

FORO AMMINISTRATIVO C.D.S.

Anno X Fasc. 10- 2011

Serena Stacca

**LE GARANZIE NEI CONFRONTI DEL
POTERE DISCIPLINARE DEGLI
ORDINI PROFESSIONALI**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

* * *

14617 - Sez. un. — 17 giugno 2010 — Pres. Carbone — Est. Botta — D.M. (avv. Vitelli) c. Consiglio dell'ordine degli avvocati di Roma e altri (avv. Bolla) (*).

[876/128] **Avvocato - Deontologia.**

[876/144] **Avvocato - Giudizi e sanzioni disciplinari - In genere.**

Posto che le previsioni del codice deontologico forense hanno la natura di fonte meramente integrativa dei precetti normativi e possono ispirarsi legittimamente a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività, al fine di garantire l'esercizio del diritto di difesa all'interno del procedimento disciplinare venga contestato il comportamento ascritto come integrante la violazione deontologica e non già il nomen juris o la rubrica della ritenuta infrazione, essendo libero il giudice disciplinare di individuare l'esatta configurazione della violazione tanto in clausole generali richiamanti il dovere di astensione da contegni lesivi del decoro e della dignità professionale, quanto in diverse norme deontologiche o anche di ravvisare un fatto disciplinarmente rilevante in condotte atipiche non previste da dette norme. Nei procedimenti disciplinari a carico di avvocati la concreta individuazione delle condotte costituenti illecito disciplinare, definite dalla legge mediante una clausola generale (mancanze nell'esercizio della professione o comunque fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale), è rimessa alla valutazione dell'Ordine professionale ed il controllo di legittimità sull'applicazione di tali valutazioni non consente alla Corte di Cassazione di sostituirsi al Consiglio nazionale forense nell'enunciazione di ipotesi di illecito, se non nei limiti di una valutazione di ragionevolezza.

MOTIVI DELLA DECISIONE. — Con il primo motivo, il ricorrente denuncia, sotto il profilo della violazione di legge, la mancata ricezione della comunicazione dell'udienza di discussione innanzi al Consiglio Nazionale Forense, che non gli avrebbe consentito la piena esplicazione del suo diritto di difesa. La mancata ricezione dell'avviso sarebbe comprovata dalla circostanza che la ricevuta della raccomandata, che dovrebbe attestare la conoscenza dell'udienza da parte del destinatario, è sottoscritta in modo illeggibile, con un segno grafico che il ricorrente disconosce normalmente e ad ogni effetto" come proprio, senza che nemmeno sia indicata la qualità della persona che ha ricevuto l'atto. Il motivo non è fondato. Queste Sezioni Unite hanno già avuto modo di affermare il principio, che il Collegio condivide e conferma, secondo cui nel caso di notifica a mezzo del servizio postale, ove l'atto sia consegnato all'indirizzo del destinatario a persona che abbia sottoscritto l'avviso di ricevimento, con grafia illeggibile, nello spazio relativo alla firma del destinatario o di persona delegata, e non risulti che il piego sia stato consegnato dall'agente postale a persona diversa dal destinatario tra quelle indicate dalla L. n. 890 del 1982, art. 7, comma 2, la consegna deve ritenersi validamente effettuata a mani proprie del destinatario, fino a querela di falso, a nulla rilevando che nell'avviso non sia stata sbarrata la relativa casella e non sia altrimenti indicata la qualità del consegnatario, non essendo integrata alcuna delle ipotesi di nullità di cui all'art. 160 c.p.c.. (Cass. S.U. n. 9962 del 2010). Nel caso di specie non è contestato che la raccomandata sia stata consegnata all'indirizzo del destinatario e non è proposta querela di falso nelle dovute forme previste dagli artt. 221 e 222 c.p.c., (v. Cass. n. 12263 del 2009): sicchè deve ritenersi validamente effettuata a mani proprie del destinatario la comunicazione dell'udienza di discussione innanzi al Consiglio Nazionale Forense.

Con il secondo motivo il ricorrente denuncia, ancora una volta sotto il profilo della violazione di legge, l'assenza nel capo d'imputazione contestatogli delle norme deontologi-

(*) Segue nota di S. STACCA, *Le garanzie nei confronti del potere disciplinare degli ordini professionali*, infra, 3072.

che la cui violazione gli era stata attribuita come causa giustificatrice del procedimento e della conseguente sanzione irrogata. Il motivo non è fondato alla luce del principio già affermato da queste Sezioni Unite e condiviso dal Collegio, secondo cui, posto che le previsioni del codice deontologico forense hanno la natura di fonte meramente integrativa dei precetti normativi e possono ispirarsi legittimamente a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività, al fine di garantire l'esercizio del diritto di difesa all'interno del procedimento disciplinare che venga intrapreso a carico di un iscritto al relativo albo forense è necessario che all'incolpato venga contestato il comportamento ascritto come integrante la violazione deontologica e non già il nomen juris o la rubrica della ritenuta infrazione, essendo libero il giudice disciplinare di individuare l'esatta configurazione della violazione tanto in clausole generali richiamanti il dovere di astensione da contegni lesivi del decoro e della dignità professionale, quanto in diverse norme deontologiche o anche di ravvisare un fatto disciplinarmente rilevante in condotte atipiche non previste da dette norme (Cass. S.U. n. 15852 del 2009). Alla luce di tale principio le determinazioni del provvedimento impugnato appaiono corrette ed esenti dalle censure ad esso ascritte dal ricorrente.

Con il terzo motivo, il ricorrente denuncia, sotto il profilo della violazione di legge e del vizio di motivazione, il fatto che il provvedimento impugnato non abbia tenuto conto, a suo avviso, che il conflitto di interessi ex art. 37 Codice di Deontologia Forense non può essere potenziale, ma deve essere concreto e adeguatamente riscontrato e provato. Il motivo è infondato sulla base del principio già affermato da queste Sezioni Unite, e condiviso dal Collegio, secondo cui nei procedimenti disciplinari a carico di avvocati la concreta individuazione delle condotte costituenti illecito disciplinare, definite dalla legge mediante una clausola generale (mancanze nell'esercizio della professione o comunque fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale), è rimessa alla valutazione dell'Ordine professionale ed il controllo di legittimità sull'applicazione di tali valutazioni non consente alla Corte di Cassazione di sostituirsi al Consiglio nazionale forense nell'enunciazione di ipotesi di illecito, se non nei limiti di una valutazione di ragionevolezza (Cass. S.U. n. 20024 del 2004). La ricostruzione dei fatti operata dal Consiglio Nazionale Forense nella fattispecie concreta è ragionevole ed il ricorrente non ne può pretendere un'ennesima valutazione, che sarebbe l'ondata sulla sola circostanza di essere favorevole a chi la propone: in particolare il Consiglio nazionale forense ha accertato, e adeguatamente motivato, l'esistenza di un concreto ed effettivo conflitto tra le parti assistite dall'incolpato, riconoscendo le stesse come soggetti portatori di interessi contrastanti.

Con il quarto motivo, il ricorrente denuncia, sotto il profilo della violazione di legge, la conferma da parte della decisione impugnata anche della violazione di cui all'art. 51 del Codice di Deontologia Forense. Il motivo non è fondato. Anche sotto questo aspetto il ricorrente chiede una inammissibile revisione delle valutazioni espresse dal Consiglio Nazionale Forense in ordine all'accertata, e indiscutibile, ragionevolezza del termine indicato nell'atto di incolpazione — quaranta giorni — che si assumono trascorsi tra il vecchio e il nuovo incarico, rispettivamente conferiti all'incolpato dal Consorzio, prima, e dal Comune di Rocca Priora, poi: tanto più se tale termine lo si confronta con il termine di un biennio indicato dalla nuova formulazione del codice deontologico, aggravato dalla condizione che l'oggetto del nuovo incarico debba essere estraneo a quello espletato in precedenza, condizione che conferma come la disposizione di cui all'art. 51 sia un rafforzamento del conflitto di interessi regolato dall'art. 37, e quindi come debba essere esclusa la novità della questione su cui si incentra parte della censura del ricorrente. Le considerazioni circa quale sia la formulazione della norma — “ragionevole periodo di tempo” o “biennio” — che meglio risponda alla funzione che la stessa è chiamata ad esplicare sono irrilevanti, in quanto *ad abundantiam*, ai fini della decisione adottata, stante la accertata, e adeguatamente motivata, irragionevolezza del tempo trascorso tra vecchio e nuovo incarico.

[876/144] Le garanzie nei confronti del potere disciplinare degli ordini professionali.

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. Il contenuto motivazionale della sentenza. — 3. La potestà punitiva dei soggetti pubblici. Il principio di legalità: fondamento e disciplina del potere sanzionatorio. — 4. L'inquadramento delle regole deontologiche: la natura extragiuridica secondo l'interpretazione delle Sezioni Unite. — 5. (*Segue*): le regole deontologiche come fonti del diritto. — 6. Gli effetti dell'atipicità delle infrazioni: in fase procedimentale. — 7. (*Segue*): in fase di impugnazione del provvedimento sanzionatorio davanti al Consiglio nazionale forense. — 8. (*Segue*): di fronte alla Cassazione. — 9. La prospettiva privatistica.

1. *Premessa.*

Nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 14617 del 2010 trova conferma la massima secondo cui, in ambito professionale, le fattispecie di illecito disciplinare possono essere individuate sulla base di una scelta concreta riservata agli ordini professionali (1), come tale insindacabile dalla Corte di Cassazione se non nei limiti di una valutazione di ragionevolezza (2).

La sentenza, rendendo manifesti gli inconvenienti che derivano dai caratteri ritenuti intrinseci del potere disciplinare degli ordini professionali (3), è l'occasione per tornare su problematiche di rilievo generale. In particolare, dovendosi muovere dal presupposto che gli ordini professionali siano enti pubblici, così come comunemente ritenuto (4), la pronuncia in esame spinge a operare un

(1) Si tratta, nella specie, di un ordine forense, ma l'argomentazione è estendibile ad altri ordini professionali (in particolare a quelli istituiti in periodo prerепublicano). Con riferimento alle professioni istituite dopo l'entrata in vigore della Costituzione e ai relativi sistemi sanzionatori si rinvia alle considerazioni di M. RENNA, *Professioni e procedimenti disciplinari*, in www.giustamm.it.

(2) I principi di diritto posti a base della pronuncia di infondatezza sono, infatti, espressione di un orientamento diffuso e condiviso dalla Sezioni Unite. Tra altre v. 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., 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.

(3) Sulla potestà disciplinare degli ordini professionali si vedano, *ex multis*, P. PISCIONE, *Ordini e collegi professionali*, Milano, 1959, 140 ss.; F. LEVI, *La funzione disciplinare degli ordini professionali*, Milano, 1967, 40 ss.; C. LEGA, *Le libere professioni intellettuali nelle leggi e nella giurisprudenza*, Milano, 1974, 266 ss.; A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milano, 1976, 153 ss.

(4) La qualificazione pubblicistica degli ordini professionali è diffusa in dottrina. Possono ricordarsi (tra molti altri), C. LEGA, *Gli « ordini professionali » come istituzioni*, in *Giur. it.*, 1962, 867; A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., 70 ss.; G. ROSSI, *Enti pubblici associativi. Aspetti del rapporto fra gruppi sociali e pubblico potere*, Napoli, 1979, 23 ss.; C. GESSA, *Ordini e collegi professionali*, in *Enc. giur.*, vol. XIV, Roma, 1988; P. PISCIONE, *Ordini e collegi professionali*, cit., 4 ss.; ID., *Professioni (disciplina delle)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 1040 ss.; G. ROSSI, *Gli enti pubblici*, Bologna, 1991, 135 ss.; F. TERESI, *Ordini e collegi professionali*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. X, Torino, 1995, 452 ss.; più di recente, E. CASSESE, *Professioni*, in M. CLARICH - G. FONDERICO (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 Ore, 2007, 551-552; A. BERTANI, *I poteri normativi degli ordini professionali: un esempio di competenza riservata*, in *Dir. amm.*, 2009, 93.

raffronto con la disciplina del diritto punitivo propria dei soggetti ascrivibili all'organizzazione pubblica.

In questa prospettiva assumono consistenza critica la natura e la struttura delle regole deontologiche, dal momento che esse entrano in frizione con i principi costituzionali sottesi alla disciplina pubblicistica.

Al termine dell'analisi diventa, pertanto, naturale rivolgersi al regime del diritto punitivo dei soggetti privati (5), recuperando di conseguenza le opzioni interpretative volte a revocare in dubbio la natura pubblicistica degli ordini.

Anche l'inquadramento privatistico del potere disciplinare professionale lascia, tuttavia, margini di perplessità sui livelli di garanzia del singolo professionista.

2. *Il contenuto motivazionale della sentenza.*

Controverso era il provvedimento con cui il Consiglio dell'ordine forense di Roma, a seguito di un procedimento disciplinare, irrogava la sanzione della censura (6) a un avvocato, in ragione del mancato rispetto degli obblighi di lealtà e correttezza (propri del professionista forense) (7): di tale provvedimento il ricorrente lamentava l'illegittimità essenzialmente per violazione del principio

Evidenzia gli indizi e gli argomenti di segno contrario, L. FERRARA, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, in *Dir. amm.*, 2011, 361 ss.i.

(5) Si tratta delle c.d. pene private adottate in ambito associativo (gli esempi più studiati derivano dagli statuti dei partiti politici, delle associazioni culturali, nonché delle c.d. società sportive).

Il fenomeno delle sanzioni disciplinari non è, dunque, esclusivo dei rapporti di diritto pubblico, poiché esso rientra nel più ampio sistema del diritto punitivo, il quale raccoglie istituti assai eterogenei, accomunabili in base alla fonte del potere (giudiziale, legale o negoziale), ovvero al soggetto che commina la sanzione (pubblico oppure privato): si distingue, infatti, tra diritto criminale (o penale in senso stretto), c.d. diritto penale amministrativo, sanzioni disciplinari pubblicistiche, sanzioni disciplinari privatistiche (c.d. pene private).

Per riferimenti dottrinali *infra* § 9.

(6) La legge sull'ordine professionale forense di cui al r.d.l. 27 novembre 1933 n. 1578, più volte modificata, prevede le cosiddette « pene disciplinari », elencate in ordine crescente di intensità.

L'art. 40, rubricato « Sanzioni disciplinari », recita: « Le pene disciplinari, da applicarsi secondo i casi sono:

1) l'avvertimento, che consiste nel richiamare il colpevole sulla mancanza commessa e nell'esortarlo a non ricadervi, ed è dato con lettera del Presidente del Consiglio dell'ordine;

2) la censura, che è una dichiarazione formale della mancanza commessa e del biasimo incorso;

3) la sospensione dall'esercizio della professione per un tempo non inferiore a due mesi e non maggiore di un anno, salvo quanto è stabilito nell'art. 43;

4) la cancellazione dall'albo;

5) la radiazione dall'albo ».

(7) Tali «obblighi» sono rinvenibili nella legge forense rispettivamente nell'art. 12 e nell'art. 38. L'art. 12, rubricato « Doveri di dignità e decoro », dispone al primo comma che « Gli avvocati debbono adempiere al loro ministero con dignità e con decoro, come si conviene all'altezza della funzione che sono chiamati ad esercitare nell'amministrazione della giustizia »; l'art. 38, intitolato « Azione disciplinare », prescrive che « [...] gli avvocati che si rendano colpevoli di abusi o mancanze nell'esercizio della loro professione o

del contraddittorio, posto che non veniva indicato espressamente nel capo di imputazione la regola deontologica ritenuta violata (8). Ebbene, le Sezioni Unite, confermando la soluzione (e in parte l'argomentazione) adottata in prima istanza dal Consiglio nazionale forense (9), hanno rigettato il ricorso, richiamando la massima secondo cui « al fine di garantire l'esercizio del diritto di difesa all'interno del procedimento disciplinare che venga intrapreso a carico di un iscritto al relativo albo forense è necessario che all'incolpato venga contestato il comportamento ascritto come integrante la violazione deontologica e non già il *nomen iuris* o la rubrica della ritenuta infrazione » (10). Il presupposto del ragionamento è che « le previsioni del codice deontologico forense hanno la natura di fonte meramente integrativa dei precetti normativi e possono ispirarsi legittimamente a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività ». Pertanto, il giudice disciplinare è libero « di individuare l'esatta configurazione della violazione tanto in clausole generali richiamanti il dovere di astensione da contegni lesivi del decoro e della dignità professionale, quanto in diverse norme deontologiche », nonché di « ravvisare un fatto disciplinarmente rilevante in condotte atipiche non previste da dette norme ». La conseguenza è per l'appunto che « nei procedimenti disciplinari a carico di avvocati la concreta individuazione delle condotte costituenti illecito disciplinare, definite dalla legge mediante una clausola generale (mancanze nell'esercizio della professione o comunque fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale), è rimessa alla valutazione dell'Ordine professionale », cosicché « il controllo di legittimità sull'applicazione di tali valutazioni non consente alla Corte di Cassazione di sostituirsi al Consiglio nazionale forense nell'enunciazione di ipotesi di illecito, se non nei limiti di una valutazione di ragionevolezza ».

3. *La potestà punitiva dei soggetti pubblici. Il principio di legalità: fondamento e disciplina del potere sanzionatorio.*

Se si muove dal convincimento che gli ordini professionali siano enti

comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale sono sottoposti a procedimento disciplinare ».

(8) In particolare l'avvocato ricorreva davanti al Consiglio nazionale forense lamentando la violazione dell'art. 2 del codice deontologico forense, dell'art. 1 della legge n. 241 del 1990 e dell'art. 1175 del codice civile.

(9) Nella decisione del Consiglio nazionale forense del 27 novembre 2009 n. 135 si legge, infatti, quanto segue: « nel procedimento disciplinare la contestazione nei confronti di un avvocato, che sia adeguatamente specificata quanto all'indicazione dei comportamenti addebitati, non richiede né la precisazione delle fonti di prova da utilizzare, né la individuazione delle precise norme deontologiche che si assumono violate, considerato che la predeterminazione e la certezza dell'incolpazione può ricollegarsi a concetti diffusi e generalmente compresi dalla collettività ». È, infine, aggiunto « che è necessaria, ma al contempo sufficiente a garantire il diritto di difesa dell'incolpato, la chiara contestazione dei fatti addebitati non assumendo, invece, rilievo la omessa indicazione delle norme violate o una loro erronea individuazione, dovendosi configurare la violazione del diritto di difesa nelle sole ipotesi in cui la sanzione sia inflitta per fatti diversi da quelli addebitati ».

(10) Il principio è affermato anche in altre decisioni « giurisdizionali » del Consiglio nazionale forense; per citarne alcune: Cnf, 16 luglio 2008 n. 71; Cnf, 30 maggio 2007 n. 61; Cnf, 11 novembre 2006 n. 101; Cnf, 10 novembre 2005 n. 132; Cnf, 30 maggio 2003 n. 126.

pubblici (11), non può non essere presa in considerazione la disciplina del potere punitivo esercitato dai soggetti pubblici, al fine di vagliarne l'applicazione agli stessi ordini.

È noto che il principio cardine del diritto punitivo degli enti pubblici è il principio di legalità, a sua volta articolato nel principio della riserva di legge e nel principio di tassatività (12): in base a essi, il potere di comminare sanzioni può esercitarsi solo alla stregua di una disposizione normativa che astrattamente attribuisca a una determinata condotta umana natura di fatto illecito.

Desumibile da specifiche disposizioni costituzionali (13), la *ratio* dei suddetti principi consiste nel garantire (almeno formalmente) i diritti del singolo contro i possibili arbitri del potere esecutivo e del potere giudiziario. Essi, da un lato, escludono dal diritto punitivo le fonti sostanziali o extragiuridiche; dall'altro, assicurano, sul piano della struttura della disposizione punitiva, la determinatezza delle fattispecie illecite.

Peraltro, la disciplina della potestà punitiva esercitata dagli enti pubblici non corrisponde per intero alla disciplina della potestà penale (14). Se si considera il regime dell'illecito amministrativo (15) ovvero (e in special modo) quello del potere disciplinare nei rapporti di lavoro (privatizzato) (16), è agevole

(11) *Supra* § 1.

(12) Nonché in quello di irretroattività, operante sul piano della validità nel tempo della normativa sanzionatoria, che ai fini dell'indagine, però, non interessa.

Sulla genesi storica dei tre principi e sul relativo dibattito dottrinale, v., per tutti, F. MANTOVANI, *Diritto penale - Parte generale*, Padova, 2001, 42 ss., 64 ss. e 84 ss.

(13) In particolare, dai due capoversi dell'art. 25 Cost., che, stando almeno a una parte della dottrina, si riferiscono all'intero diritto punitivo. In questo senso, E. CANNADA-BARTOLI, *Illecito (dir. ammin.)*, in *Enc. dir.*, vol. XX, Milano, 1970, 126; A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Napoli, 1974, 138; P. NUVOLONE, *Il sistema di diritto penale*, Padova, 1982, 19.

Altri Autori, invece, ritengono che l'art. 25 Cost. valga esclusivamente per la materia penale *stricto sensu*; per le altre materie il principio di legalità viene comunque dedotto dagli artt. 23, 27 e 28 Cost.: così, per esempio, G. CORSO, *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in *Le sanzioni amministrative (Atti del convegno di Varenna 18-20 settembre 1980)*, Milano, 1982, 64 ss.; F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Novissimo digesto italiano*, vol. XIX, Torino, 1973, 47 e 53.

(14) Agli Autori citati *infra* nota 15 adde V. ANGIOLINI, recensione a M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983 e A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, in *Jus*, 1984, 205 ss.

(15) In altri termini, il c.d. diritto punitivo amministrativo, rappresentato dall'insieme di fatti illeciti per i quali sono comminate le sanzioni extrapenalistiche disciplinate dalla l. n. 689 del 1981.

Su di esso e sulle differenze intercorrenti con l'illecito amministrativo disciplinare: G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924; E. CANNADA-BARTOLI, *Illecito (dir. ammin.)*, cit., 122; M. A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, cit.; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit.; C. E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, Milano, 1988; IDEM, *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, 345.

(16) Con riferimento all'oggetto dell'indagine appare decisivo il confronto con quest'ultimo, in considerazione dell'omogeneità di partenza rappresentata dalla sussistenza di un rapporto giuridico tra chi commette l'illecito e chi irroga la sanzione nonché la riconducibilità dell'infrazione alla violazione di un obbligo inerente al rapporto medesimo; sarà

rendersi conto che è sufficiente il rispetto della riserva di legge relativa (anziché assoluta), mentre permane la necessità di soddisfare il principio di tassatività.

Fatte queste premesse, occorre domandarsi se il principio di riserva di legge relativa sia soddisfatto dalla combinazione tra la clausola generale di cui al citato art. 38 del r.d.l. 1578/1933, recante l'obbligo per gli avvocati di tenere comportamenti « conformi alla dignità e al decoro professionale » (17) e le regole contenute nel codice deontologico dell'ordine forense (18). Al tempo stesso la medesima domanda va posta con riferimento al rispetto del principio di tassatività.

4. *L'inquadramento delle regole deontologiche: la natura extragiuridica secondo l'interpretazione delle Sezioni Unite.*

Per tentare di rispondere agli anzidetti quesiti, si deve innanzitutto portare l'attenzione sulla qualificazione che le Sezioni Unite riservano alle regole contenute nel codice deontologico forense.

Ebbene, la definizione delle regole deontologiche come « fonti meramente integrative » di precetti normativi si rivela una (consapevole o inconsapevole, non è dato sapere) presa di distanza dalla posizione assunta da Cass., sez. un., n. 26810 del 2007 (19): in quest'ultima sentenza la Suprema Corte aveva, infatti, fatto ricorso alla formula della « funzione integrativa della norma legislativa in bianco » (20), la quale, sovvertendo « un orientamento in tema di norme deontologiche che per decenni [era] stato univoco e costante » (21), aveva consentito

opportuno pertanto soffermarsi sulla normativa in tema di sanzioni disciplinari nel settore del rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni, contenuta nel Testo unico di cui al d.lg. n. 165 del 2001, così come modificato dal d.lg. n. 150 del 2009 (c.d. riforma Brunetta).

Alla dottrina citata nella nota precedente (anteriore alla privatizzazione del rapporto di pubblico impiego) adde P. G. LIGNANI, *La responsabilità disciplinare dei dipendenti dell'amministrazione statale*, in D. SORACE (a cura di), *Le responsabilità pubbliche*, Padova, 1998, 379 ss; G. NOVIELLO - V. TENORE, *La responsabilità e il procedimento disciplinare nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2002; L. DI PAOLA, *Il potere disciplinare nel lavoro privato e nel pubblico impiego privatizzato*, Milano, 2006.

(17) *Supra* § 2.

Si tratta della disposizione di legge da cui si suole far discendere il potere degli ordini professionali di regolare la materia disciplinare (ma v. *infra* § 5).

(18) Il codice è stato approvato dal Consiglio Nazionale Forense nella seduta del 17 aprile 1997 e successivamente modificato il 16 ottobre 1999, il 26 ottobre 2002 e il 27 gennaio 2006. Ulteriori modifiche sono state adottate il 14 dicembre 2006, in attuazione della legge 4 agosto 2006, n. 248, nonché il 12 giugno 2008 e il 27 maggio 2011, allorché si è inserito l'art. 55 *bis* deputato a disciplinare la posizione e il comportamento dell'avvocato che assuma le funzioni di mediatore/conciliatore.

(19) V. Cass., sez. un., 20 dicembre 2007 n. 26810, con nota di G. MANFREDI, *Natura delle norme deontologiche e diritti dei cittadini*, in www.judicium.it.

(20) La Suprema Corte muove dalla considerazione che gli artt. 12 e 38 dell'ordinamento forense, contenendo una clausola generale, possono dirsi equivalere a « norme sanzionatorie in bianco », rese attuali e concrete per l'appunto dalle specifiche regole deontologiche, chiamate a integrare la norma di legge. La rimarcabile conseguenza è che nel giudizio di legittimità la Cassazione deve applicare l'intero precetto legislativo, derivante « dalla norma di rinvio e dalla fonte collettiva che lo integra ».

(21) Così G. MANFREDI, *Natura delle norme deontologiche e diritti dei cittadini*, cit.

a una parte della dottrina di interpretarle come fonti di diritto, in particolare di livello regolamentare (22).

L'impostazione della sentenza in commento non solo non sembra accordare alle suddette regole la qualificazione di fonti sublegislative, ma appare addirittura un disconoscimento del loro valore giuridico (della loro natura di norme o, comunque, di regole giuridiche). L'uso dell'avverbio « meramente » riesuma per l'appunto la risalente idea che le previsioni deontologiche siano precetti extra-giuridici o sociali (23), aventi la funzione di integrare la clausola generale *ex art.* 38 r.d.l. citata, rendendola concreta e attuale, al pari di quanto avviene per esempio (esulando dal contesto disciplinare) per le regole di diligenza sottese alla clausola civilistica del *buon padre di famiglia* di cui all'art. 1176 c.c. (24)

È forse eccessivo sostenere che la conseguenza di siffatta impostazione è che la rilevanza giuridica delle regole deontologiche si determina solo in ragione della loro applicazione al caso concreto (25): la rilevanza esiste nella misura in cui vi è un rinvio, sia pure implicito. Adottando una tale prospettiva, però, si può, osservare che la vincolatezza giuridica del codice deontologico si realizza nella fase dell'irrogazione della sanzione (26) o che « la norma viene creata dall'ente professionale nello stesso momento in cui si applica » (27).

Comunque, se non c'è normazione, è assente anche la predeterminazione giuridica delle fattispecie illecite. E se manca la fissazione preventiva, astratta e normativa delle ipotesi di illecito non è soddisfatto il principio di riserva di legge relativa, né il principio di tipicità (innanzitutto nella sua accezione riflessa nel principio di legalità).

E questo è tanto vero che nell'enunciazione delle ipotesi di illecito gli organi preposti all'emanazione della sanzione, come si evince dal testo della pronuncia, possono ricorrere anche a fattispecie non codicistiche, e quindi neppure scritte, ma piuttosto individuate caso per caso, nel momento della contestazione dell'addebito.

(22) Affermano direttamente il carattere regolamentare dei codici deontologici G. MANFREDI *Natura delle norme deontologiche e diritti dei cittadini*, cit.; A. BERTANI, *I poteri normativi degli ordini professionali: un esempio di competenza riservata*, cit., 103. Si spinge fino ad assegnare il rango di disciplina primaria alle norme deontologiche, U. PERFETTI, *Le fonti della deontologia*, in *Studium Iuris*, 2008, 1274 ss.

(23) Circa l'impostazione tradizionale, condivisa e diffusa dalla dottrina maggioritaria, v., per tutti, A. M. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale e sindacato della Cassazione*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 620.

(24) In questo senso, specificamente, A. POZZI, *Legittimità e merito: limiti del sindacato giurisdizionale dei provvedimenti disciplinari delle associazioni non riconosciute*, in *Giur. it.*, 1983, 485 ss.

Sul concetto di diligenza e sull'ambito di operatività di quest'ultimo possono ricordarsi, *ex multis*, M. GIORGIANNI, *Buon padre di famiglia*, in *Novissimo digesto italiano*, II, Torino, 1957, 596 ss.; U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milano, 1962, 106 ss.; S. RODOTÀ, *Diligenza (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 539 ss.; C. M. BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA-BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1979, 24 ss.

(25) Così A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., 167.

(26) L'interpretazione delle Sezioni Unite sarebbe, pertanto, coerente con l'affermazione secondo cui « per le norme deontologiche non è il precetto ad essere vincolante in maniera categorica, bensì è la sanzione che indirettamente spinge il professionista ad esserlo » (A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., 166).

(27) A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., 166.

Stando così le cose, l'esercizio del potere sanzionatorio degli ordini professionali deve dirsi regolato dal principio di atipicità delle infrazioni, differenziandosi, pertanto, dal regime della generica potestà punitiva "pubblica", il cui minimo comune denominatore risiede invece nella (pre)determinazione normativa dei fatti illeciti (28).

5. (Segue): *le regole deontologiche come fonti del diritto.*

A conclusioni non poi così lontane si giunge qualora si volesse discostarsi da queste Sezioni Unite, aderendo a quella parte della dottrina che, come anticipato, si è spinta fino a qualificare le regole deontologiche in termini di fonti normative secondarie (pretermettendo, peraltro, le gravi questioni che simile soluzione interpretativa pone (29)) (30).

Attribuendo valore normativo ai precetti della deontologia professionale si potrebbe senz'altro dire rispettato il principio di riserva di legge relativa nelle fonti del diritto punitivo: la clausola generale *ex art. 38* della legge forense costituirebbe la fonte primaria e i precetti del codice deontologico le fonti secondarie.

Tuttavia, il rispetto della riserva relativa di legge non basta a soddisfare pienamente il principio di legalità, poiché è necessario che le ipotesi di illecito disciplinare siano altresì tipiche.

(28) La materia degli illeciti disciplinari nei gruppi professionali è dominata da un criterio, non di legalità, ma di opportunità, nel senso che agli organi dell'ordine professionale è concessa non solo una certa discrezionalità in ordine al *quantum*, ma anche sull'*an*.

(29) Non è dato, infatti, capire come una disposizione tanto generica, come quella contenuta nella clausola generale di cui all'art. 38 legge forense, possa soddisfare al principio di legalità sostanziale. Di più; può addirittura dubitarsi che lo stesso art. 38 attribuisca, almeno in modo espresso, il potere di regolare la materia disciplinare: tanto che ci si è domandati come sia possibile che, « in assenza di una disposizione costituzionale *ad hoc* », un ordine professionale « eserciti un potere normativo non previsto dalla legge » (L. FERRARA, *Note critiche sulla natura giuridica degli ordini professionali*, cit., 377).

Di recente la tendenza degli ordini professionali a estendere le proprie funzioni mediante l'uso del potere regolamentare anche oltre la materia deontologica ha subito una battuta d'arresto: si veda l'annullamento, per carenza assoluta di attribuzione, del regolamento approvato dal Consiglio nazionale forense, in data 24 settembre 2010, relativo al riconoscimento del titolo di avvocato specialista (Tar Lazio, sez. I, 9 giugno 2011, n. 5151).

Sull'interpretazione del principio di legalità in termini sostanziali (peraltro prevalsa in dottrina sin da tempi risalenti) v., *ex multis*, V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II. *L'ordinamento costituzionale italiano. Le fonti normative. La Corte costituzionale*, Padova, 1984, 89, secondo il quale la struttura della legge è diretta a individuare vincoli all'azione dei pubblici poteri; così anche L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 223 ss.; ID., *Regolamento (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIX, Milano, 1988, 622-623, dove l'Autrice sostiene che « la legge deve fornire almeno un'essenziale disciplina dei poteri che conferisce, regolandoli previamente »; ID., *Atti governativi d'indirizzo e coordinamento tra principio di legalità e riserva di legge*, in *Le regioni*, 1982, 1201 (nota a C. cost. 29 luglio 1982 n. 150).

Sul principio di legalità formale, v. S. FOIS, « *La riserva di legge* ». *Lineamenti storici e problemi attuali*, Milano, 1963, 285 ss.; E. CHELI, *Potere regolamentare e struttura costituzionale*, Milano, 1967.

Sull'argomento si rinvia, inoltre, alla voce enciclopedica di R. BALDUZZI- F. SORRENTINO e alla letteratura in essa citata (*Riserva di legge*, in *Enc. dir.*, vol. XL, Milano, 1989, 1207 ss.).

(30) V. *supra* § 4.

Ebbene, a tale conclusione sembrerebbe ostare lo stesso codice deontologico: perché esso, anziché contenere un insieme tassativo di norme sanzionatorie, si risolve in una mera elencazione indicativa di doveri. Ne è testimonianza l'art. 60 del codice forense, secondo cui « le disposizioni specifiche di questo codice costituiscono esemplificazione dei comportamenti più ricorrenti e non limitano l'ambito di applicazione dei principi generali espressi ».

Pertanto, non può non cogliersi una significativa differenza rispetto (per esempio) al sistema del potere disciplinare nei rapporti di lavoro privatizzato con le pubbliche amministrazioni. A ben guardare, infatti, anche il codice di comportamento dei dipendenti della pubblica amministrazione, di cui al D.M. 28 novembre 2000, contiene una clausola di chiusura che sanziona proprio la violazione delle fattispecie non comprese nell'elencazione delle infrazioni (31). Cionondimeno è dato rintracciare altrove la tipizzazione delle ipotesi di condotte illecite: in particolare, con la riforma c.d. Brunetta (32), esse o sono state espressamente previste dalla legge o sono individuate (in via aggiuntiva) dalla contrattazione collettiva.

Ma, allora, se il legislatore è intervenuto a concretizzare quei comportamenti che erano riconducibili a generici « obblighi di diligenza, lealtà e imparzialità » dei lavoratori pubblici, non sarebbe peregrino immaginare anche una tipizzazione normativa delle fattispecie non conformi alla « dignità e al decoro professionale », contravvenendo all'idea secondo cui « la legge dello Stato non può disciplinare in ogni suo minuto particolare il comportamento dei componenti del gruppo né seguire, in questo, l'evoluzione dei tempi » (33).

6. *Gli effetti dell'atipicità delle infrazioni: in fase procedimentale.*

Assodato che il principio che caratterizza la potestà disciplinare degli ordini professionali risiede nell'atipicità delle infrazioni, è opportuno saggiare gli effetti dell'atipicità alla stregua del ragionamento seguito dalla Cassazione.

Innanzitutto, le conseguenze si avvertono sull'atto di contestazione degli addebiti disciplinari.

Dato che le disposizioni contenute nel codice forense non sono vincolanti (appunto perché extragiuridiche), l'unica figura legale di illecito, che può imputarsi, è rappresentata dalla clausola generale *ex art.* 38 della legge forense. La genericità del contenuto precettivo di tale previsione si trasferisce, pertanto, sulla genericità della contestazione, in cui è assente la compiuta ascrizione di una fattispecie concreta in una astratta.

È, dunque, consequenziale che nel provvedimento all'origine della controversia in esame si sostenga che « la contestazione degli addebiti disciplinari non

(31) V. l'art. 1 del « Codice di comportamento dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni » emanato con decreto del Ministro per la funzione pubblica (pubblicato nella Gazzetta Ufficiale del 10 aprile 2001 n. 84).

(32) Vale a dire il d.lg. 27 ottobre 2009 n. 150, attuativo della legge 4 marzo 2009 n. 15, in materia di ottimizzazione della produttività del lavoro pubblico e di efficienza e trasparenza delle pubbliche amministrazioni. Con questa riforma, la disciplina del procedimento e delle sanzioni disciplinari nel rapporto di lavoro con le pubbliche amministrazioni è stata incisivamente innovata, al punto che oggi può dirsi che il potere punitivo dei soggetti pubblici è sottoposto ai medesimi principi.

(33) A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., 167

richiede una minuta, completa e particolareggiata esposizione delle modalità dei fatti e dei comportamenti che integrano l'illecito»; non può, però, dirsi che il professionista soggetto a procedimento sanzionatorio sia «posto in grado di affrontare in modo efficace la propria difesa, senza rischi di essere condannato per fatti diversi da quelli ascrittigli»: una specifica condotta, infatti, non soltanto non è prefigurata come illecita, ma non gli è per l'appunto neppure ascritta. E anche laddove è chiaro il tenore del comportamento che *ex post* è ritenuto illecito, esso comunque non integra (né potrebbe integrare) un preciso addebito, se è vero che gli «errori materiali» nella ricostruzione della fattispecie imputata sono ritenuti irrilevanti (34). Insomma, il ricorso alla clausola generale per un verso rileva come impossibilità di una contestazione circostanziata (nella misura in cui ne manca il parametro); per altro verso consente di aggirarla anche laddove un concreto addebito di fatto è formulato (sul presupposto che comunque conta solo la violazione della clausola).

In definitiva, formulare l'addebito sulla base «di abusi o mancanze nell'esercizio della [...] professione o comunque di fatti non conformi alla dignità e al decoro professionale» rischia di rendere sanzionabile qualunque comportamento, o almeno di legittimare qualunque contestazione: non stupisce allora che in dottrina si sia osservato che «gli Ordini ed i Collegi sono in grado di adottare qualsiasi provvedimento, anche iniquo, [...] avvalendosi di un richiamo all'interesse pubblico» (35).

7. (Segue): *in fase di impugnazione del provvedimento sanzionatorio davanti al Consiglio nazionale forense.*

Quanto detto si riflette sui poteri esercitati dall'organo centrale dell'ordine professionale forense, che si atteggia a organo giurisdizionale nei ricorsi contro le decisioni adottate dagli organi locali (36).

Il principio di atipicità delle infrazioni finisce, infatti, per trasferire sull'organo centrale il potere di «creare» il precetto disciplinare del caso concreto. Dato che l'unico parametro normativo può essere rintracciato nella clausola generale, al giudice è attribuito un ampio spazio di apprezzamento, cosicché rientra nel suo compito la ricostruzione *ex novo* dei fatti, non per accertarne semplicemente la conformità alla fattispecie tipica (che è assente), bensì al fine di effettuare quelle valutazioni (sottese all'applicazione della suddetta clausola) volte all'enunciazione della regola di condotta di cui viene accertata la violazione.

Ebbene, questa circostanza induce a domandarsi se sia ammissibile che l'organo giurisdizionale eserciti un potere così ampio in un contesto sanzionatorio, dove l'innovazione in generale rinvenibile nei c.d. fenomeni di discrezio-

(34) Si veda la decisione Cnf, 27 novembre 2009 n. 135.

(35) Così ancora A. CATELANI, *Gli ordini e i collegi professionali nel diritto pubblico*, cit., 174.

(36) Gli organi di livello nazionale degli ordini professionali istituiti prima dell'entrata in vigore della Costituzione, come per l'appunto il Consiglio nazionale forense, continuano, infatti, a conservare la natura di «organi speciali di giurisdizione», nonostante l'obbligo di revisione della VI disposizione transitoria Cost.

Sul ruolo e sulla funzione del Consiglio nazionale forense v., in particolare, G. SCARSELLI, *Sul ruolo e la funzione del Consiglio nazionale forense*, in *Foro it.*, 2010, V, 37 ss.

nalità del giudice sembra assumere in modo più deciso i caratteri della normazione (37) e in cui dovrebbe essere assicurata la massima certezza della legge al fine di evitare ogni forma di abuso (consistente per l'appunto nel potere di punire casi non espressamente previsti).

Né tali perplessità si ridimensionano, se si considera che siffatta potestà è esercitata da un organismo che è espressione degli stessi ordini professionali di livello locale, ovvero di apparati ritenuti appartenere al novero delle amministrazioni pubbliche. Una simile considerazione può solo far dubitare che il Consiglio nazionale forense costituisca un organo terzo e indipendente, quale dovrebbe essere un giudice dello Stato. In altre parole, l'insistenza sul fondamento amministrativo della potestà non attenua il *vulnus* arrecato al principio di legalità, ma ne prospetta uno nuovo sul fronte delle garanzie giurisdizionali.

8. (Segue): di fronte alla Cassazione.

Da ultimo vanno analizzati gli effetti dell'impostazione della sentenza in commento sul controllo esercitato dalle Sezioni Unite sulle decisioni del Consiglio nazionale forense « per incompetenza, eccesso di potere e violazione di legge », ai sensi dell'art. 56 r.d.l. 1578/1933 (38).

Come si evince dal testo della pronuncia, il controllo di legittimità è limitato a verificare che le valutazioni compiute dall'ente professionale in ordine all'individuazione della ipotesi di illecito siano adeguatamente motivate. L'esclusione del carattere normativo del codice deontologico comporta, cioè, l'insindacabilità per violazione di legge (39) e la sola sindacabilità per eccesso di potere, in particolare, per mancato rispetto del canone della « ragionevolezza » (40).

Non interessa qui domandarsi se il giudizio della Cassazione sia teoricamente riconducibile o assimilabile al controllo *ex art.* 360 c.p.c. (41); né, pertanto, se esso possa essere assai più penetrante, ricordando, per esempio, che in materia contrattuale e di lavoro è andato consolidandosi un orientamento alla cui stregua sono sindacabili, sotto il profilo della violazione o falsa applicazione

(37) Sulla c.d. discrezionalità del giudice v., fra molti, A. RASELLI, *Il potere discrezionale del giudice civile*, vol. I, Padova, 1927, 85 ss.; F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, vol. I, Milano, 1965, 215 ss.; F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova, 1979, 14 ss.; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985, 153 ss.; L. BENVENUTI, *La discrezionalità amministrativa*, Padova, 1986, 255 ss.

(38) In dottrina sul punto v., *ex multis*, R. DANOVÌ, *Procedimento disciplinare e controllo delle sezioni unite*, in *Corr. giur.*, 1992, 666 ss.; F. MOROZZO DELLA ROCCA, *Motivazione insufficiente ed eccesso di potere nell'impugnazione delle decisioni del Consiglio nazionale forense*, in *Giust. civ.*, 2008, I, 2251.

(39) Una parte della dottrina, sul presupposto che le regole deontologiche siano qualificabili come norme giuridiche, funzionando di conseguenza da parametro del giudizio, ritiene si sia assicurato « finalmente ai professionisti un effettivo controllo di legittimità » sulle decisioni degli organi centrali degli ordini professionali (v. G. MANFREDI, *L'assorbimento degli ordinamenti professionali*, in *www.giustamm.it.*; Id., *Gruppi sportivi e tutela endoassociativa*, in *Giur. cost.*, 2011, 688).

(40) Per una più ampia citazione della pronuncia v. *supra* § 2.

(41) V. G. MANFREDI, *L'assorbimento degli ordinamenti*, cit., ma già, per esempio, A. M. SANDULLI, *Regole di deontologia professionale*, cit., 620; R. DANOVÌ, *Procedimento disciplinare e controllo delle sezioni unite*, cit., 667.

di norme di diritto (*ex art. 360 n. 3 c.p.c.*) (42), anche le operazioni valutative compiute dal giudice di merito nell'applicazione di clausole generali o di c.d. norme elastiche (43).

Preme invece notare come il sindacato della Suprema Corte venga conformato al controllo dell'esercizio dei poteri amministrativi ad alto contenuto discrezionale.

Si dirà che almeno l'identificazione tra Sezioni Unite e giudice amministrativo discende dalla previsione legislativa dei vizi della decisione del Cnf contro cui è possibile fare ricorso; tuttavia, vista l'evoluzione del processo amministrativo in ordine all'accertamento dei fatti (44), dovrebbe conseguentemente criticarsi che « in punto di motivazione, nel disciplinare forense, la Cassazione non può controllare la difformità dell'apprezzamento dei fatti e delle prove » (come in generale rilevato dalla dottrina (45) e altresì sostenuto nella sentenza annotata (46)).

9. *La prospettiva privatistica.*

Fuoriuscendo la potestà sanzionatoria degli ordini professionali dai principi del diritto punitivo pubblico è opportuno chiedersi se essa non sia più coerentemente riconducibile al fenomeno delle pene emanate nelle associazioni private (47). Tanto più che non mancano immediate assonanze.

Vengono in gioco, innanzitutto, le posizioni dottrinali che mettono in discussione la qualificazione pubblicistica degli ordini professionali, evidenziandone la sostanza privatistica (48). E rileva l'inesistenza di un principio di tipicità delle infrazioni (o almeno l'assenza di un dibattito sulla giustificazione e sulla legittimità di tale assenza (49)) (50).

(42) E, dunque, non soltanto per vizi della motivazione *ex art. 360 n. 5 c.p.c.*

(43) La pronuncia in commento non tiene, dunque, conto dell'orientamento relativo ai limiti di applicazione delle clausole generali o elastiche al di fuori del contesto disciplinare. V. Cass., 22 gennaio 2009 n. 1618; Cass., sez. un., 25 novembre 2008 n. 28056; Cass., 14 ottobre 2003 n.15371; Cass., 3 agosto 2001 n. 10750; Cass., 8 maggio 2000 n. 5822.

In generale, circa la possibilità che la Cassazione effettui un controllo sull'interpretazione delle clausole generali o delle norme c.d. elastiche, v., per tutti, E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003, 753 ss.

(44) Sui poteri istruttori del giudice amministrativo si vedano gli artt. 63 ss. del codice del processo amministrativo. Sul punto, v., per tutti, A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, IX ed., Torino, 2010, 253 ss.

(45) V. G. SCARSELLI, *Il controllo in Cassazione del disciplinare forense (con postilla sul d.d.l. di riforma della professione)*, in *Foro it.*, 2011, 450 ss.

(46) V. il passaggio motivazionale ove si afferma che il ricorrente « non può pretendere un'ennesima valutazione [della] ricostruzione dei fatti ».

(47) Si tratta del potere unilaterale con cui gli organi associativi possono irrogare misure afflittive nei confronti del singolo associato. Tali misure vanno dal rimprovero all'avvertimento, alla censura, fino alla sanzione più grave della esclusione.

(48) In questo senso, si veda, in particolare, L. FERRARA, *Note critiche*, cit., nonché G. DELLA CANANEA, *Deontologia notarile e giurisdizione amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 1997, 1030, i quali pure ritengono che i codici deontologici siano manifestazione dell'autonomia negoziale degli ordini professionali.

(49) È da domandarsi, infatti, se l'autonomia privata, che incontra limiti nelle norme imperative, non debba svolgersi entro il quadro di garanzie che l'art. 2 della Costituzione riserva al singolo dentro le formazioni sociali e, al tempo stesso, se queste garanzie non si

Deve allora osservarsi che il sistema sanzionatorio endoassociativo, fondato comunemente sul principio di autonomia degli enti privati (51), riveste la funzione di garantire il corretto funzionamento interno dell'associazione, pregiudicato dall'eventuale condotta del singolo associato (52). All'autonomia collettiva è, dunque, riservata la scelta dei comportamenti contrari all'interesse comune, la cui concreta individuazione si realizza, però, soltanto nel momento dell'irrogazione della sanzione.

Ma deve pure notarsi che quest'ultima circostanza, secondo cui la disciplina punitiva delle associazioni private sembra potere prescindere dalla determinatezza delle fattispecie pregiudizievoli all'ordine e al fine sociale, viene controbilanciata, stando a un indirizzo della giurisprudenza e della dottrina, dal controllo pieno del giudice ordinario « chiamato a tracciare il confine tra l'ambito di azione del gruppo e la sfera di libertà individuale » (53), grazie al sindacato di merito delle fattispecie sanzionatorie così come individuate dalle associazioni private (54).

estandano fino a ricomprendere la determinatezza delle fattispecie punitive individuate dalle medesime formazioni sociali.

In senso contrario M. BASILE, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975, 29 ss., il quale valorizza il momento « interno » del fenomeno associativo, inteso come libertà del gruppo di elaborare in piena autonomia i propri obiettivi e i modi per perseguirli.

(50) L'inesistenza di un principio di tipicità delle fattispecie illecite sussiste peraltro anche nella disciplina sanzionatoria del rapporto di lavoro subordinato, laddove l'art. 7 dello Statuto dei lavoratori (l. 20 maggio 1970 n. 300) riconosce un ampio margine di discrezionalità del datore di lavoro nella definizione della regola comportamentale.

(51) Sul fondamento del potere punitivo dei privati possono citarsi, tra molti, M. G. BARATELLA, *Le pene private*, Milano, 2006, 55 ss.; G. PONZANELLI, voce « *Pena privata* », in *Enc. giur.*, XXII, Roma, 1992, 1 ss.; D. VINCENZI AMATO, *Associazioni e tutela dei singoli*, Napoli, 1984, 121 ss.; F. D. BUSNELLI e G. SCALFI (a cura di), *Le pene private* Milano, 1985; F. GALGANO, *Persone giuridiche*, in *Commentario del codice civile*, SCIALOJA-BRANCA (a cura di), Bologna-Roma, 1969, 323 ss.; C. M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 20 ss.; P. RESCIGNO, *Un libro sulle pene delle associazioni private*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 1405 ss.

(52) Di recente sulla necessità di garantire gli interessi dei gruppi sociali, v. G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, Torino, 2011.

(53) Così U. MEYER-CORDING, *Die Vereinsstrafe*, Tubinga, 1957, citato da P. RESCIGNO, *Un libro sulle pene delle associazioni private*, cit., 1411.

V., inoltre, sempre in dottrina, D. VINCENZI AMATO, *Associazione e tutela*, cit., 126, secondo la quale il sindacato dell'organo giurisdizionale implica « non più solo rispetto formale dei patti, ma rispetto anche sostanziale, e dunque riesame dei fatti e delle circostanze, e interpretazione delle norme statutarie, spesso assai vaghe, attraverso la prassi dell'associazione »; F. GALGANO, *Persone giuridiche*, cit., 324, il quale riconosce (e ammette) un giudizio di merito nel controllo del giudice circa l'applicazione dei « gravi motivi » alla fattispecie concreta; G. VOLPE PUTZOLU, *La tutela dell'associato in un sistema pluralistico*, Milano, 1977, 66, la quale, con riferimento al contenuto del sindacato giurisdizionale, ritiene che per giudizio di legittimità deve intendersi « il controllo della rispondenza del fatto posto a base della sanzione alle ipotesi previste dallo statuto », con la conseguenza che tale controllo « comporta necessariamente una valutazione discrezionale da parte del giudice, e quindi non può considerarsi un giudizio di mera legittimità ».

(54) V. in giurisprudenza, tra altre, Cass. civ., sez. I, 4 settembre 2004 n. 17907, secondo cui « 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 la prefigurata causa di esclusione implichi un giudizio

Stante, tuttavia, l'assenza di univocità sul punto (55), la posizione del professionista, anche adottando una prospettiva privatistica, risentirebbe in definitiva del mai risolto inquadramento del conflitto tra singolo e gruppo.

La preminenza e il privilegio che il gruppo professionale conserva sono in ogni caso rimarcati dalla specialità e dall'autoreferenzialità del suo giudice (56).

SERENA STACCA

di gravità di singoli atti o comportamenti, da operarsi necessariamente post factum, il vaglio giurisdizionale si estende necessariamente anche a quest'ultimo aspetto»; Cass. civ., sez. I, 9 settembre 2004 n. 18186; Cass. civ., sez. I, 15 ottobre 2002 n. 14665; Cass. civ. I, 21 giugno 2000 n. 8435; 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 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»; Pret. Bari, 28 luglio 1982, in *Giur. merito*, 1983, 485, con nota di A. Pozzi, *Legittimità e merito*, cit.

Non diversamente si comporta il giudice sul fronte delle sanzioni disciplinari irrogate ai sensi dell'art. 7 dello Statuto dei lavoratori: v., tra molte altre, Cass. civ., sez. lav., 26 gennaio 2011 n. 1788, secondo cui « in tema di licenziamento disciplinare, la valutazione della gravità del comportamento e della sua idoneità a ledere irrimediabilmente la fiducia che il datore di lavoro ripone nel proprio dipendente (giudizio da effettuarsi considerando la natura e la qualità del rapporto, la qualità ed il grado del vincolo di fiducia connesso al rapporto, l'entità della violazione commessa e l'intensità dell'elemento soggettivo) è compito del giudice di merito»; Cass. civ., sez. lav., 13 agosto 2008 n. 21575; Cass. civ., sez. lav., 27 settembre 2007 n. 20221; Cass. civ., sez. lav., 18 gennaio 1999 n. 434; Cass. civ., sez. lav., 13 aprile 1999 n. 3645; Cass. civ., sez. lav., 22 ottobre 1998 n. 10514.

(55) Discendente dalla mai sopita idea che ciò che avviene all'interno dell'associazione sia questione della stessa (sola) associazione.

V. in particolare Cass. sez. lav., 12 maggio 2009 n. 10867; Cass., sez. un., 23 marzo 2004 n. 5775 (su cui v. le considerazioni critiche di L. FERRARA, *Giustizia sportiva*, in *Enc. dir., Annali III*, 2009, 507).

(56) Difficilmente giustificabile a meno di non volersi adagiare sull'idea che gli ordini professionali siano ordinamenti giuridici particolari, separati dall'ordinamento generale dello Stato.

Circa il progressivo assorbimento degli ordinamenti professionali nell'ordinamento generale v., per tutti, G. MANFREDI, *Pluralità degli ordinamenti e tutela giurisdizionale*, Torino, 2007, 19 ss.; ID., *L'assorbimento degli ordinamenti professionali*, cit.