

Le garanzie reali anomale

Riferimenti normativi: artt. 2740, 2784, 2786, 2787 c.c.; art. 53 Legge fallimentare

Schema di trattazione

- ✓ *Considerazioni generali.*
- ✓ *Il pegno irregolare.*
- ✓ *Il pegno omnibus.*
- ✓ *Il pegno rotativo.*
- ✓ *Rassegna giurisprudenziale.*

✓ *Considerazioni generali*

In termini assolutamente generici e descrittivi, per garanzia si intende ogni mezzo destinato a rendere più sicuro il godimento di un diritto o l'adempimento di un obbligo.

Nell'ambito del rapporto obbligatorio occorre distinguere la garanzia generica dalla garanzia specifica. Il concetto di garanzia generica è strettamente legato a quello di responsabilità patrimoniale del debitore, poiché consente a tutti i creditori di soddisfarsi sul patrimonio del debitore per l'eventualità del suo inadempimento.

Esclusa la sanzione penale per l'inadempimento dell'obbligazione, oggi il nostro ordinamento prevede *ex art. 2740 c.c.* soltanto una responsabilità patrimoniale del debitore.

L'art. 2740 c.c. costituisce una norma che tutela la *cd. par condicio creditorum*, ed infatti il patrimonio del debitore è potenzialmente a disposizione di tutti i creditori per consentire il soddisfacimento delle proprie ragioni. Quello della *par condicio creditorum* costituisce, tuttavia, un principio che non ha valenza assoluta, potendo essere derogato dalla esistenza di cause legittime di prelazione. Le cause legittime di prelazione (tipizzate nel nostro ordinamento nelle figure del pegno, dell'ipoteca e dei privilegi), attribuiscono al creditore (*cd. privilegiato*) il diritto a soddisfarsi sui beni del debitore con preferenza rispetto agli altri creditori (*cd. chirografari*).

Pegno, ipoteca e privilegi costituiscono le garanzie reali dell'obbligazione, che insieme alle garanzie personali integrano le *cd. garanzie specifiche* del rapporto obbligatorio e provvedono, accanto alla garanzia generica a completare il quadro normativo predisposto a tutela del credito.

Gli istituti tradizionali delle garanzie si sono rivelati, negli ultimi tempi, incapaci di soddisfare le esigenze dei traffici, che necessitano strumenti più celeri ed elastici, sicché si assiste ad un fenomeno che la dottrina moderna descrive come allontanamento o deviazione dal tipo, cioè dai modelli classici codicistici.

Tuttavia, mentre per la garanzie personali la deviazione dal tipo consente la loro configurabilità in termini di atipicità, per le garanzie reali, la dottrina più accreditata, preferisce riferirsi al carattere semplicemente anomalo delle stesse.

Si può osservare, infatti, come la disciplina predisposta dal legislatore del 1942 per le garanzie personali si sia rivelata sufficientemente elastica da permettere alla prassi, da un lato, di apportare una pluralità di emendamenti ai tradizionali e tipici schemi codicistici (si pensi al caso della fideiussione *omnibus*), e dall'altro, di importare da ordinamenti stranieri, in particolare da quelli di common law, figure negoziali atipiche (si pensi alle garanzie autonome a prima richiesta, o alle lettere di *patronage*), le quali, spinte dalla rapida diffusione di cui hanno potuto godere soprattutto nel settore bancario, hanno superato le iniziali oscillazioni manifestate da dottrina e giurisprudenza sul punto della loro liceità.

Al contrario, il sistema delle garanzie reali tipiche ha pesantemente subito la rigidità che connota la disciplina codicistica della responsabilità patrimoniale e si è rivelato incapace di seguire il passo del mutamento dei tempi.

Noti dogmi, come quello dell'inderogabilità, da parte dell'autonomia privata, del principio della *par condicio creditorum*, o quello della tipicità e del *numerus clausus* dei diritti reali di garanzia, sembrano aver eliminato *a priori*, per il principio dell'autonomia privata, qualsiasi possibilità di accesso al settore del diritto delle garanzie reali.

Ne discende che per le garanzie reali non è data all'autonomia privata la possibilità di crearne delle nuove ma è consentito soltanto un allontanamento dal tipo, che consente di discorrere in termini di anomalia o divergenza dal tipo piuttosto che di atipicità.

✓ **Il pegno irregolare**

Il pegno irregolare, disciplinato dall'art. 1851 c.c., in tema di anticipazione bancaria — ancorché rispondente, come ritiene la dottrina ad uno schema negoziale di portata generale ed accomunabile al pegno c.d. regolare, di cui ai successivi artt. 2784 ss., sia per il profilo strutturale della natura reale del contratto, sia per il profilo funzionale della causa di garanzia — ha, però, una sua innegabile specificità di contenuto effettuale.

Poiché, l'effetto reale che nel pegno regolare si esaurisce nella creazione di uno *ius in re aliena* opponibile *erga omnes*, nel pegno irregolare assume, invece, la ben maggior valenza e latitudine di un vero e proprio trasferimento di proprietà delle cose attribuite in garanzia, la cui causa inizialmente ricondotta ad una sorta di dazione in pagamento risolutivamente condizionata, è ora più coerentemente

ricollegata alla stessa funzione di garanzia, una volta riconosciuta dalla dottrina l' idoneità a giustificare una attribuzione in proprietà non meno delle tradizionali *causae venditionis* e *donationis*.

Mentre l' obbligazione restitutoria, gravante sul creditore, che nel pegno regolare ha ad oggetto la medesima *res* di cui quegli ha avuto temporaneamente la detenzione, nel pegno irregolare si rivolge viceversa al *tantundem* di quanto ricevuto in garanzia.

Per cui può dirsi acquisita la definizione del pegno irregolare come quel contratto con cui il garante consegna e attribuisce in proprietà al creditore denaro o beni aventi un prezzo corrente di mercato, e per ciò reputati fungibili con il denaro, dei quali l' *accipiens* deve restituire il *tantundem* solo se e quando interviene l' adempimento della obbligazione garantita; restringendosi altrimenti l' obbligazione restitutoria alla eventuale eccedenza del valore dei beni trasferiti in proprietà, rispetto al valore della prestazione garantita rimasta inadempita.

Mentre, quanto infine alle modalità operative della garanzia in caso di inadempimento del debitore, concretandosi in una automatica estinzione soddisfattiva del credito garantito, con residuo obbligo del creditore di restituire al debitore garante l' eventuale eccedenza, le riserve di parte della dottrina in ordine ad una sua configurazione nei termini di un meccanismo compensativo — riserve formulate sul presupposto che la compensazione, in senso tecnico, postuli una autonomia dei reciproci rapporti, di debito e credito, non ravvisabile, nella specie, e conducenti a spiegare alternativamente l' effetto estintivo in ragione di una sorta di operazione contabile tra le rispettive partite di dare e avere — possono considerarsi, in realtà, ora superate.

Con la sentenza n. 775/99 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione si è infatti chiarito e dimostrato che vi è ostacolo alla compensazione soltanto nel caso in cui le obbligazioni derivanti da un unico negozio siano tra loro legate da un vincolo di corrispettività che ne escluda l' autonomia, perché, in tale ipotesi, se si ammettesse la reciproca elisione delle obbligazioni si inciderebbe sulla stessa efficacia del negozio, paralizzandone gli effetti; mentre, quando le obbligazioni, ancorché aventi causa in un unico rapporto negoziale o da rapporti collegati, non siano però in posizione sinallagmatica, come nel caso, appunto, del debito principale e del debito di restituzione del *tantundem* del creditore assistito da pegno irregolare (che restano autonomi ancorché collegati da un vincolo di accessorietà) non v' è ragione di escludere l' operatività di un meccanismo propriamente compensativo.

Nella compensazione può così individuarsi lo strumento tipico di realizzazione di siffatta prelazione, sostitutivo del più complesso congegno soddisfattivo previsto per il pegno regolare, che resta, nella specie, scavalcato anche per ragioni di opportunità pratica confliggenti con una previsione di vendita, a fini soddisfattivi del creditore di quanto è, a tali effetti già in sua proprietà.

Cosicché il contratto di pegno irregolare non tanto elimina il diritto a pretendere l' adempimento, quanto esaurisce *in limine* l' interesse del creditore a percorrere la via

della esecuzione forzata, essendo anticipato con lo strumento negoziale l'effetto finale della tutela processuale. L'automatismo di tutela, così predisposto, scatta, dunque, alla scadenza della obbligazione principale, nel caso di suo inadempimento.

Ed ove anticipatamente si acquisisca la certezza della impossibilità giuridica di tale adempimento in conseguenza di sopravvenuta dichiarazione di fallimento del debitore (art. 55, co. 2, L.F.) è a tal momento appunto che il pegno irregolare produce il suo effetto, legato alla funzione di evitare al creditore l'onere della procedura esecutiva, attraverso il riferito meccanismo endogeno di compensazione, senza neppure bisogno, quindi, di invocare la speciale compensazione ex art. 56 L.F.

Si discute se sia, o non, applicabile anche al pegno irregolare l'art. 53 L.F. nella parte in cui richiede la previa ammissione al passivo del credito pignoratizio per la sua realizzazione anche durante la procedura concorsuale.

Le Sezioni Unite n. 202/2001, intervenute per dirimere il contrasto, hanno precisato che l'ipotesi ermeneutica che il creditore assistito da pegno irregolare, per realizzare la prelazione, abbia l'onere di far accertare il proprio credito con domanda di ammissione al passivo, ai sensi dell'art. 53 L.F., urta inevitabilmente con lo spirito oltre che con la lettura della norma stessa.

Premesso che, contrariamente alla fattispecie del pegno regolare, in cui il creditore di regola non può disporre dei beni senza il consenso del costituente (art. 2792 c.c.), nell'ipotesi, invece, del pegno irregolare le somme di denaro od i titoli depositati presso il creditore, costituendo beni fungibili, diventano di proprietà dello stesso creditore per effetto della confusione nel suo patrimonio delle cose consegnategli, le Sezioni Unite ne hanno desunto, appunto, che l'esercizio della prelazione non postuli, in tal caso, la previa ammissione al passivo ai sensi del citato art. 53 L.F. Ed a confronto di tale soluzione hanno argomentato che: l'equiparazione tra pegno regolare e pegno irregolare, ai fini dell'applicabilità anche al secondo dell'art. 53 L.F., non può automaticamente discendere dalla funzione di garanzia che entrambe le figure svolgono; inoltre, se anche in presenza del fallimento del debitore concedente il pegno irregolare deve poter realizzare l'effetto che gli è proprio, permettendo al creditore pignoratizio di soddisfarsi sulla cosa al di fuori del concorso, non si vede la ragione per cui quel creditore avrebbe l'onere di far accertare il proprio credito secondo le regole del capo V L.F., aventi lo scopo di verificare il diritto al concorso; il meccanismo di autorizzazione alla vendita delle cose pignorate previsto dal menzionato art. 53, co. 2, L.F. per la realizzazione dei crediti garantiti da pegno, infine, non risulta applicabile quando la cosa sia già di proprietà del creditore come nel caso del pegno irregolare; avvenendo, viceversa, nel pegno irregolare, la realizzazione della prelazione attraverso una operazione contabile (più che attraverso una «compensazione anomala») comportante, in ogni caso l'estinzione del credito, per la parte corrispondente al debito di restituzione del *tantundem* facente carico allo stesso creditore, non è configurabile conseguentemente l'onere della preventiva ammissione al passivo fallimentare di un credito già estinto.

Il credito assistito da pegno irregolare quindi, per le descritte sue peculiarità di funzione (evitare l'esecuzione forzata) e di struttura operativa (basata sull'automatismo del risultato compensativo), si estingue satisfattivamente senza entrare in concorso; e si realizza, per di più, non sul patrimonio del fallito, bensì sugli stessi beni già entrati, al momento della consegna e per effetto della garanzia, nel patrimonio del creditore. Per cui ciò che residua in capo al creditore, dopo la costituzione del pegno irregolare in suo favore, in relazione ai beni che ne formano oggetto, è non già un credito, come nel caso, invece, del pegno regolare, da realizzare nelle forme di cui all'art. 53 L.F., bensì eventualmente un debito *de residuo*. Dal che anche la non ravvisabilità di un interesse del creditore a domandare l'ammissione al passivo (del suo credito già così soddisfatto) essendo viceversa legittimato il curatore ad agire nei di lui confronti per il recupero di quanto risulti trasferitogli in eccedenza rispetto all'importo del credito garantito.

✓ Il pegno *omnibus*

Con l'espressione pegno *omnibus* si intende un pegno che, in forza di una apposita clausola di estensione, è destinato a garantire tutti i crediti che potranno sorgere tra le medesime parti, essendo finalizzato alla costituzione *una tantum* del diritto di pegno in riferimento alle tutte le successive dinamiche di erogazione del credito. Esso risponde evidentemente ad una esigenza fortemente sentita dagli operatori del settore, ossia di poter addivenire una sola volta alle formalità negoziali di costituzione di una garanzia aperta ed idonea ad estendere i propri effetti anche in futuro per i rapporti di credito che dovessero intervenire in un momento successivo.

La ricostruzione giuridica dell'istituto e dei divergenti orientamenti giurisprudenziali deve procedere dalla nozione di accessorietà, che è caratteristica delle garanzie non meno reali che personali.

Il principio di accessorietà indica in termini giuridici il vincolo di dipendenza e derivatività del rapporto di garanzia rispetto al rapporto garantito; infatti, logicamente prima ancora che giuridicamente, non può concepirsi una garanzia se non con riferimento ad una obbligazione il cui adempimento viene garantito e quindi al bene giuridico che ne costituisce l'oggetto. Sulla base di questo principio è facile e, in un certo senso, consequenziale constatare che affinché il vincolo possa essere validamente costituito occorre che il sottostante diritto di credito sia determinato o, quantomeno, determinabile. La sufficiente determinazione del credito garantito, quale limite e misura dell'interesse del creditore titolare della garanzia, si evince in termini generali dal disposto normativo dell'art. 1346 c.c., in base al quale l'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile. Ne consegue che in caso di indeterminabilità dell'oggetto, il contratto sarebbe radicalmente nullo in quanto mancante di uno dei requisiti essenziali e costitutivi delle fattispecie contrattuali *ex art. 1325 c.c.*

Su altro versante l'esigenza della sufficiente determinazione del credito garantito è richiesta al diverso fine di rendere opponibile ai creditori concorrenti il diritto di prelazione proprio del diritto di pegno quale connotato della sua realtà. La norma contenuta nell'art. 2787, 3 comma, c.c., sancisce che quando il credito garantito eccede la somma di lire cinquemila, la prelazione non ha luogo se il pegno non risulta da scrittura con data certa, la quale contenga sufficiente indicazione del credito e della cosa. La norma appena richiamata nel prescrivere la sufficiente determinazione del credito garantito duplica in un certo senso il requisito già previsto dalla norma dell'art. 1325 c.c. per la nascita stessa del vincolo giuridico di garanzia tra le parti contrattuali e pone quindi l'interrogativo e la necessità di un coordinamento sistematico e funzionale. Infatti, se il requisito della sufficiente determinazione del credito è già considerato condizionante la nascita stessa del vincolo giuridico di garanzia, sarebbe privo di senso richiedere il medesimo requisito in esclusivo riferimento al diritto di prelazione che per quanto funzionalmente importante, non esaurisce certo il fascio di effetti e di rapporti che dal contratto di pegno scaturisce.

Una parte della dottrina e della giurisprudenza è concorde nell'affermare che se la determinazione o determinabilità dell'oggetto del contratto riguarda esigenze di natura strutturale proprie di qualsiasi vicenda negoziale, la sufficiente determinazione del credito è invece funzionale alla tutela delle posizioni giuridiche dei terzi, e in particolare degli altri creditori, nell'ambito di un giusto temperamento tra il principio della *par condicio creditorum* sancito in termini generali dall'art. 2741 c.c. e le cause legittime di prelazione.

Particolarmente controversa è la ricostruzione della figura.

Secondo un primo indirizzo la clausola *omnibus* sarebbe nulla in quanto in contrasto con il principio di accessorietà del pegno, ovvero con quanto disposto dalla norma *ex art.* 1346 c.c. in relazione alla determinabilità dell'oggetto del contratto. Questa soluzione ha incontrato puntuale opposizione da parte di coloro che contestano l'eccessivo semplicismo nell'addurre una nullità radicale non facilmente giustificabile in presenza di interessi oggettivamente disponibili tra le parti e della connessa notevole rilevanza economico-sociale.

Una parte della dottrina, infatti, partendo dall'analisi economica del pegno *omnibus* ha dedotto la meritevolezza giuridica di tutela degli interessi sottostanti; un giudizio di meritevolezza che si ritiene non possa essere posto nel nulla da una formalistica soluzione data *a priori* ed oggettivamente sproporzionata rispetto agli stessi valori giuridici concretamente coinvolti.

Un secondo indirizzo distingue tra effetti *inter partes* ed effetti *erga omnes*, questi ultimi rilevanti nei confronti dei terzi e in particolare dei creditori concorrenti.

Maggioritario sia in dottrina che in giurisprudenza, quest'ultimo orientamento considera valido tra le parti il pegno o la clausola *omnibus*, laddove nega la possibilità di opporre il diritto di prelazione nei confronti dei terzi, per la mancanza del requisito della sufficiente determinazione, posto dall'art. 2787, comma 3, c.c. a

specifica tutela delle relative ragioni di credito. Questa soluzione, nel tentativo di mediare tra le contrapposte esigenze, promuove un punto di equilibrio che si ritiene però troppo precario, proprio in quanto basato su una visione dicotomica degli effetti del pegno; dicotomia che non sembra potersi giustificare per la stringente motivazione che ciò non corrisponde affatto alla volontà delle parti contraenti.

Infatti, nella normalità dei casi un diritto di pegno viene costituito anche per la prevalente ragione di poterlo opporre a chiunque, creditori concorrenti compresi.

Infine, secondo un terzo orientamento, il patto *omnibus* sarebbe valido sia tra le parti sia rispetto ai terzi e, in particolare, ai fini dell'opponibilità del diritto di prelazione. La norma dell'art. 2787 comma 3 c.c. avrebbe così una semplice funzione di chiarificazione e ripetizione dello stesso concetto rappresentato dalla determinabilità del contratto di cui all'art. 1346 c.c., ovvero consentirebbe di configurare la sufficiente determinazione anche tramite dati esterni al contratto e quindi con una determinazione *per relationem*, implicando una questione di natura meramente probatoria.

✓ Il pegno rotativo

La figura del pegno rotativo, oggi riconosciuta in numerose disposizioni normative, è sorta nell'ambito della prassi bancaria e finanziaria e si caratterizza per l'accordo che le parti, nell'ambito di una operazione di credito, predispongono a fianco della costituzione in pegno di valori mobiliari (normalmente titoli di Stato); si tratta di un patto di sostituzione dell'oggetto della garanzia, in forza del quale alla banca, creditrice pignorataria, è attribuito il potere di realizzare i titoli in scadenza con l'obbligo del successivo reimpiego delle somme in nuovi titoli da sottoporre all'originario diritto di garanzia.

La figura ha inizialmente suscitato qualche perplessità nell'interpretazione della giurisprudenza soprattutto in ordine alla individuazione degli effetti giuridici derivanti dagli atti di modificazione dell'oggetto del negozio di garanzia, che, inizialmente, alcuni interpreti hanno ricondotto nell'alveo della novazione, giustificando così l'idea che ad ogni sostituzione debba seguire la costituzione di un nuovo diritto di pegno.

Di qui le evidenti conseguenze negative per il creditore pignoratizio in sede di opponibilità e di prelazione (ove, per esempio, venga dichiarato il fallimento del costituente, gli autonomi atti di sostituzione dell'oggetto posti in essere durante il periodo sospetto potranno senz'altro essere revocati, nonostante l'atto originario di costituzione del vincolo sia precedente a tale periodo). Soltanto in seguito all'analisi effettuata dalla dottrina è stato possibile configurare la fattispecie in termini compiuti, tali da renderla ammissibile sia sul piano dogmatico, sia su quello sistematico, sottraendola, per un verso, alla qualificazione atipica che le era stata originariamente attribuita e facendole, per un altro, ottenere piena cittadinanza giuridica quale forma, «anomala», di garanzia, come tale produttiva degli effetti legali che l'ordinamento riconduce allo schema tipico del pegno.

La giurisprudenza ha precisato che i privati se hanno il potere di determinare, entro i limiti posti dalla legge, il contenuto del contratto non possono, invece, intervenire sulla disciplina dei suoi requisiti di validità e di efficacia, in quanto la predeterminazione delle condizioni cui è subordinata la recezione, nella sfera del diritto, del regolamento da esse dato ai propri interessi (art. 1372 comma 1 c.c.) è sottratta al loro potere dispositivo.

Di qui la conseguenza che non possa ammettersi che le parti, ove intendano concludere un contratto, come quello costitutivo del pegno, configurato dalla legge come contratto reale, abbiano la possibilità di optare per una sua versione consensuale.

Tali conclusioni non escludono, tuttavia, la possibilità di salvaguardare, con apposite convenzioni, la continuità della garanzia, nonostante il variare dei beni che ne costituiscono l'oggetto: l'ammissibilità di modificazioni oggettive che non facciano venir meno l'identità del rapporto giuridico o che, pur dando vita alla costituzione di un rapporto nuovo, assicurino, comunque, la tutela della situazione giuridica preesistente è, in effetti, specificamente riconosciuta dal legislatore, rispetto ai diritti reali di garanzia, con una serie di disposizioni (artt. 2742, 2795 commi 1 e 2, 2815 e 2816, 2825 comma 2 c.c.) che, nella diversità delle ipotesi regolate, sono legate da un aspetto comune, costituito dal fatto di prendere in considerazione la cosa per la sua componente di valore, in piena aderenza all'interesse del titolare del diritto, che non è rivolto al bene nella sua individualità, ma al suo valore economico.

Non è quindi possibile negare, in linea di principio, la rilevanza giuridica di pattuizioni le quali prevedano, rispetto a tali rapporti, la sostituzione, totale o parziale, dell'oggetto della garanzia, salvaguardando la continuità del rapporto.

Dunque il patto di rotatività non può avere che effetti meramente obbligatori rispetto alla futura sostituzione del bene oggetto del pegno: ma la consegna del bene sostitutivo, con il conseguente effetto traslativo del diritto reale su di esso, può essere riguardata come elemento di una fattispecie a formazione progressiva, che trae origine dall'accordo stipulato dalle parti con il patto di rotatività. Infatti, la giurisprudenza e la dottrina prevalenti costruiscono il pegno di cosa futura appunto come una fattispecie a formazione progressiva, che trae origine dall'accordo delle parti (accordo in base al quale vanno determinate la certezza della data e la sufficiente specificazione del credito garantito) avente meri effetti obbligatori e si perfeziona con la venuta a esistenza della cosa e con la consegna di essa al creditore. In tale fattispecie la volontà delle parti è già perfetta nel momento in cui nell'accordo sono determinati sia il credito da garantire che il pegno da offrire in garanzia, mentre l'elemento che deve verificarsi in futuro, per il completamento della fattispecie, è meramente materiale, consistendo esso, oltre che nella venuta ad esistenza della cosa, nella consegna di questa al creditore.

Rassegna giurisprudenziale

• Il creditore assistito da pegno irregolare, a differenza di quello assistito da pegno regolare, non può (per carenza di interesse) e non è tenuto ad insinuarsi nel passivo fallimentare, ai sensi dell'art. 53 legge fall., per il soddisfacimento del proprio credito. — Cass. **S.U.** 14-5-2001, n. 202.

• La disposizione contenuta nell'art. 56 legge fallimentare rappresenta una deroga al concorso, a favore dei soggetti che si trovino ad essere al contempo creditori e debitori del fallito, non rilevando il momento in cui l'effetto compensativo si produce e ferma restando l'esigenza dell'antiorità del fatto genetico della situazione giuridica estintiva delle obbligazioni contrapposte. Le stesse esigenze poste a base della citata norma giustificano l'ammissibilità anche della compensazione giudiziale nel fallimento, perché operi la quale è necessario che i requisiti dell'art. 1243 cod.civ. ricorrano da ambedue i lati e sussistano al momento della pronuncia, quando la compensazione viene eccitata. — Cass. **S.U.** 16-11-1999, n. 775.

• Qualora un fideiussore, a garanzia di altrui debiti già scaduti nei confronti di una banca, dia in pegno una somma di danaro o un libretto di deposito al portatore emesso dalla banca medesima, la possibilità di qualificare tale negozio come pegno irregolare dipende dagli accordi intercorsi tra le parti ed, in particolare, dal fatto che, in base a tali accordi (da interpretare ed eseguire secondo buona fede), sia stata concessa alla banca anche la facoltà di immediatamente disporre della somma ricevuta o di quella depositata sul libretto, e che resti escluso l'intento di estinguere subito il debito e di provocare la conseguente surrogazione del fideiussore nel diritto della banca creditrice verso il debitore principale. Solo ove invece ricorra l'ipotesi da ultimo evocata, la consegna alla banca delle somme o del libretto di deposito assume immediata funzione solutoria e perciò preclude alla banca medesima di ulteriormente pretendere l'adempimento dell'obbligazione da parte del debitore principale, impedendo che tale obbligazione possa continuare a produrre interessi a beneficio di detta banca. — Cass. civ. 15-2-2008, n. 3794.

• Premesso che il carattere reale del contratto di costituzione della garanzia pignorizia comporta che ogni sostituzione di beni dati in pegno configura un nuovo contratto, conseguendone l'assoggettabilità alla revoca ove la sostituzione sia avvenuta nei termini di cui agli artt. 64 e 67 della legge fallimentare, il cosiddetto patto di rotatività, in virtù del quale si preveda fin dall'origine la sostituzione totale o parziale dei beni oggetto della garanzia, considerati non nella loro individualità ma per il loro valore economico, salvaguardando in tal modo la continuità del rapporto, e facendosene risalire gli effetti all'originaria consegna, può essere operante solo ove la sostituzione dell'oggetto avvenga entro i limiti di valore dei beni originariamente dati in pegno. — Cass. 28-5-1998, n. 5264.

• Il cosiddetto patto di «rotatività», in virtù del quale si prevede sin dall'origine la sostituzione totale o parziale dei beni oggetto della garanzia, considerati non nella loro individualità ma per il loro valore economico, dà luogo ad una fattispecie a formazione progressiva che trae origine dall'accordo delle parti e si perfeziona con la sostituzione dell'oggetto del pegno senza necessità di ulteriori stipulazioni e quindi nella continuità del rapporto originario, i cui effetti risalgono alla consegna dei beni originariamente dati in pegno; pertanto, ai fini dell'esperibilità dell'azione revocatoria fallimentare, la genesi del diritto reale di garanzia deve stabilirsi al momento della stipulazione originaria e non a quello successivo della sostituzione (nella specie, in applicazione di tali principi, la S.C. ha confermato la sentenza di merito che aveva escluso la revocabilità di un atto con cui erano stati costituiti in pegno titoli del debito pubblico a garanzia di debiti preesistenti e non scaduti della società poi fallita, in adempimento di un precedente accordo che prevedeva, alla scadenza, la sostitu-

zione dei titoli con altri dello stesso tipo e valore, ove la sola sostituzione e non anche la consegna originaria era avvenuta nei termini di cui agli artt. 64 e 67 della legge fallimentare). — Cass. 27-9-1999, n. 10685.

Copyright © Esselibri S.p.A.

Il candidato tratti del diritto scriminante di critica, anche in relazione al diritto di cronaca ed al rilievo della verità dei fatti riportati, dopo aver esaminato la causa di giustificazione che ne costituisce il fondamento normativo

Riferimenti normativi: art. 51 c.p.

Schema di trattazione

- ✓ *La scriminante dell'esercizio del diritto: profili generali.*
- ✓ *Il diritto di critica scriminante: profili generali.*
- ✓ *Segue: Specifiche tipologie.*
- ✓ *Il diritto di cronaca: cenni disciplinari, rapporti con il diritto di critica e rilevanza della verità dei fatti narrati.*
- ✓ *Rassegna giurisprudenziale.*
- ✓ *Bibliografia.*

✓ *La scriminante dell'esercizio del diritto: profili generali*

Prima di effettuare un'analisi concernente gli elementi costitutivi dell'esercizio del diritto di critica, anche in relazione al diritto di cronaca, in funzione scriminante, appare opportuno delineare i profili strutturali essenziali della causa di giustificazione, sul cui «tessuto normativo» riposa la scriminante anzidetta. La relativa previsione è contenuta nell'art. 51, primo comma, c.p., nel quale, fra l'altro, si legge che «*l'esercizio di un diritto esclude la punibilità*».

In dottrina si ritiene che la *ratio* della scriminante vada identificato nel brocardo latino «*qui iure suo utitur neminem laedit*», costituendo un nonsense giuridico il fatto di ritenere che la legge possa consentire e punire contemporaneamente il medesimo comportamento. In concreto, ricorre una convergenza di norme in conflitto che si verifica quando due norme appaiono riferirsi ad uno stesso fatto, l'una autorizzandolo e l'altra vietandolo, pur se una sola è in realtà applicabile. Ebbene, la scriminante in esame trova applicazione quando la norma sul diritto prevale su quella incriminatrice.

Per ciò che concerne il concetto di «diritto» con funzione scriminante, la dottrina meno recente ritiene che debba trattarsi di un *vero e proprio diritto soggettivo*

vo, protetto in modo diretto ed individuale e tale da comportare il sacrificio di tutti gli altri interessi con esso contrastanti.

La dottrina più recente è, invece, dell'avviso che, più correttamente, il concetto di «diritto» vada inteso nella accezione più ampia, quale *potere giuridico di agire* (sia esso diritto soggettivo, potestativo, potestà, facoltà giuridica); *non rientrano* nella nozione, invece, gli *interessi* legittimi e i c.d. interessi *semplici* almeno fino a quando non si riconosce a chi ne è titolare un potere d'azione. Parte della dottrina legge una conferma a tale ultima tesi «estensiva» nell'art. 4 della L. 24-11-1981, n. 689 che, nel disciplinare le cause di giustificazione degli illeciti amministrativi, anziché parlare di «*esercizio del diritto*» ha preferito parlare di «*esercizio di una facoltà legittima*».

La giurisprudenza aderisce, invece, in prevalenza, alla tesi restrittiva, sostenendo, a titolo esemplificativo, che per la configurazione dell'esimente dell'esercizio di un diritto, di cui all'art. 51 c.p., il diritto — il cui esercizio può escludere la punibilità di un fatto sanzionato penalmente — deve essere un vero e proprio diritto soggettivo protetto in modo diretto ed individuale, tale da comportare il sacrificio di tutti gli altri interessi in contrasto con esso.

Naturalmente la titolarità di un diritto non è sufficiente per la sua eventuale rilevanza scriminante, ma occorre anche che la condotta, come concretamente posta in essere dall'agente, sia espressamente prevista e permessa o dalla stessa norma che riconosce il diritto o da altra norma particolare.

Ciò detto sulla nozione di diritto il cui esercizio è potenzialmente scriminante, ci si deve interrogare su quali siano le fonti da cui tale diritto può avere origine. Secondo la prevalente dottrina, possono essere le più *varie* perché le cause di giustificazione, in quanto di natura non specificamente penalistica, non soggiacciono al principio della riserva di legge statale. Rientrerebbero, dunque, in tale novero la *legge* in senso stretto, sia *statale* che *regionale*, il *regolamento*, l'*atto amministrativo*, il *provvedimento giurisdizionale* (sentenza, ordinanza, decreto), il *contratto* di diritto privato, la *consuetudine*.

Altra parte della dottrina, invece, sostiene che essendo l'art. 51, 1° comma, una *scriminante in bianco*, per il principio di legalità non potrebbero essere fonte del diritto che scrimina né la legge regionale né il regolamento né la consuetudine. Contro questa tesi, peraltro, si osserva che le scriminanti sono «norme dell'intero ordinamento», espressione di principi generali che, come tali, non soggiacciono alle regole costitutive, anche costituzionali, del diritto penale, qual è il principio di legalità.

Tutto ciò premesso in relazione all'«ontologia» del diritto scriminante, è necessario, a questo punto, precisare che, per escludere l'antigiuridicità di un fatto penalmente rilevante, si richiede che il diritto venga esercitato dal suo titolare. Se si tratta di un *diritto non personale*, ne è ammesso l'esercizio per il tramite di un rappresentante, al quale si estenderà la scriminante relativa. Avendo, inoltre, la scriminante in esame natura oggettiva, essa opererà anche se ignorata dal soggetto o per errore da lui ritenuta inesistente.

Appare di intuitiva evidenza che la titolarità di un diritto non rende automaticamente lecita ogni azione o modo di esercizio di esso. Nel nostro ordinamento, infatti, non esistono diritti illimitati, il cui esercizio è consentito a prescindere dal rispetto di regole o di uguali diritti altrui. Al riguardo è possibile enucleare taluni *limiti intrinseci*, relativi al contenuto astratto del diritto, secondo la fonte da cui deriva, ed altri *limiti estrinseci*, relativi al modo concreto di esercizio che deve essere effettuato in maniera tale da non violare altrui diritti collegati o compresi nel diritto esercitato. I limiti intrinseci sono, dunque, quelli che si ricavano dalla disciplina positiva del diritto del cui esercizio si discute, mentre quelli estrinseci si ricavano dal complesso dell'ordinamento giuridico, compreso quello penale, e consistono nella salvaguardia di quei diritti o interessi che abbiano valore uguale, o addirittura maggiore, di quello del cui esercizio si discute.

Merita un cenno una tesi secondo la quale sarebbe possibile estendere analogicamente all'art. 51, ritenuto eccessivamente generico, i requisiti richiesti dal legislatore per l'applicazione della *legittima difesa* e dello *stato di necessità*. In virtù di tale tesi, dunque, l'esercizio del diritto avrebbe efficacia scriminante soltanto nel caso in cui sussistano il pericolo attuale di perderlo, la necessità di esercitarlo e la proporzione tra il diritto esercitato e quello sacrificato. La Cassazione, nonché la prevalente dottrina, ritengono, per converso che la scriminante dell'esercizio del diritto e quella del consenso dell'avente diritto non siano suscettibili di applicazione analogica.

✓ **Il diritto di critica scriminante: profili generali**

Alla scriminante disciplinata dall'art.51, primo comma, del codice penale sono da ricondurre alcune ipotesi in cui la non punibilità deriverebbe appunto dall'esercizio del diritto. Una di queste è proprio l'esercizio del diritto di critica. Anche tale diritto, come quello di cronaca, di cui si dirà di seguito, costituisce una *species* del diritto di manifestazione del pensiero, sancito dall'art. 21 della Costituzione: da ciò consegue che, allorché l'esercizio di tale diritto implichi anche la realizzazione di una fattispecie penale, come l'ingiuria o la diffamazione, l'autore non sarà punibile, in presenza delle condizioni di applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p.

Analogamente al diritto di cronaca, dunque, anche quello di critica va esercitato entro limiti ben precisi perché possa invocarsi la causa di giustificazione indicata. Il limite essenziale del diritto di critica è costituito dal *principio del neminem laedere* per effetto del quale la critica deve mantenersi entro il limite della correttezza del linguaggio da usare in ogni forma di manifestazione del pensiero e rispettare gli altrui diritti, tra cui quelli della reputazione, del decoro, della onorabilità di ogni persona fisica o giuridica.

Ogni qualvolta tale limite, con i caratteri suddetti, venga superato, si avrà abuso del diritto e l'agente sarà chiamato a rispondere dell'illecito commesso. In tal

senso, si è affermato in giurisprudenza (con specifico riferimento al delitto di diffamazione a mezzo stampa) che il rispetto del limite della continenza che integra la scriminante del diritto di critica (art. 51 c.p.) richiede che il pieno soddisfacimento delle ragioni dell'informazione non debordi oltre la necessità dell'efficace comunicazione che ammette anche termini corrosivi purché preordinati ad una migliore informazione, mentre tale limite deve ritenersi superato quando le espressioni adottate risultino pretestuosamente denigratorie e sovrabbondanti rispetto allo scopo che il giornalista si è prefisso. In altra pronuncia, la Cassazione è giunta ad affermare che l'esercizio del diritto di critica postula l'uso del metodo scientifico che implica l'esautiva ricerca del materiale utilizzabile, lo studio delle fonti di provenienza e il ricorso ad un linguaggio corretto e scevro da polemiche personali. In definitiva, l'esercizio della critica per assumere rilievo scriminante nei confronti di un'offesa deve essere esercitato nei limiti del diritto costituzionalmente garantito, sicché restano ugualmente punibili le espressioni inutilmente volgari, umilianti o dileggianti. Peraltro, si è anche puntualizzato che la valutazione di una critica, al fine di stabilire se costituisca o meno esercizio del relativo diritto, non può prescindere dal contesto in cui si colloca l'oggetto della critica medesima e da quello in cui essa si esprime: in tal senso non si può pretendere che ad affermazioni apodittiche e comunque non argomentate — oggetto della critica — si contrapponga una critica al contrario ricca di approfondimenti e distinzioni.

✓ **Segue: Specifiche tipologie**

Fra le tipologie di diritto di critica oggetto di maggior interesse interpretativo da parte della giurisprudenza, vi è il diritto di *critica politica*, rispetto al quale la giurisprudenza è orientata nel senso di consentire una *asprezza maggiore* di quella normale alle altre figure, a condizione però che si rispettino sempre i limiti della verità e dell'interesse sociale ed a condizione che la condotta dell'agente non tramodi in aggressioni gratuite, non pertinenti ai temi in discussione ed integranti invece l'utilizzo di «*argumenta ad hominem*», intesi a screditare l'avversario mediante l'evocazione di una sua presunta indegnità od inadeguatezza personale, piuttosto che a criticarne i programmi e le azioni.

Volendo esemplificare citando taluni significativi pronunciamenti della Cassazione, si è affermato che il diritto di critica — i cui limiti scriminanti sono più ampi di quelli relativi al diritto di cronaca — riveste necessariamente connotazioni soggettive ed opinabili quando si svolga in ambito politico, in cui risulta preminente l'interesse generale al libero svolgimento della vita democratica; ne consegue che, una volta riconosciuta la ricorrenza della polemica politica ed esclusa la sussistenza di ostilità e malanimo personale, è necessario valutare la condotta dell'imputato alla luce della scriminante del diritto di critica di cui all'art. 51 cod. pen. In altra occasione, la Corte ha affermato che l'applicazione della scriminante del diritto di critica, pur nell'ambito della polemica tra avversari di contrapposti schieramenti od orienta-

menti di per sé improntata ad un maggior grado di virulenza, presuppone che la critica sia espressa con argomentazioni, opinioni, valutazioni, apprezzamenti che non degenerino in attacchi personali o in manifestazioni gratuitamente lesive dell'altrui reputazione, strumentalmente estese anche a terreni estranei allo specifico della contesa politica, e non ricorrano all'uso di espressioni linguistiche oggettivamente offensive ed estranee al metodo e allo stile di una civile contrapposizione di idee, oltre che non necessarie per la rappresentazione delle posizioni sostenute e non funzionali al pubblico interesse. Né il travalicamento di tali limiti può ritenersi lecito in ragione della recente comparsa dei protagonisti sulla scena politica, essendo semmai vero che proprio tale novità e l'estrazione di tali soggetti dalla cosiddetta società civile dovrebbero garantirne un più intenso radicamento ai canoni ordinari della critica e della dialettica ed un maggior rispetto delle convenzioni comportamentali praticate nei contesti di provenienza. Tale orientamento ha trovato sostanziale conferma, di recente, in altro pronunciamento, nel quale si afferma che non costituisce esercizio del diritto di critica politica, con effetto scriminante della condotta ingiuriosa, l'espressione che ecceda il limite della continenza, consistendo non già in un dissenso motivato espresso in termini misurati e necessari, bensì in un attacco personale lesivo della dignità morale ed intellettuale della persona che, anche nel contesto di vivace polemica di un confronto politico, resta penalmente rilevante (Cass. 28-7-2009, n. 31096).

Altra tipologia di diritto di critica, oggetto di reiterato interesse da parte della giurisprudenza, è la c.d. *critica giudiziaria*. A tal proposito, si è affermato che i limiti della critica alle istituzioni giudiziarie sono preordinati a garantirne la difesa da attacchi sprovvisti di fondamento e non suscettibili di smentita in virtù del dovere di riservatezza che impedisce ai magistrati presi di mira di reagire agli attacchi loro rivolti; tali limiti non sussistono qualora la critica concerna indagini non in corso ma inchieste giudiziarie aventi innegabile effetto politico e il dibattito polemico sia scaturito da una riflessione pubblica innestata dalla stessa persona offesa che si sia risolta ad intervenire liberamente sulla scena pubblica esternando le proprie considerazioni attraverso un'intervista a un quotidiano a tiratura nazionale, oggetto di replica da parte dell'articolo di stampa incriminato. Sullo stesso tema, si è, di recente, sostenuto (Cass. 10-3-2009, n. 10631) che l'attribuzione di parzialità per ragioni politiche deve ritenersi intrinsecamente offensiva della qualità di qualunque soggetto investito dell'esercizio della funzione giudiziaria. In altra significativa pronuncia, si è sostenuto (in relazione ad un procedimento per diffamazione a mezzo stampa) che ricorre l'esimente del diritto di critica giudiziaria allorché sussista il requisito della verità del fatto riferito e criticato, l'interesse pubblico alla notizia e la continenza espressiva. Per converso, si è esclusa la sussistenza di tale scriminante, nel caso in cui quanto affermato si traduca in una accusa, rivolta ad un magistrato del pubblico ministero, di asservimento della funzione giudiziaria ad interessi personali, partitici, politici, ideologici, o di strumentalizzazione della stessa per finalità estranee a quelle proprie, in ragione dei doveri

istituzionali, all'operato del pubblico ministero, in quanto si risolve in un attacco morale alla persona.

In qualche pronuncia, la Cassazione si è occupata, altresì, del c.d. *diritto di critica commerciale*. In una di tali asseriti, in particolare, ha affermato, in relazione ad un procedimento concernente il reato di diffamazione a mezzo stampa, che il diritto di critica espresso nell'ambito della concorrenza commerciale non può trascendere in atti di concorrenza sleale, incontrando il limite di cui all'art. 2598, n. 2 cod. civ. (Cass. 11-11-2008, n. 42029).

✓ ***Il diritto di cronaca: cenni disciplinari, rapporti con il diritto di critica e rilevanza della verità dei fatti narrati***

Analogamente a quanto sopra detto in merito al diritto di critica, anche quello di cronaca costituisce un *diritto pubblico soggettivo*, che rientra in quello più ampio concernente la libera manifestazione di pensiero e di stampa sancito dall'art. 21 della Costituzione.

Se è innegabile, in dottrina ed in giurisprudenza, che la garanzia costituzionale comporta che il diritto di cronaca giornalistica possa essere esercitato anche quando ne derivi una lesione all'altrui reputazione, discussi sono i *limiti entro cui l'esercizio di tale diritto può ritenersi lecito*, può, cioè, essere invocato come causa di non punibilità. Anche in tale occasione, speciale rilievo assume l'opera interpretativa della giurisprudenza della Cassazione, la quale ha, fra l'altro, sostenuto che i limiti all'esercizio del diritto di cronaca sono costituiti: 1) dalla verità dei fatti narrati; 2) dalla loro pertinenza, ossia dall'oggettivo interesse che essi fatti rivestono per l'opinione pubblica; 3) dalla correttezza con cui gli stessi vengono riferiti (cosiddetta *continenza*), essendo estranei all'interesse sociale che giustifica la discriminante in parola ogni inutile eccesso e ogni aggressione dell'interesse morale della persona. In ordine al primo requisito, va osservato che, prescindendo da ogni controversa opinione filosofica sull'argomento, per «verità», ai fini che qui interessano, deve intendersi la sostanziale corrispondenza (*adaequatio*) tra fatti come sono accaduti (*res gestae*) e i fatti come sono narrati (*historia rerum gestarum*). Solo la verità come correlazione rigorosa tra il fatto e la notizia soddisfa alle esigenze della informazione e riporta l'azione nel campo dell'operatività dell'art. 51 c.p., rendendo non punibile (nel concorso dei requisiti della pertinenza e della continenza) l'eventuale lesione della reputazione altrui. Il principio della verità, quale presupposto dell'esistenza stessa del diritto di cronaca oltreché del suo legittimo esercizio, comporta, come suo inevitabile corollario, l'obbligo del giornalista, non solo di controllare l'attendibilità della fonte, ma altresì di accertare la verità della notizia, talché solo se tale obbligo sia stato scrupolosamente adempiuto, l'esimente dell'art. 51 c.p. potrà essere utilmente invocata.

Quanto ai profili differenziali fra diritto di critica e di cronaca, si è affermato che il diritto di critica si differenzia da quello di cronaca essenzialmente in quanto il

primo non si concretizza, come l'altro, nella narrazione di fatti, bensì nell'espressione di un giudizio o, più genericamente, di un'opinione che, come tale, non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che la critica, per sua natura, non può che essere fondata su un'interpretazione, necessariamente soggettiva, di fatti e di comportamenti. Non si tratta dunque di valutare la veridicità di proposizioni assertive, per le quali possa configurarsi un onere di previo riscontro della loro rispondenza al vero, quanto piuttosto di stimare la correttezza delle espressioni usate.

È, dunque, a questo punto, possibile analizzare il rilievo che la veridicità dei fatti narrati assume nelle due diverse configurazioni di esercizio del diritto. Un primo orientamento della Cassazione afferma che quando il discorso giornalistico ha una funzione prevalentemente valutativa, nell'esercizio, dunque, del diritto di critica, non si pone un problema di veridicità delle proposizioni assertive ed i limiti scriminanti sono solo quelli costituiti dalla rilevanza sociale dell'argomento e dalla correttezza di espressione, con la conseguenza che detti limiti sono superati ove l'agente trascenda in attacchi personali, diretti a colpire su un piano individuale la sfera morale del soggetto criticato, penalmente protetta. Un diverso orientamento attribuisce, invece, anche per il diritto di critica, specifica rilevanza alla verità dei fatti narrati. In particolare, si afferma che l'esercizio del diritto di critica richiede la verità del fatto attribuito e assunto a presupposto delle espressioni criticate, in quanto — fermo restando che la realtà può essere percepita in modo differente e che due narrazioni dello stesso fatto possono perciò stesso rivelare divergenze anche marcate — non può essere consentito attribuire ad un soggetto specifici comportamenti mai tenuti o espressioni mai pronunciate, per poi esporlo a critica come se quei fatti o quelle espressioni fossero effettivamente a lui riferibili; pertanto, limitatamente alla verità del fatto, non sussiste alcuna apprezzabile differenza tra l'esimente del diritto di critica e quella del diritto di cronaca, costituendo per entrambe presupposto di operatività.

Tale ultimo orientamento ha trovato conferma, di recente, in una ulteriore pronuncia della Corte, nella quale si afferma che per la sussistenza dell'esimente dell'esercizio del diritto di critica è necessario che quanto riferito non trasmodi in gratuiti attacchi alla sfera personale del destinatario e rispetti un nucleo di veridicità, in mancanza del quale la critica sarebbe pura congettura e possibile occasione di dilleggio e di mistificazione, fermo restando che l'onere del rispetto della verità è più attenuato rispetto all'esercizio del diritto di cronaca, in quanto la critica esprime un giudizio di valore che, in quanto tale, non può pretendersi rigorosamente obiettivo (in tal senso Cass. 13-11-2009, n. 43403).

Rassegna giurisprudenziale

- Il diritto, il cui esercizio può escludere la punibilità di un fatto sanzionato penalmente, deve essere un vero e proprio diritto soggettivo, protetto in modo diretto ed individuale, tale da comportare il sacrificio di tutti gli altri interessi in contrasto con esso. (Fattispecie relativa

a decisione, annullata dalla suprema corte, che, in tema di lesioni colpose, aveva ritenuto la scriminante dell'esercizio del diritto alla circolazione nella condotta del conducente di un autobus di linea che aveva invaso l'altra corsia, allo scopo di superare una fila di auto in sosta in prossimità di una curva, ed era venuto a collisione con altro veicolo proveniente in senso contrario). — Cass. 25-6-1982, n. 9250.

• Per la configurazione dell'esimente dell'esercizio di un diritto, di cui all'art. 51 cod. pen., il diritto — il cui esercizio può escludere la punibilità di un fatto sanzionato penalmente — deve essere un vero e proprio diritto soggettivo protetto in modo diretto ed individuale, tale da comportare il sacrificio di tutti gli altri interessi in contrasto con esso. È necessario, altresì, che l'attività posta in essere costituisca una corretta estrinsecazione delle facoltà inerenti al diritto in questione, poiché — in caso contrario — si superano i confini dell'esercizio lecito e si configurano ipotesi di abuso del diritto stesso, che ricadono al di fuori della sfera di operatività dell'art. 51 cod. pen. (Nella specie la S.C. ha ritenuto che abitare un immobile anteriormente al rilascio della licenza di abitabilità significa non «esercitare» il diritto di proprietà, ma «abusare» di esso, ed a nulla rilevano l'inerzia o il ritardo della P.A.). — Cass. 11-6-1996, n. 5889.

• In tema di diffamazione a mezzo stampa, i limiti della critica alle istituzioni giudiziarie sono preordinati a garantirne la difesa da attacchi sprovvisti di fondamento e non suscettibili di smentita in virtù del dovere di riservatezza che impedisce ai magistrati presi di mira di reagire agli attacchi loro rivolti; tali limiti non sussistono qualora la critica concerna indagini non in corso ma inchieste giudiziarie aventi innegabile effetto politico (inchiesta «Mani pulite»), e il dibattito polemico sia scaturito da una riflessione pubblica innestata dalla stessa persona offesa che si sia risolta ad intervenire liberamente sulla scena pubblica esternando le proprie considerazioni attraverso un'intervista a un quotidiano a tiratura nazionale, oggetto di replica da parte dell'articolo di stampa incriminato; d'altro canto, l'art. 21 Cost., analogamente all'art. 10 Cedu, non protegge unicamente le idee favorevoli o inoffensive o indifferenti, essendo al contrario principalmente rivolto a garantire la libertà proprio delle opinioni che «urtano, scuotono o inquietano», con la conseguenza che di esse non può predicarsi un controllo se non nei limiti della contenenza espositiva, che, una volta riscontrata, integra l'esimente del diritto di critica. — Cass. 2-7-2007, n. 25138.

• In tema di diffamazione, l'applicazione della scriminante del diritto di critica, pur nell'ambito della polemica tra avversari di contrapposti schieramenti od orientamenti di per sé improntata ad un maggior grado di virulenza, presuppone che la critica sia espressa con argomentazioni, opinioni, valutazioni, apprezzamenti che non degenerino in attacchi personali o in manifestazioni gratuitamente lesive dell'altrui reputazione, strumentalmente estese anche a terreni estranei allo specifico della contesa politica, e non ricorrano all'uso di espressioni linguistiche oggettivamente offensive ed estranee al metodo e allo stile di una civile contrapposizione di idee, oltre che non necessarie per la rappresentazione delle posizioni sostenute e non funzionali al pubblico interesse. Né il travalicamento di tali limiti può ritenersi lecito in ragione della recente comparsa dei protagonisti sulla scena politica, essendo semmai vero che proprio tale novità e l'estrazione di tali soggetti dalla cosiddetta società civile dovrebbero garantirne un più intenso radicamento ai canoni ordinari della critica e della dialettica ed un maggior rispetto delle convenzioni comportamentali praticate nei contesti di provenienza. — Cass. 24-6-2005, n. 23805.

• Ai fini della configurabilità dell'esimente di cui all'art. 51 cod. pen. per il reato di diffamazione a mezzo stampa, il diritto di cronaca (e di critica), come ogni diritto si definisce per mezzo dei suoi stessi limiti, che consentono di precisarne il contenuto e di determinarne l'ambito di esercizio. Tali limiti secondo il costante insegnamento di questa corte, sono costituiti: 1) dalla verità del fatto narrato; 2) dalla loro pertinenza, ossia dall'oggettivo inte-

resse che essi fatti rivestono per l'opinione pubblica; 3) dalla correttezza con cui gli stessi vengono riferiti (cosiddetta continenza), essendo estranei all'interesse sociale che giustifica la discriminante in parola ogni inutile eccesso e ogni aggressione dell'interesse morale della persona. In ordine al primo requisito, va osservato che, prescindendo da ogni controversa opinione filosofica sull'argomento, per «verità», ai fini che qui interessano, deve intendersi la sostanziale corrispondenza (adaequatio) tra fatti come sono accaduti (res gestae) e i fatti come sono narrati (historia rerum gestarum). Solo la verità come correlazione rigorosa tra il fatto e la notizia soddisfa alle esigenze della informazione e riporta l'azione nel campo dell'operatività dell'art. 51 cod. pen., rendendo non punibile (nel concorso dei requisiti della pertinenza e della continenza) eventuale lesione della reputazione altrui. Il principio della verità, quale presupposto dell'esistenza stessa del diritto di cronaca oltretutto del suo legittimo esercizio, comporta, come suo inevitabile corollario, l'obbligo del giornalista, non solo di controllare l'attendibilità della fonte, ma altresì di accertare le verità della notizia, talché solo se tale obbligo sia stato scrupolosamente adempiuto, l'esimente dell'art. 51 cod. pen. potrà essere utilmente invocata. — Cass. 6-7-1992, n. 7632.

- Il diritto di critica si differenzia essenzialmente da quello di cronaca, in quanto, a differenza di quest'ultimo non si concretizza nella narrazione di fatti, bensì nell'espressione di un giudizio e, più in generale, di un'opinione che, come tale, non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che la critica non può che essere fondata su un'interpretazione necessariamente soggettiva dei fatti. Ne deriva che quando il discorso giornalistico ha una funzione prevalentemente valutativa, non si pone un problema di veridicità delle proposizioni assertive ed i limiti scriminanti del diritto di critica, garantito dall'art. 21 Cost., sono solo quelli costituiti dalla rilevanza sociale dell'argomento e dalla correttezza di espressione, con la conseguenza che detti limiti sono superati ove l'agente trascenda in attacchi personali, diretti a colpire su un piano individuale la sfera morale del soggetto criticato, penalmente protetta. (In applicazione di tale principio, la S.C. ha ritenuto sussistente la scriminante dell'esercizio del diritto di critica con riguardo ad un articolo in cui il giornalista aveva criticato le modalità di svolgimento di alcune indagini dirette da un P.M., usando l'espressione «bulimia istruttoria»). — Cass. 25-1-2005, n. 2247.

- In tema di diffamazione il diritto di critica si differenzia da quello di cronaca essenzialmente in quanto il primo non si concretizza, come l'altro, nella narrazione di fatti, bensì nell'espressione di un giudizio o, più genericamente, di un'opinione che, come tale, non può pretendersi rigorosamente obiettiva, posto che la critica, per sua natura, non può che essere fondata su un'interpretazione, necessariamente soggettiva, di fatti e di comportamenti. Non si tratta dunque di valutare la veridicità di proposizioni assertive, per le quali possa configurarsi un onere di previo riscontro della loro rispondenza al vero, quanto piuttosto di stimare la correttezza delle espressioni usate. — Cass. 27-6-2000, n. 7499.

- In tema di diffamazione a mezzo stampa, l'esercizio del diritto di critica richiede la verità del fatto attribuito e assunto a presupposto delle espressioni criticate, in quanto — fermo restando che la realtà può essere percepita in modo differente e che due narrazioni dello stesso fatto possono perciò stesso rivelare divergenze anche marcate — non può essere consentito attribuire ad un soggetto specifici comportamenti mai tenuti o espressioni mai pronunciate, per poi esporlo a critica come se quei fatti o quelle espressioni fossero effettivamente a lui riferibili; pertanto, limitatamente alla verità del fatto, non sussiste alcuna apprezzabile differenza tra l'esimente del diritto di critica e quella del diritto di cronaca, costituendo per entrambe presupposto di operatività. — Cass. 23-2-2007, n. 7662.

- In tema di diffamazione, per la sussistenza dell'esimente dell'esercizio del diritto di critica è necessario che quanto riferito non trasmodi in gratuiti attacchi alla sfera personale del destinatario e rispetti un nucleo di veridicità, in mancanza del quale la critica sarebbe

pura congettura e possibile occasione di dilleggio e di mistificazione, fermo restando che l'onere del rispetto della verità è più attenuato rispetto all'esercizio del diritto di cronaca, in quanto la critica esprime un giudizio di valore che, in quanto tale, non può pretendersi rigorosamente obiettivo. — Cass. 13-11-2009, n. 43403.

Bibliografia

CARACCIOLI, *L'esercizio del diritto*, Milano 1965, pag. 101 e segg.; **DELITALA**, *I limiti giuridici della libertà di stampa*, in *Justitia*, 1959; **MALINVERNI**, *L'esercizio del diritto: un metodo di interpretazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, pag. 367 e segg.; **NUVOLONE**, *Il diritto penale della stampa*, Milano, 1971; **PAGLIARO**, *Principi di diritto penale, parte generale*, Milano, 1987; **POLVANI**, *La diffamazione a mezzo stampa*, Cedam, 1995; **VASSALLI**, *Libertà di stampa e tutela penale dell'onore*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1997.

Tema 10

Premessi brevi cenni sulle novità introdotte nella disciplina del lavoro alle dipendenze della P.A. dalla legge delega n. 15/2009 e dal D.Lgs. 150/2009, si soffermi il candidato sulla riforma della dirigenza pubblica

di Alessandra Pedaci

Riferimenti normativi: D.Lgs. 30-3-2001, n. 165; L. 4-3-2009, n. 15; D.Lgs. 27-10-2009, n. 150

Schema di trattazione

- ✓ *I principali profili innovativi introdotti dalla cd. «Riforma Brunetta».*
- ✓ *La nuova concezione della «funzione datoriale» dei dirigenti.*
- ✓ *Profili di responsabilità.*
- ✓ *Il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali.*
- ✓ *Il trattamento economico dei dirigenti pubblici.*
- ✓ *Bibliografia.*

✓ *I principali profili innovativi introdotti dalla cd. «Riforma Brunetta»*

L'amministrazione pubblica italiana, nel corso del *biennio 2008-2009*, è stata teatro di importanti cambiamenti ed innovazioni che ne hanno profondamente modificato la fisionomia e la struttura; in questo contesto, punto fondamentale è stata la riforma della disciplina del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni, portata avanti dall'attuale esecutivo, nella prospettiva di un più ampio progetto di ristrutturazione generale, a livello sia burocratico che organizzativo, e culminata nella *legge delega n. 15 del marzo 2009* e nella emanazione del *relativo decreto attuativo, il D.Lgs. 27-10-2009, n. 150*.

La materia del pubblico impiego era già stata incisa dalla cd. manovra d'estate e dal Piano Industriale della Pubblica Amministrazione del 2008; si tratta di interventi finalizzati a contrastare le inefficienze, l'assenteismo, la scarsa responsabilizzazione che, nonostante l'*iter* di riforme concernente il settore *de quo*, iniziato negli anni Novanta con la cd. prima privatizzazione e poi snodatosi attraverso la cd. seconda privatizzazione nonché l'emanazione del Testo Unico del 2001, ancora oggi sembrano affliggere il nostro sistema amministrativo.

Non a caso la legge delega n. 15 del 4 marzo 2009 è stata anche definita, nel linguaggio giornalistico, la Legge anti-fannulloni: essa reca delega al Governo per l'ottimizzazione della produttività nel pubblico impiego e per l'efficienza e trasparenza delle amministrazioni pubbliche (oltre disposizioni integrative delle funzioni attribuite al CNEL ed alla Corte dei conti).

Gli ambiti di intervento per l'esecutivo riguardano, in particolare: la contrattazione collettiva ed integrativa e la funzionalità delle amministrazioni pubbliche; i meccanismi di valutazione delle strutture e del personale delle amministrazioni, nonché il principio di trasparenza, inteso come accessibilità delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione della P.A. medesima; l'introduzione di strumenti di valorizzazione del merito e di metodi di incentivazione della produttività; la *materia della dirigenza pubblica*; la responsabilità dei pubblici dipendenti, soprattutto con riguardo al sistema delle sanzioni disciplinari.

In attuazione della predetta legge, in data 9 ottobre 2009 è stato definitivamente approvato dal Consiglio dei Ministri il D.Lgs. 150/2009, il cui articolo 1, comma 2, così testualmente recita: «Le disposizioni del presente decreto assicurano una migliore organizzazione del lavoro, il rispetto degli ambiti riservati rispettivamente alla legge e alla contrattazione collettiva, elevati standard qualitativi ed economici delle funzioni e dei servizi, l'incentivazione della qualità della prestazione lavorativa, la selettività e la concorsualità nelle progressioni di carriera, il riconoscimento di meriti e demeriti, la selettività e la valorizzazione delle capacità e dei risultati ai fini degli incarichi dirigenziali, il rafforzamento dell'autonomia, dei poteri e della responsabilità della dirigenza, l'incremento dell'efficienza del lavoro pubblico ed il contrasto alla scarsa produttività e all'assenteismo, nonché la trasparenza dell'operato delle amministrazioni pubbliche anche a garanzia della legalità».

I punti principali del decreto attuativo *de quo* possono riassumersi nei seguenti profili. Innanzitutto, con lo scopo di assicurare elevati standard qualitativi ed economici dei servizi, viene introdotto un articolato sistema di valutazione delle strutture e dei dipendenti pubblici. Invero, al fine di premiare i dipendenti capaci e meritevoli, è prevista l'attribuzione selettiva degli incentivi economici e di carriera: in questa prospettiva si colloca il cd. ciclo di gestione della *performance*, in cui vengono definiti a monte gli obiettivi da raggiungere, viene effettuato il monitoraggio delle *performances* lavorative, individuali ed organizzative, in corso di esercizio e, infine, avviene la rendicontazione dei risultati raggiunti, da parte degli organi di indirizzo politico ed amministrativo nonché dei competenti organi esterni, cittadini, soggetti interessati e destinatari dei servizi. In secondo luogo, il D.Lgs. 150 cit. introduce innovativi strumenti di valorizzazione del merito e di incentivazione della produttività e qualità della prestazione lavorativa: in tale prospettiva è prevista la predisposizione di una graduatoria delle valutazioni individuali attraverso tre distinte fasce in cui raggruppare il personale (in particolare, il venticinque per cento è collocato nella fascia di merito alta, alla quale corrisponde l'attri-

buzione del cinquanta per cento delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale; il cinquanta per cento è collocato nella fascia di merito intermedia, alla quale corrisponde l'attribuzione del cinquanta per cento delle risorse destinate al trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale; il restante venticinque per cento è collocato nella fascia di merito bassa, alla quale non corrisponde l'attribuzione di alcun trattamento accessorio collegato alla *performance* individuale).

Novità, poi, in tema di contrattazione collettiva e di responsabilità dei dipendenti. Per quanto concerne il primo aspetto, in questa sede basti dire che la fonte principale del rapporto di impiego ridiventa la legge e alla contrattazione viene lasciata la disciplina del solo rapporto di lavoro e della valutazione della produttività; riguardo la responsabilità, invece, è da sottolineare come la Riforma Brunetta, nell'ottica della lotta all'assenteismo e della scarsa produttività, abbia semplificato i procedimenti disciplinari nonché incrementato la loro funzionalità e, soprattutto, abbia previsto un più rigoroso sistema di sanzioni, in particolare con riferimento alle false attestazioni di presenza ovvero falsi certificati medici.

Ma uno degli ambiti maggiormente incisi dalla riforma del 2009 riguarda, senza dubbio, la disciplina della dirigenza pubblica.

✓ **La nuova concezione della funzione «datoriale» dei dirigenti**

Il Capo II del Titolo III del D.Lgs. 150/2009 è incentrato completamente sulla rivisitazione delle norme concernenti la dirigenza. L'art. 37 del citato decreto dispone testualmente che: «Le disposizioni del presente capo modificano la disciplina della dirigenza pubblica per conseguire la migliore organizzazione del lavoro e assicurare il progressivo miglioramento della qualità delle prestazioni erogate al pubblico, utilizzando anche i criteri di gestione e di valutazione del settore privato, al fine di realizzare adeguati livelli di produttività del lavoro pubblico, di favorire il riconoscimento di meriti e demeriti, e di rafforzare il principio di distinzione tra le funzioni di indirizzo e controllo spettanti agli organi di governo e le funzioni di gestione amministrativa spettanti alla dirigenza, nel rispetto della giurisprudenza costituzionale in materia, regolando il rapporto tra organi di vertice e dirigenti titolari di incarichi apicali in modo da garantire la piena e coerente attuazione dell'indirizzo politico in ambito amministrativo».

In questo ambito la novella del 2009, incidendo sulle disposizioni del D.Lgs. 165/2001, possiede un unico filo conduttore, come messo in luce da attenta dottrina, che ha rilevato come «La riforma appare (...) protesa a garantire l'autonomia delle funzioni dirigenziali, ampliando le tutele nei confronti del dirigente dal rischio di condizionamenti esterni che potrebbero compromettere l'imparzialità della sua azione e quindi pregiudicare il buon andamento dell'amministrazione nel cui interesse opera» (LOVO).

L'aspetto probabilmente più interessante riguarda la nuova funzione datoriale assegnata al dirigente: le funzioni dirigenziali vengono, difatti, incrementate ed a

questo, poi, corrisponde anche una maggiore responsabilità in capo agli stessi. Novità, ancora, in tema di conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali, di *spoil system* nonché di accesso alla dirigenza e di sistema retribuzione di merito/responsabilità dirigenziale.

In primo luogo, occorre chiarire come viene delineata la figura del dirigente pubblico da parte dal legislatore del 2009: si può affermare che esso, nelle pubbliche amministrazioni, diventa un vero e proprio datore di lavoro al pari di quanto accade nelle imprese private.

A tale proposito occorre richiamare quanto disposto, da un lato, dall'art. 5 comma 2, D.Lgs. 165/2001, come novellato, e dall'altro lato dagli artt. 38 e 39 del D.Lgs. 150/2009. Infatti, la prima delle disposizioni richiamate prevede che, nell'ambito delle leggi e degli atti organizzativi di cui all'art. 2, comma 1, del T.U. pubblico impiego, *le determinazioni per l'organizzazione degli uffici e le misure inerenti alla gestione dei rapporti di lavoro sono assunte dagli organi preposti alla gestione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*, fatta salva la sola informazione ai sindacati ove prevista nei contratti collettivi nazionali. Si tratta degli *atti di cd. micro-organizzazione*, ovvero di gestione del rapporto di lavoro, aventi natura paritetica (a differenza degli atti di *macro-organizzazione* che, invece, sono quelli con cui la P.A. definisce le linee fondamentali di organizzazione degli uffici, determina le dotazioni organiche e individua gli uffici di maggiore rilevanza e che assumono la veste di veri e propri provvedimenti amministrativi).

Nell'esercizio dei poteri dirigenziali rientrano, in particolare, le misure inerenti la gestione delle risorse umane, nel rispetto del principio di pari opportunità, nonché la direzione e l'organizzazione del lavoro nell'ambito degli uffici. Gli artt. 38 e 39 del decreto attuativo, invece, modificano, rispettivamente, gli artt. 16 e 17 del T.U. pubblico impiego, in tema di *funzioni dei dirigenti di uffici dirigenziali generali e dirigenti non generali*, in quanto viene previsto che gli stessi propongono le risorse ed i profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio a cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale e che concorrono alla definizione di misure idonee a prevenire e a contrastare i fenomeni di corruzione e a controllarne il rispetto da parte dei dipendenti dell'ufficio cui sono preposti. Queste funzioni sono previste, come anticipato, sia per i dirigenti di prima che di seconda fascia. In particolare, per questi ultimi, ancora, è disposto che essi hanno il compito di effettuare la valutazione del personale assegnato all'ufficio cui sono preposti, nel rispetto del principio del merito, ai fini della progressione economica tra le aree nonché della corrispondenza di indennità e premi incentivanti. Detto aspetto è fondamentale poiché permette di comprendere l'importanza della misurazione e valutazione della *performance*, che trova un notevole momento di verificabilità proprio con questo potere di valutazione del personale attribuito al dirigente (RAUSEI). Ancora, è stato messo in evidenza che la riforma reputa elemento attinente alla micro-organizzazione la determinazione dei profili professionali dei dipendenti e ciò vuol dire che questi ulti-

mi, in quanto *atti di conformazione*, tipici del diritto privato, non possono essere definiti con atti amministrativi aventi carattere generale; questo implica una corrispondenza tra chi esercita i poteri conformativi e chi determina il contenuto dell'attività lavorativa dei dipendenti (OLIVERI).

Infine, sull'argomento, è possibile anche citare il nuovo art. 55bis del T.U. pubblico impiego, introdotto dal D.Lgs. 150/2009, il quale *estende i poteri disciplinari del dirigente nei confronti del dipendente*, dal rimprovero verbale e censura fino alla sospensione inferiore o pari a dieci giorni (commi 1 e 2).

✓ **Profili di responsabilità**

Accanto all'implementazione dei poteri del dirigente pubblico quale vero e proprio datore di lavoro, il D.Lgs. 150/2009 prevede anche, in maniera simmetrica, novità in tema di responsabilità.

Innanzitutto, occorre premettere che la *responsabilità da risultato* è tipica solo del personale, appunto, con qualifica dirigenziale; essa consegue, come vedremo, in genere, al mancato raggiungimento degli obiettivi ovvero alla inosservanza delle direttive, anche se poi l'imputabilità al dirigente va considerata solo sotto il profilo della oggettiva riconducibilità dei risultati negativi di gestione all'area di competenza del singolo soggetto interessato. Questo rappresenta il principale tratto distintivo tra la responsabilità dei dirigenti e quella che caratterizza la condotta, in genere, dei pubblici dipendenti o, comunque, lo svolgimento di attività pubblicistiche (TENORE).

Alla luce della riforma, se è vero, infatti, che al dirigente competerà l'esercizio del potere di conformazione del rapporto di lavoro, emanare gli ordini di servizio, organizzare e gestire al meglio le risorse attraverso la individuazione dei profili professionali nell'ambito della struttura allo stesso affidata, è anche da dire che la Riforma Brunetta prevede delle precise ipotesi di responsabilità in capo ai dirigenti medesimi, che risponderanno del mancato esercizio dei poteri datoriali nel caso in cui le loro omissioni cagionino lo scarso rendimento dei propri dipendenti. In questa prospettiva vanno esaminate le modifiche all'art. 21 D.Lgs. 165/2001.

In primo luogo, bisogna citare quanto previsto dal comma 1 dell'articolo citato, come novellato dal D.Lgs. 150/2009, ai sensi del quale il mancato raggiungimento degli obiettivi, accertato attraverso le risultanze del sistema di valutazione di cui al Titolo II del D.Lgs. 150/2009 (che prevede i nuovi sistemi di misurazione, valutazione e trasparenza della prestazione lavorativa), ovvero l'inosservanza delle direttive imputabili al dirigente comportano, previa contestazione e ferma restando l'eventuale responsabilità disciplinare secondo le previsioni del contratto collettivo, l'impossibilità di rinnovo dello stesso incarico dirigenziale. In relazione alla gravità dei casi, l'amministrazione può inoltre, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio, revocare l'incarico collocando il dirigente a disposizione dei ruoli di cui all'articolo 23 ovvero recedere dal rapporto di lavoro secondo le disposizioni del contratto collettivo. Il comma 1bis, ancora,

dispone che, al di fuori dei casi di cui sopra, al dirigente nei confronti del quale sia stata accertata, previa contestazione e nel rispetto del principio del contraddittorio secondo le procedure previste dalla legge e dai contratti collettivi nazionali, la colpevole violazione del dovere di vigilanza sul rispetto, da parte del personale assegnato ai propri uffici, degli *standard* quantitativi e qualitativi fissati dall'amministrazione, conformemente agli indirizzi deliberati dalla Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche, la retribuzione di risultato è decurtata, sentito il Comitato dei garanti, in relazione alla gravità della violazione di una quota fino all'ottanta per cento. Dall'esame di queste disposizioni si evince chiaramente che i dirigenti avranno il compito di valutare i dipendenti, con le responsabilità che da ciò discendono, ed ancora, che essi non potranno sottrarsi al dovere di attivare i procedimenti disciplinari.

È evidente come la modifica dell'art. 21 D.Lgs. 165/2001 si collochi nella scia di quanto previsto dalla legge delega n. 15 del 2009, il cui art. 6, recante i principi e criteri direttivi in materia di dirigenza, aveva previsto, tra l'altro, la necessità non solo di affermare la piena autonomia e responsabilità del dirigente, in qualità di soggetto che esercita i poteri del datore di lavoro pubblico, nella gestione delle risorse umane, attraverso il riconoscimento in capo allo stesso della competenza con particolare riferimento alla individuazione dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti istituzionali dell'ufficio al quale è preposto, alla valutazione del personale e conseguente riconoscimento degli incentivi alla produttività nonché all'utilizzo dell'istituto della mobilità individuale, ma anche quella di prevedere una specifica ipotesi di responsabilità del dirigente, in relazione agli effettivi poteri datoriali, nel caso di omessa vigilanza sulla effettiva produttività delle risorse umane assegnate e sull'efficienza della relativa struttura nonché, all'esito dell'accertamento della predetta responsabilità, il divieto di corrispondergli il trattamento economico accessorio. Ancora, la L. 15/2009 aveva preso in considerazione la decadenza dal diritto al trattamento economico accessorio nei confronti del dirigente il quale, senza giustificato motivo, non abbia avviato il procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti, nei casi in cui sarebbe stato dovuto; la limitazione della responsabilità civile dei dirigenti alle ipotesi di dolo e di colpa grave, in relazione alla decisione di avviare il procedimento disciplinare nei confronti dei dipendenti della pubblica amministrazione di appartenenza; e, infine, la predisposizione di sanzioni adeguate per le condotte dei dirigenti i quali, pur consapevoli di atti posti in essere dai dipendenti rilevanti ai fini della responsabilità disciplinare, omettano di avviare il procedimento disciplinare entro i termini di decadenza previsti, ovvero in ordine a tali atti rendano valutazioni irragionevoli o manifestamente infondate.

✓ **Il conferimento e la revoca degli incarichi dirigenziali**

Affinché i dirigenti siano posti realmente in condizione di esercitare la funzione di datori di lavoro, occorre che essi possano anche godere dell'*autonomia pro-*

pria dei datori di lavoro stessi. Ciò posto, è da sottolineare che la riforma del 2009 incide anche sulla *disciplina del conferimento e revoca degli incarichi dirigenziali.* In proposito bisogna esaminare il disposto di cui all'art. 19 D.Lgs. 165/2001 come attualmente vigente. Interessante quanto previsto dal comma 1, secondo cui, per conferire ciascun incarico di funzione dirigenziale si tiene conto, in relazione alla natura e alle caratteristiche degli obiettivi prefissati ed alla complessità della struttura interessata, delle attitudini e delle capacità professionali del singolo dirigente, dei risultati conseguiti in precedenza nell'amministrazione di appartenenza e della relativa valutazione, delle specifiche competenze organizzative possedute, nonché delle esperienze di direzione eventualmente maturate all'estero, presso il settore privato o presso altre amministrazioni pubbliche, purché attinenti al conferimento dell'incarico. Al conferimento degli incarichi e al passaggio ad incarichi diversi non si applica l'articolo 2103 del codice civile. Dal comma 1bis della medesima disposizione di evince, poi, l'obbligo dell'amministrazione di rendere conoscibili, anche mediante pubblicazione di apposito avviso sul sito istituzionale, il numero e la tipologia dei posti di funzione che si rendono disponibili nella dotazione organica ed i criteri di scelta, nonché di acquisire, e, successivamente valutare, le disponibilità dei dirigenti interessati.

Se, pertanto, da un lato si evidenzia l'importanza delle attitudini e delle capacità professionali del dirigente non più solo in relazione alla natura dell'incarico affidato ma anche alla complessità della struttura interessata, tenendo anche presenti i risultati conseguiti in precedenza dal dirigente nell'amministrazione di appartenenza, dall'altro lato il comma 1bis costituisce attuazione del principio di trasparenza — a cui tutta la riforma del pubblico impiego si ispira — attraverso *l'obbligo per la P.A. di rendere conoscibili numero, tipologia e criteri di scelta per i posti di funzioni dirigenziale che si rendono disponibili nella dotazione organica.* Si tratterebbe, conseguentemente, di una vera *procedura ad evidenza pubblica* o comunque di tipo comparativo, all'esito della quale l'incarico viene affidato dopo un raffronto tra più candidati e tra i requisiti professionali maturati da questi ultimi (LOVO). Il principio di trasparenza trova attuazione anche con riferimento al mutamento e alla revoca degli incarichi dirigenziali. Invero, ponendosi sulla scorta delle pronunce della Corte costituzionale che, in precedenza, avevano escluso la fiduciarità del rapporto intercorrente tra dirigenti ed organi di governo (sentt. 103 e 104 del 2007 e 161 del 2008, in materia di *spoil system*), il comma 1ter del novellato art. 19 prevede che gli incarichi dirigenziali possono essere revocati esclusivamente nei casi e con le modalità di cui all'articolo 21, comma 1, secondo periodo (quindi nelle ipotesi di responsabilità dirigenziale in precedenza esaminate). L'amministrazione che, in dipendenza dei processi di riorganizzazione ovvero alla scadenza, in assenza di una valutazione negativa, non intende confermare l'incarico conferito al dirigente, è tenuta a dare idonea e motivata comunicazione al dirigente stesso con un preavviso congruo, prospettando i posti disponibili per un nuovo incarico. Medesima tutela viene assicurata pure nel caso in

cui la mancata conferma dell'incarico avvenga all'esito di processi di riorganizzazione dell'ente. Detta disposizione va letta in combinato disposto con l'art. 21, comma 1, D.Lgs. 165/2001 citato, laddove è stabilito che, in caso di accertamento della responsabilità dirigenziale, la P.A. è tenuta a contestare previamente il mancato raggiungimento degli obiettivi e l'inosservanza delle direttive, in ossequio ai principi del giusto procedimento, della trasparenza e del contraddittorio.

✓ **Il trattamento economico dei dirigenti pubblici**

Un aspetto che, in relazione a quanto in precedenza esaminato, merita, in questa sede, almeno un cenno, è rappresentato dall'esame delle disposizioni che disciplinano il *trattamento economico dei dirigenti*.

In tale ambito la norma di riferimento è costituita dall'art. 24 del D.Lgs. 165/2001, secondo cui la *retribuzione del personale con qualifica di dirigente è determinata dai contratti collettivi per le aree dirigenziali*, prevedendo che il trattamento economico accessorio sia correlato alle *funzioni attribuite* e alle *connesse responsabilità* e ai *risultati conseguiti*. Il trattamento accessorio collegato ai risultati deve costituire almeno il 30 per cento della retribuzione complessiva del dirigente considerata al netto della retribuzione individuale di anzianità e degli incarichi aggiuntivi soggetti al regime dell'onnicomprendività. I contratti collettivi nazionali incrementano progressivamente la componente legata al risultato, in modo da adeguarsi alla percentuale richiamata, entro la tornata contrattuale successiva a quella decorrente dal 1° gennaio 2010, destinando comunque a tale componente tutti gli incrementi previsti per la parte accessoria della retribuzione. La disposizione *de qua* non si applica, tuttavia, alla dirigenza del Servizio sanitario nazionale e dall'attuazione della norma *de qua* non devono derivare nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica. Infine, la parte della retribuzione collegata al raggiungimento dei risultati della prestazione non può essere corrisposta al dirigente responsabile qualora l'amministrazione di appartenenza, decorso il periodo transitorio di sei mesi dalla data di entrata in vigore del decreto n. 150/2009, di attuazione della L. 15/2009, non abbia predisposto il sistema di valutazione di cui al Titolo II dello stesso decreto legislativo.

Bibliografia

MASSI E., RAUSEI P., VENEZIA A.M., *La riforma del lavoro pubblico*, IPSOA 2009; LOVO M., *Più poteri al datore di lavoro pubblico*, in Guida al pubblico impiego, IlSole24Ore, 2009; OLIVERI L., *La riforma del lavoro pubblico*, Maggioli 2009; PEDACI A., *Le nuove norme sul pubblico impiego*, Simone 2009; TENORE V., PALAMARA L., MARZOCCHI BURATTI B., *Le cinque responsabilità del pubblico dipendente*, Maggioli 2009.