FRANCESCO MARCO DE MARTINO

L'ART. 328, II COMMA, C.P. E LA RICHIESTA DI INFORMAZIONI SULLO STATO DEL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

Estratto da L'INDICE PENALE
Nuova Serie - Anno IV - N. 3 - Settembre-Dicembre 2001

CEDAM - CASA EDITRICE DOTT. ANTONIO MILANI - PADOVA

Tribunale di Napoli – 12 novembre 1999

Pres. D'OTTAVIO – *Giudice est.* DOVERE – *Imp.* FEDERICO

Omissione di atti di ufficio – Ritardo e diffida come elementi essenziali della fattispecie tipica – Necessità di distinguere tra la richiesta che dà avvio al procedimento amministrativo e la 'messa in mora' – Il titolare dell'interesse al compimento dell'atto (Cod. pen., art. 328 II comma)

La fattispecie penale delineata dall'art. 328, II comma, c.p. presuppone e si innesta sulla mancata adozione di un atto amministrativo, doverosa per l'organo pubblico. La richiesta prevista da tale norma non si identifica in quella che eventualmente dà corso al procedimento amministrativo in esito al quale è assunto l'atto, viceversa essa costituisce una distinta messa in mora. Quest'ultima ha quale presupposto l'apertura del procedimento e dell'inutile decorso del termine previsto per la sua conclusione (in tal modo trova adeguata soluzione anche il problema del conflitto tra il termine amministrativo e il termine previsto dalla norma incriminatrice). Se il pubblico ufficiale ha trenta giorni dalla diffida al fine di compiere l'atto o rispondere, durante la pendenza di tale termine non vi può essere alcun ritardo riferito a questi possibili comportamenti: in seguito alla scadenza del termine l'adozione dell'atto o la risposta non esclude il perfezionamento della fattispecie penale (1).

(1) L'art. 328, II comma, c.p. e la richiesta di informazioni sullo stato del procedimento amministrativo.

1. – La prima sezione del Tribunale di Napoli ha assolto il Sindaco di Capri dal delitto di omissione di atti di ufficio *ex* art. 328, II comma, c.p.

Il 21 ottobre del 1994 la Procura generale della Corte d'Appello di Napoli trasmetteva, al Comune di Capri, una sentenza di condanna per abuso edilizio a carico di due isolani intimando l'abbattimento del manufatto ad opera dell'autorità amministrativa ([1]).

([1]) Conviene segnalare come prima della sentenza Monterisi (Cass. pen., Sez. un., 24 luglio 1996, in Riv. pen., 1996, p. 1084) l'indirizzo giurisprudenziale sul tema dell'ordine di abbattimento di un manufatto abusivo contenuto nelle sentenze di condanna del giudice penale ex art. 7 ultimo comma della legge n. 47 del 28 febbraio1985 risultava ondivago. La norma, com'è

Il 6 febbraio 1995 la Regione Campania richiedeva al Sindaco di Capri di comunicare quali provvedimenti fossero stati adottati a seguito della comunicazione della Procura. Il 27 febbraio tale comunicazione perveniva al Comune e, ad opera dei competenti organi, il giorno successivo trasmessa all'ufficio tecnico "affinché provvedesse con urgenza" ([2]). Tuttavia non seguiva alcuna attività diretta a dare esecuzione all'ordine di demolizione emesso dal giudice. Tale circostanza ha indotto l'accusa a procedere nei confronti del Sindaco per omissione di atti di ufficio *ex* art. 328 cpv. c.p.

La decisione in esame fornisce lo spunto per l'analisi di alcuni problemi sorti in seguito alla riforma introdotta dall'art. 16 l. 12 giugno 1990, n. 146 al delitto di omissione di atti di ufficio ([3]).

---

noto, prescrive: «Per le opere abusive di cui al presente articolo, il giudice, con la sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 17 lettera *b*), della legge 28 gennaio 1977, n. 10, come modificato dal successivo articolo 20 della presente legge, ordina la demolizione delle opere stesse se ancora non sia stata altrimenti eseguita». Fino alla sentenza Monterisi non era chiaro se obbligato a dar corso all'ordine di demolizione dell'opera abusiva contenuto nella sentenza di condanna del giudice penale fosse il sindaco o l'autorità procedente. Dopo una serie di pronunce, le Sezioni unite nel 1996 stabiliscono: «[...] non essendo neppure ipotizzabile che l'esecuzione di un provvedimento adottato dal giudice venga affidata alla pubblica amministrazione, salvo che la legge non disponga altrimenti in modo espresso, gli atti relativi devono essere trasmessi dal giudicante al P.M. in sede affinché, in caso di omessa attuazione spontanea da parte del prevenuto, provveda all'esecuzione degli ordini medesimi a cura del proprio ufficio eventualmente avvalendosi della forza pubblica. L'organo promotore dell'esecuzione va dunque identificato nel pubblico ministero, con connessa parallela funzione del giudice dell'esecuzione per quanto di specifica competenza». Anche la dottrina segnalava la possibilità di procedere a carico del sindaco per omissione di atti ufficio qualora non desse corso all'ordine di demolizione contenuto nella sentenza di condanna. In questo senso A. Albamonte, *La demolizione delle opere edilizie abusive tra sindaco e giudice penale. L'art. 7 della L. 28 gennaio 1985, N. 47*, in *Riv. pen.*, 1993, p. 5: «Trattandosi di misura sostanzialmente amministrativa [...] il giudice deve avvalersi delle modalità indicate dall'art. 7 legge n. 47 del 1985 in materia di demolizione di opere abusive. Deve pertanto richiedere al sindaco di procedere alle operazioni tecniche ivi indicate, [...] salva la responsabilità anche penale in caso di omissione ai sensi dell'art. 328 comma secondo c.p. mod. legge n. 86 del 1990».

([2]) Cfr. la motivazione della decisione.

([3]) Per un indagine precedente la riforma, F. Tagliarini, *In tema di dolo nel delitto di omissione o rifiuto di atti di ufficio (art. 328 c.p.)*, in *Arch. pen.*, 1967, p. 226; A. M. Stile, *Prospettive dell'interpretazione dell'art. 328 c.p.*, in *Giur. merito*, 1972, II, p. 239; Id., *La rilevanza del compimento di un'azione diversa da quella prescritta nella struttura del delitto di omissione di atti di ufficio*, in *Giur. merito*, 1974, II, p. 318; Id., *Omissione rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, Napoli, 1974; C. Fiore, *Rilievi sulla recente giurisprudenza pretorile in materia di omissione di atti di ufficio*, in *Dir. giur.*, 1976, p. 534; L. Genovese, *Il delitto di omissione di atti di ufficio e l'attività interna della pubblica amministrazione*, in *Giur. merito*, 1977, p. 374; F. Tagliarini, voce *Omissione, rifiuto o ritardo di atti di ufficio*, in *Enc. dir.*, XXX, 1980, p. 60; A. M. Stile, *Considerazioni in tema di omissione di atti di ufficio*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 1980, II, p. 607; Id., *L'omissione di atti d'ufficio nella riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, in AA.VV., *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, Napoli, 1987, p. 402; C. F. Grosso, *Prospettive di riforma dei reati contro la pubblica amministrazione*, in *Cass. pen.*, 1989, p. 1580; Id., *Riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione: brevi annotazioni a margine del testo approvato dalla Camera dei Deputati*, in *Riv. ital. dir. proc.*

I numerosi interventi di riforma, oltre ad evidenziare la 'sciatteria' ([4]) del legislatore a volte sbrigativo nella soluzione di delicate questioni ([5]), suscitano diversi problemi interpretativi in ordine al Titolo "*Dei delitti contro la pubblica amministrazione*" e, in particolare, all'omissione di atti d'ufficio.

Al riguardo sembra corretto considerare che la formulazione originaria dell'art. 328 c.p. ([6]) ne ha consentito una applicazione, nel senso di una mera "violazione del dovere, consistente nel rifiutare omettere o ritardare [...]" ([7]); peraltro consistente nel "pe-

---

pen., 1990, p. 700; L. GIAMPAOLINO, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione e il diritto amministrativo*, in *Il foro amm.*, 1989, p. 3234.

In seguito, A. M. STILE, *Commento all'art. 16 della legge 26 aprile 1990 n. 86*, in *Legislazione penale*, 1990, n. 1-2, p. 322; G. B. VERBARO, *La nuova disciplina sull'omissione di atti di ufficio e la messa in mora continua dei dipendenti*, in *L'amm. It.*, 1991, p. 1289; G. FIANDACA, *Una riforma fallita?*, in *Foro it.*, 1991, 421; U. NANNUCCI, *È scomparso un delitto o un principio costituzionale?*, in *Foro it.*, 1991, p. 418; A. TENCATI, *Gli atti di ufficio omessi fonte di responsabilità penale a carico degli appartenenti al sistema amministrativo*, in *Riv. pen.*, 1992, p. 209; A. BALBI, *Omissione di atti di ufficio, Responsabilità penale con particolare riferimento alle nuove norme sul procedimento amministrativo*, in *Nuova rassegna*, n. 3, 1992, p. 332; F. DASSANO, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti di ufficio*, in AA.VV., *I delitti contro la Pubblica Amministrazione dopo la legge 86/90, Quaderni del C.S.M.*, 1992, p. 122; A. ALBAMONTE, *I delitti contro la pubblica amministrazione: problematiche interpretative e orientamenti della Corte di Cassazione*, in *Cons. Stato*, 1993, p. 1099; M. CORNETTA, *I nuovi delitti di rifiuto ed omissione di atti di ufficio*, in *Giust. pen.*, 1993, p. 640; A. MASI, *La riforma dell'art. 328 c.p. e la legge 7 agosto 1990 n. 241: un coordinamento poco chiaro*, in *Riv. pen. econ.*, 1993, p. 67; A. TOTARO, *L'art. 328 c.p.: terreno del giudice penale o della p.a.?*, in *Indice pen.*, 1993, p. 664; G. SANTACROCE, *Il responsabile del procedimento amministrativo di fronte al giudice penale: l'incidenza del termine finale del procedimento nel delitto di omissione di atti di ufficio*, in *Cons. Stato*, 1993, Parte II, p. 2013; S. PUTINATI, voce *Omissione. Rifiuto di atti di ufficio*, in *Dig. disc. pen.*, 1994, p. 570; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, voce *Omissione o rifiuto di atti di ufficio*, in *Enc. giur.*, 1995; A. MANNA, *Art. 328 – Rifiuto di atti di ufficio. Omissione*, in AA.VV., *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, Le serie speciali L.p.*, 1996, p. 340; L. D. CERQUA, *Rifiuto di atti di ufficio. Omissione*, in *Commentario breve al codice penale*, Crespi, Stella, Zuccalà, a cura di G. ZUCCALÀ, IV ed., 1996, p. 880; M. BIFFA, *Il delitto di omissione di atti di ufficio: una riforma mancata*, in *Riv. pen.*, 1996, p. 3; A. DE VITA, *Successione di leggi penali, silenzio della pubblica amministrazione e configurabilità dell'omissione di atti di ufficio*, in *Giur. it.*, 1997, p. 89; P. PISA, *L'omissione di atti di ufficio*, in *Giur. comm. dir. pen.*, II ed., 1997, vol. II.

([4]) Tale il tenore delle affermazioni di S. MOCCIA, *Il sistema delle circostanze e le fattispecie qualificate nella riforma del diritto penale sessuale (L. 15 febbraio, 1996 N. 66): un esempio di sciatteria legislativa*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, p. 398.

([5]) Basti considerare come l'art. 33-*bis* lett. *b*) l. n. 479/1999 attribuisce alla competenza del Tribunale in composizione collegiale il delitto di cui all'art. 332 c.p. (Omissione di doveri di ufficio in occasione di abbandono di un pubblico ufficio o di interruzione di un pubblico servizio), ignorando l'abrogazione di tale articolo ad opera della precedente legge 25 giugno 1999, n. 205 (art. 18).

([6]) "Il pubblico ufficiale o l'incaricato di un pubblico servizio, che indebitamente rifiuta, omette o ritarda un atto dell'ufficio o del servizio, è punito con la reclusione fino a un anno o con la multa fino a lire diecimila".

([7]) Così G. SABATINI, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, diretto da U. Conti, vol. II, p. 340, Milano, 1934.

ricolo di danno che il fatto produce al regolare funzionamento dell'ufficio o del servizio" ([8]). Solo negli anni settanta, attuando "una vera e propria svolta esegetica" ([9]), è stato ricostruito l'oggetto della tutela, questa volta nel senso di garantire il buon funzionamento della p.a. non più attraverso il "*semplice zelo dei funzionari*" ma con "*l'attività doverosa della P.A.*" ([10]).

Peraltro, appare utile evidenziare come la giurisprudenza di legittimità, solo nel 1985 ([11]), ha aderito alla concezione *sostanzialistica* del delitto di omissione di atti di ufficio, fondata sulla mancanza dell'atto dell'ufficio che la p.a. aveva il dovere di emanare; con ciò modificando in tal modo il precedente orientamento *formalistico* ([12]) incentrato sul dovere di fedeltà del funzionario verso lo Stato che lasciava configurare una omissione penalmente rilevante in qualsiasi inadempimento di doveri funzionali "senza così distinguere tra autentico disvalore penale e mera infrazione disciplinare" ([13]).

A seguito della riforma del 1990 le differenti tipicità del I e del II comma hanno fatto sorgere nuove perplessità circa l'oggettività giuridica del nuovo impianto normativo.

Infatti, in dottrina, in riferimento al primo comma, da un lato si intravede una *ratio* unitaria con la norma precedente la riforma ([14]); dall'altro quella precedente oggettività giuridica è apparsa riproducibile solo in parte ([15]) e per di più con riferimento ai benifine in relazione ai quali sorge l'obbligo di agire unicamente per ragioni di giustizia, di sicurezza pubblica, di ordine pubblico di igiene e sanità. Con riguardo invece al secondo

---

([8]) Ancora G. SABATINI, in *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, cit., p. 339.

([9]) Cfr. A. CADOPPI-P. VENEZIANI, voce *Omissione o rifiuto di atti di ufficio*, cit., p. 7, col. 1.

([10]) Nel senso di una protezione del buon funzionamento della p.a. inteso nel senso della realizzazione dei "singoli atti o risultati nel momento della loro concretezza e attualità" (così A. M. STILE, *L'omissione di atti d'ufficio*, cit., p. 93). Questa correzione della oggettività giuridica prendeva le mosse, fra l'altro, da una lettura in chiave sistematica dell'art. 328; infatti da una comparazione fra l'art. 328 c.p. e l'art. 333 c.p. (rubricato *Abbandono individuale di un pubblico ufficio, servizio o lavoro* poi abrogato a seguito della riforma del 1990) sorgeva l'esigenza di conferire un autonomo disvalore penale ad ognuna delle due norme. Disvalore che nell'art. 328 c.p. veniva individuato nella mancanza dell'atto dell'ufficio o del servizio. Pertanto l'oggetto da tutelare non era più l'organizzazione della p.a. ma l'attività di questa, nel suo momento realizzativo e dinamico. Con la fondamentale conseguenza che sul piano dommatico si assiste al passaggio da delitto di pericolo a delitto di danno (mancanza dell'atto doveroso).

([11]) Cass. Sez. Un. 25 maggio 1985, in *Cass. Pen.*, 1986, p. 1522. Nella prospettiva di una plurioffensività del delitto di cui all'art. 328 c.p., nel senso di una lesione oltre che del principio di buon andamento e di trasparenza della pubblica amministrazione, anche del concorrente interesse del privato al compimento dell'atto amministrativo dovuto, si veda Cass. pen., Sez. VI, 10 maggio 1995, n. 1817, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1392.

([12]) Cfr. ad esempio Pret. Pistoia, 24 febbraio1972, in *Giur. mer.*, 1974, II, 318 ss., con nota di A. M. STILE, *La rilevanza del compimento di un'azione diversa da quella prescritta nella struttura del delitto di omissione di atti di ufficio*, cit., p. 318 ss.

([13]) Così G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, pt. speciale*, vol. I, II ed., 1997, p. 259.

([14]) F. DASSANO, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti di ufficio*, cit., p. 127.

([15]) A. M. STILE, *Commento all'art. 16 della L. 26 aprile 1990 n. 86*, cit., p. 331; sia pur specificato nell'interesse pubblico ad interventi immediati ed indilazionabili in determinati settori. Nonché S. PUTINATI, voce *Omissione. Rifiuto di atti di ufficio*, cit., p. 575.

comma, l'interesse tutelato da un lato pare essere quello alla "trasparenza e controllabilità dell'azione amministrativa" ([16]), dall'altro invece, si tratterebbe di una plurioffensività (tutela dell'interesse pubblico e contemporaneamente del soggetto legittimato a mettere in mora il pubblico agente per ottenere il compimento dell'atto) ([17]).

Tale indistinta configurazione della oggettività giuridica della norma in esame si presta ad un'applicazione molteplice che, come tale, si riflette in una violazione del principio della certezza del diritto ([18]).

Inoltre, la formulazione del capo d'imputazione contenuto nella sentenza che si annota sembra evidenziare addirittura una insufficiente conoscenza circa la doppia tipicità che presenta la norma dell'art. 328. Infatti, è sufficiente considerare che l'accusa, nell'individuare l'ipotesi delittuosa, ha fatto riferimento genericamente all'art. 328 c.p. piuttosto che considerare le differenti fattispecie contemplate dalla norma in esame. Le quali sembrano esprimere almeno due possibilità criminose: *a)* il rifiuto di un atto che deve essere compiuto senza ritardo; *b)* l'omissione di un atto o di una risposta tesa ad esporre le ragioni del ritardo ([19]). Pertanto la semplice imputazione ex art. 328 appare almeno dubbiosa in quanto elusiva dei connotati della precisione ([20]) e della determinatezza del reato.

2. – La sentenza evidenzia la differente natura dell'istanza originaria che dà corso al procedimento teso all'emanazione dell'atto d'ufficio rispetto alla c.d. diffida o messa in mora che risulta un presupposto necessario per la configurabilità della fattispecie omissiva ex art. 328 II comma c.p. Al riguardo si stabilisce il principio per cui: «la fattispecie delineata dall'art. 328 comma 2 c.p. presuppone e si innesta su una mancata adozione di

---

([16]) In questo senso S. Putinati, voce *Omissione. Rifiuto di atti di ufficio*, cit., p. 575 ove peraltro si sottolinea che tale dovere di correttezza comporterebbe il rischio di un ritorno alla precedente concezione formalistica; nonché A. Cadoppi-P. Veneziani, voce *Omissione o rifiuto di atti di ufficio*, cit., p. 12.

([17]) In quest'ultimo senso F. Dassano, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti di ufficio*, cit., p. 128.

([18]) F. Lopez De Oñate, *La certezza del diritto*, rist., Milano, 1968, p. 125 ss.; da ultimo C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano 1999, p. 18 ss.

([19]) Sul punto A. M. Stile, *Commento all'art. 16 della L. 26 aprile 1990 n. 86*, cit., p. 324; A. Cadoppi-P. Veneziani, voce *Omissione o rifiuto di atti di ufficio*, cit., p. 13; F. Dassano, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti di ufficio*, cit., p. 127; G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, cit., 259; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale, parte speciale*, Milano, 1995, p. 289.

([20]) Per un esame delle implicazioni quali derivano dal principio di precisione, G. Marinucci-E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, II ed., Milano 1999, p. 57 ss. È noto peraltro che il principio *nullum crimen nulla poena sine lege "certa"* fu espresso da C. Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, rist., Roma 1994, p. 22 secondo il quale "Quando il giudice sia costretto, o voglia fare anche due soli sillogismi, si apre la porta all'incertezza".

Peraltro la rilevanza del principio di precisione è stata di recente rivalutata anche in ambito processuale. In particolare la recente riforma del giudice unico (legge 6 dicembre 1999, n. 479) sia attraverso l'art. 417, «I comma, lett. *b*), sia attraverso l'art. 429, I comma lett. *c*), ha stabilito «l'enunciazione in forma chiara e precisa, del fatto, delle circostanze aggravanti e di quelle che possono comportare l'applicazione di misure di sicurezza, con l'indicazione dei relativi articoli di legge».

un atto amministrativo, adozione già doverosa per l'organo pubblico. La richiesta prevista dalla norma in parola non può essere identificata in quella che eventualmente dà corso al procedimento amministrativo ma è una distinta messa in mora».

Una parte della dottrina([21]) e della giurisprudenza([22]) esprimono il medesimo orientamento rilevando la differenza che sussiste tra l'istanza originaria tesa al compimento dell'atto (ad esempio l'istanza di accesso ai documenti amministrativi) dalla messa in mora del titolare del procedimento. Si ritiene invero, la semplice istanza non è idonea a configurare l'ipotesi contemplata dal cpv. dell'art. 328 c.p.

Le proposte di riformulazione([23]) della fattispecie omissiva avanzate prima della riforma provocavano reazioni "negative " ed allarmate da parte di uno dei primi commentatori([24]). Infatti, attraverso l'analisi dei lavori parlamentari del titolo dei delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.([25]), si esprimevano notevoli perplessità rispetto al farraginoso meccanismo previsto dall'art. 328 cpv. c.p.: in base al quale la tutela scatta non quando è la stessa situazione di fatto ad imporre l'intervento ma quando vi sia un interessato che lo richieda([26]).

([21]) G. Fiandaca-E. Musco, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 261 gli autori, pur definendo l'ipotesi di reato in commento un *delitto di messa in mora* e pur considerando meritevole di assecondamento la scelta di fornire al cittadino uno strumento volto a tutelare il soddisfacimento delle sue aspettative, ritengono assai criticabile l'articolazione concreta della disciplina finalizzata al soddisfacimento delle predette esigenze. Dello stesso tenore anche P. Pisa, *Art. 328 c.p.*, cit., p.266; A. Manna, *Art. 328 – Rifiuto di atti di ufficio. Omissione*, cit., p. 347 e 348; A. Cadoppi-P. Veneziani, voce *Omissione o rifiuto di atti di ufficio*, cit., p. 20; A. Segreto-G. De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, cit., p. 711; S. Putinati, voce *Omissione. Rifiuto di atti di ufficio*, cit., p. 579; A. Albamonte, *I delitti contro la pubblica amministrazione: problematiche interpretative e orientamenti della Corte di Cassazione*, cit., p. 1115; M. Cornetta, *I nuovi delitti di rifiuto ed omissione di atti di ufficio*, cit., p. 652; A. Masi, *La riforma dell'art. 328 c.p. e la legge 7 agosto 1990 n. 241: un coordinamento poco chiaro*, cit., p. 68; G. Santacroce, *Il responsabile del procedimento amministrativo di fronte al giudice penale: l'incidenza del termine finale del procedimento nel delitto di omissione di atti di ufficio*, cit., p. 2015 ss.; F. Dassano, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti di ufficio*, AA.VV., *I delitti contro la P.A. dopo la L 86/90*, cit., p. 150; G. Iadecola, *Sulla nuova descrizione della fattispecie di reato di cui all'art. 328*, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 607; A. Balbi, *Omissione di atti di ufficio. Responsabilità penale con particolare riferimento alle nuove norme sul procedimento amministrativo*, cit., p. 334. Nella dottrina amministrativistica si veda Cerulli Irelli, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1991, p. 79 ss.

([22]) Trib. Avellino, 6 novembre 1997, in *Giur. mer.*, 1998, con nota D'Ortona. È il caso, per la chiarezza di tale decisione, di riportare parte della motivazione della sentenza: «Per aversi omissione di atti d'ufficio rilevante ai sensi dell'art. 328 comma 2 C.p. in caso di richiesta di accesso a documenti amministrativi, sono necessari la richiesta dell'interessato, l'inerzia del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio obbligato a provvedere, la quale si sia protratta oltre trenta giorni dalla richiesta, un'ulteriore richiesta dell'interessato con valore di messa in mora e l'inutile decorso di altri trenta giorni da tale ultima istanza senza che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio abbia provveduto o, quantomeno, risposto per esporre le ragioni del ritardo».

([23]) In seguito apportate dall'art. 16 dalla legge n. 86 del 26 aprile 1990.

([24]) A. M. Stile, *L'omissione di atti di ufficio*, cit., p. 423.

([25]) *Ibidem*, p. 423.

([26]) *Ibidem*, p. 434.

La pronunzia dei giudici napoletani, nonostante le difficoltà derivanti dall'imprecisione della fattispecie, precisa la differente rilevanza dell'atto iniziale mediante il quale si avvia il procedimento amministrativo rispetto la successiva messa in mora. Tale assunto d'altra parte si ricava da una corretta interpretazione letterale della norma. Infatti, tale disposizione nel punire i casi in cui non si compie l'atto dovuto oppure non si risponde per esporre le ragioni del ritardo, sembra sanzionare una situazione che vede la p.a. responsabile dell'inutile decorso del termine amministrativo. Pertanto, il privato mediante la 'messa in mora' ex art. 328 cpv. c.p. chiede o che si spieghino i motivi del ritardo entro i successivi trenta giorni o che si compia l'atto medesimo.

Il Tribunale di Pistoia, inoltre, ha precisato che anche la richiesta (successiva a quella che avvia il procedimento) tesa ad ottenere dall'amministrazione un'esposizione delle ragioni del ritardo, non equivale a messa in mora ([27]). Si conferma in tal modo l'assunto secondo il quale deve emergere nettamente la volontà di mettere in mora la p.a., nel senso di diffidarla ad adempiere entro i successivi trenta giorni o, in alternativa, fornire le spiegazioni del ritardo protrattosi oltre il termine proprio del procedimento amministrativo.

Ciò premesso, il Tribunale di Napoli supera apertamente l'orientamento secondo il quale l'oggetto della tutela va individuato nell'adempimento puntuale e tempestivo di tutti i doveri dei pubblici agenti, anche di quelli meramente funzionali di fedeltà e di zelo, come tali rientranti in una concezione statico-organizzativo della p.a. ([28]).

D'altra parte, a voler considerare equivalente alla messa in mora ex art. 328 cpv. c.p. una qualsiasi richiesta di informazioni, si finirebbe per vanificare gli eventuali più lunghi termini di durata dei procedimenti amministrativi fissati dalle pubbliche amministrazioni ai sensi della legge n. 241 del 1990; in tal modo considera perfezionata la fattispecie tipica del delitto di omissione di atti di ufficio, pur essendo ancora aperto il più lungo termine fissato dalle pp.aa.

Sicché la soluzione dei giudici napoletani sembra convincente a meno di non voler fondare concezioni formalistiche, tali da far riemergere un 'obbligo di fedeltà" ([29]), sconfessando i risultati di una razionalità sistematico-teleologica, solo di recente acquisiti.

3. – Ulteriore motivo di interesse della decisione in esame riguarda l'esatta individuazione dell'interessato al compimento dell'atto.

Infatti, l'art. 328 II comma c.p. configura il delitto di omissione a carico di chi, entro trenta giorni dalla domanda di *chi vi abbia interesse*, non compie l'atto e non risponde per esporre le ragioni del ritardo: la norma non individua con sufficiente certezza l'interessato al compimento dell'atto.

Il Tribunale di Napoli stabilisce che la richiesta di informazioni inviata dalla Regione non può assumere la natura di diffida: «perché essa proveniva da soggetto diverso da quello che può essere identificato quale titolare dell'interesse al compimento del-

---

([27]) Trib. Pistoia, 16 aprile 1991, in *Riv. pen.*, 1991, p. 944.

([28]) Cfr. S. Moccia, *Dalla tutela di beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflussi illiberali*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 1995, pp. 345, 346, 348 nt. 24.

([29]) Per una ricostruzione del dibattito intorno all'obbligo di fedeltà nella Germania nazista K. Marxen, *Der Kampf gegen das liberale Strafrecht*, Berlin, 1975, in particolare p. 185 e 186.

l'atto, ovvero l'ufficio del P.M. competente per l'esecuzione della condanna penale (e quindi dell'ordine di demolizione). Non pare dubbio, infatti, che la diffida a compiere l'atto dovuto o a rispondere esponendo le ragioni del ritardo deve essere rivolta dal soggetto che sia interessato al compimento dell'atto medesimo».

Il problema sorge proprio in ragione della individuazione dell'interessato all'atto omesso. Vale a dire del soggetto cui la legge ha attribuito il potere di mettere in mora il funzionario omettente. Tale individuazione assume rilievo principalmente circa la delicata questione che riguarda l'area di espansione della norma penale: più saranno gli interessati all'atto più saranno le possibilità di messa in mora. In dottrina, fatte salve alcune eccezioni ([30]), non sempre si rinvengono posizioni convincenti.

Vi è stato chi ha sostenuto come il soggetto interessato possa identificarsi indifferentemente in un privato o in una figura soggettiva pubblica ([31]).

Tuttavia, una prospettiva storica sembrerebbe essere orientata verso la tesi secondo cui l'omissione ex art. 328 cpv. è una norma utilizzabile prevalentemente dal privato. Infatti, tale soluzione pare riscontrarsi in diverse epoche storiche: sia nell'antica Roma ([32]), sia nella metà del '700 con l'ipotesi di denegata giustizia ([33]), sia nel Codice civile del 1806 [ove, quasi a sottolinearne un carattere fondamentale della legislazione rivoluzionaria, nel *Titolo preliminare* si legge: «Se un giudice ricuserà di giudicare sotto pretesto di silenzio, oscurità o difetto della legge, si potrà agire contro

---

([30]) Cfr. A.M. STILE, *supra* nota 1, inoltre: G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, cit., p. 261; M. BIFFA, *Il delitto di omissione di atti di ufficio: una riforma mancata*, in *Riv. pen.*, 1996, p. 5; A. MANNA, *Art. 328 – Rifiuto di atti di ufficio. Omissione*, in *Le serie speciali L.p.*, 1996, p. 350; A. CADOPPI-P. VENEZIANI, voce *Omissione o rifiuto di atti di ufficio*, cit., p. 22; A. MASI, *La riforma dell'art. 328 c.p. e la legge 7 agosto 1990 n. 241: un coordinamento poco chiaro*, cit., p. 67; M. CORNETTA, *I nuovi delitti di rifiuto ed omissione di atti di ufficio*, cit., 653; A. BALBI, *Omissione di atti di ufficio. Responsabilità penale con particolare riferimento alle nuove norme sul procedimento amministrativo*, cit., p. 332; A. TENCATI, *Gli atti di ufficio omessi fonte di responsabilità penale a carico degli appartenenti al sistema amministrativo*, cit., p. 212 e nota 49; A. MANNA, *Art. 328 – Rifiuto di atti di ufficio. Omissione*, cit., 1991, p. 1700; U. NANNUCCI, *È scomparso un delitto o un principio costituzionale*, cit., p. 419.

([31]) Così A. ALBAMONTE, *I delitti contro la pubblica amministrazione: problematiche interpretative e orientamenti della Corte di Cassazione*, cit., p. 1114. Dello stesso tenore F. DASSANO, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti di ufficio*, AA.VV., *I delitti contro la P.A. dopo la L 86/90*, cit., p. 150 e 151 ove si afferma «[...] la norma non è restrittiva, e quindi anche una pubblica amministrazione potrà essere titolare dell'interesse a richiedere a un pubblico ufficiale un certo provvedimento o atto o ad un incaricato di pubblico servizio un'attività materiale». In particolare l'A. riportando ad esempio l'ipotesi di mancate erogazioni di contributi regionali al Comune afferma: «[...] non vedo perché non si debba ritenere legittimato il soggetto pubblico a presentare questa richiesta, consentendo così anche una tutela di tipo penalistico nei rapporti tra pubbliche amministrazioni».

([32]) Per tutti A. M. STILE, *Omissione rifiuto e ritardo di atti di ufficio*, cit., p. 37 ove si afferma: «nella storia di Roma, l'esigenza di una apposita repressione degli abusi dei funzionari romani si manifestò con particolare intensità nei decenni che conclusero il periodo repubblicano. [...]. I più esposti erano quindi i socii e i sudditi e si può ritenere che specialmente ad essi fu rivolta la tutela delle Leges repetundarum».

([33]) *Ibidem*, p. 47 ss.

di lui come colpevole di negata giustizia»] ([34]); nonché nell'art. 185 del C.p. francese del 1810 ([35]).

Ancora, oggi diversamente che in passato, si assiste anche in altri settori dell'ordinamento ([36]), ad una generale e crescente tendenza verso la tutela pressoché completa dell'operato del cittadino nel suo rapporto con gli enti pubblici e privati. Come si è giustamente affermato ([37]) il sistema rivela una *ratio* volta alla protezione di un soggetto *minor* nei casi in cui il soggetto *maior* ometta o rifiuti un atto legalmente dovuto ([38]).

Inoltre dalla generale discussione del disegno di legge n. 2078, emergerebbe ulteriore indicazione verso la titolarità della messa in mora in capo al cittadino, ove si noti come già su un piano generale l'intera riforma attiene al delicato rapporto cittadino-pubblica amministrazione ([39]). In particolare, riguardo alla norma del 328 cpv. c.p., il Vassalli, allora Ministro di Grazia e Giustizia, precisa come la stessa intenda tutelare le *istanze dei cittadini* ([40]).

In alcune recenti decisioni, comincia a maturare l'idea secondo cui la norma prevista dall'art. 328 comma II c.p. trova applicazione solo qualora sia il privato ad avviare il procedimento penale ([41]).

Una costruzione orientata in questo senso soddisferebbe maggiormente anche un altro assunto fondato su ragioni di politica criminale. Infatti, è sufficiente riflettere sull'uso distorto al quale si presta la norma, qualora amministratori elettivi la utilizzino per fini di carattere politico. Col rischio di trasformare in tal modo il diritto penale da "mezzo giuridico di tutela" del singolo in "mezzo di governo" della

---

([34]) *Codice Civile di Napoleone il Grande pel Regno d'Italia*, 1806, Titolo preliminare, co. 4.

([35]) *Ibidem*, p.59 ove: «L'art. 185 del cod. pen. 1810 manifesta dunque l'esigenza di instaurare corretti rapporti tra gli organi giurisdizionali dello stato ed il cittadino che ad essi si rivolge per ottenere una pronuncia di giustizia».

([36]) Si vedano ad esempio le normative emanate con legge 17 febbraio 1992 n. 154 in tema di trasparenza dell'operatività bancaria e la legge 19 febbraio 1992 n. 142 in materia di credito al consumo.

([37]) A. Masi, *La riforma dell'art. 328 c.p. e la legge 7 agosto 1990 n. 241: un coordinamento poco chiaro*, cit., p. 67.

([38]) Il corsivo è di A. Masi, *La riforma dell'art. 328 c.p. e la legge 7 agosto 1990 n. 241: un coordinamento poco chiaro*, cit., p. 67.

([39]) Cfr. Resoconto sommario, Sen. Corleone, 4 aprile 1990, p. 44.

([40]) Cfr. Resoconto sommario, Min. Vassalli, 5 aprile 1990, p. 23. Si riportano, per la particolare valenza esplicativa della tesi che si sostiene, le dichiarazioni espresse ivi sul punto: «Il nuovo testo dell'art. 328 del codice penale, quale è stato messo a punto dalla II Commissione permanente della Camera, non è tale da assicurare la necessaria sanzione penale per i comportamenti omissivi dei pubblici ufficiali nei casi in cui non vi sia un privato direttamente interessato all'adozione dell'atto. Appare pertanto senz'altro preferibile che la vigente disciplina del reato di omissione di atti di ufficio resti per il momento invariata».

([41]) Trib. Siracusa 1995, in *Giur. merito*, 1996, II, p. 102: «Non è ravvisabile il delitto di omissione di atti di ufficio ex art. 328 c.p. ove ritardi ed omissioni riguardino i rapporti tra organi della pubblica amministrazione, poiché la ragione dell'ipotesi criminosa sta nella tutela del privato cittadino contro le inadempienze della pubblica amministrazione, mentre i conflitti o le inerzie nei rapporti suddetti trovano specifici rimedi nell'ambito degli strumenti di tutela amministrativa».

comunità ([42]). Argomenti ulteriori idonei a fondare la tesi quantomeno della non utilizzabilità generalizzata dell'art.328, II comma, c.p. per i soggetti appartenenti alla P.A. Inoltre, si considerino anche le aberranti conseguenze: una probabile e strumentalizzabile criminalizzazione degli amministratori elettivi a fronte di una quasi inevitabile deresponsabilizzazione dei funzionari di carriera ([43]).

Ponendo l'attenzione sulla natura degli interessi tutelabili, alcuni Autori ([44]) sollevano un problema ulteriore riguardante il tipo di interesse da tutelare ([45]).

Tuttavia la natura di questo problema sembra suscitare più di una riserva. Invero, se per *natura degli interessi tutelabili* si intende la possibilità o meno di utilizzare l'art.328 cpv. c.p. in relazione al *tipo* di interesse protetto, risulta evidente il difetto di prospettiva delle argomentazioni offerte.

Infatti, il *tipo* di interesse da tutelare sembra invadere il campo riservato all'*oggetto* ([46]) della tutela, rispetto al quale può risultare utile una discussione; ma non nei termini esposti. Ciò in quanto altro è l'oggetto della tutela ex art. 328 cpv., c.p. ([47]), altro è il rapporto tra l'atto doveroso omesso o ritardato, valido presupposto della messa in mora, e l'istante.

Al riguardo si consideri l'atto mediante il quale il cittadino rivolga un'istanza ad un ente pubblico. La domanda che bisognerebbe porsi, interpretando il dettato normativo del delitto di omissione di atti di ufficio, non è per quale tipo di interesse il soggetto può

([42]) In questo senso R. RAMPIONI, *Bene giuridico e delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a.*, Milano, 1984, p. 241 ss.

([43]) Per analoghe considerazioni si veda: Resoconto sommario, seduta antimeridiana, disegno di legge n. 2078, Sen. Di Lembo, 5 aprile 1990, p. 4.

([44]) Cfr. F. DASSANO, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti di ufficio*, AA.VV., *I delitti contro la P.A. dopo la L. 86/90*, cit., p. 151.

([45]) *Ibidem*: «Altra questione preliminare concerne la natura degli interessi tutelabili. Che tipo di interessi vengono in gioco? Diritti soggettivi, interessi legittimi, interessi diffusi, interessi di enti esponenziali, interessi di mero fatto, interessi dei controinteressati? Direi anzitutto interessi legittimi e diritti soggettivi: questa affermazione non necessita di motivazione. Quando entriamo nel campo degli interessi diffusi è invece necessario quanto meno che vi sia una protezione giuridica riconosciuta direttamente o indirettamente dall'ordinamento».

([46]) Per una interessante rivisitazione del bene giuridico nell'ambito dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a., nel senso di una valorizzazione del momento della infedeltà verso il "patrimonio collettivo pubblico" come "oggettività afferrabile e sintetica, di sicura rilevanza costituzionale", anche in chiave di apporto all'autonomia dell'illecito penale rispetto all'illecito disciplinare teso ad impedire "sovrapposizioni e commistioni favorite dalla tutela penale di beni riferibili al procedimento organizzativo della pubblica amministrazione, piuttosto che a valori della persona" cfr. A. SESSA, *Corruzione e concussione. Dall'esperienza di tangentopoli rinnovate esigenze di riforma*, in via di pubblicazione su *L'Indice penale*, dattiloscritto, pp. 50-58 e soprattutto 59 e 60, nonché nota 273 a p. 55.

([47]) L'art. 328 tutela il bene giuridico "attività doverosa della p.a." per cui è richiesta la produzione di un risultato da parte di un soggetto obbligato. Pertanto l'offesa si realizza mediante la mancata produzione del risultato atteso. Inoltre secondo altri Autori (G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Corso di diritto penale, Il reato: nozione, struttura e sistematica*, Sec. ed., 1999, p. 459) la norma incriminatrice del 328 cpv. c.p. tutela anzitutto i molteplici interessi del cittadino nonché il "nuovo civilissimo diritto del cittadino a ricevere dalla pubblica amministrazione, quanto meno, le dovute informazioni sulle ragioni della sua inerzia, e che viene leso qualora il cittadino non riceva adeguate spiegazioni".

agire con la messa in mora bensì il differente quesito circa la titolarità del potere di messa in mora. Quest'ultimo sembra da riconoscersi prevalentemente al solo privato.

Vero è che l'art. 328 cpv. c.p. si innesta su di un procedimento già avviato. Infatti, la locuzione "non compie l'atto e non risponde per esporre le ragioni del ritardo" pare implicare una situazione, il ritardo appunto, che come tale contiene già un'aspettativa. Per questa ragione la dottrina in via unanime([48]) è dell'avviso che altro è la richiesta contenuta nella norma ed altro è l'istanza originaria (si veda il punto 2.).

Peraltro il Tribunale di Napoli, nella motivazione della decisione, non ha mancato di puntualizzare che la comunicazione della Regione proveniva da un soggetto diverso da quello che può essere identificato come interessato. Collocandosi in tal modo in una prospettiva tesa al rispetto dei principi inderogabili di "solidarietà sociale" garantiti dagli artt. 2 e 3 della Costituzione italiana. Cosicché si assume una posizione di evidente contrasto rispetto a quell'avvilente "contesto in cui la giurisprudenza tende ad assumere il compito della difesa dello stato e dunque viene ad individuare nel diritto penale uno strumento di difesa sociale (non già un sistema di garanzie per il singolo)"([49]). Sottolineando altresì un'impropria utilizzazione della sanzione prevista dall'omissione di atti di ufficio inflitta per colpire "*in basso*"([50]) nella scala gerarchica della p.a.

La ricerca da parte dell'accusa di una imputazione a tutti i costi([51]) viene chiaramente evidenziata dalla motivazione della sentenza di assoluzione in epigrafe. Imputazione ove, a ben considerare, ad essere carente è il primo livello della costruzione del reato che in uno stato sociale di diritto([52]) appare irrinunciabile: la tipicità della fattispecie([53]).

Inoltre se a dieci anni di distanza dalla riformulazione del delitto di cui all'art. 328 cpv. c.p. si è costretti ad affrontare vicende giudiziarie il cui tenore ha condotto alla de-

---

([48]) Così: A. Cadoppi-P. Veneziani, voce *Omissione o rifiuto di atti di ufficio*, cit., p. 20; F. Dassano, *Il nuovo delitto di rifiuto e omissione di atti di ufficio*, AA.VV., *I delitti contro la P.A. dopo la L. 86/90*, cit., p. 154; A. Segreto-G. De Luca, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, II ed., 1995, p. 712; A. Albamonte, *I delitti contro la pubblica amministrazione: problematiche interpretative e orientamenti della Corte di Cassazione*, cit., p. 1115; G. Santacroce, *Il responsabile del procedimento amministrativo di fronte al giudice penale: l'incidenza del termine finale del procedimento nel delitto di omissione di atti di ufficio*, cit., p. 2015; G. Iadecola, *Sulla nuova descrizione della fattispecie di reato di cui all'art. 328 c.p.*, in *Giust. pen.*, 1991, II, p. 607.

([49]) R. Rampioni, *I delitti di corruzione e il requisito costitutivo dell'atto di ufficio: tra interpretazioni abroganti e suggestioni riformatrici*, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3414.

([50]) C. Fiore, *Rilievi sulla recente giurisprudenza pretorile in materia di omissione di atti di ufficio*, cit., p. 535.

([51]) F. Bricola, *La riforma dei reati contro la pubblica amministrazione: cenni generali*, in *Reati contro la pubblica amministrazione*, a cura di F. Coppi, 1993, p. 14. Ora in F. Bricola, *Scritti di diritto penale*, vol. II, tomo I, 1997, p. 2812, ove, in ordine alle esigenze che condussero alla riforma del 1990 si nota come: «Premessa principale è stata quella di frenare certe intemperanze dei giudici, protesi verso un sindacato nei confronti della P.A. e della sua attività, al di fuori dei limiti costituzionali».

([52]) Cfr. S. Moccia, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica* Napoli, 1992, p. 26.

([53]) Per una influenza dei principi contenuti nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo sulla sistematica del reato K. Volk, *Struttura del reato e diritti dell'uomo*, in *Critica del diritto*, n. 2-3, 1999, p. 162.

cisione in commento, è evidente come la norma in esame, sia a causa della suo uso improprio che della sua imprecisione non sembra aver assolto al ruolo di orientamento o meglio prevenzione generale positiva (54), che significativamente la Corte costituzionale ha più volte elevato a principio (55).

A ben riflettere, una delle possibili strade da intraprendere al fine di evitare pericolosi e probabili *revîrements* dell'orientamento giurisprudenziale degli ultimi anni, pare essere quella che conduce ad un nuovo intervento del legislatore per la riformulazione della fattispecie. Da un lato una sorta di precisazione nel senso che solo l'istante originario, nella qualità di soggetto nei confronti del quale la p.a. sia in ritardo, abbia il potere di mettere in mora il titolare del procedimento per l'atto omesso; dall'altro lasciando le ipotesi residuali ad un sistema sanzionatorio non penale.

Di modo che tale articolazione avrebbe come effetto suo tipico di restringere l'area delle possibili incriminazioni delle generiche omissioni dei soggetti operanti nella p.a. (che peraltro in ossequio alla principio della sussidiarietà meglio verrebbero ad essere oggetto di sanzioni disciplinari).

Pertanto va rivista quella scelta ideologica di fondo del panpenalismo (inevitabilmente ineffettivo) a favore della tutela delle garanzie contrattuali attraverso il recupero di un diritto penale come *extrema ratio*. Scelta rispetto alla quale il legislatore del 1990 ancora una volta pare non aver nutrito dubbi (56).

FRANCESCO MARCO DE MARTINO

---

(54) Cfr. per tutti C. ROXIN, *Strafrecht*, A.T., Bd. I, 3. Auf., München, 1997, p. 103.

(55) Cfr. Corte cost., 24 marzo 1988 n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, p. 1514 e più di recente Corte cost., 22 aprile 1992 n. 185, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1333 secondo cui il cittadino solo in leggi precise e chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento può trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato.

(56) Nel senso di un tradimento dei veri obiettivi che il legislatore della riforma avrebbe dovuto perseguire, G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale, parte speciale*, Bologna, 1997, p. 259; C.F. GROSSO, *Riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: pregi e difetti del testo «2 maggio 1989»*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 1989, p. 1159 ss.; F. PALAZZO, *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 1990, p. 816.