazione a ciascun singolo caso, o comunque in qualsiasi altra situazione nella quale [un provvedimento disciplinare] implichi un giudizio di gravità di singoli atti o comportamenti, da operarsi necessariamente *post factum*, il vaglio giurisdizionale si estende necessariamente anche a quest'ultimo aspetto»⁹⁹.

⁹⁵ Tra le altre, v. Cass., Sez. Un., 22 febbraio 2012, n. 2572; Cass., 22 gennaio 2009, n. 1618; Cass., Sez. Un., 25 novembre 2008, n. 28056; Cass., 13 maggio 2005, n. 10058; Cass., 14 ottobre 2003, n. 15371; Cass., 3 agosto 2001, n. 10750; Cass., 8 maggio 2000, n. 5822; Cass., 22 ottobre 1998, n. 10514. In tali pronunce, la Suprema Corte ha annullato le sentenze impugnate alla stregua del controllo di legittimità che le è proprio: sindacando cioè il giudizio di diritto sotteso all'applicazione delle clausole generali. Ha, per esempio, annullato le pronunce del giudice di merito sul presupposto della violazione o scorretta applicazione delle clausole di buona fede e correttezza sottese al rapporto di lavoro e, in generale, ai rapporti contrattuali.

⁹⁶ Sul punto si rinvia alla ricostruzione fatta da C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela. Dall'eccesso di potere alle regole del rapporto*, Milano, 2008, pp. 148-158.

⁹⁷ Cfr., sul punto, VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, cit., pp. 66-67.

⁹⁸ Così ma in senso critico D. VINCENZI AMATO, *Associazione e tutela dei singoli*, Napoli, 1984, p. 126. V., inoltre, sempre in dottrina, RESCIGNO, *Un libro sulle pene delle associazioni private*, cit., p. 141, il quale nel riportare il pensiero di U. Meyer-Cording, rileva che il tema del sindacato degli accordi interni fosse stato particolarmente sentito in Germania, allorché la giurisprudenza «si rese conto che anche l'esclusione da una associazione non economica può incidere su gli interessi vitali dell'associato, ed incidere in punti veramente nevralgici». Da sempre, sull'ammissibilità di tali apprezzamenti da parte del giudice statale, C. LESSONA, *I diritti dei soci nelle associazioni private*, in *Scritti minori*, I, S. Maria C. V., 1911, p. 119.

⁹⁹ App. Potenza, 26 febbraio 2010; ma già Cass., sez. I civ., 4 settembre 2004, n. 17907, secondo cui il vaglio giurisdizionale si deve estendere anche alla valutazione della gravità del comportamento e «si esprime attraverso una valutazione di proporzionalità tra le conseguenze del comportamento addebitato all'associato e l'entità della lesione da lui arrecata agli altrui interessi, da un lato, e la radicalità del provvedimento espulsivo, che definitivamente elide l'interesse del singolo a permanere nell'associazione, dall'altro». Nel medesimo filone interpretativo: Cass., sez. I civ., 9 settembre 2004, n. 18186; Cass., sez. I civ., 15 ottobre 2002, n. 14665; Cass., sez. I civ., 21 giugno 2000, n. 8435; Trib. Vicenza, 28 maggio 2012; Trib. Napoli, 16 luglio 2003; Trib. Roma, 10 novembre 2001, secondo cui «nel giudizio relativo all'opposizione a delibera di esclusione da un'associazione non riconosciuta il giudice deve riscontrare l'effettiva sussistenza delle cause di esclusione poste a fondamento della deliberazione, la loro inclusione tra quelle previste dalla legge o dall'atto costitutivo e, qualora la causa di esclusione non consista in fatti specifici, deve altresì apprezzare la rilevanza del fatto

Ora, tutto questo può senz'altro essere valutato positivamente, perché in astratto consente di controbilanciare l'assenza di un principio di tassatività delle fattispecie illecite con il controllo pieno del giudice ordinario «chiamato a tracciare il confine tra l'ambito di azione del gruppo e la sfera di libertà individuale»¹⁰⁰; e al tempo stesso, perché finisce per sconfessare la convinzione che il potere sanzionatorio spetti *naturaliter* al gruppo, in ragione della natura etico-sociale delle norme.

Quando però si misurano i limiti dell'efficacia della tutela giurisdizionale lo scenario si presenta diversamente e riemergono chiaramente i problemi di protezione del singolo all'interno del gruppo. Quel che preme in particolare osservare è che ove si ponga mente ai possibili effetti del sindacato giurisdizionale nel caso concreto, il riconoscimento in capo al singolo della facoltà di adire l'autorità giurisdizionale a tutela del proprio interesse «assume il valore di una mera petizione di principio»¹⁰¹. Rispetto ai benefici di natura meramente ideale che il socio trae dall'associazione e che si realizzano attraverso la partecipazione alla vita del gruppo (*i.e.* all'attività politica nei partiti, alle manifestazioni artistiche nelle associazioni culturali, ai tornei nei club sportivi), la tutela giudiziaria è, infatti, inidonea ad assolvere alla sua funzione di ripristinare lo *status quo ante*.

Basti pensare agli effetti delle sentenze che annullano le sanzioni quali la censura, la sospensione o l'esclusione. In questi casi, il provvedimento del giudice difficilmente porterà alla reintegrazione piena dell'interesse leso; addirittura non assicurerà la ricostituzione il vincolo associativo¹⁰², poiché «in seno all'associazione la sanzione non perderà generalmente la sua efficacia, e di fronte all'atteggiamento negativo degli organi del gruppo i quali persistano nel mantenerla ferma, l'associato è praticamente inerme»¹⁰³.

addebitato in riferimento alla gravità dell'inadempimento degli obblighi associativi ed all'interesse dell'associazione, ossia che il fatto stesso sia grave e di non scarsa importanza, senza mai sconfinare nel sindacato di merito».

¹⁰⁰ Così U. MEYER-CORDING, *Die Vereinsstrafe*, Tubinga, 1957, p. 106.

¹⁰¹ VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, cit., p. 77.

¹⁰² Anche l'ipotesi di una tutela per equivalente produrrà effetti molto limitati, sia come strumento di coercizione della volontà degli organi sociali, sia come strumento di reintegrazione degli interessi del socio, ogni volta che gli interessi patrimoniali abbiano una rilevanza irrisoria rispetto a quelli non patrimoniali nella dinamica dei rapporti interni.

¹⁰³ Ancora VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, cit., p. 77, la quale prosegue affermando che di fronte «all'ostracismo del gruppo è praticamente impossibile per il socio una effettiva reintegrazione della sua posizione, in seno all'associazione», p. 81. Anche BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 50, riscontra questo effetto sociale nel ricorso alla giustizia statale, che «costituirebbe un "tradimento" del gruppo e condurrebbe comunque all'emarginazione dell'associato che non è stato alle regole».

Sull'inefficacia della tutela giurisdizionale nelle associazioni si veda inoltre, J. BRÈTHE DE LA GRESSAYE, *Scission d'une confédération syndicale*, in *Dalloz Sirey*, 1968, p. 603: «*Les tribunaux de droit commun ne sont pas faits pour trancher de pareils conflits*».

In definitiva, l'inefficacia della tutela giurisdizionale (particolarmente visibile nei contesti associativi, data la natura squisitamente ideale degli interessi coinvolti, ma invero accomunabile a tutte le ipotesi in cui al controllo del giudice dello Stato segua l'annullamento dei provvedimenti disciplinari) accentua l'assenza di una adeguata regolamentazione interna del potere in relazione alla formulazione delle condotte illecite, che dovrebbe costituire la prima protezione giuridica del singolo all'interno dell'organizzazione¹⁰⁴.

4. *Conclusioni.* – I profili di privilegio variamente riscontrati nelle fattispecie in rassegna altro non sono che il riflesso dell'idea secondo cui il potere disciplinare si propone «non già di rendere una rigorosa giustizia»¹⁰⁵, ma di garantire il corretto funzionamento di un'organizzazione, siccome elemento centrale e sovraordinato rispetto agli individui che la compongono.

Dalla concezione di disciplina e di regola disciplinare, alla natura e qualificazione dell'autorità competente a irrogare la sanzione, fino agli strumenti di tutela giustiziale e giurisdizionale, l'esercizio del potere appare fortemente sbilanciato a favore degli interessi (pubblici oppure privati) della comunità nella quale esso si esplica¹⁰⁶.

Ne deriva un sacrificio della posizione di libertà dell'individuo che si rivela inconciliabile con i principi dello Stato costituzionale di diritto, a cominciare dal principio personalista e da quello di legalità¹⁰⁷.

Per giunta, tale sacrificio è assecondato dal diritto positivo e dal diritto vivente. Il legislatore, per un verso, e la giurisprudenza, per altro verso, si limitano a riconoscere e, quindi, a legittimare passivamente sistemi sanzionatori disciplinari non coerenti con la natura punitiva del potere.

Non può, allora, non leggersi nel fenomeno disciplinare un momento di forte criticità della conflittualità insita nei rapporti tra libertà individuale, istituzioni pubbliche e gruppi privati, ancora lontano dall'essere risolto.

¹⁰⁴ BIANCA, *Le autorità private*, cit., p. 47.

¹⁰⁵ Secondo la definizione di ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 256.

¹⁰⁶ Rispetto al fenomeno disciplinare sembra verificarsi quella «inversione logica» del precetto posto dall'art. 2 Cost., «dove le formazioni sociali, da sede di svolgimento della personalità individuale vengono elevate a soggetti autonomi di tutela, e quindi a titolari di interessi diversi e superiori a quelli dei singoli» (A. ORSI BATTAGLINI, *«L'astratta e infelice idea». Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica*, in Aa.Vv., *La necessaria discontinuità*, Bologna, 1990, p. 49).

¹⁰⁷ Inteso soprattutto nel suo significato di tassatività e determinatezza delle infrazioni disciplinari (non anche in quello di riserva assoluta di legge), ma è anche interpretato alla luce delle garanzie riconosciute dall'art. 2 Cost.