

Il rifiuto e l'omissione di atti d'ufficio : applicazione ed evoluzione di una fattispecie in perenne rapporto con il diritto amministrativo

Indice-Sommario

Capitolo primo : L'art. 328 c.p. e il problema del sindacato di legittimità sull'azione della P.A.

1. Radici e genesi della vigente fattispecie
2. Le originarie interferenze nell'azione amministrativa e le soluzioni giurisprudenziali
 - La concezione autoritaria del diritto penale : l'interpretazione formalistica.
 - La soluzione sostanzialistica della giurisprudenza.
3. La riscrittura dell'art 328 c.p. e la riforma del 1990
 - 3.1 Il bene giuridico tutelato dall'art. 328 c.p.: tra natura monoffensiva e plurioffensiva dei reati
 - 3.2 L'elemento soggettivo: questioni connesse alla scusabilità dell'errore e all'ignoranza delle norme extrapenali
4. Novità e criticità della nuova norma

Capitolo secondo : Il rifiuto di atti d'ufficio

1. L'art. 328, 1°co. C.P.
 - 1.1. Il bene giuridico tutelato
2. I soggetti attivi del reato:
 - 2.1 Il responsabile del procedimento
 - 2.2 Gli organi collegiali
 - 2.2.3 La responsabilità del sindaco
 - 2.3 I magistrati
3. I soggetti passivi
 - 3.1. I soggetti passivi nel reato di omissione di atti d'ufficio

- 3.2. I soggetti passivi nel reato di rifiuto di atti d'ufficio
- 4. Il rifiuto
 - 4.1 La nozione di rifiuto: individuazione dei confini della fattispecie
 - 4.2 Il carattere indebito del rifiuto
 - 4.3 Il requisito dell' "urgenza"
- 5. L'atto tutelato: le ragioni di giustizia penalmente rilevanti
 - 5.1. Le ragioni di giustizia
 - 5.2. Le ragioni di sicurezza e ordine pubblico
 - 5.3. Le ragioni di igiene e sanità

Capitolo terzo : L'omissione di atti d'ufficio e il duplice rilievo del silenzio della P.A.

- 1. Il secondo comma dell'art 328: cenni introduttivi.
- 2. La condotta penalmente rilevante e i soggetti interessati.
- 3. La richiesta ad adempiere: forma scritta e ricezione della richiesta
- 4. L'esposizione delle ragioni del ritardo
- 5. La scadenza del termine per adempiere: il coordinamento tra l'art 328 c.p. e la legge sul procedimento amministrativo.
- 6. Il silenzio della P.A. e l'omissione di atti d'ufficio :
 - 6.1. Le varie forme di silenzio della PA
 - 6.2. Il rilievo del silenzio significativo nel reato di omissione di atti d'ufficio: tra tutela penale e amministrativa
- 7. Il "doppio binario" di tutela : l'autonomia del processo penale e amministrativo.

Capitolo quarto : Prospettive future e analisi comparatistica

- 1. Prospettive future e analisi comparatistica
 - 1.1 La necessità di una riforma sistemica
- 2. Analisi dei disegni di legge
- 3. Cenni di diritto comparato

- 3.1. L'ordinamento tedesco
- 3.2. L'ordinamento inglese
- 3.3. Gli ordinamenti spagnolo, francese e polacco

CAPITOLO PRIMO

L'art. 328 c.p. e il problema del sindacato di legittimità sull'azione della P.A.

1. Radici e genesi della vigente fattispecie: dal *Codex Iustinianus* al Codice Rocco del 1930.

L'articolo 328 del codice penale punisce la condotta di rifiuto e omissione di atti d'ufficio. La sua attuale formulazione è il risultato di un *iter* legislativo molto tormentato, caratterizzato da un ampio dibattito parlamentare e da una serie di disegni di legge presentati durante la nona e la decima legislatura, che si è concluso con la L. de del 26 aprile 1990 n. 86 recante “Modifiche in tema di delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione”, il cui articolo 16 ne ha riformato il testo.

Anche se le origini dei delitti di omissione e rifiuto di atti d'ufficio sono comunemente individuate nel diniego di giustizia di cui all'art. 185 del codice penale francese del 1810, in verità il delitto in commento affonda le sue radici in tempi molto più antichi, addirittura risalente agli albori dell'epoca romana. D'altro canto, da sempre, l'esistenza di un apparato statale si accompagna con l'esigenza, o meglio, con la pretesa di un corretto funzionamento dei suoi organi. Nella storia di Roma, la necessità di reprimere gli abusi dei funzionari romani si manifestò nel periodo repubblicano, significativo a tal proposito è ciò che si legge nella *Lex Acilia* (o *Sempronia*) *repetundarum*, che condanna il pretore che non ha accolto la denuncia o che non ha dato il giudizio in base a quanto previsto dalla legge, con la medesima *petitio e nominis delatio*. Quanto ai giudici invece, si affermò il concetto di *litem suam facere*, che nasce specificatamente come rimedio indiretto avverso la sentenza pronunciata dolosamente dal giudice avente un personale interesse nella causa, ma che finì con l'estendersi ad ogni suo comportamento negligente tale da influire sul suo giudizio.

Nelle fonti romane i riferimenti all'amministrazione della giustizia sono numerosissimi, ma una particolare attenzione circa il rispetto della legge da parte

dei funzionari si ha nelle Novelle di Giustiniano, nelle quali si legge tutta l'indignazione nei confronti del magistrato che, per inettitudine, si rifiutava di rendere giustizia a chi ne faceva richiesta, costringendo il privato a rivolgersi all'imperatore.¹ Così come emblematica è la novella 134 con la quale veniva condannato al pagamento di una multa il magistrato colpevole di una particolare forma di omissione, consistente nel rifiuto di procedere all'arresto di un malfattore rifugiatosi nella sua provincia a dispetto di una richiesta in tal senso.² Intorno all'anno 1000, l'esigenza di garantire il corretto comportamento dei pubblici ufficiali si rafforza, e ne sono un significativo esempio i vari Statuti dei primi Comuni Italiani che sanciscono, tutti pressoché allo stesso modo, la responsabilità degli ufficiali "*pro omissis vel commissis in pertinentibus ad administrationem eorum officii*"³.

Nel sistema del diritto comune l'omissione di atti d'ufficio venne a coincidere con il concetto di denegata giustizia, con l'affermazione del principio generale : "*Officialis qui omisit quod facere debat, punitur.*"

Nella metà del '700, nonostante non fosse del tutto chiaro se la sanzione criminale dovesse intervenire in ogni caso, si ricorda che, a tal proposito, si discuteva sulla possibilità di distinguere in relazione all'oggetto della pronuncia a seconda che la stessa fosse civile o criminale, il quadro offerto dall'elaborazione del diritto comune in materia di omissione ad opera dei pubblici ufficiali era abbastanza esauriente, ma, tuttavia, insufficiente a fronte delle esigenze di razionalizzazione di matrice illuminista. Tale pensiero è perfettamente sintetizzato nelle parole di Cesare Beccaria nelle prime pagine del "Dei delitti e delle pene" che evidenzia i punti deboli del diritto comune, che non è in grado di offrire certezze né di cogliere l'evoluzione dei sistemi sociali e della cultura dei popoli. Essenzialmente, dunque, si richiedeva che quei principi già elaborati dal diritto comune acquistassero una nuova e salda consapevolezza trasfigurandosi in

¹ GIUSTINIANO, Titolo nuovo del *Codex Iustinianus* XVII, c. III .

² GIUSTINIANO, Titolo nuovo del *Codex Iustinianus* CXXXIV, c. V.

³ Statuta Lucensis Civit., Lib. V, *De moto et forma sindacandi officiales forensens*, Rub. XXVIII.

precetto normativo. In effetti, la necessità della corrispondenza tra il sistema normativo e le esigenze dello stato e della società rappresenta uno dei valori fondamentali dell'Illuminismo.

In questo contesto, dunque, non poteva che essere la Francia rivoluzionaria, terra in cui il movimento di origine inglese ebbe il suo massimo sviluppo, ad offrire i risultati degli sforzi intrapresi nella ricerca dell'equilibrio tra i poteri dello Stato nel momento in cui emerge il problema del sindacato del giudice ordinario, in particolare quello penale, sull'attività dell'amministrazione. Ed infatti, la prima reale fonte d'ispirazione dell'attuale art. 328 c.p. è rinvenibile nel terzo *Code pénal* francese del 1810, approvato all'alba della rivoluzione, che conteneva un considerevole numero di disposizioni volte a reprimere le più gravi forme di illecito da parte degli amministratori. In particolare, per quello che ci interessa, ai sensi dell'art. 185 puniva con una sanzione pecuniaria e con l'interdizione dell'esercizio delle pubbliche funzioni, ogni giudice o tribunale, funzionario o autorità amministrativa che per qualsiasi pretesto, anche di silenzio o di oscurità di legge, si rifiutasse di rendere la dovuta giustizia ai richiedenti, e che perseverasse nel rifiuto nonostante il monito o l'ingiunzione dell'autorità superiore.⁴

L'art. 185 del cod. pen. del 1810 trovava la propria ragion d'essere nell'esigenza di istaurare i corretti rapporti tra gli organi giurisdizionali dello Stato e il privato cittadino, ed in particolare nella profonda crisi, caratterizzante il periodo rivoluzionario, del potere creativo dei magistrati, che, pertanto, aveva esasperato l'esigenza di predisporre efficaci strumenti di controllo sulla loro attività.

Tuttavia, nonostante l'importanza della novità normativa, la fattispecie del *Code Napoléon* si limitava a sanzionare solo i casi di denegata giustizia ad opera di magistrati o autorità amministrative, riducendo, di fatto, notevolmente il suo

⁴ *Code pénal*, 1810, Art. 185: Tout juge ou tribunal, tout administrateur ou autorité administrative, qui, sous quelque prétexte que ce soit, même du silence ou de l'obscurité de la loi, aura dénié de rendre la justice qu'il doit aux parties, après en avoir été requis, et qui aura persévéré dans son déni, après avertissement ou injonction de ses supérieurs, pourra être poursuivi, et sera puni d'une amende de deux cents francs au moins et de cinq cents francs au plus, et de l'interdiction de l'exercice des fonctions publiques depuis cinq ans jusqu'à vingt

ambito di operatività, ed inoltre affinché la stessa potesse trovare effettiva applicazione, era sempre necessario vi fosse una richiesta di parte.

Un cambiamento in questo senso si ebbe nei diversi ordinamenti italiani preunitari che, sulla scorta dei risultati acquisiti dal legislatore francese, punivano non solo il c.d. “*dèni de justice*”, ma anche il rifiuto di ministero, in tal modo sanzionando penalmente l’omissione di qualsiasi funzionario pubblico. A tal proposito merita di essere ricordato il Codice del 1819 del Regno delle due Sicilie, ove nel 1812 era stato introdotto il codice penale del 1810, che ampliò l’incriminazione per denegata giustizia, facendo comparire per la prima volta la previsione del rifiuto di un atto d’ufficio; ma rilevanti sono anche il Codice Sardo e quello Toscano che, sebbene non punissero specificatamente il rifiuto, si caratterizzavano per la presenza di una disposizione di carattere generale che perseguiva con l’interdizione ogni prevaricazione attribuibile ad un pubblico ufficiale, consistente in ogni crimine loro imputabile.⁵ Dunque, nonostante il venir meno del limite della denegata giustizia, con l’estensione dell’incriminazione al generale rifiuto di un atto d’ufficio, restava inalterata la necessità di una preventiva richiesta alla quale opporre il rifiuto.

Il percorso intrapreso dai codici preunitari influenzò notevolmente il codice Zanardelli del 1889 nella parte relativa ai delitti dei pubblici ufficiali. Il codice, in considerazione del profondo mutamento sociale in senso statalista⁶, era volto a garantire il regolare andamento dei pubblici servizi, pertanto strutturò la norma non tanto a tutela dell’attività amministrativa quanto, piuttosto, a tutela della sua organizzazione.

L’innovazione più rilevante, per quel che interessa la nostra trattazione, è lo spostamento dell’oggetto della tutela penale, vi è, infatti, il superamento della tradizionale enunciazione degli “abusi a danno dei privati”, che rende l’incriminazione destinata a tutelare in generale l’attività amministrativa. In

⁵ Artt. 278 e 279 Codice Penale Sardo, 1839.

⁶ N. Furin, *I reati dei pubblici amministratori*, 2007, p.179.

particolare, la Relazione Zanardelli, con riguardo all'art. 178⁷ del codice , rubricato "omissione di atti d'ufficio", dichiara che : " Alla tutela dell'ordine sociale, alla pronta e retta amministrazione della giustizia e al regolare andamento dei pubblici servizi , importa che tutti coloro ai quali fu conferito e assunsero un pubblico ufficio, ne adempiano scrupolosamente i doveri; e la legge penale deve più o meno severamente punirne la violazione, secondo la maggiore o minore quantità del danno che ai privati o allo Stato da siffatta violazione può derivare."

Da queste parole emerge chiaramente che l'interesse oggetto di tutela penale non è quello di evitare il perpetuarsi di danni ai privati, ma piuttosto ed in via primaria, il regolare andamento della pubblica amministrazione, compresa l'amministrazione della giustizia. Pertanto, in forza di tale obiettivo, vengono punite le omissioni dolose da cui derivano danni, più o meno gravi, certamente all'amministrazione stessa e, soltanto eventualmente, al privato.

È evidente come il reato delineato nel codice del 1889, spingendosi oltre il concetto di denegata giustizia attiene, accanto alle altre norme relative agli abusi dei pubblici ufficiali, alla tutela della legalità amministrativa, senza che ciò, naturalmente, infici la tutela dei privati, i quali nella protezione penale della legalità amministrativa trovano indirettamente la propria garanzia.

Se è vero che l'aspetto che viene in rilievo con l'omissione di atti d'ufficio così come formulato ai sensi dell'art. 178 è l'interesse della pubblica amministrazione alla realizzazione delle pubbliche funzioni, è necessario precisare tale interesse rileva nel momento in cui le stesse devono esercitarsi; si tratta dunque dell'interesse al compimento degli atti amministrativi.

⁷ Cod. Pen. 1889, Art. 178: Il pubblico ufficiale, che, per qualsiasi pretesto, anche di silenzio, oscurità, contraddizione o insufficienza della legge, omette o rifiuta di fare un atto del proprio ufficio, è punito con la multa da lire cinquanta a millecinquecento.

Se il delitto sia commesso da tre o più ufficiali pubblici, previo concerto, la multa è da lire cento a tremila.

Se il pubblico ufficiale sia un funzionario dell'ordine giudiziario, vi ha omissione o rifiuto quando concorrono le condizioni richieste dalla legge per esercitare contro di essi l'azione civile.

A dispetto delle oggettive finalità perseguite dalla fattispecie, la prassi interpretativa della giurisprudenza e della dottrina slittava verso la concezione del reato quale mera violazione di un dovere d'azione connesso all'esercizio delle pubbliche funzioni, nel senso che il cardine del reato viene spostato dal mancato atto amministrativo doveroso alla pura e semplice mancanza di un comportamento doveroso da parte del pubblico ufficiale.⁸ Comincia così ad affermarsi la concezione autoritaria del diritto penale che sposta il fulcro del reato dall'offesa del bene tutelato alla violazione del dovere.

Il modello adottato dal Codice Zanardelli venne ripreso ed inasprito dal successivo codice Rocco del 1930, che introdusse una fattispecie molto ampia che rifletteva l'impostazione del regime fascista. Il legislatore del 1930, infatti, disancorò definitivamente la fattispecie dall'originaria figura della "denegata giustizia" ponendo la stessa a presidio di una più efficace tutela del prestigio della pubblica amministrazione.

L'art. 328 c.p. da un lato recepisce i rilievi mossi dalla dottrina alla formulazione dell'art. 178 del previgente codice penale e, dall'altro, tiene conto delle molte esigenze che l'esperienza giudiziaria precedente aveva posto in evidenza. Tra le modifiche più rilevanti vi rientrano sia l'espressa previsione, accanto al rifiuto e all'omissione, dell'ipotesi del ritardo che a detta del Guardasigilli "può risultare dannoso quanto il rifiuto e l'omissione"⁹, nonché l'introduzione dell'avverbio "indebitamente" come qualificazione dell'omissione, ritardo o rifiuto, volto ad indicare ogni eventuale scusa o ragione addotta dal funzionario per giustificare la sua condotta. La particolare severità con la quale il legislatore del 1930 sanziona la condotta di rifiuto/omissione di atti d'ufficio trova, inoltre, conferma nel fatto che rilevano in sede penale anche le violazioni di carattere formale.¹⁰ In sostanza, dunque, la normativa non teneva conto della gravità della condotta, se la stessa

⁸ Stile, *Omissione, rifiuto e ritardo di atti d'ufficio*, Napoli, 1989, p. 45.

⁹ Lav. Prep., vol. IV, p. I, 271.

¹⁰ Tagliarini, *Il concetto di pubblica amministrazione*, Milano, 1973, pag. 65.

configurasse un inadempimento lieve o grave, attribuendo rilevanza penale anche ad una minima mancanza ad opera del funzionario.

2. Le originarie interferenze nell'azione amministrativa e le soluzioni giurisprudenziali.

2.1 La concezione autoritaria del diritto penale : l'interpretazione formalistica.

La fattispecie di omissione e rifiuto di atti d'ufficio così come articolata nel Codice Rocco del 1930, si caratterizzava per la genericità e l'eccessiva ampiezza della fattispecie criminosa; elementi che, di fatto, indussero parte della dottrina a configurarla come una norma penale in bianco¹¹, che si prestava, nelle applicazioni giurisprudenziali, a soluzioni interpretative eccessivamente formalistiche, che ben presto la consacrarono a rimedio di qualsiasi disfunzione dell'apparato amministrativo. L'orientamento decisamente dominante, sia in dottrina che in giurisprudenza, traduceva il reato *de quo* nel mancato compimento di un'attività doverosa da parte dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un pubblico servizio, attribuendo, di fatto, alla norma penale una funzione sanzionatoria in relazione ai precetti dettati nelle norme di diritto pubblico; ciò significa ,dunque, che il precetto dell'art. 328 c.p. non veniva considerato autonomo, ma costituito dal precetto già posto dalla norma di diritto pubblico.

Di conseguenza il bene tutelato veniva individuato nel regolare andamento della pubblica amministrazione, il quale sarebbe stato automaticamente turbato ad ogni mancato compimento di un'azione doverosa.

L'interpretazione formalistica del reato di cui all'art. 328 c.p., che prevalse fino alla metà degli anni 80, è sintetizzata in una nota sentenza della Corte di Cassazione¹² nella quale si legge : “ La *ratio* dell'incriminazione di cui all'art.

¹¹ Per tutti GRISPIGNI, *I delitti*, p. 206

¹² Cass., 29 marzo 1967, Riv. Pen. 1968, II, 1268.

328 c.p. è costituita dall'esigenza di assicurare il regolare funzionamento della pubblica amministrazione, imponendosi al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio di assolvere scrupolosamente e tempestivamente i doveri inerenti l'ufficio o servizio e di non venirvi meno intenzionalmente rifiutando, omettendo o ritardando atti dovuti. La norma incriminatrice non prende in considerazione gli effetti dannosi dell'atto omissivo, rifiutato o ritardato, ma soltanto la violazione dei doveri funzionali conseguenti all'intenzionale condotta omissiva o ritardatrice dell'atto dovuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato del pubblico servizio.”

È evidente, dalla lettura della massima, che gli effetti dannosi risultanti dall'omissione dell'atto non costituiscono elementi necessari per l'applicazione della sanzione, il pregiudizio arrecato al regolare funzionamento della pubblica amministrazione si configura come conseguenza inscindibile del comportamento omissivo la cui lesività è superfluo accertare. I giudici di piazza Cavour, in sostanza, affermano, facendosi inoltre portavoce del pensiero dominante anche in dottrina¹³, che ciò che rileva è l'inadempimento di un dovere funzionale posto da una norma extrapenale e che un danno è sempre, inevitabilmente, insito nell'omissione, nel rifiuto o nel ritardo.

Il quadro delineato da questa e da altre pronunce dell'epoca, dipinge la fattispecie di cui all'art. 328 come un reato formale, e cioè privo di un evento naturalistico, nel quale la lesione del bene tutelato non integra la fattispecie.¹⁴ Si trattava, evidentemente, di una concezione eccessivamente rigorosa, che individua quale unico scopo della norma quello di sanzionare le inadempienze del pubblico ufficiale in sé per sé considerate, senza prendere in considerazione né accertare gli effetti dannosi concretamente derivanti da quel comportamento.

In sostanza la disposizione veniva ad apprestare alla p.a. una tutela ampia ed indifferenziata, tale da ricomprendere qualsiasi atto doveroso del pubblico

¹³ GRISPIGNI, *I delitti*, ROMA, 1963 p. 206; LEVI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, MILANO, 1935, p. 135.

¹⁴ STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo di atti d'ufficio*, Napoli, 1989, p. 87.

ufficiale o dell'incaricato di un pubblico, qualificandosi così come strumento di servizio volto a reprimere anche il semplice zelo dei funzionari; pertanto la tutela penale dell'art. 328 c.p. riguardava il momento statico della Pubblica Amministrazione.

Naturalmente, la suddetta interpretazione formalistica si rifletteva negli aspetti e nella struttura della fattispecie, a partire dal momento consumativo delle tre condotte ricomprese nella formulazione dell'art. 328. Quanto all'omissione non si registravano particolari problematiche, a differenza delle due altre condotte oggetto di numerose e talvolta contrastanti pronunce. Per quanto riguarda il rifiuto, alcuni ritenevano che il reato si esauriva nella manifestazione della volontà di *non facere* a prescindere dalla definitiva omissione dell'atto, qualificandosi, dunque, come un reato d'azione; a differenza di altri che invece affermavano che il rifiuto non rilevarebbe di per sé, come manifestazione di volontà, bensì come non compimento dell'atto, per cui se nonostante il rifiuto l'atto è compiuto in tempo utile, non sussiste il reato. Relativamente al ritardo, si sosteneva che lo stesso sussisteva nel momento in cui l'atto avrebbe dovuto compiersi secondo la doverosa accortezza del funzionario, dunque anteriormente all'omissione che ricorre quando scade il termine per l'emanazione dell'atto. Ne consegue che per l'esistenza del reato non conta assolutamente il ritardo oggettivo dell'atto, cioè i suoi effetti sulla persona, ma solo la condotta stessa.

Indubbiamente però uno dei più evidenti e discussi effetti della lettura formalistica si ripercuoteva sulla nozione di "atto dell'ufficio" ai sensi dell'art. 328 c.p., di cui sia la dottrina che la giurisprudenza fornivano un'interpretazione estremamente lata, tale da ricomprendere ogni atti doveroso del funzionario pubblico, il quale, inoltre, non era esonerato dalla pena neppure in caso di compimento di un atto diverso ma equipollente a quello dovuto. A tal proposito merita di essere ricordata una sentenza della Corte di Cassazione nella quale si afferma che nella nozione di "atto d'ufficio" di cui all'art. 328 c.p. sono compresi tutti gli atti che rientrano nella competenza funzionale dei pubblici ufficiali il cui

compimento sia loro imposto dall'ordinamento giuridico.¹⁵ Essendo il reato *de quo* considerato come una mera violazione dell'obbligo cui sono soggetti i pubblici ufficiali, la funzione dell'atto non assume alcuna valenza; è del tutto indifferente che l'atto di ufficio o di servizio abbia carattere interno o esterno, poiché in entrambi i casi le condotte di omissione, rifiuto o ritardo ledono il regolare funzionamento degli organi pubblici.¹⁶ Per comprendere la portata dell'interpretazione tradizionale basti ricordare, a solo titolo d'esempio, la condanna per il reato di omissione di atti d'ufficio nei confronti del preside di un istituto superiore che aveva riammesso alle lezioni gli studenti in precedenza assenti senza chiedere la giustificazione scritta o orale dei genitori, ciò nonostante il preside avesse sostituito tale procedura, in conformità della legge, con una comunicazione dell'avvenuta assenza degli studenti alle famiglie mediante lettera raccomandata. Tale pronuncia è del tutto coerente all'impostazione tradizionale che non considera quale elemento integrante la fattispecie la realizzazione di un danno, per tanto non rileva ad escludere l'illecito penale che un atto diverso, compiuto irrualmente, produca i suoi effetti, neppure nel caso questi siano più efficaci di quelli regolarmente previsti. Non c'è dubbio, dunque, che la funzione attribuita all'originario art. 328 c.p. è essenzialmente sanzionatoria di ogni volontaria violazione del dovere di servizio da parte dei pubblici ufficiali e degli incaricati di un servizio pubblico.

Infine, altro punto cardine su cui si riflettono gli effetti della tesi formalistica è il dolo. Difatti, essendo il reato concepito come mera violazione del dovere, negandosi ogni rilevanza all'effettiva incidenza dell'omissione, il dolo viene riferito esclusivamente al comportamento costituente una delle tre condotte individuate dall'art. 328 c.p. Secondo quanto statuito dai giudici della Suprema Corte, nei delitti formali e nella specie nel delitto di omissione di atti d'ufficio, pur non richiedendosi una volontà diretta ad un evento, si esige in ogni caso un comportamento omissivo, cosciente, e volontario; ne consegue che non può

¹⁵ Corte Cass., Sez. III, sent. n. 14 gennaio 1969, Giust. Pen. 1970, II, 64, 135.

¹⁶ Cass., 3 aprile 1964, Riv. Pen., 1965, II, 976.

qualificarsi omissione quella dovuta a pura dimenticanza, poiché si risolve in un'assenza di volontà cosciente e in uno stato psichico in cui non può ravvisarsi la colpa.¹⁷ Dunque, data la natura formale del reato, viene richiesta solo la volontà dell'omissione e non anche quella degli effetti di tale omissione; essenzialmente il dolo consisteva nella mera rappresentazione del dovere di compiere l'atto e dalla volontà di non compierlo, ma non investiva anche il risultato della condotta omissiva, quindi il pregiudizio cagionato dall'amministrazione al cittadino¹⁸.

Proprio gli effetti e i caratteri ampi e indeterminati della fattispecie suscitarono numerose perplessità, legati alla paura di una supplenza giudiziaria sempre più estesa ed invasiva ad opera del giudice penale rispetto alle funzioni della pubblica amministrazione. Quel che in special modo si lamentava era l'impostazione di fondo adottata dal legislatore del 1930, che non tenne in considerazione la separazione tra i due distinti piani di tutela penale: tra tutela penale della Pubblica Amministrazione nel momento statico della sua organizzazione burocratica e nel momento dinamico del perseguimento dei fini istituzionali.

A parere di parte della dottrina, il carattere aperto della fattispecie avrebbe consentito illegittime interferenze da parte del giudice penale sull'attività amministrativa, da cui sarebbero conseguite surrettizie imposizioni di fare alla pubblica amministrazione¹⁹.

2.2 La soluzione sostanzialistica della giurisprudenza

Alla luce di quanto approfondito, sia pure a grandi linee, nel paragrafo precedente, ben può comprendersi la preoccupazione, di una parte minoritaria di dottrina e giurisprudenza, di ridurre l'area di intervento del giudice penale

¹⁷ Cass., 28 gennaio 1969, Giust. Pen. 1970, II, 329, 702.

¹⁸ MAZZA, *Rapporti tra l'art. 328c.p. e le norme di deontologia medica*, 1971 p.118.

¹⁹ Stile, *Omissione, rifiuto e ritardo di atti d'ufficio*, Napoli, 1989, 405.

ritenuta esorbitante ed eccessiva, e favorita dalla stessa formulazione della norma in termini di vaghezza e latitudine nel settore dell'attività della pubblica amministrazione. Anche grazie ad una notevole carenza di determinatezza l'art. 328 c.p. finì per imporsi come strumento "promozionale" di controllo da parte della magistratura sull'inerzia dei pubblici poteri.

Difatti la norma era imperniata sull'omissione di qualsiasi inadempimento imposto dai doveri connessi alla funzione amministrativa e, pertanto, puniva anche mere inadempienze prive di un disvalore tale da giustificare la sanzione penale, inoltre la stessa era stata gradualmente ampliata dalla giurisprudenza di merito ricomprendendo anche atti correlati all'attività discrezionale della pubblica amministrazione.

In un simile contesto, l'esigenza di assicurare l'applicazione del principio montesquieuiano della separazione dei poteri statuali, unita a quella di incardinare il reato nella nuova tavola repubblicana dei valori, indusse la giurisprudenza di merito e la dottrina d'avanguardia a rivedere l'indirizzo interpretativo previgente e a tracciare i corretti confini dell'area applicativa della fattispecie di omissione di atti d'ufficio, nella prospettiva che una migliore individuazione dei contorni della condotta incriminata e una corretta determinazione del contenuto del requisito di illiceità avrebbero potuto impedire indebite intromissioni del giudice penale nell'attività amministrativa.

In particolare il merito è della giurisprudenza pretorile degli anni 70 e 80, che ha esplicitamente contestato la funzione sanzionatoria assegnata alla previsione dell'art. 328 c.p. evidenziando come la stessa dovesse, in realtà, essere limitata a comportamenti effettivamente pregiudizievoli della funzione pubblica.

Una prima importante sentenza concerne il caso di un professore universitario che aveva tenuto un numero di lezioni inferiore a quello prescritto annualmente dalla legge; la Pretura di Roma nella pronuncia afferma che tale comportamento pur essendo molto grave e diffuso negli ambienti accademici, ha un'indubbia rilevanza disciplinare per le competenti autorità statali ma non per il giudice

penale, che ai fini della procedibilità avrebbe dovuto accertare la completa omissione dell'insegnamento.²⁰

Questa decisione, anche se oggetto di discussioni dottrinali legate alla sua mancata esaustività, è importante perché esprime una posizione nuova ed opposta a quella tradizionale della Corte di Cassazione ripudiando la tesi che configura il reato di cui all'art. 328 c.p. come reato formale, perché richiede un effettivo e particolare contenuto lesivo. Infatti, collegando l'esistenza del reato alla totale mancanza dell'insegnamento si guarda al risultato della funzione esercitata. Ne consegue che in questa pronuncia l'art. 328 c.p. si configura come fattispecie munita di un'autonoma funzione, e non come fattispecie meramente sanzionatoria di un precetto di natura extrapenale.

Queste stesse idee sono state poi ribadite ed ampliate in una successiva e celebre sentenza della Pretura di Pinerolo²¹, considerata il primo vero passo verso l'affermazione della concezione sostanziale stiva, che fonda il proprio ragionamento proprio sulla diversa funzione assegnata al diritto penale e al diritto amministrativo

Più precisamente si legge che mentre al diritto penale interessa "il prodotto" della funzione pubblica, al diritto amministrativo interessa, oltre che questo risultato, anche la razionale ed efficiente organizzazione interna della funzione stessa. Se l'art. 328 c.p. dovesse sanzionare qualsiasi deroga a qualsiasi precetto insito in norme e regolamenti amministrativi si finirebbe con il vanificare completamente il confine tra illecito penale e amministrativo. Ne consegue che la sanzione penale di cui all'art. 328 c.p. interviene solo quando attraverso l'omissione risulta compromessa l'essenza dell'ufficio o del servizio, mentre la sanzione amministrativa opera oltre che nei suddetti casi, anche quando l'omissione rischia di compromettere il funzionamento dell'ufficio o del servizio. La sentenza è particolarmente importante, non soltanto perché è espressione del coraggio dei giudici di merito di affermare una visione diversa rispetto a quella della S.C., ma

²⁰ Pretura di Roma, 11 maggio 1968, Giur. it., 1970, II, con nota di Brocca.

²¹ Pretura di Pinerolo, 23 aprile 1970, Giur. it., 1971, II, 460 ss.

soprattutto perché attraverso la stessa viene mutato l'oggetto della tutela penale, che non si configura più nel generico buon funzionamento della pubblica amministrazione, bensì nell'essenza dell'ufficio o del servizio, la quale deve essere compromessa dolosamente affinché si configuri il reato. Logico effetto di tale impostazione è la delimitazione della nozione di "atto d'ufficio", in quanto assumono rilevanza penale solo quelle disposizioni la cui inosservanza frustra lo scopo istituzionale dell'ufficio o della funzione pubblica.

È evidente, dunque, che una parte dei giudici di merito, distaccandosi dall'indirizzo della Cassazione, ricerchi un effettivo contenuto lesivo, distinto dal comportamento omissivo, di rifiuto o ritardo, in assenza del quale il reato viene escluso. La rilevanza di queste pronunce sta proprio nel aver sollevato, per la prima volta, il problema dell'individuazione del bene giuridico come elemento distinto, almeno logicamente, dall'omissione di un'azione doverosa, perché, anche se non viene non esplicitamente affermato nelle due sentenze analizzate, subordinano la rilevanza penale dell'omissione ad una concreta conseguenza o effetto del comportamento, anche se questo resti in doveroso sotto il profilo amministrativo.

Qualche anno dopo tale orientamento interpretativo ebbe un'autorevole consacrazione attraverso la storica sentenza Candus delle Sezioni Unite²² riguardante un tema delicatissimo quale l'assenteismo negli uffici pubblici. Più precisamente la Corte fu chiamata a pronunciarsi sulla sussistenza del delitto di cui all'art. 328 c.p. nel caso di assenze ingiustificate di un insegnante di una scuola pubblica.

Le Sezioni Unite, recependo gli orientamenti della giurisprudenza pretorile degli anni 70, chiarirono definitivamente che: *“ l'art. 328 c.p. si riferisce non ad un generico dovere di fedeltà e zelo, ma al mancato o ritardato compimento di un atto dell'ufficio[...] dunque l'omissione dolosa del funzionario offende l'interesse della Pubblica Amministrazione all'emanazione dell'atto cui essa era tenuta, cioè al raggiungimento del risultato che invece è mancato[...] In ciò consistei il*

²² Cass. pen. , S.U., 25 maggio 1985, Candus, in *Cass.pen.*, 1985, p. 1522.

pregiudizio[...] ed in questo senso se è vero che la norma incriminatrice ignora gli eventuali effetti dannosi dell'atto omesso non può negarsi che il pregiudizio all'ufficio "insito nella condotta del pubblico ufficiale" s'identifica, realisticamente, nell'inadempimento della Pubblica Amministrazione rispetto al dovere di emanazione dell'atto d'ufficio".

La pronuncia in esame ha, dunque, risolto in maniera ineccepibile i residui dubbi applicativi, adeguando l'interpretazione giurisprudenziale, nella sua più autorevole espressione, a quella della dottrina contemporanea.²³ Le Sezioni Unite, in tal modo, hanno ripudiato l'interpretazione formalistica da sempre sostenuta, ancorando il loro ragionamento alla *ratio* dell'incriminazione, valorizzandola ed individuandola nell'esigenza di assicurare ai cittadini il regolare funzionamento della pubblica amministrazione. Ne consegue che l'assenza ingiustificata da un servizio pubblico non è automaticamente penalmente rilevante ai sensi dell'art. 328 c.p., in quanto normalmente in queste situazioni la pubblica amministrazione garantisce il regolare funzionamento del servizio tramite sostituzioni e supplenze, in tal modo evitando l'omissione e il ritardo di atti d'ufficio; d'altro canto però l'assenza ingiustificata inciderà sul rapporto d'impiego e all'interno di tale rapporto conoscerà meccanismi di reintegrazione dell'ordine violato tramite l'instaurazione di un procedimento disciplinare.²⁴

Fu così che le Sezioni unite del 1985 diedero autorevole conferma alla c.d. teoria sostanzialistica, volta a tutelare penalmente non ogni omissione di un dovere d'ufficio, quale che fosse, ma solo quella che, secondo un'interpretazione teleologica, mettesse significativamente a repentaglio il bene giuridico inteso come il prodotto tipico ed istituzionale della funzione pubblica. Il cerchio delle omissioni penalmente reprimibili si restringeva così sino a coincidere con quei

²³ STILE, *L'omissione di atti d'ufficio nella riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1974, p.119.

²⁴ Sez. Un. 25 maggio 1985, *Candus*, in *Cassazione Penale*, 1986, 1522.

solì atti doverosi per il funzionario non verso ma per la pubblica amministrazione.

Con l'affermazione della lettura sostanzialistica la tutela penale offerta dall'art. 328 c.p., non riguarda più la Pubblica Amministrazione nel momento statico della sua organizzazione, ma in quello dinamico del compimento dell'atto di ufficio, e cioè per riprendere le parole della Corte "della concretezza della sua attività" .

Nonostante il radicale mutamento interpretativo della giurisprudenza, che pareva aver corretto la fattispecie in termini accettabili, si avvertiva ancora la necessità di un vero e proprio intervento riformatore del legislatore che circoscrivesse definitivamente i confini del reato di omissione e rifiuto di atti d'ufficio.

3. La riscrittura dell'art. 328 c.p. e la riforma del 1990.

Nonostante sembrasse, a detta di molti, che il radicale mutamento interpretativo della giurisprudenza avesse corretto la fattispecie in termini accettabili, si avvertiva ancora la necessità di un vero e proprio intervento riformatore che circoscrivesse definitivamente i confini del reato di omissione e rifiuto di atti d'ufficio, anche nell'intento di scongiurare, a fronte dell'eccessiva indeterminatezza della fattispecie, dubbi circa la sua legittimità costituzionale.

È doveroso preliminarmente precisare, che la modifica dell'art. 328 c.p. si inserisce in un progetto molto più ampio e articolato, difatti la legge n. 86 del 26 aprile 1990, interessa i capi I e III del titolo II del libro II del codice Rocco, sui delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, e trova la sua ragion d'essere nel dilagare di fenomeni di assoluta degenerazione e dissolutezza nell'ambito della pubblica amministrazione. Il malcontento e l'indignazione popolare convinsero il legislatore dell'epoca che lo strumento più adatto a colmare le profonde lacune della normativa amministrativa potesse essere la legge penale. L'obiettivo generale dell'intervento riformatore era, infatti, quello di garantire un più energico controllo penale sull'attività amministrativa. Per quel

che riguarda, segnatamente, il delitto di cui all'art. 328 c.p., la riforma aspirava a promuovere il reato *de quo* a deterrente alle inefficienze dei funzionari pubblici, provvedendo, contestualmente, a colmare e compensare i numerosi limiti della precedente formulazione.

A tal proposito occorre ribadire che il *punctum dolens* della fattispecie di cui all'art. 328 c.p. era duplice, da un lato, come già ampiamente evidenziato nei paragrafi precedenti, il giudice penale attraverso questa norma aveva concretamente la possibilità di ingerirsi nell'attività amministrativa e, in tal modo, di superare il divieto di imporre alla P.A. obblighi di fare.; dall'altro lato, anche volendo considerare la sentenza "Candus" del 1985 delle Sezioni Unite, chiarificatrice circa l'oggetto della tutela penale dell'art. 328 c.p., non poteva dirsi con certezza esclusa la promozione di azioni penali a fronte di semplici violazioni di servizio. Era, dunque, necessario mitigare il più possibile la "disponibilità" della norma al fine di scongiurare rischiose strumentalizzazioni giudiziarie.

Non si può, tuttavia, sottacere che vi erano anche numerose voci contrarie ad un intervento innovativo del reato *de quo*, aspetto oltretutto confermato dal disegno di legge governativo che non prevedeva alcuna modifica del reato di omissione di atti d'ufficio. La relazione non indicava le ragioni sottese a tale scelta, ma in termini generali si sosteneva che, di fatto, la giurisprudenza e la dottrina dominante erano riuscite a dare nuova vita all'art. 328 c.p. riconoscendo:

- che la tutela offerta dalla norma, riguardasse l'attività doverosa della P.A. e non il semplice zelo dei funzionari;
- che, pertanto, il delitto si configurasse come reato di danno e non come reato di pericolo,
- e, sotto il profilo dell'elemento soggettivo, che tale danno dovesse essere ricompreso nell'oggetto del dolo.

In effetti, ne è una prova il caso riguardante un comandante dei vigili urbani accusato di aver ritardato di un solo giorno il sequestro di un cantiere abusivo. In

questa circostanza il Tribunale di Napoli²⁵ statui che “per aversi il reato di cui all’art. 328 c.p. occorre che il ritardo sia indebito, cioè senza giustificazione alcuna e, quindi, che il P.U. abbia voluto creare con il suo comportamento intralcio al regolare svolgimento delle attività della P.A.”

Secondo i sostenitori della tesi che negava l’utilità di un intervento legislativo, questa ed altre pronunce, erano la dimostrazione che quel che conta è come la norma viene intesa nella sua quotidiana applicazione: la norma vivente.²⁶

Paradossalmente però, proprio questo caso dimostra l’importanza di una riforma. Infatti, sebbene la sentenza in esame si sia conclusa con l’assoluzione perché “il fatto non sussiste”, il Pretore ai sensi dell’art. 140 c.p., aveva emesso un provvedimento di sospensione dal servizio nei confronti del funzionario, poi annullato dal giudice istruttore perché assolutamente arbitrario. Nel contempo però l’amministrazione comunale, per ragioni cautelative, aveva già adibito il comandante allo svolgimento di altre attività, provvedendo a reintegrarlo definitivamente nelle sue originarie funzioni solo all’esito dell’appello, dopo circa tre anni.

Questa sentenza mette chiaramente in luce due rilievi, *in primis*, come ormai l’interpretazione sostanziale sia stata perfettamente recepita dalla giurisprudenza e che, pertanto, sia limitato il pericolo di condanne ingiuste, ma al contempo dimostra la mancanza di unitarietà circa l’interpretazione e, conseguentemente, l’applicazione dei canoni per l’esercizio dell’azione penale. In altri termini, alla luce del nuovo approdo giurisprudenziale, il problema dell’art. 328 c.p. non è più la sua formulazione, bensì la sua applicazione.

La riforma del 1990 muoveva proprio da tale contesto, e per comprenderne le logiche è utile riportare la sentenza n. 265 del 1999 della Corte di Cassazione che rappresenta una valida sintesi dell’intento perseguito attraverso la riscrittura dell’art. 328 c.p. : “il legislatore, con la riforma introduttiva della legge n.86/90, sollecitato dalle generali critiche mosse all’originaria formulazione dell’art. 328

²⁵ T. Napoli, Sez. II, 4 giugno 1986, Mennella.

²⁶ PAGLIARO, *Principi di diritto penale*, p.s. 4° edizione, Milano, 1986, p.299.

c.p., che nella sua ampia e vaga previsione, non poneva confini all'intervento del giudice penale, ha avvertito la forte preoccupazione di "riqualificare l'area dell'intervento penale" sull'attività amministrativa, nel senso di delineare, con maggiore specificità e rigore, i casi in cui l'inerzia del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di un pubblico servizio) sfocia nell'illiceità penale; muovendo in tale prospettiva, ha finito col dare rilievo non all'organizzazione amministrativa in sé per sé, ma piuttosto all'attività che la P.A. svolge entrando concretamente in contatto con i cittadini, in settori in cui il mancato compimento dell'atto si connota di particolare disvalore."²⁷

È, dunque, indiscutibile che, quantomeno dichiaratamente, l'obiettivo perseguito fosse quello di ridurre drasticamente il sindacato del giudice sull'attività della P.A., restringendo l'area di intervento della sanzione penale, al fine di evitare una "pan-criminalizzazione" dei pubblici ufficiali.²⁸ Tuttavia, a fronte del propositivo disegno riformatore, condiviso all'unanimità da dottrina e giurisprudenza, la nuova disposizione ha mostrato, fin da subito, numerosi difetti e gravi lacune, che verranno approfonditi dettagliatamente nel prosieguo della trattazione.

Le finalità perseguite dalla riforma si muovevano su tre direttrici fondamentali.

- *In primis*, fedelmente all'interpretazione sostanzialistica, secondo cui il termine di riferimento della violazione dell'obbligo giuridico è il risultato dinamico della funzione piuttosto che il momento statico dell'organizzazione interna dell'amministrazione, si prospettava l'inserimento, quale nuovo elemento integrante la fattispecie, di un danno o di un pregiudizio arrecato al privato o alla stessa pubblica amministrazione. L'esigenza era quella di distinguere nettamente le inadempienze che non danneggiano lo svolgimento complessivo della funzione da quelle che, al contrario, pregiudicano il raggiungimento di

²⁷ Cass. 21 gennaio 1999, n. 784, Muccilli, *RP*, 1999, 265.

²⁸ Tencati, *Gli atti d'ufficio omessi fonte di responsabilità penale a carico degli appartenenti al sistema amministrativo*, in *Rivista Penale*, 1992, 209.

finalità di interesse pubblico. In altri termini, si auspicava la connotazione del delitto come un reato di danno.

- Il secondo obiettivo era, invece, volto alla puntualizzazione del momento consumativo del reato mediante la fissazione di uno specifico termine, al fine di limitare la discrezionalità e l'arbitrarietà del giudice; esigenza legata all'inesistenza, almeno fino alla L. 241/90, di norme extrapenali che indicassero dei termini per i procedimenti amministrativi. In effetti, le incertezze sulle scadenze o sulla perentorietà dei termini non solo, rappresentano spesso un grave ostacolo per l'esatta individuazione del momento in cui l'omissione o il ritardo possono ritenersi realizzati, ma si riflettono conseguentemente sull'effettività della tutela.
- Infine, si auspicava la sostituzione dell'avverbio "indebitamente" che si prestava a numerose e differenti interpretazioni giurisprudenziali, con altro avverbio più adatto alla realtà operativa connessa alle funzioni tipicamente svolte dall'incaricato di un pubblico servizio.²⁹

È interessante rilevare che al perseguimento di tutti e tre gli obiettivi era orientato il progetto di legge presentato, nel corso della IX legislatura, dal senatore Giuliano Vassalli,³⁰ dal quale però la Camera, in sede di approvazione della legge, si allontanò notevolmente, tanto che la dottrina³¹ è pressoché unanime nell'affermare che nessuno dei punti sopraelencati può considerarsi apprezzabilmente raggiunto.

La fattispecie delittuose contemplate dall'articolo 328 del codice penale, così come novellato dal legislatore del 1990, comprendono due figure di reato, al primo comma la condotta di rifiuto³², e al secondo l'omissione³³, mentre viene

²⁹ F. DASSANO, *"Il delitto di omissione e rifiuto di atti d'ufficio"*, 1992, p. 7.

³⁰ Si trattava del progetto di legge n. 1250.

³¹ In particolare Stile e Dassano.

³² Art. 328, primo comma, c.p.: "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica,

del tutto eliminato ogni riferimento al ritardo. È evidente che, a differenza della formulazione previgente, la norma potrà trovare applicazione in un numero molto più limitato di casi, infatti, con il venir meno del ritardo, la configurabilità dell'omissione penalmente rilevante è stata subordinata ad un procedimento di messa in mora, ed il rifiuto può costituire reato solo se ha ad oggetto particolari atti d'ufficio da compiersi con urgenza.

Come affermato anche dai giudici della Corte di Cassazione, in sostanza, la nuova norma non dà rilievo a quelle omissioni che attengono alla mera violazione dei doveri d'ufficio, senza rilevanza esterna, ma riguarda esclusivamente la violazione degli obblighi di agire per la realizzazione dei compiti istituzionali della P.A. e, nell'ambito di questi ultimi, attribuisce rilievo penale soltanto a determinate condotte quali il rifiuto e l'omissione dell'atto e della risposta sulla richiesta della parte.³⁴

3.1 Il bene giuridico tutelato dall'art. 328 c.p. : tra natura monoffensiva e plurioffensiva dei reati.

Nell'ambito del riformato art. 328 c.p., il legislatore ha mantenuto fede all'orientamento sostanzialistico affermatosi nella giurisprudenza di merito a partire dagli anni '70 e successivamente consacrato dalle Sezioni Unite, individuando la *ratio* della norma nell'esigenza di tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione, per quanto attiene all'effettività, tempestività ed efficacia dell'adempimento delle pubbliche funzioni e delle prestazioni dei

o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo è punito con la reclusione da sei mesi a due anni”.

³³ Art. 328, secondo comma, c.p. “Fuori dai casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le ragioni del ritardo, è punito con la reclusione fino ad un anno e con la multa fino a lire due milioni. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa”.

³⁴ Cass., Sez. VI, 21 gennaio 1999, Muccilli, in *Rivista Penale*, 1999, 265.

pubblici servizi.³⁵ Nello stesso senso si è attestata la dottrina e la giurisprudenza maggioritaria. A tal proposito desta interesse per la sua portata chiarificatrice una pronuncia della Suprema Corte nella quale si legge che: “ la norma incriminatrice di cui all’art. 328 c.p., comma secondo, mira a tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione nella fase della realizzazione dei suoi compiti istituzionali. Ad integrare il delitto non è quindi sufficiente qualsiasi omissione di un atto dovuto, ma occorre invece che, come risultato del comportamento dell’agente pubblico, non venga posto in essere l’atto o il provvedimento al quale il privato è interessato, intendendosi per tale solo il provvedimento finale o gli atti che, pur precedendolo, si presentano come necessari e datati di autonoma rilevanza. Infine, il reato può essere commesso solo dal pubblico ufficiale o dall’incaricato di un pubblico servizio che abbia competenza a compiere l’atto richiesto.”³⁶

Pur non mettendosi in discussione, dunque, che la norma non mira più a salvaguardare l’organizzazione amministrativa in sé per sé, ma il regolare andamento della P.A., a fronte della sua mutata formulazione è necessario, in prima battuta, analizzare il percorso evolutivo compiuto in materia di bene tutelato dalla norma e, secondariamente, è importante tracciare una distinzione tra l’interesse tutelato dal primo comma e quello del comma successivo.

Sotto il vigore della precedente formulazione della fattispecie si era tradizionalmente sostenuto che l’interesse tutelato dall’art. 328 c.p. fosse da individuare esclusivamente nel regolare funzionamento della P.A. in vista degli scopi da essa perseguiti, che potrebbe essere pregiudicato da dolose inerzie e trascuratezze dei funzionari.³⁷ La Corte di Cassazione in una risalente pronuncia precisava che: “*La ratio dell’incriminazione di cui all’art. 328 c.p. è costituita dall’esigenza di assicurare il regolare funzionamento della pubblica amministrazione, imponendosi al pubblico ufficiale o all’incaricato di un*

³⁵ Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, Milano, 2000, p. 89.

³⁶ Cass. 22 luglio 1999, Zunino, *GD*, 1999, n. 37, 109, con nota di Forlenza.

³⁷ PALAZZO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, p. 352.

pubblico servizio di assolvere scrupolosamente e tempestivamente i doveri inerenti all'ufficio o servizio e di non venirvi meno intenzionalmente rifiutando, omettendo o ritardando atti dovuti” e nel passaggio seguente, al fine di fugare ogni dubbio in materia affermava che : *“la norma incriminatrice non prende in considerazione gli effetti dannosi dell'atto omissivo, rifiutato o ritardato, ma soltanto la violazione dei doveri funzionali conseguenti all'intenzionale condotta omissiva o ritardatrice dell'atto dovuto dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di un pubblico servizio.”*³⁸

È chiaro, dunque, che inizialmente per la giurisprudenza di legittimità i reati di cui all'art. 328 venivano intesi come una “volontaria violazione di un dovere funzionale” e che gli effetti dannosi dell'omissione dell'atto non venivano in alcun modo presi in considerazione. Una simile concezione appariva perfettamente coerente all'originaria impostazione formalista, diretta a colpire le inadempienze dei pubblici ufficiali in sé per sé considerate, e alla conseguente qualificazione dei reati in esame quali reati formali, in quanto mancava un evento naturalistico, senza che d'altro canto la lesione del bene tutelato venisse in qualche modo ad integrare la fattispecie. L'eventuale produzione degli effetti, inoltre, non rilevava neanche sul piano del dolo perché la previsione del pregiudizio sarebbe estranea all'elemento psichico del reato.

Per quel che riguarda specificamente l'ipotesi di cui al primo comma, la si annoverava tra le norme penali in bianco, con funzione meramente sanzionatoria, tesa cioè a punire qualsiasi omissione nei settori considerati, indipendentemente da ogni ripercussione sul piano amministrativo. Per altro verso, sotto il profilo dell'offensività, entrambi i reati erano, inquadrati tra i delitti monoffensivi, in quanto idonei a ledere soltanto il buon andamento della P.A. nel settore cui il rifiuto o l'omissione si riferisce.

Tuttavia, la descritta prospettiva mutò nel senso opposto con l'affermazione della lettura sostanzialistica, consacrata ad opera dei giudici della Corte Suprema nella

³⁸ Cass., 29 marzo 1967, n. 1815.

celebre sentenza Candus,³⁹ ampiamente approfondita in precedenza. Difatti, l'abbandono dell'indirizzo formalista portò ad evidenziare, per contro, che mediante la mancata realizzazione dell'atto, sia sotto forma di rifiuto che di omissione, si realizzava anche un'indiretta frustrazione degli scopi qualificanti il determinato settore di attività amministrativa cui il compimento dell'atto era preordinato. Il fondamento da cui muoveva la nuova impostazione era che il generico buon funzionamento della P.A. non individua di per sé alcun bene specifico tutelato, ma si limita a individuare la ragione politico-criminale che ha indotto il legislatore alla punizione del mancato o non tempestivo adempimento degli obblighi inerenti all'ufficio o al servizio; invece, ciò che la legge penale tutela, anche alla luce dell'art. 97 Cost. è "l'efficiente funzionamento", vale a dire la capacità della P.A. di perseguire i fini ad essa conferiti dalla legge.⁴⁰ In questo senso, quindi, assume autonomo rilievo il pregiudizio per gli scopi dell'azione amministrativa, che si inserisce a pieno titolo tra gli elementi integranti la fattispecie.

Terminata questa necessaria premessa circa l'evoluzione in materia, sono diversi gli interrogativi che si pongono in ordine all'interesse protetto. In primo luogo è opportuno verificare se, tutt'oggi, sia tutelata, esclusivamente o meno, la funzione amministrativa e, in secondo luogo, se è necessaria una distinzione tra il bene protetto dell'ipotesi criminosa di cui al primo comma e quella del capoverso successivo. Sotto questo profilo occorre fin da subito chiarire che la radicale riforma operata dall'art. 16 della L. n. 86 del 24 Aprile 1990, ha comportato una diversificazione circa il bene giuridico tutelato dall'art. 328 c.p., tra la fattispecie del primo comma e quella del secondo .

Parte della dottrina⁴¹ ritiene che il reato di cui al comma primo, strutturato su di una condotta di rifiuto di un atto dovuto in determinati settori, conferendo rilievo

³⁹ Cass. Sez.Un., 3 giugno 1985, n. 2431

⁴⁰ STILE, *Omissione rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, Napoli, 1974, p.4.

⁴¹ DASSANO, *Il delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, TORINO, 1992 p. 14; PALAZZO *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, p. 352.

⁴¹ Cass., 29 marzo 1967.

all'interesse pubblico ad interventi immediati ed indilazionabili nei settori indicati, abbia inteso tutelare l'attività della P.A. in quanto direttamente strumentale alla garanzia dei beni della giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico, igiene e sanità, a loro volta strumentali alla tutela di una vastissima gamma di beni individuali e collettivi, la cui identificazione va operata caso per caso in relazione alla materia in cui avviene il rifiuto. Tali interessi possono essere ad esempio: vita o integrità fisica rispetto alle ragioni di "sanità", incolumità individuale o pubblica rispetto a quelle di "sicurezza pubblica", patrimonio o generale dovere di osservanza delle leggi rispetto a quelle di "ordine pubblico", eccetera.

È facilmente intuibile che una tutela così articolata renda del tutto superfluo stabilire se essa sia rivolta al bene finale o se sia sempre limitata alla funzione amministrativa di efficace garanzia di quelle esigenze,⁴² si tratta, evidentemente, di due facce della stessa medaglia. Innanzitutto, la formulazione della fattispecie tipica, e in particolare l'individuazione dei diversi ambiti di operatività amministrativa nei quali il "rifiuto" acquista rilevanza penale, vale ad escludere la rilevanza della violazione di un generico dovere di fedeltà dei pubblici funzionari. Ne consegue che l'oggetto della tutela non può non finire con il coincidere con l'efficacia della funzione, da intendersi nel senso di tempestività della tutela e di garanzia delle esigenze sottese ai settori indicati. Inoltre, a conferma di tale impostazione, vi è anche il riferimento all'urgenza dell'atto, che riprova ancora una volta l'esigenza che l'azione amministrativa sia correttamente e tempestivamente tesa alla tutela dei beni finali.

A tal proposito si è infatti rilevato che, nelle ipotesi di cui al primo comma relative al rifiuto, il legislatore ha sicuramente inteso tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione, ma non solo, in quanto ha voluto garantire l'interesse pubblico ad interventi immediati in settori determinati. Tale

⁴² PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, Bologna, 2009, p. 182.

conclusione è desumibile anche dalla circostanza che non è più sanzionato, come previsto in passato, il rifiuto concernente tutti gli atti d'ufficio, ma solo quello relativo ad atti "qualificati" da compiersi per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico o igiene e sanità. Ne consegue che la nuova disposizione è posta a tutela di tali beni finali.⁴³ Questa lettura ha trovato conferma in numerose pronunce dei giudici di merito, che non si sono limitati a statuire che il primo comma dell'articolo in esame, oltre che essere orientato alla protezione del mero bene giuridico costituito dal normale funzionamento della P.A, viene a strutturarsi come reato di pericolo rispetto ai beni finali espressamente indicati,⁴⁴ ma, alla luce di quanto detto, hanno finito con il ritenere, del tutto inadeguata la tesi che individua nella semplice effettività, tempestività ed efficacia dell'adempimento delle pubbliche funzioni e delle prestazioni dei pubblici servizi il bene protetto dalla norma.⁴⁵ Secondo tale impostazione la natura "sostanziale" della tutela apprestata dal novellato articolo 328 c.p. è palese nella fattispecie di cui al primo comma, rispetto alla quale il legislatore della riforma ha ritenuto sufficiente, per l'applicazione della sanzione penale, il rifiuto del funzionario di obbedire ai doveri imposti dalla normativa di settore in situazioni di urgenza.

Le suddette osservazioni indurrebbero a concludere che il reato di rifiuto di atti d'ufficio sia inquadrabile nel novero dei delitti plurioffensivi, in una prospettiva in cui la specificità dei settori rispetto ai quali opera la tutela penale rappresenta, per così dire, l'ambito dell'offesa, ma non un'offesa autonoma e distaccata rispetto al mancato tempestivo intervento della P.A. Nonostante ciò, vi è ancora una nutrita parte della dottrina⁴⁶, che sulla base di un'interpretazione logico-sistematica, propende a favore della sola offensività del buon andamento della

⁴³ Cadoppi-Veneziani, *Elementi di diritto penale. Parte speciale*, 1995.

⁴⁴ G.i.p. Trib. Piacenza, 4 dicembre 1997, Cuomo, *IP*, 1999, 795, con nota di Putinati.

⁴⁵ G.i.p. Trib. Roma, 24 dicembre 1996, Masini, *CP*, 1997, 1156.

⁴⁶ BENUSSI, I delitti contro la P.A., I delitti dei pubblici ufficiali, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, dir. da MARINUCCI e DOLCINI, Padova, 2001, p.693; nel senso della plurioffensività del reato PALAZZO *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, p. 352; VINCIGUERRA, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Padova, 2008, p. 161.

P.A., individuandola, in tal modo, quale unico soggetto passivo del reato, ed escludendo così dall'offesa gli altri interessi incisi dal rifiuto. A tale indirizzo si affiancano anche talune minoritarie sentenze⁴⁷ nelle quali, da un lato, la giurisprudenza accoglie l'indirizzo monoffensivo, affermando che la persona offesa del reato di cui al comma primo dell'art. 328 c.p. è solamente la pubblica amministrazione, essendo la fattispecie diretta a tutelare unicamente il buon andamento della stessa, anche se, d'altro canto, ciò non esclude che il pubblico interesse possa coincidere anche con un interesse privato, e quindi che il reato possa diventare plurioffensivo. In tali ipotesi il giudice di merito, con valutazione non sindacabile dal giudice di legittimità, deve accertare la coincidenza tra i due interessi.⁴⁸ Il descritto indirizzo finisce, dunque, con l'attribuire al privato il ruolo di soggetto passivo "eventuale",⁴⁹ riconoscendo che l'applicazione del primo comma può, concretamente, offendere anche ulteriori interessi particolari.

Naturalmente, l'alternativo inquadramento del delitto di rifiuto di atti d'ufficio tra i reati monoffensivi o plurioffensivi ha notevoli ricadute sul piano procedimentale, in considerazione delle profonde differenze che sussistono, sotto il profilo delle garanzie, tra persona offesa dal reato e semplice danneggiato. Al primo, e solo ad esso, è riconosciuto il diritto di partecipare alla fase delle indagini preliminari, quello alla notifica della richiesta di archiviazione del pubblico ministero nonché il diritto di opporsi ad un'archiviazione *de plano*.

Meno complesso è, invece, il discorso riguardante il secondo comma dell'art. 328 c.p., in relazione al quale si è messo in evidenza come il legislatore della riforma non si sia limitato a tutelare il corretto andamento e adempimento delle funzioni pubbliche, ma ha inteso estendere la tutela anche alla trasparenza amministrativa, vale a dire l'esigenza che l'azione della P.A. sia conoscibile all'esterno. Tale corretta ed affermata tesi trova ragione in quanto, da un lato, il reato è incentrato sulla richiesta dell'interessato, che si configura come

⁴⁷ Cass., Sez. VI, 3 luglio 2003, n. 32019, C.E.D. Cass.; n. 226266; Cass., Sez. VI, 4 novembre 1997, Rienzi, *Cass. Pen.* 1999, Cass. Sez. VI, 6 ottobre 1997, Staro, C.E.D. Cass.; n. 210306

⁴⁸ Cass., Sez. VI, 14 gennaio 2000, n. 40594, C.E.D. Cass., n. 241482.

⁴⁹ IMPERATO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2010, p. 135.

condizione imprescindibile per la sanzione penale e, dall'altro lato, nella circostanze che per escludere la responsabilità penale non è necessaria la concreta emanazione dell'atto richiesto, essendo sufficiente la risposta scritta del funzionario che motivi le ragioni del ritardo. Si tratta di un principio che ha trovato una definitiva consacrazione normativa con la L. 241/1990 sulla riforma del procedimento amministrativo⁵⁰, la cui importanza ha indotto il legislatore ad elevarlo ad autonomo valore da tutelare nell'ambito dello statuto penale della pubblica amministrazione.⁵¹

Occorre precisare che rispetto all'originaria formulazione dell'art. 328 c.p., anche il bene tutelato dalla fattispecie di cui al secondo comma ha subito una trasformazione. Innanzitutto, deve evidenziarsi, che essa non contempla più, genericamente, l'omissione indebita di un atto dell'ufficio, ma solo determinati comportamenti omissivi, quali il mancato compimento dell'atto e la mancata risposta, che si pongono in diretta relazione con l'istanza del soggetto interessato.⁵² Difatti, nell'ipotesi contemplata dal secondo comma, il reato è incentrato sulla richiesta dell'interessato che si pone come condizione imprescindibile per l'applicazione della sanzione penale, ed inoltre deve aggiungersi, come già accennato, che la responsabilità penale non è esclusa neppure in caso di emanazione dell'atto richiesta da parte del pubblico ufficiale, essendo sufficiente a tal fine necessaria la risposta, scritta e motivata, circa le ragioni del ritardo. Si tratta, evidentemente, di una tutela che inerisce l'ottenimento di una risposta che deve essere fornita dal soggetto tenuto all'emanazione dell'atto. Se ne deduce, che nel reato di omissione di atti d'ufficio l'offesa è incentrata non tanto sulla tempestività ed effettività degli adempimenti funzionali, quanto piuttosto su un interesse di natura

⁵⁰ L. 241/1990, art. 1: "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."

⁵¹ Bevilacqua, *I reati dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2003, p. 213.

⁵² PALAZZO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 2011, p.355.

“conoscitiva”.⁵³ In tal modo il legislatore ha voluto porre le premesse per l’insaturazione di un rapporto tra cittadini e pubblica amministrazione, fondato su principi di trasparenza, correttezza e lealtà dell’operato dei pubblici poteri, riconoscendo ai privati un trattamento rispettoso dei diritti e degli interessi dei singoli.⁵⁴ È corretto, quindi, affermare che la tutela offerta nei casi di cui al secondo comma dell’art. 328 c.p., attiene l’ottenimento di una risposta da parte del soggetto tenuto all’emanazione dell’atto.

Per tali ragioni, ad avviso della giurisprudenza⁵⁵, diversamente da quanto asserito in relazione al reato di cui al primo comma, il reato di omissione di atti d’ufficio integra indubbiamente un delitto plurioffensivo, essendo lesivo oltre che del pubblico interesse al buon andamento e alla trasparenza della pubblica amministrazione, in quanto le ignorate attese dei singoli finiscono con il riverberarsi inevitabilmente sull’immagine della P.A., anche del concorrente e distinto interesse del privato danneggiato dall’omissione o dal ritardo dell’atto amministrativo dovuto. Tale impostazione ben si concilia con la nuova visione del ruolo dei rapporti tra P.A. e cittadino, nella quale l’interesse tutelato deve necessariamente individuarsi nella corretta e trasparente gestione del rapporto tra pubblica amministrazione e soggetti interessati ad un procedimento avente rilevanza “esterna”, in relazione alle modalità d’azione seguite dalla P.A. nel compimento degli atti cui i destinatari sono interessati.

Alla luce dell’illustrata costruzione del delitto di cui al secondo comma dell’art. 328 c.p., ben si comprendono le pronunce della giurisprudenza di legittimità che qualificano il richiedente interessato come persona offesa dal reato, attribuendogli in tal modo anche la tutela discendente dalle garanzie procedurali

⁵³ DASSANO, *Il delitto di rifiuto e omissione di atti d’ufficio*, TORINO, 1992 p. 16

⁵⁴ Cass., 15 giugno 2011, Monaco, in *Rivista Penale*, 2001, 823.

⁵⁵ Cass. Pen., 3 luglio 2004, in *Cass. pen.*, 2004, 4081.

previste dagli art. 408-410 c.p.p.,⁵⁶ a cominciare dal diritto alla notifica dell'avviso della richiesta di archiviazione del pubblico ministero⁵⁷.

Non solo la giurisprudenza, ma anche la dottrina prevalente⁵⁸ propende per la plurioffensività del delitto *de quo*, in considerazione della tutela apprestata anche all'interesse individuale che si sostanzia nella richiesta del singolo. Ed anzi, secondo il Dassano, la tutela dell'interesse pubblicistico scatterebbe soltanto quando vi acceda la tutela anche dell'interesse del soggetto privato individuato dall'ordinamento giuridico in base ad un rapporto di diritto sostanziale, e non meramente procedimentale, che attribuisce allo stesso soggetto la titolarità di una posizione giuridica qualificata.

L'*excursus* svolto è utile per affermare, in definitiva, che il bene protetto dall'art. 328 c.p. non può più essere relegato nei ristretti ambiti "interni" della Pubblica Amministrazione, la cui azione è proiettata all'esterno in quanto volta al perseguimento dei propri fini in funzione del soddisfacimento degli interessi dei singoli e della collettività⁵⁹. L'omissione del funzionario pubblico lede l'interesse dell'amministrazione all'emanazione dell'atto cui era tenuta, cioè al raggiungimento di un risultato che è mancato, costituendola inadempiente rispetto ad un dovere giuridico imposto dall'ordinamento. È chiaro, dunque, che il pregiudizio della Pubblica Amministrazione è insito della condotta illegittima tenuta dal pubblico ufficiale che si traduce, concretamente, nell'inadempimento rispetto al dovere di emanazione dell'atto di ufficio.

In definitiva, dunque, non pare corretto qualificare l'omissione di atti d'ufficio come reato di pericolo presunto, anche perché una simile conclusione potrebbe ingenerare anche una pericolosa confusione tra le finalità del diritto

⁵⁶ Cass. Pen., Sez. V, 7 Luglio 1995, n. 7601, in Cass. Pen., 2001, 632.

⁵⁷ Cass., Sez. V., 12 novembre 2012, n. 5876, C.E.D. Cass. n. 223937; Cass., Sez. VI, 10 Maggio 1995, Piscitelli, Cass. pen. 1997, 1392.

⁵⁸ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2006, p. 364 ss.; BENUSSI, MARINUCCI-DOLCINI, *Trattato di diritto penale Parte speciale*, dir. da MARINUCCI e DOLCINI, Padova, 2001, p.728; SEMINARA, *Commentario breve*, Padova, 2015, p. 811; CADOPPI- CANESTRANI-MANNA-PAPA, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*. Milano, 2015, p.457.

⁵⁹ Pretura di Pinerolo, 23 aprile 1970, Giur. it. , 1971, II, 460 ss

amministrativo e del diritto penale, finendo con il rendere l'art. 328 c.p. come mero strumento sanzionatorio dell'organizzazione amministrativa. Occorre difatti ricordare che le finalità delle due branche del diritto sono differenti, in quanto mentre per il diritto amministrativo rileva, innanzitutto, la razionale ed efficiente organizzazione ed il buon funzionamento dell'ufficio, al diritto penale interessa esclusivamente che alla collettività sia fornito il prodotto tipico ed istituzionale della funzione pubblica⁶⁰. Proprio quest'ultimo aspetto impone di rifiutare la classificazione del reato in esame tra quelli di pericolo presunto, attribuendo rilievo, al contrario, agli effetti dannosi concretamente risultanti dal comportamento adottato dalla P.A.

3.2 L'elemento soggettivo: questioni connesse alla scusabilità dell'errore e all'ignoranza sulle norme extrapenali.

Nell'ambito dei reati omissivi, la tematica dell'elemento soggettivo è sicuramente una delle più spinose. Difatti, sebbene la norma del primo comma dell'art. 328 descrive una condotta solo in parte riconducibile al modello del reato omissivo proprio, sul piano del dolo le considerazioni in materia non mutano.

In termini generali occorre premettere che quando si tratta di condotte positive, come nella fattispecie oggetto del primo comma, il dolo è individuabile tramite l'esteriorizzazione comportamentale del soggetto. Quando, invece, come nel capoverso dell'art. 328, il rifiuto si realizza attraverso una mera omissione, il dolo non può essere semplicemente desunto dalla condotta negativa dell'agente, bensì dall'insieme delle circostanze che precedono e accompagnano la realizzazione del reato omissivo.

In tema di rifiuto di atti d'ufficio, il primo comma dell'art. 328 c.p. esige in capo al pubblico funzionario la rappresentazione e la volontà di tutti gli elementi

⁶⁰ STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in Riv. It. dir. e proc. pen., 1973, 4ss.

costitutivi del reato alla stregua dei principi elaborati dall'interpretazione degli artt. 42 e 43 c.p. Pertanto sono necessari:

- il presupposto della condotta, ossia l'esistenza di un pericolo che incombe in materia di giustizia, sicurezza, ordine pubblico, igiene e sanità;
- la condotta, e cioè il rifiuto opposto al compimento di uno o più atti urgenti e necessari ad evitare il pericolo;
- il carattere indebito della condotta.

Inoltre, anticipando quanto sarà approfondito più avanti, la dottrina prevalente⁶¹, ritenendo che il carattere indebito del rifiuto sia elemento di "illiceità speciale" richiede, ai fini della configurabilità del dolo, la coscienza dell'illiceità del comportamento, e cioè la specifica consapevolezza che il rifiuto contrasti con i doveri dell'ufficio o del servizio.

Per i reati di cui all'art. 328 c.p., il dolo consiste nella volontà di non compiere uno o più atti dell'ufficio e del servizio con la consapevolezza che gli stessi devono essere necessariamente ed urgentemente posti in essere, in virtù dei doveri sussistenti in capo al pubblico ufficiale, al fine di evitare o contenere un pericolo per gli interessi di giustizia, sicurezza e ordine pubblico, igiene e sanità.

Il reato di cui al primo comma rientra, dunque, nell'alveo dei delitti a dolo generico⁶², in quanto presuppone la coscienza e la volontà di rifiutare indebitamente un atto dell'ufficio che, per le ragioni espressamente indicate nella disposizione, doveva essere adottato senza ritardo. A tal proposito, i giudici di piazza Cavour hanno chiarito che l'utilizzo dell'avverbio "indebitamente", citato espressamente nella norma, non comporta l'esigenza di un dolo specifico, ma

⁶¹ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, Milano, 1997, p. 347; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione; I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 1995; CADOPPI, *Trattato di diritto penale, parte speciale*, Torino, 2008; in senso contrario RICCIO, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, 1955 p. 302 " Sebbene sia elemento essenziale del reato l'illegittimità dell'atto, in quanto l'omissione, il rifiuto o il ritardo devono essere indebiti, non può ritenersi necessaria la coscienza dell'illiceità.

⁶² In dottrina si ricorda: SATURNINO, *Rifiuto e omissione e ritardo di atti d'ufficio*, in *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Trattato dir. da FIORE, Torino 2004, p. 327.

serve solo a sottolineare la necessità della consapevolezza di agire in violazione dei doveri imposti.⁶³

Prima di esaminare gli aspetti e le principali questioni connesse all'elemento soggettivo dei reati in esame, occorrono due precisazioni. In primo luogo è doveroso tener a mente quanto prescritto dall'art. 47 c.p. in materia di errore sulle norme extrapenali, per cui il dolo è escluso quando sussiste errore di fatto o di diritto. In seconda battuta, come verrà opportunamente approfondito nel prosieguo dell'elaborato, occorre ricordare che la fattispecie penale di cui all'art. 328 c.p. si compone anche di elementi extrapenali quali l'atto dell'ufficio, il carattere indebito del rifiuto e le ragioni di giustizia, sicurezza ecc. Tali premesse lasciano facilmente intuire che in tema di elemento soggettivo, la questione principale che ha posto dottrina e giurisprudenza di fronte a delicati problemi in tema di dolo, è legata alla scusabilità o meno dell'ignoranza e dell'errore sulle norme extrapenali che integrano il precetto.⁶⁴

In apertura si è già affermato che l'avverbio "indebitamente" non vale a trasformare da generico a specifico il dolo che caratterizza la fattispecie ex art. 328 c.p., tuttavia esso appare rilevante ai fini di una più puntuale caratterizzazione dell'elemento psicologico.⁶⁵

Un primo rigoroso orientamento affermatesi nella giurisprudenza della Corte Suprema si fonda sull'assunto secondo cui : *“ il concorso della scienza del danno che dal fatto possa derivare è elemento estraneo all'elemento psichico, giacché, avuto riguardo all'obiettività giuridica del reato, il danno, a prescindere da ogni altra lesione, che può anche mancare, è insito necessariamente nel rifiuto, nell'omissione e nel ritardo, e non occorre perciò che esso sia preveduto o voluto dall'agente per la sussistenza del reato. ”*⁶⁶

⁶³ Cass., Sez. VI, 11 Marzo 1985; Cass., Sez. VI, 20 marzo 1986; Pretura di Volterra, 30 aprile 1987; Cass., Sez. V, 14 novembre 1990; App. Milano, Sez. II, 17 giugno 2005.

⁶⁴ Al riguardo è noto il rigoroso orientamento della Cassazione, nel senso che per legge diversa da quella penale, ex art. 47 c.p., debba intendersi solo quella che non sia richiamata né incorporata implicitamente nelle norme penali. Cfr. Cass. 4 marzo 1968, Giust. Pen., II, 54.

⁶⁵ CADOPPI, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Torino, 2008, p. 478.

⁶⁶ Cass., 28 gennaio 1963, Giust. Pen. 1963, II, 833.

Conformemente a tale impostazione sono numerose le sentenze⁶⁷ che hanno negato che l'ignoranza, l'errore o l'erronea interpretazione circa le norme extrapenali possono escludere il dolo, e ciò in quanto non esisterebbe una legge extrapenale rispetto all'art. 328 c.p., nel senso che qualunque disposizione normativa, direttamente o indirettamente, rientrerebbe nel precetto penale. A tal proposito la giurisprudenza della Corte di Cassazione⁶⁸ ha chiarito che i reati di omissione e rifiuto di atti d'ufficio, riferendosi ad "ogni atto dell'ufficio o del servizio" che rientri nella competenza funzionale dell'agente, giovano a dare rilievo penale alle norme che disciplinano tale competenza. Difatti, tali disposizioni, anche se non penali, assumono, ai fini del reato in questione, natura ed efficacia di norme integrative di una norma penale, quale, per l'appunto, quella di cui all'art. 328 c.p. e, pertanto, non è ipotizzabile l'efficacia discriminante di un errore sul punto, che si risolverebbe in un errore sull'antigiuridicità della condotta.

Quanto appena sostenuto comporta, quale naturale conseguenza, che quando la doverosità dell'atto deriva da norme non propriamente penali, queste devono ritenersi integratrici della norma penale per cui l'errore su di esse non scusa, se non, ovviamente, nei ristretti limiti segnati dal riformato art. 5 c.p. L'orientamento da ultimo descritto è stato accolto particolarmente in tema di omessa consegna dei beni pignorati. Sul punto è interessante ricordare una risalente pronuncia⁶⁹ del 1967 nella quale la Corte dopo aver ribadito che per la sussistenza del reato di cui all'art. 328 c.p., è sufficiente il dolo generico, ha precisando che l'erronea interpretazione delle norme civili circa gli obblighi del custode si risolve in un errore sulla legge penale che, ai sensi dell'art. 5 c.p., non discrimina, perché tali disposizioni sono attratte dalla norma penale per effetto di un rinvio recettizio.

⁶⁷ Tra le più significative: Cass., 12 giugno 1969; Cass. pen. Mass. Ann. 1970, 1175, 1713; Cass. 28 aprile 1959, Giust. Pen. 1959, II, 1178, 971; Cass., 30 gennaio 1958, Giust. Pen., 1958, II, 578, 516.

⁶⁸ Cass., Sez. IV, 20 aprile 1983, Bruno.

⁶⁹ Cass., 29 novembre 1967, Cass. pen. Mass. Ann. 1968, 1096, 1703.

L'indirizzo contrario, che intende escludere la configurazione del dolo in caso di errore sulla legge extrapenale si è imposto, invece, percorrendo differenti strade. Un primo orientamento, che, sebbene minoritario, ha trovato conferma in molteplici decisioni⁷⁰, muove da un parallelismo e si fonda sul principio in base al quale la buona fede esclude il dolo, giungendo ad affermare che così come accade per la falsa rappresentazione della realtà, anche l'errore o l'ignoranza della norma depositaria dell'obbligo di agire impediscono la configurazione del dolo; ciò in quanto l'elemento intenzionale del reato *de quo* consiste nella consapevolezza da parte del soggetto attivo dell'esistenza del dovere che è tenuto ad osservare e che, indebitamente, non osservi.⁷¹ Secondo questa ricostruzione dunque, la caratteristica essenziale del dolo di cui all'art. 328 è solo ed unicamente la consapevolezza della doverosità dell'atto omesso, senza bisogno di ricorrere all' "indebitamente", che postulerebbe un riferimento all'errore su una causa di giustificazione.⁷² In sostanza, quindi, se l'agente non ha conoscenza del dovere che gli incombe a causa di un errore, anche riguardante l'interpretazione di norme diverse da quelle penali, egli incorre in errore di fatto che esclude il dolo.

Tale ricostruzione ha incontrato il favore anche della giurisprudenza di merito, in particolare il riferimento è alla Corte di Appello di Bologna, relativamente al caso riguardante alcuni vigili urbani nei confronti dei quali da un lato, si escludeva la titolarità del diritto di sciopero e, dall'altra, gli si proscioglieva per mancanza di dolo in quanto avevano rifiutato l'atto d'ufficio "*nel convincimento che la loro condotta fosse legittima, convincimento determinato da errore circa l'effettiva portata dell'art. 40 della Costituzione.*"⁷³

⁷⁰ In questo senso esplicitamente: Cass., 24 gennaio 1970, Cass. Pen. Mass. Ann. 1970, 1667, 2506: "In tema di reato di omissione e rifiuto di atti d'ufficio il dolo può ritenersi escluso se il rifiuto sia stato opposto in buona fede, sempre che di questa sia stata fornita la prova"; nello stesso senso : Cass., 31 gennaio 1939, Giust. Pen. 1941, II, 998, 1412; Cass., Sez. VI, 27 novembre 1985, Calegaris.

⁷¹ Cass, 14 gennaio 1969, Cass. pen. Mass. Ann. 1970, 631, 884.

⁷² STILE, *Omissione rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, NAPOLI, 1974, p. 13.

⁷³ App. Bologna, 26 aprile 1962, Giust. Pen. 1962, 769.

Secondo altra tesi, la strada da percorrere al fine di riconoscere efficacia scusante all'errore sulla norma extrapenale, si fonderebbe, invece, sul riferimento normativo all'avverbio "indebitamente", che dal punto di vista soggettivo, implicherebbe la necessità della coscienza dell'illiceità intesa come consapevolezza di trasgredire il dovere. L'orientamento in esame muove dall'assunto per cui l'art. 328 c.p. richiede ai fini della punibilità del pubblico ufficiale che egli abbia omissso o ritardato un atto d'ufficio "indebitamente", e cioè con piena coscienza e volontà di violare la legge, per poi concludere che nel momento stesso in cui la norma richiede la piena volontarietà di violare la legge, anche l'erronea interpretazione della norma che sancisce il dovere deve escludere il dolo.⁷⁴

Quanto esposto lascia facilmente intuire che se dovesse accogliersi la tesi che riconosce la scusabilità dell'errore, è chiaro che nel delitto di rifiuto di atti d'ufficio il dolo godrà di un vasto margine di estensione, specialmente quando cade sull'urgenza⁷⁵, che più volte ha indotto i giudici ad escluderne la sussistenza. Per comprendere l'ampio margine di operatività dell'efficacia scusante, è interessante segnalare la pronuncia riguardante un procuratore della repubblica che aveva omissso l'iscrizione nel registro degli indagati di un impiegato in servizio presso lo stesso ufficio della procura, autorizzato dal procuratore a terminare il servizio in anticipo rispetto al normale orario di lavoro, implicando così possibili responsabilità dello stesso magistrato⁷⁶. In un caso simile, la dottrina, e il riferimento è in particolare al Vinciguerra⁷⁷, non concorda circa l'esclusione del dolo, così come non condivide la decisione dei giudici della Cassazione di escludere la sussistenza del dolo in relazione alla condotta dei

⁷⁴ Cass., 8 giugno 1962, Giust. Pen. 1963, II, 422, 612: " Per la sussistenza del delitto previsto dall'art. 328 c.p. pur non essendo richiesto il dolo specifico, è tuttavia necessario che il soggetto attivo sia consapevole dell'esistenza del dovere la cui inosservanza conferisce all'azione il carattere espresso nella stessa norma con l'avverbio "indebitamente", la mancanza di questa consapevolezza esclude il dolo e quindi la responsabilità dell'agente anche quando dipenda da un errore nell'interpretazione della norma che sancisce il dovere, e che deve considerarsi "non penale" agli effetti dell'art. 47 c.p."

⁷⁵ S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, p. 160.

⁷⁶ Corte Cass., Sez. VI, 5 aprile 2005, Invidiato, in *Foro.it*, 2005, II, 655.

⁷⁷ VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008, p. 161.

vigili sanitari che non hanno proceduto al sequestro disposto dal G.I.P. di caseifici operanti senza autorizzazione allo scarico di acque reflue, solo perché, due giorni dopo il provvedimento di sequestro gli opifici avevano ottenuto l'autorizzazione.⁷⁸

Alcuni autori,⁷⁹ sebbene ritengano astrattamente più corretto l'orientamento meno rigoroso a favore dell'efficacia giustificativa dell'errore, non nascondono la difficoltà di individuare concretamente norme extrapenali che non costituiscano effettivamente un presupposto indispensabile per la determinazione degli elementi essenziali della fattispecie in oggetto. Una conferma in tal senso la si scorge in una sentenza del Tribunale di Foggia⁸⁰ che, esaminando le decisioni della Corte di Cassazione a favore della rilevanza dell'errore di diritto, osserva che in sostanza le stesse non vanno oltre generiche affermazioni di principio, non essendovi stato neppure un solo caso in cui una norma, pur se astrattamente appartenente ad altri rami dell'ordinamento, sia stata considerata "extrapenale", e quindi, in quanto tale, rilevante ai della scusabilità dell'errore dell'agente.

Le osservazioni svolte sembrerebbero persuadere per l'accoglimento della tesi più rigorosa che nega qualsiasi efficacia all'errore in riferimento ai reati di cui all'art. 328, tuttavia, al contempo non può negarsi che tale orientamento, a cui per primo si è fatto cenno, indurrebbe a negare che l'avverbio "indebitamente", espressamente contenuto nella norma in esame, richiami la categoria dell'antigiuridicità speciale, intesa come elemento normativo del fatto che concorrerebbe alla determinazione dell'elemento materiale del reato. In particolare alcuni autori⁸¹ non attribuiscono alcun valore all'avverbio in esame che si risolverebbe in un elemento di stile del tutto superfluo, e che, pertanto, non varrebbe ai fini della oggettiva determinazione della fattispecie. In sostanza, tale impostazione, esclude, in generale, l'esistenza di qualsiasi distinzione tra

⁷⁸ Corte Cass., Sez. VI, 3 luglio 2000, De Riso, in *Cass. Pen.*, 2001, 3423.

⁷⁹ CADOPPI, *Trattato di diritto penale, Parte speciale*, Torino, 2008, p. 479.

⁸⁰ T. Foggia, 14 Aprile 1975, in *Giur. di Merito*, 1979, 666.

⁸¹ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1961, p. 856.

antigiuridicità generale e speciale e l'errore sulla illiceità, e così come non rileva in generale, del pari non rileva nei presunti casi di antigiuridicità speciale.

È indiscutibile, tuttavia, che una simile teoria non può convincere del tutto, soprattutto risulta difficile comprendere le ragioni che avrebbero spinto il legislatore ad utilizzare avverbi quali, ad esempio, “indebitamente” o “illecitamente”, se poi, in concreto, finirebbero per essere considerati “*tamquam non esset*”.

In definitiva, se, come già detto, non può nascondersi l'obiettivo difficoltà di individuare norme extrapenali che non integrino effettivamente il precetto penale, al contempo occorre evidenziare la posizione assunta dalla Corte Suprema, la quale, anche quando segue l'indirizzo più rigoroso, non nega la possibile rilevanza dell'errore di diritto. In tale prospettiva sembra coerente ritenere che l'antigiuridicità speciale, più che a determinare l'elemento materiale del reato, serve a dare una migliore connotazione all'elemento psicologico del reato stesso, divenendo elemento costitutivo del dolo. In modo del tutto coerente a tale ragionamento, in dottrina⁸² si ritiene che nei casi di illiceità espressa l'antigiuridicità concorre quale elemento del fatto alla descrizione legale della fattispecie tipica, sicché la legge vuole stabile una deroga al principio per cui, di regola, non occorre la coscienza dell'antigiuridicità.

Concludendo, sebbene non mancano opinioni contrarie⁸³ sul punto, deve preferirsi alla stregua della dottrina prevalente⁸⁴ e delle citate pronunce della

⁸² PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1970, p. 323.

⁸³ SALTARELLI, *L'errore sulla legge diversa dalla legge penale*, p. 136 : “L'art. 328 c.p., che prevede l'indebito rifiuto, omissione o ritardo di un atto dell'ufficio o del servizio, si riferisce alle leggi e regolamenti che prescrivono i doveri del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio. Questi doveri costituiscono il contenuto dell'imparativo espresso genericamente nell'art. 328 c.p. e ammettere l'efficacia scriminante dell'errore su di esso equivarrebbe a svuotare la norma di ogni efficienza.”

⁸⁴ STILE, *Omissione rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, Napoli, 1974 ; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte speciale*, II, Milano, 1997, p. 347; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione; I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 1995; CADOPPI, *Trattato di diritto penale, parte speciale*, Torino, 2008; PUTINATI, voce *Omissione. Rifiuto di atti d'ufficio* in Dig. disc. pen., Torino, 1997, VIII, pag. 571 ; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2012.

Cassazione, l'orientamento meno rigoroso che esclude la sussistenza del dolo, e dunque, la responsabilità dell'agente, in presenza di un errore circa l'esistenza del dovere o circa l'erronea interpretazione della norma che sancisce il dovere.

Terminata l'estesa parentesi riguardante il rapporto tra l'errore e il dolo occorre, da ultimo, analizzare il profilo dell'accertamento dell'elemento soggettivo, e a tal fine distinguere tra la fattispecie del primo comma e quella del secondo comma dell'art. 328 c.p.

Per quel che attiene il reato di rifiuto di atti d'ufficio, di cui al primo comma, non ricorrono particolari problemi, essendo il dolo facilmente individuabile attraverso l'analisi della condotta tenuta del soggetto. Tuttavia, affinché il fatto possa ritenersi punibile, l'accertamento deve sempre risultare particolarmente rigoroso, nel senso che il dolo deve essere provato come esistente al di là di ogni ragionevole dubbio, anche e soprattutto di delimitazione rispetto all'insidiosa contigua categoria della colpa. Ciò implica che la regola di condotta statuente l'obbligo a contenuto positivo dovrà risultare pienamente conosciuta ed interiorizzata. Secondo la dottrina⁸⁵, solo in tal modo è possibile raccordare la dimensione normativa dell'omissione con un elemento psicologico quale il dolo, da interpretare come "volontà colpevole".

Per quanto riguarda il delitto previsto dal capoverso dell'art. 328 c.p., valgono i medesimi rilievi di cui sopra, rispetto ai quali occorre solo aggiungere che dovrà essere accertata la volontà consapevole dell'agente di omettere la risposta, esponendo le ragioni del ritardo. Tuttavia per il delitto di omissione di atti d'ufficio il delicato problema del confine con la colpa si ripropone con maggiore intensità, in quanto il meccanismo dei trenta giorni stempera la condotta omissiva del pubblico agente al punto da avvicinarla pericolosamente alla negligenza. È dunque importante che l'accertamento ad opera del giudice non si basi su schemi

⁸⁵ In particolare DASSANO, *Il delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, TORINO, 1992 p. 104.

presuntivi, al fine di scongiurare qualsiasi sovrapposizione ai confini della categoria della colpa.

4. Novità e criticità della nuova norma

La tanto attesa legge di riforma⁸⁶ dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione si è rivelata profondamente insufficiente nei contenuti, specialmente per quel che riguarda il reato di rifiuto e omissione di atti d'ufficio. Infatti, il legislatore nell'intento di limitare il più possibile l'ingerenza del giudice penale nell'ambito amministrativo ha reso ancora più incerti i confini dei beni tutelati, introducendo restrizioni eccessive e non giustificabili, senza, peraltro, trovare una soluzione al problema di fondo, ossia l'effettiva portata offensiva della fattispecie.⁸⁷ Non ha caso si è parlato di una riforma inadeguata, incompleta e, addirittura, fallimentare.⁸⁸

In effetti, in un contesto storico e sociale nel quale era fortemente avvertita l'esigenza di un miglioramento tecnico e funzionale della norma, la stessa è stata, sostanzialmente, svuotata della tutela penale.

Il primo elemento che desta sconcerto è, indubbiamente, la mancata codificazione del principio di offensività. Come precedentemente approfondito, era ormai palese che il generico riferimento al valore, seppur costituzionalmente garantito, del "buon andamento" della pubblica amministrazione non era di per sé in grado di risolvere il problema centrale della fattispecie, e cioè di chiarire se l'oggetto della tutela fosse da individuare nell'organizzazione "interna" della stessa o, al contrario, nel momento autonomo ed "esterno" del buon funzionamento della P.A. Fu proprio tale incertezza a dare la spinta iniziale al percorso di riforma, e pertanto, nell'ottica di chiarire quali, tra le omissioni dei pubblici funzionari, fossero penalmente rilevante ai sensi dell'art. 328 c.p., la

⁸⁶ Legge del 26 aprile n. 86/1990.

⁸⁷ SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.* 1999, p. 673.

⁸⁸ GUIDO, *Omissione e rifiuto di atti d'ufficio: prassi applicativa e problemi interpretativi.*

soluzione fu individuata nell'introduzione di un nuovo elemento strutturale della fattispecie oggettiva: il danno o il pregiudizio arrecato ai diritti o agli interessi altrui.

È evidente però, che ciò non è accaduto, né per l'ipotesi di cui al primo comma né per l'ipotesi di cui al secondo comma, anche se, tra i vari progetti presentati nel lungo iter che ha preceduto l'approvazione del testo definitivo, non è mancata la previsione di subordinare la sanzione penale alla necessità che il fatto abbia, in concreto, arrecato danni agli interessi o ai diritti altrui.⁸⁹ In particolare il disegno di legge Vassalli, comunicato alla Presidenza del Consiglio, il 15 marzo 1985, prevedeva, per l'omissione o il ritardo di atti rispetto ai quali non sussistesse un termine espressamente previsto dalla legge, una condizione per la punibilità rappresentata dalla proponibilità dell'azione risarcitoria.

La scelta di respingere questa proposta è presumibilmente legata all'erronea convinzione che la citata sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione⁹⁰ avesse definitivamente chiarito, con riferimento al reato *de quo*, la necessaria operatività del principio di offensività, superando così del tutto la preoccupazione e il rischio di incriminare anche mere violazioni del dovere di servizio. Da più parti si sosteneva che, del resto, focalizzare l'attenzione sull'evento lesivo rischiava di spostare l'oggetto della tutela ai soli diritti e interessi soggettivi lesi dall'inadempienza.

Una simile impostazione è stata, però, ben presto smentita dalla giurisprudenza della Cassazione che in una pronuncia del 1992⁹¹, rimasta fortunatamente isolata, ha inaspettatamente ribadito la lettura formalistica sostenendo che, per la configurabilità del reato di cui all'art. 328 c.p., il verificarsi del danno

⁸⁹ In particolare ci si riferisce al disegno di legge Vassalli il cui art. 328 c.p. prevedeva: “ Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, senza giustificato motivo rifiuta, omette o ritarda un atto d'ufficio o del servizio, è punito con la reclusione fino ad un anno o con la multa fino a lire due milioni. Se il termine per il compimento dell'atto non è stabilito espressamente dalla legge, vi è omissione o ritardo quando il colpevole sia stato previamente costituito in mora da chi ne abbia titolo e concorrano le condizioni per esercitare nei suoi confronti l'azione civile risarcitoria.

⁹⁰ Sez. Un., 25 Maggio 1985, Cansus, in *Cassazione penale* 1985, 15.

⁹¹ Cass. Pen, sez. III, 7 Maggio 1992.

rappresenta un elemento ininfluenza fino a che il c.d. principio di offensività non troverà inequivoca formulazione nel codice penale.

Ancora, in dottrina⁹² si è cercato di giustificare il rifiuto alla proposta di legare l'evento lesivo al danno risarcibile, evidenziando la pericolosità di possibili vuoti di tutela. Si è, infatti, rilevato che tra la semplice violazione di un dovere di servizio e il cagionare un danno risarcibile, si interpongono tutta una serie di atti e di attività della P.A. la cui omissione, pur non realizzando un danno risarcibile, è ugualmente in grado di pregiudicare notevolmente la funzione pubblica e gli interessi ad essa connessi. Ne conseguirebbe, quale inevitabile risultato, l'esclusione della tutela penale per tutti gli atti e le attività della pubblica amministrazione privi di un soggetto interessato in maniera qualificata all'atto.⁹³ Infine, un'altra giustificazione alla mancata positivizzazione dell'offesa nell'art. 328, si fondava sulla distinzione tra attività interna ed esterna della pubblica amministrazione, evidenziando come non poteva trascurarsi la circostanza che numerosi casi di omissione interna alla P.A. sono in grado di arrecare comunque gravi danni interni ed esterni alla stessa.

Ad oggi, dunque, se ci si limita ad una lettura superficiale della norma, il reato di cui all'art. 328 c.p. sembrerebbe configurarsi come un reato di pericolo, che quindi non richiederebbe il verificarsi di un danno effettivo.

La dottrina⁹⁴, però, per porre un argine all'inadeguatezza della riforma e onde evitare riduzioni formalistiche a reato di mera disobbedienza, ha individuato degli *escamotages* per colmare le lacune date dall'assenza dell'evento lesivo quale elemento integrante la fattispecie.

Un primo strumento è dato dal rinvio al diritto costituzionale, cercando di applicare il principio di offensività tramite una lettura costituzionalmente orientata del reato in esame; dunque giustificando l'irrogazione della sanzione penale soltanto se il fatto incriminato è concretamente lesivo di un bene

⁹² ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, Milano, 2000, p. 498.

⁹³ ALFONSO M.STILE, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, NAPOLI, 1987, p. 412.

⁹⁴ FINADACA- MUSCO, *Diritto penale parte speciale vol. I*, Bologna, 2005, p. 162.

giuridico. Sempre in questa prospettiva, l'altra strada intrapresa dalla dottrina non si allontana dai confini della fattispecie cercando raccordi sistematici con altre branche del diritto, e si fonda su ragionamenti differenti a seconda che si tratti del reato del primo o del secondo comma. Con riguardo al rifiuto di cui al primo comma, il delitto in esame intende tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione inteso in chiave dinamica, dunque sotto forma dell'interesse alla tempestività dell'azione pubblica in quei casi in cui il pubblico intervento è imposto da ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico, igiene e sanità. Se ne deduce, alla stregua del principio di offensività, che l'azione penale sarà fondata solo se il funzionario, con la mancata adozione dell'atto, abbia pregiudicato le esigenze di giustizia, sicurezza, igiene e sanità del cittadino. È evidente la *ratio* di tipo sostanziale sottesa alla fattispecie di cui al primo comma.

Nell'ipotesi di cui al secondo comma, invece, il principio di lesività, sebbene non positivizzato, è più facilmente rinvenibile, in quanto la norma punisce soltanto le omissioni precedute dalla "richiesta" di "chi vi abbia interesse", ne consegue che, nella generalità dei casi, solo se il mancato compimento dell'atto determina un qualche "pregiudizio" per qualcuno si attualizzano le condizioni in presenza delle quali il soggetto sia indotto a presentare una "richiesta" di compimento dell'atto medesimo.⁹⁵ Il danno, pertanto, assume un rilievo quantomeno "fattuale".

Tornando agli obiettivi mancati dalla l. 86/1990, si ricorda che uno degli aspetti maggiormente criticati durante la vigenza della precedente formulazione era l'inesistenza di un termine che fungesse da spartiacque tra lecito ed illecito sotto il profilo temporale. Ebbene, non può negarsi, anche se limitatamente al secondo comma, che tale obiettivo sia stato, a prima vista, raggiunto. Difatti questo prevede che: " Fuori dai casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo ufficio e non risponde per esporre le

⁹⁵ F. Dassano, "*Il delitto di omissione e rifiuto di atti d'ufficio*", TORINO, 1992, p. 113.

ragioni del ritardo, è punito con la reclusione sino ad un anno e con la multa fino a Euro 1032.”

Occorre tuttavia rilevare, preannunciando quanto sarà oggetto di una dettagliata analisi nel prosieguo della trattazione, che l'esigenza della precisazione del momento consumativo attraverso la fissazione di un termine perentorio è stata rispettata solo formalmente. Difatti l'apparente chiarezza del dettato normativo cela innumerevoli questioni interpretative ed applicative nascenti, soprattutto, dal difficile coordinamento del termine in esame con termini extrapenali.

Invece, per quel che attiene gli atti qualificati di cui al primo comma, il legislatore ha optato per il laconico e generico riferimento ad atti da compiersi “senza ritardo”, attribuendo di fatto al giudice ampi margini di discrezionalità nello stabilire il confine di demarcazione tra atti urgenti e atti che, al contrario, possono attendere. È interessante notare che tutt'altro era stato, invece, previsto nella proposta di legge 2793⁹⁶, nota come progetto Violante dal nome del senatore primo proponente, che nel primo comma rapportava l'omissione ad un termine generale di sei mesi dalla richiesta o ad un termine minore imposto dalla situazione di fatto o dalla natura dell'atto. Tale proposta aveva, evidentemente, ben recepito le criticità connesse all'assoluta indeterminatezza di una termine, e pertanto non si limitò alla fissazione dello stesso ma lo ancorò ad una richiesta di adempimento, oltretutto motivata e da presentare per iscritto, in modo da scongiurare il più possibile i rischi di strumentalizzazione dell'azione penale. Tuttavia questa formulazione implicava una serie di problemi riguardanti sia l'individuazione dell'avente diritto, che, soprattutto, l'oggetto della tutela che sarebbe stata circoscritta ai soli atti che richiedono, per l'attivazione della pubblica amministrazione, una richiesta. In sostanza, con la proposta in esame si rischiava di garantire un'ampia sfera di impunità a condotte ben più gravi di

⁹⁶ Art. 328 : “ Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che, tenuto a compiere un atto dell'ufficio o del servizio, richiesto di adempimento dall'avente diritto, omette indebitamente di compiere l'atto dovuto entro sei mesi dalla ricezione della richiesta, o comunque entro il minor termine imposto dalla situazione di fatto o dalla natura dell'atto, è punito con la reclusione sino ad un anno o con la multa sino a L. 2.000.000

quelle attualmente ricomprese nell'ambito dell'art. 328. Questi ed altri motivi convinsero il Parlamento ad accantonarla.

Quanto, infine, al terzo obiettivo volto alla sostituzione dell'avverbio "indebitamente", l'auspicata supplenza, per quel che attiene il reato di rifiuto è rimasta incompiuta, mentre non compare più nella formulazione del secondo comma. Questo significa che se un funzionario pubblico, a seguito di un'apposita richiesta, ometta, pur in presenza di una situazione "giustificata", di compiere l'atto richiesto, sarà punibile ogni qualvolta non esponga per iscritto le ragioni del mancato tempestivo adempimento.

Alla mancata realizzazione degli obiettivi che avevano ispirato la riforma, si aggiunge anche l'insorgere di nuove criticità. Uno degli aspetti più preoccupanti risiede nella limitazione delle omissioni penalmente rilevanti agli atti che devono essere compiuti "per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o d'ordine pubblico o d'igiene e sanità". A questa delimitazione, fa riscontro quale unico comportamento tipico, il rifiuto indebito. Senza anticipare troppo quanto sarà approfondito nei prossimi capitoli, occorre accennare che la disposizione in esame è stata giudicata come un'arma a doppio taglio, perché se è chiaro l'intento di voler circoscrivere le condotte di rifiuto rilevanti, il rischio che si corre è quello di un'operatività eccessivamente modesta. Oltre che sulla particolare qualificazione dell'atto, si è discusso anche del discrimine dell'urgenza dell'atto, il cui rifiuto integra il reato solo l'atto debba essere compiuto "senza ritardo", senza che, peraltro, venga individuato alcun termine puntuale che stabilisca una qualche "scadenza". Occorre tuttavia evidenziare che, se da un lato non può negarsi che la scelta di impiegare l'espressione "senza ritardo" si sia rivelata poco felice, vista l'impossibilità di attribuirle definizioni più dettagliate, d'altro canto la stessa le conferisce una certa elasticità che le

consente di plasmarsi “in rapporto all’interesse da soddisfare nella situazione contingente.”⁹⁷

Quanto alle “ragioni” che qualificano gli atti dell’ufficio, le stesse sono state evidentemente trasposte dall’art. 650 (inosservanza dei provvedimenti dell’autorità), che punisce l’inosservanza di provvedimenti legalmente dati dall’autorità in alcune amplissime aree di interesse. Ma è evidente che, il legislatore, nell’effettuare la trasposizione non abbia tenuto conto della differente *ratio* sottesa alle due fattispecie e dell’altrettanto diversa oggettività giuridica.

Infatti, l’intento perseguito con il reato di cui all’art. 650 era quello di reprimere l’inosservanza dei provvedimenti nelle materie specificatamente indicate proprio in ragione del particolare rilievo sociale ricoperto dall’attività amministrativa in tali settori; mentre, in tutti gli altri casi non ricompresi nella formulazione dell’articolo, si reputò sufficiente il potere di autotutela della pubblica amministrazione.

È chiaro, che la medesima *ratio* non può rinvenirsi nell’art. 328 che fa riferimento al pubblico ufficiale chiamato al compimento di funzioni pubbliche, di cui è titolare, e dal cui regolare e fedele espletamento derivano la funzionalità delle istituzioni e quindi la stessa organizzazione della collettività.⁹⁸ Pertanto, si è rilevato che il richiamo alle ragioni di cui all’art. 650 ha, di fatto, escluso dalla tutela penale numerosi settori ed interessi, quali ad esempio, l’economia pubblica, la tutela dei diritti civili e politici del cittadino, il cui esercizio è spesso subordinato alle attività dei pubblici poteri, o ancora la delicatissima materia elettorale, soprattutto a livello locale. Tuttavia, nonostante la delimitazione operata dalla riforma, parte della dottrina ha messo in luce l’elasticità di una parte di questi interessi, i quali quindi potranno ugualmente divenire oggetto di

⁹⁷ Così, sostanzialmente, p.e., C. 22 novembre 1996, in Rp 1997, 184; per la funzione selettiva del “senza ritardo” i rapporto alla ragione di sanità, istitutive p.e. C., 18 febbraio 1992, n. 189.765.

⁹⁸ ALFONSO M.STILE, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1975, p. 39.

tutela ai sensi del primo comma dell'art. 328 per motivi di "coincidenza"⁹⁹, si pensi all'ambiente o al territorio e alla sicurezza pubblica.

Sempre con riferimento al primo comma, è altresì preoccupante, la riduzione delle condotte sanzionate; il legislatore ha, infatti, ristretto l'area dell'intervento penale al solo rifiuto, escludendo l'omissione e il ritardo. Tale scelta apre la strada ad una serie di questioni, prima fra tutte, se l'esplicito riferimento al "rifiuto" funga in realtà da sintesi di tutte e tre le condotte e, se dovesse optarsi per questa interpretazione, se deve escludersi la punibilità qualora una richiesta non sia preceduta da un rifiuto ma unicamente da un indebito ritardo doloso comunque idoneo a frustrare la funzione dell'atto.

Numerosissimi sono, inoltre, i limiti insiti nel secondo comma, che se, da un lato, ha certamente il pregio di instaurare un rapporto diretto tra l'utente e la p.a., consentendo al primo di ottenere soddisfazione dalla seconda almeno con la spiegazione dell'inerzia, dall'altro, presenta un gravissimo difetto, quello di prestarsi facilmente a trucchi e manipolazioni.¹⁰⁰ Altra questione delicata è quella relativa alla ricostruzione della condotta penalmente rilevante, in considerazione del fatto che la fattispecie di cui al secondo comma è completamente autonoma e differente rispetto al rifiuto. Così come controverse sono le numerose questioni legate al termine indicato nel secondo comma dell'art. 328 c.p. e i suoi rapporti con l'istituto del silenzio-assenso. Altresì è stata ritenuta ingiusta la scelta di riservare la tutela ai solo "richiedenti", trascurando atti che devono essere posti in essere *ex officio*.¹⁰¹

Questi ed altri profili critici e interrogativi, che mi sono limitato soltanto ad accennare, saranno opportunamente vagliati nel corso della trattazione, ma appaiono già sufficienti a spiegare il pressoché unanime rammarico nei confronti di una riforma che, di fatto, non ha risolto i problemi legati alla

⁹⁹ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*. Milano, 2006, p. 334.

¹⁰⁰ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*. Milano, 2006, p. 334.

¹⁰¹ F. DASSANO, "Il delitto di omissione e rifiuto di atti d'ufficio", Tonio, 1992, p. 118.

vecchia formulazione. Ad oggi, il nuovo art. 328 c.p. non soddisfa ancora l'esigenza di tipicità e di determinatezza volta ad una più precisa configurazione del reato di rifiuto ed omissione di atti d'ufficio.

CAPITOLO SECONDO

1. L'art. 328 c.p.

Con la riscrittura del nuovo art. 328 il legislatore del 1990 ha introdotto nel codice penale due autonome fattispecie incriminatrici, rispettivamente previste nei commi 1 e 2 della disposizione. Il primo comma dell'art. 328 c.p. punisce la condotta di rifiuto di un atto che, per ragioni di giustizia, ordine pubblico, sicurezza pubblica, igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo.¹⁰² La restante fattispecie, invece, incrimina il mancato compimento dell'atto entro trenta giorni dalla richiesta, in assenza di una risposta relativa alle ragioni del ritardo. A tal proposito la giurisprudenza¹⁰³ ha affermato che l'articolo in esame disciplina due distinte ipotesi di reato: nella prima il delitto si perfeziona con la semplice omissione del provvedimento di cui si sollecita la tempestiva adozione, incidente su beni di valore primario (giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico, igiene, sanità); mentre, nella seconda, ai fini della consumazione è necessario il concorso di due condotte omissive, la mancata adozione dell'atto entro trenta giorni dalla richiesta scritta della parte interessata e la mancata risposta sulle ragioni del ritardo.

Nonostante l'intervento riformatore del 1990, le questioni connesse al delitto di cui al primo comma sono ancora molteplici e complesse, difatti ancora si discute circa la delimitazione dei contorni della condotta incriminata, della determinazione del contenuto del requisito d'illiceità espressa inserito nella norma, nonché dell'esame dell'elemento soggettivo.

¹⁰² Art. 328 c.p. , comma 1: Il pubblico ufficiale, o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta un atto del suo ufficio che, per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica, o di ordine pubblico o di igiene e sanità, deve essere compiuto senza ritardo, è punito con la reclusione da sei mesi a due anni.

¹⁰³ Cass., Sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 11877, *C.E.D. Cass., n. 224861*.

1.1 Il bene giuridico tutelato

È necessario cominciare la dissertazione relativa al delitto di rifiuto di atti d'ufficio, accennando al problema dell'individuazione del bene protetto dalla norma, tenendo a mente quanto già detto nel primo capitolo. Si è già avuto modo di dimostrare che, secondo la dottrina prevalente, la *ratio* della norma è individuabile nell'esigenza di tutelare il buon andamento della pubblica amministrazione, attraverso la tutela di atti che, in riferimento a specifici settori devono essere adottati con urgenza in rapporto alla finalità pubblica perseguita.¹⁰⁴ A tale conclusione si è giunti grazie ad una progressiva trasformazione dei concetti di organizzazione e di attività della P.A. e della relativa regolamentazione dei poteri e dei doveri dei pubblici organi amministrativi anche in conseguenza del mutato rapporto Stato-cittadini emergente dalla Costituzione ed oggetto di attenti studi sia da parte della dottrina amministrativistica che di quella penalistica. In tal modo si è resa possibile una graduale ma sensibile modifica del concetto di interesse protetto dall'art. 328 c.p. che quindi deve essere rinvenuto nel buon funzionamento della P.A. inteso nella prospettiva dell'attività doverosa finalizzata al raggiungimento degli scopi tipici che di colta in volta si pone l'amministrazione.

È, infatti, innegabile che l'asse portante della riforma operata dalla L. n. 86 del 26 aprile 1990 sia individuabile nel rafforzamento dell'efficienza e del buon andamento della pubblica amministrazione. In altri termini, il legislatore mediante la norma in esame ha inteso assicurare il tempestivo, regolare ed efficace adempimento delle pubbliche funzioni o servizi in modo da garantire ai cittadini le prerogative loro riconosciute.

Tuttavia, occorre precisare, che la norma tutela unicamente il regolare funzionamento della P.A. preordinato *ex lege* al compimento dei fini istituzionale alla stessa affidati, con la conseguenza che non ogni inadempimento ascrivibile alla Pubblica Amministrazione è in sé per sé idoneo ad integrare il delitto de quo,

¹⁰⁴ STILE, *Commento all'art. 16 della L. 26 aprile 1990 n. 86, LP, 1990, 331.*

ma lo saranno solo quelle condotte che impediscono il raggiungimento del risultato cui è rivolta l'attività della P.A. Ne consegue che l'eventuale comportamento tenuto dal pubblico agente che abbia come unica conseguenza il mancato adempimento di doveri "funzionali" senza però il verificarsi di alcun pregiudizio "esterno" non può essere considerato penalmente rilevante ai sensi dell'art. 328 c.p.¹⁰⁵ D'altro canto, ritenere penalmente rilevante qualunque inadempimento del pubblico funzionario significherebbe ricostruire l'art. 328 c.p. come una norma penale in bianco, attribuendo così una mera rilevanza disciplinare alle violazioni della pubblica amministrazione.

Altro elemento indispensabile ai fini dell'operatività della norma è il rifiuto volontario del soggetto attivo, difatti la fattispecie di cui al primo comma incrimina specificamente la condotta del pubblico agente che rifiuti di compiere un atto del suo ufficio. Dalla lettura della disposizione si deduce, quindi, che ai fini dell'operatività della stessa, è necessaria una manifestazione di volontà del soggetto attivo, non essendo sufficiente il solo comportamento omissivo dello stesso. La scelta di esigere il rifiuto consapevole da parte del pubblico agente comporta rilevanti conseguenze, in tal modo, infatti, da un lato, si rende necessaria l'individuazione, quale presupposto della condotta, di una previa richiesta nei confronti del pubblico ufficiale, ancorché non esplicita; e dall'altro invece si impone una selezione tra le condotte rilevanti, in quanto "*una mera inerzia, un semplice non fare, senza qualcosa che esprima la volontà negativa del soggetto agente non possono essere qualificati come rifiuto implicito*"¹⁰⁶.

In sostanza il delitto di rifiuto di atti di ufficio, non sanziona penalmente la generica negligenza o la scarsa sensibilità istituzionale del pubblico ufficiale, ma il rifiuto consapevole di atti da adottarsi senza ritardo, per la tutela di beni pubblici, rispetto ai quali gli sono state conferite quelle funzioni pubbliche.¹⁰⁷

¹⁰⁵ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la pubblica amministrazione*, Bologna, 2009, p. 177.

¹⁰⁶ Cass., Sez. VI, sent. 6. 2. 1997, n. 1129, in Cass. pen., 1998, 118.

¹⁰⁷ Cass., Sez. VI, sent. 10.10. 2002, n. 39572.

Occorre tuttavia segnalare, senza anticipare troppo di quanto sarà approfondito più avanti, che il rifiuto di un atto d'ufficio si verifica non solo a fronte di una richiesta o di un ordine, ma anche quando ricorrano condizioni d'urgenza che impongano il compimento di un atto.

2. I soggetti attivi del reato

Tra gli elementi comuni alle differenti figure criminose contemplate dall'art. 328 c.p. vi sono i soggetti attivi del reato; difatti autore del delitto di rifiuto o omissione di atti d'ufficio è solamente il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che abbia la competenza ad emanare l'atto o a compiere il servizio richiesto. Ne consegue, dunque, che il rifiuto e l'omissione rientrano tra i reati propri, i quali possono essere commessi solo da soggetti aventi determinate caratteristiche.

Stante la particolare ampiezza delle fattispecie di cui all'art. 328 c.p., sono necessarie alcune precisazioni circa la nozione di titolare di una funzione amministrativa. Al fine di definire i contorni del profilo soggettivo del reato è utile richiamare gli artt. 357¹⁰⁸ e 358¹⁰⁹ c.p. che dettano rispettivamente le definizioni di pubblico ufficiale e di incaricato di un pubblico servizio. Apparentemente le enunciazioni delle disposizioni richiamate potrebbero apparire superflue, in estrema sintesi esse, infatti, si limitano a statuire che sono pubblici ufficiali coloro che esercitano una funzione pubblica e che sono incaricati di pubblico servizio coloro che prestano, appunto, un pubblico servizio.

¹⁰⁸ Agli effetti della legge penale, sono pubblici ufficiali coloro i quali esercitano una pubblica funzione legislativa, giudiziaria o amministrativa.

Agli stessi effetti è pubblica la funzione amministrativa disciplinata da norme di diritto pubblico e da atti autoritativi e caratterizzata dalla formazione e dalla manifestazione della volontà della pubblica amministrazione o dal suo svolgersi per mezzo di poteri autoritativi o certificativi.

¹⁰⁹ Agli effetti della legge penale, sono incaricati di un pubblico servizio coloro i quali, a qualunque titolo, prestano un pubblico servizio.

Per pubblico servizio deve intendersi una attività disciplinata nelle stesse forme della pubblica funzione, ma caratterizzata dalla mancanza dei poteri tipici di quest'ultima, e con esclusione dello svolgimento di semplici mansioni di ordine e della prestazione di opera meramente materiale.

Tradizionalmente, a causa delle originarie disposizioni del codice Rocco, la qualifica di pubblico agente era strettamente legata alla mera sussistenza di un rapporto di impiego con lo Stato a causa dell'ambiguo riferimento al "pubblico impiegato", finendo in tal modo per identificare il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio unicamente con il soggetto interno dell'amministrazione pubblica, a prescindere dall'effettiva attività svolta dallo stesso.

Tuttavia con l'entrata in vigore della L. n. 86 del 1990, e successivamente della L. 181 del 1992, si realizza un importante cambiamento: vi è infatti l'affermazione della concezione oggettiva, nel senso che il pubblico agente interessa per quella che fa, non per quello che è, mentre il profilo soggettivo, per quanto indicativo, non è decisivo, dal momento che l'agire amministrativo rileva in quanto tale.¹¹⁰ L'irrilevanza della qualifica formale del soggetto interno alla pubblica amministrazione è stata confermata ed accolta anche dalla giurisprudenza che ha chiarito che ormai può essere considerato pubblico ufficiale anche "*chi concorre in modo sussidiario o accessorio all'attuazione dei fini della pubblica amministrazione, con azioni che non possano essere isolate dal contesto delle funzioni pubbliche*"¹¹¹. In una pronuncia più recente è stato ancora ribadito che lo *status* di pubblico ufficiale di cui all'art. 357 c.p. deve essere riconosciuta a quei soggetti, pubblici dipendenti o semplici privati, che, a prescindere dalla loro posizione e debbono formare e manifestare, nell'ambito di una potestà regolata dal diritto pubblico, la volontà della p.a., ovvero esercitare, indipendentemente da formali investiture, poteri autoritativi, deliberativi o certificativi, disgiuntamente e non cumulativamente considerati.¹¹²

L'accoglimento della concezione funzionale-oggettiva della qualifica di pubblico agente ha comportato due opposte conseguenze applicative, per certi versi un effetto restrittivo dell'area punitiva, e per altri un antitetico effetto espansivo.

¹¹⁰ V. MANES, *Servizi pubblici e diritto penale*. Giappichelli, Torino 2010.

¹¹¹ Cass. Pen. n. 172191/85

¹¹² Cass. Pen. 7.6.2001; n. 191171/92; n. 213910/99

Difatti, per accertare che l'attività incriminata sia obiettivamente qualificabile come pubblica funzione o pubblico servizio, non è più sufficiente la sola esistenza di un rapporto d'impiego, ma è necessario avvalersi dei criteri di delimitazione interna ed esterna definiti dal legislatore. Ciò comporta, evidentemente, un notevole restringimento dell'area punitiva. Al contempo però si è verificata un'espansione pressoché illimitata della categoria dei soggetti di cui agli artt. 357 e 358, potendo essere inquadrati come pubblici ufficiali e incaricati di pubblico servizio tutti coloro che di fatto esercitano i poteri e le attività tipicamente ascritte ai funzionari pubblici.

L'exkursus circa l'evoluzione della nozione di pubblico ufficiale e incaricato di un pubblico servizio è utile per garantire il corretto coordinamento tra gli artt. 357 e 358 e l'art. 328 c.p. che, per alcuni aspetti, risulta particolarmente complesso. Al contrario, le complicità certamente non sussistono quando l'attività criminosa è posta in essere da un soggetto normalmente impiegato nella pubblica amministrazione, essendo sufficiente in questi casi verificare l'effettiva esistenza di un regolare rapporto d'impiego e che l'atto omissivo o rifiutato costituisca oggettivamente l'espletamento di un pubblica funzione o di un pubblico servizio, e che quindi si tratti di un atto disciplinato da norme di diritto pubblico o di atti autoritativi.

Viceversa, i problemi emergono nel caso in cui si intenda far uso dell'effetto espansivo della norma penale, in tal caso occorre distinguere a seconda che il soggetto attivo abbia tenuto una condotta commissiva o omissiva. Nel primo caso, non v'è dubbio che sussista un'estensione della punibilità, in quanto la condotta commissiva presuppone un dispendio di energia che determina un percepibile mutamento naturalistico che, nel caso dei reati propri "qualificati", si concretizza nell'esercizio di poteri *latu sensu* pubblicistici; in simili ipotesi quindi non può non ammettersi la punibilità anche di coloro che esercitino tali poteri solo sul piano fattuale, in assenza di un formale rapporto d'impiego con lo Stato. Lo stesso ragionamento non può, però, farsi anche per i reati di natura omissiva, che si fondano e si caratterizzano per l'inerzia del soggetto tenuto ad

attivarsi, elemento che manca nei soggetti che esercitano i poteri pubblicistici solo di fatto, i quali non essendo stati soggetti ad una formale investitura non hanno né poteri né doveri. In sostanza, quindi, per i reati omissivi è esclusa la responsabilità del soggetto di fatto.

Questo stesso ragionamento porta ad escludere la responsabilità penale anche nei confronti del funzionario incompetente, vale a dire quel soggetto che seppur interno all'amministrazione statale sia privo della specifica competenza ad emanare l'atto richiesto perché estraneo alle sue attribuzioni funzionali. A tal proposito un significativo riferimento normativo è contenuto nello stesso art. 328, laddove statuisce che il pubblico funzionario incorre in responsabilità penale quando rifiuta o omette l'atto del "suo" ufficio. È proprio l'impiego di tale aggettivo possessivo che delimita la situazione tipica da cui scatta il dovere di provvedere.

La giurisprudenza ha più volte esaminato la questione dell'eventuale rilevanza penale del rifiuto o della mancata risposta all'istanza dell'interessato quando questa sia stata inoltrata ad un funzionario incompetente, e, in ogni occasione, ha sempre opportunamente escluso la configurabilità del reato di cui all'art. 328 ponendo in rilievo che laddove manchi la competenza a provvedere in materia, non sussiste né l'obbligo di compiere l'atto d'ufficio richiesto, né, tantomeno, quello di rispondere: non tanto per giustificare il ritardo, inconcepibile rispetto ad un atto che non si ha competenza ad adottare, quanto piuttosto per informare il privato di tale situazione.¹¹³ Sebbene tale conclusione sembri anche l'unica coerente con il principio di buon andamento dell'attività amministrativa di cui all'art. 97 Cost.¹¹⁴, si segnala una contraria pronuncia della Corte di Cassazione, rimasta tuttavia isolata, nella quale è stato ritenuto colpevole, e quindi punibile, il

¹¹³ Cass., Sez. VI, 26 novembre 1997, Proc. Rep. Trib. Pescara in proc. Di Giandomenico, in C.E.D. Cass., n. 209478.

¹¹⁴ Tale principio, difatti, esprime anche l'esigenza dell'economicità dell'agire amministrativo, in forza della quale deve escludersi che l'istanza del privato, indirizzata ad ottenere un atto d'ufficio esulante dalla competenza del pubblico funzionario destinatario della stessa, imponga comunque l'apertura di un procedimento e l'insorgenza del dovere di risposta, come richiesto dall'art. 328 c.p.

sindaco per aver omesso di fornire, a fronte di apposita richiesta, il nominativo del funzionario che aveva curato una pratica, anche se si trattava di un'adempimento non rientrante nei suoi compiti specifici.¹¹⁵ In questa stessa prospettiva la Corte di Cassazione nella sentenza n. 14466 del 2009 ha affermato un nuovo principio, una tesi "mediana", statuendo che il pubblico agente al quale venga richiesto il compimento di un atto per il quale è incompetente ha comunque l'obbligo, penalmente rilevante ai sensi dell'art. 328 c.p., di dare informazioni al privato e di trasmettere la documentazione all'ufficio amministrativo competente.

L'approdo cui è giunta la Suprema Corte tramite la sentenza sopracitata non deve stupire, se si considerano le gravi conseguenze della scelta di garantire in modo indistinto l'irresponsabilità penale del funzionario pubblico incompetente. In tal modo, infatti, il privato cittadino finisce per farsi carico del gravoso onere di individuare personalmente l'ufficio amministrativo competente. Impresa questa che, a causa della comune cattiva organizzazione degli apparati burocratici, è spesso assai ardua e che, inoltre, potrebbe seriamente danneggiare i privati nel caso in cui dovessero rivolgersi all'ufficio sbagliato. Nonostante sia evidente la pericolosità connessa all'impunità di simili comportamenti, la giurisprudenza non è tenuta a colmare le lacune in materia di tutela penale, dal momento che al principio di legalità non è dato rinunciare.¹¹⁶

Occorre tuttavia precisare che nei casi sopra descritti di irresponsabilità penale per i reati di rifiuto e omissione di atti d'ufficio non è comunque esclusa in termini assoluti una responsabilità del pubblico funzionario, l'ordinamento ha infatti predisposto molteplici rimedi alle lacune normative, prevedendo sia responsabilità di tipo disciplinare, o ancora, qualora ne ricorrano gli estremi, la punibilità per il differente delitto di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p.¹¹⁷

¹¹⁵ Cass. Pen, Sez. VI, 14 aprile 2003, n. 14466, Russo, in *Rivista Penale* 2004, 132.

¹¹⁶ Cass. Pen., Sez. VI, n. 11515, in *Rivista penale* 1998, fasc. 1, 31.

¹¹⁷ PROTO, *L'omissione di atti d'ufficio tra passato e futuro* in *Studi Senesi* 2006: "ad esempio, tale ipotesi ricorre quando il pubblico ufficiale incompetente omette dolosamente di trasmettere

2.1. Il responsabile del procedimento

Tra le differenti figure potenzialmente in grado di assumere la qualifica di soggetto attivo del reato di rifiuto e omissione di atti d'ufficio, merita una particolare attenzione il responsabile del procedimento amministrativo, divenuto, di fatto, uno dei più interessanti elementi di coordinamento tra la disciplina penale e quella amministrativa. Tale innovativa figura è stata introdotta dalla L. 241/1990, definita la rivoluzione copernicana del diritto amministrativo, grazie alla quale è stata gradualmente raggiunta la parificazione dei rapporti intercorrenti tra privato e la Pubblica Amministrazione, consentendo a quest'ultimo una partecipazione sempre più intensa ed articolata al procedimento.

L'importanza del carico di novità introdotto dall'art. 4 della l. n. 241/90, che impone alle pubbliche amministrazioni di individuare l'unità organizzativa responsabile del procedimento, è tale da indurre all'affermazione che “ *la l. 241 spiega irrimediabilmente influenza sull'assetto organizzatorio della pubblica amministrazione, tanto da far pensare a tale legge, con quel tanto di velleitarietà che non può guastare , come l'unico tentativo riuscito, a livello normativo di riforma amministrativa, nei tempi recenti.*”¹¹⁸

Difatti, la frammentarietà del sistema previgente, dovuta alla mancanza di un disegno organico ed unitario dell'apparato amministrativo, si traduceva in continue anomalie e disfunzioni che finivano con il ripercuotersi negativamente, e spesso irrimediabilmente sul cittadino, di fatto smarrito nell'indistinto e confuso sistema burocratico. Era dunque fortemente sentita in dottrina¹¹⁹

gli atti al funzionario che ne è dotato, qualora da ciò discenda un danno ingiusto o un ingiusto vantaggio patrimoniale.”

¹¹⁸ PATRONI GRIFFI, *La l. 7 agosto 1990 n. 241 a due anni dall'entrata in vigore. Termini e responsabile del procedimento; partecipazione procedimentale*, in *Foro it.* 1993, III, c. 66.

¹¹⁹ D'ALESSIO, *La rivoluzione di una sola figura di riferimento*, in *Guida al Diritto Dossier* 2011, 13 ; SORACE, *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, Bologna, 2007, 308.

l'esigenza di improntare l'intero agire della P.A. a canoni di trasparenza e buon andamento. Ben si spiega, quindi, l'intento del legislatore della riforma di creare le condizioni di trasparenza e di coordinamento unitario al fine di assicurare un'amministrazione partecipata, efficace ed efficiente¹²⁰; volendo riportare le parole del Consiglio di Stato nel parere sul d. l. n. 241/90, la finalità perseguita dal progetto di riforma è quella di “ *offrire al cittadino interessato un preciso interlocutore con cui dialogare nel corso del procedimento*” e, d'altro canto, di “*rendere concreta la responsabilità dei pubblici funzionari, evitando che questa sfumi nell'ambito dell'apparato o si nasconda dietro l'autorità di vertice*”¹²¹

Pertanto, attraverso il nuovo istituto, si è inteso garantire al privato cittadino un interlocutore cui rivolgersi durante tutto il corso del procedimento amministrativo, superando la previgente previsione normativa che consentiva la nomina del responsabile soltanto in alcune limitate ipotesi. Nel disegno riformatore il responsabile del procedimento, prima ancora di rappresentare un istituto del procedimento rappresenta una nuova indispensabile figura organizzativa della pubblica amministrazione¹²², attorno alla quale ruotano gli istituti e le stesse parti pubbliche e private del procedimento, nel ottica di assicurare un'amministrazione paritaria e razionale rispondente alla concezione di pubblica amministrazione ormai da tempo ricavata dal dettato costituzionale. In sostanza, dunque, il responsabile del procedimento si erge a guida stabile e punto di riferimento dell'intera procedura sia per l'esterno che per l'interno; significativi a tal proposito sono i compiti ad esso attribuiti elencati, in modo meramente esemplificativo ai sensi dell'art. 6 della L.241/90. La norma in esame è di particolare rilevanza, poiché dal vaglio della stessa, emerge con chiarezza il ruolo di governo dell'istruttoria che la riforma ha affidato al responsabile, egli, infatti, non si limiterà ad incentivare la raccolta e la valutazione degli elementi

¹²⁰ RENNA, *Il responsabile del procedimento a quasi dieci anni dall'entrata in vigore della legge n. 241 in Diritto Amministrativo* 2000, 507

¹²¹ Consiglio di Stato, Ad. Gen. par. 17 febbraio 1987, n. 7/87.

¹²² R. Villata- G. Sala, voce Procedimento amministrativo, in Dig. disc. pubbl., vol. XI, Torino, 1996, 593 ss.

necessari per l'emanazione del provvedimento finale, ma si occuperà anche di raccordare e coordinare le varie fasi procedimentali, evitando dispendi tempistici. Volendo sintetizzare, in termini generali, al responsabile spetta l'adempimento di tutte le comunicazioni, le notificazioni e le pubblicazioni previste dalle leggi e dai regolamenti, tra cui ad esempio la comunicazione ai rispettivi destinatari dei provvedimenti limitativi la loro sfera giuridica, affinché il provvedimento medesimo acquisti efficacia secondo quanto previsto dall'art. 21.bis della l. 241.¹²³ Egli, inoltre, al fine di garantire un adeguato svolgimento dell'istruttoria, ha il generico dovere di adottare ogni misura necessaria, nonché il fondamentale compito di emanare l'atto finale, tranne laddove non ne abbia la competenza, casi nei quali è tenuto a trasmettere gli atti all'organo competente. Il legislatore ha, infatti, preferito adottare un modello dualistico lasciando al dirigente la decisione in ordine all'attribuzione del potere di emanare il provvedimento finale.

È, dunque, evidente la centralità "procedimentale" di questa innovativa figura divenuta, non a caso, in breve tempo l'emblema del rinnovato rapporto tra amministrazione e cittadini impostato dal legislatore dalla riforma. La forte volontà riformatrice del legislatore del 1990 è ulteriormente rimarcata dalla scelta di riconoscere natura *self executing* a buona parte delle norme che disciplinano l'istituto in modo da garantirne l'immediata e diretta applicabilità nel caso di mancata individuazione delle unità responsabili. Deve infatti osservarsi che ai sensi dell'art. 4 dell' art. 4, L. 241/1990, alle amministrazioni pubbliche, per ciascun procedimento relativo ad atti di loro competenza, spetta solo l'individuazione dell'unità organizzativa responsabile dell'istruttoria, sarà poi il dirigente di ciascuna singola unità ad attribuire a sé o ad altro dipendente la responsabilità dell' istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento, nonché, eventualmente, dell' adozione del provvedimento finale. Ne consegue che non è necessario un ulteriore intervento della P.A. che determini in concreto la persona fisica cui imputare la responsabilità.

Inoltre il legislatore, per scongiurare il rischio di una mancata applicazione del

¹²³ M.A. SANDULLI, *Codice dell'azione amministrativa*, 2010, Giuffrè.

nuovo istituto, pena il grave rischio di una pericolosa vanificazione dell'intera riforma del procedimento, si è preoccupato di ovviare alle eventuali mancate assegnazioni tramite l'elaborazione di un meccanismo suppletivo, inteso a fare ricadere comunque quest'ultima sulla persona fisica che dovrebbe provvedere all'assegnazione e che invece non vi provveda, prevedendo, ai sensi dell'art. 5, comma 2, L. 241/1990, che fino a quando non sia effettuata l'assegnazione di cui al comma 1, è considerato egli stesso responsabile.

Come già anticipato è possibile che il responsabile del procedimento non sia competente ad emanare l'atto finale, ed anzi non sono poche le normative di settore che lo impongono, al fine di garantire, in nome dell'imparzialità della P.A., un'effettiva separazione delle funzioni. A solo titolo di esempio si pensi a quanto disposto dalla legge 142/90, in materia di appalto e concorso negli enti locali, dov'è statuito che la responsabilità spetta ai dirigenti, mentre l'atto conclusivo spetta alle commissioni di gara e di concorso.¹²⁴

A tal proposito, è doveroso segnalare, che la *separation of fuction* del procedimento amministrativo ha sollevato una serie di questioni interpretative. Una prima problematica, tutt'oggi dibattuta e irrisolta, riguarda proprio il responsabile del procedimento che non sia competente all'emanazione del provvedimento finale in particolare ci si chiede se egli sia per questo completamente esonerato da responsabilità per i delitti di rifiuto o omissione di atti d'ufficio. Alcuni hanno sostenuto, e ci si riferisce in particolare al Dassano¹²⁵, che in simili ipotesi sorgerebbe una duplice responsabilità in capo al responsabile, una diretta e l'altra indiretta. In *primis*, egli sarebbe direttamente responsabile per aver violato i propri doveri funzionali volti a garantire il corretto svolgimento del procedimento amministrativo, difatti occorre precisare che sebbene si tratti di atti endoprocedimentali essi si atteggiavano come atti propulsivi diretti ad assicurare il regolare agire della P.A. In secondo luogo ricorrerebbe

¹²⁴ RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Diritto Amministrativo* 1994. 18.

¹²⁵ DASSANO, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, 1992, 137.

una responsabilità “indiretta” ex art. 40 cpv e 110 c.p. per non aver, il responsabile del procedimento, impedito il verificarsi dell’evento, ossia la mancata emanazione del provvedimento conclusivo.

La soluzione appena illustrata appare però criticabile per due ordini di ragioni.

La prima attiene al rinvio all’art. 40 cpv. la cui operatività sappiamo essere subordinata ad una duplice condizione: il mancato impedimento dell’evento e l’obbligo giuridico di impedirlo; obbligo che però sembra non potersi individuare specificamente nella generica ed indeterminata espressione utilizzata nell’art. 4 lett. b) secondo cui il responsabile “adotta ogni misura per l’adeguato e sollecito svolgimento dell’istruttoria”. Una simile soluzione sarebbe contraria al principio di legalità sostanziale espresso nel secondo comma dell’art. 25 Cost. che impone una puntuale specificazione dei doveri posti a carico del soggetto, ed inoltre si ricorda che la responsabilità per mancato impedimento dell’evento richiede necessariamente una prova positiva dell’elemento soggettivo rappresentato dalla consapevole volontà di rifiutare o omettere quegli atti doverosi volti ad impedire l’emanazione dell’atto finale. In secondo luogo, non può negarsi, che la scelta di assoggettare il responsabile del procedimento ad una duplice responsabilità per lo stesso fatto, sia un trattamento sanzionatorio eccessivamente severo.¹²⁶

Un’altra discussa questione interpretativa legata alla separazione di funzioni all’interno del procedimento riguarda il coordinamento tra il secondo comma dell’art. 328 c.p., e l’art. 8 della L. 241/1990.

Difatti il secondo comma dell’art. 328 c.p. fa riferimento alla richiesta scritta da indirizzare al pubblico ufficiale competente all’emanazione dell’atto, senza alcuna specificazione, mentre l’art. 8 della L. 241/90 richiama solo il nominativo del responsabile del procedimento.

È evidente, dalla lettura delle due disposizioni, la discordanza tra la norma penale e quella amministrativa, e non è inverosimile che il privato cittadino, il quale di regola non è a conoscenza del nome del soggetto tenuto ad emanare l’atto

¹²⁶ A. TESAURO, *Violazione di legge ed abuso d’ufficio. Tra diritto penale e diritto amministrativo*, 2002, 38.

finale, inoltri la lettera di messa in mora al responsabile del procedimento, il quale non è in alcun modo tenuto a trasmettere la richiesta al compimento dell'atto al pubblico ufficiale competente. Un caso simile potrebbe, potenzialmente, condurre ad un situazione paradossale non potendo ascrivere né la responsabilità per omissione al soggetto tenuto al compimento dell'atto, non avendo quest'ultimo ricevuto la richiesta, né la responsabilità penale per omissione in capo al responsabile del procedimento, infatti il soggetto diffidato è diverso e diverso è l'atto sollecitato.¹²⁷ La responsabilità penale in capo al responsabile del procedimento potrebbe ravvisarsi solo se la diffida sia indirizzata specificamente ad esso e abbia ad oggetto il compimento di atti volti a sollecitare allo sblocco di una situazione di stallo, e non quindi, l'atto finale. O ancora, una sua responsabilità la si potrebbe individuare adottando un'interpretazione sostanzialistica della messa in mora di cui all'art. 328 c.p., intendendola come una sorta di implicito invito al responsabile del procedimento in modo tale da sollecitarlo ad una rapida conclusione dell'istruttoria.

Si è già accennato che la finalità principale perseguita tramite l'introduzione della figura del responsabile del procedimento è fornire ai privati che si rapportano con la pubblica amministrazione un interlocutore preciso con cui dialogare. A ben vedere, tale obiettivo può dirsi realizzabile soltanto se il privato venga tempestivamente e correttamente informato circa il nominativo del responsabile del procedimento in corso¹²⁸. Proprio a tal fine, la prima incombenza che l'art. 5 della L. n. 241/90 attribuisce al dirigente amministrativo, è quello di comunicare ai destinatari del provvedimento e a chi ha diritto di parteciparvi, nonché a chiunque ne faccia richiesta, l'ufficio responsabile e il proprio nominativo.

La suddetta disposizione è stata al centro di una recente sentenza della Suprema Corte¹²⁹ che ha statuito, a carico dell'unità organizzativa responsabile del

¹²⁷ CADOPPI-VENENZIANI, voce *Omissione* in *Enciclopedia giuridica Treccani*.

¹²⁸ D'ALESSIO, *La rivoluzione di una sola figura di riferimento*, in Guida al Diritto Dossier, 2011, 13.

¹²⁹ Cass., Sez. VI, 12 agosto 2009, n. 32837, in *Cassazione Penale* 2010.

procedimento, la sussistenza del delitto di omissione di atti d'ufficio in caso di mancata comunicazione da parte della P.A., entro trenta giorni dalla richiesta dell'interessato, a norma dell'art. 5 della l. n. 241 del 1990. L'inerzia della P.A. a fronte di tali richieste integra un'ipotesi di silenzio-inadempimento rispetto al quale non è previsto un preciso termine per provvedere. La delicata questione del silenzio della P.A. e del suo rapporto con l'art. 328 c.p. sarà approfonditamente rispesa nel prosieguo della trattazione ma, sin da ora, può constatarsi che l'inutile decorso del termine previsto dal secondo comma dell'art. 328 integra senza dubbio un'ipotesi di omissione di atti d'ufficio. Più controverso è, invece, determinare se l'omessa comunicazione del nominativo del responsabile del procedimento sia di per sé sufficiente ad integrare il reato *de quo*, o se, piuttosto, rappresenti solo una mera violazione dei doveri dei pubblici funzionari. Sul punto la giurisprudenza della Corte di Cassazione ha più volte asserito l'incidenza di tale inadempimento sull'agire amministrativo.¹³⁰ Al contrario, secondo la dottrina, e in particolare il riferimento è al Pallotta¹³¹, tali pronunce sarebbero opinabili almeno sotto due aspetti. *In primis*, per quel che attiene la salvaguardia dell'interesse pubblicistico tutelato, non si intacca la validità dell'atto provvedimentale, in quanto l'art. 21 octies della l. 241/90 limita il vizio della violazione di legge formale e procedimentale a causa di annullabilità del provvedimento soltanto a quei vizi aventi valenza sostanziale, in tal modo non frustrando i sostanziali interessi pubblicistici. Un ragionamento del tutto analogo è possibile sotto il profilo privatistico. Difatti, il privato che, a seguito della richiesta, non riceve alcuna comunicazione circa il nominativo del responsabile del procedimento, non subisce, di fatto, alcun pregiudizio sia perché la figura del responsabile del procedimento, sebbene non comunicatogli, è comunque

¹³⁰ Cassazione penale, 23 aprile 2009, n.32837, sez. VI

¹³¹ PALLOTTA, *Configura omissione di atti d'ufficio la mancata comunicazione all'interessato richiedente del nominativo del responsabile del procedimento*, in Cassazione Penale 2010, 4214 ; PALLOTTA, *La necessaria rilevanza della disciplina extrapenale nell'omissione di atti d'ufficio: per una lettura costituzionalmente orientata del delitto*, in Cassazione Penale 2010, 4206.

presente, si rammenta, infatti, che per il combinato disposto degli artt. 4 e 5 l. 7 agosto 1990, n. 241 il dirigente preposto all'unità organizzativa competente, nominato *ex art. 4*, provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto all'unità la responsabilità dell'istruttoria e di ogni altro adempimento considerandosi, in mancanza, responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto all'unità organizzativa stessa, sia perché il diritto di partecipazione al procedimento del privato può essere esercitato solo dopo l'avvio del procedimento stesso ancora non verificatosi. Secondo la dottrina in esame, quindi, l'autorità amministrativa prima di emettere le pronunce di condanna avrebbe dovuto provvedere ad una più approfondita analisi della concreta lesività dell'interesse protetto dalla norma incriminatrice.

Da ultimo, merita un cenno, la questione del rispetto del principio di legalità, da intendersi come riserva assoluta di legge, da parte del responsabile del procedimento. È noto che l'art. 25 comma 2 della Costituzione pone un divieto assoluto a fonti regolamentari e sub-regolamentari di introdurre norme penali, tuttavia l'art.4 della L. 241/90 disciplina i criteri per l'individuazione del responsabile del procedimento, attribuendo alla P.A. il potere di individuare autonomamente tale organo amministrativo. È evidente che, in tal modo, si finisce con il demandare ad un'autorità statale diversa da quella legislativa l'individuazione degli elementi costitutivi di fattispecie penali e, nel contempo, tale potere riconosciuto alle pubbliche amministrazioni si presterebbe a strumentalizzazioni, modificando per esempio la figura del responsabile solo allo scopo di eludere la norma penale.

2.2 Gli organi collegiali

Nell'alveo dei soggetti attivi del reato un discorso a parte lo meritano gli organi collegiali. Si è già segnalato che soggetti attivi dei reati di cui all'art. 328 possono essere il pubblico ufficiale e l'incaricato di un pubblico servizio, ora, occorre considerare l'ipotesi in cui questi ultimi commettano i delitti *de quibus* in qualità di membri di un organo collegiale.

Difatti, quando il rifiuto e l'omissione dipendono dalla decisione di un organo collegiale occorre considerare la condotta tenuta da ciascun suo componente e valutarne il contributo dato al contenuto omissivo della decisione collegiale.

I singoli membri degli organi collegiali possono rendersi responsabili del reato di rifiuto e omissione di atti d'ufficio, sia tramite condotte indipendenti senza il concorso degli altri soggetti facenti parte del collegio, sia mediante la cooperazione degli stessi. Si può pensare, ad esempio, al caso del comportamento di un collegio i cui membri si accordino per omettere o rifiutare il compimento di un atto, oppure all'ipotesi di un membro di un collegio che, *uti singulus*, impedisca l'adozione di un provvedimento, facendo venir meno il suo contributo determinante per l'approvazione di una delibera o non partecipando alla stessa causando, in tal modo, il mancato raggiungimento del quorum.

Tuttavia, occorre precisare che affinché possa dirsi sussistente il reato di omissione o rifiuto in capo al singolo componente del collegio non è sufficiente l'accertamento della condotta incriminata del singolo, ma è necessario che la decisione dell'intero collegio sia anch'essa un rifiuto o un omissione. Inoltre, affinché sussista la responsabilità penale per omissione, alla stregua del secondo comma, è richiesto che ogni singolo membro abbia avuto conoscenza della diffida del privato.

Concretamente, la condotta incriminata del singolo potrà manifestarsi attraverso un votazione contraria, un'astensione o anche tramite la dissertazione della seduta, ma l'individuazione della responsabilità penale comporta che il fatto tipico e colpevole commesso da un componente dell'organo rileverà solo nel caso in cui la decisione assunta dal Collegio sia anch'essa un rifiuto o un omissione; inoltre occorre puntualizzare che in simili situazioni è esclusa anche la punibilità ex art. 56 c.p. in quanto il nostro ordinamento non fa arretrare la soglia di rilevanza penale ad uno stadio tale da rendere punibile il tentativo del concorso nel reato.¹³²

¹³² DOLCINI-MARINUCCI, *Codice Penale commentato*, 2011, 3366.

Appare opportuno ora esaminare gli aspetti problematici connessi alla modalità decisoria collegiale. Una prima questione riguarda le difficoltà probatorie derivanti dalla segretezza del voto conferito, difatti, salvo i casi di unanimità del suffragio, la pubblica accusa si troverà nella grave difficoltà di ricondurre i voti conferiti in seno al collegio ai componenti di questo. Una possibilità, in simili situazioni, può essere quella di fare affidamento alle dichiarazioni di voto rese dai consiglieri del consiglio, con la consapevolezza dei rischi e della debolezza connessi ad una simile prova indiziaria.

Maggiori complessità sorgono, poi, nel caso in cui l'organo collegiale si identifichi nell'organo giurisdizionale, ciò in quanto la decisione assunta collegialmente da quest'ultimo si caratterizza per la sua necessaria ed assoluta impersonalità. Apparentemente, in questi casi la segretezza del voto sembrerebbe costituire un serio ostacolo anche ai fini dell'accertamento dei fatti. Un aiuto in tal senso è rappresentato dalla possibilità¹³³, per il giudice dissenziente circa la decisione assunta dal collegio, di manifestare la propria disapprovazione.

Difatti, alla stregua di quanto accade negli ordinamenti di *common law* è previsto che si rediga sommario processo verbale del provvedimento da cui dovrà desumersi l'unanimità della decisione o, al contrario, la *dissenting opinio*, ossia il dissenso succintamente motivato espresso da uno o più membri del collegio. Il verbale, una volta sottoscritto da tutti i componenti dell'organo collegiale viene conservato in plico chiuso presso gli uffici della cancelleria. In tal modo i singoli giudici potranno tutelarsi nell'eventualità di un'azione di responsabilità contro di sé per la decisione presa dalla Corte. Occorre tuttavia puntualizzare che la legge consente l'utilizzo di tale opinione dissenziente solo a fronte di azioni di responsabilità civile e non anche qualora vengano esperite azioni penali.

2.2.3. La responsabilità del sindaco

Passando ai problemi di natura sostanziale, un aspetto molto discusso attiene alla distinzione fra l'organo collegiale e chi di questo ne abbia la rappresentanza ai

¹³³ Art. 16 della L. n. 177/88

fini dell'individuazione della responsabilità penale. Un caso tipico è quello del Sindaco e della Giunta comunale, di cui egli è rappresentante.

È già stato diffusamente chiarito che ad avviso della Suprema Corte il soggetto attivo del reato di cui all'art. 328 c.p. è il pubblico ufficiale che la responsabilità dell'atto richiesto, nell'amministrazione comunale a tal fine deve farsi riferimento, in primo luogo, all'art. 5 della legge n. 241 del 1990, in materia di procedimento amministrativo, che, tra l'altro, prevede l'assegnazione della responsabilità della istruttoria e del provvedimento finale agli addetti all'unità organizzativa o al funzionario a essa preposto e, in secondo luogo, all'art. 51 della l. n. 142 del 1990 sulle autonomie locali¹³⁴, che rimette ad appositi regolamenti la disciplina, tra l'altro, dell'organizzazione di uffici e servizi e la diretta responsabilità dei dirigenti, mentre, in base all'art. 36 della medesima l. n. 142, è riservata al sindaco soltanto la sorveglianza sul funzionamento dei suddetti uffici e servizi, con la conseguenza che solo ove l'amministrazione comunale non sia stata di fatto strutturata, anche sulla base di provvedimenti impliciti, secondo inequivocabili attribuzioni di competenza può farsi derivare al sindaco, quale organo di rappresentanza dell'ente e titolare del potere-dovere di sorveglianza sull'attività dei funzionari comunali, la responsabilità per la mancata risposta alla richiesta del privato.¹³⁵

In materia, in alcune decisioni, le Corti di merito hanno sancito la responsabilità del sindaco per omissione di atti d'ufficio qualora egli, una volta ricevuta una diffida ad adempiere da un privato, la abbia trasmessa doverosamente alla giunta, in quanto organo competente ad emanare l'atto, e, decorso inutilmente il termine di trenta giorni per provvedere, non abbia fornito all'istante le spiegazioni del ritardo. Una simile impostazione finisce, evidentemente, con l'addossare la responsabilità penale esclusivamente sul sindaco, esonerando del tutto la giunta.

¹³⁴ Norma non significativamente modificata sul punto dall'art. 6 della successiva l. n. 127 del 1997.

¹³⁵ CASS., Sez. VI, 6 aprile 2000, Scorsone, *C.E.D. Cass.*, n. 217340

La questione è stata affrontata dalla Suprema Corte¹³⁶, che ha vagliato la sussistenza del delitto in esame in capo al Sindaco che, entro trenta giorni dalla comunicazione alla Giunta, si renda inadempiente circa il secondo obbligo. Orbene, la Corte ha escluso la colpevolezza del Sindaco poiché, essendo l'organo collegiale competente all'emanazione dell'atto, è su questo che gravano entrambi gli obblighi, alternativi, previsti dalla legge penale. Dunque il Sindaco, dal momento in cui trasmette doverosamente la diffida alla giunta, va esonerato da responsabilità penale per omissione di atti d'ufficio.

2.3 I magistrati

Prima di analizzare nel dettaglio l'evoluzione normativa verificatosi in materia di responsabilità dei magistrati per i reati di cui all'art. 328 c.p. occorre premettere che, da sempre, in materia il legislatore ha mostrato una certa esitazione.

In origine, per il delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio, i magistrati godevano di una speciale regime giuridico che caratterizzava per la sua peculiare interconnessione con la disciplina della responsabilità civile. Difatti, l'art. 328 c.p., subito dopo la generica previsione di punibilità delle condotte di omissione, rifiuto, e ritardo di atti d'ufficio, si componeva anche di un secondo comma nel quale si leggeva che “Se il pubblico ufficiale è un giudice o un funzionario del pubblico ministero, vi è omissione, rifiuto o ritardo, quando concorrono le condizioni richieste dalla legge per esercitare contro di essi l'azione civile”.

Il suddetto rinvio alle condizioni richieste per l'esperimento dell'azione civile innalzava non poche difficoltà legate all'elevata complessità delle stesse, in particolare il richiamo era riferito alle disposizioni contenute nell'abrogato codice di procedura civile del 1865 ai sensi degli art. 783 e seguenti. In particolare si richiedevano:

- Quale presupposto per l'accoglimento dell'istanza, la prova del dolo, frode o concussione in capo al magistrato;

¹³⁶ Cass. Sez. VI, 23 febbraio 1998

- Nonché una previa autorizzazione, oltretutto discrezionale, da parte della corte legittimata a pronunciarsi sulla fondatezza dell'azione;

Nonostante l'entrata in vigore del nuovo codice di procedura civile, la normativa cui l'art. 328 c.p. rinvia restò sostanzialmente immutata; difatti gli art. 55, 56 e 74 c.p.c. confermavano sia il presupposto del dolo, della frode o della concussione, sia quello della preventiva autorizzazione, ora non più ad opera della corte giudicante, ma affidata al Ministro di Grazia e Giustizia.

Dunque, a fronte dell'innovato codice di riferimento, non solo il contenuto non era mutato, ma affiorarono nuove e più gravi questioni interpretative. Il problema nasceva dalla differente terminologia impiegata dal codice del 1942 rispetto al previgente, mentre, infatti, quest'ultimo faceva riferimento alle autorità giudiziarie in genere, il nuovo citava espressamente solo il giudice civile e il pubblico ministero che interveniva nel processo civile. Tale formulazione metteva in discussione la configurabilità del delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio anche in capo ai giudici penali. Tra le diverse soluzioni avanzate, prevalse, sia in dottrina¹³⁷ che in giurisprudenza¹³⁸ una tesi moderata, coerente al principio costituzionale di eguaglianza che impone di trattare situazioni eguali in modo eguale, che proponeva un'estensione analogica delle norme dettate in materia di responsabilità aquiliana per il giudice civile anche a quello penale, in modo da produrre indirettamente effetti anche sul reato di omissione di atti d'ufficio.

Alla fine degli anni 80 la situazione ha subito un notevole cambiamento a seguito dell'abrogazione degli art. 55,56 e 74 del codice di procedura civile per effetto del referendum popolare del 1987. A colmare tale vuoto normativo intervenne la legge n.117/1988, intervento normativo dal quale emerge chiaramente l'intento del legislatore di soddisfare il sentito bisogno di tutela della collettività. Difatti, con il nuovo quadro normativo non vi è più la necessità della previa

¹³⁷ SPACCAPELO, *Il giudice e l'omissione di atti d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale* 1975, 27; STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo di atti d'ufficio*, Napoli, 1974, 104

¹³⁸ T. Venezia, Sez. I, 27 settembre 1974 in *Giurisprudenza penale* 1975, 25

autorizzazione, e, inoltre, accanto alle ipotesi di dolo, si affiancano anche la denegata giustizia e la colpa grave. Ma non è tutto, con questa legge il legislatore ha voluto rendere maggiormente coerente il rapporto fra legislatore civile e legislatore penale tramite la sostituzione del secondo comma dell'art 328c.p. con il seguente : “Se il pubblico ufficiale è un magistrato, vi è omissione o ritardo quando siano decorsi i termini previsti dalla legge perché si configuri diniego di giustizia”. In tal modo, da un lato è stato eliminato il generico rinvio alle condizioni richieste dalla legge per l'esercizio dell'azione civile, e, dall'altro si è aggiunto il richiamo all'istituto della denegata giustizia, disciplinato dalla stessa l. 117/88 ai sensi dell'art. 3. A norma del citato articolo vi è diniego di giustizia quando l'atto d'ufficio non è stato emesso a seguito del decorso dei termini di legge indicati per il suo compimento e siano altresì decorsi trenta giorni dalla presentazione di un'istanza per ottenere il provvedimento. Il secondo comma prevede, poi, la possibilità di prorogare il termine di trenta giorni, mentre l'ultimo riduce il termine a cinque giorni qualora l'omissione abbia ad oggetto un provvedimento riguardante la libertà personale.

Occorre, tuttavia, evidenziare che gli sforzi del legislatore tesi a garantire il coordinamento fra la normativa civilistica e quella penalistica, non hanno avuto il tempo necessario per essere apprezzati. Difatti, nel 1990, la riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione ha comportato la riscrittura *ex novo* dell'art. 328 c.p. che non contemplava, ed essendo tutt'ora in vigore non contempla, alcuna specifica disposizione dedicata alla responsabilità penale dei magistrati. Il nuovo volto dell'art. 328, privo di un qualsiasi riferimento alla categoria dei magistrati, è stato accompagnato da accese diatribe dottrinali sul significato da attribuire al silenzio della legge. Sostanzialmente, sul punto, la dottrina si divide tra i sostenitori della completa assimilazione dei magistrati a tutti gli altri pubblici ufficiali, fondando tale loro teoria “sull'assenza di ogni aggancio

testuale”¹³⁹ e sulla volontà del legislatore di non prevedere alcuna disposizione *ad hoc*, palese nelle more dei lavori preparatori.

Al contrario, altra parte della dottrina sostiene che nonostante la nuova normativa non preveda alcuna specifica disposizione per i magistrati il richiamo alla denegata giustizia sia comunque implicito, facendo leva sull’espressione “senza ritardo” che avrebbe natura elastica, suscettibile di essere integrata da speciali discipline che delimitino il concetto.¹⁴⁰ Inoltre, si afferma, sarebbe altrimenti inaccettabile l’irrogazione di una sanzione penale quando ancora il comportamento del magistrato non abbia integrato gli estremi della denegata giustizia, quindi sia civilisticamente lecito : verrebbe meno il principio di sussidiarietà che governa il diritto penale.

Uno strumento utile al fine di individuare la corretta soluzione tra quelle elaborate, può essere l’analisi delle diverse conseguenze applicative nei casi di atti da emanarsi senza ritardo. In particolare può essere utile a tal fine analizzare due diverse tipologie di atti aventi entrambi il carattere dell’indifferibilità: i provvedimenti d’urgenza ex art. 700 c.p.c. e quelli riguardanti la libertà personale. Se si tratta di questi ultimi l’accoglimento dell’una o dell’altra tesi non comporta particolari differenze, in quanto è evidente che essendo il termine di soli cinque giorni alla condotta di rifiuto di atti d’ufficio urgenti corrisponderà praticamente sempre anche una denegata giustizia. A ciò deve inoltre aggiungersi che gli atti riguardanti la libertà personale sono considerati *in re ipsa* urgenti, il che comporta che gli stessi rientreranno nella categoria degli atti da compiersi per ragioni di giustizia di cui al primo comma. Diverso è, invece, il discorso per i provvedimenti d’urgenza, per i quali potrebbe certamente verificarsi una discrasia fra la condotta di rifiuto e la denegata giustizia che si verifica solo dopo trenta giorni dal deposito dell’istanza o, addirittura, il giudice, secondo il disposto dell’art.3 della l.117/88, potrebbe prorogare il termine per l’emanazione dell’atto e quindi scongiurare il rischio di una denegata giustizia.

¹³⁹ CADOPPI-VENEZIANI, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, 1995, voce *Omissione*, 13

¹⁴⁰ STILE, *Commento all’art.16 della l. 26 aprile 1990 n.86*, in *Legislazione penale* 1990, 332

Quindi, a parere di chi scrive, se si accogliesse la soluzione secondo cui sia la denegata giustizia la condizione necessaria per il rifiuto e l'omissione di atti d'ufficio da parte dei magistrati, si giungerebbe ad un risultato paradossale rimettendo alla discrezionalità dello stesso giudice la facoltà di avvalersi inopportuno dello strumento della proroga del termine ex art.3, in tal modo esonerandosi da un'eventuale responsabilità penale per rifiuto di atti d'ufficio. A fronte di una così illogica conseguenza parrebbe, quindi, ragionevole individuare la responsabilità penale del magistrato a prescindere dalla denegata giustizia.

Infine, occorre ricordare che, ad oggi l'unica disciplina penalistica speciale per la categoria dei magistrati è quella dettata dall'art. 319^{ter} che punisce la corruzione in atti giudiziari, ma si tratta di un reato che si discosta da quelli generali di cui agli artt. 318 e 319 c.p. essenzialmente per l'effetto giuridico, ossia regime sanzionatorio più severo, essendo sostanzialmente identica la condotta incriminata¹⁴¹; cosa dalla quale sembra potersi dedurre la parità di trattamento fra i magistrati e gli altri pubblici agenti.

3. I soggetti passivi

L'analisi dei soggetti passivi delle due distinte fattispecie contemplate dall'art. 328 c.p. richiede, necessariamente, un'indagine separata.

3.1. I soggetti passivi nel reato di omissione di atti d'ufficio

Soggetto passivo del reato di omissione di cui al primo comma dell'art. 328 c.p. è, indubbiamente, la pubblica amministrazione, essendo essa titolare dell'interesse leso dal reato che, come precedentemente detto si identifica nel buon andamento della stessa pubblica amministrazione. In giurisprudenza non sono, tuttavia, mancate pronunce volte a qualificare come ulteriore soggetto passivo del reato *de quo* anche il privato nei casi in cui la condotta incriminata imputabile al funzionario pubblico abbia intaccato un suo interesse. A tal

¹⁴¹ FIANDACA, *Sulla responsabilità penale dei giudici*, in *Foro italiano* 2009, V, 410

proposito la Corte di Cassazione¹⁴² ha statuito che la circostanza che il delitto di omissione di atti d'ufficio, di cui al primo comma dell'art. 328 c.p., leda l'interesse della P.A. al corretto esercizio delle pubbliche funzioni in vista del perseguimento delle finalità pubbliche non esclude che tale pubblico interesse coincida, di fatto, anche con l'interesse di un privato cittadino. Tuttavia, la Corte ha tenuto a precisare che in tali casi di plurioffensività del reato, spetta sempre al giudice di merito accertare la coincidenza tra l'interesse pubblicistico e quello privatistico. Alla giurisprudenza che tende a individuare nel privato il soggetto passivo direttamente tutelato dall'art. 328, se ne affianca un'altra la quale, al contrario afferma che : “ Nel reato di rifiuto di atti d'ufficio la persona offesa è unicamente la Pubblica Amministrazione, in quanto il bene giuridico protetto in tale fattispecie è il buon andamento della stessa, potendo il privato risentire solo eventualmente, e quindi quale soggetto danneggiato, della condotta antigiuridica del pubblico ufficiale; e ciò a differenza dell'ipotesi di cui al comma 2 a cui deve riconoscersi natura plurioffensiva.”.

Un'ulteriore questione in materia, affrontata ancora una volta dalla Suprema Corte, è quella relativa all'identificazione dell'ente pubblico e della persona fisica titolare di un suo organo. A tal proposito è utile richiamare la sentenza n. 241 del 1 febbraio 2000, mediante la quale i giudici di piazza Cavour hanno escluso l'assimilazione tra persona fisica e giuridica statuendo che la persona offesa dal reato di cui all'art. 328 c.p. è unicamente l'ente pubblico e non anche la persona fisica che ne è a capo.

3.2. I soggetti passivi nel reato di rifiuto di atti d'ufficio

Minori complessità sorgono in relazione alla fattispecie di cui al secondo comma, rispetto alla quale v'è uniformità d'opinioni. Occorre infatti rilevare che il reato di rifiuto di atti d'ufficio può sorgere solo in presenza di un'istanza del privato, senza la quale non può esservi, naturalmente, alcuna omissione penalmente

¹⁴² Cass., sent. n. 1181 del 3 Maggio 2000, Totis.

rilevante.¹⁴³ Il principio appena esposto ha trovato conferma in numerose sentenze¹⁴⁴ tutte, sostanzialmente, tese a riconoscere la natura pluriofensiva del reato di cui al comma 2 dell'art. 328 c.p., infatti, tale norma da un lato presuppone una richiesta presentata da un soggetto che vi abbia interesse, in quanto titolare di una situazione giuridica qualificata come diritto soggettivo o interesse legittimo e, dall'altro, tutela l'aspettativa dell'istante ad ottenere il provvedimento richiesto o, in alternativa, la comunicazione dei motivi del ritardo o della mancata adozione del provvedimento.¹⁴⁵

4. Il rifiuto

4.1. La nozione di rifiuto : individuazione dei confini della fattispecie.

Il primo comma dell'art. 328 c.p. sanziona con la pena della reclusione da sei mesi a due anni la condotta di indebito rifiuto posta in essere dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio con riferimento ad atti da compiersi senza ritardo per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico, igiene o sanità.

Prima di addentarci nell'analisi della fattispecie, è necessario affrontare una problematica di natura formale, legata all'accezione etimologica e giuridica da attribuire al termine "rifiuto". Nella sua nuova formulazione l'art. 328 c.p. non annovera più le due condotte dell'omissione e del ritardo, ma prevede e sanziona esclusivamente il rifiuto; è palese, dunque, l'importanza del corretto significato da attribuire a tale termine al fine di stabilire se le condotte non più espressamente menzionate siano o meno ricomprese nell'alveo del reato.

Anche se potrebbe apparire retorico, bisogna, innanzitutto, precisare che il rifiuto, l'omissione e il ritardo sono tre condotte notevolmente differenti. Il Guardasigilli Rocco, uno dei più fini giuristi ma anche uno dei massimi rappresentanti dell'ideologia autoritaria del regime fascista, aveva delineato i

¹⁴³ DASSANO *"Il delitto di omissione e rifiuto di atti d'ufficio"*, 1992, p. 128

¹⁴⁴ Cass., sent. n. 7761 del 5 Agosto 1997; Cass., sent. n. 4316 del 9 Gennaio 1998; Cass., sent. n. 3806 del 28 ottobre 1997; Cass., sent. n. 534 del 21 marzo 1996.

¹⁴⁵ Cass., sent. n. 1817 del 10 Maggio 1995.3

confini esterni della fattispecie in modo tale da assicurare l'intervento penale per reprimere ogni forma di inerzia dei soggetti pubblici. Infatti, il rifiuto rappresenta un diniego alla richiesta o ordine di taluno di compiere quanto dovuto; l'omissione invece consiste in un *non facere* indipendentemente da una sollecitazione soggettiva che attualizzi l'obbligo di agire¹⁴⁶; infine, con il ritardo si intende il compimento dell'atto oltre il termine prescritto. In tale ultimo caso deve trattarsi di un termine meramente ordinatorio, altrimenti il superamento di un termine fissato in modo perentorio configurerebbe sempre un'omissione o un rifiuto, essendo irrilevante il compimento dell'atto oltre tale termine¹⁴⁷.

È chiaro, dunque, che il venir meno nella formulazione dell'attuale art. 328 c.p. di ogni riferimento letterale alle condotte di omissione e di ritardo, obbliga l'interprete ad interrogarsi circa l'estensione dei limiti di ciò che è penalmente rilevante.

La giurisprudenza appena successiva all'entrata in vigore della riforma sui delitti contro la pubblica amministrazione aveva assunto una posizione in linea con i criteri guida della riforma del 1990, ossia la attuazione del principio di legalità sostanziale e l'arretramento dell'intervento penalistico, che può giustificarsi nei soli casi in cui l'illecito compiuto non è altrimenti sanzionabile in modo efficace. Pertanto, la nozione di rifiuto continuava ad essere interpretata così come lo era nella precedente fattispecie, con la sola ma non irrilevante differenza di essere l'unica condotta penalmente rilevante. Dunque, ai fini della punibilità del pubblico ufficiale inerte era necessaria una preventiva richiesta che sollecitasse il suo intervento. I giudici di legittimità avevano infatti affermato che "il co.1 dell'art. 328c.p. incrimina una condotta attiva che consiste nel rifiuto [...] che ha come presupposto logico necessario una richiesta o un ordine"¹⁴⁸. In sostanza, la richiesta verrebbe a svolgere una funzione di richiamo nei confronti del pubblico

¹⁴⁶ CERQUA, in CRESPI- ZUZZALA'- STELLA, *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale*, Padova, 2010 p. 326.

¹⁴⁷ SEGRETO- DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 244.

¹⁴⁸ Cass. Pen., Sez. VI, 6 Febbraio 1997, in *Rivista Penale* 1997, 294.

ufficiale, così da approfondire ed aggravare il disvalore insito nella condotta *latu sensu* omissiva e giustificare pertanto la meritevolezza della pena.

Tuttavia, tale indirizzo interpretativo non venne accolto all'unanimità dalla dottrina, ed anzi molte erano, e sono tutt'oggi, le argomentazioni contrarie volte a dimostrare l'eccessivo rigore di una simile teoria. Deve, infatti, considerarsi che la condotta penalmente rilevante è solo quella di rifiuto, che per realizzarsi richiede logicamente una richiesta o un ordine impartito da un superiore gerarchico: "non è possibile rifiutare qualcosa che non sia stata almeno richiesta"¹⁴⁹. Se ne deve quindi dedurre che la mancata previsione nella fattispecie di una sollecitazione esterna è una mera dimenticanza del legislatore, poiché si tratta di un elemento implicito e necessario della stessa.

Un'ulteriore conferma in tal senso è rinvenibile in ragioni di simmetria normativa, sia dal raffronto tra il primo e il secondo comma dell'art. 328 che tra lo stesso e altre figure di reato, si pensi, a solo titolo di esempio all'art. 329 c.p. che punisce la condotta del militare o del pubblico agente che rifiuta di eseguire quanto richiestogli dall'Autorità competente, o all'art. 651 c.p. che punisce chiunque si rifiuta di fornire le proprie generalità a fronte di una richiesta del pubblico ufficiale. Tali comparazioni sistematiche rendono palese come il rifiuto presupponga fisiologicamente, e *per tabulas* negli altri reati richiamati, una richiesta.

Poi, mentre all'art. 650 c.p. si è scelto di incriminare "l'inosservanza" di un ordine, quindi la violazione di doveri derivanti direttamente anche da fonti normative, all'art. 328 c.p. la punibilità pare essere stata volutamente circoscritta al "rifiuto" nell'accezione ristretta appena esposta. Infine, una ricostruzione dell'*exursus* storico del delitto in esame mostra come il reato di denegata giustizia, che è il modello originario di riferimento, presupponesse una previa richiesta. Dall'accoglimento di questa soluzione ermeneutica ne deriva senza dubbio una maggiore semplicità sul piano probatorio: la dimostrazione della colpevolezza, dunque della coscienza dell'illiceità è facilitata dal fatto che

¹⁴⁹ STILE, *Commento all'art. 16 L. n. 86/1990*, in *Legislazione penale 1990*, 325.

l'inerzia del pubblico ufficiale è seguita ad una richiesta, in mancanza della quale sarebbe più arduo accertare il dolo piuttosto che la mera colpa non punibile per questo delitto sulla base di quanto previsto in via generale dall'art. 42 c.p. Questa soluzione sembrava pertanto quella più conforme al principio di determinatezza e tassatività della fattispecie incriminatrice, quindi al divieto di analogia *in malam partem*, sebbene in ogni caso non siano mancate critiche per i vuoti di tutela penale che essa lasciava¹⁵⁰, tuttavia, c'è chi aveva messo in evidenza il paradosso di questa disposizione penale: da un lato si puniva chi non aveva emanato atti da compiersi senza ritardo, dall'altro si sceglieva di perseguire penalmente il solo rifiuto, e non anche il ritardo stesso.¹⁵¹ Parallelamente al consolidarsi di questo indirizzo, ha iniziato ad assumere una sua dignità dottrinale l'autorevole opinione di alcuni autori¹⁵² che hanno validamente sostenuto una lettura estensiva della condotta di "rifiuto". Essa trae spunto dalla Relazione alla l. n. 86/90 esposta alla Camera dall'On. Battello, dove si legge che "il rifiuto di cui al primo comma, in presenza della clausola 'fuori dai casi previsti dal primo comma' non implica necessariamente previa richiesta". A partire da questa interpretazione fornita dai redattori della riforma, si è cercato di individuare altre valide ragioni per sostenere la tesi di una sostanziale equipollenza fra l'espressione "rifiuto" e quella di "omissione". Si è fatto notare che il legislatore utilizzi in modo casuale e atecnico i due termini; ciò si constata nella qualificazione del reato di cui al secondo comma come omissione, mentre trattasi più propriamente di un rifiuto per la necessità di una richiesta dell'interessato.¹⁵³ Il paragone con le fattispecie delittuose e contravvenzionali di rifiuto disciplinate rispettivamente dagli art.329 c.p. e 651c.p. viene invece effettuato in modo da portare a conclusioni opposte: quando il legislatore ritiene

¹⁵⁰ PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2003, p. 344.

¹⁵¹ PALAZZO, *La riforma dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1990.

¹⁵² DASSANO, *Il delitto di rifiuto e omissione di atti d'uffici*, 1992; CADOPPI-VENENZIANI, *Trattato Parte speciale*, 1997, 627 ss.; RUSSO, *I reati contro la pubblica amministrazione*, 1991, 224.

¹⁵³ RUSSO, *I reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1991, p.128.

che il rifiuto debba essere preceduto da una richiesta lo ha esplicitato, quando questa è superflua non prevede alcuna indicazione in merito.¹⁵⁴ Infine, non può che apparire irragionevole la scelta di “ancorare l’operatività della norma incriminatrice al previo intervento di un terzo anche per atti urgenti in settori concernenti primari interessi generali”¹⁵⁵. D’altronde il mancato compimento dell’atto determina una lesione o messa in pericolo istantanea dell’interesse protetto, ragion per cui non sembra possibile immaginare una richiesta in relazione ad atti improcrastinabili. La pregnanza di quest’ultima argomentazione è riuscita a convincere i giudici di legittimità, che a partire dalla sentenza¹⁵⁵ n.210497 del 1998 hanno accolto questo minoritario orientamento dottrinale, giungendo così ad affermare che reato di rifiuto di cui al primo comma dell’art 328 c.p. può integrarsi “indipendentemente da una richiesta o un ordine, quando sussista un’urgenza sostanziale, impositiva dell’atto, resa evidente da fatti oggettivi posti all’attenzione del soggetto obbligato ad intervenire, di modo che l’inerzia soggettiva del medesimo assuma la valenza di rifiuto”¹⁵⁶. Il termine rifiuto viene così ad assumere una natura polisensiva, in grado di assorbire in sé anche le condotte che si concretizzano in un non volere, negare, non accettare a prescindere da sollecitazioni esterne; o meglio, la richiesta deve esserci, ma non necessariamente deve trattarsi di una sollecitazione soggettiva proveniente da un terzo, ben potendo manifestarsi in chiave oggettiva mediante la verifica dei presupposti obiettivi che richiedono il compimento dell’atto: in queste ipotesi la richiesta c’è ma deriva da un dato fattuale¹⁵⁷. Dopo questa pronuncia, senza che vi sia stato bisogno di un intervento delle Sezioni unite, la giurisprudenza ha mutato il proprio orientamento interpretativo, prediligendo la lettura estensiva della norma in modo da ampliare le maglie dell’intervento penale.¹⁵⁸ Questo

¹⁵⁴ DASSANO, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti d’ufficio*, Torino, 1993

¹⁵⁵ Cass. Sent. n. 5482 del 1998, Rv. 210497.

¹⁵⁶ Cass., Sez. VI, sent. del 20 febbraio 1998, Buzzanca, in *Cassazione penale* 1998, 3269.

¹⁵⁷ BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2001.

¹⁵⁸ Cass. Pen., Sez. VI 22 settembre 2000, in *Guida al diritto* 2000, Cass. Pen. Sez. VI 17 febbraio 2003, in *Rivista penale* 2004; Cass. Pen., Sez. VI 30 dicembre 2008, in *Guida al diritto* 2010.

facile mutamento di prospettiva effettuato dai giudici di legittimità è stato probabilmente favorito dall'esigenza di dare soddisfacenti risposte politico-criminali a fatti senz'altro meritevoli di tutela penale. Si pensi al comportamento del medico che non procede ad un'operazione chirurgica su un paziente in gravi condizioni cliniche quando lo stesso paziente non ne faccia espressa richiesta, o all'agente di polizia che assiste alla consumazione di un delitto quando alcuno non solleciti il suo intervento. A conclusione di questo dibattito interpretativo ancora aperto quanto meno in ambito scientifico a causa della scarsa chiarezza della norma, si deve dar conto anche di una problematica ulteriore che è emersa in connessione con quella finora affrontata. Se infatti si decide di far propria la tesi che identifica il rifiuto come una risposta negativa ad una preventiva richiesta (malgrado non sia questa l'interpretazione prevalente), c'è allora da chiedersi quale siano i soggetti legittimati a proporre la richiesta stessa. Sporadiche pronunce della giurisprudenza hanno raggiunto la conclusione secondo la quale "resta estraneo all'ambito di operatività della norma in questione il rifiuto di ottemperare a un ordine impartito dal superiore gerarchico al subordinato"¹⁵⁹, condotta eventualmente censurabile solo in sede disciplinare. Tuttavia, l'orientamento decisamente preponderante sostiene che la richiesta possa essere effettuata da qualsiasi soggetto, pubblico o privato, superiore gerarchico o meno, e persino da portatori di interessi di mero fatto¹⁶⁰. D'altronde, se si confrontano il primo e il secondo comma dell'art. 328 c.p., è lampante che nel reato di omissione il legislatore ha avuto cura di precisare la qualità soggettiva dei richiedenti, sulla quale invece nulla dice nel reato di rifiuto. La tutela di certi beni primari (giustizia, sanità etc..) rende inevitabile la scelta di ritenere sufficiente la richiesta di chiunque per potersi determinare un obbligo penalmente rilevante in capo al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio. Ad ogni modo, questo profilo problematico tende ormai a perdere di

¹⁵⁹ Cass. Pen., Sez. VI 4 novembre 1999, in *Guida al Diritto* 2000, fasc. 2, 84; Cass. Pen., Sez. VI, 7 novembre 2000, in *Guida al diritto* 2001, fasc. 2, con commento critico di D'AMATO, *La punibilità dei soli comportamenti esterni con tutela del buon andamento dell'amministrazione*.

¹⁶⁰ Cass. Pen., Sez. VI 16 novembre 2009, in *Rivista Penale* 2010.

attualità a causa della rilettura in senso estensivo adottata dalla Corte di Cassazione che sostanzialmente considera sinonimi il rifiuto e l'omissione.

4.2. Il carattere indebito del rifiuto

La genericità e conseguente vastità degli atti oggetto di possibile rifiuto da parte del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, il legislatore ha introdotto significative limitazioni di tipo sia estrinseco, che intrinseco. Le prime attengono alla necessità che l'atto rifiutato sia indebito e indifferibile; le seconde, di cui ci occuperemo nel prosieguo, riguardano il contenuto dell'atto stesso.

Il primo limite di natura estrinseca ruota attorno all'avverbio "indebitamente", che compare nel solo primo comma dell'art. 328 c.p. e che era presente anche nella formulazione normativa precedente alla riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione. Con l'uso del suddetto termine il legislatore della riforma ha inteso sostituire l'arcana formula¹⁶¹ dell'art. 174 del Codice Zanardelli garantendo però, al contempo, la chiarezza e la sinteticità nella stesura delle leggi. Nonostante il comprensibile intento e gli sforzi volti ad individuare la terminologia più consona, il risultato non ha riscosso un grande successo, difatti, l'espressione "indebitamente" ha dato luogo ad innumerevoli problemi interpretativi e relativi scontri dottrinali. Tra questi merita di essere approfondito per primo quello relativo alla funzione che tale elemento svolge all'interno della fattispecie incriminatrice.

Alcuni autori¹⁶² hanno sostenuto che l'avverbio in esame sarebbe privo di qualsiasi valore normativo; in quanto del tutto pleonastico e sovrabbondante poiché andrebbe a confermare una illiceità già insita nella illiceità penale del fatto. Si tratta, tuttavia, di una tesi non condivisibile poiché si risolverebbe in una *interpretatio abrogans*, che secondo i canoni logici ed ermeneutici andrebbe

¹⁶¹ Nell'art. 174 Codice Zanardelli si leggeva "per qualsiasi pretesto, anche di silenzio, oscurità, contraddizione o insufficienza della legge".

¹⁶² TAGLIARINI, voce *Omissione* in Enciclopedia giuridica vol. XXX, 79; STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo di atti d'ufficio*, Napoli, 1974, p. 153.

sempre evitata in ossequio alla volontà del legislatore; la previsione normativa contenuta all'art. 1367 c.c. che statuisce che “nel dubbio il contratto o le singole clausole devono interpretarsi nel senso in cui possono avere qualche effetto anziché in quello in cui non ne avrebbero alcuno” può essere considerato un criterio esegetico valido anche per l'interpretazione delle leggi e quindi integratore dell'art. 12 disp. Prel. Cod. Civ.¹⁶³

Sulla base di ciò la giurisprudenza, sostenuta dalla dottrina maggioritaria, ha riconosciuto un'autonoma dignità normativa all'avverbio “indebitamente” di cui all'art. 328. Risolto questo aspetto e, condividendo la suddetta soluzione interpretativa, la questione successiva riguarda il suo esatto significato. Nondimeno, si è formato un panorama particolarmente variegato quanto a interpretazioni prospettate sia in sede dottrinale che presso le corti di merito e di legittimità. Seguendo un certo indirizzo giurisprudenziale, che ha trovato un riconoscimento paranormativo in un incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura sull'argomento “Giudice penale e pubblica amministrazione” tenuto a Frascati nel dicembre del 1999, la natura indebita dell'atto rifiutato risiede nella sua contrarietà a norme imperative che rendono doverosa l'emanazione dell'atto stesso. In altre parole, l'avverbio sarebbe stato utilizzato dal legislatore con l'intento di delimitare la tipicità della condotta ai soli casi in cui questa ricada su atti di carattere vincolato, escludendo la rilevanza penale del rifiuto di quelli discrezionali o di quelli che trovano la loro fonte di legittimazione in norme di natura programmatica come l'art. 97 della Costituzione.¹⁶⁴ Altra connessa ed importante questione verte sull'individuazione della fonte normativa in grado di imporre l'obbligo di emanare l'atto penalmente rilevante ai sensi dell'art. 328 e, quindi, di rendere indebito il rifiuto. Si tratta di un aspetto molto dibattuto sul quale la giurisprudenza non è univoca, difatti in alcune situazioni ha ritenuto non essere sufficienti, quale fonte di un dovere di

¹⁶³ MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 2008, p.91.

¹⁶⁴ Relazione dell'incontro studio del CSM di GIUSEPPE AMATO su “*Questioni in tema di rifiuto di atti d'ufficio: l'incognita della responsabilità penale tra diniego tipico e tipizzazione dell'atto dovuto*”.

adempimento, le regole deontologiche di categoria, affermando invece che la norma imperativa debba essere esclusivamente di rango costituzionale o comunque primario¹⁶⁵; altre volte invece ha espresso una posizione favorevole al riconoscimento della idoneità delle prescrizioni contenute nei codici deontologici, a rendere obbligatoria l'emanazione di un atto apparentemente facoltativo se ci si limita ad assumere quale parametri di riferimento le sole tradizionali fonti normative¹⁶⁶.

Il problema, quindi, sembra ruotare attorno al grado di forza normativa che si attribuisce ai Codici di Deontologia, infatti, se ad essi si attribuisce una funzione integratrice delle norme costituzionali e legislative, è ben evidente che gli stessi avranno il potere di imporre obblighi penalmente rilevanti, riducendo o eliminando la discrezionalità consentita da fonti normative di rango superiore; al contrario, qualora si riconosca loro una valenza meramente disciplinare, dovrà necessariamente negarsi la loro idoneità a fungere da fonte di obblighi penalmente rilevanti. Tra le due teorie, è preferibile accogliere quest'ultima, al fine di tutelare la funzione propria delle regole deontologiche, che è quella di assicurare qualità, professionalità e indipendenza agli iscritti all'ordine, mediante un capillare apparato disciplinare, senza alcun tipo di ripercussione sul piano penalistico. Inoltre, questa soluzione assicura la conformità al principio di legalità nella accezione di riserva di legge, che verrebbe violato nel momento in cui si accetta l'idea che precetti penalistici possono essere contenuti anche in fonti normative diverse dalla legge. Nonostante la bontà del consolidato orientamento dottrinale e giurisprudenziale che esclude la tipicità nei casi di atti discrezionali, non pare doversi condividere la tesi che individua nel termine "indebitamente" il fondamento di questa soluzione ermeneutica. Infatti, si può arrivare a questa stessa interpretazione per altra via, in particolare valorizzando il principio di non contraddizione dell'ordinamento giuridico, principio in virtù del quale un sistema normativo coerente non può consentire una certa condotta in un

¹⁶⁵ G.i.p., T. Roma, 6 dicembre 1996, in *Cassazione Penale* 1997, 1156.

¹⁶⁶ Trib. Pordenone, 18 marzo 1992, in *Giurisprudenza di merito*, 1994, 145.

determinato settore del diritto (in quello amministrativo nel caso di specie) e poi sanzionare la medesima condotta in un altro (nel campo penalistico). Ancora, poi, la mancata presenza del termine indebitamente nel secondo comma dell'art. 328 dovrebbe consentire l'integrazione della fattispecie di omissione anche con riguardo ad atti discrezionali¹⁶⁷, tesi che, se accolta, finirebbe per appesantire enormemente l'attività degli uffici pubblici, i quali saranno costretti a dare agli interessati le spiegazioni del ritardo anche quando non sono vincolati all'emanazione dell'atto richiesto. Tra le diverse soluzioni, tende per lo più a prevalere quella che identifica l'avverbio "indebitamente" come una causa di antigiuridicità speciale, per alcuni autori infatti il requisito richiesto " *tende a delimitare la rilevanza penale a quelle sole forme di diniego di adempimento che non trovano alcuna giustificazione plausibile alla stregua delle norme amministrativistiche che disciplinano i doveri di agire*"¹⁶⁸. Per la verità, la violazione di specifici doveri è richiesta in via generale a prescindere dall'inserimento del termine; infatti, qualora il rifiuto fosse consentito dall'ordinamento, troverebbero applicazione le scriminanti previste dagli articoli 50 e seguenti del codice penale. Dunque l'avverbio utilizzato dal legislatore non andrebbe ad aggiungere note di specialità alla condotta incriminata; tutt'al più, si risolverebbe in un semplice avvertimento rivolto al giudice con la mera funzione di richiamare l'interprete ad un accertamento puntuale e specifico della antigiuridicità del comportamento posto in essere dal soggetto agente, accertamento che spesso veniva condotto in modo sommario e generico sotto la vigenza del codice Zanardelli, che, come si è visto, utilizzava espressioni piuttosto oscure e vaghe per delineare la natura indebita del rifiuto.¹⁶⁹

¹⁶⁷ In questo senso RUSSO, *I reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1991, p.128.

¹⁶⁸ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale, Parte speciale*, vol. I, Bologna, p. 221; ANTOLISEI, cit.; IMPERATO, *Dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2010, p. 138; MARTINI, *Attività dell'amministrazione ed atto d'ufficio nella fattispecie dell'art. 328 c.p.*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988, 750.

¹⁶⁹ PROTO, *L'omissione di atti d'ufficio tra passato presente e futuro*, in *Studi sensi* 2006, p. 296.

4.2.3 Le conseguenze applicative del significato attribuito al termine “indebitamente”

Altri autori hanno, poi, evidenziato che il termine “indebitamente” avrebbe un ruolo di richiamo anche sotto il profilo dell’elemento psicologico del reato : il giudice, prima di emettere una sentenza di condanna, è tenuto ad accertare al di là di ogni ragionevole dubbio che il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio abbia avuto consapevolezza della violazione di norme extrapenali.¹⁷⁰ Il legislatore ha quindi voluto ricordare la corretta applicazione dell’art. 47.3° comma c.p.. secondo cui l’errore su una legge diversa dalla legge penale esclude la punibilità quando ha cagionato un errore sul fatto che costituisce reato. In pratica, il legislatore ha voluto prendere una posizione vincolante per chi è deputato all’applicazione delle leggi, precisando che nel reato in esame l’errore su legge extrapenale fa venir meno il dolo, escludendo *tout cour* la possibilità di invocare l’ art. 5 c.p. che recepisce il principio “*ignorantia legis non excusat*”. Se non avesse inserito il termine “indebitamente” sarebbe stato rimesso all’interprete il compito di decidere fra l’applicazione dell’art. 47,3° comma e l’art. 5 c.p. seguendo i vaghi ed elastici criteri elaborati dalla giurisprudenza.¹⁷¹ Basti pensare al delitto di peculato, con riferimento alla “ragione d’ufficio o di servizio“ quale legame funzionale richiesto tra il soggetto pubblico e il bene oggetto di appropriazione. Talvolta la giurisprudenza ha ritenuto integrato il reato anche quando il pubblico ufficiale non era a conoscenza della ragione d’ufficio che lo legava al bene, sull’assunto che la norma extrapenale è norma integratrice del precetto penale¹⁷²; altre volte invece ha asserito che le norme extrapenali che creano un rapporto fisiologico tra determinati beni e il pubblico ufficiale non aggiungono alcunché al precetto penale e dunque dovrà darsi

¹⁷⁰ Questa stessa soluzione è stata condivisa ancor prima della L. 86/90 da LA CAVA, *L’omissione di atti d’ufficio*, in *Quaderni del CSM*, n. 42; STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo di atti d’ufficio*, Napoli, 1974.

¹⁷¹ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, p. 377.

¹⁷² Cass., 22 novembre 1996, n. 206365.

applicazione all'art. 47,3° comma¹⁷³. Queste incertezze applicative non si presentano nel delitto di rifiuto di atti d'ufficio se al termine "indebitamente" si attribuisce il significato predetto. Interessante è invece la tesi proposta dal Pagliaro¹⁷⁴, il quale nega che il termine *de quo* possa avere una valenza normativa sostanziale, tuttavia gli riconosce un rilievo processuale non indifferente. L'autore sostiene che con la previsione di questo elemento costitutivo di fattispecie, nell'ipotesi in cui il soggetto abbia rifiutato l'atto dovuto nell'esercizio di una facoltà legittima, il giudice dovrebbe pronunciare la sentenza di proscioglimento " perché il fatto non sussiste" e non perché "il fatto non costituisce reato". In sostanza, con l'inserimento del termine "indebitamente" le scriminanti di cui all'art 51 c.p. avrebbero mutato natura giuridica : da cause di esclusione dell'antigiuridicità a cause di esclusione della tipicità del fatto di reato. Tale approccio ermeneutico sembra forse eccessivamente ardito, poiché si verrebbero a determinare conseguenze applicative che probabilmente il legislatore non aveva preventivato nella descrizione della fattispecie penale astratta. Entrambe le formule di proscioglimento sono liberatorie nei confronti dell'imputato, che non subirà l'irrogazione di alcuna sanzione penale; tuttavia gli effetti extrapenali della sentenza sono differenti. L'art 652 c.p.p. infatti, nel disciplinare i rapporti tra giudizio penale e giudizio civile e amministrativo per il risarcimento del danno, sancisce la forza pregiudicante delle sentenze di assoluzione " perché il fatto non sussiste", ma non anche di quelle " perché il fatto non costituisce reato". Né pare condivisibile la tesi sostenuta da parte della giurisprudenza (ma smentita recentemente dalle Sezioni unite civili e penali¹⁷⁵), in base alla quale l'efficacia extrapenale può essere estesa a qualsiasi tipo di sentenza a carattere liberatorio nei confronti dell'imputato, siano esse sentenze di assoluzione che di proscioglimento. Valorizzando quindi l'autonomia dei relativi giudizi, si deve

¹⁷³ Cass., 5 ottobre 1994, in *Rivista Penale* 1995, 1388.

¹⁷⁴ Sul punto si veda *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2003.

¹⁷⁵ Sez. Un. Civili, 26 gennaio 2011 n. 1768 in *Processo Penale e Giustizia*, 2011, fasc. 3, 104; Sez. Un., 29 maggio 2008 n. 40049.

dare attuazione tassativa alla disposizione dell'art. 652 c.p.p.; così procedendo però, si verrebbe a determinare una situazione processuale in sede civile più favorevole per l'imputato-innocente ma svantaggiosa per la parte civile : con la formula assolutoria "il fatto non sussiste" la parte civile non avrebbe la possibilità di convincere il giudice civile a valutare i fatti in modo diverso (in particolare convincerlo della sussistenza del fatto) in quanto questo tipo di sentenza di assoluzione fa stato nel processo civile. Non sembra opportuno condividere la soluzione proposta dall'autore citato anche per ragioni di rispetto del principio di eguaglianza: le sentenze di assoluzione per il reato di rifiuto di atti d'ufficio subirebbero un trattamento giuridico diverso e difficilmente giustificabile rispetto ai criteri generali disciplinanti i rapporti tra giudizio civile e giudizio penale contenuti nel libro X del codice di procedura penale.

Ancora, degna di nota, è la tesi che sostiene che l'avverbio "indebitamente" vada letto e inteso come " rifiuto senza giustificato motivo". Putinati¹⁷⁶, sostenitore di tale lettura, introduce in tal modo una esimente a carattere speciale, valida solo per il reato in esame e qualificabile come una causa di inesigibilità della condotta in presenza di una situazione contingente di materiale impossibilità o comunque particolare difficoltà nel compimento dell'atto dovuto. a conclusione cui si giunge trova un punto forza nella Relazione ministeriale al codice penale, dove si afferma che il rifiuto è indebito se si verifica "senza un motivo legittimo", una locuzione piuttosto incerta nei suoi confini in quanto la legittimità dei motivi può essere intesa sia come una legittimità in senso stretto, discendente da fonti qualificate, sia in un significato più ampio, atto a coprire qualsiasi valida e seria giustificazione del pubblico agente. Questa seconda accezione di portata più estesa viene preferita dai sostenitori della tesi della inesigibilità. Secondo tale ricostruzione ermeneutica, si è ravvisato nell'avverbio "indebitamente" il fondamento di una "terza via interpretativa" alternativa sia alla concezione formalistica che a quella sostanzialistica del bene giuridico tutelato¹⁷⁷; si è fatto

¹⁷⁶ PUTINATI, voce *Omissione*, in *Digesto Discipline penalistiche*, 581.

¹⁷⁷ Sul punto di veda CADOPPI, voce *Omissione*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, 9 e 19.

notare come la teoria sostanzialistica, pur condivisibile in astratto, rischia di far perdere determinatezza alla fattispecie incriminatrice, poiché attribuisce al giudice una eccessiva elasticità, che gli consentirebbe di celare dietro vaghe argomentazioni giuridiche sull'esistenza o meno di un disservizio alla collettività, personali valutazioni socio-politiche vertenti sulla necessità di soddisfare esigenze di giustizia sostanziale. Ecco allora che in un contesto così fluido l'avverbio “ indebitamente” interpretato nel senso appena proposto, farebbe riacquistare alla fattispecie del 1° comma dell'art. 328 c.p. la determinatezza e la precisione perdute. Inoltre, chi ritiene doversi accogliere questa soluzione ermeneutica, la giustifica anche in relazione al secondo comma dell'art. 328 c.p. con il quale si istaurerebbe una più spiccata simmetria : mentre nel reato di omissione, il pubblico agente ha la possibilità - qualora ricorrano giustificati motivi- di ritardare il compimento dell'atto dandone avviso motivato all'interessato, nel reato di rifiuto l'esistenza di giustificati motivi potrebbe allora esonerare *tout cour* il soggetto pubblico da responsabilità penale. In entrambe le fattispecie – nell'un caso espressamente, nell'altro desumendole in via interpretativa- eventuali contingenti situazioni di difficoltà o impossibilità verrebbero pertanto a non considerare esigibile il compimento dell'atto dovuto. A commento di quest'ultima soluzione, talvolta accolta anche in giurisprudenza¹⁷⁸ è opportuno riflettere sul fatto che soltanto apparentemente si realizza una riduzione della discrezionalità giudiziale; infatti, mentre con la teoria sostanzialistica il giudice ha ampio margine di valutazione circa l' effettiva incidenza dell'atto rifiutato sul servizio che la pubblica amministrazione rende alla collettività, con la “terza via interpretativa” di cui si detto lo *spatium deliberandi* rimane comunque esteso poiché in questo caso il giudice dovrà valutare la plausibilità delle ragioni che avrebbero reso difficoltoso il

¹⁷⁸ Prima della riforma in questo senso Cass. Pen. 1° giugno 1968; dopo la l. n. 86/90 Cass. Pen. Sez. VI, 25 gennaio 2000, *C.E.D. Cass.* n. 216708 : caso relativo al mancato compimento di un atto, adducendo come giustificazione la necessità che, per poter emanare l'atto richiesto, bisognava seguire un iter burocratico particolarmente complesso. La Cassazione, ritenendo non valida una simile giustificazione, ha però riconosciuto in astratto la possibilità di interpretare l'avverbio “indebitamente” come equipollente dell'espressione “ senza giustificato motivo”.

compimento dell'atto richiesto: cambia l'oggetto della valutazione, ma la discrezionalità permane. Infine, un'interpretazione di tal genere rischierebbe di forzare a dismisura la lettera della legge, senza considerare poi che il legislatore quando ha ritenuto opportuna la possibilità di concedere una "via di fuga", lo ha consentito espressamente, come ad esempio nel secondo comma dell'art. 328 c.p. e nel delitto di rivelazione di segreto professionale disciplinato dall'art. 622 c.p..

A conclusione di questo dibattito, si riporta una discutibile pronuncia della Corte di Cassazione¹⁷⁹, che ha ritenuto doversi escludere il reato in esame poiché non ha ravvisato il carattere indebito del rifiuto in presenza di un conflitto di interessi. Nella specie, si trattava di funzionari di polizia che avevano rifiutato di ricevere una denuncia sporta a loro carico da un privato. La Suprema Corte ha statuito che " nel bilanciamento fra l'interesse al buon andamento della Pubblica Amministrazione, tutelato dall'art. 328, e il diritto soggettivo alla difesa, tutelato dall'art. 24 Cost., la prevalenza non può che essere attribuita a quest'ultimo". Senza prendere posizione sulla natura giuridica del termine "indebitamente" ha escluso la configurabilità del reato in ragione della esistenza di un diritto costituzionale configgente e prevalente. In realtà, sia che lo si voglia qualificare come una scriminante ovvero come esimente (causa di inesigibilità), la pronuncia è criticabile per il fatto che contraddice l'orientamento ormai consolidato secondo cui il diritto di difesa e di autodifesa, che ricorre nel caso in questione- di cui all'art.24 Cost. ha un rilievo esclusivamente procedimentale, mentre non trova tutela al di fuori del processo, altrimenti si verrebbe ad assicurare al reo la garanzia dell'impunità nella commissione di ulteriori delitti funzionali a conseguire l'impunità rispetto all'originario reato consumato. La decisione della Cassazione sembra inoltre poco giustificabile anche dal punto di vista della sistematica codicistica : l'art 61 n. 2) c.p. contempla come aggravante comune "l'aver commesso il reato per [...] assicurare a sé [...] la impunità di un altro reato".

¹⁷⁹ Cass. Pen., Sez. VI, 6 aprile 2000, in *Guida al Diritto* 2000.

4.3 Il requisito dell'urgenza

Occorre, a questo punto della nostra analisi, porre l'attenzione su un altro fondamentale e qualificante aspetto dell'atto d'ufficio oggetto del reato in esame: l'urgenza. A detta della Suprema Corte di Cassazione è definito urgente quell'atto avente i caratteri della indifferibilità e doverosità¹⁸⁰, ossia quell'atto che sia dovuto e pertanto non rientrante nell'ambito della discrezionalità del pubblico ufficiale.¹⁸¹

Affinchè possa dirsi integrata la fattispecie di cui al primo comma dell' art. 328 c.p. non basta la condotta di rifiuto, ma è altresì necessario che l'atto d'ufficio da compiersi sia qualificabile come urgente.¹⁸² Più precisamente la previsione normativa impone che l'atto rifiutato debba compiersi “senza ritardo”, andando, così, a restringere significativamente l'ambito di applicazione di questa fattispecie penale. Difatti, per effetto di questa locuzione, non ogni atto rifiutato sarà passibile di sanzione penale, ma lo sarà solo quell'atto il cui mancato compimento sia idoneo a compromettere il raggiungimento del risultato ad esso collegato.¹⁸³

L'intento perseguito dal legislatore tramite l'integrazione del requisito dell'urgenza alla fattispecie in esame era, sostanzialmente, quello di scongiurare la tutela penale generalizzata che, come opportunamente analizzato nel primo capitolo, aveva segnato gli anni precedenti. Tale sforzo si trasferisce, nella pratica, in capo al giudice, il quale è tenuto a compiere una sottoclassificazione degli atti, distinguendo tra “atti che devono essere compiuti senza ritardo” e “atti che possono attendere”. Tuttavia, il desiderato salto di qualità rispetto alla versione precedente non c'è stato; infatti, l'auspicio della previsione di un termine tassativo che potesse individuare con esattezza il momento consumativo del reato è stato palesemente disatteso o comunque, raggiunto soltanto nella

¹⁸⁰ Cass., Sez. VI, 11 febbraio 1999, Sammartino, *Cass. pen.* 200, 1251.

¹⁸¹ Cass., Sez. VI, 6 marzo 2007, n. 19358, *C.E.D. Cass.*, n. 236609.

¹⁸² VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, 2008, p. 1086.

¹⁸³ IADECOLA, *Sulla nuova descrizione della fattispecie di reato di cui all'art. 328 c.p.*, in *Giustizia Penale*, 1991, p. 605.

forma : la rilevanza penale dei soli atti indifferibili ha un effetto *prima facie* rassicurante in termini di certezza e frammentarietà del diritto penale. La realtà è, però, ben diversa e svela che il piano rinnovatore del legislatore sia rivelato, di fatti, in un fallimento poiché spetterà al giudice qualificare, oltretutto in assenza di qualsiasi tipo di criterio legale, l'atto come urgente o come dilazionabile.

Uno dei problemi che il requisito dell'urgenza porta con sé è quello di definire il suo significato. Alcuni autori¹⁸⁴ sostengono che l'urgenza debba valutarsi in base all'entità del danno o del pericolo naturalistico o giuridico che il ritardo potrebbe provocare. A supportare la stessa tesi è anche la giurisprudenza, in particolare significativa è una pronuncia della Cassazione¹⁸⁵ nella quale ha affermato che: “*è nella stessa natura dell'atto che va ricercato il connotato della indifferibilità, non essendo tale concetto necessariamente correlato all'osservanza formale di un termine anche perentorio, fissato magari per ragioni estranee alla sostanza degli effetti che con l'atto si intendono raggiungere (si pensi, ad esempio al termine entro il quale un determinato procedimento deve essere concluso).*”

Dottrina e giurisprudenza sono, dunque, concordi nel ritenere che l'atto non ritardabile è un atto urgente e indifferibile, requisiti da valutare quindi in relazione al danno potenziale (non necessariamente verificatosi) che il ritardo potrebbe determinare. Potrà ben trattarsi tanto di un danno naturalistico, quanto di un danno di tipo giuridico¹⁸⁶ il primo consisterà in un pregiudizievole mutamento della realtà materiale, come nel caso del medico che si rifiuta di recarsi presso il domicilio di una persona anziana gravemente malata : un caso del genere, affrontato dalla giurisprudenza, è stato ritenuto integrante la fattispecie di cui all'art. 328 poiché il ritardo ha concretamente aumentato il rischio di conseguenze dannose ulteriori sulla salute della persona.¹⁸⁷ Nell'ambito del danno naturalistico si ritiene doversi ricomprendere anche quello

¹⁸⁴ PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte Speciale/Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 2003, p. 353.

¹⁸⁵ Cass., 21 settembre 1999, n. 784, in *Rivista Penale* 1999, 265.

¹⁸⁶ PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte Speciale/Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 2003, p. 355.

¹⁸⁷ Cass., Sez. VI, 15 maggio 2006, *C.E.D. Cass.*, n. 237795.

psicologico, che la Corte di legittimità ha annoverato come danno potenziale penalmente rilevante all'interno della condotta di rifiuto di atti d'ufficio.¹⁸⁸ Il danno di tipo giuridico consiste invece nel mutamento della sola sfera giuridica, lasciando inalterata quella naturale, come ad esempio nel caso di un mancato rilascio di documenti: non ottenendoli nei tempi dovuti, il privato richiedente non potrà farli valere in giudizio. Emerge quindi chiaramente che il requisito dell'urgenza rappresenta un'ulteriore connotazione oggettiva dell'atto, dovendo "escludersi che il legislatore abbia voluto riferirsi ad un generico dovere di diligenza del pubblico ufficiale, perché sotto tale profilo tutta l'attività amministrativa potrebbe essere definita urgente"¹⁸⁹.

Una questione delicata è quella concerne l'esatta individuazione del momento storico-temporale in cui si perfeziona questo elemento indispensabile di fattispecie, ossia il momento della esposizione al pericolo degli interessi tutelati di giustizia, ordine pubblico, sicurezza pubblica, igiene e sanità. Nelle ipotesi della fissazione di un termine per il compimento dell'atto a livello normativo c'è chi sostiene¹⁹⁰ che per ragioni di certezza del diritto questo segni il limite temporale oltre il quale l'atto dovuto non possa più essere utilmente emanato; in tal modo, si viene pertanto ad istaurare un automatismo fra la scadenza del termine e l'offesa al bene protetto. Una tesi analoga, ma connotata da margini di maggiore problematicità, è quella sostenuta da chi¹⁹¹ afferma che nell'ipotesi della fissazione di un termine di legge questo potrà costituire un parametro obiettivo di riferimento, ma solo a condizione che il termine stesso sia previsto normativamente per assicurare una sollecita attivazione del pubblico agente, e non discenda invece da altra ragioni. Bisognerà quindi rintracciare la *ratio legis* sottesa, effettuando un'indagine esegetica con approdi non affatto scontati. Su

¹⁸⁸ Cass., Sez. VI, 23 marzo 1999, *C.E.D. Cass.*, n. 207453

¹⁸⁹ Cass., Sez. VI, 22 marzo 1996, in *Rivista Penale* 1997.

¹⁹⁰ In particolare CORNETTA, *I nuovi delitti di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, in *Rivista Penale dell'economia* 1992.

¹⁹¹ SEGRETO – DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, 1999; BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, 2001; Cass., Sez. VI, 21 gennaio 1999, in *Rivista Penale* 1999, 264.

una soluzione interpretativa differente si attesta invece chi sostiene che il termine perentorio per il compimento dell'atto dovuto debba essere già decorso, secondo cui, alla sua scadenza, non vi sarà un automatico perfezionamento del requisito della non ritardabilità dell'atto, ma il pubblico agente avrà a disposizione un tempo residuo per attivarsi e di conseguenza andare esente da responsabilità penale¹⁹². L'interpretazione appena esposta pare poco condivisibile perché non consente di quantificare in modo esatto l'ulteriore periodo di tempo penalmente lecito per compiere l'atto dovuto, sebbene in ritardo rispetto al termine amministrativistico, generando così un'indeterminatezza che invece potrebbe essere evitata aderendo all'altra tesi. Tuttavia, nessuna delle due soluzioni sopra esposte sembra convincere appieno ; l'una per la scarsa considerazione delle garanzie di legalità sostanziale imposte dall'art. 25 Cost. e per il fatto che la possibilità di verifica di un'esposizione al pericolo viene *tout cour* postergata alla fase successiva alla scadenza del termine; l'altra per la presunzione di offensività conseguente all'inutile decorrere del termine di legge prescritto. In materia penale infatti, il ricorso a presunzioni *iuris et de iure* dovrebbe essere evitato dal momento che si può correre il rischio di procedere ad incriminazioni per fatti totalmente inoffensivi: l'ordinamento giuridico contemporaneo, come ha sottolineato anche la Corte Costituzionale, è legato a “*una concezione oggettivistica del diritto penale, che emerge nel complessivo tessuto dei precetti costituzionali: a fronte di essa la sanzione criminale rappresenta non già la risposta alla mera disobbedienza o infedeltà alla legge, in quanto sintomatica di inclinazioni antisociali del soggetto; quanto piuttosto la reazione alla commissione di fatti offensivi di interessi che il legislatore, interprete della coscienza sociale, reputa oggettivamente meritevoli di essere salvaguardati da determinate forme di aggressione col presidio della pena*”¹⁹³. E' questa prospettiva, delineata dal Giudice delle leggi, che l'interprete deve seguire nella esegesi delle fattispecie penali. Si ritiene pertanto più corretta la

¹⁹² DASSANO, *Il nuovo delitti di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, 1993, p. 65.

¹⁹³ C. Cost., sent. n. 394/2006.

soluzione interpretativa che porta a considerare o meno integrato il requisito in esame proponendo un aggancio al bene giuridico tutelato, quindi interrogandosi sulla effettiva messa in pericolo o lesione degli interessi di giustizia, sanità etc...¹⁹⁴

Così argomentando, la previsione normativa di un termine perentorio per il compimento dell'atto diviene superflua a fini penalistici, ben potendosi verificare la necessità di un immediato intervento anche prima dello scadere del termine extrapenale. Questa soluzione ermeneutica sembra preferibile anche per ragioni di omogeneità e coerenza interna. Infatti laddove il legislatore non impone un termine precipuo, inevitabilmente l'emersione di una situazione urgente dovrà essere accertata sulla base delle contingenze fattuali del caso concreto; non si intravede la ragione per cui questo approccio sostanzialistico debba essere negato nei casi in cui vi è una previsione normativa ad hoc che fissi un termine finale, il cui mancato rispetto potrà però determinare conseguenze giuridiche solo di natura amministrativa.

Una problematica interpretativa che merita di essere segnalata concerne la ammissibilità di un sindacato da parte del giudice sulla valutazione dello stato di indifferibilità compiuta dal pubblico agente. Sulla questione, la casistica giurisprudenziale e i relativi commenti della dottrina riguardano in misura pressoché unica atti dovuti per ragioni di igiene e sanità, che solo incidentalmente vengono in contatto con il nodo interpretativo che si tenterà di sciogliere, poiché la questione – l'ammissibilità di un sindacato giudiziale sulla situazione di urgenza- può presentarsi anche con riferimento ad atti riguardanti l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica e la giustizia. Casi ricorrenti, più volte sottoposti al giudizio delle Corti di merito e di legittimità, sono quelli di medici di guardia o di medici in servizio di pronta reperibilità che rifiutano di effettuare la visita medica, richiesta telefonicamente dall'utente o dal servizio ospedaliero di 118. La giurisprudenza frequentemente ritiene commesso il reato di rifiuto di atti d'ufficio sull'assunto della lesione dell'interesse al corretto esercizio delle

¹⁹⁴ CADOPPI- VENEZIANI, voce *Omissione*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*

funzioni pubbliche, che assume valenza strumentale rispetto ai beni finali indicati dal primo comma dell'art. 328 c.p.¹⁹⁵

Evitando generalizzazioni, un approccio critico induce invece a tener distinta la figura della guardia medica dal medico in servizio di pronta reperibilità. Si è fatto notare che la guardia medica spesso ha un contatto diretto con l'utente, quindi ha la possibilità di valutare con completezza il quadro clinico prospettatogli; in queste ipotesi sembra inammissibile pensare ad un sindacato del giudice su un'attività tecnica particolarmente delicata come quella professionale.¹⁹⁶

Nondimeno, eventuali errori di valutazione potranno integrare una colpa professionale e pertanto, in caso di danni fisici conseguenti ad un imprudente rifiuto di un atto sanitario, il medico potrà rispondere di omicidio o lesioni colpose. Così, la Corte di Cassazione, in una recente pronuncia¹⁹⁷ ha correttamente annullato senza rinvio una sentenza di condanna emessa dalla Corte d'Appello di Bari nei confronti di un medico in servizio di guardia per aver rifiutato il ricovero presso il reparto di chirurgia di una signora affetta da dolori addominali. Ammettere la responsabilità penale del medico per rifiuto di atti d'ufficio nel caso di specie, significherebbe snaturare la funzione tipica del sanitario, al quale spetta, a lui soltanto, la valutazione della opportunità del ricovero ospedaliero¹⁹⁸. Questa soluzione, che sembra la più corretta sotto il profilo giuridico, potrebbe far insorgere perplessità e preoccupazioni per i vuoti di tutela penale che essa genera; così, nel tentativo di bilanciare esigenze di giustizia sostanziale da un lato con esigenze di rispetto dell'autonomia valutativa del sanitario si è proposta l'emanazione di una sorta di glossario medico-giuridico sui concetti di urgenza, emergenza, indifferibilità della prestazione sanitaria, in modo da ridurre entro confini ragionevoli la discrezionalità

¹⁹⁵ Trib. Bologna, 12 Luglio 1994, in *Giurisprudenza di merito*, 909; Cass. Pen., Sez. VI, 19 settembre 2003, in *Cassazione Penale* 2004, 4084.

¹⁹⁶ AMATO, *Davanti a un preciso obbligo formale escluso ogni possibile "sindacato a distanza"*, in *Guida a diritto* 2009, fasc. 15, 85.

¹⁹⁷ Cass. Pen., Sez. VI, sent. 14 aprile 2013.

¹⁹⁸ D'ERRICO- POMARA, *Ancora in tema di rifiuto di atti d'ufficio, il paradigma dell'urgenza indifferibile e il legittimo rifiuto di ricovero ospedaliero inappropriato*.

dell'intervento medico e nel contempo rendere più facilmente applicabile l'art 328,1° comma c.p.

Nettamente diversa è invece la situazione in cui si trova il medico in servizio di pronta reperibilità o anche la stessa guardia medica nelle ipotesi in cui non ha una cognizione diretta del quadro clinico, ma è semplicemente tenuta ad intervenire a seguito di sollecitazioni effettuate telefonicamente .

Recentemente la Corte di Cassazione ha rigettato il ricorso di un medico di guardia avverso la sentenza della Corte d'Appello che lo aveva condannato per il reato di cui all'art. 328 c.p., oltre che per il risarcimento del danno, poiché si era rifiutato di intervenire presso l'abitazione di un paziente in quanto dal colloquio telefonico non era emerso alcun profilo di urgenza e di pericolo.¹⁹⁹

In questi casi, tanto la giurisprudenza quanto la prevalente dottrina sono favorevoli ad ammettere la responsabilità penale del medico in quanto egli, non avendo la possibilità di valutare con piena cognizione di causa la situazione rappresentatagli ha un obbligo formale di intervenire secondo quanto disposto dall'art. 25 del d.P.R. n. 348 del 1983 contenente la disciplina dell'istituto della pronta reperibilità e dall'art. 13 del d.P.R. n. 41 del 1991, inerente i doveri del medico di guardia. La ragione della meritevolezza della pena viene così ad essere incentrata sull'illegittimità del rifiuto opposto, illegittimità che deve essere integrata sia sul versante oggettivo che soggettivo²⁰⁰. Inoltre, tale interpretazione ha trovato consenso anche per prevenire la facile evenienza che il medico si giustifichi adducendo un legittimo esercizio di potere discrezionale, celando in realtà un vero e proprio abuso, con difficoltà di ordine probatorio che emergerebbero in quanto la linea di confine fra arbitrio e discrezionalità è particolarmente sottile e sfumata.²⁰¹ Ma il penalista, studioso del diritto sostanziale, non deve porsi problemi di natura processuale, né tantomeno

¹⁹⁹ Cass.; Sez. VI, sent. n. 20056 del 2008.

²⁰⁰ AMATO, *Una fattispecie di difficile interpretazione per l'ampia discrezionalità del sanitario*, in *Guida al diritto*, fasc. 39,94.

²⁰¹ MASSARELLI, *Brevi considerazioni in tema di rifiuto di atti d'ufficio del medico in servizio di guardia*, in *Cassazione Penale* 2006, fasc. 2., 240.

accettare certe soluzioni ermeneutiche per il solo fatto di assecondare un generale interesse pubblicistico alla repressione di fatti gravi. Così si ritiene non doversi accogliere l'orientamento interpretativo prevalente sulla base di due argomentazioni che paiono essere determinanti. La prima attiene alla distinzione concettuale tra arbitrio e discrezionalità : l'arbitrio è un esercizio abusivo del potere che va oltre la legittima scelta di esercitare in un certo modo piuttosto che in un altro il potere conferito dalla legge. Se questa distinzione è fattibile a livello dogmatico non si vede perché non debba essere presa in considerazione anche a livello empirico²⁰²; pertanto il giudice potrà condannare il medico soltanto quanto il rifiuto di intervenire sia stato palesemente pretestuoso; in tutti gli altri casi dovrà rispettare le autonome determinazioni assunte dal medico nell'esercizio di una discrezionalità di tipo tecnico-scientifica e questo anche quando l'attività valutativa sia stata compiuta facendo fede semplicemente alla situazione come prospettata gli telefonicamente o comunque per altra via indiretta. Ma può anche accadere, come spesso accade, che il medico in servizio di pronta reperibilità venga soltanto avvertito dell'obbligo di attivarsi senza che gli venga descritto anche il quadro clinico del paziente su cui poi dovrà intervenire. In casi consimili l'esclusione della responsabilità penale dall'accusa di rifiuto di atti d'ufficio potrà ragionevolmente sostenersi solo adducendo un altro genere di argomentazione. Essa richiama quanto detto al capitolo primo in materia di bene giuridico tutelato; ammettere sempre e comunque la rilevanza penale del fatto alla stregua dell'art. 328,1° comma comporterebbe un'anticipazione della tutela penale, facendo assurgere come interesse protetto dalla norma incriminatrice il bene strumentale del regolare svolgimento delle funzioni pubbliche. Questa tesi, sostenuta anche dalla giurisprudenza²⁰³, sorvola sulla necessità di una lesione o messa in pericolo dei beni finali, la cui offesa sembra essere del tutto irrilevante. Ritenendo invece, come già ampiamente

²⁰² PALLADINO, *Note minime in tema di rifiuto di atti d'ufficio da parte del medico di guardia*, in *Giurisprudenza di merito*, 1994, 911.

²⁰³ Cass. Pen., Sez. VI, 22 gennaio 2004, *C.E.D. Cass.* n. 229397.

detto, che l'oggettività giuridica del nuovo art. 328 è rappresentata dagli interessi di giustizia, sanità, igiene, ordine pubblico e sicurezza pubblica, dovrà necessariamente concretizzarsi una offesa a questi beni. Da ciò consegue che si dovrà avere riguardo al concreto esito dell'omissione del pubblico agente, quindi nei casi più analiticamente affrontati, del medico in servizio di pronta reperibilità. Se il caso clinico del paziente non è particolarmente grave e comunque non urgente, il sanitario non risponderà del reato di rifiuto di atti d'ufficio; se, al contrario, le condizioni psicofisiche del soggetto richiedono un sollecito intervento non ritardabile, allora vi sarà un'esposizione al pericolo del bene tutelato (la salute) e quindi il medico inadempiente sarà soggetto a sanzione penale. Tuttavia, sotto il profilo dell'elemento psicologico, ricorrerà una colpevolezza attenuata poiché l'agente non ha avuto una rappresentazione dello stato di urgenza della situazione contingente, ma ha "soltanto" accettato il rischio di verificazione di un concreto pericolo conseguente alla propria condotta omissiva. Sul piano soggettivo risponderà quindi a titolo di dolo eventuale, di cui se ne terrà conto ai fini della commisurazione giudiziale della pena ex art 133 c.p. .

5. L'atto tutelato: le ragioni di giustizia penalmente rilevanti

Affianco alle limitazioni estrinseche dell'atto rifiutato, analizzate nei due precedenti paragrafi, la più palpabile restrizione operata dal legislatore del 1990 alla fattispecie dell'art. 328 c.p. concerne il contenuto degli atti stessi. Si è infatti scelto di offrire tutela penale non a qualsiasi genere di atto dovuto e indebitamente rifiutato, ma soltanto a quelli che devono essere compiuti per ragioni di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico, igiene o sanità. Questa discutibile scelta di politica criminale è stata presumibilmente dettata, oltre che da un generale disegno di ridimensionamento dell'area penalistica, anche e soprattutto da un'esigenza di orientare gli interpreti verso una lettura del nuovo reato che privilegi l'offensività. Ma in realtà, i settori di interesse che rilevano

sono descritti con una vaghezza e genericità tali da “compromettere la funzione di limitazione garantista della fattispecie penale”²⁰⁴. Si tratta infatti di beni superindividuali, nella specie beni-istituzione, che si incarnano nell’esercizio di funzioni pubbliche, la cui elevazione ad oggetto di tutela penale rischia di intaccare il principio di proporzionalità secondo cui il bene giuridico aggredito dal reato deve essere proporzionato al grado e alla intensità del bene colpito dalla sanzione penale, ovvero la libertà personale²⁰⁵. Per cercare di ristabilire un opportuno equilibrio fra i contrapposti interessi in gioco, sembra ragionevole seguire un processo di concretizzazione dell’offesa, traducendo la lesione della funzione pubblica genericamente intesa (sostanzialmente sempre presente in ogni rifiuto indebito) in una lesione delle singole unità istituzionali di volta in volta considerate (es. offesa alla “dinamicità” del singolo ufficio amministrativo).²⁰⁶ A questo riguardo non è affatto anacronistica la soluzione dogmatica elaborata dal Guardasigilli Alfredo Rocco, il quale aveva ravvisato la necessità di individuare in ciascuna fattispecie incriminatrice il c.d. *bene giuridico specifico* costituito dall’interesse della persona concretamente offesa dal reato.²⁰⁷

Ad ogni modo, anche seguendo questo criterio interpretativo, i campi di interesse coperti da sanzione penale rimangono particolarmente elastici , i cui confini non potranno che essere meglio definiti mediante un’ analisi della casistica giurisprudenziale; nel fare considerazioni generali a prescindere dallo specifico settore di volta in volta preso in esame, si è affermato che “gli atti che il pubblico ufficiale o l’incaricato di pubblico servizio deve compiere senza ritardo non sono quelli genericamente correlati a ragioni di giustizia, di sicurezza pubblica o di ordine pubblico o di igiene e sanità, ma solo quelli che per tali ragioni devono

²⁰⁴ PUTINATI, *Riflessioni in tema di oggetto della tutela e contenuto tipico dell’offesa nel delitto di rifiuto di atto d’ufficio dovuto per ragioni di sanità*, in *Indice Penale*, 812.

²⁰⁵ ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, 164.

²⁰⁶ PUTINATI, *Riflessioni in tema di oggetto della tutela e contenuto tipico dell’offesa nel delitto di rifiuto di atto d’ufficio dovuto per ragioni di sanità*, in *Indice Penale*, 812

²⁰⁷ ROCCO, *L’oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*. Torino, 1913.

essere immediatamente posti in essere”²⁰⁸. Emerge in modo chiaro quindi le ragioni di cui all’art 328.1° comma c.p. debbono costituire la causa che giustifica il compimento dell’atto, non invece dei meri interessi coinvolti e sottesi ad esso. Inoltre, è stato messo in evidenza il parallelismo con l’art. 650 c.p., fattispecie contravvenzionale che punisce l’inosservanza di provvedimenti delle autorità; in entrambe le fattispecie, gli atti - rifiutati nell’una, inosservati nell’altra- devono rientrare nella stessa area contenutistica, con la sola aggiunta delle ragioni di sanità nel reato di rifiuto. Questo minimo discostamento trova giustificazione nell’esigenza di far ricadere nell’alveo della fattispecie di rifiuto di atti d’ufficio anche il rifiuto di prestazioni sanitarie erogate in forma individuale, la cui rilevanza poteva invece essere discutibile qualora ci si fosse limitati ad indicare le sole ragioni di igiene²⁰⁹. Ma la preoccupazione di incorrere in vuoti di tutela penale è stata davvero minima; dovendosi necessariamente intendere l’elencazione delle ragioni del ritardo come tassativa, non essendo ammissibile un’analogia *in malam partem* restano esclusi dall’ambito applicativo della fattispecie importanti aree pubblicistiche, quali l’edilizia, l’urbanistica, la materia elettorale, l’economia pubblica, tutte materie non inserite fra le attività qualificate. Lo studio esegetico di fonte dottrinale e giurisprudenziale che si intende affrontare nel prosieguo non potrà quindi che essere limitato alle sole aree semantiche espressamente contemplate dalla norma penale.

5.1. Le ragioni di giustizia

La prima delle aree pubblicistiche che delimitano l’ambito applicativo del reato di cui all’art.328, 1° comma c.p., è quella inerente la giustizia, che non poteva non essere prevista dal legislatore per il legame storico che unisce il reato di rifiuto di atti d’ufficio con il “*déni de justice*”. Malgrado l’espressione “ragioni di giustizia” sia identica quella dell’art. 650 c.p., il diritto vivente mostra come

²⁰⁸ Cass.Pen., Sez. VI, 28 ottobre 1997; Cass. Pen., Sez. VI, 3 novembre 1995, in *Cassazione Penale* 1997, 1010.

²⁰⁹ IADECOLA, *Il “nuovo” nel delitto di omissione di atti d’ufficio verso la “procedimentalizzazione” degli illeciti penali*, in *Giurisprudenza di merito*, 1992, 929.

dalla medesima formulazione normativa siano state estrapolate interpretazioni giuridiche differenti. In particolare, con riferimento alla contravvenzione della inosservanza degli ordini dell' Autorità, si esclude che il reato possa configurarsi in capo ai magistrati in ragione del fatto che soggetto passivo del reato deve essere appunto l' "Autorità", intesa dalla giurisprudenza come il titolare di poteri amministrativi e non anche di poteri giudiziari. Al contrario, la fattispecie di rifiuto di atti d'ufficio si ritiene essere posta a salvaguardia del buon andamento della Pubblica Amministrazione, intendendo con questo termine qualsiasi potere statutale, quindi anche quello giudiziario.²¹⁰

E' pacifico quindi che potrà rilevare penalmente la condotta del giudice, del pubblico ministero o della polizia giudiziaria e dei loro ausiliari, consistente in indebito rifiuto di emanare un provvedimento con carattere di urgenza. Con riguardo all'attività della polizia giudiziaria, per esempio, è stato ritenuto colpevole l'ufficiale che, nonostante la richiesta dell'arrestato, si è rifiutato di avvertire dell'avvenuto arresto il difensore di fiducia²¹¹. Quanto al pubblico ministero, ben potrebbe configurarsi il reato in esame in caso di mancata emanazione dell'ordine di esecuzione, inosservanza che rischia di compromettere l'interesse pubblico alla applicazione della pena e quindi alla rieducazione del reo. Con riguardo alla figura dell'organo giudicante è stato ritenuto integrato il reato *de quo* per aver depositato le motivazioni di sentenze penali oltre i termini prescritti dalla legge; in questa ipotesi, l'interesse sostanziale offeso è stato identificato sia nella violazione del diritto ad una ragionevole durata del processo sancito all'art. 111 Cost., in quanto la parte interessata non ha avuto la possibilità di impugnare la decisione, sia nell'interesse pubblico all'esercizio dell'azione penale, che rischierebbe di essere vanificato dalla decorrenza dei termini di prescrizione²¹².

²¹⁰ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*. 2006, p. 378.

²¹¹ Cass. Pen., Sez. VI, 18 ottobre 1996, Costa.

²¹² Cass. Pen., Sez. VI, 9 dicembre 2002, C.E.D. rv 223959.

Discussa è stata invece la ascrivibilità del reato di rifiuto di atti d'ufficio per ragioni di giustizia nei casi di inosservanza dell'obbligo di emanare provvedimenti in esecuzione di giudicati amministrativi. In una pronuncia del 1999 la Corte Suprema ha ritenuto responsabile il Sindaco di un Comune, il quale non aveva ottemperato al *dictum* di una sentenza del T.A.R., che, nell'annullare una concessione edilizia, imponeva all'autorità competente di disporre la rimessione in pristino dei luoghi. Questa sentenza ha sollevato forti perplessità poiché veniva giustificata la sussistenza di ragioni di giustizia semplicemente per l' "esistenza di un nesso di consequenzialità tra l'atto dovuto e il provvedimento pronunciato dall'organo di giustizia"²¹³.

Una più attenta analisi della questione sembra invece portare a conclusioni differenti; infatti, una sentenza di annullamento ha effetti costitutivi, quindi sul piano giuridico è immediatamente soddisfattoria; è soltanto occasionale l'eventualità che il provvedimento amministrativo annullato abbia determinato anche mutamenti materiali che devono essere eliminati. Perciò trattandosi di una attività ripristinatoria che rileva sulla sola sfera naturalistica e non anche giuridica, non sembra ragionevole accogliere la soluzione invece prospettata dalla sentenza in commento²¹⁴. Queste considerazioni critiche sono invece riuscite a convincere la Cassazione in altre pronunce; nello stesso anno in cui è stata emessa la sentenza appena commentata, la Suprema Corte, chiamata a decidere un caso analogo, ha escluso questa volta la ricorrenza di ragioni di giustizia, affermando che per atto da emanarsi per questi motivi debba intendersi un provvedimento diretto a dare attuazione ad un diritto obiettivo e finalizzato a agevolare l'attività del giudice, del pubblico ministero o degli ufficiali di polizia giudiziaria.²¹⁵

²¹³ Cass. Pen., Sez. VI, 26 maggio 1999, in *Cassazione Penale* 2000, 2654.

²¹⁴ DI PIETROPAOLO, *Le "ragioni di giustizia" nel reato di rifiuto di atti d'ufficio*, in *Cassazione Penale* 2000, 2646; FLORENZA, *L'obbligo di adempiere del dipendente non si limita ai provvedimenti amministrativi*, in *Guida al Diritto*, 1999, fasc. 37, 119.

²¹⁵ Cass. Pen., Sez. VI, 21 gennaio 1999, n. 784.

E' evidente che non risponde a questi requisiti l'atto del pubblico ufficiale che dà esecuzione ad una pronuncia giurisdizionale, in quanto, essendosi esaurito il potere dello *ius dicere*, l'atto risulta mancante della funzione di agevolazione dello svolgimento dell'attività giudiziaria. Questa preferibile opzione ermeneutica tende oggi a prevalere sia nelle corti di merito che in quelle di legittimità.²¹⁶

5.2. Le ragioni di sicurezza e ordine pubblico

Queste vaste e poche precisate aree semantiche sembrano poco distinguibili tra loro, così da riferirsi ad un unico ampio settore di pubblico interesse.²¹⁷ In realtà, nonostante una forte contiguità, è comunque possibile delineare i tratti distintivi della sicurezza pubblica da un lato, dell'ordine pubblico dall'altro. La nozione giuridica di sicurezza pubblica può desumersi dall' art. 1 del T.U.L.P.S. del 18 giugno 1931 n. 773, dove si fa riferimento alla sicurezza dei cittadini, alla tutela della loro incolumità e della proprietà, all'osservanza di leggi e regolamenti dello Stati e degli enti pubblici, e, infine, al soccorso nel caso di pubblici o privati infortuni. Descritta in questi termini, potenziali autori del reato potranno essere il Prefetto, il Questore, i funzionari e dirigenti della protezione civile, ma anche il Sindaco, che per esempio potrà essere responsabile in caso di mancata emanazione di ordinanze contingibili e urgenti alla stregua dell'art. 38 della legge n. 142 del 1990 : una disposizione normativa che attribuisce al Sindaco eccezionali poteri per eliminare gravi pericoli che minacciano l'incolumità dei cittadini. In questo caso, se in astratto è possibile riconoscergli una responsabilità per rifiuto di atti d'ufficio, tuttavia nell'esercizio di questi poteri straordinari gode di un amplissima discrezionalità non sindacabile dal giudice, a meno che si sia rifiutato persino di svolgere un'indagine valutativa dei fatti, preordinata

²¹⁶ Trib. Viterbo, 28 ottobre 2003 in *Diritto e giustizia* 2004, fasc. 20, 112, in cui si è esclusa la colpevolezza ex 328 c.p. del sindaco che non aveva eseguito l'ordine di reintegrazione di un lavoratore imposta dal giudice del lavoro; conforme Cass. Pen. Sez. VI, 15 aprile 2010, in *Rivista Penale*, 2010, 598.

²¹⁷ Così ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*. 2006, p. 389.

all'esercizio del potere discrezionale²¹⁸. Quanto invece alle ragioni di ordine pubblico, queste fanno riferimento a normative pubblicistiche poste a tutela della pace e della tranquillità pubblica, come ad esempio la legge n. 146/1990 sulla disciplina dell'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali o comunque a normative che regolano l'esercizio del diritto di riunione in attuazione dell'art.17 della Costituzione.²¹⁹ Ad ogni modo, il concetto di pace e tranquillità si presta a facili forzature e adattamenti ai casi concreti per la ragione di essere termini sfuggenti e opinabili. A conferma della natura così elastica della espressione utilizzata dal legislatore, una recente pronuncia della Corte di Cassazione ha ritenuto colpevole un carabiniere per aver omesso di segnalare al prefetto il rinvenimento di una modica quantità di stupefacenti presso l'abitazione di un determinato soggetto²²⁰. Al di là del giudizio morale che la comunità può comunque muovere al pubblico agente per il suo scorretto comportamento, sembra forse eccessivo pensare (come hanno fatto i giudici di legittimità) che il possesso di sostanze stupefacenti per uso personale - come dimostra il quantitativo minimo trovato- sia addirittura idoneo a mettere in pericolo il pacifico vivere della collettività. Ciò dovrebbe far riflettere sull'opportunità di un ripensamento dell'espressione "ordine pubblico", cercando magari di assicurare una più stringente determinatezza alla fattispecie. In attesa di un intervento legislativo *ad hoc*, la giurisprudenza si vede costretta a svolgere un'attività di supplenza che non le propria, con esiti quasi mai univoci. Tuttavia, un dato pacifico è l'esclusione della materia edilizia e urbanistica dall'area della sicurezza pubblica e dell'ordine pubblico, essendo ormai divenute normative dotate di una autonomia concettuale autonoma, ragione per la quale il legislatore avrebbe potuto farne un espresso richiamo²²¹.

²¹⁸ SEGRETO-DE LUCA, *delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, 1999; BENUSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, 2001, p. 212.

²¹⁹ PROTO, L'omissione di atti d'ufficio tra passato e presente e futuro, in *Studi senesi*, 2006, 295.

²²⁰ Cass., Sez. VI, 23 settembre 2010.

²²¹ Cass., Sez. VI, 21 gennaio 1992, in *Giustizia Penale* 1992, 593.

5.3. La ragioni di igiene e sanità

L'ultima area di interesse che delimita il profilo contenutistico del reato di rifiuto di atti d'ufficio è costituita dalle ragioni di igiene e sanità. Questo settore pubblico è stato oggetto di numerose pronunce giurisprudenziali. Una simile abbondanza di decisioni dei giudici di merito e di legittimità è probabilmente dovuta non tanto alla scarsa osservanza da parte dei medici dei loro doveri, o al maggior numero degli appartenenti a questa categoria rispetto agli altri pubblici funzionari, quanto piuttosto al fatto che si tratta di un campo di interesse che tocca da vicino un aspetto nevralgico della vita dei singoli, i quali si mostrano particolarmente propensi a lamentarsi delle inefficienze del sistema sanitario pubblico.²²²

Seguendo il percorso di concretizzazione dell'offesa, quindi di una sua personalizzazione, le ragioni di igiene e sanità menzionate all'art. 328,1° comma sono indissolubilmente legate alle condizioni di salute del singolo individuo. Questa attenzione alla tutela del privato e non tanto della funzione aveva già avuto un riconoscimento in via interpretativa anche prima della modifica compiuta dal legislatore nel 1990; un'assai remota pronuncia della Cassazione afferma che l'art 328 c.p. ha l' "intento di proteggere l'interesse pubblico, e, di riflesso, quello privato"²²³ :la protezione delle condizioni di salute della persona, seppur in forma "riflessa", iniziavano ad essere già prese in considerazione ai fini di un giudizio in termini di offensività della condotta tipica realizzata per poi diventare il nucleo fondamentale della tutela penale offerta dalla nuova fattispecie incriminatrice. Considerata ormai superata la diatriba sulla personalizzazione o meno dell'offesa, ciò che tuttora rappresenta il vero *punctum dolens* della materia è la questione vertente sulla portata concettuale dei termini "igiene e sanità", che rappresentano apparentemente un settore più ampio rispetto a quello del reato di cui all'art. 650 c.p., dove sono menzionate le sole ragioni di

²²² PUTINATI, *Riflessioni in tema di oggetto della tutela e contenuto tipico dell'offesa nel reato di rifiuto di atto d'ufficio dovuto per ragioni di sanità*, 818.

²²³ Cass. Pen., Sez. III, 3 novembre 1965, in *Giustizia Penale* 1966, 545.

igiene. Come si è detto, la preoccupazione del legislatore è stata quella di non lasciare scoperte da sanzione penale il rifiuto di prestazioni sanitarie erogate in forma individuale, quindi afferenti i rapporti interprivati fra la classe medica a paramedica appartenente alla Pubblica Amministrazione e i pazienti. Tuttavia, nonostante il sostanziale conseguimento di questo obiettivo, del quale ne sono dimostrazione le numerose pronunce giurisprudenziali dalle quali emerge una posizione pressoché granitica circa la sussumibilità dei rapporti privatistici medico-paziente nell'alveo concettuale dell'igiene e sanità, la soluzione legislativa non sembra essere stata delle migliori, tanto da far emergere fondati dubbi sulla correttezza della soluzione ermeneutica proposta. Infatti, come l'igiene, anche il termine "sanità" sembra riferirsi al solo aspetto pubblicistico del servizio sanitario, quindi, per fare degli esempi, ad interventi di disinfestazione o derattizzazione, a campagne di prevenzione di malattie per l'uomo, gli animali e le piante, o a controlli effettuati dalle ASL nelle scuole e in altre strutture pubbliche per accertare il rispetto di *standard* qualitativi di salubrità dei luoghi pubblici.

Questa delimitazione dell'area penalmente rilevante alla sola dimensione pubblicistica parrebbe altresì confermata dall'inserimento, *expressis verbis*, della congiunzione "e", che unisce le parole "igiene" e "sanità", così da lasciar intendere che ai due termini non corrispondono due diverse aree semantiche, bensì un unico settore appunto qualificato come "igiene e sanità", termini considerati equipollenti e svolgenti entrambi il ruolo di dare esclusivo rilievo ai fini dell'applicazione del secondo comma dell'art. 328 c.p. alle sole prestazioni sanitarie erogate alla collettività genericamente considerata. Malgrado ciò, la giurisprudenza ha invece voluto essere fedele più all'*intentio legislatoris* che alla formulazione letterale della norma, e lo ha fatto da un lato interpretando la "sanità" come sinonimo di "salute", termine che meglio si presta ad indicare le prestazioni sanitarie rese al singolo individuo, dall'altro svilendo la funzione congiuntiva della particella "e" che così finisce per assumere un differente ruolo all'interno della disposizione normativa, ossia quello analogo alla virgola, come

segno di interpunzione utilizzato per separare l'uno dall'altro gli altri settori pubblicistici. Conseguentemente, dovendo avere il termine "sanità" una definizione concettuale autonoma rispetto a quello di "igiene", tale autonomia potrà effettivamente realizzarsi solo ritenendola coincidente con l'area semantica della "salute". Questa soluzione giurisprudenziale si è consolidata senza che si ravvisasse alcuna necessità di fare opportune riflessioni su questo aspetto, segno che nelle aule dei tribunali la questione non è problematica, anzi è considerata come un dato certo e pacificamente accettato; nondimeno, sono però emersi in ambito giurisdizionale aspetti controversi connessi al precipuo significato del termine "sanità" con riferimento ai rapporti privatistici fra sanitari e pazienti.

A questo riguardo offre significativi spunti critici la sentenza del Tribunale di Pordenone del 1992²²⁴ che riguardava il caso di un il medico ginecologo imputato per aver omesso di fornire ad una gestante le informazioni richieste circa le gravi malformazioni che presentava il feto. Il giudice di primo grado esclude la configurazione del reato ritenendo che, essendo ormai decorso il termine di legge per poter procedere ad aborto terapeutico, il rifiuto di informare tempestivamente la paziente non avrebbe potuto cagionare alcuna conseguenza sanitaria in senso stretto. Si ritiene non condivisibile la nozione di sanità data dalla sentenza in epigrafe, che esclude dall'alveo concettuale della stessa il benessere psicofisico, quindi quelle situazioni che richiedono un' intervento non strettamente medico, ma psicologico e sociale²²⁵. Molteplici sembrano essere le ragioni per cui accogliere questa interpretazione estesa del termine sanità, per farlo così coincidere con quello di salute. L'art. 1 della l. n. 833/1978 definisce il servizio sanitario nazionale come quel complesso di strutture e servizi finalizzati alla promozione, mantenimento e recupero della salute fisica e psichica, riconoscendo così alla salute mentale una dignità di livello pari a quella fisica. A conferma di questo modo di intendere la salute umana, nel 1979, con d.P.R. n.

²²⁴ Trib. Pordenone, 18 marzo 1992, in *Giurisprudenza di merito* 1992, 145.

²²⁵ MIRANDOLA, *Sulla nozione di rifiuto di atti d'ufficio per ragioni di sanità*, in *Giurisprudenza di merito* 1994, 152

761, anche gli psicologi sono stati inclusi nella categoria degli operatori sanitari. In più, una soluzione del genere sembra quasi imposta dal dettato costituzionale (art. 13 e 32) fondato sul principio personalistico, secondo cui la società e le istituzioni debbono essere preordinate allo sviluppo e alla realizzazione della persona umana : il profilo intellettuale addirittura prevale su quello meramente fisico. Tutte queste considerazioni, avanzate dalla dottrina e in sede processuale, sono state accolte nei successivi giudizi di impugnazione in cui invece si è giunti alla conclusione secondo al quale la conoscenza delle malformazioni avrebbe reso possibile una migliore e più graduale preparazione psicologica della donna alla nascita del figlio gravemente malato²²⁶. Nonostante gli evidenti dati normativi di segno contrario, la giurisprudenza continua talvolta ad assestarsi su queste posizioni; per esempio, in una pronuncia del 2006, la Corte di Cassazione ha ritenuto non sussistente il requisito delle “ ragioni di sanità“ nel caso del Sindaco che ha rifiutato di istituire un servizio gratuito di trasporto per portatori di handicap²²⁷; anche qui è opinabile la poco ragionevole esclusione dal concetto di sanità di tutte quelle attività di natura profilattica e assistenziale. La sola apertura concessa dai giudici di legittimità riguarda le ipotesi in cui l’attività *latu sensu* sanitaria sia strettamente funzionale ad un’attività sanitaria in senso stretto, cosa che non ricorreva nel caso di specie dal momento che il servizio di trasporto serviva a dare effettività al diritto allo studio per il soggetto portatore di handicap²²⁸. Ma tornando alla precedente pronuncia, essa affronta anche un nodo cruciale nei rapporti tra medico e paziente, riguardante il diritto di quest’ultimo ad essere informato sulle proprie condizioni di salute, espressione del diritto all’autodeterminazione della persona. Il caso *sub iudice* riguardava una violazione dell’obbligo di informazione che, come si è visto, aveva messo in pericolo la salute psichica della donna: in ragione del rapporto di funzionalità che si è ritenuto ricorrere nel caso di specie tra informazione medica e tranquillità

²²⁶ Cass.Pen, Sez. VI, 21 marzo 1997, in *Giustizia Penale* 1998, 274.

²²⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 10 ottobre 2006, in *Foro Italiano* 2007, 103.

²²⁸ CAMPAGNARO, nota a sentenza in epigrafe, in *Studium iuris* 2007, 1147.

mentale-emotiva, si è correttamente assorbito l'atto di natura meramente informativa all'interno dell'alveo concettuale "ragioni di sanità" : l'informazione "non [è] qualcosa di ulteriore ed eventuale, ma una vera e propria indefettibile integrazione della prestazione sanitaria finalizzata alla tutela della salute"²²⁹. Ciò che invece ha fatto più discutere è la possibilità che la violazione dell'obbligo di informazione rilevi penalmente anche a prescindere da una sua strumentalità rispetto a determinate prestazioni sanitarie. Il diritto all'informazione è riconosciuto in forma autonoma dalla Convenzione di Oviedo, che all'art. 10 laconicamente afferma che ogni persona a diritto di venire a conoscenza di ogni dato raccolto sulla propria salute, senza quindi porre come condizione per l'esercizio di questo diritto l'esistenza di un concreto interesse a decidere se sottoporsi o meno a certe cure mediche di natura fisica o psichica. Così, anche la Costituzione italiana all'art. 3 fa riferimento alla promozione della dignità della persona umana quale valore fondante e finalità dell'ordinamento²³⁰. In questa ottica quindi la Cassazione nella succitata sentenza (vedi nota 86) ha sussunto l'obbligo informativo di per sé considerato tra gli atti dovuti per ragioni di sanità. Tuttavia, si è tenuti a far notare che il principio di diritto enunciato dalla Suprema Corte si risolve in un *obiter dictum* poiché il caso sottoposto all'esame dei giudici di legittimità riguardava, come si è visto, un'omessa informazione che aveva pregiudicato la salute psichica della donna²³¹.

Ad ogni modo, la soluzione interpretativa che riconosce rilevanza penale ex art. 328 c.p. alla inosservanza del dovere d'informazione sia in quanto tale sia in forma strumentale rispetto alla salute della persona è stata criticata sotto vari punti di vista. In primo luogo perché introdurrebbe una irragionevole discriminazione fra medici-pubblici funzionari e medici che svolgono attività privatistica; in secondo luogo perché le norme contenute nella l. n. 833 del 1978

²²⁹ Trib. Pordenone, *cit.*, commento di TOTARO, *L'art. 328 c.p. : "terreno del giudice penale o della P.A.?"*, in *Indice Penale* 1993, 664.

²³⁰ SANDOR, *Obbligo di informazione medica e diritto penale*, in *Indice penale* 2004, 535.

²³¹ BISACCI, *Sulla tutela del diritto del paziente ad essere informato*, in *Cassazione Penale* 1999,212.

e il codice di deontologia medica del 1995 lasciano un significativo margine di discrezionalità al sanitario nella decisione di comunicare certe informazioni al paziente ovvero mantenerle segrete. Si ritiene opportuno condividere le perplessità avanzate in merito alla ascrizione della responsabilità penale del medico per rifiuto di obblighi informativi, malgrado la giurisprudenza spesso è di avviso diverso, probabilmente perché mossa dalla preoccupazione di evitare che dietro la bandiera della discrezionalità tecnica si nascondano intollerabili fenomeni di abuso.

CAPITOLO TERZO

1. Il secondo comma dell'art. 328: cenni introduttivi

Il secondo comma dell'art. 328 c.p. contempla la figura dell'omissione di atti d'ufficio, che si realizza qualora, decorsi trenta giorni da una specifica richiesta, il pubblico agente non compie l'atto del suo ufficio o non espone le ragioni del ritardo.

La condotta punita è, dunque, in questo caso l'omissione e cioè il mancato compimento dell'atto richiesto e dovuto.

Dalla lettura della disposizione in esame si desume che la fattispecie di interpello del privato, cui corrisponde il dovere di rispondere o di attivarsi in capo al pubblico ufficiale o all'incaricato del pubblico servizio, è riconosciuta esclusivamente al soggetto che abbia interesse al compimento dell'atto. A tal proposito occorre ricordare che tale interesse non corrisponde al generale buon andamento della P.A., che riguarda tutti i consociati, ma in quello che fa capo ad una situazione giuridica soggettiva su cui il provvedimento è destinato direttamente ad incidere.²³²

Affinchè l'omissione venga punita è, dunque, necessario che:

- a) vi sia una richiesta in forma scritta da parte dell'interessato, propriamente una "messa in mora" che funge da presupposto;
- b) che siano decorsi trenta giorni dal momento in cui il pubblico ufficiale o l'incaricato del pubblico servizio abbiano ricevuto la richiesta;
- c) che il pubblico ufficiale ovvero l'incaricato del pubblico servizio non solo non abbia compiuto l'atto ma non abbia neppure esposto le ragioni del ritardo.

²³² Cass., Sez. VI, 29 maggio 2008, n. 21735 che ha ravvisato l'interesse di un privato all'accesso agli atti del comune concernenti la procedura di demolizione di un manufatto abusivo posto a distanza illegale della sua proprietà.

Soltanto al termine di questo vero e proprio procedimento previsto dal legislatore l'omissione può dirsi realizzata.

Esposti in linea di massima quelli che sono i caratteri generali della seconda fattispecie punita ai sensi dell'art. 328, è interessante soffermarsi sulla ricaduta del suo ingresso nel nostro ordinamento. Difatti, può senz'altro affermarsi che l'effetto di tale figura di reato sia stato dirompente e, per certi versi, "rivoluzionario"²³³ per l'attività quotidiana degli uffici delle pubbliche amministrazioni, i quali sono stati obbligati a rivedere integralmente le prassi amministrative interne per lo smaltimento del carico di lavoro pendente onde evitare sanzioni di natura penale, che intervengono qualora non sia rispettato l'iter procedimentale delineato dalla stessa norma incriminatrice.²³⁴ Più precisamente, la mancata osservanza della disposizione in esame è sanzionata con la pena alternativa della reclusione (fino a un anno) o della multa (fino a milletrecentadue euro) al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio che entro trenta giorni dalla ricezione di una richiesta scritta da parte di chi vi abbia interesse non compie l'atto del suo e non risponde per dare una spiegazione circa le ragioni del ritardo. Ma non è tutto, difatti l'articolata struttura della fattispecie pone problemi anche sul versante dell'organizzazione interna degli uffici pubblici, circa l'esatta individuazione del destinatario della richiesta, e, sul versante opposto, ai fini dell'individuazione dei soggetti legittimati a formulare la richiesta che funge da presupposto del reato.

Inoltre, occorre ricordare quanto già esposto nei capitoli precedenti, e cioè che quanto previsto dal secondo comma trova applicazione "fuori dai casi previsti dal primo comma", quindi solo quando la fattispecie concreta non integra il più grave reato di rifiuto di atti d'ufficio. Il legislatore con questa clausola di riserva, posta all'*incipit* del secondo comma dell'art. 328 c.p., ha inteso circoscrivere scrupolosamente l'ambito di applicazione del reato di omissione, che potrà

²³³ COSTA, *Il "nuovo" nel delitto di omissione di atti d'ufficio: verso la "procedimentalizzazione" degli illeciti penali*, in *Giurisprudenza di merito* 1992, 928

²³⁴ DELPINO, *Diritto Penale. Parte Speciale*, 2014, p.327.

costituire oggetto di imputazione sia per atti non qualificati che qualificati ma comunque non urgenti.

Sempre nell'ottica di operare una prima analisi introduttiva al secondo comma dell'art. 328 c.p., occorre meditare se, effettivamente, possa dirsi che la condotta punita dallo stesso sia l'omissione. In realtà, il legislatore del 1990 ha considerato reato non già il semplice "omettere" come faceva il legislatore del 1930, bensì il "non compiere l'atto e non esporre le ragioni del ritardo", dunque, per sottrarsi alla responsabilità penale non è imprescindibile compiere necessariamente l'atto ma basta anche semplicemente esporre le ragioni del ritardo, quindi giustificare il perché l'atto non è stato compiuto e si continua a non compierlo. Circa, poi, le ragioni, alle quali sarà dedicato più avanti un intero paragrafo, sembra non esserci dubbio che possano impiegarsi anche le più fantasiose, non imponendo, la norma, che le stesse siano veritiere o, quanto meno, plausibili.

2. La condotta penalmente rilevante e i soggetti interessati.

Nonostante la fuorviante denominazione del reato non v'è dubbio si tratti di un'ipotesi di rifiuto, avendo il legislatore individuato, quale presupposto necessario, la richiesta dell'interessato affinché la condotta doppiamente omissiva del pubblico agente si possa permeare di disvalore penale².

Tuttavia, la norma in esame, pone, quale condizione necessaria per la configurazione del reato di omissione e per la sussistenza della meritevolezza della pena per le condotte omissive poste in essere, che la richiesta giunga da un soggetto che "vi abbia interesse". La scelta di utilizzare questa espressione ha comportato, quale diretta conseguenza, lo sviluppo di interessanti e contrastanti scenari interpretativi che ora ci apprestiamo ad analizzare.

L'orientamento maggioritario, accolto dapprima dalla dottrina e anche da una giurisprudenza²³⁵ ormai consolidata, è quello per cui l'espressione in esame dalla abbia una funzione normativa ben definita: delimitare la punibilità alle sole ipotesi di omissione che seguono ad una richiesta proveniente da chi ricopre una posizione giuridica rilevante, quindi esclusivamente ai titolari di diritti soggettivi e interessi legittimi, con l'esclusione dei titolari di interessi di mero fatto. Per quanto attiene alle ipotesi di interesse legittimo, pare opportuno ricordare che il diritto amministrativo impone che si tratti di un interesse differenziato e qualificato²³⁶, requisiti che difettano, ad esempio, nel caso riguardante il proprietario di un abitazione che abbia fatto istanza alla Pubblica Amministrazione competente per la manutenzione della strada dove egli affaccia²³⁷: in tal caso, infatti, è innegabile la sussistenza di un interesse differenziato, ma manca l'ulteriore requisito, il che è di per sé sufficiente ad escluderlo dall'alveo degli interessi legittimi e, di conseguenza, dall'ambito di tutela apprestato dal secondo comma dell'art. 328 c.p.

Sul punto, in dottrina²³⁸, è consolidata l'opinione per cui gli interessi di mero fatto siano inidonei a fondare una richiesta penalmente rilevante ai sensi del comma 2 dell'art. 328 c.p., e ciò per almeno due ragioni. In *primis*, sarebbe fuori da ogni logica giuridica permettere al pubblico agente di andare esente da responsabilità penale semplicemente esponendo le ragioni del ritardo e, in secondo luogo, perché con la fattispecie penale di cui si tratta il legislatore ha inteso tutelare situazione giuridiche soggettive giuridicamente rilevanti rispetto alle quali il provvedimento esplica effetti diretti, e non il generico buon andamento della P.A..²³⁹ Al contrario, se si fosse effettivamente trattato di uno strumento volto a salvaguardare e a stimolare genericamente l'attività

²³⁵ Cass. Pen., Sez. VI, 8 maggio 1998, in *Cassazione Penale* 1999, 520; Cass. Pen., Sez. VI, 2 ottobre 2003, in Guida al diritto 2004, fasc. 6, 57; Cass. Pen. Sez. VI, 12 agosto 2009, in Cassazione Penale 2009, 4205.

²³⁶ SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 109

²³⁷ STILE, *Commento all'art. 16 della l. n. 86/90 in Legislazione penale* 1990, 328.

²³⁸ STILE, Omissione, rifiuto e ritardo di atti d'ufficio Napoli, 202; DASSANO, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, Torino, p.184.

²³⁹ LATTANZI-LUPO, *Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2010, 426.

dell'amministrazione, esso avrebbe dovuto riguardare tutti i consociati ed avere ad oggetto solo il generico interesse al buon andamento dell'apparato amministrativo.²⁴⁰ La *ratio* normativa è, invece, quella di soddisfare uno specifico interesse del privato cittadino, tanto che la richiesta va indirizzata in modo formale e deve intendersi come atto di diffida o messa in mora.

Accogliendo tale ricostruzione, è chiara, quindi, la logica dell'esclusione dall'ambito della tutela penale, di coloro che vantino una situazione attinente ad interessi di mero fatto, come ad esempio colui che richieda un documento necessario per lo svolgimento di attività politica di consigliere comunale.²⁴¹ Occorre, infatti, ricordare che la titolarità di interessi di mero fatto rileva esclusivamente sul piano della correttezza dei rapporti tra PA e cittadini ma non comporta alcuno specifico dovere di rispondere ai sensi dell'art. 328 2° comma c.p.²⁴² Quel che si evince è che il provvedimento richiesto non deve essere espressione di un potere pubblico da esercitarsi per finalità di ordine generale, ma deve riguardare soggetti ben individuati in quanto specificatamente destinatari dell'atto amministrativo.

Così ricostruita, la nozione di interessato, rischia di assumere un'accezione eccessivamente amministrativistica, finendo con l'identificare l'interessato unicamente con il soggetto che trae un'utilità sostanziale dal compimento dell'atto, escludendo quindi da questa categoria giuridica i contro-interessati²⁴³.

A scongiurare una tale eccessiva delimitazione è stato direttamente il Ministro della Funzione Pubblica tramite una Circolare nella quale si legge chiaramente che “ non può essere disconosciuta la posizione del contro-interessato, il quale potrà chiedere l'adozione del provvedimento di diniego dell'istanza presentata dalla controparte”²⁴⁴.

²⁴⁰ CADOPPI-CANESTRANI MANNA-PAPA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, p. 485.

²⁴¹ Cass. Pen., Sez. VI, 13 Marzo 2001, in *Cass. Pen.* 2002, 1039.

²⁴² Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 1995, in *Cassazione Penale*, 1997, 1392.

²⁴³ DASSANO, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, 1993, p. 169.

²⁴⁴ Circolare n. 58245/7464 pubblicata sulla G.U. n. 240 del 13 dicembre 1990

Chiarito che l'interessato al provvedimento, nonché unico legittimato a formulare la richiesta, è il titolare di un interesse legittimo occorre accennare alla teoria per cui, non specificando la norma se questi debba essere un soggetto pubblico o privato, potrebbe aver interesse a richiedere il compimento dell'atto o la prestazione del servizio anche: "...un'amministrazione diversa da quella cui appartiene il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio che deve compiere l'atto, qualora quest'ultimo incida sulla realizzazione dei suoi fini istituzionali."²⁴⁵ La Cassazione²⁴⁶, a tal proposito, ha invece escluso la sussistenza del delitto in questione nell'ambito dei rapporti tra le pubbliche amministrazioni in quanto, asserendo che l'espressione "chiunque vi abbia interesse" vada riferita unicamente all'interesse del privato cittadino che fa richiesta al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio di ottemperare ad un atto del suo ufficio. Difatti, secondo i giudici di legittimità, se si optasse per un'interpretazione estensiva del comma 2 dell'art. 328 si violerebbe il canone di tipicità degli atti della pubblica amministrazione, poiché le richieste previste da tale norma potrebbero inserirsi, in maniera anche imprevedibile, in qualunque fase dell'attività amministrativa nonostante le scansioni di queste fasi siano compiutamente disciplinate quanto alla partecipazione delle amministrazioni coinvolte.²⁴⁷ Inoltre, sempre a detta della Suprema Corte, il voler equiparare la posizione del privato a quella delle amministrazioni nel reato di omissione non è corretto tenuto conto della posizione del singolo nei confronti delle autorità ha motivi di protezione completamente diversi da quelli che, volta a volta sono alla base dei pubblici

²⁴⁵ SEGRETO- DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, 1999, P.233.

²⁴⁶ Cass, Sez. VI, 21 gennaio 1999, : "La disciplina sanzionatoria di cui all'art. 328 c.p. è inapplicabile ai rapporti tra le pubbliche amministrazioni, la norma è infatti chiaramente finalizzata ad apprestare sostanziale tutela all'interesse del privato cittadino che formalmente rivolga richiesta al pubblico ufficiale o all'incaricato di un pubblico servizio di adempimento di un atto del suo ufficio e, comunque, di risposta per notiziare le ragioni del ritardo, fissando un dato temporale (trenta giorni) e uno formale (richiesta in forma scritta), collegati dalla ricezione della richiesta stessa da parte del destinatario." ; in senso conforme Trib. Siracusa, 24 gennaio 1995; più recentemente Cass., Sez. VI, 11 maggio 2011.

²⁴⁷ FORTUNA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, 2010, p. 171.

interessi; a ciò si aggiunge, poi, che la tutela dei pubblici uffici è garantita da istituti diversi e più efficaci. Si tratta di un'interpretazione da condividere non solo perché chiarisce l'ambito di applicazione della fattispecie ma, soprattutto, ribadisce il fine della figura di reato prevista dal comma 2 dell'art. 328 c.p. che è quello di regolare solo ed esclusivamente i rapporti tra la pubblica amministrazione e i soggetti ad essa esterni.

Portando nuovamente l'attenzione alla problematica del raggio di inclusione degli interessi cui la norma in esame si riferisce e alle teorie che ne sono seguite, occorre accennare all'isolata soluzione interpretativa secondo la quale la nozione di interesse cui fa riferimento il legislatore debba intendersi in senso esteso, comprensiva quindi degli interessi di fatto.

L'assunto su cui poggia questa minoritaria tesi è da individuarsi nella diversa oggettività giuridica della figura criminosa, riconosciuta nel regolare e corretto andamento dell'attività amministrativa, da cui consegue che è del tutto irrilevante la situazione giuridica del cittadino richiedente.²⁴⁸ Si tratta, tuttavia, di una soluzione che non vale la pena approfondire anche per il solo fatto che la soluzione sopra esposta, condivisa dalla giurisprudenza di merito e di legittimità nonché dalla dottrina maggioritaria, è quella che meglio valorizza la plurioffensività del delitto di cui al secondo comma e tiene conto anche della diversa formulazione legislativa del primo comma: se nel reato di rifiuto la richiesta - sempre che si ritenga essere un presupposto necessario- può provenire da chiunque dal momento che non è stata introdotta alcuna limitazione al riguardo, allora nel reato di omissione la precisazione che i richiedenti debbano essere portatori di un interesse non può che svolgere una funzione di delimitazione. Negarla significherebbe considerare un elemento costitutivo di fattispecie non come tale, bensì come un termine pleonastico, se non superfluo.

²⁴⁸ CORCIULO, *Attività interna della P.A. e reato di rifiuto di atti d'ufficio* in *Rivista Penale dell'Economia*, 545.

3. La richiesta ad adempiere: forma scritta e ricezione della richiesta.

La seconda parte del secondo comma dell'art. 328 c.p. pone, tra gli altri presupposti, che l'interessato inoltri una richiesta in forma scritta precisando, inoltre, che il termine dei trenta giorni inizia a decorrere dal momento della sua ricezione. Occorre rammentare, come già esaminato in precedenza, che questa ulteriore precisazione legislativa finisce con il tradursi in un'inutile e superflua ripetizione. Difatti essa è, da un lato, priva di una qualsiasi utilità, dal momento che la prescrizione della forma scritta avrebbe potuto inserirsi come un'aggettivazione della richiesta, in tal modo evitando di inserire un'altra disposizione dedicata esclusivamente a questo aspetto; e, dall'altro, superflua per quanto attiene alla ricezione quale *dies a quo* della decorrenza del termine, dal momento che la richiesta è per sua natura un atto recettizio²⁴⁹. Quanto appena detto è sufficiente per comprendere che si tratta di precisazioni dirette unicamente a stimolare un procedimento legislativo una sempre più corretto e una migliore tecnica redazionale al fine di semplificare il compito degli interpreti, ma, d'altro canto, da un punto di vista contenutistico nulla cambia, in quanto tali aspetti stilistici lasciano inalterata l'interpretazione delle norme.

Nell'ottica di voler analizzare più nel dettaglio quanto puntualizzato del legislatore ai sensi del secondo comma dell'art. 328, è opportuno dapprima soffermarsi sulle caratteristiche estrinseche della richiesta, che deve essere presentata necessariamente per iscritto, senza alcuna ulteriore formalità.

Preliminarmente, è opportuno volgere lo sguardo ai lavori preparatori che hanno preceduto l'entrata in vigore della norma, in seno ai quali fu avanzata la proposta che la richiesta dovesse anche essere formalmente notificata al pubblico agente²⁵⁰, formalità poi di fatto esclusa soprattutto in considerazione del rischio che, un simile sistema di notificazione, potesse scoraggiare l'interessato ad

²⁴⁹ SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 234.

²⁵⁰ SENATO, *Boll. Comm.* N. 154 del 27/03/1990

inoltrare la diffida, comportando, in ultima analisi la paralisi applicativa della fattispecie.

Questa prescrizione rappresenta un equilibrato compromesso fra un estremo formalismo e una libertà di forme

Pertanto, anche per tale ragione, la Commissione incaricata ha preferito optare per un equilibrato compromesso tra un eccessivo formalismo e un'incontrollata libertà di forme, imponendo quale unica formalità la sola e semplice forma scritta, valutata di per sé sufficientemente adeguata a costituire una prova documentale da far valere in dibattimento. Trattandosi, indubbiamente, di forma scritta *ad substantiam*, essa costituisce un elemento costitutivo della fattispecie, ma ciò non comporta che, in sede processuale, l'accertamento del rispetto di questa formalità pretenda necessariamente la prova documentale *de qua*, poiché il principio della *intime conviction* lascia al giudice assoluta libertà di apprezzamento e valutazione di qualsiasi prova²⁵¹.

La circostanza che la norma indichi, quale unica formalità, la forma scritta implica la necessaria sussistenza di altri due requisiti sebbene non espressamente presenti nella formulazione legislativa, è infatti indispensabile, ai fini della configurazione della fattispecie in esame, che la richiesta scritta sia, altresì, precisa e puntuale nel suo contenuto, e cioè valida ad informare il pubblico agente dell'obbligo giuridico di compiere l'atto dovuto. Pertanto, non sono correttamente qualificabili come "richieste" quelle dirette ad ottenere semplici chiarimenti o anche quelle corrispondenti esclusivamente ad un invito ad esporre le ragioni del ritardo, così come le richieste palesemente pretestuose²⁵². A tal proposito la Suprema Corte ha sottolineato che "la richiesta del privato si atteggia sostanzialmente come una diffida ad adempiere e la tutela penale non si estende alle richieste "capricciose" o irragionevolmente puntigliose sollecitanti alla Pubblica Amministrazione un'attività superflua e non doverosa, priva di

²⁵¹ CORDERO, *Procedura Penale*, Milano, 2003, p. 664.

²⁵² Cass.Pen., Sez. VI, 20 novembre 2001, in *Riv. Pen.* 2002, 630; T. Pistoia, 16 aprile 1991, in *Riv. Pen.* 1994; T. Catanzaro, 18 Gennaio 2001, in *Cassazione Penale* 2001, 3282.

incidenza sul rapporto amministrativo, al pari di quelle che non siano con percepibile immediatezza rivolte a sollecitare la definizione della pratica o a chiedere spiegazioni del ritardo”.²⁵³ In sostanza, la Corte ha chiarito che la richiesta del privato deve necessariamente fondarsi su una pretesa seria, diretta cioè ad ottenere un provvedimento che soddisfi una posizione che non sia oggetto di contestazione. In caso diverso, qualora cioè il privato già conosca le ragioni per cui le sue ragioni non possono essere, almeno in quel determinato momento, soddisfatte, perché il preteso diritto è oggetto di accertamento in un processo giurisdizionale in corso, non può configurarsi alcuna responsabilità, perché è evidente che in tal caso la richiesta deve intendersi “pretestuosa” in quanto inevitabilmente diretta a superare i termini necessari per ottenere una pronuncia da parte dell’autorità giudiziaria.²⁵⁴

Occorre ora soffermarsi sull’altro elemento caratterizzante la richiesta di cui al comma due dell’art. 328 c.p.: la ricezione della stessa. La norma si limita a prevedere che il termine di trenta giorni entro cui il funzionario deve attivarsi inizia a decorrere dalla ricezione della richiesta, senza specificare se la direzione normativa si riferisca al ricevimento da parte dell’ufficio genericamente inteso, e dove quindi sia stata protocollata, oppure a quello della persona deputata ad emettere l’atto.

In tal caso la scarsa chiarezza del dettato normativo apre la strada ad una questione cruciale in considerazione della complessità dell’organizzazione e della gerarchia degli uffici amministrativi che, al contrario, nella formulazione in esame sembrano essere immaginati dal legislatore in forma monosoggettiva così da garantire in ogni caso la coincidenza tra il momento della ricezione da parte dell’ufficio con la ricezione da parte del pubblico agente.²⁵⁵

Se si attribuisce rilievo al principio costituzionale di personalità della responsabilità penale statuito all’art. 27,1° comma Cost. dovrebbe preferirsi la

²⁵³ Cass.Pen., 5 novembre 1998, in *Cass.Pen.* 2000,1250.

²⁵⁴ Cass. Pen., 15 giugno 2001, in *Riv. Pen.*, 2001, 823.

²⁵⁵ STILE, *Omissione, Rifiuto e Ritardo*, Napoli, 1974, p. 120.

teoria che identifica nel pubblico agente deputato ad emettere l'atto il soggetto deputato alla ricezione della messa in mora. Questa teoria, che è quella, di fatto, maggiormente accolta, riconoscere nei trenta giorni di cui all'art. 328,2° comma c.p. il termine massimo che il pubblico agente ha a disposizione per emanare l'atto richiesto o per esporre le ragioni del ritardo²⁵⁶; diversamente, volendo non condividere quanto appena esposto, l'arco temporale concesso rischierebbe di subire una considerevole riduzione se il termine dovesse iniziare a decorrere dal momento in cui l'istanza pervenga all'ufficio, anche se il pubblico funzionario ne venisse effettivamente a conoscenza solo in un secondo momento²⁵⁷. A chiarire la correttezza logico-giuridica di questa ricostruzione è il caso riguardante il sindaco di un Comune in proposito del quale la Suprema Corte²⁵⁸ ha categoricamente escluso che egli, solo per la sua posizione istituzionale, debba essere penalmente responsabile di ogni ritardo o inadempimento addebitabile all'ente territoriale compreso quello contemplato e sanzionato ex art. 328, 2° comma, c.p., dovendosi in casi simili verificare se il sindaco, messo a conoscenza della richiesta del privato, abbia o meno designato un responsabile del procedimento; ricordando sempre che ai fini della responsabilità del pubblico ufficiale o dell'incaricato del pubblico servizio occorre che la messa in mora sia non solo conoscibile ma anche perfettamente conosciuta, posto che un dovere di risposta presuppone necessariamente l'esistenza di una domanda.²⁵⁹ È chiaro, quindi, che il termine di trenta giorni per la risposta decorre non dal momento in cui l'istanza perviene all'ufficio, ma da quello in cui il funzionario-destinatario ne abbia avuta piena conoscenza e consapevolezza, e affinché la diffida possa dirsi tale bisogna che la stessa sia realmente ed effettivamente pervenuta nella sfera di pertinenza del destinatario.

²⁵⁶ IMPERATO, *Delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2010, p.149.

²⁵⁷ CADOPPI-VENEZIANI, *Omissione o rifiuto di atti d'ufficio*, voce in *Enciclopedia giuridica Treccani*.

²⁵⁸ C.Cass., 17 maggio 2000, n. 5691, Scorsone, *Riv. Pen.*, 2001, 418.

²⁵⁹ C.Cass., 8 ottobre 1998, Lunghi, *Riv.Pen.*, 1999, 321.

Un altro importante aspetto da considerare in tema di richiesta ad adempiere riguarda il profilo dell'onere probatorio. L'onere di provare la suddetta effettiva conoscenza è attribuita, dall'unanime giurisprudenza, all'accusa²⁶⁰ anche in considerazione del principio costituzionale di presunzione di innocenza, sia con riguardo alla prova della tipicità del fatto, sia con riguardo all'elemento psicologico. Tuttavia, come fa notare una parte della dottrina²⁶¹, il privato potrebbe imbattersi in considerevoli difficoltà pratiche nel provare l'effettiva avvenuta conoscenza dell'istanza da parte del funzionario. Ragion per cui, secondo la citata dottrina, la soluzione utile ad alleggerire l'onere probatorio del privato sarebbe da individuarsi, nelle presunzioni civili di cui all'art. 1335 il quale prevede che le dichiarazioni dirette ad una determinata persona si reputano conosciute quando giungono all'indirizzo del destinatario, salvo che questo provi di non averne avuto conoscenza.

Un interessante profilo legato alla questione dell'onere probatorio è quello dell'inquadramento della natura giuridica della ricezione della richiesta. Più in particolare è discusso se la mancata ricezione della diffida comporti l'esclusione della tipicità del fatto oppure la mancanza dell'elemento soggettivo, e dunque del dolo. Naturalmente si tratta di una questione perlopiù teorica, interessante spunto di ragionamento per l'interprete, in quanto in ogni caso e a prescindere dalla soluzione adottata, il giudice sarà tenuto a pronunciare una sentenza assolutoria perché "il fatto non sussiste". Nonostante ciò, occorre evidenziare l'importanza di questa faccenda, poiché in virtù della stessa potrebbero cambiare le dinamiche processuali, specialmente con riferimento all'onere della prova, che, come appena accennato, in virtù del principio costituzionale di presunzione di innocenza spetta sempre all'accusa. Nonostante l'assoluta indiscutibilità di questa affermazione, la Corte di Cassazione, in una sentenza del 2003, ha affermato che "la circostanza che di essa [la richiesta dell'interessato] il

²⁶⁰ Per tutte, C.Cass., 22 settembre 2000, n.10002, Spanò, *GD*, 2000, n.45, 108

²⁶¹ NANNUCCI, *Rifiuto e omissione di atti d'ufficio, una riforma che non migliora invecchiando*, in *Cass. Pen.*, 1997,7, 2323.

funzionario sia a conoscenza, rientra nell'ambito oggettivo del reato , con la conseguenza che è onere probatorio del p.m. anche quello di dimostrare la sussistenza di una richiesta conosciuta e non soltanto conoscibile da parte dell'imputato"²⁹. L'importanza di tale pronuncia è da individuarsi nel fatto che con essa la Suprema Corte lascia implicitamente trapelare che, qualora la conoscenza della richiesta si ritenesse invece integrante l'elemento soggettivo, si verificherebbe un'inversione dell'onere della prova, con la conseguenza che spetterebbe all'imputato (il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio) provare di non aver avuto conoscenza della richiesta, sebbene magari già ricevuta dall'ufficio di cui fa parte. È chiaro, tuttavia, che un così radicale sconvolgimento dei principi costituzionali del processo penale è inaccettabile. Una soluzione equilibrata e che tiene conto del dettato costituzionale può essere quella secondo cui anche accogliendo la tesi secondo cui la ricezione della richiesta afferisce all'elemento soggettivo del reato, rimane comunque in capo al pubblico ministero la prova della effettiva conoscenza della richiesta stessa; semmai, questa prova potrà considerarsi raggiunta in via indiziaria ex art. 192 c.p.p. sostenendo che, secondo le regole dell'esperienza sintetizzabili nell'*id quod plerumque accidit*, a seguito della ricezione della richiesta da parte dell'ufficio il pubblico ufficiale competente dovrebbe tendenzialmente averne avuto conoscenza. Solo a questo punto – ossia quando il giudice si è convinto della prova indiziaria dedotta dal pubblico ministero- potrà ragionevolmente sostenersi l'inversione dell'onere probatorio dal p.m. all'imputato.

4. L'esposizione delle ragioni del ritardo

L'alveo di tutela ricompreso dal secondo comma dell'art. 328 non si limita soltanto alla mancata concreta emanazione dell'atto richiesto ma si estende anche ad un'ulteriore omissione, ossia la mancata spiegazione da parte del pubblico agente delle ragioni del ritardo entro il termine di trenta giorni. Si tratta, dunque, di un delitto a doppia omissione caratterizzato dalla circostanza che, ad

entrambe le ipotesi omissive, inerisce il medesimo termine di trenta giorni per l'adempimento.

In questa particolare ipotesi si assiste alla descrizione di una situazione concreta nella quale, mancando le ragioni di urgenza, la sanzione penale "scatta" solamente quando, trascorso il termine di trenta giorni concorrano sia il mancato compimento dell'atto che la mancata giustificazione del ritardo.²⁶²

Sebbene nulla in proposito sia specificato riguardo il capoverso dell'art. 328 c.p., conformemente a quanto detto per la richiesta, anche tale atto di risposta, secondo la giurisprudenza della Corte Suprema²⁶³, deve rivestire necessariamente la forma scritta. Difatti, secondo i giudici di piazza Cavour, anche alla risposta con cui la PA è tenuta ad esporre le ragioni del ritardo nel compimento dell'atto si estendono i principi generali dell'ordinamento che, per gli atti destinati ad essere controllati da un'autorità diversa e normalmente sovraordinata, impongono la forma scritta. Non sembra essere dubbia, quindi, l'applicabilità di tale regola nel caso in cui la verifica dell'esistenza dell'atto e del suo contenuto sia rimessa non all'autorità amministrativa ma all'autorità giudiziaria, ciò è conforme allo spirito della riforma di cui alla L. n. 86 del 1990 con cui il legislatore ha inteso offrire ai cittadini una maggiore tutela nei confronti dell'operato della pubblica amministrazione, e rispondere all'esigenza di evitare incertezza in ordine all'accertamento del reato stesso²⁶⁴. Tale indirizzo è altresì avvalorato dal contesto nel quale l'atto di risposta si inserisce, questo infatti non solo si contrappone ad una richiesta scritta ma, in più, proviene da un pubblico ufficiale o da un incaricato di pubblico servizio, circostanze, queste, che sembrano non far dubitare circa necessità della forma scritta.²⁶⁵

All'indirizzo accolto dalla Corte di Cassazione si contrappongono, tuttavia, è numerose pronunce di merito che, pur riconoscendo che la forma scritta

²⁶² STILE, *Omissione, rifiuto o ritardo di atti d'ufficio*, Napoli, p. 16.

²⁶³ Cass. Pen., Sez. VI, 19 Novembre 2003, Grillo, in *C.E.D., Cass.*, 227741; Cass. Pen., Sez. VI, 3 Novembre 1997, Masiello, in *Cass. Pen.*, 1999, 158.

²⁶⁴ Cass. Pen., Sez. VI, 15 Dicembre 1997, n. 11484, Masiello, in *Riv. Pen.*, 1998, 106.

²⁶⁵ Cass. Pen., Sez. VI, 3 giugno 1997, n. 5209, Munafò, in *Riv. Pen.*, 1997, 80.

conferisce alla risposta una pienezza di prova più difficile da raggiungere se la comunicazione avviene in altro modo, evidenziano la sufficienza di una risposta orale²⁶⁶. Il fondamento di questo orientamento lo si individua nella stessa formulazione impiegata dal legislatore che non accenna alla necessità di alcuna particolare formalità, con la conseguenza che la risposta scritta finirebbe con l'imporre un nuovo elemento costitutivo della fattispecie. Più precisamente, nella sentenza pronunciata dal Tribunale di La Spezia, si legge che in virtù dei principi di tassatività e determinatezza che informano il nostro sistema penale occorre rimarcare che, mentre per la richiesta del privato è specificamente prevista la forma scritta, nulla si dice con riguardo alla forma che deve assumere la risposta del pubblico funzionario. Ne deriva, anche sulla base del noto brocardo, *ubi lex voluit dixit ubi colui tacuit*, che la risposta del pubblico amministratore ben può essere formulata con forme diverse da quella scritta, quindi anche verbalmente, senza per questo rispondere del reato in argomento.²⁶⁷

Chiarita la problematica relativa alla forma della risposta, occorre volgere l'attenzione circa un interessante dibattito scaturito dall'introduzione di tale seconda condotta omissiva, riguardante la possibilità di riconoscere al giudice penale possa di constatare la serietà e la non pretestuosità delle giustificazioni addotte. Per comprendere al meglio la questione è d'obbligo premettere che il pubblico funzionario, per adempiere al suo dovere di risposta, ha la possibilità di utilizzare una serie di motivazioni-tipo, individuate da una direttiva ministeriale, che gli consentono di andare esente da una responsabilità penale qualora l'istruttoria risultasse particolarmente complessa, perché ad esempio, occorre acquisire un elevato numero di documenti, pareri amministrativi o tecnici, o comunque ogni qualvolta in cui ricorrano ragioni specifiche che non consentono il rispetto del termine, si pensi ad esempio ad un periodo di malattia. Questa considerevole agevolazione a favore dei pubblici agenti ha, ben presto, sollevato il timore che le giustificazioni-tipo si trasformassero in "motivazioni

²⁶⁶ Trib. Cagliari, 23 febbraio 1995, Castello, *GI*, 1996, II, 552.

²⁶⁷ G.u.p. Trib. La Spezia, 7 novembre 2001, L., www.penale.it

prestampate”²⁶⁸, e cioè, in un pratica e comoda scappatoia con cui il pubblico agente può abilmente sottrarsi alla sanzione penale. Si ricorda, infatti, che l’art. 328 comma 2 contempla due distinte ipotesi di omissione alternative l’una all’altra per cui il verificarsi di una delle due piuttosto che dell’altra determina il mancato perfezionamento della fattispecie penale. Da ciò ne consegue che, anche per prevenire un’eccessiva ingerenza del giudice penale nel merito amministrativo, la formale attestazione dell’esistenza di una qualsivoglia ragione giustificatrice rende non penalmente rilevante il comportamento tenuto dal pubblico ufficiale²⁶⁹.

Tuttavia, l’orientamento maggioritario è di segno opposto e tende ad attribuire, entro limiti ben delimitati, al giudice penale il potere di sindacare le ragioni del ritardo. Si tratta di una tesi motivata sulla base della contrapposizione tra due termini: “ragioni” e “motivazioni”. Quanto al primo, si è operata una ricostruzione esegetica dello stesso, dalla quale si desumerebbe l’esigenza di giustificazioni oggettive, pertanto sottoponibili al vaglio del giudice; differentemente il termine “motivi”, richiamerebbe spiegazioni soggettive, che in virtù del loro carattere personale non sono sostituibili con una valutazione giurisdizionale²⁷⁰.

La tesi appena esposta sembra trovare un’autorevole conferma in quella che, indubbiamente, si qualifica come una delle più valide articolate proposte presentate durante i lavori preparatori: il disegno di legge n. 2793 (Violante), che originariamente prevedeva l’espressione “ragioni che giustificano il ritardo”, poi sostituita con “ragioni del ritardo” soltanto per cercare di rendere meno

²⁶⁸ COSTA, *Il “nuovo” nel delitto di omissione di atti d’ufficio, verso la “procedimentalizzazione” degli illeciti penali*, in *Giurisprudenza di merito*, 1992, 930; nello stesso senso anche NANNUCCI in *E’ scomparso un delitto o un principio costituzionale?*, Foro Italiano, 1991, 420.

²⁶⁹ PADOVANI, *Il commento alla legge 24-4-1990 n.86*, in *Il corriere giuridico* 1990, 544.

²⁷⁰ DASSANO, *Rifiuto ed omissione di atti d’ufficio. Profili di riforma e aspetti comparatistici*, Torino, 1999; CADOPPI- VENENZIANI, *Omissione o rifiuto di atti d’ufficio*, voce in *Enciclopedia giuridica Treccani*; TENCATI, *Gli atti d’ufficio omessi fonte di responsabilità penale a carico degli appartenenti al sistema amministrativo*, in *Rivista Penale*, 1992, 213.

sovrabbondante e prolissa la disposizione normativa.²⁷¹ Si aggiunge, poi, l'esigenza di garantire una sempre più forte tutela al diritto di corretta informazione degli utenti, il quale rischierebbe di essere pregiudicato se si autorizzasse il pubblico ufficiale ad inviare un semplice "pezzo di carta"²⁷².

Le ragioni appena esposte sono sufficienti a fondare la preferenza verso questa soluzione interpretativa, la quale, però deve necessariamente tener conto anche delle esigenze della Pubblica Amministrazione. Occorre, quindi, garantire una compensazione tra la tutela del diritto del privato cittadino e quella di assicurare una giusta autonomia alle Pubbliche Amministrazioni, alle quali resta sempre riconosciuta la prerogativa insindacabile di valutare i fatti e effettuare scelte organizzative. Queste ultime saranno sempre escluse dal vaglio del giudice penale che potrà, tutt'al più, limitarsi a giudicare solo la corrispondenza al vero dei fatti posti a fondamento della risposta giustificativa, ma dovrà invece astenersi dall'entrare nel merito delle valutazioni discrezionali²⁷³.

5. La scadenza del termine per adempiere: il coordinamento tra l'art. 328 c.p. e la legge sul procedimento amministrativo.

La chiarezza della formulazione del capoverso dell'art. 328, che fissa a trenta giorni il termine massimo entro il quale il pubblico agente è tenuto ad adempiere al fine di non incorrere in responsabilità penale per omissione di atti d'ufficio, cela, in realtà, articolate problematiche di coordinamento tra lo stesso e i diversi termini extrapenalici. In particolar modo, la questione riguarda i termini previsti dalle leggi amministrative, e ciò che più discusso è se i termini previsti dalle norme amministrative per l'adempimento della P.A. si aggiungono a quello dell'art. 328, 2° comma, c.p., facendone così scorrere innanzi la decorrenza.

²⁷¹ CORNETTA, *I nuovi delitti di rifiuto ed omissione di atti d'ufficio*, in *Rivista Penale dell'economia*, 1992, 654.

²⁷² PROTO, *L'omissione di atti d'ufficio tra passato presente e futuro*, in *Studi senesi*, 2006, 295; BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2001.

²⁷³ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*. Milano, 2006, p.358

Prima di vagliare le opposte letture interpretative della dottrina e della giurisprudenza occorre precisare che per quanto concerne la durata dei procedimenti rientranti nella competenza dell'amministrazione interessata l'art. 2 della legge n. 241/90 non individua alcun termine determinato ma fa rinvio all'autonomia regolamentare delle pubbliche amministrazioni interessate, provvedendo, tuttavia, a fissare un termine generale e residuale della durata dei procedimenti amministrativi (che, in origine, era di trenta giorni, poi elevato a novanta nel 2005, per tornare infine a trenta giorni con l'ultima modifica legislativa intervenuta nel 2009). Il dibattito nato attorno alla mancanza di un preciso coordinamento in senso chiarificatore fra il termine penale e quello amministrativo ha suscitato un tanto acceso quanto stimolante dibattito .

All'indomani dell'entrata in vigore della legge n. 86/1990 la giurisprudenza era determinata nel voler garantire al privato la massima tutela, e al fine di raggiungere tale obiettivo, asseriva che l'istanza che aveva comportato l'instaurazione del procedimento avesse anche natura giuridica di "richiesta", così da integrare quanto richiesto dall' art. 328,2° comma c.p., fungendo da presupposto utile a far iniziare a decorrere anche il termine penalistico, il cui inutile decorso perfezionava l'illecito benché lo *status* procedimentale fosse assolutamente lecito sul piano amministrativo. La ricostruzione operata dalla giurisprudenza si fondava sulla "lettera inequivocabile del secondo comma dell'art. 328 c.p., che fissando inesorabilmente e invariabilmente in trenta giorni il termine entro il quale il pubblico ufficiale competente deve evadere la pratica o spiegare le ragioni del ritardo, mostra di non tenere in conto le temporizzazioni o i termini fissato da leggi particolari o da regolamenti interni delle singole amministrazioni"²⁷⁴; a ciò seguivano anche le considerazioni di parte della dottrina, preoccupata che l'accoglimento della tesi secondo la quale il termine dei trenta giorni dovesse iniziare a decorrere dal giorno della scadenza del

²⁷⁴ Cass.Pen., Sez. VI, 15 luglio 1999, in *Diritto penale e processo*, 2000, 969; Cass. Pen., Sez. VI, 10 aprile 1997, *inedita*; Cass. Pen., Sez. VI 8 gennaio 1998, in *Cass. Pen.* 1997. Questa interpretazione è stata condivisa in modo pressochè costante per tutto il primo decennio successivo all'entrata in vigore della riforma.

termine amministrativo stico potesse rappresentare un allettante strumento per gli uffici amministrativi attraverso il quale aggirare il dettato normativo mediante la fissazione di un termine eccessivamente lungo per la conclusione dei propri procedimenti²⁷⁵, rendendo, in tal modo, di fatto inoperante il reato di omissione. Ipotesi, queste, più realistiche di quanto si possa pensare se si considera che i termini procedurali del Ministero del Turismo sono di 540 e 580 giorni, e addirittura di 1095, 1665 e 1800 quelli stabiliti dal Ministero dell'Interno.²⁷⁶

Al fine di avvalorare ulteriormente questa soluzione interpretativa si è inoltre evidenziata la primaria importanza della trasparenza e della correttezza dei rapporti fra pubblica amministrazione e privato, in virtù della quale la P.A. avrebbe sempre il dovere di fornire le informazioni e i chiarimenti necessari al richiedente; per cui, ammesso che ancora non sia ancora decorso il termine fissata dalla legge amministrativa per compiere l'atto, il pubblico agente è quanto meno tenuto ad esporre le ragioni del ritardo²⁷⁷. A completare questa tesi vi è la considerazione per cui non ci sarebbe alcun soppiantamento della durata dei termini amministrativi poiché si verifica il combaciamento tra il momento dell'intervento della tutela sia penale che amministrativa²⁷⁸ essendo stabilita in via generale a trenta giorni anche la durata dei procedimenti amministrativi. Le diverse motivazioni poste a fondamento dell'indirizzo appena esposto, sebbene apparentemente ragionevoli e persuasive, si dimostrano, in realtà, non fondate; a partire dalla paura di possibili abusi e raggiri ad opera delle Pubbliche Amministrazioni, che anche legittime restano in ogni caso ragioni di politica criminale pertanto estranee ad una interpretazione strettamente giuridica del dato normativo. Anche la seconda motivazione appare meno convincente se si considera che potranno sempre essere considerate valide le

²⁷⁵ GRASSANO, *La tutela del principio di legalità nelle funzioni pubbliche con specifico riguardo alle figure di abuso funzionale e di rifiuto di atti d'ufficio*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1995, 1449.

²⁷⁶ ZILLETTI, *Omissione di atti d'ufficio, un illecito paradossale*, in *Diritto penale e processo*, 2000, 97.

²⁷⁷ CERQUA, in DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Milano, 2011.

²⁷⁸ MASI, *La riforma dell'art. 328 c.p. e la legge 7 agosto 1990 n. 241: un coordinamento poco chiaro*, in *Riv. Pen. dell'economia*, 1993, 68.

ragioni giustificative in base alle quali l'atto non è stato emanato entro i trenta giorni previsti dal secondo comma dell'art. 328 c.p. poiché è previsto un termine amministrativo più esteso; pertanto, questo obbligo informativo finirebbe per risultare una mera formalità, con il solo ulteriore aggravio dell'attività che i pubblici funzionari hanno il dovere di espletare²⁷⁹. Da ultimo, l'affermazione secondo la quale si verificherebbe la coincidenza del momento consumativo dell'illecito penale e amministrativo può essere condivisa solo parzialmente, giacché è inevitabile, nei procedimenti instaurabili d'ufficio, il verificarsi di uno sfasamento dei due termini ogni qual volta in cui le Pubbliche Amministrazioni abbiano stabilito per la conclusione dei procedimenti un termine non che non coincide con quello penalistico.

Per tutte queste ragioni, e così minuziosamente smontato il primo orientamento, deve ritenersi preferibile la diversa teoria, giustamente sostenuta dalla prevalente dottrina, che riconosce alla richiesta la natura giuridica di diffida. Si tratta di un assunto cruciale dal quale si desume che la richiesta è un atto formalmente distinto dall'istanza originaria e, pertanto, sarà determinante per la decorrenza del termine di trenta giorni solo a partire dalla scadenza del termine fissato dalle leggi amministrative. Occorre chiarire che tale richiesta-diffida potrà essere trasmessa al pubblico funzionario competente in due momenti diversi, e cioè alla scadenza del tempo previsto per la conclusione del procedimento oppure, in alternativa, prima del suddetto termine, purché vi sia stato il perfezionamento dell'illecito amministrativo, imprescindibile per poter passare nell' "area di rischio penale", e quindi per iniziare a conteggiare i trenta giorni.

A sostegno di quest'ultimo orientamento rilevano anche altre argomentazioni a partire dal dato letterale: permettere l'esenzione da responsabilità penale per omissione di atti d'ufficio se il pubblico ufficiale offre delle spiegazioni per questo ritardo, indirettamente sottintende che già si deve versare in una

²⁷⁹ SEGRETO- DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 328.

situazione di inadempimento, altrimenti non può parlarsi propriamente di “ritardo”. Ma risulta ancora più significativa l’analisi e la ricostruzione storica dell’istituto: l’art. 25 del T.U. n. 3 del 1957 disciplinava le modalità procedurali per esperire l’azione civile di danni contro i ritardi degli impiegati pubblici dello Stato ; più precisamente la norma subordinava tale azione a due circostanze e cioè il decorso del termine amministrativistico, nonché l’inutile inoltro di una diffida ad adempiere entro i successivi trenta giorni²⁸⁰. Da questa ricostruzione si deduce che, se già nel 1957 la tutela civile veniva assicurata solo a condizione che fosse già decorso il termine amministrativistico, la tutela penale – l’ultima che dovrebbe intervenire- avrebbe dovuto collocarsi quanto meno nello stesso segmento temporale di quella civile. Può, ancora, essere richiamato il criterio cronologico quale strumento di risoluzione delle antinomie : la legge n. 241/90 è entrata in vigore qualche mese dopo la legge n. 86/90²⁸¹; probabilmente il legislatore penalistico, nell’introdurre all’art. 328,2° comma un termine perentorio di trenta giorni non aveva un quadro normativo sulla disciplina del procedimento amministrativo cui far riferimento, poiché prima del 1990 il diritto amministrativo era per lo più di matrice giurisprudenziale. È proprio questo contesto che l’interprete deve tenere a mente, cercando di recuperare la coerenza sistematica dell’art. 328 c.p., rispetto alla quale il legislatore si è mostrato indifferente a seguito dell’entrata in vigore della legge n. 241, anche in considerazione del fatto che il diritto penale inteso come *extrema ratio* trova attuazione dapprima tramite gli interventi del legislatore, ma subito dopo attraverso l’abilità e le conoscenze giurisdizionali in grado di selezionare una certa opzione ermeneutica piuttosto che un’altra sulla base di questo principio²⁸². Deve, quindi, ritenersi, secondo le considerazioni appena vagliate, che la decorrenza del termine di trenta giorni di cui all’art. 328 c.p. a partire dalla

²⁸⁰ ZILLETTI, *Omissione di atti d’ufficio, un’illiceità paradossale*, in *Diritto penale e processo*, 2000, 97.

²⁸¹ SEGRETO- DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano, 1999, p. 333.

²⁸² VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova, 2008 p. 1106.

scadenza del termine fissato dalla normativa amministrativa, si estende a qualsiasi tipo di procedimento amministrativo, anche a quei procedimenti che hanno durata di trenta giorni, per i quali potrebbe verificarsi una coincidenza del momento in cui trova applicazione la sanzione amministrativa e (solo sul piano sostanziale) quella penale. È, difatti, del tutto irragionevole accogliere soluzioni interpretative diverse solo in considerazione della differente durata dei procedimenti, anche qualora dovesse obiettarsi che le ragioni poste a sostegno di questa teoria perdono qualsiasi attendibilità non essendovi alcuna anticipazione della tutela penale rispetto a quella amministrativa le argomentazioni poste a fondamento di questa soluzione interpretativa. Nell'ottica di analizzare le diverse opinioni interpretative sviluppatesi sul termine dell'art. 328, 2° comma, c.p. occorre accennare anche a quell'orientamento fondato su una differenziazione del *dies a quo* a seconda che sia o meno previsto uno specifico termine amministrativistico per la durata del procedimento²⁸³. Si sostiene, a proposito, che nell'ipotesi in cui questo sia effettivamente fissato, il termine penalistico dei trenta giorni inizi a decorrere solo dopo la sua scadenza; al contrario in mancanza della sua previsione, nel rispetto del brocardo *quod sine debetur statim debetur* l'istanza originaria dell'interessato equivarrebbe alla "richiesta" dell'art. 328, 2° comma. Tale ragionamento presenta, però, un importante difetto, non considerando che la mancata individuazione da parte delle Pubbliche Amministrazioni della durata dei procedimenti di propria competenza non si traduce nell'inesistenza di quello stesso termine, il quale è sempre e comunque fissato in via generale in trenta giorni dall'art. 2 della l. 241/1990. È, quindi, del tutto evidente che tale disposizione normativa diventerebbe completamente improduttiva di effetti qualora dovesse accogliersi questo indirizzo interpretativo il quale finirebbe, di fatto, con il sostituirsi ad essa.

D'altro canto deve riconoscersi che la mancata fissazione del termine per la conclusione dei procedimenti amministrativi non è un'ipotesi così tanto remota,

²⁸³ ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*. Milano, 2006, p.366.

in quanto a seguito delle modifiche apportate dalla l. n.15/2005 si è notevolmente ristretto l'ambito applicativo delle disciplina normativa di cui all'art. 2 della l. 241/1990, che riguarda oggi soltanto le Amministrazioni Statali e gli enti pubblici nazionali, escludendo così Regioni e gli altri enti locali. L'innovazione normativa del 2005 se, da un lato, ha il pregio di essere riuscita a garantire una maggiore autonomia agli organi politici territoriali in ossequio alla riforma dell'art. 117 della Costituzione, allo stesso tempo solleva delicate questioni nel caso in cui le Regioni e gli altri enti locali non si siano dotati di una disciplina dei termini del procedimento. La questione, intesa in questi termini, ha sollevato la paura di chi sostiene che un simile vuoto normativo andrebbe a ricadere non soltanto sui rapporti amministrativistici fra Pubblica Amministrazione e privati ma anche sulla modalità di applicazione del reato di omissione di atti d'ufficio, rispetto al quale l'istanza originaria del privato potrebbero così determinare il decorrere del termine penalistico dei trenta giorni.²⁸⁴ Si tratta, tuttavia, di una paura infondata poiché nonostante le tendenze autonomiste favorite con la riforma costituzionale n. 3 /2001, l'assenza di tempi certi condurrebbe ad una situazione di eccessiva subalternità del privato rispetto alle Pubbliche Amministrazioni diverse da quelle statali, così da creare condizioni di grave disparità fra cittadini e in tal modo, di fatto, ostacolando la garanzia di standard minimi di diritti civili, che sappiamo essere materia di esclusiva competenza della Stato. Deve inoltre ricordarsi l'importanza del regime transitorio, spesso trascurato, dettato dall'art. 22 della l. n. 15/2005, che nel disporre che "...i procedimenti amministrativi sono regolati dalle leggi regionali vigenti. In mancanza si applicano le disposizioni della presente legge" riconosce all'art. 2 della l. n. 241/90 un'efficacia, seppur cedevole, estesa anche ai procedimenti amministrativi regionali e locali.²⁸⁵

²⁸⁴ FORLENZA, *Riscritta la semplificazione amministrativa*, in *Guida a Diritto 2005*, 139.

²⁸⁵ GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005, 300.

Ad ogni modo, il rischio di una sostanziale disapplicazione della fattispecie per effetto di tempi eccessivamente lunghi per la definizione dei procedimenti amministrativi costituisce evidentemente una preoccupazione generalizzata, a tal punto da far avanzare dubbi di legittimità costituzionale dell'art. 2 della l. n. 241/90. Sebbene la questione ancora non sia stata sollevata alla Corte Costituzionale, in dottrina²⁸⁶ si è fatta strada questa possibilità, lamentando il contrasto con tre disposizioni della legge fondamentale: l'art. 3, 24 e 25 Cost. Quanto al principio di uguaglianza, la sua violazione non sembra manifestamente infondata poiché l'art. 2 della l. n. 241/1990 fissa in via generale in trenta giorni la durata di tutti i procedimenti amministrativi, indipendentemente dalle loro diverse tipologie e complessità. Deve notarsi che il medesimo irragionevole appiattimento di trattamento giuridico si rileva anche nell'art. 328,2° comma che, allo stesso modo, non fa alcuna distinzione; quindi, sotto questo aspetto anche la norma in esame potrebbe essere tacciata di incostituzionalità.

Passando alla presunta violazione dell'art. 24 Cost., essa si concretizzerebbe nelle ipotesi caratterizzate da tempi eccessivamente lunghi per la definizione del procedimento, che, negherebbe, di fatto, ai privati la possibilità di avere una tutela giurisdizionale di tipo sia amministrativo che penale. Si è, infine, sostenuta anche una possibile violazione del principio costituzionale della riserva di legge in materia penale, di cui dall'art. 25,2° comma Cost., riconducibile all'individuazione di un elemento costitutivo della fattispecie non, come di regola, dal frutto della canonica dialettica democratico-parlamentare necessaria in un settore particolarmente delicato come quello penale, e cioè da parte di una norma di rango primario, ma, piuttosto, da parte di un atto regolamentare o di amministrazione generale, e quindi ad opera di atti che prescindere dal loro contenuto presentano un forte deficit democratico .

²⁸⁶ DASSANO, *Rifiuto ed omissione di atti d'ufficio. Profili di riforma e aspetti comparatistici*, Torino, 1999, p. 411.

È importante che quanto appena detto sia tenuto ben a mente dal giudice al momento applicativo, al fine di verificare la sussistenza dei presupposti che richiedono un vaglio di legittimità costituzionale da parte dell'organo competente. In alternativa, qualora si ritenga che l'atto viziato non sia la norma attributiva del potere (l'art. 2 della l. 241/1990), ma l'atto amministrativo che, pur nel rispetto della legge, ha prestabilito una durata eccessivamente lunga dei procedimenti amministrativi, il giudice allora, esercitando i poteri conferitigli dalla legge n. 2248/ 1865 ricorrerà allo strumento della disapplicazione; in conseguenza di ciò, potrà procedere alla applicazione della sanzione penale senza tenere in alcun conto il termine amministrativo, da considerarsi *tamquam non esset*.

Una soluzione più semplice sarebbe quella di modificare l'art. 2 , fissando un termine massimo della durata dei procedimenti amministrativi; in questo modo si potrebbe trovare un giusto equilibrio fra l'esigenza di assicurare un'effettiva tutela penale ai privati e quella di garantire alle Pubbliche Amministrazioni un certo margine di autonomia organizzativa²⁸⁷. Questa proposta dottrinale è stata accolta dal legislatore, che con D.L. n. 35/2005 ha fissato un termine massimo pari a novanta giorni (estensibile fino a centoottanta) per la conclusione dei procedimenti amministrativi.

6. Il silenzio della P.A. e l'omissione di atti d'ufficio

L'inerzia è un termine che richiama, di per sé, un'accezione negativa. Difatti, la mera inattività assume per sua natura un significato pregiudizievole per chi, per motivi diversi, si trova in attesa del compimento di una determinata attività . E, volgendo l'attenzione sul tema di questo elaborato, non è un segreto che in

²⁸⁷ ZILLETTI, *Omissione di atti d'ufficio, un'illiceità paradossale*, in *Diritto penale e processo* 2000, 97.

ambito amministrativo l'inerzia rappresenta, purtroppo, un fenomeno tutt'altro che raro; essa si realizza ogni qual volta in cui l'amministrazione chiamata a svolgere una determinata attività non vi provveda. Occorre però precisare che non tutte le ipotesi di inerzia assumono un peso giuridico, difatti ai fini della rilevanza giuridica è necessario che sussista in capo all'amministrazione l'obbligo (giuridico) di provvedere, solo in tal caso l'inerzia sarà idonea a ledere la situazione soggettiva di quanti sarebbero interessati dal suo esercizio. A tal proposito è interessante richiamare una pronuncia del Consiglio di Stato²⁸⁸, il quale ha statuito che l'obbligo di provvedere, sussiste, prima di tutto, quando è la legge a riconoscere espressamente in capo al privato il potere di presentare un'istanza, così riconoscendogli la titolarità di una situazione qualificata e differenziata, ne consegue, quindi, che di fronte alle istanze dei privati vi è sempre un obbligo di provvedere se l'iniziativa nasce da una situazione soggettiva protetta dalle norme, se cioè è prevista dalla legge. Ma non è tutto, poiché è ormai consolidata in giurisprudenza²⁸⁹ la tendenza ad ampliare l'ambito di protezione contro l'inerzia della Pubblica Amministrazione, riconoscendo che l'obbligo di provvedere sussiste anche nei casi in cui manchi una specifica disposizione *ad hoc*, laddove ragioni di giustizia e di equità impongono l'adozione di un provvedimento.

Le ragioni che hanno spinto il legislatore del 1990 in questa direzione ben si comprendono in considerazione dell'importanza che il fattore tempo ricopre in ambito giuridico e, ancor di più, nel rapporto tra amministrazione e privati. Difatti, la natura inevitabilmente mutevole della realtà fattuale obbliga ad un minuzioso monitoraggio circa gli effetti che il decorso del tempo produce sulla

²⁸⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, 11 maggio 2007 n. 2318.

²⁸⁹ Tra le pronunce più significative a favore dell'ampliamento della tutela : Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 7975 secondo cui "indipendentemente dall'esistenza di specifiche norme che impongano ai pubblici uffici di pronunciarsi su ogni istanza non palesemente abnorme dei privati, non può dubitarsi che, in regime di trasparenza e partecipazione, il relativo obbligo sussiste ogniqualvolta esigenze di giustizia sostanziale impongano l'adozione di un provvedimento espresso, in ossequio al dovere di correttezza e buona amministrazione (art. 97 Cost.), in rapporto al quale il privato vanta una legittima e qualificata aspettativa ad un'esplicita pronuncia".

certezza dei rapporti giuridici e sulle conseguenze scaturenti dal fluire naturale del tempo.

Prima dell'entrata in vigore della L. n.241/1990 nel nostro ordinamento non sussisteva una norma che, in ossequio ai i principi di buona amministrazione e imparzialità di cui all'art. 97 Cost., imponesse in via generale alla Pubblica Amministrazione di concludere il procedimento amministrativo con un provvedimento esplicito. Detta carenza finiva per incentivare i silenzi ed i comportamenti ostruzionistici della Pubblica Amministrazione, con conseguente pregiudizio per gli interessati. È stata proprio la legge più sopra richiamata ad obbligare la Pubblica Amministrazione a concludere il procedimento mediante l'adozione di un provvedimento espresso prevedendo, a fronte della violazione del suddetto obbligo diverse sanzioni, sia di natura civile che penale.²⁹⁰

L'articolo 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241 stabilisce che la pubblica amministrazione ha l'obbligo di terminare il procedimento amministrativo tramite l'emanazione di un provvedimento finale espresso, laddove abbia dovuto in precedenza necessariamente avviarlo. Qualora essa non rispetti tale obbligo, sarà inadempiente; ed il suo silenzio sarà configurabile come un mero comportamento, non espressivo di alcun tipo di volontà, ma aggregabile dal privato amministrato che da esso assumi di essere stato lesa: il tempo, infatti, è un bene pubblico che deve essere tenuto sempre in debita considerazione al fine di assicurare al correttezza dell'azione amministrativa.²⁹¹

Il silenzio è stato oggetto di studio soprattutto nell'ambito del diritto privato, in particolare dottrina e giurisprudenza si sono interrogati sul comportamento silente quale modalità di formazione del consenso tra le parti di un contratto, o più in generale di un negozio giuridico. Diverso è quanto accade in ambito penalistico, ove non hanno ragion d'essere le teorie civilistiche sul silenzio, tuttavia, sia pure da una diversa angolazione, anche in questo campo è possibile

²⁹⁰ STUDIO LEGALE DI MARCO, “*Il silenzio amministrativo e l'obbligo di provvedere della Pubblica Amministrazione*”, 22 Gennaio 2013, studiolegaledimarco.com

²⁹¹ POSTERARO, Brevi note sull'obbligo di provvedere della p.a. alla luce del « nuovo » art. 2 della legge 7 agosto 1990, n. 241, in *Foro amministrativo*, fasc.4, 2014, pag. 1338.

affrontare la medesima questione, considerando il silenzio quale comportamento tacito capace di ricoprire un ruolo determinante in alcune fattispecie incriminatrici.

Prima di affrontare il nucleo della questione, occorre fare due precisazioni. In primo luogo è necessario tenere a mente le due accezioni che, in ambito penalistico, il silenzio può rivestire, e cioè quella fisico naturalistica e quella prettamente giuridica. Nel primo caso, il silenzio si esplicherà in una condotta propriamente tacita, un non parlare, nel secondo caso, invece, il silenzio coinciderà con un contegno passivo, dunque con l'omissione di una condotta doverosa. Secondariamente bisogna mettere in luce che il ruolo rivestito dal silenzio nelle differenti figure di reato contemplate dal nostro codice penale non è sempre uguale ma può cambiare da fattispecie a fattispecie. Vi troviamo, difatti, norme nelle quali esso rileva come condotta omissiva dell'agente (falsa testimonianza, insolvenza fraudolenta), norme nelle quali funge da presupposto del reato (spettacoli o trattenimenti pubblici senza licenza), ancora casi in cui rappresenta una causa di esclusione della colpevolezza (l'omessa denuncia di reato da parte del pubblico ufficiale non è punibile se si perfezionano i presupposti dell'art. 384 c.p.)²⁹² e infine, vi è una macroarea di reati di natura commissiva, rispetto ai quali il silenzio costituisce un elemento negativo di fattispecie. Il delitto di omissione di atti d'ufficio si colloca, nell'alveo di questa classificazione, all'interno della categoria comprendente le fattispecie incriminatrici in cui comportamento tacito costituisce la condotta del fatto tipico. Sempre nell'ottica di spianare il terreno a proposito di una tematica così estesa e complessa quale quella del silenzio, occorre chiarire che mentre il silenzio come contegno omissivo, e specificatamente per quel che ci interessa, il mancato compimento dell'atto richiesto dall'interessato e la mancata spiegazione delle ragioni del ritardo, rappresenta un dato empirico-fattuale sempre richiesto per il perfezionarsi del delitto di cui al secondo comma dell'art. 328 c.p., l'istituto del silenzio significativo, introdotto al fine di stimolare una sempre maggiore

²⁹² MARUOTTI, *Il silenzio nella fattispecie penale*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, 90ss.

liberalizzazione nel rapporto fra Pubblica Amministrazione e cittadini, invece riguarda la sfera eminentemente normativa, e solo eventualmente viene in questione nel delitto *de quo*, cioè nei soli casi in cui il legislatore stabilisce il prodursi di determinati effetti giuridici in conseguenza di una condotta omissiva del pubblico agente.

6.1 Le varie forme di silenzio: il silenzio significativo secondo la scienza amministrativistica.

A partire dalla riforma del 1990²⁹³ il nostro ordinamento giuridico si è arricchito di strumenti volti ad assicurare una tutela particolarmente incisiva ai privati nell'ambito di procedimenti istaurati ad istanza di parte, in considerazione della circostanza che la mancata adozione di un provvedimento costruisca un ostacolo per il raggiungimento dell'interesse del privato e, di conseguenza, una possibile lesione di interessi legittimi pretensivi.²⁹⁴ Nel momento in cui il privato promuove un'istanza alla P.A., egli ha quale interesse primario quello di ottenere proprio il provvedimento richiesto e, secondariamente, quello di ricevere una risposta, anche se negativa, in tempi brevi. Qualora i suddetti interessi non dovessero essere soddisfatti entrano in gioco gli istituti del silenzio-assenso e del silenzio-diniego. Difatti, tra gli strumenti volti a ostacolare il comportamento

²⁹³ Il percorso normativo diretto a riconoscere una sempre maggiore tutela contro l'inerzia amministrativa vede quali principali tappe le leggi del 1990 numero 241 e 86, le leggi n. 15 e 81 del 2005, la legge n.69 / 2009 e, da ultimo, l'art. 49, comma 4 *bis*, l. n. 122 del 2010 (di conversione del d.l. 31 maggio 2010, n. 78), che ha provveduto alla riscrittura dell'art. 19, l. n. 241 del 1990. Giova, inoltre, ricordare l'impatto della celeberrima sentenza delle Sezioni unite n. 500 del 1999 che, sancendo la definitiva risarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi, ha di conseguenza riconosciuto la ristorabilità anche del danno da silenzio.

²⁹⁴ Gli interessi legittimi si distinguono, tradizionalmente, in pretensivi ed oppositivi. Nel primo caso si tratta di situazioni giuridiche che riconoscono al privato l'interesse ad ottenere dalla Pubblica Amministrazione un provvedimento favorevole, ampliativo della propria sfera giuridica, nel secondo caso, invece, il privato mira a conservare un'utilità o un bene della vita tramite l'esercizio legittimo del potere amministrativo.

inerte delle amministrazioni predisposti dal nostro ordinamento giuridico, distinguiamo quelli di tipo successivo e pretensivo.

Come suggerisce la denominazione stessa, la tutela è successiva quando interviene a ristorare gli effetti negativi conseguenti all'inerzia della P.A., riconoscendo al privato il diritto di rivolgersi all'autorità giudiziaria per ovviare a tale situazione, ed è in questo contesto si colloca l'istituto del silenzio-inadempimento. Si parla, invece, di tutela pretensiva, quando l'intervento è finalizzato a prevenire il prodursi di probabili effetti pregiudizievoli dovuti all'inerzia; ciò si realizza riconoscendo al silenzio dell'amministrazione un significato legale tipico: è questo il c.d. silenzio-assenso.

Il meccanismo del silenzio-assenso si fonda su una *fictio juris*, nel senso, che decorso il termine di provvedere senza che la P.A. si sia pronunciata, l'istanza presentata dal privato si intende accolta. L'istituto è disciplinato dall'art. 20 della L. 241/90, completamente riformato dal D.L. 35/2005 che ha trasformato il silenzio-assenso da mera eccezione a vera e propria regola generale.

Una volta inutilmente decorso il termine per la formazione del silenzio-assenso, la Pubblica Amministrazione non gode più del potere di provvedere in maniera espressa, tuttavia, residua in capo alla stessa la possibilità di incidere sugli effetti illegittimi del silenzio-assenso agendo in autotutela. Anche se, si precisa che, qualora l'amministrazione agisca in autotutela, per ottenere l'eliminazione del silenzio è necessaria la sussistenza e la verifica di ragioni di pubblico interesse nella direzione della cancellazione dell'atto, non essendo a tal fine sufficiente la sola valutazione di illegittimità dell'atto. Questa tesi ha trovato conferma anche nella nuova formulazione dell'art. 20, l. n. 241 del 1990, che, al comma 3, chiarisce che nei casi in cui il silenzio equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies*.

Soffermandoci, invece, sugli effetti di questa forma di silenzio, è chiaro che il suo pregio è rappresentato dal prodursi dell'assetto di interessi previsti in astratto dalla legge e concretamente voluto dal privato con la presentazione dell'istanza,

aspetto che ha, senza dubbio, notevolmente semplificato l'attività amministrativa, ma che, nel contempo, ha suscitato forti dubbi circa il rispetto del principio costituzionale del buon andamento dell'attività della P.A. .

La *ratio* di tali perplessità è stata individuata nello stesso dato testuale dell'art. 97 Cost. che sembra qualificare l'istruttoria come fase procedimentale sempre necessaria, mentre laddove dovesse operare il silenzio-assenso essa perderebbe il suo ruolo di prodromo rispetto alla decisione finale.²⁹⁵ La questione è stata oggetto dell'attenzione della Corte Costituzionale e della Corte di Giustizia, la prima²⁹⁶ si è preoccupata di determinare i limiti di applicazione del silenzio-assenso, mentre la Corte di Giustizia dell'Unione Europea, attraverso la decisione del 28 febbraio 1991, con riferimento ai procedimenti nazionali di rilevanza comunitaria ha mostrato dubbiosità in ordine alla possibilità di prevedere l'istituto in questione quale possibile esito di procedimenti caratterizzati da speciale complessità.²⁹⁷

Passando, ora, al rimedio di tipo successivo, l'ordinamento ha predisposto l'istituto del silenzio-rifiuto la cui denominazione è perfettamente esemplificativa circa gli albori dell'istituto, quando il termine l'inerzia veniva utilizzato quasi come sinonimo di atto negativo tacito, validamente impugnabile davanti al giudice amministrativo. Durante i primi anni sessanta, il binomio silenzio-atto di rifiuto venne superata da una nuova interpretazione che configurava l'inerzia semplicemente come omissione imputabile all'amministrazione. Ciò spiega la diffusione della denominazione di silenzio-inadempimento, volta a mettere in evidenza che l'inerzia costituisce violazione di un obbligo di provvedere posto a carico dell'amministrazione per la tutela del

²⁹⁵ SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo trattamento processuale*, Milano, p. 241 ss

²⁹⁶ Corte Cost., 19 ottobre 1992, n. 393, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1992, 3410, con nota di G. MORBIDELLI, *Urbanistica incostituzionale per abuso di silenzio assenso*.

²⁹⁷ GIOVAGNOLI, *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005, p. 107.

soggetto interessato all'emanazione dell'atto amministrativo²⁹⁸, anche se ancora oggi in molte pronunce giurisprudenziali viene impiegato il nome originario dell'istituto. Il silenzio-rifiuto, a differenza del silenzio-assenso, collega all'inerzia della Pubblica Amministrazione un provvedimento tacito di rigetto dell'istanza. Come già rilevato, la l. 80 del 2005 avendo reso il silenzio-assenso regola generale, ha automaticamente ridimensionato fortemente il ruolo del silenzio-rifiuto, nonché del silenzio-inadempimento che, oggi, sono destinati ad operare solo in quei casi in cui la legge non attribuisce all'inerzia della P.A. il significato di accoglimento dell'istanza del privato. In altri termini silenzio-rifiuto e silenzio-inadempimento vengono in considerazione solo in ipotesi eccezionali espressamente individuate a livello normativo.

Accanto alle figure appena esaminate di silenzio- rifiuto e silenzio-assenso, se ne affianca una terza: il silenzio-diniego, che si realizza ogni qualvolta in cui la legge equipara a diniego il silenzio della P.A. a fronte l'istanza dei privati. Le norme che prescrivono che, dopo l'inutile decorso di un determinato periodo di tempo, la domanda rivolta dal privato all'amministrazione si ha per rigettata sono numerose, e tra queste merita di essere segnalato anche per i risvolti legati all'applicazione dell'art. 328 c.p., uno dei casi più discussi di silenzio-diniego, quello relativo al diritto di accesso agli atti attribuito ai privati ex art. 25 della l. 241/90, che prevede che la richiesta di accesso ad atti e documenti amministrativi si intende rigettata se il richiedente non ottiene una risposta entro i tempi prescritti.

La questione che si palesa al giudice penale in casi del genere è estremamente delicata, in quanto egli deve essere in grado di riconoscere e, a tal fine, deve possedere idonei strumenti tecnico-giuridici, l'efficacia scriminante del silenzio significativo, cercando di distinguere le ipotesi in cui il silenzio si identifica quale mero inadempimento e quelle in cui, invece, esso sia un silenzio

²⁹⁸ SANDULLI, *Sul regime attuale del silenzio-inadempimento della pubblica amministrazione*, in *Riv. Dir. proc.*, 1977, 169; CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 28 ss.

significativo. Questo tipo di esame risulta facilmente complesso se si considera che, normalmente, un magistrato penale non ha conoscenze profonde di diritto amministrativo e, pertanto, anche la sola individuazione dei presupposti richiesti per la formazione del silenzio significativo può trasformarsi in un'operazione insidiosa. A tal proposito, uno degli aspetti controversi che il giudice penale è chiamato ad affrontare è proprio quello dei presupposti atti a qualificare il silenzio-assenso. Egli, è chiamato a barcamenarsi tra due orientamenti opposti, da un lato quello secondo cui questa forma di silenzio si forma solo tramite l'osservanza delle formalità prescritte (istanza, scadenza del termine e inerzia), e quello per cui il meccanismo di finzione giuridica alla base dell'istituto può attivarsi solo se l'istanza del privato è legittima, ritenendo che la categorie dell'invalidità e della annullabilità possano valere solo per provvedimenti espressi.²⁹⁹ Altra problematica è, poi, quella relativo all'espressione normativa per cui "in caso di inerzia protratta oltre il termine prefissato l'istanza si intende negata", ovvero, "rigettata". Secondo la giurisprudenza ciò deve intendersi nel senso che il silenzio produce effetti legali tipici, mentre a detta della dottrina le suddette parole si riferiscono a meri inadempimenti. Le differenti posizioni conducono a conseguenze diametralmente opposte, dal momento che quanto sostenuto in dottrina implica la negazione dell'esistenza, nel nostro ordinamento, dell'istituto del silenzio-diniego³⁰⁰. È evidente che tutte queste questioni potranno sopraggiungere anche nel corso di un procedimento penale, nel corso del quale verranno affrontati aspetti oltre che penalistici (art. 328 c.p.), anche amministrativi, quali il silenzio significativo e il termine del procedimento, nonché, eventualmente, anche aspetti di diritto civile, se vi è costituzione di parte civile.

²⁹⁹ SANDULLI, *Il silenzio della Pubblica Amministrazione. Aspetti sostanziali e processuali*, Milano, 1985, p.731.

³⁰⁰ SCOCA, *Il silenzio della PA: ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in PARISIO, *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata*, Milano, 2002, p.443.

6.2. Il rilievo del silenzio significativo nel reato di omissione di atti d'ufficio: tra tutela penale e amministrativa.

Il contrasto tra l'istituto amministrativo del silenzio significativo e il reato di omissione di atti d'ufficio di cui all'art. 328 c.p. si sostanzia, essenzialmente, nella seguente questione : gli estremi del reato *de quo* devono intendersi integrati quando la legge collega il prodursi di effetti provvedimenti all'inerzia della Pubblica Amministrazione? In altri termini la questione riguarda la rilevanza penale dell'inerzia della P.A. laddove la legge attribuisca al silenzio della stessa un valore provvedimentoale, di assenso o di diniego, rispetto all'istanza presentata dal privato.

Sul punto, a conferma dell'estrema complessità del problema, non si è ancora imposto uno specifico indirizzo interpretativo, nonostante la chiarezza del Ministero della Funzione Pubblica che ha statuito che “la stessa norma penale non importa la sostituzione dei principi in tema di formazione del silenzio rifiuto o del silenzio rigetto”³⁰¹. È d'uopo, quindi, ripercorrere, per grandi linee, l'evoluzione giurisprudenziale sviluppatasi sul tema.

Un primo risalente orientamento interpretativo è nel senso di non escludere la sussistenza del reato anche a fronte di ipotesi di silenzio aventi valore provvedimentoale. Precisamente fu la Corte di Cassazione nel 1997 ad affrontare per la prima volta la questione, relativamente ad una richiesta di accesso a documenti amministrativi, riconoscendo la sussistenza del reato nonostante la previsione normativa del rimedio amministrativo del silenzio-rifiuto³⁰² per due ordini di ragioni: *in primis*, perché in ambito penale non può ritenersi validamente applicabile la regola secondo cui il silenzio-diniego e silenzio-assenso equivalgono, in ogni caso, al compimento dell'atto; e, in secondo luogo, perché per potersi realizzare la scriminante di cui all'art. 51 c.p. sarebbe necessario un vero e proprio diritto soggettivo, non riscontrabile nell'art. 25 della L. 241/1990

³⁰¹ Decreto del Ministero per la funzione pubblica 4 dicembre 1990, n. 58245

³⁰² Cass. Pen., Sez. VI, 8 gennaio 1997, in *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1997, 1233.

che contempla solo una facoltà. Difatti, osserva la Corte, il silenzio è considerato atto amministrativo solo in forza di una *fictio iuris* ma, in realtà, il silenzio significativo è riferito alla P.A. generalmente intesa e non al singolo e determinato funzionario del quale occorre vagliare la responsabilità penale. Si ricorda, a proposito, che mentre il silenzio-diniego regola i rapporti fra privato e Pubblica Amministrazione impersonalmente intesa come un apparato statale, rappresentando un rimedio ad una situazione patologica, la norma penale invece ha come destinatario la persona fisica del pubblico funzionario, che è tenuto ad agire in conformità alla legge, quindi ad emanare atti espressi e motivati a i sensi dell'art. 2 della l. 241/90³⁰³. È evidente che l'obiettivo perseguito dalla Consulta attraverso questa pronuncia è quello di mettere in luce le profonde differenze, tanto di ambito quanto di finalità tra l'istituto del silenzio-diniego e la norma penale, scopo che può dirsi conseguito vista la rilevanza della stessa che, non è legata alla sola circostanza di essere una tra le prime sentenze in materia ma, piuttosto quella di aver statuito un principio generale valido per tutti gli altri casi in cui la legge attribuisce un significato giuridico all'inerzia amministrativa. Punto di partenza dell'argomentazione della Corte è rappresentato dal valore invalicabile dei principi di cui agli art. 97 e 98 Cost. nei quali si afferma che "i pubblici uffici sono organizzati [...] in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione" e "i pubblici impiegati sono al servizio esclusivo della Nazione", giungendo a giudicare intollerabile eventuali declassamenti o dequalificazioni delle stesse a mere formule di stile, dovendo, piuttosto, garantire sempre la loro concreta e regolare attuazione, anche mediante la tutela penale offerta dal 328 c.p..

Nell'ambito della tesi che riconosce la sussistenza del reato in esame anche in caso di silenzio significativo occorre segnalare quella tendenza giurisprudenziale secondo cui la condotta del pubblico agente diventa penalmente rilevante non

³⁰³ CACCIAVILLANI, *Il silenzio concludente e il delitto di omissione di atti d'ufficio*, in Cass. Pen., 8 gennaio 1997, in *Rivista Trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1997, 1233. MORBELLI, *Omissione di atti d'ufficio e silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Diritto penale e processo*, 1999.

alla scadenza del termine previsto per i formarsi del silenzio ma, piuttosto, in un momento successivo. Ciò si spiega poiché la diffida rilevante ai sensi del comma 2 dell'art. 328 c.p. potrà essere presentata soltanto una volta decorso il termine per la conclusione del procedimento previsto dalla norma amministrativa e una volta formatesi il silenzio significativo. Per questo, in materia di accesso agli atti amministrativi la giurisprudenza ha statuito che, ai fini della configurazione del delitto, non basta, solamente, la formazione del silenzio-diniego previsto dall'art. 25 della L. 241/90 ma occorre necessariamente che l'interessato invii una messa in mora ulteriore al pubblico ufficiale, e una volta decorsi inutilmente trenta giorni da questa il reato potrà dirsi consumato.

Sebbene siano evidenti, anche soltanto da quanto riportato in questa sede, la logicità e linearità della decisione, i giudici di piazza Cavour, nel tempo, si sono dimostrati perlopiù restii nel replicare questa tendenza interpretativa. Nemmeno un anno dopo, di fatti, la Cassazione ha contrariamente affermato che “con il silenzio rifiuto, sia pur per presunzione, si ha il compimento dell'atto e viene a determinarsi una situazione incompatibile con l'inerzia della P.A.”³⁰⁴. La tesi secondo cui la previsione di un silenzio significativo esclude il reato di cui all'art. 328 c.p. trova un seguito in numerose pronunce giurisprudenziali. La Corte d'Appello di Campobasso³⁰⁵ ha sostenuto che l'obbligo di risposta imposto dall'art. 328 c.p. non ha ragion d'essere quando è la stessa legge a regolamentare la materia riconoscendo al silenzio della P.A. l'efficacia di un provvedimento (silenzio-assenso o silenzio-diniego). Questo indirizzo ha trovato supporto in coloro che hanno richiamato l'applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 del codice penale, precisamente si è sostenuto che la norma che attribuisce al silenzio della P.A. un valore significativo si qualifica come una sorta di autorizzazione riconosciuta al pubblico ufficiale che, quindi, gli permette di rimanere inerte per trenta giorni senza subire alcuna conseguenza penale. Ne consegue, secondo questo ragionamento, che la mancata risposta perderebbe ogni profilo di

³⁰⁴ Cass.Pen., Sez. VI, 11 dicembre 1998, in *Diritto penale e processo*, 1999, 1145.

³⁰⁵ App. Campobasso, 11 aprile 1996, Giallonardi, in *Giur.it*, 1997, II, 88.

illegittimità per finire, al contrario, con l'identificarsi con l'esercizio di un diritto espressamente riconosciuto e consentito dalla legge.³⁰⁶

Attualmente, dopo quasi vent'anni questo conflitto ermeneutico, continua a protrarsi³⁰⁷, generando disordini ed incertezze anche nei Tribunali di primo grado; si pensi, solo per riportare un esempio, che sono arrivati addirittura a riconoscere l'esistenza del reato di omissione di atti d'ufficio nei casi di silenzio-diniego a seconda che la richiesta dell'interessato fosse o meno legittima, quindi meritevole di accoglimento.³⁰⁸ Anche volendo apprezzare la circostanza che suddetta tesi escludere la punibilità nei casi in cui l'atto omesso sia una mera formalità, è innegabile che l'accoglimento della stessa rischia di rendere ancora più complesso e confusionario l'accertamento giurisdizionale degli elementi costitutivi del reato, dovendo il giudice penale sindacare la legittimità del provvedimento (implicito) di rigetto, o nel caso in cui sia pendente un giudizio amministrativo, sospendere il processo penale in attesa che venga risolta nella sede appropriata la questione della legittimità del silenzio significativo, pregiudicante ai fini della sussistenza del reato.³⁰⁹

Le incertezze e contrarietà che caratterizzano gli orientamenti interpretativi della giurisprudenza non mancano neppure in dottrina, che, si è mostrata ugualmente incapace di sciogliere le perplessità e i contrasti della giurisprudenza. In base ad un primo indirizzo, il silenzio significativo non andrebbe ad ostacolare la configurazione del reato di omissione, trattandosi di un istituto di diritto amministrativo finalizzato ad incidere su una situazione che è e rimane illegittima. Secondo questo ragionamento non si può accettare la tesi che riconosce nelle diverse ipotesi di silenzio significativo una deroga all'art. 2 della l. 241/1990, essendo questa una norma sempre vigente ed applicabile, difatti non

³⁰⁶ Trib. Piacenza, 10 dicembre 1993, in *Riv.Pen.*, 1994, 527.

³⁰⁷ Cass. Pen., Sez. VI, 6 aprile 2000, in *Rivista Penale* 2000, Cass.Pen., Sez. VI, 15 maggio 2001, in *Rivista Penale* 2001, 823, Cass. Pen., Sez. VI, 24 novembre 2009, *C.E.D.* rv 246025.

³⁰⁸ G.u.p. T. Vibo Valentia, 4 maggio 1994, in *Foro italiano*, 1994, II, 652 tesi sostenuta anche da CELONE, *Accesso, segreto investigativo, silenzio-rifiuto, omissione di atti d'ufficio: interferenza tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Foro Amministrativo*, 2002, 3360.

³⁰⁹ MORBELLI, *Omissione di atti d'ufficio e silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Diritto Penale e Processo* 1999, 1145.

si deve trascurare l'importanza dell'obbligo di provvedere per atti espressi, il quale si erge a vero e proprio principio generale dell'agire amministrativo. D'altronde ciò è avvalorato anche dall'art. 3ter D.L. 12 maggio 1995 n. 163, in base al quale una volta decorsi i termini per la conclusione del procedimento, indipendentemente da una previsione legale di effetti provvedimentali all'inerzia dell'amministrazione, l'interessato può fare istanza al dirigente generale dell'unità responsabile del procedimento, che può così surrogarsi al funzionario inadempiente³¹⁰. A sostegno della tesi che riconosce la sussistenza del reato anche in caso di silenzio significativo, si aggiunge anche che, la *fictio iuris* diretta al perfezionamento dell'atto è diretta solo a fornire ai privati il giusto strumento volto a garantire una tutela tempestiva che, altrimenti, postulerebbe i tempi ,sensibilmente più lunghi, tipici di un giudizio di ottemperanza³¹¹. Si nota, infine, che anche la possibilità di adire il giudice amministrativo per accertare la legittimità del silenzio significativo non è di per sé sufficiente a soddisfare le legittime aspettative del privato, che, tra le altre cose, non può lamentare in sede processuale l'esistenza di vizi di merito.

Un'altra interessante teoria, che possiamo definire intermedia, è quella che distingue a seconda che il silenzio significativo si qualifichi come diniego ovvero come assenso, riconosce sussistente il reato in esame sono in caso di silenzio-diniego, escludendolo, invece, in quelle di silenzio-assenso. Mancherebbe, infatti, in queste ultime ipotesi la *ratio* giustificatrice della sanzione penale dal momento che non si è verificata alcuna frustrazione delle esigenze del privato, che ha utilmente conseguito il bene della vita cui tendeva³¹². Al fine di dare man forte a questo ragionamento si è rilevato che quando opera il silenzio-assenso viene meno l'interesse stesso del richiedente e, quindi, il presupposto individuato

³¹⁰ FARINA, *Silenzio significativo della Pubblica Amministrazione e omissione di atti d'ufficio*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 623.

³¹¹ IMPERATO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano, 2010, p.145.

³¹² PROTO, *L'omissione di atti d'ufficio tra passato presente e futuri*, in *Studi senesi*, 2006, 343, DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Milano, 2011, p. 654.

dalla legge ai fini della sussistenza del reato, dovendo la richiesta presentarsi solo dopo la scadenza del termine fissato per la conclusione del procedimento.

Le suddette argomentazioni, tuttavia, non persuadono poiché dimostrano di sottovalutare l'esistenza di altre categorie di interessati, quale, prima di tutto quella dei contro-interessati, che sono legittimati a rivolgersi alla P.A. affinché essa agisca in via di autotutela tramite una revoca o un annullamento d'ufficio degli effetti giuridici prodotti dal silenzio-assenso.

Più drastica è, da ultimo, la tesi di coloro che escludono senza deroghe il reato di cui all'art. 328, 2° comma per due ragioni. La prima è legata all'assenza dell'elemento materiale del reato, dal momento che l'atto, sebbene attraverso un meccanismo di finzione, è stato compiuto; a tal proposito si evidenzia che la *fiction iuris* non può essere impiegata discrezionalmente, scegliendo di renderla operativa solo per alcuni settori amministrativi e escludendone l'efficacia per altri poiché una volta introdotta nell'ordinamento, merita un'applicazione generalizzata³¹³. Altra parte della dottrina ha invece posto l'attenzione sull'assenza della antiggiuridicità³¹⁴, facendo leva sulla scriminante di cui all'art. 51 c.p., che esclude la punibilità di un fatto di reato, tipico e colpevole, se posto in essere nell'esercizio di un diritto³¹⁵. In forza di tale disposizione, il pubblico funzionario avrebbe la facoltà di scegliere se esercitare un potere provvedimento espresso o tacito, potendo decidere di seguire in un comportamento silente giuridicamente equiparato al palesamento di una volontà manifesta. Questa giustificazione sembra trovare ulteriore fondamento nella generalizzazione dell'istituto del silenzio-assenso, avutasi, come detto a seguito della riforma dell'art. 20 della l. 241/90 introdotta con l. n.80/2005, valido per tutti i procedimenti istaurati ad istanza di parte, ad eccezione di determinate

³¹³ ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 2006, p.354.

³¹⁴ DE FLAMMINEIS, *La tutela penale contro il silenzio amministrativo: "tempi" e "modi" di un'interconnessione disciplinare*, in *Giurisprudenza penale* 2009, p.662.

³¹⁵ Tesi sostenuta per la prima volta da T. Piacenza, 10 dicembre 1993, ripresa poi da TENORE, *Omissione di atti d'ufficio e omessa risposta ad istanza d'accesso: una criticabile sentenza della Cassazione*, in *Foro Amministrativo*, 1998, 1674; PADOVANI, *Il commento alla L. 24-4-1990 n. 86 ne Il corriere giuridico* 1990.

ipotesi. Una simile impostazione incide fortemente sui principi che sono alla base delle condotte della P.A. convertendo il dovere di emanare un provvedimento espresso in un mero onere, ossia in un comportamento cui la stessa sarebbe tenuta solo se intende impedire il prodursi degli effetti legali tipici conseguenti all'inerzia.³¹⁶

A questo stesso risultato si giunge, in un'ottica comparatistica, prendendo in considerazione altri reati contro la Pubblica Amministrazione come, ad esempio, la corruzione propria, la concussione, l'abuso d'ufficio. Difatti, anche ipotesi di reato il compimento di un atto illegittimo è un elemento necessario ma non sufficiente, essendo indispensabile un ulteriore presupposto: la stipulazione di un *pactum sceleris*, ovvero uno stato di assoggettamento a cui consegue una dazione o una promessa, ovvero un profitto patrimoniale o un danno ingiusti. Differentemente, nell'omissione di atti d'ufficio l'inerzia del pubblico funzionario viene sanzionata di per sé, poiché quel che si intende punire è la condizione di stallo che si determina e la frustrazione degli interessi del privato che si trova in uno spiacevole limbo. Tuttavia, non può dirsi che tale condizione di incertezza si realizzi anche quando sussista il silenzio significativo, in questo caso, di fatti, è difficilmente giustificabile il perdurare di un disvalore penale a fronte di semplici omissioni non affiancate da elementi che aggravano il fatto.³¹⁷

Certamente, poi, l'offensività non può individuarsi nella lesione dell'interesse del privato ad avere un rapporto con la Pubblica Amministrazione, oppure nell'interesse ad avere una motivazione espressa. Deve infatti riconoscersi che, anche volendo ammettere che gli effetti giuridici discendenti dal silenzio significativo non sempre rappresentano un risultato certo in virtù del riconoscimento in capo alla Pubblica Amministrazione del potere di agire autotutela ex art. 21quinqies e 21nonies della l. n. 241/90, questa situazione di incertezza è pressoché la stessa dei casi in cui trova applicazione l'istituto della

³¹⁶ GIOVAGNOLI, *I silenzi della pubblica amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano, 2005, p. 107.

³¹⁷ D'ARMA, *Il maturare del silenzio rigetto vale ad escludere la fattispecie penale dell'omissione di atti d'ufficio?*, in *Cassazione Penale*, 1997, 1672.

S.C.I.A., a dimostrazione del fatto che, quindi, il legislatore ritiene del tutto naturale e non meritevole di tutela, tanto più penale, l'esistenza di rapporti giuridici fra Stato e cittadini non delineati in modo definitivo, accontentandosi di una stabilità provvisoria.³¹⁸ Infine anche la teoria per cui, nonostante il silenzio significativo, si verificherebbe comunque la frustrazione dell'interesse del privato ad ottenere una motivazione espressa, non pare essere convincente, dal momento che non è detto che l'emanazione di un provvedimento espresso sia sempre corredata da una motivazione soddisfacente che ripercorre l'iter logico che ha portato alla decisione finale.³¹⁹

³¹⁸ MORBELLI, *Omissione di atti d'ufficio e silenzio della Pubblica Amministrazione*, in *Diritto Penale e Processo* 1999, 1145.

³¹⁹ D'ARMA, *Il maturare del silenzio rigetto vale ad escludere la fattispecie penale dell'omissione di atti d'ufficio?* In *Cassazione penale*, 1997, 3022.

CAPITOLO QUARTO

1. Prospettive future e analisi comparatistica

1.1 La necessità di una riforma sistematica

La legge 6 novembre 2012 n. 190, recante “*Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione*” si segnala come l’ultimo intervento normativo volto ad incidere sullo stato dei delitti contro la P.A. La riforma, trova la sua ragion d’essere nell’esigenza di assicurare al Paese un efficiente apparato, preventivo e repressivo, contro l’illegalità della Pubblica Amministrazione a fronte dell’inadeguatezza del sistema normativo vigente. Tuttavia, con questo intervento, il legislatore del 2012 ha voluto concentrarsi in special modo sulle fattispecie di concussione e corruzione senza interessarsi, dunque, dei reati di rifiuto e omissione di atti d’ufficio, per la quale, attualmente non risulta esservi alcun progetto riformatorio. La scelta di intervenire solo su una parte dei reati ricompresi nel Libro II del Codice Penale deve, però, essere correttamente intesa. È, difatti, evidente, anche agli occhi delle commissioni parlamentari, che il reato di cui all’art. 328 meriti, al pari degli altri, una miglioria, ma con la legge del 2012 si è inteso dare la priorità ad interventi di natura emergenziale e, al contempo, adeguare il nostro ordinamento agli obblighi assunti sul piano internazionale.³²⁰

Sebbene, quindi, debba escludersi un’immediata riforma del reato in esame, nel corso degli anni sono state avanzate diversi progetti volti ad incidere sull’art. 328 c.p. così come approvato dalla l. n. 86/1990. Tra le molteplici proposte dirette alla scrittura *ex novo* del codice penale, poche hanno realmente preso in considerazione i reati di rifiuto e omissione di atti d’ufficio, tra queste indubbiamente spicca lo schema di legge delega sviluppato dalla Commissione

³²⁰ Il riferimento è, in particolare: alla Convenzione penale sulla corruzione del Consiglio d’Europa (1999), ratificata con la L. 110/2012: prevede l’obbligo per gli Stati firmatari di incriminare la corruzione attiva dei pubblici ufficiali nazionali e quella passiva di pubblici ufficiali attraverso sanzioni e misure efficaci, proporzionate e dissuasive; e alla Convenzione ONU sulla corruzione (2003), ratificata con la L. 116/2009 che prevede l’obbligo, per gli Stati firmatari, di incriminare la corruzione attiva e quella passiva dei pubblici ufficiali nazionali.

Pagliario. L'art. 138, n. 9, del D.D.L. Pagliario prevedeva, difatti, una delega al governo per l'introduzione del reato di rifiuto, ritardo e omissione, punendo "il pubblico agente che omettendo, rifiutando o ritardando un atto del suo ufficio cagioni turbamento alla regolare attività della pubblica amministrazione".³²¹

Quel che occorre notare è che il progetto Pagliario si colloca, temporalmente, nel 1992 e cioè appena due anni dopo la riforma del 1990 che ha introdotto nel nostro ordinamento la fattispecie di cui all'art. 328 c.p.; ciò a conferma del fatto che i dubbi e le perplessità circa la sua formulazione e la sua struttura si sollevarono ben presto. Anzi, fu proprio la Commissione Pagliario ad avanzare l'idea di ripristinare l'originaria formulazione normativa, nella duplice speranza di colmare le lacune di tutela penale legate all'effettiva impunità per le condotte di omissione e ritardo imputabili al pubblico agente, e di evitare, o quantomeno limitare, il più possibile forzature e interpretazioni eccessivamente fantasiose del dato letterale, spesso incoraggiate dagli stessi giudici. La finalità perseguita attraverso questo disegno era quella di inquadrare in maniera chiara e distinta il bene giuridico protetto, che a causa delle numerose interpretazioni formalistiche rischiava, di fatto, di sfuggire alla tutela normativa. A tal proposito si precisa che le suddette interpretazioni, oggi come allora, non sono in sé per sé illegittime, ma sarebbero anche degne di essere supportate nell'ottica dell'originario, ma oggettivamente fallito, tentativo del legislatore di positivizzare l'interesse tutelato, il quale solo in via esegetica viene individuare nel profilo dinamico della Pubblica Amministrazione.³²² L'intuizione di Pagliario, indubbiamente degna di rilievo sia pure soltanto per la sua unicità, ad un'attenta analisi si rivela poco plausibile nel voler convertire la natura della fattispecie, trasformandolo da reato di mera condotta a un reato d'evento. A ben vedere, infatti, nella proposta il delitto finisce con l'identificarsi nel "turbamento alla regolare attività della pubblica amministrazione", formulazione questa

³²¹ Schema di delega legislativa per l'emanazione di un nuovo codice penale, in *Documenti Giustizia*, 1992, 457.

³²² STILE, *La riforma dei delitti contro la Pubblica Amministrazione*, 1987, p. 443

eccessivamente indeterminata e, di conseguenza, insufficiente ai fini dell'inquadramento del reato che, concretamente, rischia di valutare qualsivoglia condotta di omissione e rifiuto come estremo valido ad integrare il delitto in esame. Tutte queste considerazioni devono, comunque, tener conto del fatto che il progetto Pagliaro è, propriamente, una proposta di legge-delega, pertanto è ben possibile, se non certo, che la formulazione normativa, compresa l' espressione "turbamento", sia successivamente corretta e migliorata dal Governo, così da rendere pleonastici gli anzidetti rilievi critici.

2. Analisi di disegni di legge

Nell'intento di analizzare le proposte, fino ad ora fallite, dirette a riformare l'art. 328 c.p. è d'uopo soffermarsi sulla tredicesima legislatura (1996-2001) che si segnala grazie ad un Parlamento particolarmente produttivo e seriamente rivolto a realizzare un'attenta ristrutturazione della fattispecie in esame. Procedendo cronologicamente nell'indagine, occorre citare il disegno di legge del Sen. Lasagna (1998), la cui previsione consiste in una duplice modifica dell'attuale formulazione: l'aggiunta dell'espressione "*o comunque omette*" subito dopo la parola "rifiuto" e l'inserimento di un'ulteriore aggravante speciale e ad effetto speciale, da applicarsi allorquando l'omissione si accompagna al danno che l'atto avrebbe dovuto prevenire.³²³ Questa proposta, al pari del Progetto Pagliaro, persegue lo scopo di ampliare l'area della rilevanza penale del delitto, garantendo però, contestualmente, attraverso la nuova aggravante un trattamento penale più rigoroso. A tal proposito si rileva che tale aggravante speciale, si sostituisce alla circostanza aggravante di cui all'art. 61 n. 7), e ne differisce non solo sotto il profilo della severità della pena ma anche per i suoi presupposti decisamente più generici, non essendo richiesta né la natura patrimoniale del

³²³ Atti parlamentari, Senato della Repubblica, d.d.l. n.3380, XIII legislatura.

danno cagionato, né, soprattutto, che il danneggiato rivesta la qualità di persona offesa dal reato, requisito questo idoneo ad escludere l'applicabilità dell'aggravante comune, in considerazione della diffusa tendenza della giurisprudenza di qualificare, nelle ipotesi del primo comma dell'art. 328 c.p., il destinatario del provvedimento rifiutato quale danneggiato, finendo solo raramente con il riconoscergli lo *status* di persona offesa. A ben vedere però, l'accoglimento della suddetta circostanza aggravante rischierebbe di portare con sé quell'interpretazione formalistica del delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio, definitivamente superato dalla sentenza Candus del 1985, secondo la quale, come ampiamente approfondito nei capitoli precedenti, ai fini della sussistenza della fattispecie di cui all'art. 328 c.p. basterebbe la sussistenza di semplici inadempimenti di obblighi formali, sia pure privi di rilevanza esterna. Una simile conclusione può escludersi mediante l'accoglimento della soluzione interpretativa che attribuisce al reato di cui al comma primo dell'art. 328 la natura di reato di pericolo concreto, tuttavia in tal modo si rientrerebbe paradossalmente nel divieto dello stesso disegno di legge in esame che racchiude, difatti, anche una norma di interpretazione autentica, la quale sebbene riguardi esclusivamente il profilo ambientale, si preoccupa di specificare che l'art. 328 deve essere inteso esattamente nel senso che: è sanzionato chi non rispetta i doveri di sorveglianza o non esegue i controlli debiti nelle modalità e nei tempi prescritti, in tal modo riaprendo la strada, sia pure implicitamente, alla concezione formalistica, ormai obsoleta alla luce dell'innovato rapporto tra privati e pubblica amministrazione.

Proseguendo l'analisi, degno di nota è anche il disegno di legge C. 1407³²⁴, volto ad introdurre modifiche legislative dirette a risolvere le problematiche che dottrina e giurisprudenza hanno avanzato al reato in esame. Precisamente, per quel che concerne il primo comma la proposta, oltre che riconoscere una più adeguata e consona rilevanza penale all'omissione e al ritardo, come d'altronde

³²⁴ Atto camera n. 1407, XIII legislatura, presentato il 4 giugno 1996 dall'On. Galletti.

ogni progetto di riforma dell'art. 328 c.p., mirava ad introdurre la clausola per cui gli atti debbano essere compiuti senza ritardo, e cioè entro un termine predeterminato dalla legge. La nuova formulazione avrebbe comportato, quale diretta conseguenza, una netta distinzione fra atti il cui compimento non ha una specifica scadenza imposta, rispetto ai quali il requisito dell'urgenza va concretamente accertata caso per caso, e atti che invece hanno un determinato termine di adempimento, la cui scadenza realizza una presunzione *iuris et de iure* di urgenza. Il pregio di questa soluzione è, indubbiamente, una maggiore certezza in tutti quei , frequentissimi, casi in cui la legge non fissa alcun termine per il compimento dell'atto doveroso. D'altro canto, però, si rileva che ad un'indiscutibile certezza del dato normativo si accompagna un indebolimento della dimensione fattuale-sostanzialistica, imprescindibile in un branca, quale quella del diritto penale, in cui viene in gioco la libertà personale dell'individuo. Così, nel tentativo di individuare e garantire un equilibrio fra il principio di determinatezza e quello di offensività, è stata elaborata, da parte della dottrina, una soluzione di compromesso che, da un lato, individua un termine fisso così da che garantire una più intensa certezza anche con riguardo all'oggetto del dolo e, dall'altro, riconosce al giudice penale il potere di accertare, secondo un criterio di ragionevolezza, l'effettiva rischio degli interessi coinvolti. E' ovvio che si tratterà di un apprezzamento discrezionale connotato da forte elasticità di giudizio, ma comunque compatibile con la *ratio* sottesa al principio di legalità, poiché l'accertamento di un'eventuale discrasia fra il termine prestabilito e il momento offensivo avrà effetti *in bonam partem* per l'imputato.³²⁵

Spostando, invece, l'attenzione sul secondo comma dell'art. 328 c.p., è stata avanzata l'idea di una formulazione completamente nuova dello stesso che, dopo la riforma, risulterebbe così: "Fuori dai casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, entro i termini di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 2 della l. n. 241/90, non compie l'atto del suo ufficio, se il

³²⁵ La proposta è di DASSANO, *Rifiuto e omissione di atti d'ufficio. Profili di riforma e aspetti comparatistica*, Torino, 1999, 124.

comportamento non integra più grave reato è punito con la reclusione fino a un anno e con la multa fino a due milioni di lire. Fuori dai casi previsti dal primo e dal secondo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio, in caso di comprovata complessità del procedimento, può spostare la data di compimento dell'atto per un periodo ulteriore pari al doppio di quello già determinato, comunicandolo agli interessati entro la scadenza del primo termine. Il mancato compimento dell'atto all'ulteriore scadenza o la mancata comunicazione della proroga, sono puniti con la reclusione fino a diciotto mesi e con la multa fino a tre milioni di lire”.

Tale nuova formulazione normativa elimina in radice la ragion d'essere del vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale circa il coordinamento fra norma penale e norma amministrativa, attraverso la definitiva eliminazione del termine penale dei trenta giorni, in modo da consentire l'intervento della sanzione criminale semplicemente per inutile decorrenza dei termini di durata del procedimento amministrativo di cui agli art. 2 e 3 della l. n. 241/90, espressamente richiamati. Inoltre, questa soluzione equipara perfettamente l'illecito da inadempimento amministrativo a quello penale, togliendo, così, rilievo anche alla richiesta di chi vi abbia interesse consentendo il perfezionamento del reato anche nei casi di procedimenti d'ufficio rispetto ai quali non vi è stata alcuna richiesta con finalità sollecitatoria. Apparentemente il disegno di legge in analisi, sembra attribuire una rilevanza maggiore, se non addirittura esclusiva, al solo interesse al buon andamento della P.A., trascurando gli interessi privatistici; a ben vedere però così non è in quanto la tutela penale della trasparenza e correttezza dei rapporti con la collettività è garantita dal meccanismo che attribuisce al pubblico agente la possibilità esonerarsi da responsabilità penale attraverso l'esposizione delle ragioni del ritardo entro lo scadenza del termine prestabilito all'interessato. Si tratta, evidentemente, di un sistema simile a quello già previsto nella versione attuale dell'art. 328,2° comma, dal quale però si allontana per alcuni aspetti che meritano di essere approfonditi. Il primo è rappresentato dalla tassativa indicazione delle ragioni giustificatrici,

consistenti nella “comprovata complessità del procedimento”, che finisce con l’escludere la rilevanza di qualsiasi altra motivazioni, occorre però precisare che qualora sussistano altre legittime ragioni di natura soggettiva od oggettiva se non sono più idonee ad escludere la tipicità del reato e quindi non devono essere necessariamente comunicate al privato, possono però assumere importanza sul piano della colpevolezza. Si pensi, ad esempio, al caso del pubblico funzionario che, per ragioni di malattia, si scontra con la concreta impossibilità di adempiere emanando il provvedimento dovuto di sua esclusiva competenza; egli in una simile ipotesi non potrà essere chiamato a rispondere del reato in questione, dal momento che pur sussistendo l’elemento oggettivo, manca il nesso psicologico tra autore e fatto, poiché nonostante il pubblico agente abbia avuto una piena rappresentazione di tutti gli elementi costitutivi del reato, manca l’elemento volitivo, quindi la volontà di realizzare l’omissione, che invece si è verificata per cause a lui non imputabili. È, quindi, evidente che sotto il profilo della teoria generale del reato, ogni altra giustificazione differente rispetto a quella che si intende introdurre non interesserebbe più la tipicità ma la colpevolezza; mentre sotto il profilo degli effetti penali non varierebbe nulla eccetto la considerazione, tutt’altro che banale che, dovendo indagare e verificare l’opportunità di richiamare il pubblico agente per la sua condotta, le altre ragioni che hanno reso non esigibile il comportamento doveroso saranno ritenute valide. Tuttavia la proposta normativa in esame si preoccupa di garantire l’obiettività e la reale sussistenza anche della ragione giustificatrice testualmente citata nel d.d.l. e che deve essere fornita all’interessato, difatti si richiede espressamente una “comprovata complessità del procedimento”, eliminando così qualsiasi incertezza interpretativa circa l’intensità del sindacato del giudice penale sulle motivazioni addotte dal funzionario. Assolutamente apprezzabile è, poi, la previsione secondo cui, l’aver fornito le spiegazioni del ritardo, non esclude *tout cour* l’obbligo di compiere l’atto dovuto, ma consente solo una proroga dei normali termini per la conclusione del procedimento, proroga che, inoltre, può essere ulteriormente rinnovata se perdurano le cause ostative all’emanazione del

provvedimento. È proprio questo il risvolto maggiormente pregevole della proposta di legge, in quanto, in tal modo, si riuscirebbero ad arginare gli effetti paradossali che l'attuale disciplina determina, conservando in capo al pubblico funzionario l'obbligo penalmente rilevante di compiere l'atto, dal quale, in base all'attuale disciplina, può sottrarsi adducendo ragioni di giustificazione. Infine, meritano un accenno i destinatari dell'onere dei chiarimenti gravante sulla P.A., definiti dal d.d.l. in questione come "interessati". Se, da un lato, è ben evidente il richiamo al lessico del vigente art. 328 c.p., dall'altro occorrono alcune puntualizzazioni legate alla circostanza che, in base a questa proposta di riforma, nel delitto di omissione non figura più quale presupposto del reato la richiesta "di chi vi abbia interesse". Sulla base di ciò, dovrebbe ritenersi che, se la richiesta è stata comunque inoltrata, l'"interessato" dovrà identificarsi con il richiedente, ma, nel caso in cui non sia stata avanzata alcuna richiesta, il pubblico funzionario avrà un ulteriore onere consistente nell'individuazione dei soggetti interessati, i che dovranno essere necessariamente individuati nei soli destinatari del provvedimento finale. Qualora, invece, si volesse accogliere l'interpretazione che attribuisce al termine "interessato" un significato più ampio, ricomprendente qualsiasi soggetto titolare di una situazione giuridica soggettiva coinvolta anche indirettamente nel provvedimento amministrativo, si rischierebbe di appesantire eccessivamente di oneri la Pubblica Amministrazione, si pensi ad esempio ad un procedimento espropriativo, per cui, secondo questa soluzione interpretativa, il funzionario avrebbe il dovere di presentare un documento in cui esporre le giustificazioni del ritardo non solo al diretto interessato, proprietario del bene sottoposto alla procedura di esproprio, ma anche a tutti gli eventuali controinteressati difficilmente individuabili. Deve, pertanto, preferirsi la soluzione ermeneutica più restrittiva, che, ancora una volta, ci permette di appurare l'elasticità di una medesima espressione, capace di assumere accezioni differenti a seconda del contesto normativo in cui essa si inserisce.

L'ultimo progetto di legge che si intende vagliare in questa rapida analisi è il d.d.l. n.331³²⁶, presentato alla Camera dall'On. Scalia, volto ad incidere, più che altro, sul capoverso dell'art. 328 c.p. Difatti, questa proposta ripropone, per il primo comma, le medesime modifiche avanzate dal d.d.l. Galletti appena esaminato, introducendo però alcuni elementi innovativi per il secondo comma. Più precisamente esso andrebbe a sanzionare il pubblico agente che “entro trenta giorni da una richiesta, indebitamente non compie l'atto del suo ufficio e comunque non risponde per esporre le ragioni del ritardo...”, seguendo poi nel totale rispetto dell'odierna formulazione legislativa. La proposta di riforma sebbene riguardi una porzione di testo limitata si segnala per due interessanti profili innovativi. Il primo riguarda il subentro di un nuovo presupposto consistente in una generica richiesta non ben specificata, che si sostituirebbe a quello, ben precisato, della “richiesta di vi abbia interesse”. Ad una simile formulazione, conseguirebbe un'eccessiva, e difficilmente controllabile, dilatazione dell'ambito applicativo del reato di omissione, dal momento che l'*iter* procedimentale potrebbe essere attivato da chiunque. Deve senz'altro ammettersi che tale proposta ha indubbiamente il pregio di riconoscere la sussistenza del reato anche nei rapporti tra Pubbliche Amministrazioni, aspetto che sappiamo costituire uno dei limiti più grandi dell'attuale versione normativa vigente, superato, o meglio, interpretato dalla giurisprudenza nel senso della non riconducibilità della P.A. nel significato giuridico di “interessati”. D'altro canto, però, la riconoscibilità anche ai portatori di interessi di mero fatto di avvalersi dello strumento previsto dall'art. 328,2° comma, rischia di condurre ad una *ipercriminalizzazione* dell'attività pubblica, dal momento che essi ben potrebbero agire pretestuosamente. Una possibile soluzione, volta a garantire una sanzione penale anche allorquando il soggetto richiedente sia un'altra Pubblica Amministrazione, sarebbe quella di impiegare un lessico estremamente preciso, piuttosto che espressioni vaghe che tendono ad ampliare oltre limite l'ambito applicato del delitto in esame. Vi è, infine, un'altra novità che

³²⁶ Atto camera n. 331, XIII legislatura, presentato il 9 maggio 1996 dall'On. Scalia

contraddistingue questo d.d.l., ossia l'introduzione dell'avverbio "comunque" nella disposizione che permette al pubblico funzionario di andare esente da responsabilità penale fornendo l'indicazione delle ragioni del ritardo. Possiamo, a tal proposito, proporre un paragone tra questa proposta e quella precedentemente analizzata, il d.d.l. n. 1407; quest'ultimo richiedeva che le ragioni del ritardo fossero "comprovate", specificando, così, l'intensità del sindacato del giudice. Diversamente, il disegno di legge n. 331, persegue, quantomeno apparentemente, una finalità differente, non volta a consolidare e fortificare l'accertamento circa veridicità delle giustificazioni addotte, ma, al contrario, quella di garantire al pubblico agente la non punibilità per aver semplicemente fornito una risposta, di qualunque contenuto, veritiera o meno, seria o pretestuosa, così accrescendo le problematiche già da tempo mosse all'art. 328 c.p. sin dalla riforma del 1990.

3. Cenni di diritto comparato

3.1. L'ordinamento tedesco

Nell'attesa di un incisivo intervento normativo teso a risolvere le problematiche connesse all'art. 328 c.p. che abbiamo scrupolosamente vagliato nel corso della trattazione, può essere interessante volgere lo sguardo agli altri ordinamenti per comprendere, attraverso un'analisi comparatistica, come i differenti Paesi, in particolare europei, hanno affrontato la medesima questione. Difatti, lo studio del diritto comparato non ha solo una finalità teorica, volta ad arricchire il bagaglio di conoscenze giuridiche, ma è uno dei principali strumenti di supporto nel processo di formazione di nuove leggi.

Tuttavia, l'approccio a questa modalità di studio, si caratterizza per la presenza di insidiosi e, al contempo, sottovalutati ostacoli, ai quali gli studiosi del diritto devono prestare particolare attenzione. Il primo aspetto è, chiaramente, quello linguistico, che si traduce nella spinosa questione della traduzione giuridica; difatti non ci si può limitare ad una semplice traduzione letterale ma occorre assicurarsi che ad uno lessico analogo corrispondano fattispecie ed istituti

altrettanto analoghi. Occorre, poi, comprendere che non è scontato che quella determinata normativa efficace, valida e di successo in un Paese straniero abbia la medesima buona riuscita anche nel proprio, pertanto la scelta di traslocare regolamentazioni di Paesi terzi nel proprio va fatta con grande attenzione tenendo conto che ogni istituto va contestualizzato nella storia, cultura e tradizione giuridica di ciascun paese.⁶

Ciò emerge con evidenza dal confronto tra la normativa adottata in Germania per il reato di omissione di atti d'ufficio e quella italiana: sebbene l'art. 335 del codice penale tedesco sia rubricato "*Unterlassen der Diensthandlung*" e cioè, letteralmente, "omissione di atti di ufficio" è in realtà portatore di un contenuto profondamente differente, statuendo che l'omissione di un atto è equiparata al compimento di un atti d'ufficio o di un atto giudiziario ai sensi degli art. 331 fino al 334⁷. Quindi, nonostante la medesima denominazione, la fattispecie di cui all'art. 335 rappresenta una modalità di omissione completamente diversa, infatti, il rinvio agli art. dal 331 al 334 è volto ad introdurre all'interno di un contesto corruttivo la condotta omissiva penalmente rilevante, intesa dunque come l'oggetto della prestazione data o promessa dal pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio in cambio di un'indebita utilità. Ne consegue che, a differenza del legislatore italiano, quello tedesco ha preferito non punire la mera omissione, ma solo il reato di corruzione realizzato attraverso una condotta omissiva, la cui punibilità è condizionata alla sussistenza di una specifica menzione da parte del legislatore, non potendo applicarsi l'art. 13 c.p. tedesco, equivalente al nostro art. 40,2° comma c.p., dal momento che questo ha una funzione estensiva della punibilità solamente rispetto ai reati d'evento. Si nota, quindi, che sul piano pratico non cambia nulla, vi è solo una differenza in termini di tecnica legislativa adoperata: mentre il nostro ordinamento, per il reato di corruzione passiva in forma omissiva, ha scelto di assicurare la punibilità dei pubblici ufficiali come modalità alternativa di realizzazione del reato mediante gli art. 318 e 319

⁶ VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2010, p. 15.

⁷ Il codice penale tedesco, Padova, 1994, 317, traduzione a cura di VINCIGUERRA

c.p.(corruzione propria e impropria) quello tedesco ha preferito introdurre una disposizione normativa *ad hoc* a sé stante, quello italiano ha invece preferito esplicitare la punibilità anche della condotta omissiva del soggetto pubblico come modalità alternativa di realizzazione del reato, inserendolo direttamente. Completamente opposta, anche in termini pratici, è la scelta relativa alla mera omissione, come sappiamo penalmente sanzionata in Italia, e del tutto irrilevante in Germania, dove, tutt'al più potrà configurarsi una responsabilità di tipo disciplinare.

Non c'è risposta al quesito volto ad individuare quale, tra le due differenti scelte normative, sia la migliore, in considerazione della profonda diversità storico-culturale dei due Paesi europei che si traduce, a sua volta, in un diversa scelta sistemica. Difatti, il sistema tedesco si contraddistingue per la sua natura burocratica e amministrativa forte, aspetto dovuto alla presenza di un apparato disciplinare di tipo sanzionatorio solido, in grado di sapersi efficientemente surrogare alle sanzioni di tipo penale, che intervengono solo in casi estremi.⁸ D'altro canto, il sistema italiano, sebbene parte di quella radicata cultura giuridica, propria dei Paesi europei contraddistinti dalla presenza di apparati burocratici diffusi capillarmente a più livelli su tutto il territorio nazionale, ha preferito, comunque, di riconoscere una propria rilevanza penale dell'omissione dei pubblici funzionari. Scelta, questa, dovuta a una non apprezzabile tendenza del legislatore italiano a ricorrere con estrema facilità alla sanzione penale piuttosto che ad altri rimedi, con finalità deterrenti e rassicuranti per la collettività, ma anche e soprattutto ad uno scarsamente efficiente funzionamento delle sistema disciplinare nel nostro Paese. Sul punto è più volte intervenuta la Corte dei Conti⁹, che, in sede di controllo gestionale, ha individuato le ragioni plausibilmente alla base di questa situazione; *in primis* vi è l'esasperato

⁸ DASSANO, *Rifiuto ed omissione di atti d'ufficio. Profili di riforma e aspetti comparatistici*, Torino, 1999, p. 389.

⁹ C.Conti, sez. contr. St., 25 novembre 1999 n.60, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1999; C.Conti, sez. contr. St. 20 giugno 2001 n.25; C.Conti, senz. Contr. St. n. 7, 17 maggio 2006, in *giust.it*

formalismo di cui spesso ci si avvale per derubricare le sanzioni che devono essere prescritte, in secondo luogo la Corte ha posto l'accento sul comportamento buonista e sull'immotivato perdonismo, oltretutto accentuatosi dopo la cessione dei poteri disciplinari alla dirigenza, che comporta, a causa della stretta vicinanza tra il personale dirigente e i dipendenti sottoponibili a procedimento disciplinare, un elevato rischio di connivenze fra controllori e controllati¹⁰.

Da quanto detto può affermarsi che il nostro ordinamento abbia preferito adottare, per le omissioni dei pubblici funzionari, una sorta di *escamotage*, o meglio, una scappatoia: invece che cercare di risolvere la più complessa questione dell'inefficienza e delle inadempienze delle P.A. al fine da individuare e garantire un valido rimedio interno contro le omissioni, ha scelto di ripiegare su di un controllo penale esterno sulle inefficienze degli agenti pubblici.

Nonostante ciò, con il d.lgs. 150/2009 è stato compiuto un significativo passo in avanti grazie all'introduzione dell'art. 55^{sexies} al d.lgs. n. 165/2001, che ha positivizzato il principio della obbligatorietà dell'azione disciplinare. In questo modo è stato superato e risolto il conflitto fra l'interesse a tutelare il buon andamento della Pubblica Amministrazione e l'esigenza di assicurare autonomia manageriale al dirigente titolare dell'azione disciplinare, soprattutto dopo la c.d. contrattualizzazione del pubblico impiego. Alla luce di questa riforma, occorrerebbe ora verificare se sia mutato lo stato dell'arte delle Pubbliche Amministrazioni, quindi interrogarsi sull'opportunità del mantenimento del reato di rifiuto e omissione di atti d'ufficio.

¹⁰ TENORE, *Gli illeciti disciplinari nel pubblico impiego*, Roma, 2006, 18; VIRGA, *La responsabilità disciplinare*, in *Atti del XLIV convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 1999, 308.

3.2 L'ordinamento inglese

Nel corso di questa breve analisi comparatistica merita indubbiamente attenzione la soluzione normativa adottata dall'ordinamento inglese. Anzi, si può affermare che la scelta di mettere a confronto il reato di omissione di atti d'ufficio tra l'Italia e l'Inghilterra è quasi dovuta, poiché prova come regolamentazioni quasi identiche possono risolvere problemi diversi.

Difatti, la punibilità delle omissioni dei pubblici funzionari nell'ordinamento inglese presenta rilevanti punti in comune con il reato di cui all'art. 328 c.p., presentando, al contempo, anche considerevoli diversità dovute, evidentemente, alla diversa famiglia giuridica di appartenenza.

Sappiamo che il diritto inglese è la culla del modello di ordinamento giuridico del *common law*, basato su precedenti giurisprudenziali e generalmente privo di codificazione, non esistendo, difatti, un vero e proprio compendio di leggi, un codice. Le leggi non vengono create *ad hoc* da un legislatore onnisciente, ciò perché principio-cardine di questo modello giuridico è lo *stare decisis*, il precedente giuridico, il principio secondo il quale la regola enucleabile da una sentenza delle Corti superiori esplica un'efficacia vincolante per le corti inferiori chiamate a pronunciarsi su casi analoghi.¹¹ Ne consegue, quindi, che sono le Corti a determinare, volta per volta, il diritto vivente.

Ciò che indubbiamente si apprezza del *common law*, è la sua grande capacità di modellarsi in contenuti diversi in casi simili, aspetto questo che può al contempo dar vita a insicurezze e dubbi soprattutto in diritto penale, dove si mettono in gioco diritti delicatissimi dell'individuo; in questi casi la valvola di sicurezza è rappresentata proprio dallo *stare decisis* che limita notevolmente il potere riconosciuto ai giudici. Soffermandoci sul reato di omissione di atti d'ufficio, il caso giurisprudenziale che lo ha di fatto introdotto nell'ordinamento inglese risale al 1783, *R. v. Bembridge*, in cui venne condannato un contabile dell'ufficio del *Receiver and Paymaster General of the Forces* per aver ommesso di comunicare al suo superiore che mancava una certa somma di denaro dal

¹¹ VARANO-BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*, Torino, 2010, p. 42.

bilancio finale. Il giudice Lord Mansfield riconobbe la colpevolezza dell'imputato affermando: “*a man accepting an office of trust, concerning the public,[...] is answerable criminally to the King for misbehaviour in his office*”. Così, a partire dal caso *Bembridge*, la giurisprudenza successiva si consolidò nel ritenere punibile la “*Misconduct in public office*”, fatto che, tuttora, non essendo stato recepito in alcuno *statute*¹², rimane mera espressione del diritto vivente. Successivamente, un contributo determinante nel delimitare i confini della condotta punibile è stato fornito dal *Crown Prosecution Service (C.P.S.)*, che, nel Novembre del 2007, se pur in via ufficiosa, quindi non formalmente vincolante per le Corti, ha individuato gli elementi costitutivi del reato in questione, formulandolo in questi termini: “*Neglect of duty by public office. It is an indictable offence at common law for a public officer wilfully and without reasonable excuse or justification to neglect to perform a duty imposed on him either by common law or by statute.*¹² *The penalty for the offence is fine and imprisonment at the discretion of the court and loss of office*”.

È evidente la somiglianza con la fattispecie disciplinata ex art. 328 c.p. del nostro codice penale, visto che sia nell'ordinamento inglese che in quello italiano è sanzionata la pura omissione, svincolata dalla sussistenza di un *pactum sceleris* come abbiamo visto essere in Germania. L'analogia con l'ordinamento anglosassone viene meno se si considera la *ratio* che ha generato la fattispecie, che può essere ben riassunta nelle parole di Dicey: “*There exists in England no true 'droit administratif'*”. Quindi, mentre in Italia la motivazione a sostegno dei reati di rifiuto e omissione di atti d'ufficio è legata alle storiche inefficienze della P.A., in Inghilterra, invece, la ragione è individuabile nella differente concezione dell'apparato statale. Quanto detto trova, inoltre, una valida conferma nel fatto che è molto ridotto il numero di norme speciali che disciplinano i rapporti fra Pubblica Amministrazione e privati; ne consegue quindi che, non essendovi di fatto un diritto amministrativo, manca anche un sistema sanzionatorio diretto a tutelare la comunità contro le omissioni, e più in generale, l'illegalità dei

¹² MAER, *Misconduct in public office*, Parliament and Constitution Centre, 21 Oct. 2009

funzionari pubblici, trattati giuridicamente alla stregua di qualsiasi privato cittadino¹³. L'inevitabile conseguenza connessa a questo sistema è rappresentata dalla necessità di dover ricercare la sanzione adeguata per punire le omissioni dei pubblici agenti in un altro settore del diritto, e le Corti inglesi hanno scelto quello penale.

3.3. L'ordinamento spagnolo, francese e polacco

Ai fini del nostro studio è interessante osservare anche quanto realizzatosi in Spagna con la *Ley Organica* n.10/1995 che ha riformato il *Codigo Penal* nella parte relativa ai delitti contro la Pubblica Amministrazione. L'intervento presenta elementi di conformità con quello realizzato in Italia nel 1990 relativamente al bene giuridico tutelato, e segna un'importante svolta nell'ordinamento spagnolo attraverso il netto passaggio da una concezione formalistico-gerarchica ad una concezione improntata alla tutela delle esigenze della collettività.¹⁴ In particolare, la fattispecie penale che analoga all'art. 328 c.p. italiano è l'art. 412 del *Codigo Penal* che sancisce che : "*El funcionario público que, requerido por autoridad competente, no prestare el auxilio debido para la Administración de Justicia u otro servicio público, incurrirá en las penas de multa de tres a doce meses, y suspensión de empleo o cargo público por tiempo de seis meses a dos años*".¹⁵

Da quanto letto emerge che anche il legislatore spagnolo ha ritenuto necessaria la previsione di una richiesta, il cui scopo è quello di restringere il più possibile l'ambito applicativo delle omissioni, in maniera ancora più incisiva rispetto a quanto previsto nel nostro ordinamento; difatti, come abbiamo avuto modo di approfondire, il nostro legislatore nel primo comma dell' 328 non ha previsto espressamente la necessaria sussistenza di una richiesta quale presupposto del rifiuto, dando vita così, come si è visto, a profondi e reiterati dubbi interpretativi,

¹³ CASSESE, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1990, p.8.

¹⁴ QUARTA, COPPI, *Reati contro la pubblica amministrazione*, Torino, 1993, p.299

¹⁵ OLIVARES, *Il codice penale spagnolo del 24 novembre 1995*, in *Il codice penale spagnolo a cura di S. Vinciguerra*, Padova, 1997, noticias.giuridicas.com

limitandosi a contemplarla esplicitamente solo per la fattispecie di cui al comma secondo. Nonostante la richiesta rappresenti un elemento comune della fattispecie italiana e spagnola, essa si atteggia in modo differente nei due ordinamenti, di fatti ai sensi dell'art. 412 del *Código Penal* il richiedente si identifica in una “*autoridad competente*”, mentre sappiamo che la nostra giurisprudenza ad oggi fa genericamente coincidere il richiedente, inteso come “chi vi abbia interesse”, solo con i soggetti privati. È intuitiva, quindi, la profonda differenza tra le due norme: la spagnola è tesa a tutelare il buon andamento dei rapporti interorganici delle amministrazioni, seppur secondariamente rispetto ai servizi offerti alla collettività, l'altra invece, come più volte sottolineato nel corso della trattazione, salvaguardia la correttezza dei rapporti fra Pubblica Amministrazione e cittadini.

Una previsione degna di nota dell'art. 412 del Codice spagnolo è quella per cui l'atto rifiutato debba essere costituito da un “*auxilio debido*” che deve riguardare un “*servicio público*”; tale precisazione è importante in quanto non lascia alcun dubbio circa il fatto che la condotta incriminata debba cagionare un concreto ed effettivo pregiudizio all'attività istituzionale della Pubblica Amministrazione. Ne consegue, quindi, che scelta normativa spagnola ha avuto il pregio di riconoscere espressamente, evitando così il sorgere di conflitti interpretativi, l'adozione della concezione sostanzialistica, a differenza del legislatore italiano che ha di fatto sottovalutato questo aspetto, ritenendolo ormai un fondamento giuridico e culturale ormai assodato e consolidato, e pertanto, tale da non necessitare di alcuna positivizzazione.

Rimanendo sempre in territorio europeo, singolare è anche la fattispecie omissiva prevista dall'ordinamento francese. Occorre premettere che in Francia è sempre esistito, sia dall'epoca del *Code Civil* Napoleonico, il reato di denegata giustizia, e nel corso dei secoli ha inteso mantenere un legame coerente con tale figura penale, adottando una norma che, nonostante la sua genericità, richiama la denegata giustizia e che, anzi, ne rappresenta la continuazione logica. Si tratta dell'art 432-5 del *Code Pénal*, riformato nel 1994, che costruisce la fattispecie

intorno alla figura del pubblico ufficiale o incaricato di pubblico servizio, in tal modo qualificando quali soggetti attivi del reato anche tutti quei soggetti pubblici diversi dai magistrati; tuttavia, dal punto di vista contenutistico la norma restringe la rilevanza penale solo a quelle omissioni che hanno effetti pregiudizievoli sulla libertà personale¹⁶, punendo la loro condotta “*ayant eu connaissance, dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de ses fonctions ou de sa mission, d'une privation de liberté illégale, de s'abstenir volontairement soit d'y mettre fin si elle en a le pouvoir, soit, dans le cas contraire, de provoquer l'intervention d'une autorité compétente*”.¹⁷

È evidente la scarsa severità dell'ordinamento francese nel perseguire le condotte omissive che, come si evince dall'articolo sopra riportato, sono sanzionate solo se riguardano uno specifico settore della giustizia. Tale disposizione è l'ennesima conferma della grave difficoltà del legislatore francese nell'allontanarsi dalla figura del “*déni de justice*”, che ha inteso escludere la tutela penale per tutti i casi in cui le omissioni non si concretizzano in dinieghi di giustizia. Tale profilo allontana notevolmente l'ordinamento francese da quello italiano, dove, invece, si è optato, in ogni caso, per una tutela penalistica, semplicemente regolando il reato e la conseguente punibilità in base al contenuto dell'atto: presupposti più generici e trattamento sanzionatorio più severo per le condotte di rifiuto o omissione relative alla giustizia, all'ordine pubblico, alla sicurezza pubblica, all'igiene e alla sanità; presupposti più specifici e sanzioni meno rigide per tutte le altre omissioni.

Quanto detto basta per mettere in luce l'impossibilità di una qualsiasi analisi comparatistica con il reato di cui all'art. 328 del nostro codice penale, tutt'al più può individuarsi quale unica affinità, l'attitudine italo-francese volta a garantire un'efficace repressione penale solo alle omissioni di atti “qualificati” . .

¹⁶ DASSANO, *Rifiuto ed omissione di atti d'ufficio. Profili di riforma e aspetti comparatistici*, Torino, 1999, p. 411.

¹⁷ www.legifrance.gov.fr

Infine, per concludere l'analisi comparatistica, merita un cenno l'ordinamento polacco, che all'art. 231 del codice penale contempla il reato di abuso d'ufficio, espressamente previsto sia in forma attiva che in forma omissiva. Precisamente per quest'ultima condotta è punito il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio che, non adempiendo ai propri doveri, agisce contro gli interessi pubblici o privati.¹⁸ Si tratta di una fattispecie che presenta punti di contatto non tanto con l'art. 328 c.p., quanto piuttosto con il nostro reato di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., che, accanto ad una specifica ipotesi di condotta omissiva in una situazione di conflitto di interessi, incrimina in via generale ogni violazione di norma di legge o di regolamento che abbia intenzionalmente cagionato un danno ingiusto ovvero un profitto patrimoniale ingiusto. I caratteri di assoluta neutralità della condotta penalmente rilevante sono tali da rendere configurabile il reato anche in forma omissiva, tenendo conto anche del fatto che, dopo la riforma del 1997, divenuto un reato d'evento, è applicabile all'abuso d'ufficio la norma di estensione della punibilità di cui all'art. 40, 2° comma c.p.¹⁹

Si desume, quindi, che in Polonia le omissioni saranno penalmente rilevanti solo se configurabili nella fattispecie di abuso d'ufficio; mentre nel nostro ordinamento hanno una duplice possibilità, rilevando sia ai sensi dell'art. 328 che della'art. 323 c.p.. Aspetto questo che solleva non pochi problemi circa il rischio di eventuali ipotesi di concorso apparente di norme, non potendo applicarsi la clausola di apertura dell'art. 323 c.p. “*Salvo che il fatto costituisca più grave reato*”, dal momento che sia il rifiuto che l'omissione sono puniti meno severamente rispetto all'abuso d'ufficio.

¹⁸ KOLASINSKI, *The civic anti-corruption charter (certified traslatino from the Polish language)*, Szczecin, December 2006, 16

¹⁹ GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale: parte speciale*, Milano, 2008, 164

Bibliografia

-ALBAMONTE, *Inquinamento e responsabilità penale dei pubblici amministratori, la legge 26 aprile 1990 n.86*, in *Cassazione penale* 1991, 197

-AMATO, *La punibilità dei soli comportamenti esterni non tutela il buon andamento dell'amministrazione*, in *Guida al Diritto* 2000 n.2, 86

-AMATO, *Una disciplina finalizzata a tutelare l'interesse del privato cittadino*, in *Guida al Diritto* 1999 n.12, 79

-AMATO, *Una fattispecie di difficile interpretazione per l'ampia discrezionalità del sanitario*, in *Guida al diritto* 2005, fasc. 39, 94

-AMATO, *Alcune questioni in tema di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, in *Cassazione Penale* 1999, 523

-AMATO, *Davanti a un preciso obbligo formale escluso ogni possibile "sindacato a distanza"*, in *Guida al Diritto* 2009, n.15, 83

-ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983

-ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte speciale. Vol. 2* Milano, Giuffrè 2000

-ALDIBRANDI, *L'atto amministrativo nella fattispecie penale*, in *Rivista Trimestrale di diritto pubblico* 1970, 263

-ARDIZZONE, *In tema di omissione di atti d'ufficio e di interesse in atti d'ufficio: riflessi penalistici di una contrastata delibera relativa alla decadenza di taluni consiglieri comunali*, in *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, 1984, 1471

-ARTUSI, *L'interesse tutelato dall'art.328c.p.*, in *Giurisprudenza italiana* 2010, 168

-BENUSSI, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, Padova 2001

-BISACCI, *Sulla tutela penale del diritto del paziente ad essere informato*, in *Giustizia Penale*

1999, 211

-BOSCARELLI, *La tutela penale del processo* Milano 1951

-CACCIAVILLANI, *Il silenzio concludente e il delitto di omissione di atto d'ufficio*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 1997 1233

-CACCIAVILLANI, *Il delitto di omissione-rifiuto di atto d'ufficio dopo la riforma del procedimento e dell'atto amministrativo*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana* 2008, 347

-CADOPPI-VENEZIANI, *Omissione o rifiuto di atti d'ufficio*, voce in *Enciclopedia giuridica Treccani*

- CAMPAGNARO, *Reati contro la pubblica amministrazione*, in *Studium iuris* 1146
- CANTAGALLI, *Controllo dell'Autorità giudiziaria sulla discrezionalità dell'intervento medico*, in *Giustizia Penale* 1966, II, 547
- CASSESE, *Quaderni fiorentini, per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 1990
- CELONE, *Accesso, segreto investigativo, silenzio rifiuto, omissione di atti d'ufficio: interferenze fra diritto amministrativo e diritto penale*, in *Foro Amministrativo* 2002, 3349
- CERASE, *Ancora sull'omissione di atti d'ufficio nei rapporti tra amministrazioni*, in *Cassazione Penale* 2002, 1716
- CONSO-GREVI, *Compendio di procedura penale CEDAM* 2010
- CORNETTA, *I nuovi delitti di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, in *Rivista Penale dell'Economia*, 1992, 642
- COSTA, *il "nuovo" nel delitto di omissione di atti d'ufficio: verso la "procedimentalizzazione" degli illeciti penali*, in *Giurisprudenza di Merito* 1992, 928
- CRESPI-ZUCCALÀ -STELLA, *Commentario breve al codice penale. Complemento giurisprudenziale* Padova, 2010
- CSM, *incontro di studio sul tema: "Giudice Penale e pubblica amministrazione"*, Frascati, 9dic.1999

-CUPELLI, commento a sentenza, in *Cassazione Penale* 1998, 3270

-D'ALESSIO, *La rivoluzione di una sola figura di riferimento*, in *Guida al diritto Dossier*

2011, 13

-D'ARMA, *Il maturare del silenzio rigetto vale ad escludere la fattispecie penale dell'omissione di atti d'ufficio?* In *Cassazione Penale* 1997, 3022

-DASSANO, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, Torino, 1993

-DASSANO, *Rifiuto ed omissione di atti d'ufficio. Profili di riforma e aspetti comparatistici*,

Torino, 1999

-DASSANO, *Gli ambigui confini penali del rifiuto di atti dovuti*, articolo pubblicato sulla testata *Il sole-24 ore* del 9 gennaio 1991

- DE GOTZEN, *Interpretazione costituzionale, principio di buon andamento e individuazione giurisprudenziale del fondamento positivo del principio di leale collaborazione* in *Giurisprudenza costituzionale* 1991, 1989

-DE FLAMMINEIS, *La tutela penale contro il silenzio amministrativo: "modi" e "tempi" di un'interconnessione disciplinare*, in *Giustizia Penale* 2009, 656

-DE MARTINO, *L'art.328,II comma, c.p. e la richiesta di informazioni sullo stato del procedimento amministrativo*, in *Indice Penale* 2001, 1413

-D'ALESSIO, *La rivoluzione di una sola figura di riferimento*, in *Guida al diritto-Dossier*

2011, 13

-D'ERRICO, *Ancora in tema di omissione di atti d'ufficio. Il paradigma dell'urgenza indifferibile ed il rifiuto di ricovero ospedaliero inappropriato. L'apoteigma della Cassazione cancella l'aneddotica di merito*, in *Rivista italiana di medicina legale* 2010, fasc.2, 356

-DI PIETROPAOLO, *Le "ragioni di giustizia" nel reato di rifiuto di atti d'ufficio*, in *Cassazione Penale* 2000, 2645

-DOLCINI-MARINUCCI, *Codice penale commentato*, Milano IPSOA 2011

-FARINA, *Silenzio significativo della pubblica amministrazione e omissione di atti d'ufficio*, in *Diritto Penale e Processo* 2002, 620

-FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale vol.1*, Bologna Zanichelli 2005

-FIANDACA, *Una riforma fallita?*, in *Foro italiano* 1991, V, 421

-FIANDACA, *Sulla responsabilità penale del giudice*, in *Foro italiano* 2009, 409

-FORLENZA, *L'obbligo di adempiere del dipendente pubblico non si limita ai provvedimenti amministrativi*, in *Guida al diritto* 1999 n.37, 116

-FORLENZA, *Riscritta la semplificazione amministrativa*, in *Guida al Diritto* 2005, fasc. 22, 139

-GALATRO, *Il responsabile del procedimento amministrativo e la legge penale* ne *L'amministrazione italiana* 1995, 213

-GIOVAGNOLI, *I silenzi della Pubblica Amministrazione dopo la legge n. 80/2005*, Milano 2005

-GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale: parte speciale*, Milano, 2008

-GIUNTA, *Il termine del procedimento e i poteri sostitutori (nei confronti del responsabile del procedimento) ex art 3ter l.273/95*, in *Enti Pubblici* 1996, 962

-GRASSANO, *La tutela penale del principio di legalità nelle funzioni pubbliche con specifico riguardo alle figure di abuso funzionale e di rifiuto di atti d'ufficio*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 1995, fasc 13-14, 1441

-GUIDO, *Omissione e rifiuto d'atti d'ufficio: prassi applicative e problemi interpretativi*, in

-IADECOLA, *Questioni processuali e sostanziali in tema di abuso d'ufficio. Note sul "nuovo" art. 328c.p.*, in *Giurisprudenza di merito* 1992, 137

-IADECOLA, *Sulla nuova disciplina della fattispecie di reato di cui all'art.328c.p.* in *Giustizia Penale* 1991, II, 604

- IADECOLA, *In tema di rifiuto di atti d'ufficio e di abuso d'ufficio (la-veramente insufficiente?- determinatezza della fattispecie e la rilevanza degli interessi "zonali"*, in *Giurisprudenza di merito* 1997, 999

- IMPERATO, *Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 2010

- KOLANSINSKI, *The civic anti-corruption charter*, Version II supplemented Szczecin, December 2005 (certified translation from the polish language)

- LA CUTE, *Attività amministrativa discrezionale e omissione di atti d'ufficio*, in *Giurisprudenza di merito*, 1974, 9

- LA ROCCA, *La tutela giurisdizionale e penale del diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Nuova Rassegna di legislazione dottrina e giurisprudenza*, 1999, 2370

- LA TORRE, *Assistenza ospedaliera e responsabilità professionale del medico di pronta reperibilità*, in *L'Amministrazione italiana* 2009, 1327

- LATTANZI-LUPO, *Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, Milano 2010

- L I VECCHI, *Omissione e rifiuto di atti di ufficio tra vecchia e nuova normativa(art328c.p.)*, in *Rivista Penale*1994, 577

- LUPOLI, *I confini del rifiuto di atti d'ufficio per ragioni di giustizia*, in *Studium iuris* 2000, 144

- LUPOLI, *Nota*, ne *Il nuovo diritto* 2001, 397

- MAER, *Misconduct in public office*, Parliament and Costitution Centre, 21 October 2009
- MARTINELLI, *L'elemento psicologico nel reato di omissione di atti d'ufficio*, in *Giurisprudenza italiana* 2008, fasc.3, 720
- MARTINI, *Attività dell'amministrazione ed atto dell'ufficio nella fattispecie dell'art 328 c.p.* in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1988,741
- MARUOTTI, *Il silenzio nella fattispecie penale*, in *Giurisprudenza di merito* 2008, 90
- MASI, *La riforma dell'art. 328 c.p. e la legge 7 agosto 1990 n.241: un coordinamento poco chiaro* in *Rivista Penale dell'economia* 1993, 67
- MASSARELLI, *Brevi considerazioni in tema di rifiuto di atti d'ufficio del medico in servizio di guardia*, in *Cassazione Penale* 2006, fasc.2 , 490
- MAZZA, *Rapporti interni alla P.A. e rilevanza penale dell'omissione di atti d'ufficio*, in *Rivista di Polizia* 1998,124-MIRANDOLA, *Sulla nozione di rifiuto di atti d'ufficio in materia di sanità*, in *Giurisprudenza di merito* 1994, 151
- MODUGNO, *Appunti dalle lezioni di teoria dell'interpretazione*, Padova, 2008
- MORBELLI, *Omissione di atti d'ufficio e silenzio della pubblica amministrazione*, in *Diritto Penale e Processo* 1999, 1145
- MORTATI, *Discrezionalità*, in *Novissimo Digesto italiano*, 1964, 1103
- MUSCO, *I nuovi reati societari*, Milano 2007, 108

-NANNUCCI, *E' scomparso un delitto o un principio costituzionale?*, in *Foro italiano*

1991,V,417

-NICASTRO, *L'articolo 328comma2° del codice penale in relazione al procedimento amministrativo di cui alla legge 2 agosto 1990 nr. 241*

-NOTARI, *“La fattispecie configura una omissione prevista dall'art 328c.p.? Criteri pratici di applicazione. Una storia di tanti anni fa”*, articolo pubblicato in *“Attualità giuridica”*.

-NUVOLONE, *Diritti e interessi dell'imputato nel processo penale*, in *Giustizia Penale* III, 157

-OLIVARES, *Il codice penale spagnolo del 24 novembre 1995*, in *Il codice penale spagnolo a cura di S. Vinciguerra*, Padova, 1997

-PADOVANI, *Il commento alla legge 26-4-1990 n.86*, ne *Il corriere giuridico* 1990, 540

-PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte Speciale/Delitti contro la pubblica amministrazione*, Milano 2003

- PALAZZO, *La riforma dei pubblici ufficiali : un primo sguardo d'insieme*, in *Rivista italiana di Diritto Procedura Penale*, 1990, 832

-PALLADINO, *Note minime in tema di rifiuto di atti d'ufficio da parte del medico di guardia*, in *Giurisprudenza di merito* 1994, II, 908

- PALLOTTA, *Configura omissione di atti d'ufficio la mancata comunicazione all'interessato richiedente del nominativo del responsabile del procedimento amministrativo, ex lege n.241/90*, in *Cassazione Penale* 2010, 4206
- PICARDI, *La giurisdizione all'alba del terzo millennio*, Milano, 2007
- PIFFERI, *La funzione del termine "indebitamente" nel reato di omissione o rifiuto di atti d'ufficio*, in *L'Amministrazione italiana* 1986, 1431
- PROTO, *L'omissione di atti d'ufficio tra passato presente e futuro*, in *Studi senesi* 2006, 295
- PUTINATI, *Riflessioni in tema di oggetto della tutela e contenuto tipico dell'offesa nel delitto di rifiuto di atto d'ufficio dovuto per ragioni di sanità*, in *Indice Penale* 1999, 796
- PUTINATI, *Omissione. Rifiuto di atti d'ufficio*, voce in *Digesto Discipline penalistiche*
- RENNA, *Il responsabile del procedimento nell'organizzazione amministrativa*, in *Diritto amministrativo* 1994, V, 13
- ROCCO, *L'oggetto del reato e della tutela giuridica penale. Contributo alle teorie generali del reato e della pena*, Torino, 1913
- ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*. Milano Giuffrè 2006
- RUSSO, *I reati contro la pubblica amministrazione*, Napoli 1991

-SANDOR, *Obbligo di informazione medica e diritto penale*, in *Indice Penale* 2004, 529

-SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989

- SCARDIA, *Abuso di autorità e rifiuto di atti d'ufficio*, in *Giustizia Penale* 1951, IV, 486

-SCHIACCIA, *Provvedimenti discrezionali e omissione di atti d'ufficio*, in *Archivio Penale*

1975,199

-SCOCA, *Il silenzio della P.A: ricostruzione dell'istituto in una prospettiva evolutiva*, in PARISIO, *Inerzia della pubblica amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata*, Milano, 2002

-SEGRETO-DE LUCA, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*,

Milano,1999

- SEVERINO, *Commento all' art 17 e 18 della legge 26/11/1990 n. 86*, in *Legislazione Penale*

1990, 335

-SEVERINO, *Successione di leggi penali nel tempo*, voce in *Enciclopedia Giuridica Treccani*

-SINISCALCO, *La nuova disciplina dei delitti dei pubblici ufficiali*, in *Legislazione penale*

1990,263

-SPACCAPELO, *Il giudice e l'omissione di atti d'ufficio*, in *Giurisprudenza penale* 1975, 25 -SORACE, *Diritto delle Amministrazioni pubbliche*, Bologna 2007

-STILE, *Prospettive nell'interpretazione dell'art. 328c.p.*, in *Giurisprudenza di merito* 1972, 239

-STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo di atti d'ufficio*, Napoli, 1974

-STILE, *La rilevanza del compimento di un'azione diversa da quella prescritta nella struttura del delitto di omissione di atti d'ufficio*, in *Giurisprudenza di merito* 1974, 318

-STILE, *Commento all'art. 16 della l. n.86/90*, in *Legislazione penale* 1990, 322

-TENCATI, *Gli atti d'ufficio omessi fonte di responsabilità penale a carico degli appartenenti al sistema amministrativo*, in *Rivista Penale* 1992, 209

-TENORE, *Omissione di atti d'ufficio e omessa risposta ad istanza d'accesso: una criticabile sentenza della Cassazione*, in *Foro amministrativo* 1998, 1674

-TENORE, *Gli illeciti disciplinari nel pubblico impiego*, Roma, 2006

-TOTARO, *L'art. 328 c.p.: terreno del giudice penale o della P.A.?*, in *Indice Penale* 1993, 664

-TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2010 –
VARANO BARSOTTI, *La tradizione giuridica occidentale*,
Torino, 2010 -VINCIGUERRA, *I delitti contro la Pubblica
Amministrazione*, Padova, 2008 -VINCIGUERRA, *Il codice
penale tedesco*, Padova, 1994

-VIRGA *La responsabilità disciplinare*, in *Atti del XLIV convegno di studi di
scienza dell'amministrazione*, Milano, 1999

-ZILLETTI, *Omissione di atti d'ufficio, un illiceità paradossale*, in *Diritto
penale e processo*, 2000,97

Giurisprudenza citata:

- Cass. Pen. Sez. VI, 29 marzo 1967, in *Rivista penale* 1968, II, 1268
- Pret. Pinerolo, 23 aprile 1970, in *Giurisprudenza di merito* 1972, 239
- Sez.Un., 25 maggio 1985, Candus, in *Cassazione penale* 1985, 15
- Cass. Pen. Sez. VI, 14/04/1994 in *Giustizia penale* 1995, II, 471
- Cass. Pen. Sez VI 17/02 /2009 n. 28482 in *Rivista Penale* 2009, 1262
- Cass. Pen. Sez. VI, 04/07/2006 in *C.E.D. Cass.*, rv. 235219 (m)
- Cass. Pen., Sez VI, 19/09/2008 n.38386 in *C.E.D. Cass.*, rv. 241190 (m)
- Sentenza pubblicata in *Foro Italiano* 1991, 43
- Cass. Pen. Sez. VI , 14 novembre 1990 in *Rivista Penale dell'Economia* 1992, 369
- T. Lecce 23 dicembre 1991 in *Foro Italiano* 1992, II, 712
- Cass. Pen. 2 aprile 2009 in *Giurisprudenza italiana* 2010, 167
- Cass. 19 maggio 1972, in *Rivista penale* 1972, II, 794
- Cass. Pen. Sez. VI n. 11515, in *Rivista penale* 1998, fasc.1, 31

- Trib. Venezia, I Sez. Pen., 27 settembre 1974 in *Giurisprudenza penale* 1975, 25
- Cass. Sez. VI, 17 febbraio 2003
- Cass. Pen. Sez.VI 24 feb. 1983 in *Rivista italiana di diritto e procedura penale* 1984, 1471
- Cass. Pen. Sez.VI 23 feb. 1998
- Cass, Pen. Sez VI, 14-06-05 in *Cassazione penale* 2007, 614
- Cass. Pen. Sez.VI, 19-03-2009, in *Cassazione penale* 2010, 998
- Cass. Pen. Sez VI n. 9493 del 02/05/95 in *Rivista penale* 1995 fasc.3, 325
- Cass.Pen. Sez.VI, n.11484 in *Rivista Penale* 1998
- Pret. Napoli 30 gennaio 1974, in *Giurisprudenza di merito* 1974, 92
- Cass. Sez.VI, 23 feb. 1983 in *Foro italiano* 1983, 302
- Pret. Pistoia 24 feb. 1972 in *Giurisprudenza di merito* 1974, 318
- Pret. Cassino 4 marzo 1968, in *Temi rom.* 1969, III, 567
- Pret. Napoli, 5 giugno 1965, in *Archivio penale* 1967, II, 219

- Cass. Pen. Sez. VI, 15/05/2007 in *C.E.D. Cass.*,
rv237795
- Cass. Pen. Sez. VI, 11/02/2009 n.12143 in *Rivista penale*
2009, 826
- Cass. Pen. Sez. VI n.14466, in *Giurisprudenza italiana* 2010,
167
- Cass. Pen. Sez VI, 6 febbraio 1997, in *Rivista Penale* 1997,
294
- G.u.p. Vallo Lucania 6 giugno 1991, in *Rivista Penale* 1991,
829
- Cass. Sez.VI 20 febbraio 1998, Buzzanca, in *Cassazione penale* 1998,
3269
- Cass. Pen. Sez VI 22 settembre 2000, in *Guida al diritto* 2000, 45
- Cass. Pen. Sez. VI 17 febbraio 2003, in *Rivista Penale* 2004,
60
- Cass. Pen. Sez VI 30 dicembre 2008, in *Guida al diritto* 2009,
80
- Cass. Pen. Sez. VI 8 febbraio 2010 in *Cassazione penale* 2010,
3876
- Cass. Pen. Sez. VI 4 novembre 1999, in *Guida al Diritto* 2000, fasc.2,
84
- Cass. Pen. Sez VI, 7 novembre 2000, in *Guida al Diritto* 2001, fasc.
2, 124

- Cass. Pen. Sez. VI 16 settembre 2009, in *Rivista Penale* 2010, 1057
- Cass. Pen. Sez. VI 24 gennaio 2004 in *Rivista Penale* 2005, 366
- Cass. Pen. Sez. VI 8 marzo 2005, in *Guida al diritto*, 2005, fasc.15, 92
- Cass. Pen. Sez. VI, 4 dicembre 1998, in *Guida al diritto* 1999, fasc. 4, 109
- G.i.p. T. Catanzaro, 18 gennaio 2001, in *Cassazione Penale* 2001, 3182
- Cass. Pen. Sez. VI, 21 ottobre 1998, in *Guida al Diritto* 1998, fasc. 43, 72
- Cass. Pen. Sez. VI, 28 giugno 1989, in *Cassazione Penale* 1990, 1738
- Cass. Sez. VI, 9 ottobre 1997, Proc. Gen. App. Potenza in proc. De Muro
- G.i.p. T. Roma 6 dicembre 1996, in *Cassazione Penale* 1997, 1156
- Trib. Pordenone, 18 marzo 1992, in *Giurisprudenza di merito* 1994, 145
- Cass. Sez. VI, 9 agosto 2000 n. 217655
- Cass. Sez. VI, 22 novembre 1996 n.206365
- Cass. Sez. VI, 5 ottobre 1994, in *Rivista Penale* 1995, 1388
- Sez. Un. Civili, 26 gennaio 2011 n. 1768 in *Processo Penale e Giustizia*, 2011, fasc. 3, 104;

- Sez. Un. Pen., 29 maggio 2008 n. 40049

- Cass. Pen. Sez. VI, 25 gennaio 2000, *C.E.D. Cass.* n. 216708

- Cass. Pen. Sez. VI, 6 aprile 2000 in *Guida al Diritto* 2000, 32, 53

- Cass. Sez. VI 15 maggio 2007, *C.E.D. Cass.* n. 237795

- Cass. Sez. VI, 23 marzo 1999, *C.E.D. Cass.* n. 207453

- Cass. Sez. VI, 23 marzo 1999, *C.E.D. Cass.* n. 207453

- Cass. Sez. VI, 22 novembre 1996, in *Rivista Penale* 1997, 185

- Cass. Sez. VI, 21 gennaio 1999, in *Rivista Penale* 1999, 264

- C. Cost., sentenza n. 394/2006

- Cass. Pen. Sez. VI, 9 dicembre 2002, *C.E.D.* rv 223959

- Cass. Pen. Sez. VI, 26 maggio 1999, in *Cassazione Penale* 2000, 2645

- Cass. Pen. Sez. VI, 21 gennaio 1999 n. 784

- T. Viterbo 28 ottobre 2003 in *Diritto e giustizia* 2004, fasc. 20, 112

- Cass. Pen. Sez. VI, 15 aprile 2010, in *Rivista Penale* 2010, 598

- Cass. Sez. VI, 23 settembre 2010, *De Iure*

- Cass, Sez. VI, 21 gennaio 1992, in *Giustizia Penale* 1992, 593
- Cass. Pen. Sez. VI, 22 novembre 1996, in *Rivista Penale* 1997, 184
- Cass. Pen. Sez. III, 8 novembre 1965, in *Giustizia Penale* 1966, 545
- T. Pordenone 18 marzo 1992, in *Giurisprudenza di merito* 1992, 145
- Cass. Pen. Sez. VI, 21 marzo 1997, in *Giustizia Penale* 1998, 274
- Cass. Pen. Sez. VI, 10 ottobre 2006 in *Foro Italiano* 2007, 103
- Cass. Pen. Sez. VI, 15 marzo 1994, in *Cassazione Penale* 1995, 1355
- Cass. Pen. Sez. VI, 8 maggio 1998, in *Cassazione Penale* 1999, 520

