

7. Rifiuto e omissione di atti d'ufficio.

7.1. Il rifiuto di atti d'ufficio ex art. 328, primo comma, cod. pen. [190]

7.1.1. Profili storici e problematici. [191]

Già ricondotto all'inizio dell'epoca romana nell'ambito degli abusi da parte dei pubblici funzionari, il delitto in commento in età imperiale sanziona la ribellione alla maestà del principe e nel corso dei secoli la condotta infedele del pubblico funzionario.

❖ In questo senso, PUTINATI, voce *Omissione. Rifiuto di atti d'ufficio*, in Dig. disc. pen., Torino, 1997, VIII, pag. 571. Racconta Li Vecchi, *Omissione e rifiuto di atti di ufficio tra vecchia e nuova normativa (art. 328 c.p.)*, in Riv. pen. 1994, pag. 577, che nella novella 17 l'imperatore esprimeva tutta la sua indignazione contro i magistrati che, per inettitudine, negavano la giustizia al privato il quale a sua volta era costretto a rivolgersi all'imperatore medesimo. Con la novella 134, invece, veniva punito con una multa di tre libbre d'oro il magistrato di una provincia che, nonostante i solleciti e le rogatorie, ometteva di arrestare alcuni malviventi che ivi si erano rifugiati.

Nel diritto comune il rifiuto / omissione di atti d'ufficio viene sostanzialmente a coincidere con il concetto di denegata giustizia sotto il duplice profilo dello spergiuro nei confronti del sovrano, da un lato, e di ingiustizia perpetrata ai danni del privato, dall'altro.

Con la rivoluzione francese e con il successivo codice penale del 1810 il delitto in esame trova collocazione nella V Sezione tra gli abusi di autorità commessi nei confronti dei privati. L'art. 183, infatti, punisce con una sanzione pecuniaria ogni giudice o tribunale, funzionario o autorità amministrativa che per qualsiasi pretesto, anche di silenzio o di oscurità di legge, si rifiuti di rendere la dovuta giustizia ai richiedenti, e che perseveri nel rifiuto nonostante il monito o l'ingiunzione dell'autorità superiore [in tal senso, LI VECCHI, *op. cit.*, pag. 578].

Sulla scorta dei risultati acquisiti dal Legislatore francese, i vari ordinamenti italiani preunitari puniscono non solo il cd. "déni de justice", ma anche il rifiuto di ministero.

❖ In questo senso, PUTINATI, *op. cit.*, pag. 572. Punisce, infatti, il codice sardo del 1859 qualunque giudice o autorità amministrativa che rifiuti di esercitare un atto del suo ministero o di fare giustizia a chi la richieda ed insista nel rifiuto nonostante l'avvertimento o il contrario ordine del superiore (art. 235). Del pari, l'art. 305 sanziona l'agente della forza pubblica che rifiuti di aderire alle richieste rivoltegli dall'autorità giudiziaria ed amministrativa. Analogamente, dispone il codice Zanardelli in ordine al rifiuto od omissione da parte del pubblico ufficiale di un atto del proprio ufficio. Peraltro, il Legislatore del 1889 punisce anche il funzionario appartenente all'ordine giudiziario, specificando che vi è omissione o rifiuto "quando concorrano le condizioni richieste dalla legge per esercitare contro di esso l'azione civile". Per un approfondimento, cfr. LI VECCHI, *op. cit.*, pag. 578.

Il codice Zanardelli del 1889, invece, sulla base del profondo mutamento sociale in senso statalista, struttura la norma in funzione di tutela non tanto dell'attività amministrativa, ma della sua organizzazione. Prevale in sostanza una concezione autoritaria del diritto penale, che peraltro assumerà il massimo vigore nel codice Rocco del 1930. È, infatti, a partire dal XX Secolo che l'esigenza esasperata di garantire il prestigio della pubblica autorità comporta un inasprimento della pena e conduce all'adozione dell'avverbio "indebitamente", che viene ad indicare ogni eventuale scusa o ragione addotta dal funzionario per giustificare il rifiuto o il ritardo.

❖ Evidente la sostanziale equivalenza tra il delitto in commento e la lesa maestà, come si legge nella Relazione del Guardasigilli. La particolare severità con cui il Legislatore del 1930 sanziona la condotta di rifiuto / omissione di atti d'ufficio trova, peraltro, conferma nel fatto che rilevano in sede penale anche le violazioni di carattere formale. In questo senso, TAGLIARINI, *Il concetto di pubblica amministrazione*, Milano, 1973, pag. 65; STILE, *Omissione, rifiuto o ritardo di atti d'ufficio*, Napoli, 1974, pag. 76; PUTINATI, *op. cit.*, pag. 573.

L'evoluzione storica e sociale che caratterizza il secondo dopoguerra, tuttavia, impone un ripensamento dell'intera fattispecie, attesi i rilievi che da parte della dottrina vengono mossi alla norma.

In particolare, si osserva come il Legislatore del 1930 non abbia operato una scelta tra la tutela penale della Pubblica Amministrazione nel momento statico della sua organizzazione burocratica e nel momento dinamico del perseguimento dei fini istituzionali. Si avverte, infatti, la necessità di optare per questa seconda soluzione, ravvisando un rifiuto penalmente rilevante nei soli casi di inadempimento sostanziale e non meramente formale, privo di conseguenze pregiudizievoli. Ancora, manca nel testo originario un termine entro cui l'atto deve essere compiuto o l'omissione perfetta; infine, viene rilevata l'inadeguatezza dell'avverbio "indebitamente", ritenendo più opportuno il riferimento alla "ingiustificabilità" dell'omissione [cfr. TAGLIARINI, *op. cit.*, pag. 85; BENUSSI, *op. cit.*, pag. 690; SEGRETO – DE LUCA, *op. cit.*, pag. 670].

Una prima riforma entra in vigore con la L. 13.04.1988, n. 117, sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie, e sancisce una specifica responsabilità in capo ai magistrati ove "siano decorsi i termini previsti dalla legge perché si configuri diniego di giustizia".

Si passa, quindi, alla proposta del senatore Vassalli presentata nella IX Legislatura, che prevede il rifiuto, l'omissione o il ritardo penalmente rilevante se opposto "senza giustificato motivo" e dispone che se il termine per il compimento dell'atto non sia previsto per legge "vi è omissione o ritardo quando il colpevole sia stato previamente messo in mora da chi ne abbia titolo e concorano le condizioni per esercitare nei suoi confronti l'azione civile risarcitoria".

Si giunge poi all'approvazione definitiva del testo normativo con L. 26.04.1990, n. 86: il rifiuto penalmente rilevante, quindi, viene identificato in

relazione al suo contenuto tipico, ovvero alle esigenze di giustizia, sicurezza o ordine pubblico, igiene e sanità, nonché in ordine alla necessità di provvedere senza ritardo. L'omissione di cui alla norma penale, invece, è ravvisata ogniqualvolta sia decorso inutilmente il termine per il compimento dell'atto atteso.

Così, ai sensi dell'art. 328 cod. pen., è punito con la reclusione da sei mesi a due anni il pubblico ufficiale o l'incaricato di 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"*.

Fuori dei casi previsti dal primo comma, il pubblico ufficiale o l'incaricato di 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 milletrentadue euro. Tale richiesta deve essere redatta in forma scritta e il termine di trenta giorni decorre dalla ricezione della richiesta stessa".

La riforma del 1990, però, finisce per snaturare l'originaria unità che nel codice Rocco contraddistingueva il delitto di rifiuto, omissione o ritardo di un atto d'ufficio, qualificante un'unica fattispecie di reato. L'attuale previsione, infatti, distingue due autonome fattispecie di reato: da un lato, l'indebito rifiuto di un'attività qualificata ed indifferibile e, dall'altro, l'omissione non indilazionabile di un atto sollecitato da una parte che abbia interesse al suo compimento [cfr., BENUSSI, *op. cit.*, pag. 689; SEGRETO – DE LUCA, *op. cit.*, pag. 703].

Non può tacersi, tuttavia, il fatto che la norma in commento abbia deluso le aspettative di riforma avanzate dalla dottrina.

❖ In questo senso, PUTINATI, *op. cit.*, pag. 571; PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: uno sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, pag. 815; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale*, Bologna, 2002, pag. 260; FIANDACA, *Una riforma fallita?*, in *Foro it.*, 1991, V, pag. 421; GROSSO, *Rifiuto di atti d'ufficio. Omissione*, in *Codice penale. Parte speciale* diretto da BRICOLA-ZAGREBELSKY, Torino, 1996; *Id.*, *Riforma dei delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione: pregi e difetti del testo "2 maggio 1989"*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1989, pag. 1154; CADOPPI, voce *Omissione. Rifiuto di atti d'ufficio*, in *Enc. dir.*, Roma, 1990, XXI; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. parte speciale*, Milano, 1999, pag. 351; PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, Milano, 2000; BENUSSI, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale* diretto da MARINUCCI-DOLCINI, Padova, 2001, pag. 687; SEGRETO – DE LUCA, *Delitti dei pubblici ufficiali contro la Pubblica Amministrazione*, Milano, 1999, pag. 669; BONADIO, sub Art. 328 cod. pen., in *Commentario al codice penale* a cura di MARINI – LA MONICA – MAZZA, Torino, 2002, pag. 1529.

In particolare, si è osservato che il testo riformato sanziona unicamente il rifiuto, non anche l'omissione dell'atto, condotta tipica di primario rilievo durante la vigenza del codice Rocco. Molte, infatti, sono le situazioni che nella prassi impongono al pubblico funzionario di agire tempestivamente a prescindere da una richiesta in tal senso da parte del terzo. Appare, inoltre, di difficile comprensione la scelta del Legislatore del 1990 di non equiparare al rifiuto

la realizzazione intempestiva dell'atto doveroso, esigendo la norma penale che quest'ultimo sia compiuto "senza ritardo".

Per colmare le lacune sopra esposte parte della giurisprudenza (cfr. Cass. Pen., sez. VI, sent. 09.12.2002, n. 7766, in *Riv. Pen.*, 2004, pag. 60) ha ritenuto di estendere l'applicabilità della sanzione penale prevista per il rifiuto anche a queste ipotesi (omissione o ritardo di un atto doveroso indifferibile). Tale interpretazione non appare condivisibile, atteso il divieto costituzionale di analogia in malam partem, ai sensi dell'art. 14 delle disposizioni sulla legge in generale.

❖ Recita, infatti, l'art. 14 disp. prel., "le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati". Peraltro, in via implicita un simile divieto trova un fondamento normativo anche negli artt. 1 e 199 cod. pen., ovvero, "nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto dalla legge come reato" e "nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza fuori dei casi dalla legge preveduti". Nessun riferimento diretto, invece, proviene dalla Costituzione, anche se si ritiene che il principio in parola obbedisca alla medesima ratio di garanzia delle libertà della persona in genere sottesa al principio del *nullum crimen sine lege*. In tal senso, FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 1995, pag. 93; MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2001, pag. 3; BOSCARRELLI, *Analoga ed interpretazione estensiva nel diritto penale*, Palermo, 1955; VASSALLI, voce *Analoga nel diritto penale*, in *Noviss. dig. pen.*, Torino, 1957, I, pag. 607; *Id.*, voce *Analoga nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1987, pag. 158; MORSELLI, *Analoga e fattispecie penale*, in *Ind. Pen.*, 1990, pag. 505.

Non è piaciuta, inoltre, alla dottrina l'elencazione tassativa delle cd. attività qualificate che rendono penalmente rilevante il rifiuto in materia di giustizia, sicurezza ed ordine pubblico, igiene e sanità. Si osserva, infatti, che il Legislatore del 1990, riprendendo la formula utilizzata dall'art. 650 cod. pen., in tema di inosservanza dei provvedimenti dell'Autorità, si è esposto alle medesime censure di illegittimità costituzionale, stante la violazione del principio della certezza del diritto.

❖ Si vedano sul punto, NANNUCCI, *È scomparso un delitto o un principio costituzionale?*, in *Foro it.*, 1991, V, pag. 417; *Id.*, *Rifiuto e omissione di atti d'ufficio: una riforma che non migliora invecchiando*, in *Cass. pen.*, 1997, pag. 2323; FIANDACA, *Una riforma fallita?*, in *Foro it.*, 1990, V, pag. 421; PALAZZO, *La riforma dei delitti dei pubblici ufficiali: un primo sguardo d'insieme*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, pag. 815.

Peraltro, occorre rilevare che il contrasto con il principio anzidetto emerge sotto altro profilo, atteso il difetto di una specifica previsione degli atti che devono essere compiuti senza ritardo. Va pertanto condivisa l'opinione di quella parte della dottrina secondo la quale il Legislatore si è preoccupato unicamente di comprimere il cd. fenomeno della supplenza giudiziale alle disfunzioni della Pubblica Amministrazione, limitando in modo eccessivo la tutela penale in caso di omissione o rifiuto di atti d'ufficio [in questo senso, BENUSSI, *op. cit.*, pag. 692].