

Vito Tenore
Paolo Mazzoli

Codice deontologico e sistema disciplinare nelle professioni tecniche: ingegneri, architetti, geologi, geometri

Fonti normative
Codice deontologici
Tipologie di illeciti
Regole Procedimentali
Sanzioni disciplinari

*Aggiornato alla l. 14 settembre 2011 n. 148
(di conversione del d.l. 13 agosto 2011 n. 138)
e alla l. 12 novembre 2011 n. 183*

INDICE SOMMARIO

Premessa 9

CAPITOLO I

PARTE PRIMA

LINEAMENTI DELLA FUNZIONE DISCIPLINARE ESERCITATA DAGLI ORDINI PROFESSIONALI

di *Paolo Mazzoli*

13

-
1. Introduzione: la disciplina nei rapporti intersoggettivi 13
 2. Disciplina ed ordinamento giuridico.
La natura giuridica del potere disciplinare:
rapporti con il diritto pubblico. Caratteristiche
generali dei procedimenti disciplinari 17
 3. Tipicità del procedimento disciplinare:
introduzione al tema di studio 18
 4. Procedimento disciplinare come procedimento
amministrativo: la legge 7 agosto 1990, n. 241.
Partecipazione al procedimento e visione degli atti 19
 5. Taluni principi derivanti dalla natura giuridica
del procedimento disciplinare e della natura
pubblica degli ordini professionali: le regola
della *evidenza pubblica*, il rapporto di lavoro
con i dipendenti, la responsabilità dei componenti
degli Ordini ed il controllo della Corte dei conti 33
 6. Ulteriori considerazioni sul procedimento
disciplinare: il principio di corrispondenza
tra “chiesto” e “pronunciato”, il funzionamento
degli organi collegiali, i termini 37
 7. L’ordinamento costituzionale e la tutela
giurisdizionale avverso i provvedimenti
disciplinari: le sanzioni soggette al solo
vaglio della Cassazione e quelle
con piena tutela giurisdizionale 43

CAPITOLO I	PARTE SECONDA IL FONDAMENTO E LA NATURA GIURIDICA DELLA POTESTÀ DISCIPLINARE NELLE LIBERE PROFESSIONI E I PRINCIPI GENERALI DEL PROCEDIMENTO DISCIPLINARE di <i>Vito Tenore</i>	51
-------------------	--	----

1.	Il fondamento del potere e del procedimento disciplinare in generale e nelle libere professioni in particolare	51
2.	I limiti alla potestà normativa interna disciplinare degli ordini professionali: i codici deontologici. Rapporto con le fonti nazionali (dopo il d.l. n. 138 del 2011, conv.to in l. n. 148 del 2011) e comunitarie	58
3.	La diversa natura giuridica del procedimento disciplinare (e delle relative sanzioni) nei vari micro-ordinamenti: conseguenze giuridiche ed applicative	66
4.	I principi portanti della responsabilità e del procedimento disciplinare: <i>a)</i> obbligatorietà dell'azione disciplinare; <i>b)</i> proporzionalità e autonomia sanzionatoria; <i>c)</i> parità di trattamento; <i>d)</i> tempestività.....	76
5.	(<i>segue</i>) I principi portanti della responsabilità e del procedimento disciplinare: <i>e)</i> tassatività delle sanzioni e (tendenziale) tipicità degli illeciti; <i>f)</i> gradualità sanzionatoria; <i>g)</i> contraddittorio procedimentale; <i>h)</i> trasparenza del procedimento.....	83
6.	(<i>segue</i>) I principi portanti della responsabilità e del procedimento disciplinare: <i>i)</i> terzietà dell'organo titolare della potestà disciplinare; <i>k)</i> potestà disciplinare verso <i>ex</i> appartenenti all'ordine; <i>l)</i> la corrispondenza tra contestazione degli addebiti e fatti sanzionati nel provvedimento punitivo finale; <i>m)</i> il <i>ne bis in idem</i> sanzionatorio; <i>n)</i> la discussa pregiudiziale penale rispetto all'azione disciplinare.....	89

CAPITOLO II	IL REGIME DISCIPLINARE DEGLI ARCHITETTI	
	di Vito Tenore	99
<hr/>		
1.	L'ordine degli architetti, le fonti in materia disciplinare e la natura del relativo procedimento.....	99
2.	Analisi degli illeciti sostanziali e delle sanzioni applicabili	104
3.	Il procedimento disciplinare. Organi competenti e tappe procedimentali: contestazione dell'addebito, istruttoria, conclusione	108
4.	Le sospensioni cautelari. Sospensione obbligatoria e facoltativa	121
5.	Rapporto tra illecito penale ed illecito disciplinare.....	123
6.	La tutela avverso le sanzioni.....	128
7.	Casistica giurisprudenziale rilevante	134
8.	Appendice normativa: le norme disciplinari dell'ordine degli architetti	147
8.1.	<i>Legge 24 giugno 1923, n. 1395 Tutela del titolo e dell'esercizio professionale degli Ingegneri e degli architetti.....</i>	147
8.2.	<i>Regio Decreto 23 ottobre 1925, n. 2537 Regolamento per le professioni d'ingegnere e di architetto con le modifiche introdotte dalla legge 109/94</i>	149
8.3.	<i>Codice deontologico degli architetti italiani</i>	163
8.4.	<i>D.M. 10 novembre 1948 n. 865300 Regolamento delle norme di procedura per la trattazione dei ricorsi dinanzi al consiglio nazionale degli architetti</i>	178
CAPITOLO III	IL REGIME DISCIPLINARE DEGLI INGEGNERI	
	di Vito Tenore	183
<hr/>		
1.	L'ordine degli ingegneri, le fonti in materia disciplinare e la natura del relativo procedimento.....	183

2.	Analisi degli illeciti sostanziali e delle sanzioni applicabili	187
3.	Il procedimento disciplinare. Organi competenti e tappe procedimentali: contestazione dell'addebito, istruttoria, conclusione	191
4.	Le sospensioni cautelari. Sospensione obbligatoria e facoltativa.....	204
5.	Rapporto tra illecito penale ed illecito disciplinare.....	207
6.	La tutela avverso le sanzioni.....	211
7.	Casistica giurisprudenziale rilevante	218
8.	Appendice normativa: le norme disciplinari dell'ordine degli ingegneri.....	231
8.1.	<i>Legge 24 giugno 1923, n. 1395 Tutela del titolo e dell'esercizio professionale degli Ingegneri e degli architetti.....</i>	231
8.2.	<i>Regio decreto 23 ottobre 1925, n. 2537 Regolamento per le professioni d'ingegnere e di architetto con le modifiche introdotte dalla legge 109/94</i>	233
8.3.	<i>Codice deontologico e norme di attuazione degli ingegneri italiani</i>	247
8.4.	<i>D.M. 10 novembre 1948 n. 812400 Regolamento delle norme di procedura per la trattazione dei ricorsi dinanzi al consiglio nazionale degli ingegneri</i>	253

CAPITOLO IV IL REGIME DISCIPLINARE DEI GEOLOGI

di Paolo Mazzoli 257

1.	Introduzione: l'ordine dei geologi. Disciplina ed ordinamento giuridico, la natura del procedimento sanzionatorio.....	257
2.	Il codice deontologico e le sanzioni	262
3.	Il procedimento disciplinare: gli Enti di controllo della categoria e il modello procedimentale tipico.....	265
4.	I provvedimenti cautelari: la sospensione	270

5.	Rapporti tra illecito penale e infrazione disciplinare	271
6.	La tutela giurisdizionale del professionista avverso la sanzioni disciplinare	274
7.	Casistica giurisprudenziale rilevante	277
8.	Appendice normativa: le norme disciplinari dell'ordine dei geologi.....	281
8.1.	<i>Legge 3 febbraio 1963, n. 112</i> <i>Tutela del titolo e della professione di geologo.....</i>	281
8.2.	<i>Legge 26 luglio 1966, n. 616</i> <i>Norme integrative per l'applicazione della legge 3 febbraio 1963,</i> <i>n. 112, contenente norme per la tutela del titolo</i> <i>e della professione di geologo</i>	285
8.3.	<i>Decreto del Presidente della Repubblica 18 novembre 1965,</i> <i>n. 1403</i> <i>Regolamento di esecuzione della legge 3 febbraio 1963, n. 112,</i> <i>contenente disposizioni per la tutela del titolo</i> <i>e della professione di geologo</i>	294
8.4.	<i>Legge 12 novembre 1990, n. 339</i> <i>Decentramento dell'Ordine nazionale dei geologi</i>	298
8.5.	<i>Codice deontologico riguardante l'esercizio della professione</i> <i>di geologo in Italia approvato dal Consiglio nazionale</i> <i>dei geologi con deliberazione n. 143 del 19 dicembre 2006 ed</i> <i>emendato con deliberazione n. 65 del 24 marzo 2010</i>	301

CAPITOLO V IL REGIME DISCIPLINARE DEI GEOMETRI

di Vito Tenore

313

1.	L'ordine dei geometri, le fonti in materia disciplinare e la natura del relativo procedimento.....	313
2.	Analisi degli illeciti sostanziali e delle sanzioni applicabili	317
3.	Il procedimento disciplinare. Organi competenti e tappe procedimentali: contestazione dell'addebito, istruttoria, conclusione	320
4.	Le sospensioni cautelari. Sospensione obbligatoria e facoltativa.....	333
5.	Rapporto tra illecito penale ed illecito disciplinare.....	336

6.	La tutela avverso le sanzioni.....	340
7.	Casistica giurisprudenziale rilevante	348
8.	Appendice normativa: le norme disciplinari dell'ordine dei geometri	353
8.1.	<i>Regio Decreto 11 febbraio 1929, n. 274</i> <i>Regolamento per la professione di geometra.....</i>	353
8.2.	<i>Decreto Ministeriale febbraio 1949 n. 59</i> <i>Approvazione del regolamento contenente le norme</i> <i>di procedura per la trattazione dei ricorsi</i> <i>dinanzi al Consiglio nazionale dei geometri.....</i>	363
8.3.	<i>Consiglio Nazionale dei Geometri</i> <i>Approvazione del codice di deontologia professionale</i> <i>dei geometri</i>	366

APPENDICE NORMATIVA

D.L. 13 agosto 2011 n. 138

Decreto convertito, con modificazioni, in legge 14 settembre 2011
n. 148. - Ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione
finanziaria e per lo sviluppo (Manovra Bis)

377

L. 12 novembre 2011 n. 183

Disposizioni per la formazione del bilancio annuale
e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2012).....

383



Premessa



È dal 1983 (Ministro della Giustizia Clelio Darida) che si discute di riforma delle professioni ed il dibattito, che risente di influenze populistiche e demagogiche da un lato (tutelare il libero mercato e ridurre i costi per i clienti) e di pressioni normative comunitarie dall'altro (tese ad un avvicinamento dell'attività professionale a quella di impresa), oltre che di innegabili esigenze protezionistiche degli iscritti ad albi (con la propria autodichia interna che fissa limiti a tariffe, a pubblicità, allo svolgimento in forma societaria della professione, che fissa regole sostanziali e procedurali sul piano disciplinare), sta negli ultimi mesi assumendo un notevole peso politico e sociale, contrapponendosi esigenze di pretesa "liberalizzazione" delle professioni ad aspirazioni ad un incremento numerico delle stesse e ad una più moderna loro regolamentazione.

Esula dagli intenti di questo volume entrare in questo scivoloso dibattito politico, o affrontare una vasta trattazione economico-giuridica del tema generale delle libere professioni e della loro riforma, ponendosi il saggio un più limitato scopo di approfondire lo studio di una delle tematiche più "calde" del regime delle suddette professioni: quella della deontologia e del connesso procedimento disciplinare.

In un momento storico caratterizzato da scomposti impeti legislativi tesi alla liberalizzazione di vasti settori dell'economia (da ultimo l. 14 settembre 2011 n. 148 e l. 12 novembre 2011 n. 183) ed al connesso ridimensionamento delle libere professioni, la credibilità e l'affidabilità di queste ultime passa, oltre che attraverso una più rigida selezione in sede di abilitazione, anche attraverso la rigorosa azione autocorrettiva disciplinare, che rappresenta un basilare presupposto per difendere l'importante ragion d'essere delle libere professioni. Solo un ordine ben selezionato, aggiornato, efficiente, tecnicamente preparato ed eticamente ineccepibile può garantire la sua sopravvivenza in un sistema che sembra ispirarsi alla regola lassista secondo cui

“tutti possono fare tutto”: lavori complessi possono e devono invece essere espletati da pochi, ben selezionati professionisti, costantemente aggiornati e adeguatamente sanzionati se contravvengano alle regole che reggono un determinato ordinamento.

Da tale rilievo discende anche il monito a tutti gli ordini professionali a superare, in sede disciplinare, quegli atteggiamenti di protezionismo interno, per ragioni extragiuridiche, nei confronti di micro e (talvolta) macro illegalità poste in essere da propri adepti o, al contrario, a fare uso non imparziale (strumentale) della leva disciplinare: la tolleranza di tali fenomeni nel lungo periodo mina in radice la moralità, ancor prima che la legalità, della categoria professionale e concorre alla sua scomparsa o, quanto meno, al discredito sociale. Emblematica in tal senso ci sembra la vicenda del pubblico impiego, dove la stasi disciplinare (o la *mala gestio* dei relativi procedimenti), socialmente nota e addirittura fotografata e analizzata in cinque documentati referti al Parlamento della Corte dei conti, ha portato un devastante ritorno negativo d'immagine nella collettività per l'intera categoria dei pubblici dipendenti, diffusamente definiti in modo generico “fannulloni o nullafacenti”, a fronte di comportamenti, attivi e omissivi, imputabili invece solo a singoli, e non adeguatamente sanzionati (o non sanzionati affatto) in sede disciplinare.

Una riflessione sul tema dei procedimenti disciplinari nelle libere professioni si palesa necessario anche in vista delle modifiche che dovranno intervenire sulla regolamentazione del peculiare *iter* punitivo interno dopo l'art. 3, co. 5, lett. f), l. 14 settembre 2011 n. 148 (di conversione del d.l. 13 agosto 2011 n.138, che ha stabilito che entro 12 mesi dalla sua entrata in vigore, “*gli ordinamenti professionali dovranno prevedere l'istituzione di organi a livello territoriale, diversi da quelli aventi funzioni amministrative, ai quali sono specificamente affidate l'istruzione e la decisione delle questioni disciplinari e di un organo nazionale di disciplina. La carica di consigliere dell'Ordine territoriale o di consigliere nazionale è incompatibile con quella di membro dei consigli di disciplina nazionali e territoriali. Le disposizioni della presente lettera non si applicano alle professioni sanitarie per le quali resta confermata la normativa vigente*”. La legge n. 148 cit. impone altresì agli Ordini modifiche ai regimi legislativi e deontologici delle singole professioni per recepire le regole sulle conseguenze disciplinari per inosservanza dell'obbligo di formazione permanente, delle regole sui compensi fissati sulla base del tariffario, ma derogabili, e indicati al cliente in modo trasparente, sulla copertura assicurativa contro i rischi professionali, sulla libera pubblicità, sulla mancata emissione di fattura per quattro volte in un quinquennio: v. art. 2, co. 2-*sexies* e *septies*, l. n. 148 cit.).

Peculiari problemi porrà poi la responsabilità disciplinare qualora l'attività professionale venga svolta in forma societaria, come oggi consentito dall'art. 10, co. 3 seg., l. 12 novembre 2011 n. 183.

Qualsiasi riforma organica del sistema disciplinare per i liberi professionisti passa però attraverso la prioritaria approfondita conoscenza dei principi generali del diritto disciplinare e degli attuali regimi settoriali, temi scarsamente studiati sul piano scientifico e poco conosciuti dagli stessi organi consiliari.

A questa lacuna si intende sopperire con questo volume, frutto di una pluriennale attività di ricerca, di studio e di didattica svolta dai due coautori, da anni impegnati in approfonditi corsi di aggiornamento professionale presso i consigli nazionali e provinciali di molti ordini professionali⁽¹⁾.

Il testo è il frutto di anni di confronto e studio appassionato (e talvolta "sanguigno") di un magistrato (e la sua attività caratterizzata dal *'respondere'*) ed di un avvocato (il cui pensiero si concretizza nel *'postulare'*) che spesso si sono trovati ad affrontare in contesti didattici e in commissioni di studio i temi connessi all'esercizio della funzione disciplinare. L'analisi di questa particolare funzione pubblica, specialmente negli ordinamenti professionali, comporta difficoltà peculiari in quanto in essa confluiscono istituti tipici del diritto processuale civile, del diritto e del processo penale senza che essi assumano mai le vesti della regola assoluta in quanto, tali istituti, devono essere sempre letti e compresi sulla base dei principi del diritto amministrativo e di tutto quel mondo giuridico che permea lo studio pubblicistico di un fenomeno.

Vi è poi una antinomia istintiva, che spesso rende sincopate -ai limiti del *"amphigouri"*- il rapporto concettuale tra libero intelletto, per sua natura incompressibile, e professione -al servizio, prima ancora di se stessa, del cittadino a cui essa si rivolge- il cui accesso e svolgimento sono cadenzate da esami, regole e controlli: quasi che la dizione *'libera professione'* celi in se un rapporto perturbante. Certo è che la funzione disciplinare entra nel complesso sistema di precetti sul comportamento umano, sulla condotta e sulla esaltazione del sapere intellettuale, della diversità, quale fonte di obblighi e -non solo- di diritti: essa si esercita con strumenti che si basano sulla antica combinazione di controllo gerarchico e sanzione normalizzatrice.

Nel volume, con un taglio scientifico, ma attento anche a profili gestio-

1 Si segnalano gli accurati corsi di aggiornamento (con crediti professionali) organizzati a Roma o presso le sedi consiliari provinciali dei vari ordini dall'Istituto Cenacolo Giuridico di Roma (www.cenacologiuiridico.it).

nali e pratici, si è cercato di analizzare e affrontare tutto il complesso sistema disciplinare nelle professioni tecniche, anche in prospettiva di una riscrittura delle norme sostanziali e procedurali imposta dalla l. n. 148 del 2011, partendo da alcuni principi generali del diritto disciplinare, per poi passare all'analisi dei singoli ordinamenti e dei singoli codici deontologici. Massima attenzione è stata riservata, oltre che alla normativa settoriale, alla ricca giurisprudenza che ha affrontato molte questioni legate al corretto svolgimento del procedimento punitivo interno, non sempre ben conosciuto dagli organi consiliari, che sono spesso incappati in errori gestionali nell'infliggere sanzioni, errori pagati a caro prezzo in giudizio con l'annullamento di sanzioni anche gravi inflitte.

Il testo vuole in conclusione essere un valido "compagno di strada" sia per i componenti degli organi consiliari, tenuti, obbligatoriamente, ad attivare azioni disciplinari in caso di accertata violazione di norme deontologiche o legislative da parte degli iscritti, sia per ciascun professionista che voglia ben conoscere il proprio regime deontologico e disciplinare, elemento culturale essenziale del proprio *status* professionale. Il testo è anche di grande ausilio per avvocati che curino la difesa di professionisti in sede contenziosa o amministrativa. Il testo si dirige, infine, ai numerosi professionisti che debbano sostenere l'esame di abilitazione professionale su principi di deontologia.

Saranno graditi da parte dei lettori suggerimenti, critiche, segnalazioni di errori o omissioni (mail vitotenore@libero.it - info@studiomazzoli.it).

Roma, 20 ottobre 2011

Vito Tenore e Paolo Mazzoli

*Il volume è testo ufficiale dei corsi di aggiornamento (con crediti professionali) organizzati a Roma o presso le sedi consiliari provinciali dei vari ordini dall'Istituto Cenacolo Giuridico di Roma (www.cenacologiuiridico.it)
tel. 06.55261277 / 331.2070834 - fax 06.55179037
Mail info@cenacologiuiridico.it*

Il testo è frutto del ragionato e costante confronto tra gli Autori. Tuttavia Vito Tenore è autore del Capitolo primo, parte II e dei Capitoli secondo, terzo e quinto. Paolo Mazzoli è autore del Capitolo primo, parte I, e del capitolo quarto.

I

PARTE PRIMA

Lineamenti della funzione disciplinare esercitata dagli Ordini professionali

di Paolo Mazzoli

SOMMARIO: 1. Introduzione: la disciplina nei rapporti intersoggettivi. - 2. Disciplina ed ordinamento giuridico. La natura giuridica del potere disciplinare: rapporti con il diritto pubblico. Caratteristiche generali dei procedimenti disciplinari. - 3. Tipicità del procedimento disciplinare: introduzione al tema di studio. - 4. Procedimento disciplinare come procedimento amministrativo: la legge 7 agosto 1990, n. 241. Partecipazione al procedimento e visione degli atti. - 5. Taluni principi derivanti dalla natura giuridica del procedimento disciplinare e della natura pubblica degli ordini professionali: la regola della evidenza pubblica, il rapporto di lavoro con i dipendenti, la responsabilità dei componenti degli Ordini ed il controllo della Corte dei conti. - 6. Ulteriori considerazioni sul procedimento disciplinare: il principio della corrispondenza tra “chiesto” e “pronunciato”, il funzionamento degli organi collegiali, i termini. - 7. L'ordinamento costituzionale e la tutela giurisdizionale avverso i provvedimenti disciplinari: le sanzioni soggette al solo vaglio della Cassazione e quelle con piena tutela giurisdizionale.

1. Introduzione: la disciplina nei rapporti intersoggettivi ⁽¹⁾

Il termine «disciplina» (dal latino *discere* “imparare”) nell'originario etimo significa “insegnamento, ammaestramento” ed anche, in stretta rela-

1. In dottrina, sugli Ordini professionali e sulle leggi correlate, vedi in riferimento sia alla prima parte che la seconda del presente capitolo: GOLINO, *Gli ordini e i collegi professionali nel mercato*, Padova, 2011; SALOMONE, *Le libere professioni intellettuali*, Padova, 2010; MUSOLINO, *La responsabilità del professionista tecnico*, Rimini, 2007; PRANDSTRALLER, *Le libere professioni e la pubblicità*, Franco Angeli, 2003; PRETO, *Le libere professioni in Europa*, Egea, 2001; DELLA CANNANA, *L'ordinamento delle professioni*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale*, T.I., Milano, 2000, 803 ss.; CASSESE (a cura di), *Professioni e ordini professionali in Europa*, Milano, 1999; TERESI, voce *Professioni*, in vol. XII, *disc. pubb.*, *Digesto*, Torino, 1997; PERULLI, *Il lavoro autonomo*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1996; TERESI, *Voce ordini e collegi professionali*, vol. X, *disc. pubb.*, *Digesto*, Torino, 1995; MUSOLINO, *L'opera intellettuale*, Padova, 1995; PRANDSTRALLER (a cura di), *Le nuove professioni nel terziario*, Milano, 1994; MAVIGLIA, *Professioni e preparazione alle professioni*, Firenze, 1991; MELONCEL-

zione, definisce genericamente il ramo del sapere, la materia di studio nei confronti dei quali è rivolto l'apprendimento. Con esso, inoltre, si suole indicare il complesso di norme che regolano il comportamento di un individuo, di una collettività, di un ente (dove *la disciplina scolastica, morale, religiosa*). È interessante notare che ulteriori sensi del termine alludono ad un carattere impositivo ed afflittivo della «disciplina», dimodoché, da un lato, riflettendo le complesse relazioni sottintese, essa esprime la regola di obbedienza ad adempiere i doveri dello stato militare⁽²⁾; dall'altro, è il sostantivo del flagello penitenziale con il quale gli adepti di taluni ordini religiosi ascetici si percuotono.

Questa pluralità di significati pone in luce la densità dei principi che si riflettono nel termine «disciplina» nonché la concatenazione logica con la quale i molteplici sensi si collegano: essa pertanto indica, allo stesso tem-

LI, *Le professioni intellettuali nella costituzione italiana*, in Scritti per Mario Nigro, Vol. I°, Milano, 1991; LUBRANO, *Albo professionale*, in *Enc.dir.*, Roma; GESSA, *Ordini e Collegi professionali*, in *Enc. giur.*, XXII, 1990; ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, Scritti minori, Milano, 1990; GESSA e TACCHI, *Albi di esercenti professioni ed attività economiche*, in *Enc. giur.*, I, 1988; LANDI, *Disciplina (Diritto pubblico)*, in *Enc. Diritto*, Milano, XIII; TOUSJN (a cura di), *Le libere professioni in Italia*, Bologna, Il Mulino, 1987; IBBA, *La categoria «professionale intellettuale»*, in AA.VV., *Le professioni intellettuali*, Torino, 1987, 123 ss.; PISCIONE, voce *Professioni (disciplina delle)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVI, Milano, 1987, 1040 ss.; CATELANI, *Gli ordini ed i collegi professionali nel diritto pubblico*, Milano, 1976, 153 ss.; LEGA, *Le libere professioni intellettuali nella legge e nella giurisprudenza*, Milano, 1974; GIANNINI, *Albo (premessa generale e rinvii)*, in *Enc. Diritto*, Milano; GIANNINI, *Diritto amministrativo*, I, Milano, 1970; GIULIANO, *Ordini e albi professionali*, Roma, 1960; CAVALLO, *Lo status professionale, parte generale*, Milano, 1967; LEGA, voce *Ordinamenti professionali*, in *NNDI*, vol. XII, Torino, 1965, 9 ss.; PISCIONE, *Ordini e collegi professionali*, Milano, 1959; RASPONI, *Il potere disciplinare*, Padova, 1942, 193 ss.; ZANOBINI, *L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*, in *Trattato dir. amm. diretto da Orlando*, vol. II, parte III, Milano, 1935.

2. Una definizione normativa di tale obbligo è fornita dall'articolo 1346 del codice militare (d.lgs. 15 marzo 2010 n. 66 che ha recepito, abrogandolo, l'art. 2, del d.P.R. 18 luglio 1986, n. 545 c.d. regolamento di "disciplina militare"), ai sensi del quale: "1. La disciplina del militare è l'osservanza consapevole delle norme attinenti allo stato di militare in relazione ai compiti istituzionali delle Forze armate ed alle esigenze che ne derivano. Essa è regola fondamentale per i cittadini alle armi in costituisce il principale fattore di coesione e di efficienza. 2. Per il conseguimento e il mantenimento della disciplina sono determinate le posizioni reciproche del superiore e dell'inferiore, le loro funzioni, i loro compiti e le loro responsabilità. Da ciò discendono il principio di gerarchia e quindi il rapporto di subordinazione e il dovere di ubbidienza. 3. Il militare osserva con senso di responsabilità e consapevole partecipazione tutte le norme attinenti alla disciplina e ai rapporti gerarchici. Nella disciplina tutti sono uguali di fronte al dovere ed al pericolo". Nel corpo del d.lgs. n. 66 del 2010 cit. sono anche definiti taluni principi ispiratori della condotta militare strettamente collegati alla «disciplina»: quali quello del "senso di responsabilità", del "contegno militare", delle "norme di tratto", del "senso dell'ordine". Sul tema della disciplina militare vedi anche SIMONCELLI, *Personale*, Vol. IV del *Commentario all'ordinamento militare* a cura di DE NICTOLIS, POLI, TENORE, Roma, 2011; TENORE, FRISCIOTTI, SCAFFA, *Manuale sulla responsabilità e sul procedimento disciplinare nelle Forze Armate e di Polizia*, Roma, 2010.

po, educazione del sapere, paradigma di riferimento per il corretto agire, insieme di precetti, obbligo di conformazione, potere punitivo. La «disciplina» costituisce retaggio ancestrale della struttura sociale⁽³⁾, si affianca a molteplici sistemi del diritto per poi trovare una propria autonoma connotazione: specchio dei valori del tempo a cui si riferisce, pur se più sensibile di altre regole al mutevole giudizio sociale sui principi da cui essa trae fondamento⁽⁴⁾, la «disciplina» rappresenta ancora oggi elemento essenziale di coesione in una collettività.

La necessità di un costante aggiornamento dei valori dominanti nell'ambito dei rapporti intersoggettivi di determinati gruppi settoriali (uno dei quali è l'oggetto della nostra indagine), fa sì che accanto al coacervo dei principi che afferiscono alla «disciplina», vi sia un ulteriore fonte di regole: trattasi della «deontologia»⁽⁵⁾. Norme, queste, solitamente inserite in strumenti di normazione sottordinati a quelli che contengono le regole di «disciplina», che -proprio in ragione di procedimenti di formazione più agili ed immediati- consentono di calibrare tempestivamente i principi della «disciplina» mediante l'enunciazione di regole di condotta che si ispirano ad una analisi dinamica del settore di riferimento.

Non è un caso che la nascita di regole di «deontologia» avvenga nell'esercizio della professione medica: svolgimento di una professione che, in ragione del perenne evolversi della ricerca medico-scientifica, necessita di una

3. Basti pensare al rapporto padre-figlio o maestro-discepolo e l'istintivo collegamento che evocano queste figure con il potere *correzionale* di natura pedagogica. Ovviamente l'analisi psicologica e sociologica di questa realtà connaturata nei rapporti umani gode di un vastissimo studio e altrettante ricostruzioni storiche che portano a confronti di "scuole di pensiero", a volte coincidenti, altre contrastanti. Ricordiamo taluni scritti dove poter cogliere alcuni di questi sentimenti: CAMUS, *L'Homme Révolté*, Editions Gallimard, Parigi, 1951; SKINNER, *Science and Human Behavior*, The Macmillan Company, New York, 1953; RUSSELL, *The Conquest of Happiness*, George Allen & Unwin Ltd., Londra, 1967; FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Editions Gallimard, Parigi, 1975.

4. Spesso nella giurisprudenza edita sul reato di cui all'articolo 571 del codice penale ("Abuso dei mezzi di correzione o di disciplina") si coglie l'interpretazione di questi sentimenti: così la Cassazione penale ha recentemente osservato che "la stessa espressione correzione dei bambini, espressiva di concezioni pedagogiche culturalmente anacronistiche e storicamente superate, andrebbe in realtà ridefinita, con estromissione di ogni riferimento gerarchico autoritativo e con relazione ai contenuti di impegno solidale e responsabile che caratterizzano la posizione dell'educatore rispetto all'educando." (Cass., sez. VI, 18 marzo 1996 n. 4904, in *Foro it*, 1996, II, 407). Si vedano, anche, le pregevoli considerazioni in ordine alla "liceità dei mezzi di correzione" nella motivazione della sentenza n. 3789 emessa dallo stesso supremo giudice il 7 novembre 1997.

5. Dall'inglese *deontology*, risalente dal greco *déon, déontos* "il dovere". Speculare al significato di *ontologico* che è proprio dell'«essere», contrapposto al «dover essere».

costare verifica dell'equilibrio tra condotta professionale e principi sociali⁽⁶⁾.

La fissazione di norme interne, identificative di comportamenti contrari al decoro professionale, ancorché non integranti abusi o mancanze, configura legittimo esercizio dei poteri affidati agli ordini professionali, e comporta, in caso di inosservanza, la conseguente punibilità dell'associato con una sanzione disciplinare: è il potere di autoregolamentazione proprio delle istituzioni professionali i quali nell'esercizio delle loro prerogative emanano norme deontologiche vincolanti per gli iscritti⁽⁷⁾. I principi deontologici, pertanto, costituiscono regole di condotta volte a conformare il comportamento del professionista alle norme dell'etica professionale e la loro stesura è istituzionalmente rimessa all'autonomia del Consiglio Nazionale di rispettiva appartenenza⁽⁸⁾. A conclusione del presente paragrafo, rammentiamo che le leggi professionali risultano confortate dal decreto legislativo 2 febbraio 2006, n. 30 recante la "ricognizione dei principi generali in materia di professioni"⁽⁹⁾.

Notiamo, in particolare, l'articolo 2 («libertà professionale»), il quale, al primo comma, ribadisce che l'esercizio della professione, pur se espressione del principio della libertà di iniziativa economica costituzionalmente garantita, è disciplinato da norme imperative anche in relazione alla tutela dell'ordine pubblico e del buon costume; l'articolo 3 («tutela della concorrenza e

6. Nell'epigrafe del Codice di Deontologia Medica vigente in Italia (edito il 3 ottobre 1998) si legge un'interessante definizione: "Il codice di deontologia medica è un corpus di regole di autodisciplina predeterminate dalla professione, vincolanti per gli iscritti all'ordine che a quelle norme devono quindi adeguare la loro condotta professionale". Notiamo che già nel 1912 l'Ordine dei medici di Torino pubblicò un Codice Deontologico.

7. Principio enunciato dalle Sezioni unite della Cassazione in molteplici sentenze, tra le quali: 24 maggio 1975, n. 2104; 13 giugno 1989, n. 2844; 12 dicembre 1995, n. 12723 edite in *CED Cassazione*.

8. Ad esempio nel Notariato, ai sensi dell'articolo 2, lettera f), della legge 3 agosto 1949, n. 577 (come modificato dall'articolo 16, della legge 27 giugno 1991, n. 220) il codice deontologico è redatto dal Consiglio Nazionale del Notariato. In quanto atto proveniente da "autorità amministrativa", emanato nell'esercizio di un potere discrezionale amministrativo rispetto al quale la situazione soggettiva dei destinatari è di interesse legittimo, rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente per oggetto l'atto con il quale il Consiglio Nazionale del Notariato pone i principi di deontologia per gli associati: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 17 febbraio 1997, n. 122, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Tra i "codici deontologici" vedi, ad esempio, anche quello edito dal Consiglio Nazionale dei Geologi con delibera del 19 dicembre 2006, n. 143 emendata dalla deliberazione del 24 marzo 2010, n. 65. Sul tema vedi anche il Capitolo I, parte II (paragrafo 2) ed il Capitolo IV di questo volume.

9. Decreto legislativo emanato ai sensi dell'articolo 1 della legge 5 giugno 2003, n. 131, recante disposizione per l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3 (modifiche al titolo V della parte seconda della Costituzione). In particolare il d.lgs. in parola è stato emesso in attuazione dell'articolo 117, primo e terzo comma, della Costituzione nella sua nuova formulazione (Limiti dell'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle Regioni).

del mercato») il cui primo comma conferma che le professioni devono essere svolte in ossequio alla disciplina statale sulla tutela della concorrenza, delle tariffe e dei corrispettivi professionali, nonché della pubblicità professionale; ed, infine, l'articolo 5 («regolazione delle attività professionali»), in ragione del quale l'esercizio delle attività professionali si svolge nel rispetto dei principi di buona fede, dell'affidamento pubblico e della clientela, della tutela degli interessi pubblici, dell'autonomia e responsabilità del professionista.

Tali principi vanno oggi ricordati con le sopravvenute leggi 14 settembre 2011 n. 148 e 12 novembre 2011 n. 183 in tema di riforma delle professioni, del loro regime disciplinare e dello svolgimento in forma societaria della professione.

2. Disciplina ed ordinamento giuridico. La natura giuridica del potere disciplinare: rapporti con il diritto pubblico. Caratteristiche generali dei procedimenti disciplinari

L'analisi giuridica di un fenomeno con un così ampio spettro concettuale trova solide radici risalenti nel tempo: già nel 1898 Santi Romano ha edito uno scritto sulla natura dei poteri disciplinari⁽¹⁰⁾ nel quale sono state elaborate teorie che, ancora oggi, costituiscono fonte di ispirazione per gli studiosi del settore⁽¹¹⁾.

Innanzitutto, si è rilevata l'autonomia della «disciplina» dalla giurisdizione penale. Difatti, pur in presenza di alcuni caratteri comuni (quale la natura sanzionatoria del provvedimento punitivo), la norma disciplinare, configurando l'esercizio di un potere ampiamente discrezionale, consente all'organo giudicante di compiere una prognosi di opportunità della sanzione che non trova riscontro nella giurisdizione penale. D'altra parte, l'indipendenza dei poteri in esame è confermata dalla possibile coesistenza di due sanzioni (l'una penale, l'altra disciplinare) irrogate sulla scorta della contestazione del medesimo fatto, senza che ciò comporti la violazione della regola del *ne bis in idem*⁽¹²⁾.

Per altro verso, è stata negata la natura contrattuale del potere disciplinare. Invero, l'esercizio della «disciplina» non è mai atto paritetico, bensì

10. ROMANO, *I poteri disciplinari delle pubbliche amministrazioni*, originariamente tratto da *Giurisprudenza italiana*, Torino, 1898; ora in *Scritti minori*, Milano, 1990, II, 83 e seg. (riproduzione anastatica di *Scritti minori*, II, Milano, 1950).

11. In particolare LANDI, *Disciplina (Diritto pubblico)*, in *Enc.dir.*, Milano, XIII, 17 e seg.

12. ROMANO, op. cit., 95 e segg.

espressione di un potere autoritativo: ciò in quanto fine dell'azione disciplinare è sempre costituito dalla cura di un interesse pubblico predeterminato dalla legge⁽¹³⁾.

Il potere disciplinare, pertanto, è definito quale «diritto di supremazia speciale», in quanto esso è un potere che lo Stato esercita nei confronti di una determinata categoria di soggetti che si differenziano dalla collettività per una qualità distintiva: questione, questa, affrontata nel successiva seconda parte del presente Capitolo (primo paragrafo).

3. Tipicità del procedimento disciplinare: introduzione al tema di studio

Il pregio di queste analisi teoriche è quello di porre in risalto, da un lato, la natura pubblicistica dei poteri esercitati dalle istituzioni deputate alla verifica del rispetto delle regole disciplinari, dall'altro, di chiarire l'autonomia che tale coacervo di norme hanno dalle ulteriori regole di condotta vigenti per l'intera comunità: ciò in quanto il fine di un sistema disciplinare coincide perfettamente con quello proprio dell'istituzione da cui promana. A tal proposito è stato osservato che, se si volesse individuare un criterio teleologico per determinare il motivo per il quale talune azioni od omissioni poste in essere dai soggetti appartenenti ad una determinata istituzione possano in certi casi attingere la rilevanza penale, ed in altri, invece, costituire infrazioni di carattere esclusivamente disciplinare, si potrà rispondere che ove il legislatore ha ipotizzato un reato "ha ritenuto che il fatto ledesse l'intera comunità politica considerata nella sua unità, mentre negli altri casi la lesione investe solo interessi propri d'una istituzione subordinata"⁽¹⁴⁾.

Discende da quanto precede che l'attività disciplinare deve essere esercitata, in linea di principio, dagli organi della istituzione cui si riferisce e non può essere affidata ad organi di altre istituzioni, né al potere giurisdizionale⁽¹⁵⁾.

La Cassazione Civile ha chiarito il sistema ermeneutico sulla scorta del quale deve essere valutata la formulazione delle norme disciplinari contenute nelle c.d. leggi professionali per ritenerle coerenti ai principi garantistici del nostra Costituzione⁽¹⁶⁾: la legittimità delle regole in esame, difatti, non può es-

13. ROMANO, op. cit., 91 e segg., LANDI, op. cit., 19 e segg.

14. LANDI, op. cit.

15. LANDI, op. cit.

16. Cfr. Cass., sez. III, 24 luglio 1996, n. 6680, in *CED Cassazione*.

sere rigidamente valutata secondo il precetto stabilito dall'articolo 25, secondo comma, della Costituzione (in ragione del quale "nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso": c.d. principio di legalità) in quanto la norma Costituzionale in parola si riferisce alla sola materia penale, e non è di conseguenza estensibile a procedimenti, quale quello disciplinare, estranei alla giurisdizione penale ⁽¹⁷⁾.

Ciò, ovviamente, non comporta l'elusione del fondamentale precetto costituzionale. La sentenza succitata osserva che anche gli illeciti disciplinari debbano essere concretamente individuabili attraverso una previa specificazione della condotta punibile: trattasi di indicazione che -adoperando le parole della Corte Costituzionale⁽¹⁸⁾- "si attua non soltanto con la rigorosa e tassativa descrizione di una fattispecie ma, in alcune ipotesi, con l'uso di espressioni sufficienti per individuare con certezza il precetto e per giudicare se una determinata condotta l'abbia o meno violato".

In questa prospettiva la norma professionale risulta rispettosa del "principio di legalità", ogni qualvolta, da un lato, postuli gli interessi presidiati dalla istituzione, dall'altro, individui la condotta punibile in quella idonea a compromettere i principi tutelati. I profili della condotta sanzionabile, pur se non specificamente individuati, sono integrati dalle norme di etica professionale costituite dal complesso di regole di comportamento enucleabili dal comune sentire in un dato momento storico nonché dai precetti deontologici.

4. Procedimento disciplinare come procedimento amministrativo: la legge 7 agosto 1990, n. 241. Partecipazione al procedimento e visione degli atti

L'analisi sino ad ora svolta ci consente di affermare un primo principio: la prima fase di ogni procedimento disciplinare presso un ente pubblico,

17. Più in generale deve essere rammentato che viene esclusa la riferibilità degli articoli 25 e 27 della Costituzione alla attività sanzionatoria posta in essere dalla Pubblica Amministrazione la quale trova il suo fondamento nel combinato disposto degli articoli 23 e 97 della Costituzione. Ciò non di meno principi garantistici analoghi a quelli che caratterizzano il sistema penale ("tassatività", "tipicità" e "nominatività") sono previsti dalla legislazione ordinaria quale, ad esempio, la legge 24 novembre 1981, n. 689: cfr., sull'argomento, SANDULLI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Napoli, 1989, XV edizione, 178 e seg.

18. Cfr. Corte Costituzionale, 16 dicembre 1970, n. 191, in www.cortecostituzionale.it. La sentenza citata, in effetti, non si riferisce a fattispecie disciplinari: la decisione, difatti, esamina il rapporto tra principio di legalità di cui all'articolo 25, secondo comma, della Costituzione e reati previsti dagli articoli 527 e 528 del codice penale ("Pubblicazioni e spettacoli osceni" e "Atti e oggetti osceni: nozione").

quale è un Consiglio dell'ordine, ha di regola natura squisitamente amministrativa e non giurisdizionale. Del resto, la giurisprudenza ha chiarito che gli ordini ed i collegi professionali hanno natura di enti pubblici non economici che operano sotto la vigilanza dello Stato, con strumenti pubblicistici e per scopi di carattere generale⁽¹⁹⁾: ad essi, difatti, è demandato il compito di presidiare il "rilevante interesse pubblico"⁽²⁰⁾ finalizzato a garantire il corretto esercizio delle professioni a tutela dell'affidamento della collettività. Per tale ragione lo Stato appronta le regole per l'accesso alle professioni ed istituisce "enti pubblici ad appartenenza necessaria"⁽²¹⁾ cui affida il compito di curare il controllo degli albi mediante la verifica del possesso e della permanenza dei requisiti in capo a coloro che sono già iscritti o che aspirano ad iscriversi⁽²²⁾. In altri termini, dando corso alla procedura di propria competenza, i singoli Consigli territoriali degli Ordini professionali esercitano un'attività oggettivamente riconducibile all'esercizio di funzioni pubbliche, poiché il controllo della professione corrisponde all'interesse pubblico riconosciuto dallo Stato della verifica di un corretto uso, da parte del professionista, della proprie capacità intellettuali e delle conoscenze specialistiche acquisite a favore della pluralità indistinta dei cittadini.

Si deve, quindi, concludere che la procedura instaurata da un Consiglio professionale è definibile in termini di procedimento e che il soggetto, al quale spetta di accertare la fondatezza dell'accusa disciplinare, esercita oggettivamente poteri propri di un'autorità amministrativa. Occorre, pertanto, fare una precisazione di carattere interpretativo, giacché l'intervento del legislatore spesso rende frammentaria e non sempre esaustiva la disciplina normativa delle libere professioni: con la conseguenza, sul piano storico-sistematico, che tali norme -risalenti, spesso, all'inizio del secolo scorso- debbono essere lette (e, ove necessario, interpolate) alla luce dei

19. Affermazione, questa, sorretta dai criteri interpretativi - elaborati dalla più accreditata dottrina e giurisprudenza - del fine pubblico e dell'esercizio del potere pubblico: cfr., tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 1999, n. 1156, in www.giustizia-amministrativa.it e CARINGELLA, *Il Diritto Amministrativo*, Tomo I, *Fonti, Soggetti, Organizzazione, Attività*, III edizione, 2003.

20. Cfr., in termini, C.cost., 3 novembre 2005, n. 405, in *Giur. Cost.* 2005, 6, 4411: con tale pronuncia la Consulta ha dichiarato la illegittimità costituzionale - in relazione all'articolo 117, secondo comma, lettera g), della Costituzione - di taluni articoli della legge 28 settembre 2004, n. 50 con la quale la Regione Toscana aveva inciso sull'ordinamento e sull'organizzazione degli ordini professionali.

21. Cfr. già cit. C.cost., 3 novembre 2005, n. 405, in *Giur. Cost.* 2005, 6, 4411.

22. Pertanto i consigli professionali sono soggetti alla applicazione della legge 7 agosto 1990, n. 241, che reca i principi generali del procedimento amministrativo: cfr., sul punto, TAR Veneto, sez. I, 22 maggio 1992, n. 3259 in www.giustizia-amministrativa.it.

principi contenuti nella legge 7 agosto 1990, n. 241⁽²³⁾ la quale, come è noto, reca disposizioni generali in materia di procedimento amministrativo e diritto d'accesso ai documenti amministrativi⁽²⁴⁾. Un esemplare commento all'impatto della legge n. 241 del 1990 sul nostro ordinamento è rinvenibile in una nota sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nella quale si legge che le norme sul c.d. giusto procedimento introducono nell'attività amministrativa del Paese un elemento di riqualificazione di grande rilievo civile costituito dall'innesto nel procedimento amministrativo della cultura della dialettica processuale. Con la conseguenza che alla prassi della definizione unilaterale del pubblico interesse, oggetto, nei confronti dei destinatari dei provvedimenti, di un riserbo *ad excludendum* già ostilmente preordinato a rendere impossibile o sommariamente difficile la tutela giurisdizionale, subentra così il sistema di *democraticità* delle decisioni e della *accessibilità* dei documenti amministrativi, in cui l'adeguatezza dell'istruttoria si valuta anzitutto nella misura in cui i destinatari sono stati messi in condizione di contraddire⁽²⁵⁾. Ricordiamo, altresì, che con puntua-

23. La legge in esame, uno dei maggiori esempi di capacità dialettica ed intellettuale del legislatore nell'interpretare lo spirito dei precetti costituzionali vigenti in materia e dei decenni di indicazioni giurisprudenziali, è ovviamente oggetto di numerosi ed autorevoli studi nonché da una casistica giurisprudenziale vastissima. Ci limiteremo, pertanto, solo ad elencare talune di tali fonti: TENORE, *Procedimento amministrativo e trattamento dei dati personali*, in DE NICTOLIS, POLI, TENORE (a cura di), *Commentario al codice dell'ordinamento militare*, vol. VII, Roma, 2010; DE LISE, GAROFOLI, *Codice dell'azione amministrativa e delle responsabilità*, Roma, 2010; VIPIANA, *Il procedimento amministrativo, nella legge n. 241 riformata dalla l. n. 69 del 2009*, Padova, 2010; NAVARO, *Brevi cenni sulla riforma del procedimento amministrativo*, in N.rass., 2009, f.17, 1857 ss.; FIGORILLI, FANTINI, *Le modifiche alla disciplina generale sul procedimento amministrativo*, in *Urb.appalti*, 2009, f.8, 916 ss.; AA.VV. *Il regolamento sull'accesso ai documenti*, 2006 Milano; TENORE, *L'incidenza della nuova legge n. 241 del 1990 sulle pubbliche amministrazioni (e su quella militare in particolare)*, Padova, 2006; DE ROBERTO, *La legge generale sull'azione amministrativa*, Torino, 2005; AA.VV. (a cura di CARINGELLA, DE CAROLIS, DE MARZO), *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005; CARINGELLA, SEMPREVIVA, *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2005; CARANTA, FERRARIS, RODRIGUEZ, *La partecipazione al procedimento amministrativo*, Milano, 2005; AA.VV. (a cura di ITALIA e M.A.SANDULLI), *L'azione amministrativa*, commento alla l. 7 agosto 1990 n. 241 modificata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal d.l. 14 marzo 2005 n. 35, Milano, 2005; TOMEI (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Commento alla legge n. 241 del 1990 aggiornata alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005, Padova, 2005; ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*, PROIETTI *La partecipazione al procedimento amministrativo*, 2005 Milano; LIPARI *L'amministrazione pubblica tra trasparenza e riservatezza* in Studi e Contributi del sito *Giustizia-Amministrativa.it*; AA.VV. *Il regolamento sull'accesso ai documenti*, 2006 Milano.

24. Oltre alle altre fonti citate in presente scritto trae profondo spunto da "Consigli Distrettuali notarili e funzione disciplinare alla luce del d.lvo n. 249/2006: profili procedurali e diritto di accesso ai documenti amministrativi" AA.VV. edito dal Consiglio Nazionale del Notariato nel 2009.

25. Citata testualmente Cons. Stato, ad. plen., 7 giugno 1999, n. 14, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

le esemplificazione del precetto contenuto nell'articolo 97 della Costituzione, la legge n. 241 del 1990 rileva che *"l'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario"*.

Ricondotta in questi termini, la nostra indagine può limitarsi ad individuare alcuni dei profili di maggiore interesse della 7 agosto 1990, n. 241 che impattano sul procedimento disciplinare. A tal fine seguiremo l'ordine della numerazione degli articoli della legge.

- a) Ogni procedimento amministrativo, ivi compresi quelli disciplinari, è soggetto al rispetto dell'articolo 2, primo comma, a mente del quale *"ove consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso"* ⁽²⁶⁾: pertanto, l'Ordine di categoria, le commissioni disciplinari o qualunque altro organo deputato alla decisione amministrativa di un procedimento disciplinare, devono concludere il suddetto procedimento con un atto espresso ⁽²⁷⁾ che definisca il procedimento con una archiviazione ovvero con una sanzione disciplinare.
- b) Vi è, poi, la regola dei termini del procedimento, inserita nei commi due e sette, del citato articolo 2 che stabilisce *"i procedimenti amministrativi di competenza delle amministrazioni statali e degli enti pubblici nazionali devono concludersi entro il termine di trenta giorni"*, inoltre *"i termini possono essere sospesi, per una sola volta e per un periodo non superiore a trenta giorni, per l'acquisizione di informazioni o di certificazioni relative a fatti, stati o qualità non attestati in documenti già in possesso dell'amministrazione stessa o non direttamente acquisibili presso altre pubbliche amministrazioni"*. Tale previsione comporta una serie di difficoltà applicative ed interpretative in quanto, se da un lato, pone una scadenza temporale suscettibile di essere valutata ai fini del vaglio della legittimità del provvedimento emesso alla fine del procedimento (sollecitando, così, gli enti a cui è at-

26. Cfr. TAR Campania, Napoli, sez V, 8 novembre 2010, n. 2356, a mente della quale *"l'art. 2 l. n. 241 del 1990 ha fissato un principio generale secondo cui, ove il procedimento consegue obbligatoriamente ad un'istanza del privato ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la p.a. ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso"*: tale provvedimento deve dare *"puntuale contezza delle relative ragioni in ossequio ai principi di affidamento, legittima aspettativa, trasparenza, partecipazione, correttezza e buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost."*: cfr. TAR Lazio, sez. III, 5 luglio 2010, n. 22472 in www.giustizia-amministrativa.it.

27. Il quale deve avere la forma scritta è utilizzare la lingua italiana.

tribuita la cura di un interesse pubblico ad una tempestiva definizione della “pratica”), dall’altro -in ragione della natura ordinatoria di tali termini- lasciano un complesso ambito di *discrezionalità*. In riferimento ai procedimenti disciplinari riteniamo che -ove non presente- ogni Ordine professionale dovrebbe adottare uno specifico regolamento contenente tutti i termini delle singole fasi *endoprocedimentali* (ispettiva, istruttoria, disciplinare) così da rendere conformi con la realtà fattuale di ogni singolo ordinamento le previsioni della legge n. 241 del 1990: in mancanza di tali regolamenti i termini di riferimenti saranno, ovviamente, quelli generali (30 gg. *ex art. 2, l. n. 241 cit.*)⁽²⁸⁾.

- c) Ulteriore precetto è quello contenuta nell’articolo 3, secondo cui “ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l’organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell’amministrazione, in relazione alle risultanze dell’istruttoria”: trattasi, questi, di principi fondamentali per la formazione degli atti amministrativi. Ciò in quanto ogni affermazione contenuta in un provvedimento proveniente da una pubblica amministrazione deve essere sorretta dalla allegazione di obiettivi elementi di riscontro -logici e affini alla istruttoria eseguita- al fine di reggere il sindacato giurisdizionale della decisione assunta⁽²⁹⁾.

28. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 14 gennaio 2009, n. 140, a mente della quale “costituisce principio generale del diritto, di cui le previsioni dell’art. 2, l. n. 241 del 1990, risultano essere una conferma a livello di normazione primaria, quello secondo cui i termini del procedimento amministrativo devono essere considerati ordinatori, qualora non siano dichiarati espressamente perentori dalla legge. È pur vero che l’intenzione del legislatore non si ricava sempre e necessariamente dall’esplicita disposizione in tal senso, potendo la natura perentoria essere desunta anche implicitamente dalla «ratio legis» e dalle specifiche esigenze di rilievo pubblico che lo svolgimento di un adempimento in un arco di tempo prefissato è indirizzato a soddisfare, ma tale non è, in generale, il caso del termine fissato per l’adozione del provvedimento finale ai sensi dell’art. 2 summenzionato”; Cass., sez. III, 15 gennaio 2002, n. 369 “nel procedimento disciplinare davanti al consiglio dell’ordine locale dei chimici, il superamento del termine di cui all’art. 2 l. 7 agosto 1990 n. 241 sul procedimento amministrativo non comporta l’illegittimità del provvedimento adottato, atteso che l’art. 2 cit. pone un termine acceleratorio per la definizione dei procedimenti amministrativi, ma non contiene alcuna prescrizione in ordine alla perentorietà del termine stesso, né alla decadenza della potestà amministrativa o alla illegittimità del provvedimento tardivo”. Vedi anche Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2004, n. 4455; Cass., sez. III, 7 novembre 2002, n. 15642 edite rispettivamente in www.giustizia-amministrativa.it e nel CED Cassazione.

29. Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 9 novembre 2005, n. 6262 “In materia di procedimento disciplinare, l’amministrazione ha il dovere di valutare, previo compiuto accertamento dei fatti, la gravità dell’infrazione commessa dal dipendente al fine di individuare, secondo criteri di proporzionalità e gravità, la giusta sanzione, all’uopo indicandone le ragioni con congrua motivazione; in particolare, qualora sia stata comminata la più grave delle sanzioni previste dal vigente ordinamento (destituzione), il provvedimento che la infligge deve essere assistito da una motivazione particolarmente rigorosa, puntuale e completa, pena l’illegittimità dello stesso per violazione dell’art. 3 comma 1 l. n. 241 del 1990”; tra le altre cfr:

Rammentiamo che la legge n. 241 del 1990 disciplina anche la c.d. motivazione *ob relationem*, statuendo che “*se le ragioni della decisione risultano da altro atto dell’amministrazione richiamato dalla decisione stessa, insieme alla comunicazione di quest’ultima deve essere indicato e reso disponibile, anche l’atto cui essa si richiama*”: tale regola -astrattamente applicabile anche ad un provvedimento sanzionatorio- per il suo corretto esercizio postula una sapiente capacità di utilizzo delle tecniche di redazione degli atti amministrativi e conoscenza delle principali *patologie* del provvedimento analizzate dalla giurisprudenza.

- d) Pietra angolare dell’agire amministrativo è costituita, poi, dalle regole contenute dall’articolo 4 all’articolo 6 della legge in esame (il responsabile del procedimento ed i suoi compiti).

Rammentiamo che il potere di iniziativa d’ufficio nel porre in essere una sommaria attività ricognitiva volta all’acquisizione di notizie a carico di un iscritto, in carenza di una specifica regolamentazione in ordine alle modalità di svolgimento di tale attività istruttoria, è governata dai canoni procedurali indicati nell’articolo 6, lettere a) e b) della legge⁽³⁰⁾, il quale attribuisce al responsabile del procedimento il compito:

- in primo luogo, di verificare le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti rilevanti ai fini della assunzione del provvedimento (lettera a);
- in secondo luogo, di accertare d’ufficio i fatti mediante una sollecita attività istruttoria nell’alveo della quale egli può chiedere il “*rilascio di dichiarazioni*”, esperire “*accertamenti tecnici ed ispezioni*”, ordinare “*esibi-*

Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1241; id., sez. V, 20 maggio 2010, n. 3190; id., sez. VI, 12 ottobre 2010, n. 7429; id., sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

30. Segnaliamo: Cons. Stato, sez. VI, 20 maggio 2009, n. 3097 “*in mancanza di specifiche disposizioni legislative circa lo svolgimento dell’istruttoria amministrativa, la regola introdotta dall’art. 6 l. 7 agosto 1990 n. 241, affida al responsabile del procedimento il compito di accertare i fatti “disponendo il compimento degli atti all’uopo necessari”; pertanto la legge affida all’apprezzamento del responsabile del procedimento il compito di individuare i mezzi istruttori più idonei per l’accertamento dei fatti da porre a fondamento del provvedimento conclusivo. La scelta dei mezzi può ritenersi viziata sotto il profilo della legittimità solo allorché appaia incongrua rispetto al fine voluto dal legislatore ovvero porti a risultati aberranti o a travisamento dei fatti*”; Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2004, n. 695 (in *www.giustizia-amministrativa.it*) “*esiste il principio di leale cooperazione tra amministrazione e cittadini, che è stato ridotto al rango di norma particolare dalla legge n. 241 del 1990, la quale, all’art.6, prevede che il responsabile del procedimento valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti rilevanti per l’emanazione del provvedimento. Questa attività valutativa, per così dire finale, non può che essere effettuata dal responsabile del procedimento, il quale ha l’onere di verificare non solo gli eventuali errori propri dello strumento utilizzato, ma anche la sussistenza dei “presupposti rilevanti per l’emanazione del provvedimento”*”.

zioni documentali" (lettera b). Compiti, questi, rimessi alla discrezione dell'Ente che svolge l'istruttoria disciplinare -spesso tale fase è *monocratica*- il quale potrà utilizzare, tra quelli indicati, ogni strumento di informazione venga ritenuto utile per il sommario accertamento dei fatti. Conclusa questa azione conoscitiva, l'esito della istruttoria compiuta deve essere riferita al Consiglio dell'ordine: è, difatti, nella fase *collegiale* che il procedimento trova la sua conclusione mediante l'esternazione dell'attività valutativa da parte del Ente, il quale potrà alternativamente decidere se archiviare il procedimento per insussistenza dei requisiti di una apparente fondatezza della rilevanza disciplinare dei fatti, ovvero deliberare l'apertura del procedimento sanzionatorio mediante la formulazione degli addebiti sul quale esso si fonda, nei modi e nei termini indicati dalla legge di riferimento.

- e) Ulteriore regola assai nota della legge è quella della *comunicazione di avvio del procedimento* contenuta nell'articolo 7 la quale testualmente dispone che *"ove non sussistano ragioni di impedimento derivanti da particolari esigenze di celerità del procedimento, l'avvio del procedimento stesso è comunicato, ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti ed a quelli che per legge debbono intervenire"*: tale norma ha avuto una difficile *assimilazione* nella prassi amministrativa e per molti anni il suo mancato rispetto ha costituito la base per il contenzioso avverso gli atti della p.a. Ma evidenziamo che -con specifico riferimento al procedimento disciplinare- essa trova una applicazione che deve tener conto che tale obbligo è rispettato ogni qualvolta che siano stati adottati atti equipollenti⁽³¹⁾: cioè di atti, che anche se privi

31. Cfr. TAR Lazio, sez. III, 15 marzo 2011, n. 2352 *"in relazione all'obbligo di comunicazione di avvio del procedimento amministrativo, previsto dal richiamato art. 7 della legge n. 241/90, deve ritenersi che la comunicazione sia necessaria solo quando, in relazione alle ragioni che giustificano l'adozione del provvedimento o ad altro profilo, la stessa sia idonea ad apportare una qualche utilità all'azione amministrativa affinché questa, sul piano del merito e della legittimità, riceva arricchimento dalla partecipazione del destinatario del provvedimento; in mancanza di siffatta utilità, pertanto, l'obbligo della comunicazione viene meno (cfr. Cons. Stato, V, 19.3.1996, n. 283). E infatti, osserva il Collegio che, ove si verta in ipotesi di instaurazione di un procedimento disciplinare, al dipendente interessato deve essere data comunicazione dell'avvio del procedimento per consentire allo stesso, non solo di conoscere i relativi atti, ma altresì di svolgere adeguatamente le proprie difese (Cons. Stato, IV, 3/2/2006, n. 456); Cass. Civ., sez. III, 23 gennaio 2002, n. 743 "in tema di procedimento disciplinare a carico di professionisti, la contestazione dell'addebito costituisce idonea comunicazione di avvio del procedimento, ai sensi dell'art. 7 l. 7 agosto 1990 n. 241, non essendo ipotizzabile una comunicazione antecedente, anteriore o contestuale all'inizio dell'attività ispettiva, diretta o delegata, svolta dall'ordine professionale, perché ciò vanificherebbe la facoltà, spettante "ex lege" agli ordini professionali, di vigilare sul rispetto, nel comportamento dei propri iscritti, dei doveri inerenti alla professione"*; tra le altre, Cfr. Cass. Civ., sez. II, 4 gennaio 2002, n. 68; Cass. Civ., sez. III, 26 maggio 2011, n. 11608 edite nel CED Cassazione e in www.giustizia-amministrativa.it.

della *nomenclatura* “atto di avviso di avvio del procedimento” rendano edotti gli interessati dell’attività istruttoria in corso sul proprio conto si da consentire l’interlocuzione procedimentale (cfr. *infra*).

Che, al di là di ogni rigido formalismo, sia questo lo scopo della norma in esame è, peraltro, confermato dallo stesso legislatore che con intervento innovativo ha sancito il principio in base al quale un provvedimento amministrativo non è annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato⁽³²⁾.

- f) L’articolo 10 della legge n. 241 del 1990 (diritti dei partecipanti al procedimento) ha introdotto a garanzia del c.d. giusto procedimento delle prerogative dei “*soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti*”: pertanto, per mezzo della interlocuzione procedimentale si realizza una reale trasparenza e democratizzazione dell’azione amministrativa, in quanto l’intervento del privato (il quale può “*presentare memorie scritte e documenti, che l’amministrazione ha l’obbligo di valutare ove siano pertinenti all’oggetto del procedimento*”), fin dalle fasi iniziali del procedimento, consente la realizzazione di una istruttoria partecipata. L’amministrazione deve rendere edotti i soggetti interessati della propria volontà di intraprendere un’attività istruttoria al termine della quale, sulla base delle risultanze acquisite, deciderà se adottare o meno un provvedimento avente un determinato contenuto.

Tale articolo prevede, inoltre, che i soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti hanno il diritto di prendere *visione* degli atti del procedimento (lettera a). Per mezzo del sistema dell’*audi alteram partem*, pertanto, si concretizza un modello di collaborazione tra p.a. e privato, che si esercita durante la fase istruttoria, ed ha come fine quello di comporre e soddisfare gli interessi in gioco sui quali è destinato ad incidere il provvedimento finale.

32. Articoli 21-*octies*, co. 2, ultimo cpv. della legge n. 241 del 1990, inserito dall’articolo 14, comma 1, della legge 11 febbraio 2005, n. 15. Tale articolo, intitolato “*annullabilità del provvedimento*” recita: “1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza. 2. Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.”

g) Affrontiamo, infine, la tematica del diritto di accesso alla documentazione amministrativa introdotto dagli art. 22 seg. della legge n. 241 del 1990. Osserviamo che l'accesso agli atti deve essere inteso non come mero mezzo di conoscenza delle risultanze documentali di un determinato procedimento, bensì come uno degli strumenti mediante i quali si realizza la partecipazione del privato alla attività amministrativa: giacché, con l'avvento della legge n. 241 del 1990, si è passati da un regime di *segretezza* della attività istruttoria della p.a. a quello della *trasparenza* del procedimento amministrativo. E' interessante notare, peraltro, come il sistema della interlocuzione procedimentale ed il diritto di accesso agli atti del fascicolo d'ufficio sono stati codificati, anche prima della legge n. 241 del 1990, proprio nel diritto punitivo, al fine di garantire il bilanciamento tra l'esercizio del potere sanzionatorio disciplinare e le prerogative difensive dell'incolpato⁽³³⁾. Ricordiamo che dal *genus* diritto di accesso, introdotto nel nostro ordinamento dalla legge sul procedimento, derivano due *species*: il diritto di accesso *partecipativo*, previsto dall'articolo 10, ed il diritto di accesso *conoscitivo*, regolato dall'articolo 22. Questi strumenti di accesso alla documentazione, ad eccezione della fase del procedimento in cui si inseriscono (l'uno durante lo svolgimento dell'istruttoria, l'altro solo al termine della stessa) e degli obblighi che dal loro utilizzo conseguono alla p.a. (consentire la sola visione ovvero consegnare all'interessato anche copia dei documenti esaminati), sono sorretti dagli stessi principi in ordine alla titolarità del diritto, alle modalità di esercizio dell'accesso ed alla tutela giurisdizionale avverso le determinazioni amministrative concernenti istanze totalmente o parzialmente respinte. Indichiamo di seguito le principale regole della legge in esame:

- l'articolo 22, primo comma, della legge n. 241 del 1990 ci offre un'analitica definizione dei termini lessicali e dei principi che regolano la disciplina del diritto d'accesso⁽³⁴⁾ nonché l'esatta identificazione dei

33. Nel Titolo VII, Capo III, del d.P.R. n. 3 del 10 gennaio 1957 (Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato) vi erano una serie di norme che garantivano la partecipazione dell'incolpato al procedimento disciplinare quali, ad esempio: l'avviso dell'avvio del procedimento mediante la contestazione degli addebiti (art. 104); il diritto di presentare giustificazioni, memorie, e svolgere oralmente le proprie difese (art. 105, 111 e 112); la facoltà di prendere visione degli atti ed estrarne copia (art. 111). Norme queste, non più vigenti, i cui principi sono ora recepiti nei Contratti collettivi del comparto del pubblico impiego.

34. Dal quale ricaviamo che il diritto di accesso è il diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi (comma 1, lettera a), e che documento amministrativo è ogni rappresentazione grafica, fotocinematografica, elettromagnetica, o di

soggetti legittimati a presentare una istanza di accesso⁽³⁵⁾; il successivo terzo comma dell'articolo in esame ci fornisce una regola generale del diritto di accesso: tutti i documenti amministrativi sono accessibili con la sola eccezione di quelli esplicitamente esclusi dalla legge;

- l'articolo 24, oltre a darsi carico di individuare le categorie di atti sottratti al diritto di accesso⁽³⁶⁾, delinea i confini all'interno del quale esso

qualunque altra specie del contenuto di atti, detenuti da una pubblica amministrazione e concernenti attività di pubblico interesse, indipendentemente dalla natura pubblicistica o privatistica della loro disciplina sostanziale (comma 1, lettera d).

35. Anche in questo caso la puntuale formulazione della legge n. 241 del 1990 agevola il nostro lavoro. Sono, difatti, definiti interessati i soggetti privati, compresi quelli portatori di interessi pubblici o diffusi, che abbiano un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso (articolo 22, primo comma, lettera b); sono controinteressati tutti i soggetti individuati o facilmente individuabili in base alla natura del documento richiesto, che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza (articolo 22, primo comma, lettera c). Cfr. Cons. Stato, V, 3 aprile 2000 n.1916, in *Foro Amm.*, 2000, 1274. Tale decisione si dà carico di evidenziare l'esistenza di numerose ed autorevoli pronunce sulla prevalenza del diritto di accesso sull'esigenza di riservatezza del terzo ogniqualevolta l'accesso venga in rilievo per la cura o la difesa di interessi giuridici del richiedente tra le quali: Cons. Stato, ad. plen. 4 febbraio 1997, n. 5, in *Foro Amm.*, 1997, 423; *id.*, sez. V, 22 giugno 1998, n. 923, in *Foro Amm.*, 1998, 1753. Rammentiamo che è stata esclusa la configurabilità di tale legittimazione in capo alle associazioni portatrici di interessi diffusi. Ciò in quanto sia ai fini partecipativi che a quelli dell'esercizio del diritto di accesso confronto ad un procedimento disciplinare non è ritenuto sufficiente l'interesse generico alla trasparenza ed al buon andamento dell'azione amministrativa: Cfr. TAR Lazio, sez. III, 13 giugno 2000, n. 4878. Con questa sentenza è stato respinto il ricorso presentato dal CODACONS e dalla Associazione per i diritti del malato con il quale l'Ordine dei Farmacisti della Provincia di Roma aveva corrisposto negativamente all'atto di messa in mora notificato dalle due associazioni inteso a richiedere di procedere in sede disciplinare nei confronti di farmacisti sottoposti ad indagini del NAS dei Carabinieri e per l'accertamento di irregolarità anche di natura fiscale denunciate in una interrogazione parlamentare. A tale decisione il Tribunale capitolino è giunto sulla scorta dell'osservazione che *"le associazioni ricorrenti non possano subire pregiudizio alcuno da procedimenti disciplinari a carico di farmacisti, unici destinatari degli eventuali provvedimenti sanzionatori finali"*, in www.giustizia-amministrativa.it.

36. Articolo 24: *"1. Il diritto di accesso è escluso: a) per i documenti coperti da segreto di Stato ai sensi della legge 24 ottobre 1977, n. 801, e successive modificazioni, e nei casi di segreto o di divieto di divulgazione espressamente previsti dalla legge, dal regolamento governativo di cui al comma 6 e dalle pubbliche amministrazioni ai sensi del comma 2 del presente articolo; b) nei procedimenti tributari, per i quali restano ferme le particolari norme che li regolano; c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, per i quali restano ferme le particolari norme che ne regolano la formazione; d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi. 2. Le singole pubbliche amministrazioni individuano le categorie di documenti da esse formati o comunque rientranti nella loro disponibilità sottratti all'accesso ai sensi del comma 1. 3. Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni. 4. L'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento. 5. I documenti contenenti informazioni connesse agli interessi di cui al comma 1 sono considerati segreti solo nell'ambito e nei limiti di tale connessione. A*

può essere esercitato. Da un lato, difatti, dispone che non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato della pubblica amministrazione (comma 3), dall'altro, garantisce sempre l'accesso ai documenti la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici (comma 7);

- l'articolo 25 disciplina, oltre che le concrete modalità di esercizio del diritto di accesso, il sistema di tutela giusridizionale in tale materia⁽³⁷⁾

tale fine le pubbliche amministrazioni fissano, per ogni categoria di documenti, anche l'eventuale periodo di tempo per il quale essi sono sottratti all'accesso. 6. Con regolamento, adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 2, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo può prevedere casi di sottrazione all'accesso di documenti amministrativi: a) quando, al di fuori delle ipotesi disciplinate dall'articolo 12 della legge 24 ottobre 1977, n. 801, dalla loro divulgazione possa derivare una lesione, specifica e individuata, alla sicurezza e alla difesa nazionale, all'esercizio della sovranità nazionale e alla continuità e alla correttezza delle relazioni internazionali, con particolare riferimento alle ipotesi previste dai trattati e dalle relative leggi di attuazione; b) quando l'accesso possa arrecare pregiudizio ai processi di formazione, di determinazione e di attuazione della politica monetaria e valutaria; c) quando i documenti riguardino le strutture, i mezzi, le dotazioni, il personale e le azioni strettamente strumentali alla tutela dell'ordine pubblico, alla prevenzione e alla repressione della criminalità con particolare riferimento alle tecniche investigative, alla identità delle fonti di informazione e alla sicurezza dei beni e delle persone coinvolte, all'attività di polizia giudiziaria e di conduzione delle indagini; d) quando i documenti riguardino la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale e commerciale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'amministrazione dagli stessi soggetti cui si riferiscono; e) quando i documenti riguardino l'attività in corso di contrattazione collettiva nazionale di lavoro e gli atti interni connessi all'espletamento del relativo mandato. 7. Deve comunque essere garantito ai richiedenti l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici. Nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari, l'accesso è consentito nei limiti in cui sia strettamente indispensabile e nei termini previsti dall'articolo 60 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, in caso di dati idonei a rivelare lo stato di salute e la vita sessuale".

37. *"Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta. In caso di diniego dell'accesso, espresso o tacito, o di differimento dello stesso ai sensi dell'articolo 24, comma 4, il richiedente può presentare ricorso al tribunale amministrativo regionale ai sensi del comma 5, ovvero chiedere, nello stesso termine e nei confronti degli atti delle amministrazioni comunali, provinciali e regionali, al difensore civico competente per ambito territoriale, ove costituito, che sia riesaminata la suddetta determinazione. Qualora tale organo non sia stato istituito, la competenza è attribuita al difensore civico competente per l'ambito territoriale immediatamente superiore. Nei confronti degli atti delle amministrazioni centrali e periferiche dello Stato tale richiesta è inoltrata presso la Commissione per l'accesso di cui all'articolo 27 nonché presso l'amministrazione resistente. Il difensore civico o la Commissione per l'accesso si pronunciano entro trenta giorni dalla presentazione dell'istanza. Scaduto infruttuosamente tale termine, il ricorso si intende respinto. Se il difensore civico o la Commissione per l'accesso ritengono illegittimo il diniego o il differimento, ne informano il richiedente e lo comunicano all'autorità disponente. Se questa non emana il provvedimento confermativo motivato entro trenta giorni dal ricevimento della comunicazione del difensore civico o della Commissione, l'accesso è consentito. Qualora il richiedente l'accesso si sia rivolto al difensore civico o alla Commissione, il termine di cui al comma 5 decorre dalla data di ricevimento, da parte del richiedente, dell'esito della sua istanza al difensore civico o alla Commissione stessa. Se l'accesso è negato o differito per motivi inerenti ai dati personali che si rife-*

Anche il regolamento di disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi di cui al d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184 reca talune precisazioni ai principi ed ai termini summenzionati. Innanzitutto è disciplinato il c.d. *accesso informale*⁽³⁸⁾. Esso è esercitabile mediante semplice richiesta, anche verbale, all'ufficio dell'amministrazione competente a formare l'atto conclusivo del procedimento o a detenerlo stabilmente qualora in base alla natura del documento richiesto non risulti l'esistenza di controinteressati. Il procedimento di *accesso formale*⁽³⁹⁾ è necessario quando non sia possibile l'accoglimento immediato della istanza presentata in via informale, ovvero sorgano dubbi sulla legittimazione del richiedente, sulla sua identità, sui suoi poteri rappresentativi, sulla sussistenza dell'interesse alla stregua delle informazioni e delle documentazioni fornite, sull'accessibilità del documento o sull'esistenza di controinteressati.

Gli elementi richiesti per la domanda sono i medesimi previsti per l'accesso informale: pertanto, devono essere indicati gli estremi del documento oggetto della richiesta, deve essere palesato l'interesse qualificato che sorregge l'accesso e deve essere fornita prova della identità del richiedente. Il procedimento di accesso deve concludersi entro trenta giorni decorrenti dalla presentazione o, comunque, dalla ricezione della richiesta all'ufficio competente. Nel caso in cui la richiesta sia irregolare o incompleta, l'amministrazione, entro dieci giorni, ne dà comunicazione al richiedente con raccomandata con avviso di ricevimento ovvero con altro mezzo idoneo a comprovarne la ricezione. In tale caso, il termine del procedimento ricomincia a decorrere dalla presentazione della richiesta corretta. Il regolamento sull'accesso fornisce anche indicazioni sugli atti di accoglimento o rigetto delle istanze di accesso, e talune regole in merito al c.d. *differimento dell'accesso*. In primo luogo, è disposto che il provvedimento con il quale

riscono a soggetti terzi, la Commissione provvede, sentito il Garante per la protezione dei dati personali, il quale si pronuncia entro il termine di dieci giorni dalla richiesta, decorso inutilmente il quale il parere si intende reso. Qualora un procedimento di cui alla sezione III del capo I del titolo I della parte III del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, o di cui agli articoli 154, 157, 158, 159 e 160 del medesimo decreto legislativo n. 196 del 2003, relativo al trattamento pubblico di dati personali da parte di una pubblica amministrazione, interessi l'accesso ai documenti amministrativi, il Garante per la protezione dei dati personali chiede il parere, obbligatorio e non vincolante, della Commissione per l'accesso ai documenti amministrativi. La richiesta di parere sospende il termine per la pronuncia del Garante sino all'acquisizione del parere, e comunque per non oltre quindici giorni. Decorso inutilmente detto termine, il Garante adotta la propria decisione. Le controversie relative all'accesso ai documenti amministrativi sono disciplinate dal codice del processo amministrativo".

38. Cfr. d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, articolo 5.

39. Cfr. d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, articolo 6.

si *accoglie* la richiesta di accesso⁽⁴⁰⁾ deve contenere l'indicazione dell'ufficio, completa della sede, presso cui rivolgersi, nonché di un congruo periodo di tempo, comunque non inferiore a quindici giorni, per prendere visione dei documenti o per ottenerne copia. Con l'avvertenza che l'accoglimento della richiesta di accesso a un documento comporta anche la facoltà, da parte dell'interessato, di prendere visione e di richiedere copia degli altri documenti nello stesso richiamati e appartenenti al medesimo procedimento. L'esame dei documenti avviene presso l'ufficio indicato nell'atto di accoglimento dell'istanza, nelle ore di ufficio, alla presenza, ove necessaria, di personale addetto con l'avvertenza che i documenti sui quali è consentito l'accesso non possono essere asportati dal luogo presso cui sono dati in visione, o comunque alterati in qualsiasi modo. Esso è effettuato dal richiedente o da persona da lui incaricata, con l'eventuale accompagnamento di altra persona di cui vanno specificate le generalità, che devono essere poi registrate in calce alla richiesta. L'interessato può prendere appunti e trascrivere in tutto o in parte i documenti presi in visione. In ogni caso, la copia dei documenti è rilasciata subordinatamente al pagamento degli importi dovuti secondo le modalità determinate dalle singole amministrazioni. Su richiesta dell'interessato, le copie possono essere autenticate.

In secondo luogo, è precisato che sia il *rifiuto* che la *limitazione* dell'accesso⁽⁴¹⁾ richiesto in via formale devono recare la motivazione del responsabile del procedimento di accesso, redatta in modo tale da contenere lo specifico riferimento alla normativa vigente, le circostanze di fatto per cui la richiesta non può essere accolta così come proposta e, ove presenti, la individuazione delle categorie di cui all'articolo 24 della legge n. 241 del 1990. Rammentiamo, infine, che è possibile disporre il *differimento* dell'accesso⁽⁴²⁾ ove esso sia necessario per salvaguardare specifiche esigenze dell'amministrazione, specie nella fase preparatoria dei provvedimenti, in relazione a documenti la cui conoscenza possa compromettere il buon andamento dell'azione amministrativa; il *differimento* può aversi anche per assicurare una temporanea tutela degli interessi di cui all'articolo 24, comma 6, della legge n. 241 del 1990. L'atto che dispone il differimento dell'accesso ne indica la durata.

Va da sé che il rifiuto, la limitazione od il differimento dell'accesso, per reggere il vaglio di un eventuale sindacato giurisdizionale, dovranno essere il frutto di una ponderata valutazione degli interessi rappresentati e debitamente motivati.

40. Cfr. d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, articolo 7.

41. Cfr. d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, articolo 9, comma 1.

42. Cfr. d.P.R. 12 aprile 2006, n. 184, articolo 9, comma 2.

Su alcune specifiche questioni in materia di accesso ad atti del procedimento disciplinare professionale, si rinvia alla parte seconda di questo Capitolo primo, paragrafo 5, lettera h).

Alla fine del presente capitolo accenniamo ad un rapporto tra le norme sul procedimento amministrativo, sulle sanzioni disciplinari e le norme coincidenti (e solo a volte configgenti) che disciplinano il diritto alla riservatezza. Osserviamo che le disposizioni contenute nel Capo II del codice della *privacy* -regole per i soggetti pubblici- confermano che per lo svolgimento delle loro funzioni istituzionali ai soggetti pubblici è consentito il trattamento dei dati personali. Tale principio non è di poco conto nel settore oggetto del presente studio perchè, da un lato, conferma che gli Ordini professionali e gli organi che svolgono la funzione di controllo sulla categoria di appartenenza possono esercitare, per i loro fini istituzionali, accertamenti istruttori che non possono essere impediti dal professionista da una teorica protezione dei dati acquisiti nell'ambito della propria attività⁽⁴³⁾, dall'altro, che le sanzioni disciplinari sono sorrette da un regime di pubblicità⁽⁴⁴⁾. D'altra parte, il Garante per la protezione dei dati personali sembra aver dato un indirizzo inequivoco⁽⁴⁵⁾ osservando che l'articolo 61 del codice in materia di protezione dei dati personali sancisce espressamente che nelle comunicazioni a soggetti pubblici o privati, o in sede di diffusione, anche *on-line*, di dati inseriti nell'albo professionale, può anche essere "menzionata l'esistenza di provvedimenti che dispongono la sospensione o che incidono sull'esercizio della professione". Pertanto, la nuova disciplina sulla *privacy* non ha modificato la *ratio* della normativa

43. Cfr. Cass., sez. III, 30 novembre 2006, n. 25504, in *CED Cassazione*: è utile notare che tale decisione conclude, confermando la pronuncia amministrativa sanzionatoria e la sentenza giurisdizionale di merito, una *querelle* insorta sulla ostensibilità ai C.N.D. delle fatture dei Notai.

44. Cfr. Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione nella relazione "*Corte di cassazione e tutela della privacy l'oscuramento dei dati identificativi nelle sentenze*". L'Ufficio del Massimario osserva che -con la sola eccezione dei dati oscurati a seguito dell'intervento del giudice (procedimento ex articolo 52, primo comma) e quelli indicati dal legislatore (art. 52, quinto comma: dati identificativi dei minori, procedimenti in materia di rapporti di famiglia e di stato delle persone)- in linea generale le sentenze e gli altri provvedimenti giurisdizionali possono essere diffusi, anche attraverso il sito istituzionale nella rete internet, nel loro "testo integrale", completo -oltre che dei dati riferiti a particolari condizioni o status, anche di natura sensibile- delle generalità delle parti e dei soggetti coinvolti nella vicenda giudiziaria. Questa conclusione, rileva l'Ufficio del Massimario, è agevolmente ricavabile dal comma 7 dell'art. 52 del codice sulla *privacy*, ai cui sensi "*fuori dei casi indicati nel presente articolo [il quale si riferisce ai dati identificativi degli interessati omessi per ordine del giudice ovvero riguardanti le materie sopraindicate] è ammessa la diffusione in ogni forma del contenuto anche integrale di sentenze e di altri provvedimenti giurisdizionali*" (cfr. relazione pagina 17).

45. Cfr. Newsletter n. 225 del 6-12 settembre 2004.

relativa agli albi professionali che, per loro stessa natura, sono destinati ad un regime di pubblicità, anche in funzione della tutela dei diritti di coloro che a vario titolo hanno rapporti con gli iscritti all'albo.

5. Taluni principi derivanti dalla natura giuridica del procedimento disciplinare e della natura pubblica degli ordini professionali: le regola della *evidenza pubblica*, il rapporto di lavoro con i dipendenti, la responsabilità dei componenti degli Ordini ed il controllo della Corte dei conti

Corollario delle argomentazioni riportate nei precedenti paragrafi è che il procedimento disciplinare, costituendo tipica espressione di una funzione di rilevanza pubblica dei Consigli degli ordini-enti pubblici, è sorretto dai principi generali vigenti nelle materia pubblicistiche: ne rammentiamo solo taluni che spesso sono oggetto di dibattito e che saranno analiticamente sviluppati nella seconda parte (terzo paragrafo) del presente capitolo.

Una prima conseguenza di intuitiva evidenza è che agli Ordini e i collegi professionali si applicano le regole di diritto pubblico nei rapporti di lavoro e nei contratti di lavori, servizi e forniture. Ma tale considerazione determina anche dei risvolti in merito alla natura della responsabilità contabile dei componenti degli Ordini e collegi professionali nello svolgimento delle loro funzioni istituzionali e sull'eventuale potere di controllo della Corte dei conti sulla gestione economica dell'ente rappresentativo della categoria professionale.

Invero, è indiscussa la natura degli Ordini e collegi professionali quali enti pubblici (non economici)⁽⁴⁶⁾ che il Consiglio di Stato ha definito enti pubblici consociativi ad appartenenza obbligatoria⁽⁴⁷⁾: ciò in quanto la natura pubblica di un ente va desunta dalla presenza in esso di indici di riconoscibilità che ne evidenzino sintomaticamente, sul piano funzionale ed organizzativo, la sua inerenza al complesso della pubblica amministrazione. Sulla base di tale premessa possiamo evidenziare talune considerazioni:

46. Oltre la giurisprudenza già citata si rammenta: Cass., 18 dicembre 1990, n. 12010; Cass., 19 marzo 1979, n. 1582; Cass., 27 dicembre 1963, n. 3232, edite in *CED Cassazione*.

47. Cfr. Cons. Stato, sez IV, 25 agosto 1997, n. 907; *id.*, sez. V, 23 maggio 1997, n. 527; *id.*, sez. V, 20 agosto 1996, in www.giustizia-amministrativa.it. Vedi anche Corte conti, sez. contr. enti, 20 luglio 1995, n. 43, in *Riv. Corte Conti*, 1995, 5, 48.

a - gli Ordini ed i collegi professionali nella selezione del personale dipendente e nell'analisi dello svolgimento della prestazione lavorativa devono rispettare i complessi ed eterogenei principi stabiliti per il *pubblico impiego* anche in ragione della giurisprudenza che ravvisa tali indici nel rapporto di lavoro in esame⁽⁴⁸⁾

b - i contratti aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori ed opere devono seguire le regole della c.d. *evidenza pubblica* di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici) ed al relativo regolamento⁽⁴⁹⁾. Notiamo, comunque, che gli albi e gli ordini professionali non sono inseriti nell'elenco (non tassativo) degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico nei settori ordinari di cui all'allegato III del codice dei contratti pubblici⁽⁵⁰⁾. D'altra parte osserviamo che vi è una costante espansione ermeneutica della nozione di pubblica amministrazione nel nostro ordinamento giuridico: basti leggere l'articolo

48. Nei precedenti giurisprudenziali che si rinvergono sul rapporto intercorrente tra Ordini professionali e dipendenti viene acclarata la natura rapporto di *pubblico impiego*: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 15 dicembre 1999, n. 2088; Cass., sez.un., 14 marzo 1990, n. 2079 edite rispettivamente in *www.giustizia-amministrativa.it* e in *CED Cassazione*. Sul rapporto di lavoro con pubbliche amministrazioni v., da ultimo, TENORE (a cura di), *Il manuale del pubblico impiego privatizzato*, Roma, 2011.

49. Nonostante ciò non vi è contrasto con gli articoli 3 e 41 della costituzione, con riferimento alla disciplina di riferimento degli appalti pubblici di servizio, nella previsione che gli ordini professionali siano incapaci di esercitare attività economiche incompatibili con le funzioni istituzionali: Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 16 marzo 2004, n. 1344 "*pertanto, alla stregua e della natura di enti pubblici consociativi ad appartenenza obbligatoria propria degli ordini professionali (che ne fa degli organismi ausiliari della Pubblica Amministrazione, dotati di una posizione giuridica risultante dal complesso di poteri, funzioni e prerogative loro attribuiti dal legislatore) e della qualificazione, che del prestatore di servizi fornisce la sopra richiamata norma comunitaria, gli ordini stessi non possono essere annoverati tra le categorie di operatori imprenditoriali privati e pubblici abilitati a partecipare ai pubblici appalti di servizi indetti dalle pp. aa., in quanto istituzionalmente preposti al raggiungimento di finalità di interesse generale, con un'autonomia negoziale piena sì (trattandosi di enti pubblici dotati di personalità giuridica), ma attenuata, con riguardo alla fattispecie negoziale che ne occupa, dal principio, secondo il quale tali enti possono concludere ogni tipologia contrattuale consentita dall'ordinamento, sempre che l'oggetto del contratto sia compatibile e coerente con i loro compiti e funzioni istituzionali. Una tale compatibilità appare, ad avviso del Collegio, ben lungi dal potersi intravedere nel caso all'esame, in cui è del tutto palese l'inconferenza dell'attività economica, che si pretende di esercitare, rispetto ai precisi compiti (di tenuta dell'albo, di disciplina degli iscritti, ecc.) agli enti in questione affidati dal legislatore. L'autonomia degli stessi si presenta, così, come "strumentale", ossia caratterizzata da un intrinseco limite teleologico, nel senso di essere necessariamente volta al perseguimento di specifiche finalità d'interesse generale, legislativamente individuate, cui strettamente ineriscono e debbono inerire le funzioni esercitate da tali enti"* in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sul Codice dei Contratti Pubblici segnaliamo: AA.VV. *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007.

50. La categorie cui essi possono essere equiparati sono quelle denominate sotto la dizione "*enti preposti a servizi di pubblico interesse*" e "*enti che gestiscono forme obbligatorie di previdenza di assistenza*".

1 *ter* della legge n. 241 del 1990 il quale ricorda che i criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza debbono essere rispettati anche dai soggetti privati preposti all'esercizio di attività amministrative.

Quanto, invece, al potere di controllo della Corte dei conti debbono essere svolte due distinte considerazioni.

Già dal 1995 la Corte contabile ha dichiarato che sono assoggettati al controllo della Corte dei conti gli ordini e collegi professionali nella qualità di enti pubblici non economici nazionali, di cui è menzione nell'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 3 febbraio 1993 n. 29 (oggi d.lgs. n.165 del 2001), in quanto ricompresi tra gli enti di diritto pubblico, a loro volta assumibili tra le amministrazioni pubbliche di cui al comma 4 dell'articolo 3 della legge 14 gennaio 1994 n. 20⁽⁵¹⁾. Avverso tale affermazione di principio sono insorti taluni Ordini professionali sulla base della considerazione che le istituzioni professionali di categoria non svolgono operazioni di significativo impegno finanziario e sono dotate di un limitato numero dei dipendenti, che curano l'amministrazione delle risorse, essenzialmente costituite da quote di contributi corrisposti dagli iscritti: ma tale tesi non è stata accolta pienamente dalla giurisprudenza la quale ha svolto una serie concorrente di differenziazioni.

Difatti, è stato osservato che le competenze affidate dalla legge n. 20 del 1994 alla Corte dei conti trovano applicazione tendenzialmente uniforme a tutte le pubbliche amministrazioni, proprio in ragione del fine ultimo dell'introduzione in forma generalizzata del controllo sulla gestione, che è quello di favorire una maggiore funzionalità, attraverso la valutazione complessiva della economicità-efficienza dell'azione amministrativa e dell'efficacia dei servizi erogati⁽⁵²⁾.

Sulla scorta di tale premessa la giurisprudenza ha avuto modo di confermare la sussistenza della giurisdizione della Corte dei conti in materia di *danno erariale* e la conseguente responsabilità contabile di coloro che sono legati all'ente da rapporto di servizio, perché si verte in materia di contabilità pubblica⁽⁵³⁾: appare, pertanto, ipotizzabile la responsabilità amministrativo-

51. Cfr. già citata C.conti, sez. contr. Enti, 20 luglio 1995, n. 43, in *Riv. corte conti*, 1995, 5, 48.

52. Cfr. Cass., sez.un, 10 giugno 1998, n. 5762 (sul regolamento preventivo di giurisdizione presentato dal Consiglio Nazionale degli Architetti in relazione al giudizio pendente presso il TAR del Lazio).

53. C. app. Roma, 19 luglio 2004, e Trib. Roma, 8 marzo 2001, pubblicate nel *Ragiufarm*, 2005, 87 e *Foro It.*, 2001, I 2744.

contabile⁽⁵⁴⁾ per l'eventuale danno arrecato all'ente/Consiglio dell'Ordine, non solo del personale amministrativo che lavora presso i Consigli degli ordini locali o nazionali, ma anche dei componenti di organi degli Ordini e collegi professionali nello svolgimento delle loro funzioni istituzionali. Rammentiamo che è stata confermata più volte la giurisdizione della Corte dei conti in Ordine ai danni sofferti da un Ordine Regionale: ciò in quanto tale ente è persona giuridica pubblica che oltre alla cura dell'osservanza della legge professionale ed alla vigilanza per il titolo, tiene l'albo dei professionisti. Attività, questa che, costituendo una partecipazione permanente al pubblico di accertamenti abilitanti all'esercizio professionale, realizza, unitamente alla destinazione delle quote annuali degli iscritti alla stessa organizzazione collettiva, la soddisfazione di pubblici interessi. Pertanto, è stato rilevato il danno al prestigio dell'Ordine derivante sia dalla risonanza che un determinato fatto compiuto dal Presidente dell'Ordine Regionale ha avuto nella pubblica opinione per la gravità dell'illecito e per le modalità di perpetrazione dello stesso (c.d. danno indiretto), che quello diretto, costituito dall'ammontare degli ammanchi accertati, per effetto della lesione inferta al suo prestigio e alla sua onorabilità⁽⁵⁵⁾.

È stato, invece, escluso che gli Ordini professionali siano sottoposti al controllo di gestione della Corte dei conti.

Difatti, recentemente la Cassazione civile, in una lunga ed articolata sentenza⁽⁵⁶⁾, prendendo atto che nel nostro ordinamento manca una definizione unitaria di pubblica amministrazione⁽⁵⁷⁾, pur ritenendo incontestata la circostanza che gli ordini professionali debbano essere qualificati come enti pubblici non economici, ha sottolineato che è parimenti incontestata l'evenienza che gli ordini professionali non beneficino di alcun contributo pubblico: con la conseguenza che non è riconosciuto alcun interesse pubblico sul controllo della correttezza della gestione di tali enti. Pertanto, è

54. Sulla responsabilità amministrativo-contabile di pubblici dipendenti e di soggetti legati da rapporto di servizio con la P.A., vedi TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Milano, 2008; TENORE, PALAMARA, MARZOCCHI, BURATTI, *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Milano, 2009.

55. Cfr. C. conti, sez. III, 10 settembre 2003, n. 392, in *Riv. Corte Conti*, 2003, 5, 79; C. conti, reg. Veneto, sez. giurisd., 15 gennaio 1999, n. 15, in *Riv. Corte Conti*, 1999, 1, 90; C. conti, sez. II, 23 novembre 1992, n. 261, in *Riv. Corte Conti*, 1992, 6, 79; C. conti, sez. II, 13 marzo 1989, n. 54, in *Giust. civ.*, 1990, I, 870.

56. Cfr. Cass. sez. prima, 14 ottobre 2011, n. 21226, in *Diritto e Giustizia*, 2011, la quale definisce il contenzioso insorto tra la Federazione Ordini Farmacisti Italiani e la Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Ministero dell'economia e delle finanze e la Corte dei conti.

57. Cfr. CARINGELLA, *In particolare, gli organismi di diritto pubblico*, nel già citato AA.VV. *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007.

stata rimarcata la diversità della competenza giurisdizionale esercitata dalla Corte dei conti rispetto al danno subito da un Ordine professionale -e la conseguente richiesta risarcitoria formulata da tale Ordine per emendare il danno subito- rispetto al distinto e non analogo obbligo di sottoposizione degli ordini professionali al controllo di gestione della Corte contabile di cui, come detto, ne è stata esclusa la configurabilità.

6. Ulteriori considerazioni sul procedimento disciplinare: il principio di corrispondenza tra “chiesto” e “pronunciato”, il funzionamento degli organi collegiali, i termini

Rammentiamo che nei procedimenti disciplinari deve essere rispettata la regola della corrispondenza tra “chiesto” e “pronunciato” sancito, in materia giurisdizionale, dall’articolo 112 del Codice di procedura civile⁽⁵⁸⁾. In ragione di tale principio, come è noto, incombe sull’organo giudicante, da un lato, l’obbligo di pronunciarsi su “tutta” la domanda e, dall’altro, il divieto di esorbitare dai limiti di essa.

Va chiarito, però, che se è vero che nel procedimento disciplinare deve esserci una necessaria correlazione tra l’accusa e i fatti accertati nel provvedimento punitivo, è altresì vero che, come confermato da un costante orientamento giurisprudenziale, una corretta applicazione di tale principio non impedisce all’organo disciplinare di procedere ad una qualificazione giuridica del fatto diversa rispetto a quella formulata con la contestazione dell’addebito, in quanto tale operazione ermeneutica non incide sul diritto di difesa dell’incolpato, alla cui tutela è preordinato il predetto principio⁽⁵⁹⁾. In altri termini, la violazione del principio sopra richiamato non è riscontrabile quando il giudice disciplinare, nell’esercizio del potere di qualificazione che gli compete, adotti un provvedimento disciplinare fondato su una condotta del professionista implicitamente contenuta nell’atto di contestazione dell’addebito, ma solo laddove la sanzione venga irrogata per fatti completamente differenti da quelli oggetto della contestazione originaria e, dunque, mai addebitati.

Pertanto, per aversi mutamento del fatto con riferimento al principio di correlazione tra addebito contestato e successiva sanzione, occorre una

58. Tra le tante segnaliamo: Cass., sez. III, 13 ottobre 2000, n. 13666, in *CED Cassazione*.

59. Cfr.: Cass., sez.un., 27 luglio 1999, n. 518; id., sez. III, 29 marzo 2003, n. 4843; id., 13 ottobre 2000, n. 13666; id., 15 luglio 1998, n. 6908; id., 18 maggio 1994, n. 4866, tutte edite in *CED Cassazione*.

trasformazione radicale del fatto concreto nei suoi elementi essenziali, sì da pervenire ad una incertezza sull'oggetto dell'addebito da cui scaturisca una reale violazione del contraddittorio e dei diritti della difesa⁽⁶⁰⁾.

Conseguentemente, l'indagine volta ad accertare la violazione del suddetto principio non va esaurita nel pedissequo e mero confronto puramente formale tra contestazione e provvedimento sanzionatorio, poiché, vertendosi in materia di garanzie e di difesa, la violazione è del tutto insussistente nell'ipotesi in cui l'incolpato, attraverso l'*iter* del processo, abbia avuto conoscenza dell'addebito e sia stato messo in condizione di difendersi e discolarsi.

Per altro verso, è chiaro che la mancata contestazione di specifici addebiti contestati con eccessiva genericità, adottati viceversa nella motivazione della sanzione, viziano irrimediabilmente il provvedimento disciplinare irrogato all'incolpato⁽⁶¹⁾ in quanto comportano violazione delle norme del procedimento che, intese a tutelare il diritto di difesa, attengono all'essenza del giudizio disciplinare e, come tali, sono prescritte a pena di nullità⁽⁶²⁾.

Al termine della trattazione di questa sezione, va rammentato che, come esposto *sub* capitolo Primo, seconda parte, la valutazione disciplinare gode di una piena ed effettiva «autonomia» rispetto a quella compiuta dalla autorità giudiziaria. Pertanto, condotte irrilevanti in sede penale o civile possono essere idonee a ledere i principi della deontologia professionale e dar luogo a responsabilità disciplinare⁽⁶³⁾. Autonomia, questa, che non deve essere confusa con il diverso concetto della impermeabilità assoluta del procedimento disciplinare da risultanze istruttorie provenienti da altre vicende procedurali o processuali: nel senso che nessuna contraddizione al principio sopra affermato può essere ravvisata nel notare che, pur nell'autonomia dei fatti da accertare nelle distinte sedi, l'illecito disciplinare sia strumentale all'illecito di natura penale. Difatti, pur se il giudizio sanzionatorio non dipende dagli esiti del processo penale, non v'è dubbio che, ai fini della valutazione della condotta del notaio a cui è contestato l'addebito disciplinare, possono essere esaminate e prese quali elementi di valutazione le prove e le circostanze concrete emergenti dagli atti del giu-

60. Cfr.: Cass., sez. III, 30 luglio 2001, n. 10396, edita in *CED Cassazione*.

61. Principio pacifico ribadito da: Cons.Stato, sez.VI, 18 aprile 2000, n. 6187, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

62. Sul punto cfr.: Cass., sez.un., 1 febbraio 1999, n. 17, in *CED Cassazione*.

63. Principio più volte affermato, ad esempio, in tema di responsabilità disciplinare dei magistrati: cfr. Cass., sez.un., 11 maggio 1995, n. 5132; e dei medici: cfr. Cass., sez. III, 15 novembre 2000, n. 14810, edite in *CED Cassazione*.

dice penale⁽⁶⁴⁾: elementi, questi, che possono sufficientemente motivare in sede disciplinare la valutazione dell'elemento psicologico dell'incolpato.

Ulteriore principio di carattere generale che deve essere rammentato è quello in base al quale gli organi amministrativi collegiali (tra i quali rientrano tutti gli Ordini professionali) sono quelli il cui esercizio è rimesso alla competenza di una pluralità di soggetti dotati di eguali poteri: essi concorrono, ciascuno mediante l'espressione di una autonoma valutazione dell'affare nell'ambito di un confronto che avviene in riunioni comuni, alla composizione di una decisione unitaria⁽⁶⁵⁾. Le regole generali di funzionamento degli organi collegiali, che si affiancano a quelle specifiche proprie dell'istituzione all'interno del quale il collegio esercita le sue attribuzioni, sono eterogenee.

Al fine di individuare quali di esse si applichi al caso concreto è necessaria una operazione ermeneutica: si tratta di stabilire, difatti, se l'organo a cui è attribuita la funzione ha natura di collegio "perfetto" (o reale), ovvero di collegio "imperfetto" (o virtuale). La principale distinzione tra i due archetipi è costituita dal diverso sistema a cui si deve attenere il collegio per assicurare la validità delle riunioni e dei conseguenti atti deliberativi adottati: nel collegio "perfetti" tutti i componenti con diritto di voto (che costituiscono il c.d. *quorum* strutturale) devono necessariamente partecipare alla formazione delle volontà collegiale, ed il loro numero non può essere modificato nel corso del procedimento, pena la invalidità della seduta. In altre parole, i collegi "perfetti" possono regolarmente esercitare le proprie funzioni solo nel *plenum* della loro composizione che è "immutabile" per tutto il corso del procedimento. I collegi "imperfetti" sono, invece, caratterizzati da una maggiore elasticità delle regole di funzionamento: così che, per la validità delle sedute, è sufficiente la partecipazione di un numero limitato di aventi diritto al voto che esprimano un voto unitario o di maggioranza (c.d. *quorum* funzionale).

Si è giunti sino a ritenere valide, ove la legge non disponga diversamente, le deliberazioni assunte con voto unitario da un collegio composto da soli due membri⁽⁶⁶⁾: al di sotto di questo limite, ovviamente, non si ha più collegialità.

Si deve ricordare che la giurisprudenza è concorde nel ritenere che i collegi amministrativi hanno natura di collegi "perfetti" solo ed esclusi-

64. Cfr. Cass., sez. III, 16 luglio 1997, n. 6529, edite in *CED Cassazione*.

65. SANDULLI, *Diritto Amministrativo*, XV ed., 1989, 226 e segg.

66. In questi termini si è espressa sia la Cass., sez I, 22 novembre 2000, n. 15056, in *Ced Cassazione*, in tema di azione revocatoria fallimentare, che il giudice amministrativo (TAR Puglia, Bari, sez. I, 30 maggio 1997, n. 375), in materia di *quorum* costitutivo per le commissioni straordinarie delle giunte comunali e provinciali edite in *CED Cassazione* e in www.giustizia-amministrativa.it.

vamente quando ciò sia statuito da una precisa norma. In mancanza di una previsione espressa, i criteri alternativi per individuare la tipologia del collegio sono individuati nella ricorrenza di norme di funzionamento dell'organo che prevedano la obbligatoria partecipazione di tutti i componenti, in quanto rappresentanti di settori di interesse la cui opinione deve essere sentita all'interno del consesso in maniera indefettibile, ovvero dalla presenza o meno della previsione, in aggiunta ai componenti effettivi, di c.d. componenti supplenti: solo in queste ipotesi vi è collegio "perfetto", potendosi agevolmente trarre il convincimento circa l'univoca volontà del legislatore che il valido funzionamento dell'organo richieda la presenza necessaria del *plenum* del consesso⁽⁶⁷⁾.

Ebbene, costituisce regola del nostro ordinamento il principio in ragione del quale i collegi disciplinari degli ordini professionali costituiscono organi collegiali "imperfetti" che, in quanto tali, hanno il potere di autoregolamentare le modalità del proprio funzionamento e di decidere di volta in volta se la presenza di un certo componente sia necessaria o meno al prosieguo dei propri lavori e se, dunque, la sua assenza determini la mancata valutazione di un aspetto della fattispecie non affidabile agli altri membri presenti⁽⁶⁸⁾.

È opportuno chiarire che alla formazione delle maggioranze strutturali e funzionali sopraindicate, devono essere computati anche i membri presenti nella riunione collegiale che si astengono volontariamente dalla votazione⁽⁶⁹⁾. Per il raggiungimento del *quorum* funzionale, nel caso di votazione formulata per mezzo di schede, devono essere considerati voti validi anche quelli espressi con c.d. scheda bianca⁽⁷⁰⁾.

Deve, inoltre, essere ricordato che, ove non vi sia una specifiche previsioni sul punto, è ragionevole dedurre che le riunioni del Consiglio in sede disciplinare, in quanto concernenti *persone* (e stante la natura amministrativa e non giurisdizionale del procedimento punitivo interno), sono tenute

67. Cfr., tra le altre, Cons. Stato, sez. V, 1° ottobre 2002, n. 5139; Cons. Stato, sez. IV, 7 ottobre 1997, n. 1100 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

68. Cfr. Cass., sez.un., giugno 2000, n. 435; *id.*, 4 luglio 1989, n. 3195, edite in *CED Cassazione*.

69. Così TAR Umbria, 29 ottobre 1990, n. 379, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

70. Principio espresso con riferimento al funzionamento del consiglio di presidenza della Corte dei conti sulla stregua del ragionamento che l'autore del voto "scheda bianca" si inserisce attivamente e consapevolmente nel procedimento di votazione e, pur non consentendo espressamente all'accoglimento o al rigetto di una data proposta, ottiene volutamente il risultato che la decisione del collegio debba essere presa con una più elevata maggioranza: cfr. TAR Lazio, sez. I, 16 febbraio 1990, n. 212 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

in seduta non aperta al pubblico⁽⁷¹⁾ e deliberate mediante voto segreto.

Infine, deve essere ricordata l'inapplicabilità ai Consigli professionali del principio della c.d. immutabilità della composizione degli organi giudicanti in sede disciplinare. Ciò in quanto, in materia di organi collegiali (e, segnatamente, di commissioni di disciplina) la possibilità di sostituire i singoli componenti costituisce un principio generale⁽⁷²⁾ giacché è contrario agli interessi pubblici coinvolti che i lavori già espletati da una commissione non possano o non debbano proseguire ove un suo componente non possa più parteciparvi per qualsiasi legittimo impedimento⁽⁷³⁾. In altri termini, in mancanza di una specifica disposizione che preveda l'immutabilità dei componenti dell'organo giudicante, deve necessariamente ammettersi che a ciascuna seduta del procedimento disciplinare possa partecipare un numero diverso di componenti, senza che ciò comporti la violazione del principio di precostituzione del giudice naturale di cui all'art. 25 della Costituzione: tale principio deve considerarsi rispettato ogni qualvolta il giudice sia designato in modo non arbitrario, né a posteriori, oppure direttamente dal legislatore in conformità alle regole generali, ovvero attraverso

71. Con l'ovvia conseguenza che l'intervento di estranei al Consiglio durante la riunione costituisce vizio del procedimento.

72. Tale principio è stato affermato ripetutamente dalla Cassazione Civile con riferimento ai procedimenti disciplinari degli avvocati dinanzi al Consiglio dell'Ordine (cfr. Cass., sez.un., 17 novembre 2005, n. 23240, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 11; *id.*, 6 luglio 2005, n. 14214, in *Giust. civ. Mass.*, 2005, 7; *id.*, 10 dicembre 2002, n. 17458, n.p. *id.*, 14 giugno 2000, n. 435 in *Giust. civ. Mass.*, 2000, 1171, ed i precedenti ivi citati), nonché con riguardo al funzionamento del collegio disciplinare del Consiglio dell'Ordine dei giornalisti (cfr. Cass., sez. II, 29 novembre 1996, n. 10683, in *Giust. civ. Mass.* 1996, 1638). La Corte Costituzione ha ritenuto non contrastante con gli articolo 3 e 108 della Costituzione la previsione della "composizione variabile" del Consiglio della magistratura militare in sede disciplinare (cfr. C. Cost., 12 marzo 1998, n. 52, in *Giur. cost.*, 1998, I, 1761). Segnaliamo in particolare la pronuncia del Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2006, n. 1881 in *Foro amm. CDS*, 2006, 4, 1189 che confermando la sentenza del TAR Lazio, sez. I, n. 6657 del 2000, n.p., ha affermato la vigenza della regola in esame nelle Commissioni di disciplina dell'Ordine dei medici, rilevando la portata "generale" del principio di mutabilità dell'organo collegiale disciplinare. Conclusioni contrastanti sono rinvenibili in talune isolate sentenze. In riferimento all'Ordine dei medici propende per la "immutabilità" dell'organo Cass., sez. III, 12 giugno 1999, n. 5819, in *Giust. civ. Mass.*, 1999, 1352; per l'immutabilità dell'organo per gli architetti Cass., sez.un., 10 gennaio 1997 n. 187, in *Giust. civ. Mass.*, 1997, 33; più in generale sulla tesi opposta a quella prevalente: cfr. TAR Lombardia, Brescia, 14 dicembre 1998, n. 1003, in *Ragiusan*, 2000, 189, 303; C. conti, sez. controllo, 24 giugno 1991, n. 72, in *Riv. corte conti*, 1991, 3, 35. Perno di queste pronunce è costituito dalla assimilazione delle caratteristiche del procedimento disciplinare a quelle proprie del processo contenzioso con il conseguente assoggettamento del primo alle regole del secondo. Tesi, questa, che trova autorevole smentita in Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2171, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

73. Cfr. sopracitata Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2006, n. 1881 in *www.giustizia-amministrativa.it*.

atti di soggetti ai quali sia attribuito il relativo potere⁽⁷⁴⁾.

Né, peraltro, potrebbe validamente sostenersi che, con la variabilità dei membri dell'organo giudicante nel corso di un procedimento disciplinare, il componente che non abbia partecipato alle precedenti sedute non avrebbe una conoscenza adeguata di quanto prima trattato e non potrebbe pertanto svolgere correttamente la propria funzione giudicante: questi, infatti, ancorché non abbia preso parte al giudizio disciplinare sin dal suo inizio, ne può acquisire la piena conoscenza attraverso i verbali delle pregresse riunioni e, conseguentemente, è in grado di esprimere il proprio parere come se avesse partecipato al procedimento fin dalla prima adunanza⁽⁷⁵⁾. Ne deriva, dunque, che risulta del tutto ininfluyente, rispetto alla validità delle deliberazioni di carattere disciplinare, la eventuale circostanza della variazione di composizione della compagine collegiale durante lo svolgimento delle singole fasi del procedimento.

Va, inoltre, rammentato -al fine di cogliere la natura ordinatoria o perentoria dei termini previsti nella fase amministrativa di un procedimento disciplinare- che costituisce principio generale dell'agire amministrativo la regola secondo la quale la scadenza di un termine posto dalla legge o da altra fonte non produce, di per sé sola, la illegittimità della tardivo esercizio del relativo potere da parte della p.a., occorrendo a tal fine una espressa previsione normativa. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha ripetutamente affermato che *"nemmeno la qualificazione testuale di un termine come perentorio è di per sé sufficiente ad attribuirgli la corrispondente natura, occorrendo a tal fine la chiara ed esplicita comminatoria di una precisa sanzione per il caso di inosservanza"*⁽⁷⁶⁾ ciò in quanto, da un lato, la previsione di precisi obblighi relativi al tempo entro cui un soggetto pubblico è tenuto a compiere un determinato atto non costituisce mai indice sufficiente della perentorietà del termine, dall'altro ove il legislatore adoperi nell'architettura lessicale della regola il verbo servile *"deve"* - diretto a sottolineare la imperatività della norma non aggiunge alcun significato precettivo alla disposizione in quanto l'esatta portata dell'obbligo va definita non in funzione della maggiore o minore enfasi del dettato normativo, ma sulla base delle conseguenze derivanti dalla violazione⁽⁷⁷⁾. Con l'ovvia conseguenza che i termini dei procedimenti in esame, se non disciplinati diversamente, devono essere considerati ordinatori.

74. Cfr., sotto questo profilo, già cit. Cons. Stato, 14 aprile 2006, n. 2171.

75. Già cit. Cons. Stato, sez. V, 7 aprile 2006, n. 1881 in www.giustizia-amministrativa.it.

76. Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 14 luglio 2003 n. 4155 e id., 29 luglio 2003 n. 4356; id., sez. VI, n. 939 del 19 febbraio 2003, tutte in www.giustizia-amministrativa.it.

77. Cfr., in termini, Cons. Stato, V, 10 gennaio 1997, n. 33 (in *Giur. it.*, 1997, III, 1, 330), ordinanza di rimessione alla Adunanza Plenaria delle Sezioni Giurisdizionali del Consiglio di Stato.