

PAOLO TANDA

*Omessa autorizzazione di prestazioni specialistiche « esterne »
e responsabilità penale del Comitato di gestione della U.s.l.*

Estratto da
RIVISTA PENALE DELL'ECONOMIA
N. 3-4 - 1989

«carico» effettivo di prenotazioni ricevute (come avviene notarialmente, ad esempio, per le diagnostiche di medicina nucleare).

Dalle premesse che precedono consegue che le disposizioni ed istruzioni impartite dagli imputati agli uffici dipendenti sono sicuramente viziate, sul punto, per erronea interpretazione della specifica normativa e che per l'effetto fu senz'altro illegittima – nel senso precisato – la risposta fornita all'utente Dizorz per quanto si riferisce all'impossibilità di fornire entro tre giorni il chiesto referto. Tale risposta – sicuramente errata – non concretizzò peraltro un rifiuto della prestazione, che, se sollecitata, sarebbe stata sicuramente offerta dalla struttura pubblica, ma produsse quale effetto necessariamente correlato il mancato rilascio della necessaria autorizzazione per poter accedere, in via sostitutiva, alle strutture convenzionate.

E, sotto detto profilo, la precisazione è dovuta in quanto tale situazione di fatto, realizzatasi per un comportamento imputabile ad una scelta errata dell'amministrazione, se non è stata produttiva di danni risarcibili *ex art. 185 c.p.* – posto che è stata esclusa una responsabilità penale – è astrattamente suscettibile di aver prodotto un danno patrimoniale (quale ad esempio il necessitato pagamento dell'analisi ad un privato non convenzionato) in ordine al quale non è precluso al Dizorz il ricorso al competente giudice civile *ex art. 2043 c.c.*

5. - Le argomentazioni che precedono, peraltro, non possono comportare l'accoglimento dell'impugnazione della predetta parte civile, posto che le censure mosse alla sentenza impugnata sono state tutte finalizzate a sentir affermare – seppure ai meri effetti civili – che il comportamento dei componenti il Comitato di gestione dell'U.s.l. n. 2 di Gorizia era da considerarsi penalmente illecito, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di secondo grado.

Ad identica conclusione si deve pervenire per quel che concerne il ricorso dell'altra parte civile, la P.A.M.A. s.n.c., sebbene per motivi del tutto diversi.

Va osservato in proposito che detta parte – come leggesi dall'originario atto di costituzione – ha agito nel giudizio in esame per ottenere il risarcimento dei danni materiali e morali subiti, a suo avviso, per effetto del comportamento degli imputati, nel presupposto della sua rilevanza ai fini penali.

A prescindere, ora, dalla diversa conclusione cui è pervenuto sul punto il giudice di secondo grado, la Corte deve sottolineare che comunque non si sarebbe potuti pervenire nel caso di specie all'accoglimento della domanda, in sé inammissibile.

È pacifico, infatti, che l'azione civile per il risarcimento del danno cagionato da fatto illecito (sia *ex art. 185 c.p.* che *ex art. 2043 c.c.*) presuppone in ogni caso che dal fatto lamentato – posto in un rapporto di causalità con l'evento – sia derivata una lesione giuridica riconducibile nella sfera di un diritto soggettivo (cfr. sez. VI 20-10-1983 n. 8714, Mandelli e sez. III 19-4-1984 n. 3601, Sciortino).

L'ordinamento giuridico, infatti, non consente l'esercizio di un'azione risarcitoria del tipo specificato in presenza della lesione di meri interessi legittimi.

E, nella specie, è di tutta evidenza che con riferimento alle disposizioni organizzative emanate dagli imputati nella loro qualità di componenti il Comitato di gestione dell'U.s.l. n. 2 di Gorizia – ancorché viziate come si è sopra detto – la P.A.M.A. s.n.c. non poteva lamentare un danno immediato e diretto da porsi in relazione alle condotte addebitate, ma solo e astrattamente, di essersi venuta a trovare in una situazione che era potenzialmente suscettibile di non farle lucrare determinati guadagni il cui presupposto, in ogni caso, era il rilascio all'utente – o agli utenti – della prevista autorizzazione.

Quest'ultima, peraltro, mentre può assumere carattere di atto dovuto nei confronti dell'utente – nel presupposto che deve essere rilasciata ove la struttura pubblica non sia in grado di evadere la richiesta di analisi e/o di esami specialistici nel termine fissato di giorni tre, secondo le precisazioni innanzi sviluppate – sicché il diniego è suscettibile di ledere quel bene primario del diritto alla salute che è costituzionalmente garantito (art. 32 cost.), non ha invece detta qualità per ciò che concerne la posizione dei titolari dei laboratori convenzionati per effettuare nel regime della legge n. 833/1978 le previste prestazioni specialistiche.

Come si è avuto modo di mettere in evidenza, infatti, nello schema previsto dall'art. 3 più volte citato, le funzioni integrative del servizio sanitario nazionale, attribuite su di un piano di uguaglianza alle strutture private, non escludono ed anzi confermano il «primato» delle strutture pubbliche che devono organizzarsi in modo da utilizzare al massimo le loro potenzialità proprio al fine di garantire, con le modalità e gli schemi più adeguati, l'esercizio del diritto fondamentale alla salute a spese dell'intera collettività nazionale (Corte costituzionale sentenza n. 173/1987 citata).

Ne consegue, da un lato, che a fronte della concreta inadeguatezza del servizio pubblico, intervengano le strutture convenzionate e, dall'altro, che queste ultime abbiano sicuramente un interesse ad un corretto esercizio del potere organizzatorio attribuito alle prime e, quindi, anche al rispetto delle disposizioni che disciplinano il rilascio delle necessarie autorizzazioni.

Detto interesse, peraltro, va del tutto distinto da quello riconosciuto all'utente che è il solo vero destinatario delle prestazioni – da chiunque dovute – e che ha pertanto il diritto ad esse, sia dal servizio pubblico, sia – nell'impossibilità di erogazione da parte dello stesso – da quello convenzionato, previa autorizzazione.

E queste precisazioni – sicuramente esatte sul piano della loro aderenza al dettato costituzionale – denunciano il carattere di mero interesse legittimo delle strutture convenzionate al corretto esercizio del potere organizzatorio: con la conseguenza della improponibilità di qualsiasi azione di danno, nei limiti ed ai fini in contestazione, per l'emanazione di disposizioni, che, seppure viziate sotto il profilo

di un'errata interpretazione della legge, regolamentino in modo errato il rilascio di quell'atto dovuto che è l'autorizzazione.

Ed è appena il caso di sottolineare – in via conclusiva e quale mera riflessione – che sui presupposti che sono stati messi in evidenza, nemmeno sfiorati dai giudici di merito, era solo ipotizzabile un interesse della P.A.M.A. s.n.c. ad adire il giudice amministrativo per sentir dichiarare l'illegittimità della delibera adottata dal Comitato di gestione e della corrispondente circolare: quanto sopra, ovviamente, ai limitati fini di un corretto esercizio del potere organizzatorio da parte della pubblica amministrazione cui la citata struttura privata aveva sicuramente interesse, essendo convenzionata, ma non nel quadro della tutela di una propria

aspettativa a carattere patrimoniale (potendo essere sotto tale profilo addirittura conflittuale detto interesse con quello, già precisato, di un potenziamento al massimo del servizio pubblico), bensì nel più vasto ambito del coinvolgimento delle strutture private, su di un piano di parità, alla gestione del servizio sanitario nazionale.

Il che non esclude un interesse a lucrare un giusto profitto, consistente nel rimborso delle prestazioni erogate, ma delimita nell'altra direzione – ora evidenziata – e non in tale aspettativa, le possibilità di intervento, da attuarsi innanzi al competente giudice amministrativo.

Al rigetto dei ricorsi segue la condanna delle parti civili, in solido, al pagamento delle spese del procedimento. (*Omissis*).

Omessa autorizzazione di prestazioni specialistiche «esterne» e responsabilità penale del Comitato di gestione della U.s.l.

di Paolo Tanda

La sentenza che si annota coinvolge una serie di problematiche di vibrante ed attuale interesse (1).

Il dato normativo intorno al quale è ruotata l'intera vicenda processuale è costituito dall'art. 3, ultimo comma, della legge n. 12 del 26-1-1982 secondo il quale «l'utente può accedere agli ambulatori e strutture convenzionate per le prestazioni di diagnostica strumentale e di laboratorio per le quali nel termine di tre giorni le strutture pubbliche non siano in grado di soddisfare la richiesta di accesso».

Sulla base di tale norma il Comitato di gestione, acquisito anche il parere di un esperto, provvedeva ad emettere una delibera e successivamente una circolare, con le quali impartiva istruzioni agli uffici dipendenti per l'applicazione della normativa in questione.

Tal direttive, in riferimento alle prestazioni specialistiche di diagnostica strumentale e di laboratorio, escludevano la possibilità per gli assistiti di accedere a strutture convenzionate esterne, in tutti i casi in cui fosse stato possibile iniziare l'attività specialistica

richiesta presso le proprie strutture, nel termine di tre giorni, anche se questa non poteva essere ultimata, con la consegna del referto, in detto termine.

Per cui, solo qualora non fosse stato possibile neppure tale inizio nei tre giorni doveva essere rilasciata «seduta stante» l'autorizzazione scritta per accedere alla struttura esterna convenzionata.

Per effetto di tali disposizioni veniva negata al denunciante l'autorizzazione suddetta (2), nonostante l'impossibilità dell'ente pubblico di soddisfare le richieste di analisi nel termine di legge.

Il Pretore di Monfalcone ravvisava nelle disposizioni impartite dal Comitato gli estremi del reato di omissione di atti d'ufficio (art. 328 c.p.). Di avviso contrario si manifestava il giudice di appello, le cui argomentazioni sono state riprese a approfondite dalla Corte di Cassazione nella sentenza in esame.

La considerazione principale in base alla quale si è ritenuto di escludere la sussistenza della fattispecie criminosa di cui all'art. 328 c.p. è che le disposizioni impartite dal Comitato di gestione

dell'U.s.l. si fondavano su di una interpretazione dell'art. 3 u.c. legge n. 12/1985 la quale, sebbene contrastante con quella data dal pretore, non poteva essere valutata come un rifiuto di atto del servizio: del tutto superflua, pertanto, risultava l'indagine relativa all'esatta interpretazione della suddetta norma data dal Comitato, trattandosi, come rileva la S.C., di un «atto positivo interpretativo, ai fini applicativi della legge, irrilevante in sede penale pur se illegittimo».

Le argomentazioni addotte dal giudice di appello e dalla S.C. non ci appaiono del tutto ineccepibili.

Per escludere l'esistenza del reato la cassazione si è basata sulla qualificazione giuridica degli atti posti in essere dal Comitato, ritenuti di per sé penalmente leciti.

Tali atti costituirebbero espressione del potere di auto-organizzazione della P.A.: si tratta, pertanto, di atti che potrebbero anche essere viziati da eccesso di potere o da violazione di legge e comunque non costituire fonte di responsabilità per i soggetti emananti, salvo

che «concorrono determinati presupposti (quali ad esempio la strumentalizzazione dei pubblici poteri con relativa presa di interesse, come nell'ipotesi di cui all'art. 324 c.p.)».

Nel caso di specie non sussisterebbero, secondo la Suprema Corte, gli estremi della fattispecie criminosa prevista dall'art. 328 c.p. in quanto i succitati atti sono stati emanati unicamente per dare attuazione all'art. 3 u.c. l. n. 12/1982, impartendo, sulla base di un'interpretazione (3) di tale norma, direttive ed istruzioni agli organi competenti, per predisporre una regolamentazione dei rapporti tra le strutture pubbliche e quelle convenzionate. Tuttavia, che l'interpretazione del summenzionato precetto normativo debba ritenersi incongrua e «giuridicamente errata» è riconosciuto dalla stessa Corte: è indubitabile infatti che il legislatore con l'art. 3 legge cit. ha inteso riferirsi non alle attività preliminari ma all'effettivo soddisfacimento della richiesta.

Ciò comporta che entro il termine di tre giorni previsto dall'art. 3 le unità sanitarie locali «devono fornire le prestazioni specialistiche richieste».

Argomentare diversamente significherebbe escludere proprio quelle garanzie di ordine formale e sostanziale volute dal legislatore in ordine ai tempi di espletamento delle operazioni di laboratorio ed analisi: si verrebbe così ad eludere ogni limite temporale comportando da un lato la possibilità da parte della struttura pubblica di vanificare in via di fatto le aspettative dell'assistito attraverso un operato tutt'altro che celere, e dall'altro verrebbe ad escludere ogni possibilità di esplicitare da parte delle strutture private una funzione integrativa del servizio sanitario nazionale.

Da tali premesse ne deriva un ineliminabile passaggio logico: la qualificazione in termini di vero e proprio *obbligo* della situazione giuridica soggettiva facente capo alla struttura sanitaria pubblica nel caso di impossibilità di soddisfare le richieste nei termini previsti dalla legge citata.

Infatti in più punti della sentenza in esame è possibile rinvenire affermazioni attestanti l'esistenza di un vero e

proprio *dovere d'ufficio* la cui violazione integra certamente l'elemento materiale della fattispecie di cui all'art. 328 c.p. (4). Circa l'esistenza di un siffatto obbligo giuridico non dovrebbero sussistere dubbi, non solo perché sul punto è intervenuta la Corte di Cassazione a sezioni unite civili (21 novembre 1983 n. 6920) e il Consiglio di Stato, sez. V, con sentenza del 25 marzo 1983 n. 112, ma anche perché il Comitato era perfettamente a conoscenza di una decisione del T.A.R. regionale (sent. n. 135 del 6 dicembre 1982) che ribadiva l'esistenza dell'obbligo summenzionato, escludendo ogni possibilità di differente interpretazione dell'art. 3 l. cit.

Da ciò una fondamentale conseguenza: l'attività che deve porre in essere la struttura sanitaria nell'ipotesi di impossibilità di soddisfare entro 3 giorni le richieste, è indubbiamente un'attività connotata dai caratteri della vincolatività.

In questo caso infatti il legislatore ha fissato in modo puntuale e preciso i criteri in base ai quali la struttura pubblica deve esercitare le proprie funzioni nel perseguimento dei fini di carattere istituzionale: non c'è pertanto spazio per una interpretazione che vada in contrasto con il dato normativo.

È proprio la natura di atto vincolato (5) che porta a ritenere, quanto meno sotto il profilo strutturale, sussistente la fattispecie prevista e punita dall'art. 328 c.p.

Del resto non bisogna dimenticare che, secondo la dottrina dominante, il reato in esame può sussistere anche in presenza di un'attività discrezionale della pubblica Amministrazione: in particolare quando la discrezionalità riguardi l'*an*, cioè la possibilità di agire o meno, deve ritenersi sussistente il comportamento omissivo non solo quando manchi del tutto una valutazione degli elementi sulla cui base deve essere effettuata la scelta, ma anche quando, effettuata tale valutazione, da essa «debba essere ricavata necessariamente una regola di azione che il soggetto obbligato non osservi, omettendo di attivarsi. Inoltre quando l'organo amministrativo abbia l'obbligo di attivarsi, pur essendo discrezionale la scelta in ordine al *quo*-

modo, e quindi al contenuto del provvedimento da adottare, la sua inerzia può integrare il reato» (6).

Non diversamente nell'ipotesi di discrezionalità tecnica laddove la valutazione tecnica abbia portato ad accertare quei presupposti in presenza dei quali la norma impone una determinata attività, e malgrado ciò l'autorità competente rimanga inottemperante.

In tali ipotesi sarebbe certamente un «errore di grammatica giuridica» escludere la configurabilità del reato in esame, facendo riferimento ai limiti, previsti dalla legge abolitrice del contenzioso amministrativo, in ordine al potere del giudice ordinario di sindacare gli atti della P.A. (7): in queste ipotesi l'unico limite posto ai poteri del giudice penale è rappresentato dall'aspetto strutturale della fattispecie criminosa: nelle ipotesi innanzi prospettate «oggetto dell'accertamento è in effetti la condotta antiverosa della persona fisica che pur essendo tenuta a compiere una scelta discrezionale o ad agire in conseguenza di essa, tuttavia ometta di compiere l'atto dell'ufficio o di compierlo tempestivamente ovvero rifiuta di compierlo» (8).

Inoltre non va tralasciata la circostanza che il delitto *de quo* può sussistere anche quando contro l'inerzia della pubblica Amministrazione possa essere esperito un ricorso giurisdizionale (9) ed anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di compiere un atto d'ufficio provenga da una sentenza di 1° grado esecutiva a norma dell'art. 33 legge T.A.R.

Tali sentenze indubbiamente non possono avere l'efficacia tipica della *res judicata*, ma comunque di quest'ultima costituiscono una sorta di «anticipazione» di quelli che saranno gli effetti finali e definitivi (10).

Per cui sul piano sostanziale il dovere nascente da una sentenza di 1° grado, esecutiva ma non ancora passata in giudicato, non ha natura dissimile da quest'ultima: pertanto, laddove l'adempimento dell'obbligo giuridico derivante dalla sentenza esecutiva di 1° grado richieda l'espletamento di un'attività amministrativa, l'eventuale ritardo o rifiuto di quest'ultima da parte della P.A.

può integrare gli estremi del delitto di omissione d'atti d'ufficio.

Operare in tal senso significa restituire al giudice ordinario quel potere di valutazione e di controllo che assai spesso la stessa giurisprudenza della Corte di Cassazione ha escluso sulla base di interpretazioni non del tutto condivisibili: per assicurare al cittadino un più puntuale rispetto dei doveri anche di natura costituzionale che gravano sulla P.A., più utili appaiono essere non tanto le sanzioni sugli atti quanto quelle sugli organi tra le quali un posto di primo piano occupa quella contenuta nell'articolo 328 c.p. Porta inevitabilmente a tali conclusioni anche lo stesso bene giuridico tutelato dall'articolo in esame: infatti la fattispecie criminosa *de qua* tende a preservare più che il dovere di fedeltà e di zelo del pubblico funzionario o più che il prestigio della Pubblica Amministrazione, la correttezza del rapporto tra P.A. e cittadino. Pertanto mentre alcune norme penali tutelano la legalità del suddetto rapporto punendo gli abusi di potere e mentre altre norme tutelano l'imparzialità di tale rapporto incriminando le condotte interessate e sleali dei pubblici funzionari, il reato in esame è diretto ad assicurare l'efficiente funzionamento dell'azione amministrativa: si tutela pertanto il buon andamento della P.A. non tanto sotto il profilo statico ed organizzativo, quanto sotto l'aspetto dinamico.

Evidente appare, pertanto, il collegamento tra l'oggetto giuridico della norma in esame ed il principio di rilevanza costituzionale (che deve ispirare l'attività amministrativa) desumibile dall'articolo 97, c. 1, della Costituzione (11). Da quanto esposto innanzi risulta evidente che nella vicenda pro-

cessuale oggetto della sentenza che si annota, più che il profilo strutturale andava approfondito l'elemento psicologico della fattispecie criminosa di cui all'art. 328 c.p.: l'indebita omissione, infatti, è punibile solo a titolo di dolo (12).

Per la sussistenza dell'elemento soggettivo è necessario non solo la consapevolezza del verificarsi del presupposto di fatto da cui nasce l'obbligo giuridico del compimento dell'atto d'ufficio e la volontà di non porre in essere quanto imposto, ma anche la consapevolezza del carattere indebito della condotta: occorre, cioè, che il pubblico ufficiale, oltre ad avere coscienza e volontà di omettere, ritardare o rifiutare un atto del proprio ufficio, sia del pari consapevole di avere, col suo comportamento, agito in violazione dei doveri su di lui incomben- ti in base a norme giuridiche extrape- nali.

L'illiceità di cui il soggetto agente deve avere conoscenza non è certamente la generica antigiuridicità penale, intesa come condotta violatrice delle disposizioni contenute nel codice penale, ma è un'illiceità «speciale» in quanto derivante dall'inosservanza di norme appartenenti ad altro ramo del diritto.

È peraltro sufficiente il dolo generico, a nulla rilevando il fine particolare dell'agente: «l'avverbio *indebitamente*, inserito nel dettato legislativo, qualificando l'omissione di atti di ufficio come reato ad antigiuridicità cosiddetta espres- sa o speciale, influenza l'elemento soggettivo, non nel senso di comporta- re l'esigenza di un dolo specifico, ma per sottolineare la necessità della consapevo- lezza di agire in violazione dei doveri imposti» (13).

Nel caso di specie è difficilmente

dubitabile che potesse escludersi la sussistenza del dolo, come sopra prefigu- rato, da parte dei membri del Comitato di gestione del U.s.l. n. 2 di Gorizia.

Sta di fatto che, dopo quest'ulterio- re intervento chiarificatore della S.C., non potrà essere più revocato in dub- bio l'esistenza a carico della struttura sanitaria locale di uno specifico obbli- go di autorizzare immediatamente l'ac- cesso alle strutture esterne convenzio- nate nel caso in cui non si possano rispettare i termini di cui all'art. 3, ultimo comma, legge citata.

Ciò esclude che vi possa essere, in ordine alla fattispecie normativa sulle- posta, una libertà di interpretazione sulla cui base arrivare ad escludere la sussis- tenza degli estremi del reato di cui all'art. 328: il principio di legalità (14) impone alla Pubblica Amministrazione di rispettare il dato normativo nel suo aspetto essenziale escludendo ogni in- terpretazione che possa essere in via di fatto elusiva del rispetto di principi costituzionalmente garantiti.

Certo, una più frequente applicazio- ne della norma penale in esame non comporta come effetto immediato l'a- dempimento dell'obbligo specifico che incombe sulla P.A.: ad ogni modo, in un sistema amministrativo come il nostro in cui sono previsti limitati poteri sostitutivi nei confronti della Pubblica Amministrazione inadempiente, la sanzione penale, e in particolare l'art. 328 c.p., che è «una delle norme tecni- camente meglio formulate e più pun- tuali tra tutte le norme che prevedono reati contro la P.A.» (15), possono costituire un efficace deterrente contro la diffusione del fenomeno del ritarda- to o omesso espletamento di atti d'uf- ficio.

(1) In generale si rinvia a: CAPOBIANCO, *Aspetti penalistici dell'omissione di lezioni da parte del docente universitario*, *Giur. merito* 1971, II, 392; CRESTANI, *Omissione di atti d'ufficio nel proce- dimento di espropriazione per pubblica utilità*, *N. dir.* 1974, 224; FIANDACA, *Considerazioni in tema di omissione d'atti di ufficio*, *Riv. it. dir. proc. pen.* 1980, 606 ss.; FIORE, *Rilevi sulla recente giurisprudenza pretorile in materia di omissione di atti di ufficio*, *Dir. giur.* 1976, 534; GENOVESE,

Il delitto di omissione in atti d'ufficio e l'attività interna della P.A., *Giur. merito* 1977, II, 374; INSOLERA, *Profili di responsabilità penale del presidente del comitato direttivo degli agenti di cambio*, *Giur. comm.* 1976, II, 90; LA CUTE, *Attività amministrativa discrezionale e omissione d'atti d'ufficio*, *Giur. merito* 1976, II, 90; PANNAIN, *I delitti dei pubblici ufficiali contro la P.A.*, Napoli, 1966, 197; RICCIO, *Inadempimento dei doveri funzionali*, *Nss. Dig.*, VIII, 1962, 469 ss.; SPINELLI,

I delitti contro la P.A., Milano, 1964, 636; STILE, *Prospettive sull'interpretazione dell'art. 328 c.p.*, *Giur. merito* 1972, I, 239; STILE, *La rilevanza del compimento di un'azione diversa da quella prescritta nella struttura del delitto di omissione di atti di ufficio*, *Giur. merito* 1974, II, 318; STORTONI, *La responsabilità penale dei pubblici ufficiali per omissione di atti di ufficio nel qua- dro della repressione penale degli inquinamenti di acque*, *L'Indice pen.* 1971, 551; TAGLIARINI,

Omissione d'atti d'ufficio, Enc. dir. vol. XXX, 1980, 60; TAGLIARINI, *In tema di dolo nel delitto di omissione o rifiuto d'atti di ufficio*, Arch. pen. 1967, II, 227.

(2) Per una analoga fattispecie in cui è stata negata un'autorizzazione dovuta per legge v. pret. Genova, 26 marzo 1986, Merlo ed altro, secondo cui commette il delitto di omissione di atti di ufficio l'assessore regionale per l'ambiente il quale, dopo l'emanazione, con delibera, dei criteri per la classificazione dei rifiuti tossici e nocivi, ometta di provvedere sulle domande di autorizzazione allo smaltimento di quel tipo di rifiuti presentate dai privati a norma dell'art. 31 d.p.r. n. 915/1982.

In relazione alla configurabilità del delitto di cui all'art. 328 c.p. a carico di amministratori che non provvedono entro i termini stabiliti dal d.p.r. 915/1982 (ovvero sei mesi dalla presentazione della domanda), cfr. F. e P. GIAMPIETRO, *Lo smaltimento dei rifiuti* Commento al d.p.r. n. 915/1982, Rimini, 1985, 189, secondo cui il decorrere del termine assegnato per deliberare non è idoneo a far scattare il silenzio-rifiuto, ma piuttosto ad introdurre valutazioni di responsabilità penale ai sensi dell'art. 328 c.p.

Per una fattispecie in cui è stata ritenuta la responsabilità del sindaco per l'omessa osservanza dei previsti poteri-doveri di controllo a tutela della salute pubblica in caso di grave inquinamento di acque, v. Cass. 21 giugno 1985, Cass. pen. 1986, 1636, con nota di F. GIAMPIETRO, *Ambiente, salute pubblica e omissione di atti di ufficio del sindaco*.

Inoltre v. Pret. Pistoia 17 dicembre 1984 (in tema di omissione del sindaco responsabile di non aver istituito un efficiente servizio per il controllo degli scarichi idrici degli insediamenti produttivi siti in territorio comunale), *Foro it.* 1985, II, 467; Pret. Mirandola 13 aprile 1984, *Foro it.* 1985, II, 142; Pret. Rivarolo Cavanese 20 aprile 1983, *Foro it.* 1984, II, 144. Cfr. anche F. e P. GIAMPIETRO, *Rassegna critica di giurisprudenza sull'inquinamento delle acque e del suolo*, Milano 1985, 1708 ss., a cui si rinvia per l'ampia casistica sull'applicazione dell'art. 328 c.p. da parte della giurisprudenza pretorile in fattispecie riguardanti la tutela della salute e dell'ambiente.

(3) In relazione ai rapporti tra interpretazione di una norma giuridica e sussistenza del reato di cui all'art. 328 c.p., la S.C. ha affermato che non essendo consentito ad un dipendente di un ente pubblico, sottoposto al vincolo gerarchico, determinare in via autonoma quali disposizioni vadano eseguite e quali non, sulla base di soggettivi criteri di interpretazione, è arbitraria l'omissione degli atti dovuti, a meno che con la disposizione del superiore si imponga al dipendente la commissione di un reato: Cass. sez. VI, 16 ottobre 1987, n. 10844, *Riv. pen.* 1988, 775.

(4) Ai fini della sussistenza dell'elemento materiale della fattispecie criminosa di cui all'art. 328 c.p., la S.C. (Cass. sez. VI, 8 novembre 1974, *Giust. pen.* 1975, II, 542) ha ribadito che per integrare il concetto di «atto d'ufficio» bisogna avere riguardo a qualsiasi atto che il pubblico ufficiale sia tenuto a compiere per legge, in forza del rapporto d'ufficio o per ordine della Autorità: a nulla rileverebbe che l'atto sia esterno

(riguardante i terzi) o interno (attinente esclusivamente alla pubblica Amministrazione).

Nello stesso senso, v. anche PANNAIN R., *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., 1966, 197. *Contra* STILE, *Omissione*, cit., 77 ss., secondo il quale, l'atto interno potrà essere oggetto del reato *de quo* solo ove si traduca in atto dell'ufficio, sì da differenziarsi dagli atti che hanno unicamente rilevanza all'interno dell'Amministrazione e sono garantiti solo sul piano disciplinare.

Secondo TAGLIARINI (*op. cit.*, 71) la doverosità dell'atto dipende da due condizioni: l'esistenza di una norma che preveda il dovere di agire, in via generale ed astratta, in capo ad un organo della pubblica Amministrazione; il verificarsi di una situazione di fatto che renda operativo il detto dovere.

Sempre in riferimento al profilo strutturale, la S.C. ha specificato (Cass. sez. VI, 15 febbraio 1977, *Giust. pen.* 1977, II, 615) che assume disvalore penale il comportamento di omissione, rifiuto o ritardo nel compimento di un atto di ufficio che non trovi giustificazione alcuna nella legge o in atti legittimi della Autorità. Pertanto l'illegittimità di tale comportamento deve essere esclusa solo ove il pubblico ufficiale sia facoltizzato ad omettere, rifiutare o ritardare il compimento di un atto, a condizione, però, che tale facoltà non ecceda i limiti posti dall'esercizio dell'ufficio o sia in contrasto con lo scopo per cui era stata riconosciuta.

In relazione alla differenza tra omissione e ritardo, PAGLIARO (*Principi di diritto penale*, p. spec., *Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione*, Milano 1977, 295 ss.) osserva che se l'atto deve essere compiuto entro un termine oltre il quale non potrà più produrre i suoi effetti tipici («termine perentorio»), il compiere l'atto oltre quel termine è una vera e propria omissione.

Se, invece, l'atto è compiuto oltre il termine prescritto, ma può produrre ugualmente i suoi effetti tipici (nel qual caso si parla di «termine ordinatorio»), anziché omissione, si avrà «ritardo».

Cfr. Cass. sez. VI, 29 marzo 1967, *Cass. pen.* 1968, 287.

Sul punto, v. anche TAGLIARINI, *op. cit.*, 75, secondo cui la omissione e il ritardo consistono in un comportamento passivo e il rifiuto si sostanzia in un comportamento attivo che si fonda su due presupposti: esplicita richiesta dell'atto da parte del soggetto interessato ed esplicito rifiuto da parte del pubblico funzionario.

Il rifiuto non necessita una formale risposta negativa: è sufficiente che il comportamento del funzionario sia inequivocabile e seriamente rivolto ad eludere l'emissione dell'atto. Costituisce quindi rifiuto il provvedimento immotivato di rinvio di ogni determinazione sull'atto da emettere, ovvero la richiesta alla parte interessata di adempimenti non legalmente dovuti o palesemente inutili; è da escludere, invece, che costituisca rifiuto la richiesta di adempimenti necessari ed omessi dalla parte.

(5) Sul punto la S.C. ha precisato che il mero inadempimento ed il rilievo che l'atto amministrativo omissivo sia qualificabile come dovuto, non si traducono in un'automatica responsabilità penale del pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 328 cod. pen. ove questi si sia limitato ad uni-

formare il proprio comportamento ad una prassi già in vigore ed attuata nei confronti di tutti. In tal caso, se da un lato le ragioni che determinano l'insorgere ed il consolidarsi della prassi non possono assurgere a cause giustificative dell'omissione - sotto il profilo di aver ritenuto di erroneamente esercitare un diritto - dall'altro, ed ai fini della configurabilità del dolo, è comunque necessario che si sia raggiunta la prova che il pubblico ufficiale, nel caso concreto, abbia deliberatamente voluto omettere lo specifico atto: Cass. sez. VI, 19 febbraio 1987, *Riv. pen.* 1988, 196.

(6) CONCAS, *Inottemperanza al giudicato amministrativo e omissione di atti d'ufficio*, *Aspetti e problemi dell'esercizio del potere di sostituzione nei confronti dell'amministrazione locale*, *Atti del convegno di studi amministrativi* Cagliari 19-20 dicembre 1980, 123 ss.

(7) Sul punto cfr. TANDA P., *La disapplicazione da parte del giudice penale di concessione edilizia illegittima*, *questa Rivista* 1989, n. 1, 173 e ss.

(8) CONCAS, *Inottemperanza*, cit., 127.

(9) Cfr. MANZINI, *Diritto penale italiano*, vol. V, 287 ss. e CONCAS, *op. cit.*, 127.

(10) Sul punto A. QUARANTA, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Novara, 1982, 544 e ss.

(11) A dire il vero, però, all'indomani della formulazione nel nostro codice penale dell'art. 328, la dottrina e la giurisprudenza hanno assunto un'atteggiamento notevolmente oscillante in riferimento all'oggetto giuridico tutelato dall'articolo in esame, anche per effetto delle affermazioni tutt'altro che univoche contenute nella Relazione ministeriale secondo cui «alcuni altri delitti contro la pubblica amministrazione possono raccogliersi intorno al concetto fondamentale di inadempimento di dovere di ufficio... non è tollerabile in qualsiasi Stato... l'inerzia e la dolosa riluttanza di coloro che, chiamati a una pubblica funzione o ad un servizio pubblico, hanno il dovere di adempiere, con il necessario zelo e con lealtà di condotta, gli obblighi inerenti».

Consapevole del contrasto esistente sul punto, la Corte di Cassazione a sezioni unite con la sentenza del 25 maggio 1985 ha dissipato ogni dubbio in merito: partendo dalla considerazione dell'esistenza di due contrastanti orientamenti (il primo, incentrato sul dovere di fedeltà del funzionario verso lo Stato, individua la fattispecie in ogni volontario inadempimento dei doveri del pubblico ufficiale; il secondo, sulla base di una prospettiva più sostanziale, dà rilievo non tanto all'inadempimento quanto alla sua conseguenza, dell'essere mancato l'atto dell'ufficio che la pubblica Amministrazione aveva il dovere di emanare), la S.C. arriva alla conclusione che l'ipotesi delittuosa *de qua* si riferisca specificamente non ad un generico dovere di fedeltà e di zelo, ma al mancato o ritardato adempimento di un atto dell'ufficio. Così anche Cass. sez. VI, 22 ottobre 1985, Robert. Sul punto vedi anche TAGLIARINI, *Omissione*, cit., 67, secondo cui il delitto d'omissione d'atto d'ufficio non è diretto a garantire la pubblica Amministrazione nel momento statico della sua organizzazione, ma a tutelare l'aspetto dinamico dell'organizzazione amministrativa.

(12) Cfr. TAGLIARINI, *In tema di dolo*, cit., 227 ss.

(13) Cass. sez. VI, 15 novembre 1984, ric. Bertoli. Inoltre deve ritenersi esclusa l'illegittimità della condotta nell'ipotesi in cui il pubblico ufficiale abbia il dovere o magari soltanto la facoltà di rifiutare, omettere o ritardare il compimento dell'atto. Tale dovere o facoltà non deve eccedere i limiti posti dalle norme che disciplinano l'esercizio dell'ufficio ovvero non essere in contrasto con lo scopo per il quale il dovere è imposto o la facoltà è concessa: Cass. 15 febbraio 1977, *Giust. pen.* 1977, II, 615, e Cass. sez. VI, 20 ottobre 1983, *Riv. pen.* 1984, 505.

Secondo Cass. sez. IV, 24 gennaio 1970, Sacco, il dolo può essere escluso ove la condotta sanzionata sia stata posta in essere in buona fede, sempre che di questa sia stata fornita la prova.

È irrilevante l'errore sulla norma extrapenale che disciplina l'obbligo cui è soggetto il pubblico ufficiale (v. in tal senso, Cass. sez. VI, 13 giugno 1973, *Giust. pen.* 1974, II, 438).

Tale tesi, che trova qualche contrasto anche nella stessa giurisprudenza (v. Cass. 24 gennaio 1970, *Mass. dec. pen.* 1970, 279), è criticata da PAGLIARO, *op. cit.*, 309, e da TAGLIARINI, *op. cit.*, 80.

Sul punto v. anche DE LIGUORI, *L'errore su legge extrapenale e la qualifica di anti giuridicità speciale nel delitto di omissione di atti d'ufficio*, nota a Cass. sez. VI, 11 aprile 1987, *Cass. pen.* 1988, 291 ss., secondo il quale l'errore sulle «qualifiche di anti giuridicità speciale» è sempre scusabile (ad eccezione delle ipotesi colpose) in quanto incide sempre ed esclusivamente sul fatto, realizzando così l'ipotesi di cui al comma 3 dell'art. 47 c.p.

Favorevole all'irrelevanza dell'errore su legge extrapenale è il MANERA, *Antigiuridicità speciale ed errore su norme extrapenali «integatrici»*, nota a Cass. sez. VI, 19 maggio 1972, Caselli, *Giust. pen.* 1973, II, 162.

Né è da ritenere che l'omissione, il ritardo o il rifiuto di un atto d'ufficio, per potere essere

oggetto di un giudizio di disvalore penale, debba necessariamente cagionare un danno materiale alla pubblica Amministrazione o ledere interessi legittimi dei privati: è sufficiente il pregiudizio – all'ufficio o al servizio – insito nella condotta illegittima del pubblico ufficiale o dell'incaricato di un pubblico servizio: così Cass. sez. VI, 28 giugno 1985, Armato.

(14) Sul punto cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, 515 ss. ed *ivi* richiami bibliografici.

(15) Così G. PICA, *Osservazioni sulle proposte di modifica dell'art. 328 cod. pen. relativo al reato di «omissione di atti d'ufficio»*, in *La riforma dei delitti contro la pubblica amministrazione*, a cura di A. STILE, Napoli, 1987. Tale Autore, in punto di riforma dell'art. 328 c.p., afferma inoltre che «la soluzione di gran lunga preferibile appare quella offerta dal progetto «Martinazzoli», che prevede di lasciare la norma nel testo vigente».