

**Serena Stacca**

# **Il potere disciplinare**

Dalla protezione della comunità  
alla protezione dell'individuo

**FRANCOANGELI**

**SDP**

Studi di

**Diritto Pubblico**

## Informazioni per il lettore

Questo file PDF è una versione gratuita di sole 20 pagine ed è leggibile con



La versione completa dell'e-book (a pagamento) è leggibile con Adobe Digital Editions. Per tutte le informazioni sulle condizioni dei nostri e-book (con quali dispositivi leggerli e quali funzioni sono consentite) consulta [cliccando qui](#) le nostre F.A.Q.



# STUDI DI DIRITTO PUBBLICO

Collana diretta da **Roberto Bin, Fulvio Cortese e Aldo Sandulli**  
coordinata da **Simone Penasa e Andrea Sandri**

## REDAZIONE

Chiara Bergonzini, Fabio Di Cristina, Angela Ferrari Zumbini, Stefano Rossi

## COMITATO SCIENTIFICO

Jean-Bernard Auby, Stefano Battini, Daniela Bifulco, Roberto Caranta, Marta Cartabia, Omar Chessa, Mario P. Chiti, Pasquale Costanzo, Antonio D'Andrea, Giacinto della Cananea, Luca De Lucia, Gianmario Demuro, Daria de Pretis, Marco Dugato, Claudio Franchini, Thomàs Font i Llovet, Giulia Maria Labriola, Peter Leyland, Massimo Luciani, Michela Manetti, Alessandro Mangia, Barbara Marchetti, Giuseppe Piperata, Aristide Police, Margherita Ramajoli, Roberto Romboli, Antonio Ruggeri, Sandro Stajano, Bruno Tonoletti, Aldo Travi, Michel Troper, Nicolò Zanon

La Collana promuove la rivisitazione dei paradigmi disciplinari delle materie pubblicistiche e l'approfondimento critico delle nozioni teoriche che ne sono il fondamento, anche per verificarne la persistente adeguatezza.

A tal fine la Collana intende favorire la dialettica interdisciplinare, la contaminazione stilistica, lo scambio di approcci e di vedute: poiché il diritto costituzionale non può estraniarsi dall'approfondimento delle questioni delle amministrazioni pubbliche, né l'organizzazione e il funzionamento di queste ultime possono ancora essere adeguatamente indagati senza considerare l'espansione e i modi di interpretazione e di garanzia dell'effettività dei diritti inviolabili e delle libertà fondamentali. In entrambe le materie, poi, il punto di vista interno deve integrarsi nel contesto europeo e internazionale. La Collana, oltre a pubblicare monografie scientifiche di giovani o affermati studiosi (**STUDI E RICERCHE**), presenta una sezione (**MINIMA GIURIDICA**) di saggi brevi destinata ad approfondimenti agili e trasversali, di carattere propriamente teorico o storico-culturale con l'obiettivo di sollecitare anche gli interpreti più maturi ad illustrare le specificità che il ragionamento giuridico manifesta nello studio del diritto pubblico e le sue più recenti evoluzioni.

La Collana, inoltre, ospita volumi collettanei (sezione **SCRITTI DI DIRITTO PUBBLICO**) volti a soddisfare l'esigenza, sempre più avvertita, di confronto tra differenti saperi e di orientamento alla lettura critica di problemi attuali e cruciali delle discipline pubblicistiche.

La Collana, inoltre, si propone di assecondare l'innovazione su cui si è ormai incamminata la valutazione della ricerca universitaria. La comunità scientifica, infatti, sente oggi l'esigenza che la valutazione non sia più soltanto un compito riservato al sistema dei concorsi universitari, ma si diffonda come responsabilità dell'intero corpo accademico.

*Tutti i volumi, pertanto, saranno soggetti ad un'accurata procedura di valutazione, adeguata ai criteri fissati dalle discipline di riferimento.*

I lettori che desiderano informarsi sui libri e le riviste da noi pubblicati possono consultare il nostro sito Internet: *www.francoangeli.it* e iscriversi nella home page al servizio “Informatemi” per ricevere via e-mail le segnalazioni delle novità.

**Serena Stacca**

# **Il potere disciplinare**

Dalla protezione della comunità  
alla protezione dell'individuo

**FRANCOANGELI**

**SDP**

Studi di

**Diritto Pubblico**

Copyright © 2018 by FrancoAngeli s.r.l., Milano, Italy.

*L'opera, comprese tutte le sue parti, è tutelata dalla legge sul diritto d'autore. L'Utente nel momento in cui effettua il download dell'opera accetta tutte le condizioni della licenza d'uso dell'opera previste e comunicate sul sito [www.francoangeli.it](http://www.francoangeli.it).*

# INDICE

<b>Introduzione</b>	pag.	9
<b>1. Alla ricerca dell'identità giuridica del potere disciplinare. Le teorie</b>	»	15
1. Premessa. Le ragioni di uno studio sull'identità giuridica del potere disciplinare	»	15
2. Il diritto disciplinare come diritto penale speciale: funzione punitiva del potere. La teoria penalistica tra limiti e risultati	»	18
3. La teoria civilistica	»	23
3.1. Il potere disciplinare e la necessaria preesistenza di una speciale relazione giuridica obbligatoria	»	23
3.2. Critiche al fondamento contrattuale del potere disciplinare	»	28
3.3. Critiche alla finalità soddisfattoria del potere disciplinare	»	30
4. La teoria amministrativistica: il potere disciplinare come potere di supremazia speciale esclusivo delle pubbliche amministrazioni	»	33
5. La teoria ordinamentale	»	40
5.1. Il potere disciplinare espressione di supremazia speciale degli ordinamenti giuridici non sovrani	»	40
5.2. Pregi della teoria ordinamentale	»	45
5.3. Difetti della teoria ordinamentale	»	49
6. L'incidenza della Carta costituzionale. La marginalità della teoria del potere disciplinare come potere di autotutela	»	52
7. Riepilogo	»	60

## 2. Il potere disciplinare sotto il dominio dell'organizzazione pag. 63

### *Sezione I La regola disciplinare*

1. Premessa. Alla ricerca dei profili di “privilegio di giustizia” del fenomeno disciplinare » 63
2. Il significato di disciplina e di regola disciplinare: l'incidenza sul regime giuridico sostanziale del potere » 65
3. Le ragioni del rinvio a regole metagiuridiche: la funzionalizzazione del potere disciplinare » 67
4. Nei rapporti pubblicistici » 72
  - a) magistratura amministrativa e contabile » 73
  - b) professioni regolamentate » 74
  - c) università » 77
5. Nei rapporti privatistici » 78
  - a) pubblico impiego privatizzato » 79
  - b) associazioni » 84
    - b.1) associazioni di rilevanza costituzionale » 85
    - b.2) associazioni di categoria in ambito finanziario » 86
    - b.3) associazioni di professionisti » 88
    - b.4) associazioni a scopo ricreativo » 89
6. Il ruolo dei cataloghi di comportamento nella (non) tipizzazione degli illeciti » 90
7. I problemi di qualificazione giuridica » 94
8. Fonti extragiuridiche non vincolanti ai fini della individuazione delle infrazioni disciplinari » 95
9. Fonti giuridiche: normative o negoziali » 98
10. I problemi di contenuto: ancora l'uso di formule vaghe e meramente esemplificative » 101
11. La non corrispondenza tra comportamenti illeciti e sanzioni » 103

### *Sezione II L'esercizio del potere disciplinare*

12. L'esercizio del potere disciplinare: le caratteristiche nella fase procedimentale » 104
13. Il procedimento disciplinare e i principi del giusto processo e del giusto procedimento » 105
14. Gli organi giudicanti: mancanza di terzietà e imparzialità » 112



<b>3. Il sindacato sul potere disciplinare</b>	pag. 121
1. Il sindacato sul potere disciplinare e la tutela del soggetto passivo	» 121
2. La tutela interna	» 122
a) professioni regolamentate	» 123
b) associazioni in generale	» 128
c) partiti e movimenti politici in particolare	» 133
3. La tutela giurisdizionale: vuoti e incoerenze	» 135
4. Il solo controllo della Cassazione sui provvedimenti disciplinari delle professioni istituite prima della Costituzione	» 135
5. Le ragioni del sindacato limitato alla motivazione	» 141
6. Il controllo sui provvedimenti disciplinari delle professioni regolamentate dopo la Costituzione: la peculiare composizione dell'organo giurisdizionale	» 145
7. L'ineffettività della tutela nei contesti associativi	» 147
<b>4. Il potere disciplinare nella prospettiva dell'individuo</b>	» 153
1. Premessa	» 153
2. Dal perfezionismo etico al perfezionismo giuridico: un passaggio possibile e doveroso	» 156
2.1. I principi regolatori della potestà punitiva giurisdizionale e della potestà punitiva amministrativa	» 156
2.2. L'aderenza del principio di legalità alla materia disciplinare: la sostanza punitiva del potere	» 161
3. La ricostruzione del potere sanzionatorio endoassociativo: da un potere 'libero' a un potere costituzionalmente orientato	» 166
4. L'attuazione del principio di legalità nella materia disciplinare	» 170
4.1. La tipizzazione degli illeciti attraverso l'autodisciplina	» 170
4.2. Il valore aggiunto della tipizzazione degli illeciti: vantaggio per il singolo e per l'organizzazione	» 174
5. Una conferma: il sistema degli illeciti disciplinari dei magistrati ordinari	» 176
6. Gli effetti (positivi) della tipizzazione sugli altri profili di privilegio	» 179
<b>Bibliografia</b>	» 183



# INTRODUZIONE

Il professionista iscrivendosi all'ordine va incontro a possibili procedimenti sanzionatori; il vincitore di un concorso si espone all'eventuale esercizio del potere disciplinare da parte della pubblica amministrazione che lo assume; l'aderente a un partito politico, il membro di un'associazione culturale, invero "qualunque soggetto appartenente permanentemente ad un'organizzazione", sa di poter essere assoggettato a provvedimenti che colpiscono "le infrazioni che egli commett[e] alle regole di deontologia del gruppo"<sup>1</sup>.

Far parte di una struttura organizzata implica dunque la rinuncia a un pezzo della propria libertà<sup>2</sup>, per diventare un "individuo comunitario"<sup>3</sup>, che non solo si adegua alla disciplina dell'organizzazione, ma ne accetta anche il relativo sistema sanzionatorio. Siccome "agire in comunità significa perseverare in conformità al dovere", il potere disciplinare interviene

1. M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1970, 1308. Secondo A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, Padova, 1983, 74, i rapporti giuridici nei quali è 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, 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. Se non finanche la sua perdita, quando sia in gioco una formazione sociale ad "appartenenza necessaria" (G. ROSSI, *Potere amministrativo e interessi a soddisfazione necessaria*, Torino, 2011).

3. M. RICCIARDI, *Introduzione a Comunità e società*, in F. TÖNNIES, *Comunità e società* (1887), tr. it. G. GIORDANO, a cura di M. RICCIARDI, Bari, 2011, X.

ogni volta che un comportamento metta in discussione “la comunità nella sua esistenza”<sup>4</sup>, turbandone la convivenza e l’ordine interno.

Fino a che punto l’interesse personale può però essere subordinato all’interesse della collettività? In che misura può rinunciarsi o addirittura perdersi la libertà? Si può fare a meno di un’adeguata regolamentazione del potere di disciplina, quanto ai limiti, alle forme di controllo e agli strumenti di tutela poste a garanzia dell’individuo?

Sono queste le domande che può o forse deve porsi chi volge lo sguardo al fenomeno disciplinare.

Non interessa la distinzione tra rapporti disciplinari di diritto pubblico e di diritto privato; tra soggetti (e interessi) pubblici e soggetti (e interessi) privati<sup>5</sup>. La compatibilità con i valori personalisti sanciti dalla Carta costituzionale di un potere che è racchiuso in un modello di ‘specialità’ riguarda l’intero ordinamento.

È, dunque, la Costituzione, fondamento di libertà, a doversi assumere come fattore immediatamente determinativo di ogni possibilità ricostruttiva, laddove ci si ponga nella prospettiva dell’individuo.

Allo scopo la ricerca intende innanzitutto evidenziare i punti critici dell’incidenza del potere disciplinare sulla posizione del singolo<sup>6</sup>.

È soprattutto sotto il profilo dei presupposti dell’esercizio del potere che si avverte la strumentalizzazione a soddisfare in modo prevalente le esigenze dell’organizzazione, a discapito di quelle del soggetto sanzionato.

Le fattispecie rilevanti sul piano disciplinare sono, infatti, per lo più descritte attraverso concetti giuridici indeterminati: ricorrono, cioè, formule aperte, quali il ‘decoro’, il ‘prestigio’ o la ‘dignità morale’, che come tali si prestano a essere riempite di ogni contenuto alla stregua di valutazioni empiriche, condotte alla luce di principi etici e sociali ritenuti vigenti al momento delle singole scelte.

La struttura della regola disciplinare è ancora largamente la stessa che si ricava dai primi studi sul tema. La colpa disciplinare viene misurata in relazione a comportamenti, solitamente continuativi, “per loro natura imprevedibili, o indicati dal diritto solo con formule generiche, che ne

4. M. RICCIARDI, *Introduzione a Comunità e società*, cit., XIII.

5. Il potere disciplinare è infatti comune tanto ai rapporti pubblici quanto ai rapporti privati. In generale, sulla concezione unitaria della nozione di potere, che può avere natura normativa, amministrativa o negoziale: A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Studi in onore di Enzo Capaccioli*, Milano, 1988, 313 ss.

6. Secondo D. IPPOLITO, *Lo spirito del garantismo. Montesquieu e il potere di punire*, Roma, 2016, “il potere di proibire, di giudicare, di punire incide più di ogni altro sulla libertà degli individui”.

disegnano i caratteri fondamentali”<sup>7</sup>. Solo così si ritiene possibile tutelare l’ordine interno e si consente alla specifica comunità di punire qualsiasi condotta che è valutata non conforme a uno *status* che in fin dei conti viene postulato<sup>8</sup>.

Risultano, pertanto, compromesse la conoscibilità dell’obbligo e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie.

Se in altri contesti le clausole generali possono efficacemente fungere da regole del rapporto, idonee a individuare (o integrare) il contenuto delle prestazioni delle parti e a tutelare le relative posizioni giuridiche<sup>9</sup>, in ambito disciplinare, dove invece sono direttamente in gioco aspetti di libertà individuale, l’eccessiva elasticità della fattispecie sanzionatoria diventa un pericoloso strumento: sfumando la linea tra il lecito e l’illecito, tale tecnica normativa risponde a “esigenze di difesa sociale e di tutela di interessi, sovente ricondotti al valore della giustizia sostanziale, ma fatalmente coincidenti con la tutela del potere”<sup>10</sup>.

Né la situazione di incertezza nella quale versa il singolo è ridimensionata sul piano del regime procedurale (ammesso e non concesso che questo possa bastare). Il potere di valutare l’illiceità della condotta e il conseguente potere di irrogare la sanzione spettano, infatti, agli esponenti della stessa organizzazione del soggetto sanzionato. Non vi è, dunque, terzietà e imparzialità nelle autorità disciplinari, giacché esse cumulano la funzione giustiziale e quella di parte lesa.

È vero che tali requisiti sono connaturati agli organi giurisdizionali<sup>11</sup>, mentre rispetto alle pubbliche amministrazioni<sup>12</sup>, e a maggior ragione rispetto ai soggetti privati, fanno difetto la terzietà e l’imparzialità dell’organo giudicante, così come predicati nell’art. 111 Cost. e nell’art. 6 Cedu.

7. G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, Milano, 1970, 72.

8. Perché della condizione del soggetto non si conoscono interamente le caratteristiche, cosicché è lo stesso *status* a divenire mobile.

9. Nei rapporti privati e, almeno secondo una certa impostazione, nei rapporti tra singoli e pubblica amministrazione (v. C. CUDIA, *Funzione amministrativa e soggettività della tutela*, Milano, 2008, 138 ss. e *passim*).

10. Così F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale. La fattispecie*, Padova, 1979, 172.

11. Osserva perciò G. PASTORI, *La burocrazia*, Padova, 1967, 318-322, che “il potere disciplinare attua [...] un potere amministrativo sanzionatorio o di autotutela sui rapporti, materialmente giurisdizionale [...]. È [...] da notare che la progressiva assimilazione di questo potere a quelli giurisdizionali, costituisce un buon indice della transitorietà della fase attuale, cui dovrebbe seguire un successivo trasferimento della competenza, sia pure in forme speciali, ad un organo giurisdizionale”.

12. Anche quando si verte in tema di sanzioni amministrative, pure depenalizzate.

Tuttavia, non si può trascurare di riflettere sulla fondamentale riconduzione della materia disciplinare alla potestà punitiva.

Neppure può tacersi che il contesto in esame porta la pubblica amministrazione su una posizione di parte che tende a travalicare la generale funzione di perseguimento di un interesse pubblico assegnato dalla legge<sup>13</sup>, dal momento che l'infrazione lede l'interesse proprio di una specifica organizzazione.

Laddove invece si esaminino i soggetti privati, a dover essere considerato è almeno il principio di eguaglianza reciproca, il quale opera "come limite all'autonomia negoziale, ossia come norma direttamente precettiva", escludendo che "all'associazione possa validamente conferirsi il potere di giudicare le inadempienze commesse nei suoi stessi confronti" e quindi "un potere decisorio a carico dell'associato e nel proprio interesse"<sup>14</sup>.

Quanto alla difesa giurisdizionale, sebbene imprescindibile per il singolo, non può certo rappresentare la sede nella quale recuperare tutte le garanzie perse nelle fasi precedenti: non fosse altro perché i provvedimenti disciplinari, come del resto quelli genericamente sanzionatori, sono immediatamente esecutivi<sup>15</sup>. Nondimeno, va rilevato che in alcuni (significativi) sistemi disciplinari al soggetto sanzionato non è assicurata tutela piena e nemmeno è garantita l'imparzialità e la terzietà del soggetto giudicante.

Ricostruite le criticità del fenomeno disciplinare, la ricerca mira a ri-allineare l'esercizio del potere ai principi dello Stato costituzionale di diritto, a cominciare dal principio personalista e da quello di legalità.

Non si tratta, però, di trasporre meccanicamente istituti da un ramo del diritto<sup>16</sup> a un altro, ma semmai di adattare quegli istituti alle specificità dei sistemi disciplinari<sup>17</sup>. Così, in particolare, il principio di legalità viene

13. Sul concetto di "parte imparziale", v., per tutti, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, 28 ss.

14. C.M. BIANCA, *Le autorità private*, Napoli, 1977, 5 e 25.

15. Rileva che "è quantomeno dubbio che il [...] il meccanismo di compensazione ex post possa operare in quei casi nei quali le sanzioni irrogate sono particolarmente pesanti e idonee a incidere sin da subito e irrimediabilmente nella sfera soggettiva del destinatario", M. ALLENA, Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo, Napoli, 2012, 74.

16. Segnatamente, quello penale.

17. Già F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, I, Milano, s.d., 243, rilevava che "quando si considera il diritto disciplinare di per sé, si vede che esso ha carattere penale. [...] Il carattere penale del potere disciplinare spiega la tendenza a stabilire con norme giuridiche (regolamenti, leggi, o in difetto consuetudini) la nozione del reato disciplinare e la natura ed entità della pena, secondo il precetto strettamente penale *nullum crimen sine lege*: a graduar le pene, ad aggravarle per recidiva, a presumere l'innocenza dell'accusato [...], a istituire giurisdizioni disciplinari ed in genere ad applicare per analogia il sistema del diritto penale a quello disciplinare".

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

Sul presupposto che il potere di proibire incide sulla libertà prima del potere di giudicare e di punire, si fa strada la conclusione che soltanto muovendo dalla disciplina sostanziale possa realizzarsi lo spostamento della protezione dalla comunità all'individuo.

I passaggi in cui si articola l'indagine sono suddivisi in quattro capitoli.

Il punto di partenza è rappresentato dalle tradizionali ricostruzioni dottrinali concernenti la natura giuridica del potere disciplinare (cap. 1). A emergere sono in particolare i tratti caratteristici del potere che tuttora sopravvivono. Come si vedrà, ogni teoria, a suo modo, riconosce la funzione punitiva insita nel fenomeno disciplinare, ascritto tanto a soggetti pubblici che a soggetti privati. Tuttavia, nessuna di esse si preoccupa della posizione del soggetto passivo del rapporto, essendo invece attratta dall'esigenza di giustificare l'esistenza di una forma di controllo sociale diversa e ulteriore rispetto a quella esercitata dallo Stato. Anche quando entra in vigore la Costituzione, la costruzione del potere disciplinare resta imperniata sull'asse dell'organizzazione.

Alla luce delle elaborazioni sviluppate in più di un secolo di indagine, si analizza quindi il regime esistente (cap. 2 e cap. 3). Si porta l'attenzione sui profili di privilegio che lasciano tuttora il fenomeno disciplinare ai margini del diritto, passando in rassegna le organizzazioni nelle quali tali profili risultano più evidenti. Vengono indagati la concezione di disciplina e di regola disciplinare, le regole di esercizio del potere, le forme e i limiti della tutela giurisdizionale.

Dimostrata la necessità di ricondurre il potere disciplinare sotto i principi garantisti dell'ordinamento costituzionale, l'ultima parte della ricerca, assistita dalla giurisprudenza europea in materia di diritti dell'uomo, è dedicata alla ricostruzione del fenomeno sanzionatorio in termini compatibili con la libertà dell'individuo (cap. 4).





# 1.

## ALLA RICERCA DELL'IDENTITÀ GIURIDICA DEL POTERE DISCIPLINARE. LE TEORIE

SOMMARIO: 1. Premessa. Le ragioni di uno studio sull'identità giuridica del potere disciplinare. - 2. Il diritto disciplinare come diritto penale speciale: funzione punitiva del potere. La teoria penalistica tra limiti e risultati. - 3. La teoria civilistica. - 3.1. Il potere disciplinare e la necessaria preesistenza di una speciale relazione giuridica obbligatoria. - 3.2. Critiche al fondamento contrattuale del potere disciplinare. - 3.3. Critiche alla finalità soddisfattoria del potere disciplinare. - 4. La teoria amministrativistica: il potere disciplinare come potere di supremazia speciale esclusivo delle pubbliche amministrazioni. - 5. La teoria ordinamentale. - 5.1. Il potere disciplinare espressione di supremazia speciale degli ordinamenti giuridici non sovrani. - 5.2. Pregi della teoria ordinamentale. - 5.3. Difetti della teoria ordinamentale. - 6. L'incidenza della Carta costituzionale. La marginalità della teoria del potere disciplinare come potere di autotutela. - 7. Riepilogo.

### **1. Premessa. Le ragioni di uno studio sull'identità giuridica del potere disciplinare**

Il problema del potere disciplinare è la sua identità giuridica. La verifica dell'intima essenza del fenomeno disciplinare si rivela necessaria perché da essa dipende la soluzione di una serie di quesiti che vanno dall'ambito di applicazione del fenomeno alla consistenza delle garanzie dei soggetti passivi del potere.

Il potere disciplinare – quale potere che un soggetto ha di comminare e infliggere sanzioni a uno o più soggetti con i quali si trova in un determinato rapporto, a seguito della violazione di un obbligo inerente al rapporto medesimo<sup>1</sup> – configura un modello sanzionatorio embricato a quello

1. Questa è la definizione di potere disciplinare accolta in dottrina sin da tempi risalenti (cfr.: E. RASPONI, *Il potere disciplinare. Natura giuridica e soggetti attivi*, vol. I, Padova,

civile, penale e amministrativo, aspirando al pari di questi a mantenere l' 'ordine' all'interno di collettività organizzate, siano esse pubbliche o private<sup>2</sup>.

Il fenomeno disciplinare è, dunque, trasversale. Non è, però, generale. Il potere in questione, infatti, non è previsto in via autonoma, ma dipende sempre da un determinato rapporto giuridico tra più soggetti.

È quanto si riscontra nella realtà, dove le molteplici e assai variegatae relazioni giuridiche, interessate dal meccanismo disciplinare, sono accomunate da alcune caratteristiche strutturali, riconducibili tutte alla nozione (qui generica) di organizzazione: in virtù del rapporto giuridico i soggetti si ritrovano inseriti in una collettività, disciplinata secondo regole comuni in vista di un fine determinato, acquistando al contempo lo *status* giuridico che di quella collettività può dirsi proprio<sup>3</sup>.

L'attività di un individuo, la sua sfera di libertà, è perciò delimitata e regolata anche dai sistemi disciplinari. Basti pensare a formazioni sociali (per usare la terminologia di cui all'art. 2 Cost.), come la scuola, i partiti e i movimenti politici, i gruppi di imprese, le associazioni e le società sportive. Esemplificando ancora, di potere disciplinare (e di relative sanzioni) si ragiona anche con riferimento alle comunità di lavoro, sia esso lavoro subordinato presso privati o presso le pubbliche amministrazioni, agli enti pubblici con autonomia funzionale (come gli ordini professionali e le università), al sistema giudiziario e carcerario, nonché agli apparati militari.

Il fenomeno disciplinare è quindi eterogeneo e intercetta realtà multiformi. Riguarda rapporti che possono essere di fonte contrattuale o legale; avere carattere volontario o coattivo; essere disciplinati dal diritto privato o dal diritto pubblico; essere costituiti per il perseguimento di

1942, *passim*; F. D'ALESSIO, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1939, vol. I, 473; C. VITTA, *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, Milano, 1913, 4) e formulata per la prima volta in Italia da SANTI ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, in *Giur. it.*, 1898, IV, 240. Si tratta della definizione emersa già nella letteratura tedesca, su cui v. per tutti: P. LABAND, *Il diritto pubblico dell'impero germanico (Staatsrecht des Deutschen Reiches)*, (1876), tr. it. O. RANELLETTI – M. SIOTTO PINTOR, Torino, 1925, 644-645.

2. Si richiama qui la concezione normativistica di sanzione, sul presupposto che l'ordinamento sia un insieme unitario di norme. La sanzione è pertanto la conseguenza che l'ordinamento collega alla violazione di un precetto (divieto di compiere una data azione o omissione) per ristabilire l'ordine giuridico violato.

Sul concetto di sanzione e sulle diverse teorie elaborate, si rinvia, *ex multis*, a F. BENVENUTI, *Sul concetto di sanzione*, in *Jus*, 1955, 223 ss.; N. BOBBIO, *Sanzione*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XVI, Torino, 1969, 530 ss.; H. KELSEN, *Teoria generale delle norme*, tr. it. M. TORRE, a cura di M.G. LOSANO, Torino, 1985, 208 ss.; G. GAVAZZI, *Sanzione (Teoria generale)*, in *Enc. giur. Treccani*, vol. XXVIII, Roma, 1992, 1 ss.

3. A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e pubblica amministrazione*, cit., 74.

un fine generale o egoistico; nascere tra soggetti solo privati o anche pubblici.

Questi aspetti non influiscono però né sulla esistenza né sulla sostanza del potere: in tutti quei rapporti sorge, infatti, la contrapposizione tra il soggetto titolare del potere e un altro che è sottoposto al potere; nasce, cioè, quella posizione di 'preminenza' che si traduce, a sua volta, nella unilateralità delle decisioni che ne costituiscono l'esercizio e che si risolve nella possibilità di incidere negativamente nell'altrui sfera giuridica mediante l'inflizione della sanzione.

Quegli aspetti rilevano semmai da un altro punto di vista, coinvolgendo profili specificamente riferibili al regime giuridico attraverso cui il potere disciplinare si manifesta in concreto: in particolare, con riferimento ai limiti, alle forme di controllo e ai meccanismi di tutela predisposti a garanzia dei soggetti che subiscono l'esercizio del potere.

Seppure anche da quest'ultimo punto di vista emerge un dato ulteriore che conferma la sostanziale affinità di fondo tra i diversi tipi di potere disciplinare (senza che in particolare importi, si ripete, la distinzione tra diritto privato e diritto pubblico), tanto da giustificarne uno studio unitario. Come si vedrà più diffusamente oltre, il potere risulta scarsamente regolamentato dalle fonti che lo prevedono, con tutti i vuoti che sul versante passivo ne derivano in punto di garanzie sostanziali e giurisdizionali.

Si comprende, allora, come il fenomeno sanzionatorio disciplinare rappresenti un momento di forte criticità della conflittualità insita nei rapporti tra libertà individuale, istituzioni pubbliche e gruppi privati che, in principio, la Costituzione risolve a favore dei diritti delle persone.

Questo lavoro aspira a dimostrare l'inadeguatezza del modello sanzionatorio disciplinare rispetto all'ordine costituzionale e a verificarne al tempo stesso la perfettibilità.

Per procedere in questa direzione occorre, però, innanzitutto tenere presenti i risultati ai quali è pervenuta la dottrina, italiana e straniera, soprattutto tedesca, circa la natura del potere disciplinare in più di un secolo d'indagine<sup>4</sup>.

La loro ricostruzione appare utile per tre ragioni: in primo luogo, per evidenziare che i caratteri salienti della tradizionale concezione del potere disciplinare, pur se depurati dalle punte di più spiccata illiberalità, sono stati ereditati dallo stato repubblicano e sopravvivono tuttora; in secondo luogo, per rilevare che alcune delle tesi avanzate, per quanto

4. Gli studi sulla natura giuridica del potere disciplinare sono stati numerosissimi negli anni che vanno tra la seconda metà del XIX secolo e la prima metà del XX secolo. Successivamente, almeno nella dottrina italiana e salvo le indagini condotte su singoli settori, le dissertazioni sul potere disciplinare come fenomeno dell'intero ordinamento si sono sopite.

svalutate dai sostenitori delle altre impostazioni, presentano un interesse tutt'altro che superato per una definizione del potere compatibile con i valori dell'ordinamento vigente; infine, per constatare che la potestà sanzionatoria disciplinare non è mai stata configurata dal legislatore in modo uniforme, con la conseguenza che la stessa concezione di sanzione disciplinare (e quindi di potere disciplinare) non può essere valutata in termini generali e astratti ma sulla base di ragioni storiche, politiche e culturali.

L'analisi muoverà parallelamente su due livelli. Da un lato, riguarderà il fondamento giuridico del potere disciplinare, per stabilire se esso rientri come semplice facoltà nell'ambito di un altro più vasto potere oppure sia espressione di una speciale o semplicemente specifica capacità. Dall'altro, concernerà il contenuto e la forma del potere disciplinare, al fine di svelare i tratti caratterizzanti del fenomeno in oggetto.

L'esame delle teorie procederà considerando tempi e modi del loro affermarsi.

## **2. Il diritto disciplinare come diritto penale speciale: funzione punitiva del potere. La teoria penalistica tra limiti e risultati**

Le prime teorizzazioni sul fondamento giuridico del potere disciplinare risalgono alla seconda metà dell'800 e compaiono nella letteratura tedesca di diritto pubblico e penale che studia il fenomeno nell'ambito del pubblico impiego<sup>5</sup>.

La tesi elaborata da questa dottrina equipara il diritto disciplinare al diritto penale, fondandosi sull'idea che il potere della pubblica amministrazione di infliggere sanzioni nei confronti dei propri dipendenti sia

5. Non è un caso che i primi studi sul potere disciplinare risalgano a questo periodo e siano elaborati dai teorici del diritto pubblico, amministrativo e penale. Come noto, infatti, in epoca liberale l'unico diritto è quello regolato con legge dello Stato e di conseguenza tutto ciò che non è disciplinato dalla legge è considerato giuridicamente irrilevante. Così, il fenomeno disciplinare, pure presente nei gruppi sociali, resta nella sfera del non giuridico, giacché inerte a soggetti ignorati dall'ordinamento dello Stato.

In generale, sulla questione del pluralismo sociale in epoca liberale, si vedano, tra tanti, M. BASILE, *L'intervento dei giudici nelle associazioni*, Milano, 1975, 138 ss.; P. RIDOLA, *Democrazia pluralistica e libertà associative*, Milano, 1987, 18 ss. e 73 ss.; A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, 252 e *passim*; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, 189 e *passim*; G. GUZZETTA, *Il diritto costituzionale di associarsi*, Milano 2003, 23 ss.; G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo. Considerazioni sul passato e sul futuro del diritto amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 1 ss.

espressione del potere punitivo generale dello Stato. Su questo presupposto, le mancanze disciplinari sono considerate una categoria di reati che possono essere commessi dal pubblico dipendente nell'esercizio delle sue funzioni. Parimenti, le sanzioni disciplinari sono pene nel senso della legge penale e gli atti, attraverso i quali tali pene verrebbero irrogate, equivalgono a delle vere e proprie sentenze, benché emesse dall'autorità amministrativa<sup>6</sup>.

Qualsiasi differenza concettuale fra il sistema disciplinare e quello penale è dunque negata dai sostenitori della c.d. teoria penalistica, con la conseguenza che anche la natura giuridica del potere è ritenuta identica.

Le uniche diversità rilevate attengono, per un verso, all'entità della trasgressione e alla misura delle pene che nel diritto disciplinare sono più lievi rispetto al diritto penale; per altro verso, alle norme che individuano i comportamenti illeciti, che costituiscono un diritto penale 'speciale' per i soli impiegati pubblici.

L'identificazione con il potere penale non si è però rivelata pienamente convincente per una serie di ragioni, anche di ordine empirico<sup>7</sup>.

Innanzitutto, si lamenta che "un impiegato può essere assoggettato, per la stessa azione, al procedimento e alla punizione in via disciplinare e in via penale insieme"<sup>8</sup>. Non si spiega in altri termini perché, nonostante la postulata equivalenza tra il diritto disciplinare e il diritto penale, non trovi applicazione la regola del *ne bis in idem*.

6. 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, 453 ss.

7. Contro la teoria penalistica si è schierato principalmente Paul Laband, il quale, nella sua opera fondamentale (*Il diritto pubblico dell'impero germanico*, cit. 643 ss.), mostra una serie di differenze fra il sistema disciplinare nel pubblico impiego e il sistema penale, tali da non giustificare l'identificazione. Le considerazioni critiche di Laband sono riprese e sviluppate anche da altri, tra cui, SANTI ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, cit., 247-248.

Criticano invece solo il fondamento della potestà disciplinare elaborato dalla teoria penalistica, F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 152 e 241-242 e C. VITTA, *Il potere disciplinare sugli impiegati pubblici*, cit., 53-54 ss.

8. Così, P. LABAND, *Il diritto pubblico dell'impero germanico*, cit., 644. Identica considerazione è fatta da SANTI ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, cit., cc. 247-248: "Si sa che le pene disciplinari si applicano indipendentemente e in concorrenza delle criminali vere e proprie: e che la pendenza di un procedimento penale può avere l'effetto di sospendere quello disciplinare, ma l'esito favorevole del primo non può impedire alla pubblica amministrazione di prendere da parte sua un provvedimento qualsiasi. Ciò dimostra che pena criminale e pena disciplinare non sono la medesima cosa, altrimenti s'avrebbe una violazione della vecchia e nota regola *ne bis in idem*, secondo la quale per una medesima colpa non si possono ricevere due punizioni".