

ERRATA CORRIGE

Roberto GAROFOLI, *Manuale di Penale Parte speciale*,
Tomo I, ed. 2013

18. Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione (art. 328).

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.

Fuori dei 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 o con la multa fino a euro 1032. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta ed il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa.

ISTITUTI PROCESSUALI *Procedibilità: ufficio* **Competenza: tribunale collegiale** **Arresto: non consentito** **Fermo: non consentito** **Custodia cautelare in carcere: non consentita** **Altre misure cautelari personali: vedi art. 289, comma 2, c.p.p.** **Citazione: diretta a giudizio** **Udienza preliminare: prevista** **Prescrizione: 6 anni**

SOMMARIO ■1. Premesse ■2. La struttura ■2.1. Omissione e silenzio sulle richieste ostensive di documenti amministrativi ■2.2. L'elemento soggettivo ■2.3. Tentativo ■2.4. Concorso con altri reati

1. Premesse.

L'art. 328, nella formulazione introdotta con la riforma del 1990, include due autonome fattispecie incriminatrici. *Le due fattispecie*

Con la prima, per la quale è prevista una pena più grave, è sanzionato il fatto del pubblico ufficiale o incaricato di p.s. che rifiuta indebitamente un atto che, per ragioni specifiche, indicate dalla norma, deve essere compiuto senza ritardo.

Con la seconda fattispecie, contenuta nel secondo comma, è incriminata la condotta consistente nel non compiere, entro trenta giorni dalla richiesta di chi abbia interesse, l'atto dovuto, senza rispondere per esporre le ragioni del ritardo.

Il bene tutelato dalla norma in esame è il normale funzionamento della pubblica amministrazione, di cui costituisce presupposto ineludibile l'effettività, tempestività ed efficacia dell'adempimento delle pubbliche funzioni e delle prestazioni dei pubblici servizi ¹. *Bene protetto*

È stato altresì precisato che il regolare andamento della p.a. deve riguardare non solo la sua struttura organizzativa ma, soprattutto, la concreta fase di realizzazione dei compiti istituzionali.

Si ritiene, infatti, che il semplice inadempimento di un dovere funzionale non possa essere penalmente sanzionato se ad esso non consegua il venire meno dei risultati che la p.a.

¹ PAGLIARO, *cit.*, 291.

persegue per il soddisfacimento dei pubblici interessi ².

La fattispecie di cui al primo comma, diversamente da quella del secondo comma, è dunque monoffensiva: la Suprema Corte ha tuttavia precisato che “*ciò non esclude — in linea teorica — che il pubblico interesse possa coincidere anche con un interesse privatistico, ipotesi nella quale il reato assume natura plurioffensiva. Perché questo accada, tuttavia, è necessario l'accertamento da parte del giudice del merito della coincidenza dell'interesse pubblico con quello del privato*”³.

Tale affermazione non è priva di conseguenze, poiché, come noto, soltanto alla persona offesa dal reato compete l'avviso della richiesta di archiviazione, con il conseguente diritto di fare opposizione a tale richiesta.

Discorso diverso vale, come anticipato sopra, per la fattispecie di cui al secondo comma: conformemente all'indirizzo dottrinale tradizionalmente sostenuto *ante* riforma, secondo cui la norma tutelava, sia pure in via mediata, anche le situazioni giuridiche dei cittadini che sono parti del rapporto con la P.A., si è più di recente assistito allo sviluppo di tesi dottrinali ⁴, peraltro condivise in giurisprudenza ⁵, secondo cui il reato di omissione di atti d'ufficio avrebbe natura plurioffensiva.

Verrebbe leso, infatti, oltre all'interesse al buon andamento della P.A. nello svolgimento dei suoi compiti istituzionali, anche il concorrente interesse del soggetto richiedente il compimento dell'atto.

Soggetto attivo Quanto al soggetto attivo, le fattispecie in esame costituiscono esempi di reati propri, che possono essere compiuti soltanto dal pubblico ufficiale e dall'incaricato di p.s.

Organo collegiale Secondo la giurisprudenza della Suprema Corte, il reato (indistintamente quello di cui al primo e al secondo comma) può essere commesso soltanto dal soggetto che abbia competenza a compiere l'atto richiesto. Nel caso di provvedimento amministrativo per la cui adozione sia necessario il concorso di più uffici, appartenenti alla medesima amministrazione, resterebbero quindi penalmente irrilevanti le eventuali condotte omissive prive di rilevanza esterna ⁶.

Solo il provvedimento finale e quelli che, precedendolo, si presentano come atti necessari, dotati di autonoma rilevanza, ricadono dunque nella fattispecie in esame.

Casistica: in particolare il medico di guardia e l'ufficiale giudiziario In ossequio al principio di personalità della responsabilità penale, di cui all'art. 27 Cost., in caso di ritardo od omissione da parte di un organo collegiale, risponde del reato non il soggetto che abbia la rappresentanza esterna dell'organo medesimo, ma i singoli componenti dello stesso; è necessario, da un lato, “una richiesta ai suddetti indirizzata da parte dell'interessato e, dall'altro, la mancata spiegazione da parte dei singoli delle ragioni della condotta, ad essi ascrivibile, che ha determinato l'omissione o il ritardo dell'atto collegiale”⁷.

Ricca la casistica giurisprudenziale: ad esempio, con riguardo al medico di guardia presso un pronto soccorso, la Suprema Corte ha ritenuto che, accertata la necessità del ricovero, egli non potrebbe limitarsi a consigliare ai congiunti dell'infermo il ricovero presso un ospedale più apprezzato, senza neanche disporre, sebbene richiesto, il trasporto in autoambulanza. Un comportamento di tal genere integrerebbe, infatti, il reato di cui al primo comma dell'art. 328

² SEGRETO-DE LUCA, *cit.*, 672.

³ Cass. 29 maggio 2008, n. 40594 e Cass., sez. VI, 9 gennaio 2000, n. 1181.

⁴ MANNA, *Sub art. 328*, in PADOVANI (a cura di), *I delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, *cit.*, 532.

⁵ Cfr., *ex multis*, Cass., 29 maggio 2008, n. 40594, Cass. sez. VI, 5 agosto 1997, n. 7761.

⁶ Cass., 6 aprile 2000, n. 5691 e Cass., 17 giugno 1999, n. 9426.

⁷ Cass., 28 novembre 1997, n. 2320.

perché la l. 27 marzo 1969 n. 128 pur affidando al medico di guardia il giudizio in ordine alla necessità del ricovero e alla destinazione del paziente, non gli consente, una volta accertate le precarie condizioni del malato, di rifiutare la prestazione richiesta. Qualora il ricovero non possa avere luogo, ad es., per mancanza di posti, il medico dovrebbe almeno assicurare mediante autoambulanza il trasporto presso un diverso ospedale ⁸.

Ancora, con riguardo all'attività medica, la Cassazione ha ritenuto che la necessità e l'urgenza di effettuare una visita domiciliare, sulla base di quanto prevede l'art. 13 del d.p.r. 25 gennaio 1991, n. 41, è rimessa alla valutazione discrezionale dal sanitario di guardia, sulla base della propria esperienza; tale valutazione sommaria, soggetta al sindacato del giudice di merito sulla base degli elementi di prova sottoposti al suo esame, non può tuttavia prescindere dalla conoscenza del quadro clinico del paziente, acquisita dal medico attraverso la richiesta di indicazioni precise circa l'entità della patologia dichiarata ⁹.

Anche l'ufficiale giudiziario può rendersi colpevole del reato in esame. Quando si tratta di titoli per i quali non è prevista la spedizione in forma esecutiva ex artt. 475 e 479 c.p., ma la loro trascrizione integrale nell'atto di precetto ai sensi dell'art. 480 c.p.c., egli ha l'obbligo di provvedere unicamente alla certificazione della conformità della trascrizione ai titoli originari. Egli non può quindi esercitare alcun sindacato in materia di prescrizione o di esecutività del titolo, anche in considerazione del fatto che esistono strumenti processuali volti a risolvere questioni riguardanti la sussistenza del diritto all'esecuzione (art. 615 c.p.c.) nonché la regolarità formale del titolo. In considerazione di ciò la Cassazione ha ritenuto che l'ufficiale giudiziario che rifiuta di notificare un precetto di pagamento e di certificare nell'atto di precetto la conformità della trascrizione degli assegni bancari ai titoli originari, per essersi verificata la prescrizione dell'azione, risponde del reato di cui all'art. 328 c.p. nella formulazione antecedente la riforma del 1990 ¹⁰.

Infine, sempre con riferimento ai soggetti e più in particolare ai soggetti passivi, la giurisprudenza più recente ha chiarito che *“l'integrazione della fattispecie criminosa dell'omissione di atti d'ufficio, nella forma di cui all'art. 328, co. 2, c.p., ha riguardo esclusivamente alle condotte della p.a. nei rapporti con i soggetti ad essa esterni, non anche a quelle che abbiano avuto luogo all'interno dell'amministrazione, che potranno integrare la diversa fattispecie di cui all'art. 328, co. 1, c.p., od assumere rilevanza meramente disciplinare”* ¹¹.

2. La struttura.

Quanto alla condotta punibile, come già sottolineato, l'attuale formulazione dell'art. 328 opera una netta distinzione, nel primo e nel secondo comma, tra la condotta di rifiuto di atti d'ufficio e quella dell'omissione.

*La
fattispecie
di cui al
comma 1*

Poiché, in entrambi i casi, è necessaria, per la configurabilità del reato, una previa richiesta da parte del privato, la dottrina maggioritaria ha qualificato il presente reato come “delitto di

*Necessità
(o meno)
della previa
richiesta*

⁸ Cass., 4 novembre 1997.

⁹ Cass., sez. VI, 8 agosto 2003, n. 34047; in relazione al servizio di guardia medica, la Cassazione ha precisato che non commette il reato *de quo* il medico che, trovandosi solo nella sede e richiesto di effettuare un intervento domiciliare (nella specie un'iniezione di antibiotico ad un malato di cancro), si rifiuta di intervenire opponendo il dovere di non lasciare sguarnita la guardia medica per svolgere un'attività che può essere eseguita anche da personale paramedico ed infermieristico (Cass., 1 marzo 2004, n. 9204).

¹⁰ Cass., 24 settembre 1993.

¹¹ Cass., sez. IV, 14 luglio 2011, n. 34385.

messa in mora”¹².

In senso contrario, la Suprema Corte ha ritenuto che il reato in esame è integrato non solo quando vi sia stata una sollecitazione soggettiva concretatesi in una richiesta o in un ordine e il comportamento dell'agente si ponga come risposta negativa ad essi, ma anche, indipendentemente da una richiesta o da un ordine, quando sussista un'urgenza sostanziale, impositiva dell'atto, resa evidente dai fatti oggettivi posti all'attenzione del soggetto obbligato ad intervenire, sicché l'inerzia soggettiva del medesimo assuma la valenza di rifiuto¹³.

Forma del rifiuto La condotta di rifiuto prevista dal primo comma dell'art. 328 può estrinsecarsi in qualsiasi forma: scritta, orale ovvero attraverso atti significativi. Può essere anche espressa in modo implicito¹⁴.

Non è quindi sufficiente una mera inerzia: argomentando in senso contrario si finirebbe per violare il divieto di analogia *in malam partem*.

La giurisprudenza appare oscillante sul punto: secondo un primo orientamento, infatti, “una mera inerzia, un semplice “*non facere*” senza qualcosa che esprima la volontà negativa del soggetto agente non possono essere qualificati come rifiuto implicito”¹⁵.

In altri precedenti, invece, si è sostenuto che il reato in oggetto “non richiede che il rifiuto sia espresso in modo solenne o formale, ma può essere espresso anche dalla silente inerzia del pubblico ufficiale, protratta senza giustificazione oltre i termini di comportamento o addirittura di decadenza, nei casi in cui essa dipenda per il privato dal mancato compimento dell'atto entro un termine”¹⁶.

Gli atti da compiersi senza ritardo... Il primo comma dell'art. 328 commina la sanzione penale per il rifiuto non di qualsiasi atto d'ufficio, ma solo di quelli che per ragioni di giustizia o di sicurezza pubblica o di ordine pubblico o di igiene e sanità debbano essere compiuti senza ritardo.

Il reato in esame non è dunque integrato “qualora l'atto, pur rispondente alle ragioni indicate nell'art. 328, non riveste carattere di indifferibilità e di doverosità”¹⁷.

...per ragioni di giustizia... Si è sostenuto che, dovendo trattarsi di atto indifferibile, è necessario che sia la legge a prescrivere che l'atto debba compiersi senza ritardo¹⁸.

Il riferimento legislativo ad atti da compiere senza ritardo ha indotto altra parte della dottrina ad interrogarsi sul perché il ritardo non sia stato esplicitamente equiparato al rifiuto come condotta punibile¹⁹.

...sicurezza pubblica... Secondo una diversa ed estensiva opinione, invece, nella nuova formulazione del delitto anche le omissioni e i ritardi assumerebbero rilevanza penale²⁰.

¹² FIANDACA-MUSCO, *cit.*, 259; MANNA, *cit.*, 341.

¹³ Cass., sez. VI, 27 settembre 2012, n. 39745, Cass., sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 17069, Cass., 7 gennaio 2010, n. 4995, Cass., 20 febbraio 1998, n. 3269.

¹⁴ PAGLIARO, *cit.*, 29; PUTINATI, voce *Omissione*, *cit.*, 578 ss.

¹⁵ Cass., 9 dicembre 1996, in *Cass. pen.*, 1998, 1118.

¹⁶ Cass., 24 gennaio 2004, n. 2510 e Cass. pen., 21 gennaio 1998.

¹⁷ Cass., 11 febbraio 1999, n. 5596.

¹⁸ FIANDACA-MUSCO, *cit.*, 46; PADOVANI, *Commento alla riforma dei delitti dei p.u. contro la p.a.*, in *Corr. giur.*, 1990, 544.

¹⁹ CADOPPI-VENEZIANI, *Omissione o rifiuto di atti d'ufficio*, in *Enc. giur. Trecc.*, XXI, 1990, 20; PAGLIARO, *Principi*, *cit.*, 1998, 297.

²⁰ DASSANO, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti d'ufficio*, in *Quaderni CSM*, 1992, 139.

Tale opinione è stata criticata da chi ha ritenuto, al contrario, che incriminare anche le condotte meramente omissive o dilatorie costituirebbe il risultato di una vera e propria estensione analogica, non ammessa nel nostro ordinamento penale ²¹. ...ordine pubblico...

Venendo ad una breve analisi delle ragioni per cui l'atto deve essere compiuto, affinché il suo rifiuto acquisisca rilevanza penale, va ricordato che la ragione di giustizia deve essere intesa obiettivamente, come inerente a una funzione giudiziaria. Si è affermato in proposito che le ragioni di giustizia di cui al comma 1 art. 328 c.p. sono quelle che ineriscono a qualunque provvedimento o ordine autorizzato da una norma giuridica per la pronta attuazione del diritto obiettivo e diretto a rendere più agevole l'attività del giudice, del p.m. o degli ufficiali di P.G., fermo restando che la ragione di giustizia si esaurisce con la emanazione del provvedimento. ...igiene e sanità

La sicurezza pubblica riguarda invece le funzioni di polizia dirette a mantenere la sicurezza e l'incolumità dei cittadini, a tutelare la loro proprietà, a prestare soccorso in caso di pubblici o privati infortuni e a prevenire i reati. L'ordine pubblico concerne invece la tutela della tranquillità pubblica e della pace sociale: non vi rientra quindi la normativa edilizia e urbanistica, perché, nell'attuale momento storico la relativa materia ha acquistato una notevole rilevanza penale, sotto il profilo statistico criminale, ed una sufficiente autonomia giuridico-concettuale.

Infine, le ragioni di igiene e sanità riguardano indistintamente la sanità pubblica e quella privata ²², sempre che si tratti dell'esigenza di tutelare la salute della persona interessata al compimento dell'atto. Non è il caso, ad esempio, del medico che rifiuti di emettere un certificato a finalità d'indennizzo ²³.

Affinché il rifiuto o l'omissione assumano rilevanza penale è inoltre necessario che la condotta sia indebita. In dottrina si è asserito che il requisito in parola è integrato quando la condotta sia contraria ai doveri dell'agente, con la conseguenza che il delitto di rifiuto non è configurabile qualora l'agente abbia l'obbligo o la facoltà di rifiutare il compimento dell'atto.

In particolare è stato sostenuto che l'espressione "indebitamente" è volta a delineare un caso di illiceità speciale, categoria che "tende a delimitare la rilevanza penale a quelle sole forme di diniego di adempimento che non trovano alcuna giustificazione plausibile alla stregua delle norme amministrative che disciplinano i doveri di agire" ²⁴.

In giurisprudenza si è affermato che per aversi un rifiuto indebito occorre che il "rifiuto, il ritardo o l'omissione si siano verificati senza alcuna valida ragione di legittimazione" e cioè quando tali fatti non trovino giustificazione nella legge o in un atto della autorità competente o nella assoluta impossibilità ²⁵.

La finalità sottesa alla norma in commento è, quindi, quella di salvaguardare il regolare andamento e la funzionalità operativa della P.A. a fronte di inadempienze imputabili ai propri dipendenti i quali, in violazione di precisi obblighi normativi su di essi incumbenti, possano illecitamente ostacolare o compromettere l'effettiva realizzazione dei fini d'interesse pubblico stabiliti dalla norma giuridica attributiva del potere.

Di recente, *Cass. pen., sez. VI, 7 giugno 2012, n. 23107*, ha sancito che, in ogni caso, "non è integrato il delitto previsto dall'art. 328, co. 1, c.p. quando l'atto il cui compimento si richiede al pubblico ufficiale venga a ledere i suoi diritti costituzionalmente garantiti non potendosi, in tale ipotesi, considerare indebito il rifiuto". Nel caso indicato, infatti, la Corte ha escluso la sussistenza del reato, con riferimento al rifiuto da parte del sindaco di un comune di consegnare alla polizia giudiziaria un regolamento comunale che avrebbe dovuto provare la sua responsabilità penale in un diverso procedimento.

²¹ PUTINATI, *Omissione. Rifiuto di atti di ufficio*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, 1994, 578.

²² PAGLIARO, *cit.*, 306.

²³ Cass, sez. VI, 24 settembre 2001.

²⁴ FIANDACA-MUSCO, *cit.*, 260.

²⁵ Cass., 17 ottobre 1990 (la decisione si riferisce al testo riformato).

Sotto tale profilo, è stato osservato che i doveri ed i compiti dell'addetto al servizio di guardia medica rinviengono il loro specifico fondamento giuridico nelle disposizioni di cui all'art. 13 D.P.R. n. 41/1991, in virtù delle quali, tra l'altro, il medico che esercita la funzione di guardia in forma attiva o in forma di disponibilità è tenuto, nel corso del turno cui è preposto, ad effettuare prontamente tutti gli interventi che gli siano sollecitati direttamente dall'utenza²⁶. Nel caso di specie, a fronte di una reiterata e concitata richiesta di soccorso immediato, motivata da preoccupanti condizioni di salute di una bambina di diciassette mesi, l'imputato, pur percependo la manifesta ed oggettiva indilazionabilità dell'intervento, ha rifiutato di prestare la necessaria assistenza medica, nonostante l'assenza di plausibili e legittime cause impeditive, limitandosi, nel prospettare una generica ed inattendibile impossibilità personale di agire, a sollecitare la madre a recarsi immediatamente in ospedale.

*Cass. pen.,
sez. IV, 2
agosto 2007,
n. 31670*

In termini, *Cass. pen., sez. IV, 2 agosto 2007, n. 31670*, secondo cui risponde del delitto di omissione di atti d'ufficio il sanitario comandato del servizio di guardia medica che, richiesto di una visita domiciliare urgente, non intervenga, pur presentando la richiesta di soccorso inequivoci connotati di gravità. Il medico in servizio di guardia medica è tenuto, infatti, ad effettuare al più presto tutti gli interventi che siano richiesti direttamente dall'utente; e se è pur vero che non può negarsi al sanitario il compito di valutare la necessità di visitare il paziente sulla base del quadro clinico prospettato (considerando che il rifiuto rilevante, a norma dell'art. 328, c.p. deve riguardare un atto indifferibile dal cui mancato compimento può derivare un pregiudizio) è anche vero che una tale discrezionalità può ben essere sindacata dal giudice di merito sulla base degli elementi di prova sottoposti al suo esame.

Parimenti, è stato di recente sottolineato che il sanitario del Servizio di Continuità Assistenziale, in quanto dotato, nell'espletamento dell'attività di diagnosi e di prescrizioni di prestazioni farmaceutiche e terapeutiche, di poteri certificativi ed autoritativi e quindi partecipe delle pubbliche funzioni dell'Ente sanitario pubblico, riveste lo *status* di pubblico ufficiale ed ha, pertanto, il dovere di non rifiutare indebitamente un atto del proprio ufficio che, per ragioni di sanità, deve essere compiuto senza ritardo.

La giurisprudenza ha altresì rilevato che a prescindere dall'espressa previsione di un termine entro il quale l'atto deve essere compiuto, l'atto stesso deve possedere il requisito dell'indifferibilità, nel senso che deve essere compiuto immediatamente per non pregiudicarne, sia pure potenzialmente, l'utilità e per non determinare l'aumento del rischio per gli interessi tutelati dalla fattispecie incriminatrice: in tal caso, il ritardo si risolve, di fatto, in rifiuto.

In conclusione, la Corte di Cassazione ha affermato che il medico in servizio di guardia è tenuto ad effettuare al più presto tutti gli interventi che siano richiesti direttamente dall'utente; e se è pur vero che non può negarsi al sanitario il compito di valutare la necessità di visitare il paziente sulla base del quadro clinico prospettato, considerando che il rifiuto rilevante *ex art. 328, co. 1, c.p.*, deve riguardare un atto indifferibile dal cui mancato compimento può derivare un pregiudizio, è anche vero che una tale discrezionalità può ben essere sindacata dal giudice di merito sulla base degli elementi di prova sottoposti al suo esame²⁷.

In tema, di recente, *Cass. pen., sez. VI, 11 febbraio 2009, n. 12143*, secondo cui integra il delitto di rifiuto di atti d'ufficio la condotta del sanitario in servizio di guardia medica che non aderisca alla richiesta di intervento domiciliare urgente e si limiti a consigliare per via telefonica la somministrazione di un farmaco, nonostante l'iniziale diagnosi sia stata confermata all'esito del successivo controllo ospedaliero del paziente, dovendosi ritenere sindacabile dal giudice la discrezionale valutazione del sanitario sulla necessità di compiere o meno la visita, al fine di accertare se la stessa sia stata correttamente effettuata, ovvero se costituisca un mero pretesto per giustificare l'inadempimento dei propri doveri.

Nel caso di specie, la sintomatologia riferita dalla madre di un minore in tenera età - conati di vomito continuo per oltre mezz'ora - è stata ritenuta di per sé inidonea, dato il suo carattere

²⁶ Trib. Salerno, sez. I, 25 luglio 2001.

²⁷ Cass., Sez. VI, 7 settembre 2005, n. 33018.

aspecifico, a consentire la formulazione di una corretta diagnosi.

Quanto alla fattispecie di cui al secondo comma la condotta consiste nel mancato compimento dell'atto d'ufficio richiesto, senza che vi sia una risposta che giustifichi le ragioni del ritardo.

*La
fattispecie
di cui al
secondo
comma*

Perché la norma in esame risulti applicabile è necessario che venga posto in essere un meccanismo di messa in mora, vale a dire una richiesta scritta da parte del privato, da cui decorre il termine per l'adozione dell'atto ovvero per formulare una risposta negativa che espliciti le ragioni del ritardo.

Secondo autorevole, ma isolata, dottrina, anche il ritardo, oltre all'omissione, rientrerebbe nel campo di applicazione della presente fattispecie: si valorizza il fatto che il codice penale richiede che il p.u. non risponda "per esporre le ragioni del ritardo"²⁸.

Altra dottrina, invece, nega la rilevanza del ritardo osservando che non sarebbe di alcun interesse, per il diritto penale, ciò che accade allo scadere dei trenta giorni, poiché a quel punto la fattispecie sarebbe già perfezionata²⁹.

Secondo la giurisprudenza prevalente non avrebbe alcuna rilevanza il fatto che la mancata adozione dell'atto o la mancata risposta non possano in alcun modo produrre danno: la Suprema Corte ha, infatti, osservato che il principio di necessaria offensività, richiamato da taluno per negare la configurabilità del reato nell'ipotesi in esame, non trova una formulazione inequivoca nel codice penale³⁰.

Trattasi di reato plurioffensivo.

*Bene
protetto:
reato pluri-
offensivo*

Come il Giudice di legittimità ha avuto modo di sottolineare, infatti "il reato di omissione di atti di ufficio, punito dall'art. 328, co. 2, c.p. integra un delitto plurioffensivo, ledendo, oltre all'interesse pubblico al buon andamento ed alla trasparenza della p.a., anche il concorrente interesse del privato leso dall'omissione o dal ritardo dell'atto amministrativo dovuto. Tale norma, infatti, 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. Ne consegue che il richiedente interessato riveste la posizione di persona offesa dal reato, tutelata dalle garanzie procedurali previste dagli artt. 408-410 c.p.p."³¹.

Sul punto, *Cass. pen. sez. VI, 7 giugno 2011, n. 36249*, ha precisato che è da escludere la configurabilità del reato di cui all'art. 328, co. 2, c.p. qualora la diffida ad adempiere abbia carattere puramente pretestuoso.

Va tuttavia ricordata l'opposta e minoritaria tesi dottrinale secondo cui unico titolare dell'interesse leso dal reato è lo Stato-pubblica amministrazione³².

Tornando alla condotta punibile, va precisato che il meccanismo innescato dalla richiesta del privato non si attiva inammissibilmente ogni qualvolta il richiedente prospetti la competenza dell'ufficio: è, infatti, necessario che sussista un obbligo di avvio del procedimento o, più in generale, che un procedimento

*L'obbligo
di avvio del
procedi-
mento*

²⁸ PAGLIARO, *cit.*, 297.

²⁹ STORTONI, *Delitti contro la p.a.*, 149 ss.

³⁰ Cass., sez. VI, 17 giugno 1992.

³¹ Cass., sez. VI, 12 novembre 2002, n. 5376.

³² PAGLIARO, *cit.*, 293.

amministrativo sia stato avviato, “rimanendo al di fuori della tutela penale quelle richieste che, per mero capriccio o irragionevole puntigliosità, sollecitano alla P.A. un’attività che la stessa ritenga ragionevolmente superflua e non doverosa”³³.

Le norme cui si deve avere riguardo per verificare l’idoneità della domanda, ed il conseguente obbligo dell’ufficio, sono quelle che regolano il procedimento amministrativo.

Ad esempio, in una fattispecie in cui al sindaco di un comune erano state rivolte istanze e diffide volte ad ottenere la regimentazione di una strada interpodereale e a conoscere l’iter ed il responsabile del procedimento, questi è stato assolto dal reato di cui all’art. 328, comma 2 c.p., non sussistendo la competenza del comune a provvedere sulle richieste in questione³⁴.

Ciò non significa, tuttavia, che il pubblico ufficiale sia esentato dall’obbligo di risposta per il solo fatto dell’infondatezza delle ragioni alla base dell’istanza.

Secondo la Suprema Corte, infatti, l’infondatezza nel merito delle richieste del privato non esime l’agente dall’obbligo di risposta³⁵, essendo sufficiente, perché sorga l’obbligo ex art. 328 c.p., la mera idoneità dell’istanza del privato.

L’interesse all’emanazione dell’atto: irrilevanza degli interessi di mero fatto Affinché possa ritenersi integrata la fattispecie in esame è altresì necessario che la diffida provenga non da un privato qualsiasi ma da colui che abbia un interesse qualificato al compimento dell’atto.

In proposito il Giudice di legittimità ha osservato che la richiesta del privato “deve riflettere un interesse personale e diretto alla emanazione di un atto o di un provvedimento identificabile in una posizione giuridica soggettiva di diritto soggettivo o di interesse legittimo, con esclusione di qualsiasi situazione che attenga ad interessi di mero fatto”³⁶.

Rientrerebbe, ad esempio, tra gli interessi di mero fatto, quello all’acquisizione di un atto, da parte di un consigliere comunale, per meri fini di attività politica; è stato altresì ritenuto un interesse di mero fatto quello connesso ad una lamentata situazione di pericolo riguardante una costruzione limitrofa alla proprietà del soggetto che reclamava l’adozione di un provvedimento contingibile e urgente³⁷.

Necessità della diffida Perché sia rilevante, la richiesta del privato deve atteggiarsi come vera diffida, non assumendo rilievo una mera segnalazione, ad esempio, di un pericolo connesso allo stato di un immobile³⁸.

Anche la giurisprudenza di merito è orientata in tal senso, ritenendo che la diffida ad adempiere sia “atto ontologicamente distinto dalla mera istanza dell’interessato volta ad ottenere l’adozione di un provvedimento amministrativo ed è atto necessario ai fini della

³³ Cass., sez. VI, 19 ottobre 2011, n. 79.

³⁴ Cass., 26 novembre 1997.

³⁵ Cass., sez. VI, 22 marzo 2000, n. 6778.

³⁶ Cass., sez. VI, 13 novembre 2003 n. 43492, 13 marzo 2001, n. 18033. Più di recente Cass., sez. VI, 11 aprile 2012, n. 30463, secondo cui “l’interesse cui fa riferimento la norma deve intendersi in senso di interesse qualificato, e cioè quello di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata, come si esprime l’art. 22, comma 1, lett. b), legge 7 agosto 1990, n. 241”.

³⁷ Cass., 8 maggio 1998.

³⁸ Cass., 27 settembre 2010, n. 40008 secondo cui “la richiesta scritta di cui all’art. 328, co. 2, c.p., assume la natura e la funzione tipica della diffida ad adempiere, dovendo la stessa essere rivolta a sollecitare il compimento dell’atto o l’esposizione delle ragioni che lo impediscono”, escludendo la configurabilità del reato qualora il privato invii delle lettere alla PA, contenenti solo istanze dirette ad ottenere il rilascio di atti e l’adozione di provvedimenti in materia edilizia; in termini Cass., 8 maggio 1998.

configurazione del reato di cui all'art. 328 c.p.”³⁹.

La messa in mora derivante dalla diffida deve inoltre essere non solo conoscibile ma anche effettivamente conosciuta dal pubblico funzionario⁴⁰.

Secondo alcuni precedenti, specialmente di merito, la diffida dovrebbe addirittura essere notificata formalmente al pubblico ufficiale tenuto a provvedere su di essa⁴¹.

Si è detto sopra che il delitto in esame può configurarsi esclusivamente rispetto agli atti che abbiano rilevanza esterna. Da ciò si ricavano alcuni ulteriori corollari: in primo luogo la Suprema Corte ha ritenuto che non possa configurarsi l'omissione penalmente rilevante nei rapporti tra le pubbliche amministrazioni. L'ipotesi prevista dall'art. 328, infatti, è diretta a disciplinare esclusivamente i rapporti tra la p.a. ed i soggetti ad essa esterni, fornendo a questi ultimi uno specifico e puntuale strumento di tutela⁴².

Non configurabilità dell'omissione nei rapporti tra pubbliche amministrazioni

La giurisprudenza ha altresì escluso che il rifiuto di ottemperare all'ordine impartito dal superiore al subordinato, nell'ambito del medesimo ente pubblico, sia inquadrabile nella fattispecie dell'omissione, “ove tale condotta si concretizzi in una mera violazione dei doveri d'ufficio, eventualmente censurabile nella competente sede disciplinare, ma senza che di essa si abbia una rilevanza negativa esterna”⁴³.

La giurisprudenza di legittimità ha anche affrontato il tema dell'applicabilità dell'art. 328 all'attività amministrativa discrezionale, risolvendolo nel senso che “quando l'atto domandato è un atto dovuto, cioè un atto vincolato, con esclusione di qualsiasi scelta discrezionale sui tempi e i modi della sua emanazione, la p.a. ha il dovere di provvedere ai sensi dell'art. 328 comma 2 c.p. e pertanto il pubblico ufficiale è tenuto, ricorrendo tutte le condizioni di fatto e di diritto necessarie, a compiere l'atto richiesto, ovvero, in mancanza delle condizioni stesse o in presenza di altre cause impeditive, a darne ragione nella risposta, prima del decorso del termine di trenta giorni. L'obbligo di compiere l'atto d'ufficio non sussiste, invece, qualora si tratti di attività discrezionale, ma, se l'atto non viene emesso, sorge comunque il dovere del pubblico ufficiale di fornire una risposta al richiedente prima della scadenza del termine”⁴⁴.

Art. 328 e attività discrezionale

La decisione qui richiamata induce ad una riflessione sulla condotta incriminata dalla norma in esame. La Suprema Corte, infatti, sembra ritenere che, qualora l'atto sia “dovuto”, il suo compimento non ammetta equipollenti, neppure se questi consistano nella risposta volta ad esporre le ragioni del ritardo. Si legge, infatti, nella motivazione che “in tali casi, l'amministrazione non potrà non compiere l'atto richiesto, sempre ché ricorrano tutte le condizioni di fatto e di diritto necessarie. E la mancanza eventuale di una o più di tali condizioni (come ogni altra possibile circostanza impeditiva in ordine al compimento dell'atto) dovrà essere indicata nella risposta, prima del decorso del termine di trenta giorni, quale causa di giustificazione del ritardo”.

Va tuttavia ricordato che, più di recente, la Cassazione, tornando sui propri passi, ha chiarito che, ai fini della consumazione del reato di cui al capoverso dell'art. 328, “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”⁴⁵.

In questo modo il giudice di legittimità sembra aver chiarito, una volta per tutte, che, anche se l'atto è dovuto e non residuano margini di discrezionalità, per non incorrere nella sanzione penale il p.u. può sempre “rispondere per esporre le ragioni del ritardo”, senza tuttavia compiere l'atto richiesto. Una simile soluzione appare in effetti condivisibile, se si considera che la norma di cui al secondo comma dell'art. 328 ha il preciso scopo di fornire uno

³⁹ Tribunale di Pescara, 20 febbraio 2001.

⁴⁰ Cass., 8 ottobre 1998.

⁴¹ Tribunale di Fermo, 22 luglio 2002.

⁴² Cass. sez. VI, 6 febbraio 1998 n. 2351. In senso conforme, in dottrina, cfr. PUTINATI, voce *Omissione*, cit., 576 ss.; SEGRETO-DE LUCA, cit., 679.

⁴³ Cass., sez. VI, 11 ottobre 1999, n. 12547.

⁴⁴ Cass., sez. VI, 3 novembre 1997, n. 11484 e più di recente Cass., 18 maggio 2007, n. 19358.

⁴⁵ Cass., sez. VI, 13 marzo 2003, n. 11877.

strumento di tutela al privato, che, conoscendo le ragioni del rifiuto, può, ad esempio, impugnarlo di fronte al giudice amministrativo.

Ritenere invece che, per sfuggire ai rigori del codice penale, il pubblico funzionario, a fronte di una richiesta fondata, debba necessariamente adottare l'atto richiesto, potrebbe aprire la strada a pericolose valutazioni da parte del giudice penale in ordine al merito dell'azione amministrativa. Soltanto nei casi più gravi, previsti dal primo comma della norma in commento, il legislatore penale ha voluto fornire una tutela rafforzata e punire il mancato compimento di un atto, indipendentemente dall'esposizione delle ragioni del ritardo.

Consistenza dell'obbligo di risposta da parte del p.u. In un altro caso, la Suprema Corte ha tuttavia temperato la consistenza dell'obbligo di risposta da parte del funzionario che ritenga infondata la richiesta del privato. Se, infatti, il cittadino è già a conoscenza delle ragioni per cui l'atto richiesto viene rifiutato (ad esempio quando il preteso diritto sia contestato al punto da costituire oggetto di accertamento in un procedimento giurisdizionale pendente e promosso dallo stesso privato), la tutela apprestata dall'art. 328, comma 2, non può operare, "poiché in tal caso la richiesta non può che essere pretestuosamente rivolta a superare i tempi necessari per ottenere una pronuncia da parte dell'autorità giudiziaria né, d'altra parte, il giudice penale è autorizzato a sindacare il fondamento delle eccezioni sollevate dalla p.a. nel giudizio pendente"⁴⁶.

Forma della risposta Quanto alla forma della risposta prevista dal comma 2, la stessa deve essere scritta, "in base ai principi generali dell'ordinamento che richiedono la forma scritta per gli atti destinati ad essere controllati da un'autorità diversa e normalmente sovraordinata, ovvero quando la verifica dell'esistenza dell'atto e del suo contenuto sia rimessa non all'autorità amministrativa ma a quella giudiziaria"⁴⁷.

Non mancano tuttavia, nei precedenti dei Tribunali di merito, arresti nei quali si è seguita l'opposta tesi, secondo cui, nulla prescrivendo la norma dell'art. 328 comma 2 con riguardo alla forma che deve assumere la risposta del pubblico funzionario, la risposta di quest'ultimo può essere formulata con forme diverse da quella scritta, quindi anche verbalmente o per via telematica⁴⁸.

Decorrenza del termine di trenta giorni Nell'analisi del secondo comma dell'art. 328, è di centrale importanza il profilo dell'individuazione del momento in cui il termine di trenta giorni inizia a decorrere. Secondo la giurisprudenza di merito "il contegno inerte del pubblico ufficiale può acquistare rilevanza solo successivamente e non contestualmente al decorso del termine dei primi trenta giorni di cui alla l. n. 241/90. Ciò perché, al fine di poter configurare il delitto in questione, è necessario un primo tipo di istanza alla quale è connesso l'avvio del procedimento, ed una seconda istanza di messa in mora, con la quale si richiede, per iscritto, ma senza vincoli di particolare formalità, all'amministrazione di provvedere. Occorre inoltre, affinché l'istanza di messa in mora possa considerarsi efficace, che il procedimento amministrativo sia scaduto e che decorra inutilmente l'ulteriore termine di trenta giorni di cui all'art. 328 comma 2"⁴⁹.

In sostanza, secondo il precedente riportato, il termine di trenta giorni non decorre dalla prima richiesta del privato, quella, cioè, mirante ad ottenere il provvedimento richiesto, ma da una seconda istanza, che si configura come vera e propria messa in mora (da notificare ritualmente secondo alcuni precedenti giurisprudenziali). Ne consegue che, se la messa in mora fosse notificata dal privato prima che sia trascorso il termine per la conclusione del procedimento, questa avrebbe effetto (e inizierebbero a decorrere i trenta giorni) soltanto una volta che tale termine sia scaduto.

Tale soluzione è avallata dalla prevalente dottrina⁵⁰ e dalla più recente giurisprudenza.

⁴⁶ Cass., sez. VI, 15 maggio 2001, n. 24567.

⁴⁷ Cass., 3 novembre 1997.

⁴⁸ Trib. La Spezia, 9 ottobre 2001, in *Giur. merito*, 2002, 101,

⁴⁹ Trib. Sala Consilina, 20 ottobre 1998; Trib. Avellino, 6 novembre 1997 in *Giur. merito*, 1998, 474.

⁵⁰ SEGRETO-DE LUCA, *cit.*, 721; MIRABILE, *Considerazioni in tema di diritto di accesso ai documenti amministrativi di cui alla legge 7 agosto 1990 n. 241*, in *Cass. pen.* 1996, 3828, ss; SEMINARA, *Commentario breve*, 1999, *sub art.* 328, 871.

La Suprema Corte, sia pure in termini molto sintetici, ha chiarito che il reato di omissione di atti d'ufficio è integrato dal mancato compimento dell'atto ovvero dalla mancata esposizione delle ragioni del ritardo, entro trenta giorni dalla richiesta di chi vi abbia interesse, con la conseguenza che "il reato omissivo proprio e a consumazione istantanea deve intendersi perfezionato con la scadenza del predetto termine"⁵¹.

*Cass. pen.,
19 febbraio
2008 n.*

Il precedente citato sembra dunque propendere per la tesi secondo cui il termine di 30 giorni non decorre dall'originaria domanda, attesa la necessaria formalizzazione di un'istanza che metta in mora la PA, rilevando altresì il fatto che la legge regolatrice del procedimento amministrativo individui termini diversi o possibili proroghe.

2.1. Omissione e silenzio sulle richieste ostensive di documenti amministrativi.

Di particolare rilevanza sono le applicazioni dell'art. 328 c.p. concernenti il silenzio sulle richieste di accesso ai documenti amministrativi ex art. 25 l. n. 241/90.

Presupposto per la configurabilità della fattispecie è, come la giurisprudenza ha sottolineato, la presentazione di una richiesta ostensiva completa, dalla quale emerga chiaramente l'interesse posto a base dell'istanza e nella quale siano indicati gli estremi del documento ovvero gli elementi che ne consentano l'individuazione⁵².

Ciò detto, non sono molte le certezze raggiunte in dottrina e giurisprudenza sulla tutela penale del diritto d'accesso.

Segnatamente, tra i commentatori, mentre vi è chi plaude alla repressione penale della condotta dilatoria della p.a., mettendo in luce come il secondo comma dell'art. 328 c.p. sia destinato a creare "una fitta rete di corrispondenza tra cittadino e pubblici uffici"⁵³, non è mancato chi, al contrario, ha espresso valutazioni scettiche: la norma presenterebbe, infatti, un sapore squisitamente burocratico, consentendo al funzionario riottoso la scappatoia di giustificare il ritardo, senza che rilevi la fondatezza o meno delle ragioni esposte⁵⁴.

Si suggerisce, in proposito, per evitare il possibile svilimento della portata della norma in esame, di ritenere ingiustificati i ritardi spiegati con l'utilizzo di moduli a stampa o di lettere standard: secondo la tesi riportata, sarebbe la stessa lettera della norma a richiedere una risposta effettiva e non meramente formale, imponendo la "esposizione" delle ragioni del ritardo.

Venendo all'esposizione dell'elaborazione giurisprudenziale fiorita in materia, va dato atto del contrasto sorto circa la possibilità di ritenere la consumazione del reato in ipotesi di silenzio rifiuto (attualmente si dovrebbe parlare di rigetto, in seguito alla modifica dell'art. 25, l. n. 241/90, da parte della l. n. 340/2000) della p.a. ai sensi del citato art. 25.

A) Tesi secondo cui il silenzio ex art. 25, l. n. 241/90, è silenzio-rigetto

Parte della giurisprudenza ha optato per la tesi negativa in base ad una serie di osservazioni:

a) la fattispecie dell'omissione presuppone l'inerzia in senso tecnico della p.a., ossia la mancanza di una determinazione amministrativa, a fronte della presentazione dell'istanza e del successivo decorso del termine di 30 giorni⁵⁵;

b) per converso, l'art. 25, co. 4, l. n. 241/90, nel prevedere che decorsi i trenta giorni dall'istanza questa si intende rifiutata (*rectius* rigettata), annette al comportamento omissivo della p.a., pur se con un congegno finzionistico, la valenza di fattispecie provvedimentale tacita, ossia di provvedimento negativo, anche se non espresso, con il quale si è comunque

B) Tesi dell'art. 25 l. n. 241/90 come norma scriminante

⁵¹ Cass., 19 febbraio 2008, n. 27044; in senso contrario, Cass., sez. VI, 6 febbraio 2004, n. 4907, secondo cui "la data rilevante per il decorso dei 30 giorni di cui all'art. 328 c.p., co. 2, è [quella cui] risale la originaria richiesta".

⁵² Trib. Piacenza, 2 febbraio 1995.

⁵³ PADOVANI, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, in *Corriere giur.*, 1990, 540.

⁵⁴ BOVIO-MALAVENDA, *Commento alla legge 26 aprile 1990 n. 86*, in *Supplemento al Sole 24 ore 10 maggio 1990*, 13.

⁵⁵ Cass., sez. VI, 20 aprile 2000, n. 4918, in *Guida al diritto 21/2000*, 58.

data risposta alla domanda del cittadino;

c) ne deriva la non configurabilità, per effetto del semplice decorso del termine di 30 giorni dall'istanza, del presupposto della fattispecie penale, ossia la mancata maturazione di un provvedimento volto a riscontrare la sollecitazione dell'istante⁵⁶.

Secondo ulteriore e convergente argomentazione, l'art. 25, co. 4, l. n. 241/90, nell'attribuire spessore provvedimentale al silenzio amministrativo, fungerebbe da disposizione scriminante: mentre la norma penale, con disposizione di carattere generale, incrimina la condotta del pubblico ufficiale che, richiesto del compimento di un atto del proprio ufficio, non risponda nel termine di 30 giorni per esporre le ragioni del ritardo, le specifiche disposizioni di legge che contemplano la fattispecie del silenzio-ritardo autorizzano il pubblico ufficiale, ai sensi dell'art. 51 c.p., a non rispondere all'istanza rivoltagli, così da consentire al richiedente di promuovere l'azione amministrativa per stabilire la legittimità del silenzio rifiuto⁵⁷.

Obiezioni Tale ricostruzione presta tuttavia il fianco ad alcune critiche.

alla tesi

Va in primo luogo ricordato che parte della giurisprudenza penale limita la sfera di azione della scriminante codificata dall'art. 51 c.p. all'ipotesi dell'esercizio di un diritto soggettivo perfetto in senso tecnico⁵⁸, mentre nel caso di specie la scelta della p.a. di non dare risposta espressa all'istanza ostensiva assumerebbe al più connotato di mera facoltà.

In secondo luogo sembra potersi affermare che il silenzio di cui all'art. 25 l. n. 241/90 costituisce, più che un modulo procedimentale, il rimedio ad una patologia, diversamente, ad esempio, dall'ipotesi di silenzio-assenso di cui all'art. 20 della stessa legge 241, che costituisce invece il precipitato di una scelta legislativa di semplificazione.

Viene quindi in rilievo una semplice *fiatio iuris* che nulla sposta in merito all'offensività penale della condotta e che, pertanto, non è trasportabile al di fuori del terreno amministrativistico della formazione di un atto aggraziabile dinanzi al g.a.

Una diversa opzione interpretativa attribuirebbe al funzionario adito, in barba all'esigenza acceleratoria e di trasparenza esplicitata dall'art. 2 l. n. 241/90 in tema di obbligo di definizione esplicita del procedimento, la possibilità di trincerarsi dietro il congegno funzionistico del silenzio; e ciò anche quando si tratti, in concreto, di una richiesta di accesso pienamente fondata.

Tesi della

non

rilevanza

scriminante

La tesi della rilevanza non scriminante è stata seguita dalla Suprema Corte⁵⁹, che ha ritenuto il reato consumato allo spirare infruttuoso del termine di 30 giorni dalla richiesta di accesso.

Segnatamente, il Giudice di legittimità — chiamato a vagliare la fattispecie di un Comandante dei vigili urbani che non aveva dato risposta all'istanza di accesso presentata da un istruttore di vigilanza relativamente agli atti concernenti il trasferimento di *quell'ultimo* presso un altro ufficio — prende le mosse dalla considerazione che le due norme (art. 25, l.n. 241/90, e art. 328 c.p.) “sono in perfetta sintonia tra loro, costituiscono un tutto armonico ed hanno la finalità di garantire la trasparenza dell'azione amministrativa, riconoscendo il diritto del cittadino, che vi abbia interesse, di accedere ai relativi documenti”.

Ebbene, posto che dalla mancata tempestiva risposta derivano due conseguenze distinte, quella amministrativa della formazione del silenzio-rifiuto impugnabile innanzi al G.A. e quella penale della consumazione del reato previsto dall'art. 328 c.p. da parte del funzionario responsabile, “la rilevanza penale del comportamento omissivo del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di pubblico servizio) non viene, per così dire, vanificata dalla previsione del rimedio amministrativo anche contro il semplice silenzio e conserva la sua autonomia rispetto a tale rimedio. L'effetto penale obbedisce all'esigenza di reprimere quei comportamenti del pubblico ufficiale che contravvengono al principio di correttezza e buon andamento dell'attività della p.a.; il rimedio amministrativo, invece, assicura la possibilità di

⁵⁶ Trib. Piacenza, 10 novembre 1993, in *Foro it.*, 1994, II, 262.

⁵⁷ Trib. Piacenza, *ult. cit.*

⁵⁸ Per tutte v. Cass., 13 aprile 1976, Maurer.

⁵⁹ Cass., sez. VI, 8 gennaio 1997; più di recente, Cass., 19 febbraio 2008, n. 27044 *cit.*

dare forza ed effettiva attuazione al suo diritto di accesso ai documenti”.

La giurisprudenza in esame non ha ritenuto di condividere neanche l'impostazione dottrinale intermedia secondo la quale la consumazione del reato presupporrebbe che, a seguito della formazione del silenzio rifiuto (o rigetto) per effetto del decorso dei trenta giorni dall'istanza, l'interessato invii un ulteriore atto di diffida ⁶⁰.

Si tratta, tuttavia, di orientamento giurisprudenziale formatosi anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 340/2000 che, modificando l'originaria formulazione dell'art. 25, l. n. 241/90, ha disposto che, decorsi trenta giorni dall'istanza di accesso, questa “si intende respinta”, anziché, come in passato, “rifiutata”.

Si tratta di riformulazione indicativa delle volontà del legislatore di ascrivere al silenzio in materia di accesso natura di silenzio-rigetto. Il che porta ad escludere la ravvisabilità del reato di cui all'art. 328, co. 2, c.p., mancando la materialità della fattispecie, ossia l'omissione. Per effetto del silenzio-rigetto, infatti, deve ritenersi implicitamente adottato un provvedimento di reiezione della richiesta ostensiva.

2.2. L'elemento soggettivo.

Quanto all'elemento soggettivo, il dolo del pubblico funzionario deve comprendere non solo la consapevolezza e la volontà di omettere un atto del proprio ufficio, ma anche la consapevole volontà di agire indebitamente ⁶¹.

L'avverbio “indebitamente”, secondo la giurisprudenza, va inteso nel senso che il p.u. deve essere consapevole che l'atto omesso era dovuto ⁶².

Di recente ed in senso conforme, *Cass. pen. sez. VI, 27 settembre 2012, n. 39745*, con riferimento al rifiuto di atti professionali dovuti per ragioni sanitarie, ha precisato che esso “*deve essere verificato avendo riguardo alla natura di delitto doloso del reato di cui all'art. 328, co. 1, c.p., ossia alla consapevolezza del contegno omissivo, senza trascinare in violazioni sulla colpa professionale sanitaria, che esula dalla struttura psicologica del reato*”.

Cass. pen. sez. VI. 27 settembre 2012, n. 39745

2.3. Tentativo.

Secondo l'opinione unanime della giurisprudenza i delitti di cui all'art. 328 c.p. non sono compatibili con il tentativo, trattandosi di reati istantanei; verificatasi la violazione del dovere di ufficio o del servizio, il reato è consumato.

Di conseguenza, qualora il rifiuto o l'omissione siano relativi a più obblighi giuridici successivi, si avranno più fatti criminosi distinti, eventualmente avvinti dalla continuazione ex art. 81 c.p. ⁶³.

Secondo la costruzione tradizionale c.d. formalistica ⁶⁴, il delitto in esame, incentrandosi sulla violazione di doveri funzionali, si presenta come reato di pericolo. Tale opinione è stata condivisa dalla Corte di Cassazione, che ha reputato sussistente la violazione dell'interesse

Reato di pericolo o di lesione?

⁶⁰ DE LUCA, *cit.*, 287. V. anche Trib. Avellino, 6 novembre 1997, in *Giur. Merito*, 1998, 474.

⁶¹ Cass., 17 ottobre 1990.

⁶² *Ex multis*, cfr. di recente Cass. sez., VI, 27 settembre 2012, n. 39745, secondo cui “*quanto all' elemento soggettivo, il rifiuto di atti professionali, dovuti per ragioni sanitarie, deve essere verificato, avendo riguardo alla sua natura di delitto doloso, ossia alla consapevolezza del contegno omissivo, senza trascinare in violazioni sulla colpa professionale sanitaria, che esula dalla struttura psicologica del reato (confermata, nella specie, la condanna nei confronti di un medico di turno nel reparto cardiologia di una struttura ospedaliera che si era rifiutato di effettuare ingiustificatamente una consulenza cardiologia urgente su un paziente ricoverato presso altro reparto della medesima struttura)*”.

⁶³ Cass., 10 marzo 1992.

⁶⁴ GRISPIGNI, *I delitti contro la p.a.*, 1953, 210.

tutelato dalla norma in esame ogni qualvolta venga denegato un atto non ritardabile alla luce di esigenze prese in considerazione e protette dall'ordinamento, senza che possa ascriversi rilievo, quindi, al concreto esito dell'omissione⁶⁵.

Autorevole, ma isolata, dottrina ha argomentato per l'ammissibilità del tentativo tanto in relazione all'ipotesi del primo quanto del secondo comma della norma in esame⁶⁶.

Tale soluzione è contestata dai sostenitori della teoria sostanzialistica, secondo i quali, invece, ponendosi la mancanza dell'atto come evento del reato, il delitto in esame non potrebbe configurarsi come reato di pericolo ma solo come reato di lesione⁶⁷.

2.4. Concorso con altri reati.

Il reato di omissione di atti d'ufficio può altresì concorrere con altri reati, come ad es. quello di corruzione, qualora, ad esempio, il pubblico ufficiale, una volta ricevuto il prezzo della corruzione, ometta effettivamente di compiere l'atto dovuto⁶⁸; ciò sempre che "l'omissione, il rifiuto o il ritardo sia l'atto pattuito con tale delitto (la corruzione)"⁶⁹.

Argomenta in senso opposto — escludendo quindi il concorso — altra parte della dottrina, secondo cui, in base al principio di specialità, dovrebbe applicarsi la sola fattispecie di corruzione, quando la pattuizione tra il privato e l'agente pubblico concerna il rifiuto o l'omissione di un atto d'ufficio o del servizio⁷⁰.

La giurisprudenza più recente ha altresì posto il reato in esame in relazione all'ipotesi delittuosa di cui all'art. 593 c.p., specificando come il primo sia una fattispecie speciale rispetto all'omissione di soccorso.⁷¹

⁶⁵ Cass., sez. VI, 27 settembre 2012, n. 39745; Cass., sez. VI, 23 marzo 1997, n. 3599.

⁶⁶ PAGLIARO, *cit.*, 316.

⁶⁷ STILE, *Omissione, rifiuto e ritardo di atti d'ufficio*, 1974, 142; TAGLIERINI, *Omissione rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, in *Enc. del dir.*, XXX, 1980, 77.

⁶⁸ Cass. pen., sez. VI, 26 febbraio 1985, in *Cass. pen.*, 1986, 1247.

⁶⁹ PAGLIARO, *cit.*, 317.

⁷⁰ PUTINATI, voce *Omissione*, *cit.*, 583.

⁷¹ Cass. pen., sez. VI, 21 aprile 2011, n. 28005. Il caso preso in considerazione riguardava la condotta di un medico che aveva ommesso di prestare le cure del caso al paziente presentatosi all'ambulatorio di guardia medica per richiedere la suturazione di una ferita lacerocontusa.