



# **CONSIGLIO SUPERIORE DELLA MAGISTRATURA**

Nona Commissione – Tirocinio e Formazione Professionale

Incontro di studi sul tema

## **TECNICHE D'INDAGINE E STANDARD PROBATORI IN TEMA DI REATI CONTRO LA P.A.**

**Roma**

**28 febbraio – 2 marzo 2011**

Abuso d'ufficio, concussione, corruzione, omissione e rifiuto di atti d'ufficio:  
argomenti proposti al confronto del 28 febbraio 2011 tra magistrati giudicanti.

**Luigi Giordano**  
**Giudice delle indagini preliminari**  
**del Tribunale di Napoli**

## Sommario

1. Abuso d'ufficio: la violazione di legge ed il problema del rilievo del vizio di eccesso di potere.	pag. 3
2. segue: la violazione di legge "mediata" e l'inosservanza del contratto collettivo nazionale lavoro.	pag. 9
3. segue: la concorrente soddisfazione di un interesse pubblico.	pag. 12
4. segue: il concorso del privato beneficiario.	pag. 15
5. La nozione di induzione e la cd. concussione ambientale.	pag. 16
6. Il labile confine tra corruzione propria ed impropria e la determinabilità dell'atto oggetto del mercimonio.	pag. 24
7. Il rifiuto di atti: l'atto d'ufficio indifferibile, doveroso, qualificato. L'errore dell'agente.	pag. 32

## Introduzione

I delitti contro la pubblica amministrazione presentano tuttora aspetti problematici. Sono questioni insolute che investono il rapporto tra l'esercizio dell'attività amministrativa ed il controllo giurisdizionale della stessa. Da una parte, bisogna riconoscere al pubblico agente lo spazio di discrezionalità che permette il dispiegarsi della sua azione in modo efficace. Dall'altra, le condotte criminali divengono sempre più sottili ed insidiose, mostrando caratteristiche di abitualità, se non di serialità. Queste tensioni si sviluppano in uno scenario in cui mutano i rapporti sociali e cambiano, sia pure lentamente, gli assetti normativi del sistema pubblico, ma rimane immutato il contesto di tendenziale omertà, favorito dai convergenti interessi del reo e della vittima (quando quest'ultima non versa in condizione di assoggettamento).

Di seguito, senza pretesa di intervento risolutorio o di trattazione esaustiva, si evidenziano alcune delle difficoltà che emergono nella definizione dell'area operativa delle fattispecie o nell'individuazione dei confini tra l'una e l'altra.

## 1. Abuso d'ufficio: la violazione di legge ed il problema del rilievo del vizio di eccesso di potere.

1. Uno dei principali obiettivi della legge che, nel 1997, ha novellato l'art. 323 c.p. consisteva **nell'espungere il vizio di eccesso di potere dall'ambito del penalmente apprezzabile come abuso d'ufficio** al fine di assicurare determinatezza alla fattispecie<sup>1</sup> e di impedire il controllo del giudice sul merito amministrativo<sup>2</sup>.

Sebbene la formula adoperata non fosse apparsa idonea a raggiungere tale scopo<sup>3</sup>, la giurisprudenza si è immediatamente adeguata alla *voluntas legis*, affermando l'irrelevanza del suddetto vizio ai fini dell'incriminazione<sup>4</sup>.

Si è andato sviluppando, tuttavia, un indirizzo ermeneutico che sembra riconoscere una rilevanza penale anche agli atti amministrativi viziati da eccesso di potere. Queste decisioni non entrano in aperto contrasto con l'orientamento consolidato perché ampliano il concetto di **violazione di legge**, sostenendo che **riguarda anche il profilo teleologico della disposizione extrapenale violata**. Il delitto di abuso d'ufficio, di conseguenza, sarebbe configurabile non solo quando la condotta si pone in contrasto con il significato letterale o logico-sistematico di una norma di legge o di regolamento, ma anche quando i comportamenti contraddicono lo specifico fine perseguito dalla disposizione, concretandosi in uno "*svolgimento della funzione o del servizio*" che "*oltrepassa ogni possibile scelta discrezionale*" attribuita al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio per realizzare tale fine<sup>5</sup>.

L'elemento oggettivo del reato, in tali ipotesi, è costituito da una violazione di legge definita come "sviamento del potere" dai fini istituzionali che ricorre quando il comportamento dell'agente, pur formalmente corrispondente alla norma che regola

---

<sup>1</sup> Accanto alla nozione di eccesso di potere come sviamento della concreta modalità di esercizio della funzione pubblica dal suo fine tipico, come è noto, la giurisprudenza amministrativa ha elaborato le figure cd. sintomatiche di tale vizio, annullando l'atto pubblico illogico, irrazionale, sospettato di essere ingiusto. Il vizio di eccesso di potere, di conseguenza, ha assunto una certa vaghezza, che era reputata incompatibile con i principi del diritto penale.

<sup>2</sup> Cfr. Sez. 6, sentenza n. 38965 del 18-10-2006 ud. (24-11-2006 dep.) rv. 235277, secondo cui "*il novellato art. 323 c.p., ... ha voluto evitare, quanto al controllo del giudice penale, che questi, ispirandosi ad esigenze di giustizia, espresse da principi quali l'eguaglianza, l'imparzialità ed il buon andamento della P.A., possa sindacare i comportamenti che rientrano nell'ambito della discrezionalità del pubblico ufficiale ... sovrapponendo alle scelte dell'amministratore proprie scelte che ritiene più rispettose dei canoni fondamentali o apprezzando in via sintomatica la violazione di legge, avvalendosi dei tradizionali strumenti del sindacato dell'eccesso di potere, quali l'irragionevolezza della motivazione addotta, l'inadeguatezza dell'istruttoria, la disparità di trattamento ...*".

<sup>3</sup> Infante, L'abuso d'ufficio, in Cadoppi – Canestrari – Manna – Papa, Trattato di diritto penale, parte speciale, vol. II, Torino, 2008, 342.

<sup>4</sup> Sez. 2, sentenza n. 877 del 04/12/1997 ud. (dep. 22/01/1998) rv. 210224, in Foro it. 1998, II, 258, con nota Tesaurò. Cfr., tra le altre, Cass., Sez. 6, sentenza n. 6600 del 03/04/2000 ud. (dep. 2/06/2000) rv. 220564 secondo cui "*la condotta del sindaco di un comune che, a seguito di una discussione privata, fa assoluto divieto ad un arbitro di calcio di accedere a qualsiasi titolo ... ed a tempo indeterminato nello stadio comunale, pur se affetta da grave sviamento di potere, essendo solo genericamente illegale, non può qualificarsi come attività viziata da violazione di legge idonea ad integrare il reato di abuso di ufficio*".

<sup>5</sup> cfr. Sez. 6, sentenza n. 19135 del 2-04-2009 ud. (dep. 7-05-2009) rv. 243535; Sez. 6, sentenza n. 38965 del 18/10/2006 ud. (dep. 24/11/2006) rv. 235277; Sez. 6, sentenza n. 38965 del 18/10/2006 ud. (dep. 24/11/2006) rv. 235277; Sez. 6, sentenza n. 12196 del 11/03/2005 ud. (dep. 29/03/2005) rv. 231194; Sez. 6, sentenza n. 28389 del 19/05/2004 ud. (dep. 23/06/2004) rv. 229594; Sez. 6, sentenza n. 1229 del 10/12/2001 ud. (dep. 14/01/2002) rv. 220649; Sez. 6, sentenza n. 6806 del 09/05/2000 ud. (dep. 7/06/2000) rv. 216234; Sez. 6, sentenza n. 5820 del 9/02/1998, Mannucci, in Cass. Pen., 1999, 1761, che sembra abbia inaugurato l'indirizzo, affermando che "*il potere esercitato per un fine diverso da quello voluto dalla legge (e quindi per uno scopo personale od egoistico, e comunque estraneo alla pubblica amministrazione), in vista del quale esso è attribuito, si pone, per ciò solo, fuori dallo schema di legalità, e rappresenta nella sua oggettività offesa dell'interesse tutelato*".

l'esercizio dei poteri, è tenuto in mancanza delle ragioni d'ufficio che lo legittimerebbero, producendo intenzionalmente un danno alla persona offesa<sup>6</sup>.

2. Nel solco tracciato da questo indirizzo si è posta una recente decisione della Suprema Corte riguardante le delibere di formazione delle commissioni di lavoro adottate dai consiglieri di una delle circoscrizioni del Comune di Reggio Calabria<sup>7</sup>. Per effetto di tali atti, le commissioni erano composte da un numero sovrabbondante di membri allo scopo di garantire ai consiglieri stessi gli emolumenti previsti per la partecipazione a tali organismi.

Il GUP aveva prosciolto gli imputati, osservando che il regolamento comunale sul decentramento amministrativo si limitava a determinare il numero minimo di componenti, senza indicare quello massimo, mentre le indicazioni della segreteria comunale, che specificava in cinque il numero dei membri, erano state reputate mere annotazioni di opportunità che non escludevano diverse interpretazioni del dato normativo.

La Corte ha annullato la decisione rilevando che l'eccessivo numero dei componenti delle commissioni, *“in violazione delle norme finalisticamente interpretate”*, era diretto all'esclusivo intento di procacciare i vantaggi patrimoniali ai consiglieri delle circoscrizioni e che *“il potere discrezionale era stato usato per fini non corrispondenti all'interesse collettivo”* come risulta dalle norme extrapenali di riferimento le quali, nell'indicare un numero variabile di componenti delle suddette commissioni, intendevano solo assicurare la corretta proporzione tra maggioranza e opposizione. La condotta degli imputati, secondo la sentenza, ha intenzionalmente eluso *“una lettura teleologicamente orientata del disposto normativo”*.

Nella fattispecie in esame, invero, possono nutrirsi dubbi in merito alla necessità di valorizzare il fine perseguito della norma extrapenale per configurare il delitto, né sembra che sia stato constatato un effettivo sviamento del potere rispetto ai fini per il quale è stato attribuito. E' la stessa Corte, infatti, a precisare che, per accertare l'abuso, occorre riferirsi al significato della legge extrapenale in forza di un'interpretazione non solo letterale, ma anche logica e sistematica. Lo sviamento di potere ricorre quando l'atto, sebbene formalmente rispettoso della norma, in realtà, persegue finalità diverse. Se la condotta viola il significato della disposizione – determinato anche con riferimento all'intenzione del legislatore ed all'esito del percorso previsto dall'art. 12 d.prel. c.c. - è configurabile una violazione di legge.

3. Una violazione di legge cd. teleologica della norma extrapenale è stata riscontrata dalla Suprema Corte anche in un'altra recente vicenda relativa ad un veterinario di un Asl siciliana<sup>8</sup>. Il pubblico ufficiale, sebbene a conoscenza che il sequestro di un allevamento era stato disposto per ragioni amministrative e non sanitarie, ne aveva ordinato la restituzione allo scopo di assicurare un vantaggio al privato. In questa sentenza, premesso il riferimento all'orientamento giurisprudenziale che riconosce la violazione di legge anche nel mancato rispetto dell'obiettivo perseguito dalla

---

<sup>6</sup> Cfr. Sez. 6, sentenza n. 12196 del 11/03/2005 Ud. (dep. 29/03/2005) rv. 231194 relativa ad una fattispecie in cui è stato provato che le procedure d'identificazione, ispezione e foto-segnalazione erano state condotte da agenti di polizia *“violando lo spirito”* dell'art. 349 c.p.p., senza reale necessità ed ai fini di vessazione ed umiliazione di due studenti. In questa decisione, dopo aver sottolineato che la violazione di legge riguarda anche lo sviamento di potere, la Corte ha precisato come *“l'eccesso di potere in tutte le sue figurazioni continui ad avere rilievo nel caso di abuso in danno ...”*.

<sup>7</sup> Sez. 6, sentenza n. 41402 del 25/09/2009 cc. (dep. 28/10/2009) rv. 245287.

<sup>8</sup> Sez. 6, sentenza n. 35501 del 16/06/2010 ud. (dep. 1-10-2010) rv. 248496.

disposizione extrapenale, è stato precisato che *“il potere attribuito dalla normativa al responsabile del distretto veterinario con funzioni di polizia, vigilanza ed ispezione veterinaria per assicurare l’igiene e la sanità pubblica è stato esercitato ... in maniera tale da non realizzare tale fine, ma al solo scopo di incidere su un sequestro di natura amministrativa per procurare vantaggi patrimoniali ...”*.

Anche in questo caso, tuttavia, per ravvisare l’elemento oggettivo dell’abuso d’ufficio, non sembra necessario ricondurre alla violazione di legge anche lo sviamento di potere. Più che un’infedeltà dello specifico esercizio delle attribuzioni rispetto alle finalità della norma, infatti, pare che sia stata accertata l’adozione di un atto viziato da incompetenza relativa, adottato allo scopo di garantire un vantaggio patrimoniale al privato<sup>9</sup>. Tale ultimo vizio viene direttamente ricondotto alla nozione di violazione di legge contemplata dalla fattispecie dell’abuso d’ufficio, senza passare attraverso il riferimento all’aspetto teleologico della disposizione extrapenale<sup>10</sup>.

4. La breve disamina delle sentenze indicate dimostra che, quando la giurisprudenza riconosce l’elemento oggettivo dell’abuso apprezzando anche il profilo teleologico della disposizione violata, in molti casi, più semplicemente, accerta una violazione di legge.

L’estensione del sindacato del giudice penale anche a vizi dell’atto amministrativo in passato ricondotti all’eccesso di potere, tuttavia, pare essersi prodotta per altra via. La legge n. 241/1990, invero, disciplinando compiutamente il procedimento, ha determinato che la violazione di legge comprende ormai molte delle fattispecie in cui, in precedenza, si ravvisava una figura sintomatica di eccesso di potere<sup>11</sup>.

In un primo momento, la giurisprudenza escludeva la rilevanza penale della violazione di norme che, disciplinando il mero dipanarsi del procedimento amministrativo, erano ritenute inidonee ad incidere sulla fase decisoria. L’inosservanza della legge, in altri termini, si riteneva dovesse essere intrinsecamente dotata di un sufficiente livello di significatività sul piano del disvalore criminale e portatrice di qualche riflesso sulla determinazione finale dell’amministrazione<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Nella sentenza è precisato che la restituzione poteva essere disposta dal sindaco ex art. 19 l. n. 689/1981.

<sup>10</sup> Cfr. Benussi, I delitti contro la pubblica amministrazione, in Trattato di diritto penale parte speciale, Padova, 2001, 581. Sez. 6, Sentenza n. 7105 del 29/01/2009 cc. (dep. 18/02/2009) rv. 242934, secondo cui *“integra l’elemento oggettivo del delitto di abuso d’ufficio la violazione delle norme di legge inerente al vizio di incompetenza cosiddetta “relativa”, prevista dall’art. 21-octies L. n. 241 del 1990, che determina l’illegittimità del provvedimento adottato e non la sua nullità, che si verifica nell’ipotesi di difetto assoluto di attribuzione”*.

<sup>11</sup> L’obbligatorietà della motivazione ex art. 3 l. n. 241/1990 consente di ritenere che il provvedimento immotivato o insufficientemente motivato sia affetto da violazione di legge e non più, come si riteneva in precedenza, da eccesso di potere (cfr. *infra* Cerulli Irelli, Corso di diritto amministrativo, Torino, 622). In dottrina (Manes, Abuso d’ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere, in Foro it. 1998, II, 393) si sottolinea che *“numerose applicazioni dell’imparzialità e del buon andamento riguardano il procedimento amministrativo ... esistono norme che di quei principi generali rappresentano l’espressione più compiuta e ne concretizzano il contenuto precettivo ... tali principi trovano espresso riconoscimento nella legge n. 241 del 1990 ... tali principi vengono specificati in forma di regole, precettive e vincolanti, in modo tale da poter assumere diretta rilevanza ai fini della configurazione della nuova norma sull’abuso d’ufficio ... violazione di siffatti principi ... attingono molto più all’essenza dell’eccesso di potere che non alla violazione di legge... ma formalmente (sono) regole sulla cui precettività non sembra potersi discutere”*.

<sup>12</sup> Sez. 6, sentenza n. 9961 del 28/04/1999 ud. (dep. 05/08/1999) rv. 214180, in una fattispecie in cui è stato escluso il reato di abuso di ufficio nel comportamento di una commissione esaminatrice che aveva immotivatamente e reiteratamente fatto rinviare lo svolgimento di prova di esami, allo scopo di favorire un determinato candidato; Sez. 6, sentenza n. 5488 del 1/03/1999 ud. (dep. 29/04/1999) rv. 213918, in una fattispecie in cui è stata esclusa la configurabilità del reato nella condotta di un preside che non si era attenuto ai criteri fissati da un regolamento per l’esercizio dei poteri attinenti alla formazione delle classi, all’assegnazione ad esse dei docenti e alla determinazione dell’orario.

Tale indirizzo sembra ormai superato. Tra le violazioni di legge che integrano il reato di cui all'art. 323 c.p. si tende a ricomprendere anche quelle di norme dettate per la disciplina del procedimento amministrativo perché la fattispecie penale non legittima alcuna distinzione.

Una sorta di correttivo, evidentemente rivolto ad evitare il rilievo di mere irregolarità formali, è individuato sul piano del rapporto di causalità. Occorre accertare la derivazione del danno ingiusto o del vantaggio patrimoniale dalla violazione della legge che disciplina il procedimento<sup>13</sup>.

E' ritenuta condotta che integra il reato di abuso d'ufficio, pertanto, la **violazione dell'obbligo di motivazione**<sup>14</sup> e **quella del dovere di compiere un'adeguata istruttoria**<sup>15</sup>, la cui mancanza si traduce in un vizio della motivazione dell'atto prevista dall'art. 3 legge n. 241/1990<sup>16</sup>. La fase in cui i diversi interessi, pubblici, collettivi e privati devono essere ponderati è essenziale perché incide direttamente sul momento finale della decisione.

Anche la **violazione** dell'art. 7 legge n. 241/1990 che disciplina la **comunicazione dell'avvio del procedimento** può costituire l'elemento oggettivo del reato, se ha rappresentato strumento con cui è stato arrecato il danno ingiusto o è stato provocato il vantaggio patrimoniale<sup>17</sup>. Questo principio, del resto, è previsto anche in materia amministrativa dall'art. 21 *octies*, co. 2, della legge n. 241/1990 secondo cui l'atto amministrativo non è annullabile per la mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Le norme che disciplinano il procedimento, dunque, introdotte per attuare i principi generali di imparzialità e di buon andamento, possono configurare l'elemento oggettivo del delitto di abuso. La violazione di legge, allora, copre alcuni degli spazi che, in passato, erano ricondotti all'eccesso di potere ed alle sue figure sintomatiche.

Una volta individuata l'inosservanza della norma contemplata dalla fattispecie dell'art. 323 c.p., il giudice penale può verificare il rispetto dell'imparzialità e del buon andamento, o, quanto meno, può accertare che sia stata compiuta un'istruttoria, che se ne dia ragione nella motivazione, che siano stati avvisati i titolari di interessi sostanziali.

---

<sup>13</sup> Tra svolgimento delle funzioni o del servizio e l'evento occorre ravvisare un collegamento causale nel senso che l'abuso consiste in una violazione di legge o di regolamento da parte del pubblico ufficiale (o incaricato di pubblico servizio) nello svolgimento delle funzioni o del servizio che provoca un vantaggio patrimoniale ingiusto o un danno ingiusto. L'abuso d'ufficio, pertanto, è un reato causalmente orientato nel senso che deve sussistere un nesso di derivazione causale o concausale tra la violazione di legge e l'evento (cfr. tra le altre, Cass., sez. 6, sentenza n. 6274 del 19-05-1999 (c.c. 4-03-1999) rv. 214156). Ad esempio, la formulazione di un parere, se espresso *contra legem*, può integrare la condotta del reato di abuso d'ufficio nel caso in cui si accerti che l'atto consultivo si inserisce nell'*iter criminis* come elemento diretto ad agevolare la formazione di un atto illegittimo ed in grado di far conseguire un ingiusto vantaggio (Sez. 6, sentenza n. 9955 del 4-03-2003 dep. (c.c. 22-01-2003) rv. 223970, in una fattispecie, peraltro, in cui il provvedimento finale è stato il frutto di accordo tra chi ha emesso il parere e il pubblico ufficiale che lo ha recepito).

<sup>14</sup> Sez. 6, sentenza n. 13341 del 19-11-1999 dep. (c.c. 27-10-1999) rv. 215278 relativa al rettore di una Università che aveva conferito, in forma verbale, numerosi incarichi professionali ad un professionista.

<sup>15</sup> Sez. 6, sentenza n. 25162 del 12/02/2008 cc. (dep. 19/06/2008) rv. 239892; Sez. 6, sentenza n. 37531 del 14-6-2007 ud. (dep. 11-10-2007) rv. 238027, in una fattispecie relativa al rilascio da parte del dirigente preposto di un'autorizzazione edilizia sulla base di una documentazione insufficiente e non conforme a quella prescritta dal regolamento comunale e senza acquisire i necessari pareri di taluni organi comunali; Sez. 6, sentenza n. 69 del 4-11-2004 ud. (dep. 4-01-2005) rv. 230901, in una fattispecie in cui il vice sindaco, nell'emanare un'autorizzazione sanitaria a favore di una società di cui faceva parte anche il sindaco, aveva ommesso di compiere un'adeguata istruttoria.

<sup>16</sup> Il vizio di incompleta istruttoria, alla stregua dell'erroneità, del travisamento dei fatti o dell'ingiustizia manifesta, era ritenuto tradizionalmente una figura sintomatica di eccesso di potere per il contrasto tra l'azione amministrativa concreta ed il principio di completezza e di veridicità dell'istruttoria (Cerulli Irelli, op. cit., 623).

<sup>17</sup> Sez. 6, sentenza n. 18149 del 7-04-2005 ud. (dep. 16-05-2005) rv. 231341.

5. Anche l'orientamento che fa rientrare nella nozione di violazione di legge anche l'inosservanza dell'art. 97 Cost. consente di riconoscere rilievo penale a patologie dell'atto amministrativo (o in senso più lato dell'attività pubblica) riconducibili alle figure sintomatiche di eccesso di potere come, in particolare, la disparità di trattamento<sup>18</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale prevalente, in verità, non è incline a ritenere che il delitto di cui all'art. 323 c.p. possa sussistere nella forma della violazione di uno dei principi di cui all'art. 97 Cost., perché norma generale che non fissa precise regole di comportamento, ma canoni di azione privi di immediato contenuto precettivo<sup>19</sup>. L'inserimento della norma costituzionale fra le disposizioni di legge violabili produrrebbe l'effetto di dilatare eccessivamente l'ambito di applicazione dell'incriminazione, finendo con l'incidere anche sul principio di determinatezza della fattispecie di cui all'art. 25 Cost. che impone di collegare l'abuso all'inosservanza di previsioni specifiche<sup>20</sup>.

Un indirizzo giurisprudenziale, tuttavia, osserva che possono essere identificate ipotesi residuali in cui l'art. 97 Cost., nel suo significato più precettivo relativo all'imparzialità dell'azione amministrativa e non all'organizzazione degli uffici pubblici, può costituire parametro di riferimento per il reato di abuso d'ufficio. Nel suo nucleo essenziale, il significato del principio di imparzialità risiede nel diretto riferimento al criterio degli interessi tutelati. L'amministrazione deve essere imparziale assicurando tutela ad un interesse nel confronto con l'insieme degli altri interessi, pubblici e privati, con i quali deve essere ponderato. In questo senso, l'imparzialità si traduce nel **divieto di favoritismi**, cioè nell'obbligo dell'amministrazione di trattare tutti i soggetti portatori di interessi con la medesima misura. Inteso in questa limitata accezione, cioè come divieto di trattamenti preferenziali (o anche discriminatori), l'imparzialità amministrativa presenta i caratteri e i contenuti precettivi richiesti dall'art. 323 c.p., in quanto impone all'impiegato o al funzionario pubblico una vera e propria regola di comportamento di immediata applicazione<sup>21</sup>.

Questo percorso è stato sviluppato in merito alla condotta di funzionario pubblico che assicurava, sistematicamente, "*il preferenziale disbrigo di pratiche*" avviate da un solo privato, a discapito degli altri che versavano nella medesima condizione<sup>22</sup>.

---

<sup>18</sup> In dottrina (Amara, In tema di abuso d'ufficio, in Cass. pen. 1999) si precisa che la violazione della norma costituzionale, nella parte in cui presenta un contenuto precettivo, consente di qualificare come abuso d'ufficio la disparità di trattamento, una delle figure sintomatiche di eccesso di potere.

<sup>19</sup> Sez. 6, sentenza n. 12769 del 11/10/2005 ud. (dep. 11/04/2006) rv. 233730; Sez. 6, sentenza n. 35108 del 8/05/2003 ud. (dep. 4/09/2003) rv. 226706. Ritenendo che l'inosservanza dei principi programmatici che regolano l'azione amministrativa sia sufficiente ad integrare il requisito della violazione di legge, potrebbero sorgere seri dubbi sull'effettivo rispetto del principio di determinatezza della fattispecie penale in quanto la norma violata non è formalizzata con sufficiente precisione e non è individuabile con anticipo e senza incertezze (cfr. Tesaurò, I rapporti tra art. 323 c.p. e art. 97 Cost. tra disposizioni programmatiche e precettive, in Foro it., 2003, II, 485, anche per una disamina degli orientamenti dottrinali sul tema).

<sup>20</sup> E' certamente più agevole riconoscere il valore precettivo della disposizione costituzionale nella parte in cui statuisce che all'impiego pubblico si accede per pubblico concorso (cfr. Sez. 6, sentenza n. 31895 del 25-09-2002 dep. (c.c. 26-02-2002) rv. 222569).

<sup>21</sup> In dottrina (Tesaurò, op. cit., 492) si precisa che la radicale estromissione del principio costituzionale dal campo di applicazione della fattispecie penale potrebbe determinare un eccessivo ridimensionamento delle ragioni di prevenzione generale. Si può, pertanto, limitare le possibilità di impiego della norma costituzionale al suo contenuto minimo, vale a dire alle sole ipotesi in cui si registra la violazione della regola sostanziale che impone di assicurare la parità di trattamento. L'imparzialità come divieto di fare preferenze costituirebbe altresì la traduzione sul piano amministrativo dell'art. 3 Cost.

<sup>22</sup> Sez. 6, Sentenza n. 25162 del 12/02/2008 cc. (dep. 19/06/2008) rv. 239892, in una fattispecie in cui il GUP aveva prosciolto il funzionario della Motorizzazione civile, che sistematicamente favoriva un'agenzia a danno delle altre, non ravvisando la prova della violazione di legge. La Corte ha annullato la decisione del giudice di prime cure, riconoscendo "*una chiara ipotesi di favoritismo in violazione del principio fissato dall'art. 97 Cost., che, in quanto riferibile non solo all'organizzazione dell'ufficio, ma alla condotta della persona fisica del funzionario, può essere presa in considerazione come violazione di legge ai sensi dell'art. 323 c.p.*". In senso contrario, si è espressa Sez. 6,

In una successiva decisione, la Corte ha affermato esplicitamente che l'art. 97 Cost. non è solo norma programmatica, ma fissa anche una precisa regola di comportamento che consiste nell'agire secondo imparzialità. La tesi del valore non precettivo di alcune norme costituzionali, sottolinea questa pronuncia, è stata superata fin dalla sentenza n. 1 del 1956 della Corte Costituzionale che ha dimostrato come tutte le disposizioni della Costituzione sono immediatamente invocabili<sup>23</sup>.

6. Secondo una massima giurisprudenziale ricorrente, invece, la violazione di circolari, altra fattispecie sintomatica di eccesso di potere<sup>24</sup>, non integra il presupposto oggettivo del delitto di abuso. La formulazione dell'art. 323 c.p., infatti, impedisce che atti privi della forza normativa della legge o del regolamento possano assumere rilievo penale<sup>25</sup>.

Quest'orientamento è condivisibile quanto alle circolari normative, recanti precetti vincolanti per le azioni successive dell'amministrazione, sempre che si tratti di norme interne che non sono fonti normative. Tali atti sono manifestazioni di supremazia gerarchica, cioè di quella particolare forma di sovra ordinazione che consente ad un ufficio (o un organo) superiore di imporre ad un ufficio (o organo inferiore) la condotta da seguire, ovvero di potestà direttiva o di vigilanza<sup>26</sup>.

Allorquando la circolare è interpretativa o attuativa di una norma legislativa o regolamentare, invece, la sua inosservanza potrebbe rappresentare una violazione mediata di legge che l'indagine penale può svelare<sup>27</sup>.

7. Il problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio sottende il tema antico del **sindacato della discrezionalità amministrativa** da parte del giudice penale<sup>28</sup>. Alla pubblica amministrazione compete uno spazio che non può essere censurato da soggetti estranei alla sua organizzazione. Si allude al cd. merito dell'azione amministrativa. Diversamente l'azione dell'amministrazione, ancorché discrezionale, deve essere legittima, cioè non viziata da violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere. La discrezionalità non è libertà assoluta.

---

sentenza n. 13097 del 18-02-2009 c.c. (dep. 25-03-2009) rv. 243577 che ha escluso il delitto di abuso d'ufficio, non ritenendo che la violazione dell'art. 97 Cost. potesse integrare la violazione di legge in una fattispecie in cui era stato accertato un favoritismo da parte del pubblico ufficiale nell'assunzione di un dipendente di una municipalizzata.

<sup>23</sup> Sez. 2, sentenza n. 35048 del 10-06-2008 ud. (dep. 10-09-2008) rv. 243183. Un'altra norma costituzionale la cui violazione integra l'elemento oggettivo del delitto di cui all'art. 323 c.p. è stata individuata da Sez. 6, sentenza n. 9862 del 20-01-2009 cc. (dep. 04-03-2009) rv. 243532 nell'art. 111 Cost. che, inteso come divieto di favoritismi, impone al giudice una precisa regola di comportamento. La fattispecie concerneva la condotta di un giudice di pace che, all'esito di una causa civile, aveva comunicato via fax il contenuto della sentenza non ancora depositata e pubblicata alla parte vittoriosa. Il fax, per una per un mero disguido, era pervenuto anche alla parte soccombente.

<sup>24</sup> L'inosservanza di circolari può importare eccesso di potere per la contraddizione esistente tra la volontà espressa con provvedimento nel singolo caso concreto e quella manifestata in via generale dall'amministrazione (cfr. Cerulli Irelli, op. cit., 623).

<sup>25</sup> Sez. 6, sentenza n. 15272 del 14-04-2010 cc. (dep. 21-4-2010); Sez. 6, sentenza n. 44952 del 24/10/2005 ud. (dep. 07/12/2005) rv. 233503. In dottrina, per l'estraneità delle circolari dall'ambito operativo dell'art. 323 c.p. cfr. Benussi, op. cit., 584.

<sup>26</sup> Cfr. Galateria – Stipo, Manuale di Diritto amministrativo, Torino, 1989, 65.

<sup>27</sup> Secondo Sez. 6, sentenza n. 24480 del 26/05/2009 cc. (dep. 12/06/2009) rv. 244288, tra le disposizioni che integrano lo schema dogmatico dell'art. 323 c.p. non possono essere contemplate le norme di un bando di concorso che integrano assetti di disciplina ad efficacia interna. Anche in questo caso, tuttavia, l'inosservanza del bando potrebbe rappresentare la violazione mediata di una norma legislativa o regolamentare.

<sup>28</sup> Il giudice penale che si occupa del reato di abuso d'ufficio non va a sindacare l'azione dell'amministrazione, ma verifica la sussistenza di una fattispecie incriminatrice che presuppone una violazione di legge.



Secondo l'orientamento giurisprudenziale consolidato, non è configurabile il delitto di abuso d'ufficio qualora l'atto amministrativo sia viziato da eccesso di potere, inteso come sviamento delle finalità per cui è stato conferito il potere.

Va tuttavia considerato che l'area operativa della violazione di legge è divenuta più ampia dopo l'introduzione della legge sul procedimento amministrativo che ha introdotto una serie di regole, puntuali e specifiche, rivolte soprattutto a garantire l'imparziale esercizio del potere discrezionale. L'inosservanza di queste regole, ormai, costituisce una violazione di legge penalmente rilevante ai fini dell'abuso d'ufficio.

Nel tentativo di aprire margini di azione al delitto, la giurisprudenza talvolta identifica la violazione di legge nell'inosservanza dell'art. 97 Cost. nella parte in cui non detta i principi dell'organizzazione degli uffici, necessariamente destinati ad essere recepiti in fonti normative, ma fissa le norme di comportamento dei pubblici agenti, in primo luogo il divieto di disparità di trattamento.

La violazione di legge, poi, è ravvisata anche quando l'atto o l'attività del pubblico agente non viola la lettera della norma, ma il suo significato quale risulta all'esito di una interpretazione logica e sistematica che fa emergere l'obiettivo perseguito dal legislatore con l'attribuzione del potere.

Non è dunque possibile individuare dei limiti aprioristici al sindacato del giudice penale e sembra scorretto affermare che non può riguardare gli atti discrezionali. Anche questi atti possono integrare il reato di abuso d'ufficio ovviamente se affetti da illegittimità qualificabili come violazione di legge o di regolamento.

## **2. segue: la violazione di legge “mediata” e l'inosservanza del contratto collettivo nazionale lavoro.**

1. Adoperando la formula violazione di legge o di regolamento<sup>29</sup>, il legislatore ha inteso collegare la rilevanza penale del comportamento all'inosservanza di una disposizione positiva, consentendo l'immediata verifica da parte del giudice dell'elemento oggettivo del delitto.

La violazione di legge che integra il reato di abuso d'ufficio, secondo la giurisprudenza, è configurabile anche in via **mediata** o **indiretta**. E' il caso del permesso di costruire in contrasto con il piano regolatore generale o con altro strumento urbanistico. L'art. 12 del d.P.R. n. 380/2001, infatti, stabilisce che il permesso debba essere rilasciato in conformità alle previsioni degli strumenti urbanistici, dei regolamenti edilizi e della disciplina urbanistica ed edilizia vigente. L'inosservanza di queste disposizioni, secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza, integra una violazione della legge, sia pure compiuta indirettamente<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Il richiamo alla nozione di regolamento deve intendersi in senso tecnico, dovendosi considerare tali gli atti che hanno la forma ed il regime giuridico del regolamento. I regolamenti statali sono disciplinati dalla legge n. 400/1988; i regolamenti degli enti locali dall'art. 7 d.lgs. n. 267/2000 (Sez. 6, sentenza n. 26175 del 17-03-2009 che annovera tra le fonti regolamentari anche il regolamento che regola l'ordinamento degli uffici e le dotazioni organiche del comune). In dottrina si è affermata la tesi restrittiva e formale del termine regolamento per ragioni di certezza del diritto a scapito dell'interpretazione che ravvisava nel regolamento qualsiasi atto normativo adottato dal potere esecutivo (in questi termini, Infante, Abuso d'ufficio, op. cit., 323 secondo cui, estendere il concetto di regolamento al di là delle fonti che formalmente sono qualificabili come tali significherebbe operare una non consentita interpretazione analogica *in malam partem*).

<sup>30</sup> Sez. 6, sentenza n. 11620 del 25-01-2007 ud. (dep. 20-03-2007) rv. 236147, secondo cui la violazione degli strumenti urbanistici, pur non potendosi configurare come norme di legge o di regolamento, integra il reato di abuso d'ufficio in quanto rappresenta solo il presupposto di fatto della violazione della normativa legale in materia urbanistica; in precedenza, Sez. 6, sentenza n. 6247 del 14-03-2000 ud. (dep. 29-05-2000) rv. 216229.

Aderendo a questo indirizzo non ha più senso, ai fini dell'accertamento del delitto di abuso, affrontare il tema della natura del piano regolatore generale, chiedendosi se è qualificabile come regolamento ovvero atto amministrativo generale<sup>31</sup>.

Il principio è stato espresso dalla Suprema Corte, di recente, in una fattispecie in cui è stata accertata la violazione delle prescrizioni di un piano di bacino, le cui norme integrano quelle contenute negli strumenti urbanistici, eventualmente derogandole<sup>32</sup>. Il rinvio della legge agli strumenti urbanistici comporta che l'atto abilitativo adottato non rispettando la pianificazione integra certamente una violazione di legge rilevante ai fini della configurabilità del reato di cui all'art. 323 c.p.

In termini analoghi, la giurisprudenza ha ritenuto configurabile il reato di cui all'art. 323 c.p. nella condotta del pubblico ufficiale che non ottempera all'ordine di demolizione di un fabbricato abusivo, a sua volta emesso sulla base di una previsione di legge<sup>33</sup>.

Il percorso descritto non determina la violazione del principio di legalità sotto il profilo della riserva di legge. Tale principio può ritenersi soddisfatto allorché la legge determina, con sufficiente specificazione, il fatto cui la sanzione penale è riferita. È necessario e sufficiente che la stessa legge consenta di poter distinguere la sfera delle condotte lecite da quelle illecite, ponendo un'indicazione normativa sufficiente a poter orientare la condotta degli agenti<sup>34</sup>.

2. La violazione di legge mediata o indiretta è stata evocata da un indirizzo dottrinario anche per ipotizzare la punibilità della condotta del pubblico agente che non rispetta un atto di diritto privato e, segnatamente, il contratto collettivo per i dipendenti della pubblica amministrazione<sup>35</sup>. Una norma di legge sarebbe ugualmente violata tanto che essa rinvii ad un provvedimento amministrativo, quanto nel caso in cui rinvia ad un contratto collettivo nazionale, se essi non sono osservati.

La giurisprudenza non sembra accogliere simili sollecitazioni, peraltro relative ad un tema non meramente teorico perché, dopo la contrattualizzazione del pubblico impiego, il rapporto di servizio non è più disciplinato dalla legge, ma da una serie di norme negoziali<sup>36</sup>.

Il problema, in particolare, è stato posto all'attenzione della Suprema Corte in relazione all'inosservanza dell'art. 28 del CCNL dei dipendenti degli enti locali del 14 settembre 2000<sup>37</sup>. Questa disposizione prevede che l'ente pubblico, nel caso di apertura di un procedimento civile o penale nei confronti di un proprio dipendente per fatti direttamente connessi all'espletamento dei compiti d'ufficio, assume a proprio carico ogni onere di difesa, a condizione che non sussista conflitto di interessi. La previsione contrattuale, e quelle previste in altri contratti collettivi che presentano un contenuto

---

<sup>31</sup> Cfr. Cass. sez. 6 sentenza 2-10-1998, Tilesi in Foro it. 1999, II, 309, con nota La Spina, che analizza il tema della qualificazione del piano regolatore, escludendo che il richiamo alla violazione di regolamento operato dall'art. 323 c.p. possa essere riferito anche alle prescrizioni degli strumenti urbanistici.

<sup>32</sup> Sez. 6, sentenza n. 46503 del 13-10-2009 ud. (dep. 3-12-2009) rv. 245330.

<sup>33</sup> Sez. 6, sentenza n. 10009 del 22-01-2010 ud. (dep. 11-03-2010) rv. 246482.

<sup>34</sup> Cfr. Corte Cost. n. 282/90, secondo cui la norma penale può assumere una funzione *latu sensu* sanzionatoria rispetto a provvedimenti emanati dall'autorità amministrativa, ove sia la legge ad indicarne i presupposti, contenuti, caratteri e limiti.

<sup>35</sup> Infante, op. cit., 331.

<sup>36</sup> L'art. 2 D.Lgs. n. 165/2001 ha stabilito che i rapporti di lavoro dei dipendenti pubblici sono disciplinati dalle disposizioni del codice civile e dalle leggi sul rapporto subordinato nell'impresa, privatizzando il rapporto di pubblico impiego.

<sup>37</sup> Sez. 6, sentenza n. 5026 del 25-09-2008 ud. (dep. 5-02-2009) rv. 242679.

assimilabile, consente anche il rimborso delle spese legali a procedimento concluso, ma solo in caso di assoluzione con formula piena<sup>38</sup>.

La fattispecie riguardava una delibera di una giunta comunale con la quale era stato deciso il rimborso delle spese legali sostenute da un ex sindaco, da un ex assessore e da un funzionario di un comune con riguardo ad un addebito dal quale costoro erano stati prosciolti non con formula liberatoria nel merito, ma per intervenuta prescrizione. Il giudice di merito aveva condannato gli imputati per il delitto di abuso d'ufficio. La Corte ha rilevato che il contratto collettivo, istituto di diritto privato ed espressione dell'autonomia negoziale delle parti, ha assunto il valore e la funzione di fonte regolatrice primaria del rapporto. Nel quadro della disciplina privatistica dei dipendenti pubblici rientra anche la norma relativa al patrocinio legale del dipendente per fatti connessi all'espletamento dei compiti d'ufficio, sebbene il contratto, sotto questo profilo, si sia limitato a recepire norme già presenti in fonti normative come l'art. 16 d.P.R. n. 191/1979 e l'art. 67 del d.P.R. n. 268/1987. L'inosservanza del contratto, anche quando ha semplicemente ripreso atti normativi previgenti, secondo questa decisione, non integra la violazione di legge o di regolamento che può integrare la fattispecie oggettiva dell'abuso<sup>39</sup>.

In termini diversi, invece, si è espressa la Suprema Corte in una vicenda di cd. demansionamento. E' stato ritenuto che la violazione dell'art. 7 del CCNL degli enti locali, che, recependo l'art. 56 d.Lgs. n. 29/1993, impone di adibire il lavoratore alle mansioni proprie della qualifica di appartenenza, integrasse l'elemento oggettivo del delitto di abuso d'ufficio<sup>40</sup>.

L'inosservanza di disposizioni di contratti collettivi può rappresentare una violazione di legge "mediata" che consente di configurare il reato di abuso d'ufficio, sempre che si continui a ravvisare la qualifica soggettiva prevista dalla fattispecie delittuosa. Deve sostenersi che non sia mutata la qualifica di pubblico ufficiale o di incaricato di pubblico servizio del datore di lavoro pubblico, nonostante la contrattualizzazione del rapporto<sup>41</sup>.

Su tale tema è intervenuta, di recente, la Suprema Corte, escludendo l'abuso d'ufficio giacché "*il potere amministrativo autoritativo si è trasformato in potere privato che si esercita mediante atti di natura negoziale*". Gli atti adottati dall'amministrazione per la gestione dei rapporti di lavoro subordinato esulano dalla sfera dei poteri pubblicistici e devono essere valutati secondo gli stessi parametri che si utilizzano per i

---

<sup>38</sup> Il rimborso delle spese legali a procedimento concluso è legittimo solo in caso di assoluzione con formula piena, con esclusione della mancanza di dolo o colpa grave (cfr. Corte Conti Sez. Abruzzo n. 129/2005). Il diritto al rimborso delle spese legali è configurabile in tutti i casi in cui, per ragioni varie (ma essenzialmente connesse ad un possibile conflitto di interesse, configurabile già in astratto) non è possibile la nomina concordata ("di comune gradimento") di un legale, oppure non è possibile una integrale anticipazione delle spese sostenute dal dipendente convenuto in giudizio.

<sup>39</sup> Negli stessi termini, in precedenza, Sez. 6, sentenza n. 13511 del 3-11-2005 ud. (dep. 13-04-2005) rv. 234101, sempre in relazione all'art. 28 C.C.N.L. degli enti locali. L'art. 18 del D.L. 25 marzo 1997, n. 67, convertito con L. n. 135/1997, dunque una disposizione di legge, disciplina il medesimo tema per i dipendenti di amministrazioni statali sempre in forza del principio secondo cui è consentito all'amministrazione di intervenire a contribuire alla difesa del suo dipendente (cfr. T.A.R. Campania Napoli, Sez. 4, 23/03/2010, n. 1572).

<sup>40</sup> Sez. 6, sentenza n. 40891 del 17-10-2007 ud. (dep. 7-11-2007) rv. 238031, Colazzo, in una fattispecie in cui la coordinatrice economista dell'asilo nido comunale era stata destinata a svolgere le mansioni di accertamento delle violazioni in materia di sosta e, in conseguenza di detti comportamenti mobbizzanti, aveva subito una patologia neuropsichiatrica. L'art. 56 d.lgs. n. 29/1993 è stato sostituito dall'art. 52 d.Lgs n. 165/2001.

<sup>41</sup> In questi termini si è espressa la giurisprudenza (cfr. Sez. 6, sentenza n. 19135 del 2-04-2009 ud. (dep. 7-05-2009) rv. 243535, Palascino, in una fattispecie in cui la revoca di un incarico dirigenziale *ad nutum* da parte degli organi politici è stata reputata atto in violazione di legge, perché "*l'aspetto relativo alla natura contrattuale della disciplina del rapporto tra amministrazione e dirigente ... non muta la natura pubblicistica della funzione svolta e dei poteri esercitati e, con essa, la qualifica di pubblico ufficiale ai sensi dell'art. 357 c.p.*"), nonostante le critiche della dottrina (cfr. Murrone, Mobbing e reato di abuso d'ufficio, in Lav. nelle p.a. 2008, 1120).

privati datori di lavoro<sup>42</sup>. D'altra parte, l'art. 5, co. 2, d.lgs. n. 165/2001 statuisce che le misure inerenti alla gestione del rapporto di lavoro sono assunte dagli organi preposti con capacità ed i poteri del privato datore di lavoro.

### **3. segue: la concorrente soddisfazione di un interesse pubblico.**

1. E' frequente imbattersi in fattispecie concrete in cui la violazione di legge o di regolamento appare posta in essere, intenzionalmente, sia per realizzare il vantaggio patrimoniale altrui o il danno ingiusto, che per perseguire un interesse pubblico affidato all'agente. Anzi, nella motivazione dell'atto, di regola, sono illustrate le ragioni che inducono la pubblica amministrazione a provvedere e, ovviamente, queste non corrispondono con quelle "privatistiche" che le indagini preliminari hanno svelato.

E' tuttora utile, allora, chiedersi se la compresenza di una finalità pubblica dell'atto emesso in violazione di legge accanto a quella egoistica valga ad escludere il dolo intenzionale richiesto per la configurazione del delitto di abuso d'ufficio.

Introducendo il peculiare elemento soggettivo nella struttura della fattispecie, come è noto, il legislatore ha voluto delimitare lo spazio operativo del reato circoscrivendolo a quelle condotte del pubblico ufficiale (o dell'incaricato di pubblico servizio) dirette, come conseguenza immediatamente perseguita, a procurare un ingiusto vantaggio patrimoniale o un ingiusto danno<sup>43</sup>. L'atto amministrativo, in particolare quello discrezionale<sup>44</sup>, tuttavia, mira a perseguire ed a contemperare, nel rispetto del principio di imparzialità<sup>45</sup>, gli interessi pubblici e quelli privati implicati dall'azione dell'amministrazione per raggiungere il fine fissato dalla legge<sup>46</sup>.

Un indirizzo giurisprudenziale riteneva che la realizzazione di tale vantaggio o di un danno del privato per mezzo di una violazione di legge fosse incompatibile con il contemporaneo raggiungimento di un interesse pubblico. Da una condotta che non rispetta le norme poste a presidio degli interessi pubblici, per definizione, può derivare solo un danno per la collettività<sup>47</sup>.

Ben presto è stato riconosciuto che l'atto, sebbene in violazione di legge, può tendere a realizzare interessi pubblici, oltre che fini particolari e privati.

---

<sup>42</sup> Sez. 5, sentenza n. 37262 del 14-7-2010 ud. (dep. 19-10-2010) rv. 248651, Taranto. Dopo la contrattualizzazione, gli atti di gestione del rapporto di lavoro sono adottati con i poteri e le capacità del privato datore di lavoro (cfr. Cass. civ., sez. lavoro, 8/04/2010, n. 8328; Cass. civ., sez. lavoro, 17/09/2008, n. 23741).

<sup>43</sup> La norma punisce azioni che concretizzano un uso distorto dei poteri pubblici, deviati al perseguimento di un vantaggio patrimoniale (o di un danno ingiusto). L'abuso consiste in una strumentalizzazione oggettiva dell'ufficio pubblico cui corrisponde un'analoga strumentalizzazione soggettiva perché l'agente deve avere la consapevolezza di procurare a sé o ad altri il vantaggio patrimoniale o il danno descritto. Ai fini della sussistenza dell'elemento soggettivo, pertanto, non è sufficiente, né il dolo eventuale, né quello diretto, cioè la rappresentazione dell'evento come realizzabile con elevato grado di probabilità o addirittura con certezza, senza essere un obiettivo perseguito, ma è richiesto il dolo intenzionale, cioè la rappresentazione e la volizione dell'evento di danno altrui o di vantaggio patrimoniale, proprio o altrui, come conseguenza diretta e immediata della condotta dell'agente e obiettivo primario da costui perseguito (Sez. 6, sentenza n. 21091 del 24/02/2004 ud. (dep. 5/05/2004) rv. 228811). Secondo Sez. 6, sentenza n. 35814 del 27-06-2007 ud. (dep. 28-09-2007) rv. 237916, il dolo richiesto dalla fattispecie penale in esame è generico con riferimento alla condotta (coscienza e volontà di violare la legge o il regolamento) ed assume la forma del dolo intenzionale rispetto all'evento (vantaggio patrimoniale altrui o danno).

<sup>44</sup> La discrezionalità amministrativa consiste nel potere di apprezzare comparativamente i vari interessi insistenti in una fattispecie concreta onde giungere alla soluzione più opportuna, entro i margini determinati dalla norma positiva (cfr. in questi termini, Galateria – Stipo, op. cit., 235).

<sup>45</sup> Il principio di imparzialità si concretizza anche nell'operare una scelta ponderata tra vari interessi pubblici, fra interessi pubblici e privati onde impedire che questi ultimi siano sacrificati oltre misura nonché fra interessi privati al fine di evitare arbitrarie discriminazioni (cfr. in questi termini, Galateria – Stipo, op. cit. 222).

<sup>46</sup> Il potere amministrativo, pur negli "spazi aperti" della discrezionalità, non è libero, ma vincolato nei fini (Cerulli Irelli, op. cit., 400).

<sup>47</sup> Sez. 6, sentenza n. 9983 del 7/05/1998 ud. (dep. 22/09/1998) rv. 211586.

Per la configurabilità dell'elemento soggettivo del delitto, secondo un orientamento giurisprudenziale, è richiesto che l'evento del reato rappresenti la **finalità esclusiva** della condotta. Deve escludersi, pertanto, la sussistenza di tale intenzionalità, qualora risulti, con ragionevole certezza, che l'agente si sia proposto il raggiungimento di altro fine apprezzabile sotto il profilo collettivo, pur per mezzo della violazione di legge e con la realizzazione di un vantaggio per il privato. Tale interpretazione non implica la legittimazione di azioni amministrative *contra ius*, che restano illegittime ed annullabili, ma più semplicemente la loro esclusione dalla sfera del penalmente rilevante perché espressive di un pubblico interesse<sup>48</sup>.

Questa lettura rigida del dolo intenzionale conduce alla conseguenza pratica dell'inapplicabilità del delitto di cui all'art. 323 c.p.

E' questa la ragione per la quale l'indirizzo che appare prevalente impone al giudice di accertare, nel caso in cui il vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto si affianca al perseguimento di un obiettivo pubblico, **quale dei due fini abbia avuto prevalenza**, escludendo la rilevanza penale del fatto solo nelle ipotesi in cui l'interesse pubblico sia stato predominante<sup>49</sup>.

Intenzionalità, secondo questa interpretazione, non significa esclusività del fine che deve animare l'agente, ma preminenza data all'evento tipico rispetto al concorrente interesse pubblico che finisce con l'assumere un rilievo secondario, derivato o accessorio<sup>50</sup>.

Se il vantaggio patrimoniale o il danno ingiusto è una semplice conseguenza accessoria dell'operato dell'agente, che persegue, in via primaria, l'obiettivo dell'interesse pubblico, difetta il dolo intenzionale: l'evento tipico è certamente voluto, ma non intenzionale, occupa una posizione defilata e rappresenta soltanto un effetto secondario della condotta posta in essere; è l'interesse pubblico che, lungi dall'essere una mera copertura, occupa una posizione di supremazia nell'intenzione del pubblico agente.

Per scongiurare di confrontarsi con inafferrabili e vaghe motivazioni interne all'imputato, ovviamente, va posta attenzione ad interessi di preminente rilievo,

---

<sup>48</sup> Sez. 6, sentenza n. 42839 del 22/11/2002 ud. (dep. 18/12/2002) rv. 222860; Sez. 4, sentenza n. 38498 del 11/09/2002 ud. (dep. 18/11/2002) rv. 223410; Sez. 6, sentenza n. 11413 del 17/02/2003 ud. (dep. 11/03/2003) rv. 224069; Sez. 6, sentenza n. 33068 del 06/05/2003 ud. (dep. 5/08/2003) rv. 226566; Sez. 6, sentenza n. 33844 del 27/06/2008 cc. (dep. 25/08/2008) rv. 240757, secondo cui "...il reato - **nonostante la violazione di legge** ... non si configura allorché risulti che la condotta sia espressione di una volontà volta a realizzare altro e diverso interesse collettivo e **risulti così smentita l'esclusiva e diretta "intenzione" del soggetto agente, investito del pubblico servizio, di arrecare un danno ingiusto ai destinatari dell'atto. In altri termini, ... deve escludersi la sussistenza del dolo, sotto il profilo dell'intenzionalità, qualora risulti, con ragionevole certezza, che l'agente si sia proposto il raggiungimento di altro fine pur apprezzabile sotto il profilo collettivo ...**".

<sup>49</sup> Sez. 6, sentenza n. 708 del 8/10/2003 ud. (dep. 15/01/2004) rv. 227280; Sez. 6, sentenza n. 35814 del 27/06/2007 ud. (dep. 28/09/2007) rv. 237916, secondo cui "...Si richiede, quindi, che il pubblico ufficiale abbia perseguito proprio, come obiettivo primario del suo operato, l'evento tipico e deve essere l'accusa a dimostrare ciò ... **Intenzionalità ovviamente non significa esclusività del fine che deve animare l'agente, ma preminenza data all'evento tipico rispetto al pur concorrente interesse pubblico, che finisce con l'assumere un rilievo secondario e, per così dire, "derivato" o "accessorio"**.

<sup>50</sup> Cfr. in questi termini, Sez. 6, sentenza n. 35814 del 27/06/2007 ud. (dep. 28/09/2007) rv. 237916. La dottrina precisa che l'interesse pubblico, nel concreto, non si configura come un'entità semplice e statica, ma dinamica e dialettica, determinata attraverso uno scontro ed un confronto di molteplici interessi che emergono nella situazione reale. In via primaria deve essere identificato l'interesse pubblico per la cui cura è stabilito il relativo potere (cd. interesse primario). Tale interesse, talvolta, non è stabilito in maniera chiara, ma si ricava dal complesso dei poteri attribuiti all'autorità agente. Il fine primario si può articolare in diversi sempre primari che possono coesistere. Di regola, accanto all'interesse primario, sussistono una serie di interessi secondari, pubblici o collettivi o privati, dei quali l'autorità deve tenere conto. Si tratta di interessi che appaiono come secondari rispetto all'esercizio di quel determinato potere (Cerulli Irelli, op. cit., 403).

riconosciuti dall'ordinamento ed idonei ad oscurare il concomitante favoritismo privato, degradato ad elemento privo di valenza penale<sup>51</sup>.

Questa lettura è stata accolta in un'ordinanza della Corte Costituzionale che, nel dichiarare inammissibile la questione di legittimità dell'art. 323 c.p. in relazione agli art. 97 e 3 Cost., ha reputato che, alla luce del diritto vivente, la mera compresenza di una finalità pubblicistica non basta ad escludere la sussistenza del dolo (intenzionale) previsto dalla norma e che “*intenzionalmente*” non significa “*al solo scopo di*”<sup>52</sup>.

2. Una recente decisione della Suprema Corte ha offerto alcune indicazioni utili per delimitare quale interesse pubblico possa escludere la ricorrenza del dolo intenzionale, aprendo un interessante spazio di operatività per il delitto in esame<sup>53</sup>.

Il GUP del Tribunale di Messina proscioglieva il direttore generale del comune di Messina ed il presidente della locale squadra di calcio, all'epoca nella massima serie, dal reato di abuso d'ufficio per aver, in violazione delle norme sull'evidenza pubblica, predisposto un accordo tra il Comune e la società sportiva, poi approvato dal Consiglio Comunale, per l'affidamento diretto dello stadio e delle aree pertinenziali. Nonostante l'illegittimità della procedura adottata ed il vantaggio per il privato, il direttore generale dell'ente locale, secondo il giudice, si era limitato a recepire una precisa scelta politica, maturata a seguito di una vera e propria trattativa con la società sportiva, in un contesto che rispondeva all'intenzione di garantire la sopravvivenza della squadra di calcio impegnata a dare prestigio alla città.

Il pubblico ministero, nel ricorso, affermava che il city manager aveva agito al solo fine di sostenere un'iniziativa da cui la squadra di calcio traeva notevole vantaggio economico, evidenziando, tra l'altro, che sarebbe divenuto consulente del presidente della società, a cui era già legato in precedenza da rapporti personali ed economici.

La Corte ha precisato che il perseguimento di un interesse pubblico legittimamente affidato all'agente dall'ordinamento, concorrente con la produzione dell'ingiusto vantaggio patrimoniale o del danno, può valere ad escludere il dolo

---

<sup>51</sup> La prova dell'intenzionalità comporta un esame approfondito del comportamento dell'agente (Sez. 6, sentenza n. 35859 del 7-05-2008 ud. (dep. 18-9-2008) rv. 241210). Essa non può consistere esclusivamente nel comportamento *non iure* o *contra ius* osservato dall'agente, ancorché rappresenti un profilo molto rilevante della condotta (cfr. Sez. 6, sentenza n. 49554 del 22/10/2003 ud. (dep. 31/12/2003) rv. 227205, secondo cui l'elemento soggettivo del reato può essere desunto dalla macroscopica illiceità dell'atto e dai tempi di adozione in una fattispecie relativa al rilascio di una concessione edilizia illegittima, prima ancora della presentazione del progetto da parte del privato), ma deve trovare conferma anche in altri elementi sintomatici, quali la specifica competenza professionale dell'agente, l'apparato motivazionale su cui riposa il provvedimento (cfr. Sez. 6, sentenza n. 41697 del 9-11-2010 ud. (dep. 25-11-2010) rv. 248822, secondo cui l'ambiguità della motivazione del provvedimento è un indice rivelatore del dolo intenzionale) ed i rapporti personali tra l'agente e il soggetto che dal provvedimento riceve vantaggio patrimoniale o danno. Tra gli indici sintomatici, l'erronea interpretazione di una norma amministrativa, quando si discosti in modo del tutto irragionevole dal senso giuridico comune, tanto da apparire arbitraria (Sez. 5, sentenza n. 10636 del 12-02-2009 cc (dep. 10-03-2009) rv. 243296). Laddove invece non presenti tratti dell'arbitrarietà, si deve verificare l'eventuale sussistenza di un errore su norma extrapenale. Per l'esclusione del dolo nel caso di errata interpretazione della norma e di errore sull'ingiustizia del danno, cfr. Benussi, op. cit., 621. L'autore avverte che la giurisprudenza, nonostante le critiche dottrinarie, tende ad escludere che il dolo possa venire meno per un errore sulle norme che regolano lo svolgimento della funzione.

<sup>52</sup> Corte Cost. (ord.) 17-05-2006 n. 251. Il Tribunale di Ragusa aveva sollevato questione di legittimità proprio sostenendo che il diritto vivente interpreta l'art. 323 c.p. nel senso di escludere, per mancanza del dolo, la punibilità della condotta diretta a procurare un danno ingiusto o un ingiusto vantaggio patrimoniale ogni qual volta l'agente persegua contestualmente l'interesse pubblico affidatogli. La Corte ha affermato che “*non è sufficiente che l'imputato abbia perseguito il fine pubblico accanto a quello privato affinché la sua condotta, ancorché illecita dal punto di vista amministrativo, non sia soggetta a sanzione penale, ma è necessario che egli abbia perseguito tale fine pubblico come proprio obiettivo principale; con conseguente degradazione del dolo di danno o di vantaggio da dolo di tipo intenzionale a mero dolo diretto (semplice previsione dell'evento) od eventuale (mera accettazione del rischio della verificazione dell'evento)*”.

<sup>53</sup> Sez. 6, sentenza n. 39371 del 20-10-2010 ud. (dep. 9-11-2010), Franza.

intenzionale, se ha rappresentato la ragione principale dell'agire. Detto interesse, tuttavia, non consiste in un generico obiettivo collettivo, né tanto meno in un fine politico che è proprio degli organi elettivi di un ente locale. Nel caso di specie, il pubblico agente avrebbe dovuto perseguire l'interesse pubblico di una legittima ed efficiente gestione dei beni comunali, piuttosto che soddisfare la scelta politica di assecondare i voleri della tifoseria o, quanto meno, di evitarne la critica.

#### **4. segue: il concorso del privato beneficiario.**

Sebbene l'abuso sia un reato "proprio", secondo i principi generali, è configurabile il concorso del privato. Tale partecipazione dell'*extraneus* al delitto del soggetto qualificato può manifestarsi nelle forme della contribuzione morale, come la determinazione o l'istigazione (eventualmente anche per mezzo di intermediari) ovvero con un accordo criminoso.

Il privato può essere il soggetto che trae un vantaggio dall'atto. La mera qualificazione di beneficiario, tuttavia, non permette, presuntivamente, di configurare il suo concorso nel reato. Occorre dimostrare che egli abbia fornito un apporto alla consumazione dell'illecito; bisogna anche che ricorrano gli elementi costitutivi o meramente sintomatici del dolo intenzionale anche del privato.

La giurisprudenza, pertanto, esclude il concorso di colui che si limita alla mera presentazione di un'istanza per l'adozione di un atto che, poi, è risultato illegittimo. L'interesse del privato, anche se di natura patrimoniale, di per sé, non vale a dimostrare la partecipazione al delitto<sup>54</sup>.

La mera raccomandazione o segnalazione, analogamente, non integra una forma di concorso morale nel reato, in assenza di ulteriori comportamenti positivi che abbiano efficacia determinante sulla condotta del soggetto qualificato. Quest'ultimo, infatti, resta libero di aderire o meno alla segnalazione<sup>55</sup>.

Non è necessario, d'altra parte, che il concorso morale raggiunga l'intensità del patto collusivo tra privato e pubblico agente. E' infatti sufficiente una qualsiasi pressione, anche indiretta, idonea a persuadere o a sollecitare il soggetto pubblico al compimento dell'atto illegittimo.

L'indagine, quindi, deve illuminare il contesto fattuale, i rapporti personali tra i soggetti pubblici ed i privati ovvero altri dati di contorno, di rilievo oggettivo, in modo da dimostrare che la domanda dell'*extraneus* sia stata preceduta, accompagnata o seguita dall'accordo con il pubblico ufficiale o, più semplicemente, da sollecitazioni dirette ad indurlo al compimento dell'atto illegittimo<sup>56</sup>.

Va anche considerato che il privato, contrariamente al pubblico funzionario, potrebbe non conoscere le norme che regolano l'attività di quest'ultimo e, soprattutto, non essere informato di tutte le situazioni concrete attinenti all'ufficio pubblico che possono condizionare la legittimità dell'atto richiesto<sup>57</sup>. Tale circostanza impone di improntare ad un certo rigore il profilo dell'individuazione del dolo intenzionale.

---

<sup>54</sup> Sez. 6, sentenza n. 37531 del 14/06/2007 ud. (11/10/2007) rv. 238029.

<sup>55</sup> Sez. 6, sentenza n. 35661 del 13-04-2005. La giurisprudenza, in particolare, ravvisa il delitto di abuso di ufficio nella condotta del pubblico agente, in violazione di legge, procura illegittimamente assunzione ad un pubblico impiego. Il vantaggio ingiusto patrimoniale consiste nella stessa attribuzione della posizione impiegatizia e nell'acquisizione dello *status*, mentre sarebbe irrilevante il trattamento economico conseguente alla concreta esplicazione dell'attività lavorativa (Sez. 6, sentenza n. 44759 del 29-10-2003 ud. (dep. 20-11-2003) rv. 227325; Sez. 6, sentenza n. 31895 del 26/02/2002, Marcello, in Foro it., 2003, 2, 483).

<sup>56</sup> Sez. 6, sentenza n. 40499 del 21/05/2009 ud. (dep. 19/10/2009) rv. 245010; Sez. 6, sentenza n. 43020 del 14/10/2003 ud. (dep. 11/11/2003) rv. 227025.

<sup>57</sup> Sez. 6, sentenza n. 11204 del 17/10/1997, Vitarelli e altri, in Cass. Pen., 1998, 1616.

## 5. La nozione di induzione e la cd. concussione ambientale.

1. L'art. 317 c.p. individua due condotte alternative, entrambe compiute abusando della qualità o dei poteri, ovvero la costrizione o l'induzione a dare o promettere denaro o altra utilità<sup>58</sup>. La dazione (o la promessa), evento del reato, deve essere in rapporto causale con il comportamento di abuso. La vittima, in conseguenza della strumentalizzazione dei poteri o delle qualità, è costretta o indotta a trasferire qualcosa nella disponibilità di altro soggetto o ad assumersi un impegno ad eseguire una prestazione indebita.

Non è particolarmente utile, per individuare la tipicità del fatto, cercare di cogliere la distinzione tra l'abuso dei poteri e quello delle qualità, soffermandosi, ad esempio, sulla necessità che ricorra o meno la competenza del pubblico agente<sup>59</sup>. I due comportamenti, infatti, non manifestano diversi gradi di aggressione al bene tutelato o di pericolosità della condotta. Essi rappresentano solo una sorta di casistica essenziale delle ipotesi in cui il soggetto strumentalizza il suo ruolo nell'amministrazione pubblica, determinando la vittima a compiere la dazione o la promessa<sup>60</sup>.

Il significato da attribuire alla costrizione non ha comportato particolari dubbi interpretativi. Nell'accezione accolta dal reato, indica qualsiasi etero determinazione della volontà altrui diretta a forzare taluno a compiere o ad omettere una determinata azione<sup>61</sup>. La coazione psichica è relativa: la vittima conserva l'alternativa tra aderire alla richiesta indebita ovvero subire le conseguenze negative di un suo rifiuto<sup>62</sup>.

Delinare i tratti dell'induzione, invece, rappresenta tuttora uno dei temi ermeneutici più delicati. Una lettura ampia di questo profilo, infatti, presenta il rischio di estendere l'area operativa della più grave fattispecie di reato dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione a vicende umane riconducibili anche ad altri illeciti, *in primis* la corruzione. L'analisi dei fenomeni, al contrario, dimostra come, per provocare la dazione o la promessa, sono tenute condotte sempre più sottili ed infide, per esempio

---

<sup>58</sup> La costrizione e l'induzione, da un lato, costituiscono forme di comportamento dell'agente, dall'altro, manifestano la situazione psicologica in cui viene a trovarsi il soggetto passivo per effetto di quel comportamento (cfr. Forte, Concussione, Cadoppi – Canestrari – Manna – Papa, Trattato di Diritto penale, I delitti contro la pubblica amministrazione, Torino, 2008, 161).

<sup>59</sup> Cfr. Sez. 6, sentenza n. 24272 del 24-04-2009 cc. (dep. 11-06-2009) rv. 244365, Convertino; Sez. 6, sentenza n. 1393 del 4-12-2007 ud. (dep. 11-01-2008) rv. 239444 secondo cui l'abuso dei poteri è configurabile nei casi in cui il pubblico ufficiale fa uso dei poteri propri delle funzioni esercitate ancorché per uno scopo diverso ed illecito; quello delle qualità postula che gli atti o le attività esulino dalla competenza funzionale dell'agente che si limita a strumentalizzare la sua posizione di preminenza rispetto al soggetto passivo. La qualità soggettiva rende credibile o anche solo agevola l'atto intimidatorio.

<sup>60</sup> S. Fiore, Concussione, in I delitti contro la pubblica amministrazione, Trattato diretto da C. Fiore, Torino, 2004, 122. L'autore rileva che i dubbi interpretativi che tuttora sono sollevati intorno ai concetti di abuso della qualità o dei poteri dimostrano che la fattispecie penale della concussione tende a svincolarsi da eccessivi condizionamenti derivanti dalla disciplina extrapenale. Il delitto, invece, trova la sua ragione nel riconoscimento di una relazione tra l'attività abusiva del pubblico agente - consistente in una qualsiasi strumentalizzazione del ruolo pubblico occupato per un tornaconto personale - e la prospettiva che la vittima intende scongiurare.

<sup>61</sup> La minaccia, ovviamente, deve essere seria nel senso di credibile per il soggetto da cui promana ed in quello che il male minacciato deve essere idoneo a condizionare la vittima (a tale ultimo proposito occorre compiere una valutazione sulla base di un giudizio prognostico basato sull'*id quod plerunque accidit*). La giurisprudenza riconosce uno spazio alle particolari condizioni del soggetto passivo, nel senso che deve essere attribuito rilievo alla capacità di resistenza del soggetto passivo espressa da dati obiettivi o soggettivi come il grado culturale, l'età, l'ambiente sociale.

<sup>62</sup> Fiandaca – Musco, Diritto penale, Parte speciale, vol. 1, Bologna, 1988, 154; Benussi, I delitti contro la pubblica amministrazione, vol. 1, Padova, 2001, 363. Se fosse dimostrata una coazione fisica o psichica assoluta senza alcuna libertà di scelta della vittima, potrebbe essere configurata la rapina o l'estorsione (cfr. Fornasari, Concussione, in Bondi – Di Martino – Fornasari, Reati contro la pubblica amministrazione, Torino, 2008, 177).



agendo in via indiretta, sottacendo informazioni di rilievo, avvalorando i convincimenti del privato o provocando suggestioni sicché, come è avvertito anche per altri delitti contro l'amministrazione, è molto sentita l'esigenza di adeguare la norma alle mutate caratteristiche dei rapporti sociali<sup>63</sup>.

2. L'orientamento giurisprudenziale prevalente ravvisa l'induzione in un vasto orizzonte di comportamenti che vanno dall'inganno<sup>64</sup> fino a qualsivoglia forma di condizionamento delle determinazioni della vittima che risulti più blanda del costringimento. Assecondando la vocazione estensiva del concetto, s'identifica l'induzione nel caso di condotte di persuasione, di convinzione o di suggestione. Tali termini, talvolta, sono impiegati in modo cumulativo o alternativo, con la specificazione che queste attività possono manifestarsi anche in modo larvato o mediato oppure in sistematici atteggiamenti. L'induzione può essere realizzata in qualsiasi forma, con allusioni, prospettazioni maliziose, atteggiamenti surrettizi<sup>65</sup>, finanche con il silenzio<sup>66</sup>. Tutte questi comportamenti sono accomunati dal fatto che provocano nella vittima la convinzione di dover sottostare alla richiesta del pubblico agente per evitare conseguenze pregiudizievoli.

La condotta, allora, sembra delimitata dalla giurisprudenza in negativo, nel senso che rientra in tale definizione qualsiasi comportamento non caratterizzato dalla violenza psichica della costrizione, ma idoneo a provocare scelte della vittima non libere. Talune pronunce, pertanto, tralasciando qualsiasi indugio, affermano che *“le modalità del comportamento concussorio sfuggono alla possibilità di una rigorosa delimitazione in chiave descrittiva attraverso predeterminate regole sematiche”*<sup>67</sup>, *“potendo enuclearsi tanto a mezzo di simboli quanto a mezzo di segnali, entrambi idonei a creare quel timore nel soggetto passivo in grado di indurlo all'atto di disposizione”*<sup>68</sup>.

La dottrina esprime notevoli perplessità per la dilatazione della nozione di induzione. Analizzando l'elaborazione giurisprudenziale, avverte l'esistenza di una frizione con il principio di legalità sotto il profilo della sufficiente determinazione della fattispecie, giungendo fino a prospettare una questione di costituzionalità per assoluta indeterminazione del precetto<sup>69</sup>.

3. Può essere utile, per approfondire l'indirizzo giurisprudenziale, soffermarsi su di una recente decisione relativa ad un tema, quello dei comportamenti dei medici di strutture pubbliche nei confronti dei pazienti, più volte affrontato proprio in relazione al

---

<sup>63</sup> La dottrina (Fiore, op. cit., 114) segnala come le cronache processuali e la lettura delle sentenze evidenziano la manifesta inadeguatezza di certe incriminazioni, non ultima la concussione, a cogliere una realtà enormemente più complessa e sfuggente.

<sup>64</sup> Sez. 6, sentenza n. 2787 del 16-3-1995 (ud. 30-1-1995) rv. 201357 secondo cui *“l'inganno non è necessario per delineare una condotta di induzione, ma neppure è in contrasto con la natura e la struttura della concussione”*. Mentre un autorevole insegnamento dottrinario riteneva che, ai fini del reato di concussione, rilevasse solo l'induzione in errore, altrimenti definibile come inganno, la dottrina più recente tende ad escludere la possibilità di ricondurre le condotte ingannatorie nell'ambito dell'induzione (cfr. Fornasari, op. cit., 178).

<sup>65</sup> Secondo Sez. 6, sentenza n. 3149 del 10-10-1992 (ud. 8-9-1992) rv. 191901, ad esempio, sono comportamenti surrettizi quelli in cui si prospetta al postulante la fattibilità del buon esito di una pratica, ventilando in un secondo momento gravi difficoltà superabili solo con l'indebita dazione.

<sup>66</sup> Sez. 6, sentenza n. 49538 del 31-12-2003 (ud. 1-10-2003) rv. 228368 secondo cui nella concussione per induzione la condotta può assumere svariate forme quali l'inganno, la persuasione, la suggestione, l'allusione, il silenzio, l'ostruzionismo, anche variamente collegate tra di loro.

<sup>67</sup> Sez. 6, sentenza n. 2725 del 17/01/1994 ud. (dep. 4/03/1994) rv. 197094, Lentini.

<sup>68</sup> Sez. 6, sentenza n. 3022 del 26-3-1996 (ud. 5-2-1996) rv. 204791.

<sup>69</sup> Fiore, op. cit., 128. La critica dottrina sottende il timore che la giurisprudenza impieghi una nozione ampia d'induzione quando è carente la prova di condotte puntuali, specifiche e determinate del soggetto agente idonee a forzare la volontà della vittima.

reato di concussione. Il caso riguardava il direttore di un'unità operativa di cardiocirurgia, il quale era titolare del potere di stabilire il "piano operatorio", decidendo il medico e la data in cui dovessero essere operati i diversi pazienti<sup>70</sup>. Il primario prospettava ai pazienti o ai loro familiari, in alternativa all'intervento condotto in regime ospedaliero ordinario e gratuito, che asseriva soggetto a lunghe liste di attesa, la possibilità di un'operazione intramoenia, con la facoltà di scegliere l'equipe chirurgica, dietro pagamento all'azienda di circa euro 12.000, metà dei quali destinati a lui stesso ovvero l'ulteriore opportunità di un intervento condotto personalmente, facendo figurare comunque il regime ospedaliero gratuito, a condizione però che gli fosse corrisposta, dopo l'intervento, una somma di danaro in contanti nonché che venisse sottoscritta una lettera da cui doveva risultare, contrariamente al vero, che tale dazione rappresentava una spontanea iniziativa dei soggetti operati per opere di beneficenza<sup>71</sup>.

Il ricorrente lamentava proprio l'aleatorietà del concetto d'induzione alla quale era stata ricondotta, nella decisione di condanna dei giudici di merito, anche una vicenda caratterizzata dall'incontro di volontà mosse da reciproco interesse, in un contesto in cui era provata soltanto la donazione di una somma di denaro, peraltro dopo l'esecuzione dell'intervento chirurgico, senza la dimostrazione che fosse stato prospettato uno specifico pericolo.

La Corte ha ritenuto che la condotta dell'imputato avesse determinato un oggettivo condizionamento della libertà morale dei pazienti, qualificabile come *metus publicae potestatis*. I malati, ricoverati per essere sottoposti a complessi interventi chirurgici, aderivano ad una delle proposte in una situazione di soggezione psicologica nei confronti del medico, che li sottoponeva a pressioni, anche indirette, per ottenere dazioni di denaro di cui le persone offese percepivano l'ingiustizia. La particolare condizione in cui versavano i soggetti passivi, conosciuta dall'agente che, da parte sua, si trovava in posizione di assoluta preminenza permetteva di ravvisare la coazione della volontà. In un simile scenario, secondo la decisione, l'induzione sussiste anche dinanzi alla sola richiesta di compensi indebiti da parte del medico (o, addirittura, alla sola dazione di denaro non preceduta da un'esplicita domanda)<sup>72</sup>. Le persone malate o i loro familiari si trovavano particolarmente indifesi di fronte ad un sanitario, dalla cui prestazione dipendeva la conservazione di un bene fondamentale, ed agivano con la fondata convinzione di dover sottostare alle decisioni del pubblico ufficiale<sup>73</sup>.

**4.** La sentenza appena illustrata dimostra come la giurisprudenza ricostruisca la tipicità del fatto, piuttosto che su peculiari caratteristiche della condotta di costrizione e di induzione, intorno all'idoneità del comportamento a provocare lo stato di soggezione

---

<sup>70</sup> Sez. 6, sentenza n. 17234 del 22-04-2010 ud. (dep. 6-05-2010) rv. 247011.

<sup>71</sup> L'affermazione della colpevolezza da parte del giudice di merito si fondava sulle dichiarazioni delle persone offese o di persone informate sui fatti, sull'esito delle intercettazioni ambientali e sulle indagini compiute dalla Guardia di Finanza, che accertavano che, nel periodo in contestazione, nella Divisione di Cardiocirurgia non risultava essersi svolta alcuna attività in regime intramoenia, che non esisteva alcuna lista di attesa, che i colleghi dell'imputato non avevano mai ricevuto somme di danaro a titolo di retribuzione per gli interventi svolti e che l'Associazione Marta Russo non aveva mai ricevuto contributi da parte di soggetti residenti a Catania e provincia.

<sup>72</sup> Sez. 6, sentenza n. 46514 del 23-10-2009 cc. (dep. 3-12-2009) rv. 245335, secondo cui non occorre una esplicita pretesa perché ricorra la concussione, ma bisogna riscontrare la fondata convinzione della vittima di dover sottostare alle decisioni del pubblico ufficiale.

<sup>73</sup> Cfr. sullo stesso tema, Sez. 6, sentenza n. 1998 del 21-10-2009 ud. (dep. 18-01-2010) rv. 245807 concernente la condotta del primario che, prospettando al paziente, ricoverato per essere sottoposto ad un delicato intervento chirurgico, l'eventualità di una lunga degenza e la possibilità di subire l'intervento ad opera di un altro medico, lo ha indotto a consegnargli somme di denaro non dovute in una struttura sanitaria in cui operava privatamente. Questa decisione ha considerata corretta la qualificazione del reato come concussione piuttosto che come truffa aggravata perché la persona malata si trova particolarmente indifesa dinanzi al medico dal quale dipende la conservazione di beni fondamentali come la vita o l'integrità fisica.

psicologica della vittima che deve essere condizionata nella sua volontà. Riconosciuta una situazione in grado di causare una tale intimidazione, in altri termini, la condotta dell'agente, quale che sia stata in concreto la sua forma, assume la qualifica d'induzione penalmente rilevante<sup>74</sup>.

E' questa la ragione per la quale le sentenze continuano a soffermarsi sul *metus publicae potestatis*<sup>75</sup>, che è reso proprio con il riferimento allo stato di soggezione della vittima<sup>76</sup>, ancorché non si traduca in un effettivo timore<sup>77</sup>.

L'elemento in questione, come segnala autorevole dottrina, non è contemplato dalla fattispecie e si risolve nella descrizione dell'effetto della minaccia o dell'attività induttiva<sup>78</sup>. Esso è semplicemente la conseguenza dell'abuso della qualità o dei poteri sulla vittima. Ricorre, tuttavia, tanto nella concussione compiuta con costrizione, quanto in quella eseguita mediante induzione. Il *metus publicae potestatis*, pertanto, viene tuttora utilizzato per discernere le condotte illecite, delineando in particolare quelle qualificabili come induzione, necessariamente più sfumate rispetto alla costrizione psichica<sup>79</sup>.

E' così possibile individuare, ad esempio, il confine tra la concussione per induzione e la truffa aggravata. Nel primo caso, il privato mantiene la consapevolezza di dare o promettere qualcosa di non dovuto al pubblico agente, ma si determina perché versa in condizione di soggezione. Quando la vittima viene indotta in errore dal soggetto qualificato circa la doverosità delle somme o delle utilità date o promesse, invece, la condotta è qualificabile come truffa<sup>80</sup>. In quest'ultimo delitto, di conseguenza, l'abuso della qualità o dei poteri concorre, ma solo in via accessoria, alla determinazione della volontà della vittima che viene convinta con artifici e raggiri, mentre nella concussione rappresenta lo strumento per prevaricare ed ottenere la prestazione non dovuta<sup>81</sup>.

Il *metus*, peraltro, non consiste nella generica posizione di supremazia del pubblico ufficiale. La preminenza dell'agente, piuttosto, va vista in chiave dinamica: deve possedere una ragionevole valenza intimidatoria o, quanto meno, deve essere idonea

---

<sup>74</sup> Anche in dottrina si precisa che, a delimitare in modo efficace il nucleo costitutivo della concussione, è pure la verifica della sussistenza dello stato di soggezione psicologica del privato derivante dalla condotta abusiva del pubblico agente, che da solo è idoneo a fondare l'esigenza di tutela della sua libertà di autodeterminazione (Forte, op. cit., 161).

<sup>75</sup> Cfr., tra le altre, Sez. 6, sentenza n. 46514 del 23-10-2009 cc. (dep. 3-12-2009) rv. 245335; Sez. 6, sentenza n. 21508 del 14/04/2008 cc. (dep. 28/05/2008) rv. 240071; Sez. 6, sentenza n. 33419 del 26/04/2004 ud. (dep. 04/08/2004) rv. 229753. Il *metus* viene definito come un elemento implicito della fattispecie di concussione, che caratterizzerebbe tanto la costrizione, quando l'induzione, e sarebbe la logica conseguenza di una corretta interpretazione dello stesso concetto di abuso. Laddove infatti la dazione o la promessa del privato fossero frutto di una libera scelta di calcolo e non riconducibili alla soggezione, sarebbe reciso il legame tra la condotta abusiva e la prestazione, con conseguente configurabilità, al più, della corruzione (Forte, op. cit., 173).

<sup>76</sup> Sez. 6, sentenza n.23776 del 24-05-2006 cc. (dep. 7-07-2006) rv. 234150, secondo cui “*ai fini della configurazione della concussione è determinante l'esistenza o meno di una situazione idonea a causare uno stato di soggezione del privato nei confronti del pubblico ufficiale*”.

<sup>77</sup> Sez. 2, sentenza n. 45993 del 16/10/2007 ud. (dep. 10/12/2007) rv. 239324 secondo cui “*per integrare il suddetto stato di soggezione è sufficiente che il privato si sia determinato alla dazione ovvero all'accordo per evitare un maggior danno, anche in difetto di uno stato di timore psicologico verso il pubblico ufficiale*”.

<sup>78</sup> Fiandaca - Musco, op. cit., 154.

<sup>79</sup> Sez. 6, sentenza n. 38650 del 05/10/2010 ud. (dep. 03/11/2010) rv. 248522, secondo cui “*ai fini della individuazione degli elementi differenziali tra i reati di corruzione e di concussione, occorre avere riguardo al rapporto tra le volontà dei soggetti, che nella corruzione è paritario ed implica la libera convergenza delle medesime verso la realizzazione di un comune obiettivo illecito, mentre nella concussione è caratterizzato dalla presenza di una volontà costrittiva o induttiva del pubblico ufficiale, condizionante la libera formazione di quella del privato, il quale si determina alla dazione, ovvero alla promessa, soggiacendo all'ingiusta pretesa del primo solo per evitare un pregiudizio maggiore*”.

<sup>80</sup> Sez. 6, sentenza n. 20118 del 26-02-2010 ud. (dep. 26-05-2010) rv. 247330; Sez. 6, sentenza n. 20195 del 22/04/2009 ud. (dep. 13/05/2009) rv. 243842.

<sup>81</sup> Sez. 6, sentenza n. 40518 del 24-09-2009 ud. (dep. 19-10-2009) rv. 245285; Sez. 6, sentenza n. 34827 del 1-07-2009 ud. (dep. 8-09-2009) rv. 244768.

determinare una pressione sulla formazione della volontà della vittima<sup>82</sup>. In tale prospettiva, l'indagine deve essere rivolta ad illuminare i concreti rapporti di forza tra le parti<sup>83</sup>.

5. Il concetto di induzione, in altri termini, deve essere apprezzato in relazione all'efficacia causale propria della condotta abusiva sulla formazione della volontà della vittima che, di conseguenza, non è più libera<sup>84</sup>.

La giurisprudenza, pertanto, ritiene che *“ciò che è necessario per la configurabilità del reato di concussione è che il comportamento abusivo abbia idoneità intimidatoria tale da determinare lo stato di soggezione”*. Questo principio, ad esempio, è stato espresso nella vicenda riguardante il presidente del consiglio comunale di un paese che, in occasione dell'apertura di un ipermercato, aveva segnalato nominativamente 250 persone per l'assunzione, prospettando implicitamente, in caso contrario, la frapposizione di ostacoli all'avvio operativo della struttura commerciale<sup>85</sup>. La Corte di Appello aveva assolto l'imputato, rilevando che egli si era avvalso della sua autorevolezza politica e non della carica pubblica rivestita, alla quale era estraneo qualsiasi potere idoneo ad essere strumentalizzato per creare difficoltà all'impresa. La Suprema Corte ha annullato la decisione evidenziando che la condizione di soggezione che integra il delitto di concussione può discendere anche dalla sola importanza politica dell'agente. Non assume alcun rilievo la mancanza di competenze specifiche del soggetto che abusa della qualità. Il delitto è configurabile anche quando il pubblico ufficiale si attribuisca poteri estranei alla sfera delle sue attribuzioni. In questi casi, è la qualità soggettiva ad avvalorare o a rendere credibile la sussistenza di specifici poteri, così determinando un'illecita pressione sulla volontà della vittima.

6. Una diretta conseguenza della tendenza a dare dell'induzione una lettura ampia è rappresentata dalla qualificazione in termini di concussione di condotte di dazione di denaro o di promessa tenute in un contesto di illegalità diffusa. Si allude alla forma di manifestazione del reato, di formazione giurisprudenziale, definita concussione cd. ambientale.

La fattispecie, come è noto, incrimina il particolare fenomeno in cui il privato corrisponde una prestazione indebita per la convinzione di doversi adeguare ad una prassi consolidata e, per tale ragione, percepita come ineluttabile. In certi settori della pubblica amministrazione, dinanzi al dilagare della criminalità, la condotta induttiva tipica del reato di cui all'art. 317 c.p. si può manifestare anche nel riferimento ad una convenzione

---

<sup>82</sup> Sez. 6, sentenza n. 28110 del 16-04-2010 cc. (dep. 19-07-2010), S.A. in una fattispecie in cui il genitore di un paziente, senza alcuna richiesta, aveva versato una somma di denaro al primario ospedaliero in occasione della dimissione del figlio, gravemente malato, *“allo scopo di instaurare un rapporto privilegiato con il medico”* e, in un secondo momento, gli aveva consegnato degli assegni che il dottore aveva ricevuto *“senza battere ciglio”*; Sez. 6, sentenza n. 21508 del 14-4-2008 cc. (dep. 28-05-2008) rv. 240071, secondo cui non integra il reato di concussione, neppure in forma tentata, l'impiego della generica espressione *“te ne accorgerai”* da parte di un assessore comunale dinanzi al rifiuto di un commerciante di automobili di vendergli una vettura sotto costo.

<sup>83</sup> La condotta di concussione non può essere distinta da quella di corruzione in base al criterio dell'iniziativa o verificando se l'atto è conforme o contrario ai doveri d'ufficio. L'elemento discriminante è costituito dalla presenza o meno di una volontà prevaricatrice, condizionante il privato, che versa in una condizione di soggezione e non di parità (Sez. 6, sentenza n. 38650 del 5-10-2010 ud. (dep. 3-11-2010) rv. 248522). La concussione non è esclusa dalla circostanza che la vittima versi in una situazione illecita o possa trarre un qualche vantaggio economico dall'accettazione della pretesa del soggetto pubblico (Sez. 6, sentenza n. 21781 del 23-11-20010 dep. (c.c. 21-10-2010) rv. 248750).

<sup>84</sup> In dottrina (Forte, op. cit., 170-171) si individua un evento intermedio, di tipo psicologico, fra la condotta abusiva e la dazione o promessa del privato rappresentato dallo stato di soggezione, causalmente riconducibile all'abuso, che, invece, non è dato riconoscere nella corruzione.

<sup>85</sup> Sez. 6, sentenza n. 38617 del 17-06-2009 cc. (dep. 5-10-2009).

tacitamente riconosciuta che il pubblico ufficiale fa valere e che il privato subisce. Tutto ciò avviene nell'ambito di una comunicazione tra le parti resa più semplice nella sostanza e più velata nelle forme per il fatto di richiamarsi a regole già codificate<sup>86</sup>. L'**efficacia causativa** della dazione indebita o della promessa, allora, viene riconosciuta in **comportamenti univoci per il contesto ambientale** che, altrimenti risulterebbero penalmente insignificanti, proprio sfruttando il riferimento alle regole "codificate" nel sistema di illegalità imperante nell'ambito di alcuni settori di attività della pubblica amministrazione<sup>87</sup>.

La dottrina, da sempre, ha manifestato posizioni critiche nei confronti di un'interpretazione giurisprudenziale, ritenuta creativa, che determinerebbe un eccessivo allargamento delle maglie della concussione a scapito della corruzione<sup>88</sup>. E' stato opportunamente evidenziato come la concussione ambientale offrirebbe una comoda zona franca da conseguenze penali ad un certo mondo imprenditoriale che, con le sue condotte, ha largamente contribuito per interessi propri alla creazione del sistema presupposto di una simile incriminazione<sup>89</sup>.

La portata delle critiche dottrinarie, forse, può essere ridimensionata.

La giurisprudenza, infatti, sembra ormai orientata ad escludere che, per configurare il reato di concussione, sia sufficiente accertare una generalizzata e conosciuta situazione di abuso caratterizzata dal mercanteggiamento dei poteri pubblici. Occorre, invece, soffermarsi sulle caratteristiche specifiche della vicenda e verificare se, alla luce della concreta relazione tra la parte pubblica e quella privata, anche per l'ambiente in cui avvengono i rapporti, sussista una situazione idonea ad ingenerare lo stato di soggezione che caratterizza la tipicità del delitto di concussione<sup>90</sup>. Il riferimento al contesto storico, in altri termini, rappresenta solo uno dei parametri che va considerato per apprezzare la condotta dell'agente. Per configurare il delitto, non basta riscontrare in un certo settore la prassi del sistematico pagamento di tangenti; bisogna soffermarsi sia sui **comportamenti** dell'agente pubblico che su quelli dei privati, che si affiancano alle consuetudini invalse, oltre che sugli specifici **rapporti di forza** tra le parti, per verificare la sussistenza del condizionamento che si traduce nella convinzione dell'ineluttabilità della prestazione indebita<sup>91</sup>. Si può dunque concludere che la locuzione concussione

---

<sup>86</sup> Sez. 6, sentenza n. 13395 del 13/07/1998 ud. (dep. 18/12/1998) rv. 213422, Salvi, in una vicenda in cui è stato ritenuto responsabile di concussione – e non di ricettazione - anche un pubblico ufficiale, che, senza prendere parte agli originari accordi spartitori, ritenuti peraltro idonei a determinare la soggezione della vittima per il contesto ambientale in cui erano avvenuti, aveva ricevuto due tranches del pagamento.

<sup>87</sup> Sez. 6, sentenza n. 15690 del 25-3-2009 ud. (dep. 14-04-2009) rv. 243688. I termini della questione concernente l'ammissibilità di una simile modalità di concussione, invero, sono un aspetto del più ampio tema della determinazione della nozione penalmente rilevante di induzione.

<sup>88</sup> Forte, op. cit., 179; Manes, La concussione ambientale da fenomenologia a fattispecie *extra legem*, in Foro it., 1999, II, 648-650, secondo cui la concussione ambientale "*conferma una diffusa, progressiva erosione giurisprudenziale, della tipicità formale di talune fattispecie nel settore dei delitti contro la pubblica amministrazione sulla scorta di malcelate esigenze repressive ... l'induzione è rintracciata nel semplice status quo e la responsabilità penale è fondata non su un abuso della qualifica, ma sulla qualifica stessa*". Fiandaca, Esigenze e prospettive di riforma dei reati di corruzione e concussione, in Riv. it. dir. e proc. pen. 2000, 890, precisa che "*... il requisito dell'induzione, come elemento della fattispecie incriminatrice, viene sostituito, sul terreno della prova, dal diverso requisito dell'intimidazione d'ambiente, cioè un'entità sociologica impalpabile e suscettibile di essere ricostruita secondo schemi presuntivi*".

<sup>89</sup> Fiore, op. cit., 130, precisa come nei fatti qualificati come concussione ambientale possono essere ricompresi sovente nella fattispecie di cui all'art. 322 c.p., la cui applicazione è stata allargata dalla legge anche al caso in cui sia il pubblico agente a sollecitare la dazione indebita del privato.

<sup>90</sup> In dottrina (Fornasari, op. cit., 181; Fiore, op. cit., 129) si sottolinea come, dopo le prime aperture che hanno portato ad introdurre di fatto la concussione ambientale nel sistema, le successive decisioni accolgano il punto di vista di alcuni critici, ispirate dall'obiettivo di una maggiore responsabilizzazione del privato che interagisce con la pubblica amministrazione.

<sup>91</sup> Cfr. Sez. 6, sentenza n. 11918 del 13/04/2000 ud. (dep. 21/11/2000) rv. 217380 secondo cui "*occorre che il giudice accerti (e dia conto in motivazione) il concreto atteggiarsi della volontà del pubblico ufficiale e del privato*

ambientale, a questo punto, sia adoperata solo per “comodità espositiva”, mentre non può prescindere da un comportamento costrittivo o induttivo specifico, concreto e nettamente individuato del pubblico ufficiale<sup>92</sup>.

Il tema è stato affrontato, di recente, in una decisione concernente la condotta di un imprenditore che aveva realizzato un programma di edilizia convenzionata, il quale condizionava la conclusione dei contratti di vendita di appartamenti alla dazione, da parte dell’acquirente di una somma maggiore di quella determinata ai sensi della convenzione<sup>93</sup>. Il ricorrente, nel contestare la ricorrenza degli estremi della concussione, ha dedotto l’assenza del timore della vittima, anche perché questi, di professione, era un “*vigile tecnico addetto ai controlli nel campo dell’edilizia*” e, dunque, per il grado di conoscenza del settore, aveva scelto di liberamente aderire alla proposta dell’imprenditore.

La Suprema Corte ha riconosciuto che la condotta di abuso dell’incarico pubblico era stata tenuta dall’imputato all’interno di un’abitudine consolidata sul territorio e nell’ambito di una comunicazione resa più semplice e spedita per il fatto di richiamarsi a regole già “codificate” che imponevano i pagamenti indebiti. In questo scenario, tuttavia, l’induzione è stata desunta dalla concreta condizione in cui versava la vittima posta in uno stato di soggezione dalla posizione di assoluta preminenza dell’imprenditore. La parte offesa, contraente debole rispetto al costruttore, per l’azione prevaricatrice dell’incaricato di pubblico servizio, si era trovata dinanzi ad un’alternativa secca tra il sottostare alle richieste delle somme non dovute – che sapeva essere la regola del mercato immobiliare della cittadina in cui viveva - e il non sottoscrivere il contratto per l’acquisto della prima casa.

La prova di una prassi di pagamenti illeciti in un contesto di illegalità diffusa, dunque, non sembra bastare per riconoscere la tipicità del più grave dei reati contro l’amministrazione pubblica. A maggior ragione, non è sufficiente nei casi in cui la vittima ha effettuato le dazioni di danaro **per mero calcolo economico**, attuale o futuro o per altra valutazione utilitaristica. In simili situazioni, nonostante arresti giurisprudenziali che di segno diverso<sup>94</sup>, deve rilevarsi che la condizione di soggezione potrebbe attenuarsi, permettendo di configurare il delitto di corruzione<sup>95</sup>. Quando il privato opera

---

*cittadino, nonché il rapporto instaurato tra i due soggetti, che deve essere caratterizzato da una pretesa (ancorché implicita o indiretta) del primo e da una correlativa pressione sul secondo tale da determinarlo in uno stato di soggezione rispetto ad una volontà percepita come dominante”, mentre non basta “l’accertamento di una situazione ambientale in cui sia diffuso il mercanteggiamento dei pubblici poteri e la pratica della cd. “tangente” (ben potendo il cittadino approfittare dei meccanismi criminosi in atto per lucrare vantaggi divenendo anch’egli protagonista del sistema)”. Sez. 6, sentenza n. 36551 del 21-11-2002 ud. (dep. 23-09-2002) rv. 226910 è qualificabile come corruzione la condotta del privato che si inserisce in un contesto di sistematico pagamento di tangente non caratterizzato da uno stato di soggezione della vittima.*

<sup>92</sup> In questi termini, Sez. 6, sentenza n. 45276 del 11-11-2008 ud. (dep. 4-12-2008) rv. 242399.

<sup>93</sup> Sez. 6, sentenza n. 15690 del 25-3-2009 ud. (dep. 14-04-2009) rv. 243688 che ha giudicato illogica l’affermazione secondo cui l’accettazione della richiesta di denaro rappresentava una libera scelta del privato perché “*trascura del tutto proprio la peculiare dinamica di squilibrio del rapporto tra chi da casa convenzionata e chi chiede casa convenzionata, non potendo rivolgersi al libero mercato ...*”.

<sup>94</sup> Cfr. Sez. 6, sentenza n. 23776 del 24-5-2006 ud. (dep. 7-07-2006) rv. 234150 secondo cui “*chi è costretto o indotto a dare o a promettere indebitamente una utilità non deve necessariamente trovarsi in uno stato soggettivo di timore, potendo determinarsi al comportamento richiesto per mero calcolo economico, attuale o futuro, o per altra valutazione utilitaristica*”.

<sup>95</sup> cfr. di recente, Sez. 6 sentenza n. 36154 del 9-04-2008 cc. (dep. 19-09-2008) in una fattispecie in cui, provata la prassi del sistematico pagamento del 3% da parte dell’impresa aggiudicataria di una qualsiasi gara d’appalto al presidente ed al vice presidente dell’IACP, protrattasi per un lungo periodo nel concreto interesse anche delle imprese che si erano anche attivate per la divisione al loro interno delle commesse, è stata esclusa la ricorrenza del *meus publicae potestatis* idoneo a determinare la volontà dei privati, sussistendo, più semplicemente, un patto corruttivo. Cfr. anche Sez. 6, sentenza n. 30764 del 22-05-2009 ud. (dep. 23-07-2009) rv. 244867 che, invece, ha ritenuto integrato il reato di concussione in una fattispecie in cui alcune studentesse avevano aderito alle richieste di prestazioni sessuali di un insegnante in cambio di agevolazioni nella relative interrogazioni.

in un sistema nel quale il mercanteggiamento dei poteri pubblici e la pratica della tangente è la regola costante, potrebbe mancare lo stato di intimidazione e lo squilibrio nel rapporto tra le forze delle parti perché la vittima mira a realizzare profitti patrimoniali o vantaggi di vario genere, materiali o morali<sup>96</sup>.

7. Un'altra manifestazione dell'ampliamento dell'area operativa dell'induzione è ravvisabile nell'orientamento giurisprudenziale che individua anche in un'attività d'ufficio conforme ai doveri (o nella mera prospettazione della possibilità di esercitare un potere legittimo), evidentemente piegata al fine di conseguire una finalità illecita, lo strumento idoneo a porre la vittima in condizione di soggezione. L'obiettivo perseguito, in altri termini, è capace di rendere abusiva un'azione che altrimenti sarebbe legittima, se non doverosa.

Anche quest'indirizzo tocca profili delicati: da un lato, apre taluni margini operativi al delitto in esame che lo rendono più aderente alcuni fatti che avvengono nella realtà; dall'altro, involge l'accertamento del motivo che ha determinato l'agire legittimo.

Il caso che accade di frequente – ma che sembra di più agevole soluzione perché è chiaramente riconoscibile la strumentalizzazione del potere che connota il reato in esame - è quello del soggetto pubblico che riceve la dazione di denaro o di altra utilità di questi beni minacciando o, più semplicemente, prospettando di compiere un atto legittimo o obbligatorio come un arresto o un sequestro (che, in conseguenza del pagamento illecito, non viene eseguito)<sup>97</sup>.

Più complesso è la vicenda affrontata da una recente decisione della Suprema Corte che ha configurato il reato di concussione, sia pure in sede di ricorso avverso il provvedimento del Tribunale del riesame, nella condotta del Presidente di un Consiglio regionale che, utilizzando i suoi poteri di determinare il calendario dei lavori, ha rinviato la discussione di un'interpellanza consiliare, alla cui preparazione aveva in qualche modo partecipato, al fine di indurre un direttore generale di un'azienda ospedaliera a procedere a nomine dettate da criteri di appartenenza politica<sup>98</sup>. L'atto consiliare riguardava la richiesta di accertare la sussistenza dei requisiti legali della persona che era stata nominata direttore generale ospedaliero ed era stato presentato nell'ambito di una disputa politica, sviluppatasi in diversi momenti, relativa, in sostanza, al mancato rispetto da parte dello stesso dirigente pubblico di talune indicazioni riguardo alle nomine provenienti dalla parte politica che lo aveva indicato.

Secondo questa decisione, nel delitto di concussione, l'abuso dei poteri da parte dell'agente e la conseguente induzione della vittima a dare o a promettere denaro o altra utilità prescinde totalmente dalla legittimità o meno dell'attività compiuta. Il requisito oggettivo del reato può essere integrato anche da un atto d'ufficio legittimo, ma deviato per conseguire fini illeciti. Il giudice deve accertare se l'atto, ancorché legittimo, sia stato compiuto piegando le finalità dei poteri al perseguimento di interessi particolari, estranei a quello pubblico, così esercitando in maniera distorta le attribuzioni dell'ufficio. Quest'ultima situazione è stata descritta come "*sviamento del potere*", la cui immediata traduzione in termini di vizio di legittimità dell'atto, sotto il profilo dell'eccesso di

<sup>96</sup> cfr. in questi termini, Sez. 6, sentenza n. 5500 del 11-05-1998, Pareglio, rv. 210521.

<sup>97</sup> Sez. 6, sentenza n. 24251 del 26/02/2009 ud. (dep. 11/06/2009) rv. 244354, fattispecie in cui l'imputato, ispettore del lavoro, ha effettuato una richiesta telefonica di pagamento in favore di una lavoratrice subordinata, che è risultata essere congiunta di una persona a lui legata da un rapporto di amicizia minacciando, in caso contrario, un intervento ispettivo, sia pure legittimo, del proprio ufficio; Sez. 6, sentenza n. 25887 del 23/06/2006 ud. (dep. 25/07/2006) rv. 234999, in una fattispecie in cui il pubblico ufficiale che aveva rifiutato di pagare la somma dovuta al gestore di un locale per la consumazione di bevande, comunicando che sarebbe tornato per sottoporlo a controlli di polizia.

<sup>98</sup> Sez. 6, sentenza n. 33843 del 25-8-2008 (cc. 19-06-2008) rv. 240795.

potere, non assume particolare rilievo ai fini della individuazione della fattispecie del reato di concussione. La condotta abusiva, infatti, non deve coincidere necessariamente con un atto amministrativo, né con uno dei vizi tipici di esso perché lo sviamento, inteso come uso distorto del potere, costituisce solo il dato sintomatico della presenza dell'abuso richiesto dalla norma incriminatrice<sup>99</sup>.

Nel caso concreto, secondo la pronuncia, sia la presentazione dell'interpellanza, sia il rinvio della discussione erano diretti all'esclusivo fine di condizionare l'attività del dirigente pubblico, costringendolo a nominare persone gradite al partito.

Rispetto alla possibilità di configurare la concussione a fronte di attività legittime, in dottrina si sono levate voci critiche che hanno negato la sussistenza dell'abuso dei poteri o delle qualità, mancando il carattere ingiusto delle conseguenze prospettate ovvero l'idoneità di simili condotte a costringere o ad indurre<sup>100</sup>. Detti comportamenti, al limite, sarebbero qualificabili come corruzione non ravvisandosi un abuso idoneo ad indurre. Quando l'attività amministrativa minacciata è doverosa o obbligatoria, infatti, la vittima cederebbe non per timore di tale attività, ma nella speranza di "farla franca", nell'ambito di una dinamica che è riconducibile allo scambio negoziale tipico della corruzione<sup>101</sup>.

## **6. Il labile confine tra corruzione propria ed impropria e la determinabilità dell'atto oggetto del mercimonio.**

**1.** La definizione dell'atto d'ufficio e di quello contrario ai doveri non è agevole, né pacifica e tale profilo incide sulla distinzione tra la fattispecie della corruzione propria rispetto a quella impropria.

L'oggettività del reato di corruzione è sempre rappresentata dalla condotta antidoverosa del pubblico ufficiale che è diretta a ridurre a mercimonio il proprio ufficio<sup>102</sup>. Nonostante la dazione o la promessa del denaro o di altra utilità, nella corruzione impropria l'atto rimane imparziale. Seppur oggetto di baratto, è legittimo, regolare o, finanche, dovuto.

La corruzione propria, invece, postula che la violazione dei doveri, tra i quali quello di essere onesti e corretti, abbia avuto una concreta incidenza sull'atto. Non basta soffermarsi sui motivi che hanno condotto all'atto, tra i quali, evidentemente, l'intenzione di assecondare il corruttore. Per configurare il delitto, occorre che il pagamento abbia influenzato in qualche modo l'atto, se non addirittura ne sia stata la causa<sup>103</sup>.

---

<sup>99</sup> Cfr. in precedenza, Sez. 2, sentenza n. 45993 del 16/10/2007 ud. (dep. 10/12/2007) rv. 239324. La circostanza che l'atto del pubblico agente sia illegittimo e contrario ai doveri non comporta di per sé il mutamento del titolo di reato da concussione a corruzione, neppure quando il soggetto versa già in una situazione di illiceità e sia consapevole dell'illegittimità dell'atto, se non sussiste la prova del comune e paritario convergere delle volontà delle parti verso un obiettivo comune illecito (Sez. 6, sentenza n. 9528 del 9-01-2009 ud. (dep. 3-03-2009) rv. 243047).

<sup>100</sup> Fiandaca - Musco, op. cit., 154, secondo cui "se a configurare l'abuso bastasse la direzione finalistica del comportamento del soggetto attivo verso uno scopo illecito, indipendentemente da connotati obiettivi, ne risulterebbe modificata la fattispecie legale con una tacita abrogazione del requisito dell'abuso e una sua sostituzione con la formula (non scritta) "a causa delle funzioni".

<sup>101</sup> Fiore, op. cit., 123.

<sup>102</sup> Russo, Corruzione, in Trattato di Diritto penale a cura di Cadoppi- Canestrari - Manna - Papa, Milano, 2008, 220.

<sup>103</sup> Sez. 6, sentenza n. 24439 del 25-03-2010 ud. (dep. 28-06-2010) rv. 247373 secondo cui non è sufficiente l'accertamento della mera dazione, ma occorre che il compimento dell'atto contrario ai doveri d'ufficio sia stato la causa della prestazione dell'utilità; sez. 6, sentenza n. 34415 del 15-05-2008 ud. (dep. 28-08-2008) rv. 240745.



Questo tradizionale orientamento<sup>104</sup> è di complessa applicazione nei casi concreti posti al vaglio della giurisprudenza. Essi, sovente, riguardano la violazione da parte del pubblico agente di doveri generali ed in particolare di quello d'imparzialità, la cui incidenza su uno specifico atto potrebbe anche non averne determinato l'illegittimità<sup>105</sup>. Molto di frequente, poi, provato il pagamento, sono accertati solo comportamenti antidoverosi del funzionario pubblico, ma non sono individuati specifici atti contrari ai doveri d'ufficio ai quali abbia contribuito il corrotto.

2. Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, nell'ambito dei doveri d'ufficio, possono essere distinti quelli a **carattere specifico**, relativi ad una determinata pratica o affare, e quelli di **natura generale** come la fedeltà, l'obbedienza, la segretezza, l'imparzialità, la vigilanza. La violazione di entrambe le categorie di doveri integra il reato di corruzione propria.

La massima consolidata, in particolare, è nel senso che costituiscono atti contrari ai doveri d'ufficio, e dunque consentono di integrare il reato di corruzione propria, non soltanto quelli illeciti (perché vietati da atti imperativi) o illegittimi, ma anche quelli che prescindono, per consapevole volontà del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio, dall'osservanza dei doveri istituzionali espressi in norme di qualsiasi livello, ivi compresi quelli di correttezza ed imparzialità<sup>106</sup>.

Il generico riferimento all'imparzialità ed a qualsiasi dovere, anche quello di serbare un comportamento corretto e non contrastante con le finalità dell'amministrazione, rischia di ampliare a dismisura l'area operativa della più grave fattispecie di corruzione a scapito di quella minore. Si potrebbe giungere ad affermare che la contrarietà ai doveri d'ufficio si risolve nella mera ricezione di un'illecita retribuzione che è già comportamento scorretto. In tal modo potrebbe risultare arduo distinguere le due fattispecie di corruzione.

La violazione di doveri di natura generale ed, *in primis*, di quello di imparzialità, invece, può condurre a configurare la corruzione propria solo se ha avuto una qualche concreta incidenza sull'atto. Nella fattispecie criminosa descritta dall'art. 318 c.p., il *factum sceleris* realizza una violazione della correttezza e dell'imparzialità che si concretizza nella condotta del funzionario e rimane circoscritta al comportamento di costui. L'atto rimane imparziale.

Nella corruzione propria, invece, l'azione antidoverosa si riflette sull'atto che, in quanto attinto da interessi privatistici, diviene illecito<sup>107</sup>.

L'influsso sull'atto, non necessariamente, deve condurre alla sua illegittimità o ne deve modificare il contenuto, ma può limitarsi, ad esempio, a determinare una mera alterazione della *par condicio* tra tutti coloro che sono in determinati rapporti con la pubblica amministrazione. In questa prospettiva, sono stati ritenuti contrari ai doveri d'ufficio gli atti, formalmente regolari, di pagamento di forniture ospedaliere da parte del funzionario preposto dell'azienda ospedaliera con tempi anticipati rispetto all'ordine cronologico, essendo stato accertato che le sofferenze di cassa avrebbero impedito la

---

<sup>104</sup> Sez. 6, sentenza n. 5403 del 15/11/1994 ud. (dep. 11/05/1995) rv. 201815; sez. 6, sentenza n. 7957 del 14/05/1997 ud. (dep. 26/08/1997) rv. 209755; sez. 6, sentenza n. 3529 del 12/11/1998 cc. (dep. 01/02/1999) rv. 212566; sez. 6 sentenza n. 3388 del 4-12-2002 ud. (dep. 23-01-2003) rv. 224056.

<sup>105</sup> Secondo un autorevole orientamento dottrinale (Fiandaca – Musco, op. cit., 165) la contrarietà ai doveri d'ufficio presuppone un rinvio alle norme del diritto amministrativo ed implica l'illegittimità dell'atto alla stregua delle norme che regolano i tipici vizi dell'atto amministrativo. Come si vedrà, invece, la giurisprudenza ritiene configurabile la corruzione propria anche a fronte di atti d'ufficio legittimi.

<sup>106</sup> Sez. 6, sentenza n. 21943 del 7-04-2006 cc. (dep. 22-06-2006) rv. 234619, Caruso; Sez. 6, sentenza n. 2714 del 30-11-1995 ud. (dep. 14-3-1996) rv. 204126.

<sup>107</sup> Cfr. in dottrina, Russo, op. cit., 229.

liquidazione di quanto dovuto ai vari fornitori di beni e servizi. Il pagamento, quindi, ha inciso sull'atto legittimo non nel senso che ne ha modificato il contenuto, ma perché ne ha permesso la stessa adozione<sup>108</sup>.

La corruzione impropria, di conseguenza, va ravvisata solo nei casi in cui “.. *l'adozione di atti ed il contenuto di essi ... è stato determinato esclusivamente dall'interesse pubblico, sicché l'atto amministrativo ... sarebbe stato in ogni caso quello realizzato, indipendentemente dall'illecita ricezione di denaro*”<sup>109</sup>.

**3.** La giurisprudenza, poi, configura la corruzione propria quando i **comportamenti antidoverosi hanno provocato la vanificazione della funzione**<sup>110</sup>. o **l'abdicazione alle finalità istituzionali**<sup>111</sup>, pur essendo difficile riconoscere un'effettiva incidenza su di un atto d'ufficio. In questi casi, sembra che la prestazione corrispettiva alla dazione del denaro (o alla promessa) sia rappresentata solo dai comportamenti contrari ai doveri e non dall'adozione di un atto.

La nozione di atto d'ufficio accolta dalle norme penali, invero, secondo l'indirizzo unanime di dottrina e giurisprudenza, è più ampia di quella di provvedimento amministrativo inteso come manifestazione di volontà della pubblica amministrazione, avente rilievo esterno ed in grado di apportare una modificazione unilaterale nella sfera giuridica del destinatario. Essa ricomprende ogni concreta esplicazione dei poteri o dei doveri d'ufficio da parte dell'amministrazione, anche se consiste in atti non provvedimentali o di diritto privato. L'atto contrario ai doveri d'ufficio può essere rappresentato da meri comportamenti, azioni volontarie dal soggetto pubblico<sup>112</sup>, magari meramente esecutive di atti. Ciò consente di individuare la corruzione propria anche quando la dazione del denaro corrisponde non tanto ad uno specifico atto del pubblico agente, quanto ad un **concreto comportamento di costui contrario ai doveri che è tenuto a rispettare**.

La ricognizione delle decisioni, tuttavia, dimostra che, ad integrare la tipicità del reato di cui all'art. 319 c.p., non basta accertare il pagamento (o la promessa) e il compimento di condotte antidoverose. E' necessario che questi comportamenti presentino un collegamento con le attività funzionali del funzionario o con le competenze dell'ufficio cui il soggetto appartiene<sup>113</sup>, tanto che possa affermarsi che sono stati compiuti **in funzione di queste competenze** (o che le competenze sono state causa delle

<sup>108</sup> Sez. 6, sentenza n. 30762 del 14/05/2009 ud. (dep. 23/07/2009) rv. 244530.

<sup>109</sup> Cass., sez. 6, sentenza n. 36083 del 9-7-2009 ud. (dep. 17-9-2009) rv. 244258. Un criterio concreto di distinzione tra le fattispecie delittuose fa leva sul concetto di remunerazione: se l'utilità promessa o ricevuta è una mancia, non pone in discussione l'imparzialità dell'atto; se ha un valore significativo rispetto allo stipendio dell'agente, allora può metterne in dubbio la fedeltà del funzionario (il criterio è illustrato da Davigo, Il fenomeno della corruzione interna fra teoria e prassi, relazione al corso CSM del 9-7-2009, 11). La giurisprudenza, invece, ha superato la tesi secondo cui la corruzione impropria sarebbe configurabile solo rispetto ad un'attività vincolata dell'amministrazione. Il solo fatto che l'attività del pubblico ufficiale presenti margini più o meno ampi di discrezionalità non vale ad escludere la configurabilità della corruzione impropria, ben potendo risultare che l'atto discrezionale compiuto sia idoneo alla migliore soddisfazione dell'interesse pubblico, nonostante che il suo compimento sia fatto dipendere dalla indebita retribuzione (Sez. 6, sentenza n. 4177 del 27-10-2003 in Riv. Pen. 2004, 1246).

<sup>110</sup> Cfr. tra le altre, Sez. 6, sentenza n. 21943 del 7-04-2006 cc. (dep. 22-06-2006) rv. 234619, Caruso, in una fattispecie relativa ad un magistrato della Corte dei Conti, addetto ai controlli sugli atti dell'ente poste, che aveva accettato l'offerta di una provvigione da parte di un imprenditore in cambio della sua attivazione presso i vertici dell'ente per l'ottenimento di commesse; Sez. 6, sentenza n. 2818 del 2-10-2006 cc. (dep. 25-01-2007) rv. 235727, Bianchi, fattispecie in cui l'imprenditore, in cambio di un atteggiamento di disponibilità, ha effettuato favori economici ad un colonnello della Guardia di Finanza.

<sup>111</sup> Sez. 6, sentenza n. 1616 del 16-04-1996 cc. (dep. 23-05-1996) rv. 204847, Squillante.

<sup>112</sup> Sez. 6, Sentenza n. 21943 del 07/04/2006 cc. (dep. 22/06/2006) rv. 234619; sez. 6, sentenza n. 23804 del 17-03-2004 ud. (dep. 24-05-2004) rv. 229642.

<sup>113</sup> Sez. 6, sentenza n. 20502 del 2-03-2010 ud. (dep. 28-05-2001) rv. 247373; sez. 6, sentenza n. 12357 del 3-11-1998 ud. (dep. 25-11-1998) rv. 212323

dazioni). In questo modo, la condotta contraria ai doveri è idonea a frustrare la funzione demandata all'agente, a svenderla<sup>114</sup> ovvero ad asservirla al bisogno del privato<sup>115</sup>.

In tema di corruzione commessa da appartenenti alla Guardia di Finanza, ad esempio, è stata riconosciuta la corruzione propria nelle condotte di militari che, avendo ricevuto denaro, avevano operato con un atteggiamento benevolo, eseguendo una verifica superficiale ed affrettata in modo da permettere alla società controllata di sfuggire agli accertamenti, contravvenendo al dovere di analizzare, in modo rigoroso ed imparziale, la situazione contabile della società esaminata<sup>116</sup>.

**4.** Si comprende, allora, perché la **legittimità dell'atto**, se è sempre necessaria per configurare la corruzione impropria, non esclude che ricorra la più grave fattispecie propria<sup>117</sup>.

Si deve guardare alla conformità dell'atto a tutti i doveri d'ufficio o di servizio ed anche a tutti comportamenti tenuti dal pubblico agente, con l'effetto che l'atto potrebbe essere legittimo, ma, al contempo, integrare l'elemento oggettivo del reato previsto dall'art. 319 c.p. se si ravvisa l'asservimento o la svendita della funzione pubblica<sup>118</sup>.

La giurisprudenza, di conseguenza, continua a non assicurare alcun rilievo alla **pregiudiziale amministrativa**. Non assume incidenza sulla valutazione penale della condotta il superamento del vaglio del giudice amministrativo. Può essere un risultato contingente e particolare, connesso alle concrete modalità di impostazione e di svolgimento del giudizio amministrativo come l'adeguatezza o meno del ricorso o la tipologia dei vizi in esso dedotti<sup>119</sup>.

Neppure si può attribuire valore scriminante all'asserita effettiva rispondenza dell'atto all'interesse pubblico: si finirebbe per dare rilievo a meri postulati, non verificabili dal giudice penale anche a causa dell'inidoneità, istituzionale e di fatto, del giudizio penale a funzionare come sede di un controllo di effettiva rispondenza dell'atto all'interesse pubblico<sup>120</sup>.

**5.** Una delle condotte qualificate dalla giurisprudenza come corruzione impropria consiste nel **mero accelerare** l'adozione dell'atto. Quando il funzionario percepisce somme di denaro per velocizzare la conclusione di pratiche, la dazione non è correlata alla violazione dei doveri d'ufficio. Il tornaconto personale, certo, integra una violazione del dovere di correttezza, ma l'atto adottato, ancorché con una preferenza meramente

---

<sup>114</sup> Cfr. Sez. 6, sentenza n. 36780 del 2-07-2003 cc. (dep. 25-09-2003) rv. 226803 secondo cui anche le dimissioni da una carica politica possono rappresentare un atto contrario ai doveri di ufficio, quando violano il dovere di imparzialità e ciò ricorre quando sono poste in essere a fronte del compenso promesso o ricevuto da un soggetto privato.

<sup>115</sup> Sez. 6, sentenza n. 20046 del 16-01-2008 ud. (dep. 20-05-2008) rv. 241184, fattispecie in cui la mera ricezione di denaro da parte di un consigliere provinciale è stata reputata insufficiente a dimostrare l'asservimento delle funzioni ai voleri dell'imprenditore aggiudicatario di un appalto; Sez. 6, sentenza n. 34417 del 15-05-2008 cc. (dep. 28-08-2008) rv. 241081, secondo cui *"ai fini della configurazione del delitto di corruzione propria, pur non dovendosi ritenere necessario individuare lo specifico atto contrario ai doveri d'ufficio per il quale il pubblico ufficiale abbia ricevuto somme di denaro, occorre che dal suo comportamento emerga comunque un atteggiamento diretto in concreto a vanificare la funzione demandatagli"*.

<sup>116</sup> Sez. 6, sentenza n. 22638 del 28-3-2001 (dep. 1-06-2001) rv. 219005; Sez. 6, sentenza n. 12357 del 3/11/1998 ud. (dep. 25/11/1998) rv. 212324.

<sup>117</sup> Sez. 6 sentenza n. 3388 del 4-12-2002 ud. (dep. 23-01-2003) rv. 224056; Sez. 6 sentenza n. 12357 del 3-11-1998 ud. (dep. 25-11-1998) rv. 212324, secondo cui la corrispondenza dell'atto ai requisiti di legge non esclude l'asservimento della funzione pubblica, sempre che la violazione dell'imparzialità determinata dalla dazione di denaro o altra utilità si risolva in un'inottemperanza specifica inerente agli atti da compiere.

<sup>118</sup> Sez. 6, sentenza n. 10786 del 14-07-1998 ud. (dep. 16-10-1998) rv. 213054.

<sup>119</sup> Cass. sez. 6, 23-1-2003, Di Donato, in Foro It. 2004, II, 622.

<sup>120</sup> Cfr. Sez. 6, sentenza n. 34400 del 7/06/2001 ud. (dep. 21/09/2001) rv. 220173, Querci in Dir. e giust. 2001, fasc. 34, 13, con nota D'Urso; Sez. 6, sentenza n. 3388 del 4/12/2002 ud. (dep. 23/01/2003) rv. 224056, Grippo.

temporale, è proprio quello che sarebbe stato posto in essere senza il pagamento, né sembra che il mero riconoscere una corsia preferenziale al corruttore manifesti una sostanziale vanificazione della funzione pubblica<sup>121</sup>.

Occorre tuttavia che detta preferenza temporale non abbia determinato la sostanziale vanificazione della *par condicio* tra tutti coloro che sono in determinati rapporti con la pubblica amministrazione, incidendo, in questo modo, sulla funzione, se non sullo stesso atto.

In questa prospettiva, come si è visto, anche regolari pagamenti di fatture, con tempi anticipati rispetto all'ordine cronologico, possono integrare gli atti contrari ai doveri d'ufficio se è provato che le sofferenze di cassa avrebbero impedito la liquidazione di quanto dovuto ai vari fornitori di beni e servizi. La corsia preferenziale non ha determinato un mutamento del contenuto dell'atto, ma ne ha consentito la stessa adozione<sup>122</sup>.

L'abituale accettazione di compensi da parte di impiegati pubblici per il rilascio più celere di documentazione, sempre nel medesimo senso, è stata considerata contraria ai doveri d'ufficio perché la reiterazione della condotta, consistendo in un modo normale d'agire, esprimeva il complessivo asservimento delle funzioni pubbliche agli interessi privati<sup>123</sup>.

**6.** La giurisprudenza prevalente, nel riconoscere il rilievo dei comportamenti antidoverosi ai fini della corruzione propria, precisa che l'integrazione del reato di corruzione può anche **prescindere dall'individuazione di uno specifico atto contrario ai doveri d'ufficio**. Siffatto illecito penale è configurabile pure nel caso di dazione o promessa di denaro al pubblico ufficiale che avvenga **in ragione delle funzioni esercitate**<sup>124</sup>. Questo è il profilo più delicato perché rischia di rendere, nei casi concreti, difficilmente apprezzabile il limitare tra la corruzione propria e quella impropria.

Non a caso la dottrina è molto critica rispetto a quest'orientamento, cogliendo un contrasto con la tipicità descritta dalla norma.

---

<sup>121</sup> Sez. 1, sentenza n. 4177 del 27-10-2003 ud. (dep. 04-02-2004) rv. 227101, secondo cui la mera accelerazione delle pratiche, se frutto della promessa o della dazione di denaro, è suscettibile di essere valutata come corruzione impropria; Sez. 6, sentenza n. 44787 del 25/09/2003 cc. (dep. 20/11/2003) rv. 226937, relativa al funzionario della Motorizzazione civile che percepiva dai privati somme di denaro per accelerare le pratiche di collaudo di automezzi, incrementando il numero dei collaudi rispetto a quello previsto per ogni singola seduta da un ordine di servizio. Cass. sez. 6 sentenza n. 12990 del 16-10-1998 ud. (dep. 11-12-1998) rv. 212315 relative al comportamento del soggetto pubblico che, svolgendo compiti preparatori nella procedura di definizione dei rapporti tra privati ed ente di appartenenza, percepiva somme di denaro per velocizzare gli adempimenti; Sez. 6 sentenza n. 1905 del 14-11-2001 cc. (dep. 17-01-2002) rv. 220432. Cfr. in dottrina, Russo, op. cit., 229.

<sup>122</sup> Sez. 6, sentenza n. 30762 del 14/05/2009 ud. (dep. 23/07/2009) rv. 244530.

<sup>123</sup> Sez. 6, sentenza n. 1905 del 14/11/2001 cc. (dep. 17/01/2002) rv. 220432, in una fattispecie relativa alla condotta di impiegati di una Conservatoria immobiliare che abitualmente ricevevano denaro per rendere più celermente documentazione agli utenti.

<sup>124</sup> L'indirizzo incline a configurare il reato di corruzione propria senza l'individuazione dell'atto specifico oggetto dell'accordo, se il pagamento è determinato dalle funzioni, è stato inaugurato da Sez. 6, sentenza n. 2991 del 29/10/1992 ud. (dep. 26/03/1993) rv. 193822, Riso ed espresso in termini più compiuti da Sez. 6, sentenza n. 2714 del 30/11/1995 ud. (dep. 14/03/1996) rv. 204126, Varvarito, in Foro it. 1996, II, 414. Da ultimo, Sez. 6, sentenza n. 24439 del 25/03/2010 ud. (dep. 28/06/2010) rv. 247382 secondo cui non occorre che l'accordo abbia ad oggetto *ab origine* un atto, ma è necessario che sia collegato ad un *genus* di atti preventivamente individuabile e che vi sia prova di intese corruttive che esprimano l'asservimento della funzione pubblica agli interessi del privato, circostanza che ricorre anche quando il corruttore prometta o consegni denaro per assicurarsi, senza ulteriori specificazioni, i futuri favori. Questo orientamento giurisprudenziale trova origine nella sentenza emessa dalla Corte Cost. in composizione integrata nel giudizio penale di accusa n. 1 del 1977, depositata in data 2-8-1979, nei confronti di Gui, Tanassi, ed altri (cd. scandalo Lockheed). La Corte, come giudice penale per i reati ministeriali, qualificò come corruzione attiva propria il reato ascritto agli imputati che avevano ricevuto tangenti per l'acquisto di aerei, promettendo di superare comunque gli ostacoli presenti e futuri che impedissero l'acquisto dei C 130 ed impegnandosi "*contro i doveri del loro ufficio, a non esercitare quel potere di libero apprezzamento dei contrapposti interessi che era inerente alle loro funzioni*".

Accontentandosi della prova che la consegna del denaro o la promessa dello stesso è stata effettuata in ragione delle funzioni esercitate dal pubblico ufficiale, infatti, si pongono le premesse per ammettere il delitto di corruzione anche quando non è stato provato quale atto di ufficio sia stato compiuto dal soggetto pubblico come controprestazione. Anzi, il reato sarebbe configurabile ogni qual volta in cui l'agente pubblico non sia riuscito a fornire una spiegazione plausibile del pagamento ricevuto che, per ciò stesso, sarebbe illecito<sup>125</sup>. Per ragioni di deficit probatorio, si procederebbe ad una forzatura del dato normativo che si traduce in uno svuotamento della fattispecie: la corruzione non è semplicemente indebita accettazione di utilità.

Apporti dottrinali più recenti, invero, avvertono la necessità di assicurare un qualche margine di elasticità alla fattispecie penale per adeguarla ai fenomeni che avvengono nella realtà. Si suggerisce allora di ritenere il reato di corruzione propria quando, a fronte di comportamenti antidoverosi, l'atto è determinabile almeno nel *genus* che però dovrà pur sempre specificarsi in una pluralità di atti singolarmente programmati<sup>126</sup>.

La massima giurisprudenziale ricorrente, invece, è nel senso che *“la mancata individuazione in concreto del singolo atto che avrebbe dovuto essere omesso o ritardato o compiuto dal pubblico ufficiale contro i doveri del proprio ufficio non fa venir meno il delitto di corruzione propria ove venga accertato che l'offerta o la promessa del denaro è stata effettuata in ragione delle funzioni esercitate dallo stesso e per retribuirne i favori”*<sup>127</sup>. L'atto contrario ai doveri d'ufficio non necessariamente deve essere determinato nei suoi connotati specifici, essendo sufficiente che sia *“individuabile quanto al genere in funzione della competenza del pubblico agente”*<sup>128</sup>...

A sua volta, poi, la nozione di competenza non va intesa in senso formale, ma in una dimensione più lata che tenga in debito rilievo *“la concreta sfera di intervento del pubblico ufficiale”*. L'atto antidoveroso, dunque, può specificarsi anche in una pluralità di singoli atti non preventivamente fissati o programmati, semplicemente appartenenti ad un genere preventivabile<sup>129</sup>.

In tutte queste fattispecie, invero, non sembra sia punita ai sensi dell'art. 319 c.p. la mera dazione del denaro (o la semplice promessa di una simile corresponsione)<sup>130</sup>. A tale condotta dell'*extraneus* corrisponde, in una relazione di stretta sinallagmaticità, **la violazione delle regole di comportamento da parte del soggetto pubblico che manifesta la soggezione della funzione pubblica agli interessi privati**<sup>131</sup>. Solo se dalle

<sup>125</sup> Grosso, Dazione o promessa di denaro al pubblico ufficiale in ragione delle funzioni esercitate: corruzione punibile o fatto penalmente atipico, in Foro it. 1996, II, 414.

<sup>126</sup> Bondi, Di Martino, Fornasari, Reati contro la pubblica amministrazione, Torino, 2008, 199.

<sup>127</sup> Sez. 6, sentenza n. 2714 del 30-11-1995 ud. (dep. 14-03-1996) rv. 204126; sez. 6, sentenza n. 1972 del 16-05-1997 cc. (dep. 20-11-1997) rv. 210048; sez. 6, sentenza n. 2894 del 5-02-1998 ud. (dep. 6-03-1998) rv. 210381.

<sup>128</sup> Sez. 6, sentenza n. 1318 del 30-09-1996 ud. (dep. 13-02-1997) dep. 208176; sez. 6, sentenza n. 3444 del 19-11-1997 ud. (dep. 19-03-1998) rv. 210084; Cass. sez. 6 26-3-2007 n. 22205 (dep. 7-6-2007).

<sup>129</sup> Sez. 6, sentenza n. 2818 del 2/10/2006 cc. (dep. 25/01/2007) rv. 235727; Sez. 6, sentenza n. 20046 del 16/01/2008 ud. (dep. 20/05/2008) rv. 241184.

<sup>130</sup> Per la non configurabilità della fattispecie della corruzione propria nel caso di prova del mero pagamento Cfr., tra le altre, Sez. 6, sentenza n. 34417 del 15-05-2008 c.c. (dep. 28-08-2008) rv. 241081 che ha escluso la ricorrenza del reato in una fattispecie in cui i dirigenti di una società farmaceutica avevano istituito un'apposita struttura per elargire benefit e liberalità in denaro a medici e farmacisti al fine di sostenere la vendita dei medicinali prodotti. Il fatto che ogni dazione fosse contabilizzata, giustificata e perfettamente documentata e la percezione di un vantaggio di assoluta modestia rispetto all'entità degli interessi in gioco, unitamente ai mancati accertamenti sull'esistenza di un rapporto di causalità tra dazione ed atti del pubblico ufficiale, hanno condotto a far propendere per l'inesistenza di un patto di mercimonio avente ad oggetto atti contrari ai doveri d'ufficio.

<sup>131</sup> Il rilievo ai fini della corruzione propria della violazione dei doveri d'ufficio non determina alcun contrasto con il principio di legalità sotto il profilo della tassatività e della determinatezza della fattispecie penale. Detti doveri derivano dall'art. 97 Cost., ma sono ormai declinati in una pluralità di norme e negli stessi contratti collettivi.

condotte del pubblico ufficiale emerge l'asservimento della funzione a bisogni egoistici, l'atto contrario ai doveri d'ufficio oggetto dell'accordo, seppur non ancora posto in essere, è sufficientemente determinabile con riferimento alla sfera di competenza o d'intervento del pubblico agente<sup>132</sup>.

Talvolta poi, alla massima che afferma la configurabilità del reato di corruzione propria rispetto a pagamenti che non sembrano legati a specifici atti d'ufficio, corrispondono decisioni in cui sono punite **condotte omissive** del pubblico agente, di rinuncia all'esercizio dei poteri. E' il caso che ricorre quando il pubblico ufficiale ha ricevuto denaro o altra utilità da parte dell'impresa che è sottoposta alla sua vigilanza, vanificando la sua funzione di controllo che non esercitava o fingeva di esercitare<sup>133</sup> o del dirigente dell'ufficio imposte dirette che, in forza dell'accordo criminoso, dava disposizioni di definire in fretta la verifica ad una società, impedendo il completo controllo fiscale e contabile<sup>134</sup>.

**7. In questa prospettiva va affrontato il caso, ormai frequente, dell'agente che, per denaro, mette a disposizione del privato l'ufficio pubblico.** Questa manifestazione di disponibilità della funzione connota la ragione della dazione del denaro o della promessa. L'atto contrario ai doveri d'ufficio, oggetto dell'accordo, è sufficientemente individuabile in funzione della competenza e della concreta sfera di influenza e di intervento del soggetto pubblico così da essere suscettibile di specificarsi in una pluralità di atti non preventivamente fissati o programmabili, ma pur sempre appartenenti ad un *genus* previsto dalle parti<sup>135</sup>.

In una vicenda limite, la Suprema Corte, ad esempio, ha ravvisato il reato di corruzione propria nel caso in cui *l'extraneus*, imprenditore già sottoposto a verifiche fiscali, si è interessato per il reperimento di un appartamento in città per il Comandante Provinciale della Guardia di Finanza, con il successivo pagamento di una parte del canone di locazione e lo svolgimento di opere di ristrutturazione dello stesso immobile per un valore di circa 15000 euro<sup>136</sup>. I trattamenti di favore assicurati al pubblico ufficiale sono stati ritenuti funzionali ad assicurarsi condotte benevole in occasione di future verifiche fiscali, sicché è stata riscontrata la determinabilità, sia pure nel genere, degli atti contrari ai doveri.

E' certamente più agevole riconoscere il reato di corruzione propria nel caso del pubblico agente che, nel mettersi a disposizione, si pone "*a libro paga*" del privato: i pagamenti rateali manifestano in sé la vendita della funzione e la disponibilità a compiere qualsiasi atto fosse richiesto<sup>137</sup>.

Più sfumata, e pertanto più difficilmente riconducibile alla corruzione propria, è l'ipotesi del pagamento al fine della cd. *captatio benevolentiae*. Il fenomeno si distingue dal precedente in base ai rapporti di forza tra le parti. Nel primo caso, il soggetto forte è il privato; nel secondo, nonostante i versamenti, il pubblico ufficiale conserva una certa

---

Non vengono punite condotte che violano un generico canone di correttezza e onestà, ma piuttosto è sanzionato il mancato rispetto di doveri puntualmente previsti da fonti normative o contrattuali.

<sup>132</sup> E' stato segnalato che sarebbe singolare che fosse punita una condotta meno grave, cioè l'accettazione della remunerazione per un singolo atto, e non il ricevimento di un pagamento per il compimento di tutti i possibili futuri atti che dovessero essere compiuti dal funzionario (Davigo, op. cit., 9)

<sup>133</sup> Sez. 6 sentenza n. 21192 del 26-02-2007 ud. (dep. 29-05-2007) rv. 236624.

<sup>134</sup> Sez. 6, sentenza n. 26248 del 5-07-2006 ud. (dep. 26-07-2006) rv. 234343.

<sup>135</sup> Sez. 6, sentenza n. 22205 del 26/03/2007 cc. (dep. 7/06/2007), Bastoni.

<sup>136</sup> Sez. 6, sentenza n. 23470 del 2-10-2006 ud. Per una critica di questa decisione, cfr. Bondi, op. cit., 200.

<sup>137</sup> Sez. 6, sentenza n. 34417 del 15-05-2008 c.c. (dep. 28-08-2008) rv. 241081; sez. 6, sentenza n. 23804 del 17-03-2004 ud. (dep. 24-05-2004) rv. 229642, fattispecie relativa al caso di un carabiniere che, in cambio di un compenso mensile, teneva una serie di condotte come raccomandazioni o rivelazione di notizie riservate.

preminenza nel rapporto con l'*extraneus* ed il pagamento è finalizzato ad “*oliare le articolazioni del sistema*”. In quest’ultima evenienza, se sono adottati atti legittimi, ancorché determinati dal pagamento del denaro, la condotta sarà riconducibile alla fattispecie di cui all’art. 318 c.p.

Il pagamento al solo scopo di *captatio benevolentiae* (ma invero anche quello finalizzato a garantirsi una corsia preferenziale alle proprie pratiche), nei casi concreti, potrebbe presentare caratteri che lambiscono quello in cui la promessa o la dazione del denaro avviene con l’intenzione di evitare potenziali condotte ostruzionistiche. Quest’ultima situazione si pone sul confine tra la corruzione impropria (se è accertato solo il comportamento antidoveroso rappresentato dalla ricezione del denaro senza alcuna incidenza sull’atto che resta imparziale) e la concussione (soprattutto nella versione cd. ambientale)<sup>138</sup>. In questi casi è decisivo l’approfondimento del concreto rapporto di forza tra il funzionario e il privato<sup>139</sup>.

**8.** Ai fini della configurabilità del reato di corruzione, sia propria che impropria, dunque, non è determinante il fatto che l’atto d’ufficio o contrario ai doveri d’ufficio sia ricompreso nell’ambito della competenza o delle specifiche mansioni del pubblico ufficiale o dell’incaricato di pubblico servizio. E’ sufficiente che si tratti di un atto rientrante nelle competenze dell’ufficio cui il soggetto appartiene ed in relazione al quale egli eserciti, o possa esercitare, **una qualche forma di ingerenza, sia pure di mero fatto**<sup>140</sup>.

Il delitto di corruzione, tuttavia, appartiene alla categoria dei reati “propri funzionali”. Occorre che l’atto sia espressione, diretta o indiretta, della pubblica funzione esercitata dal pubblico agente, con la conseguenza che non ricorre il reato se l’intervento del pubblico ufficiale in esecuzione dell’accordo illecito non comporti l’attivazione di poteri istituzionali propri del suo ufficio o non sia in qualche maniera a questi ricollegabile e, invece, sia destinato a incidere nella sfera di attribuzioni di pubblici ufficiali terzi rispetto ai quali il soggetto agente è assolutamente carente di potere funzionale<sup>141</sup>.

L’individuazione della sfera d’intervento, sia pure di fatto, è tema di merito molto complesso che si affianca a quello della determinabilità nel solo genere degli atti oggetto del mercimonio. Di certo non sembra che per la giurisprudenza possano rimanere impuniti comportamenti che manifestano una sorta di controllo del privato sull’attività del pubblico ufficiale<sup>142</sup>. Non configura il reato di corruzione il cd. traffico di influenza, una forma di utilizzo della carica pubblica per fini privati, non essendo stata ratificata nel nostro ordinamento la specifica previsione di cui alla convenzione penale europea di Strasburgo, aperta alla firma il 27 gennaio 1999<sup>143</sup>. L’art. 12 prevede l’introduzione nelle normative nazionali di un reato che consiste nel fatto di promettere, offrire o procurare qualsiasi vantaggio indebito a titolo di remunerazione a chiunque afferma di essere in grado di esercitare un’influenza sulla decisione di un funzionario (così come il fatto di

<sup>138</sup> Sez. 1, sentenza n. 4177 del 27-10-2003 ud. (dep. 04-02-2004) rv. 227101, secondo cui la promessa o la dazione di denaro in vista dell’accelerazione delle pratiche presentate da imprese farmaceutiche, valutata come corruzione impropria, se dettata dal fine di evitare condotte ostruzionistiche potrebbe essere astrattamente ricondotta alla concussione ambientale.

<sup>139</sup> Cfr. Davigo, op. cit., 12.

<sup>140</sup> Sez. 6, sentenza n. 20502 del 02/03/2010 ud. (dep. 28/05/2010) rv. 247373.

<sup>141</sup> Sez. 6, sentenza n. 33435 del 04/05/2006 ud. (dep. 05/10/2006) rv. 234359.

<sup>142</sup> In questi termini, Sez. 6, sentenza n. 22205 del 26/03/2007 cc. (dep. 07/06/2007) rv. 236698 relativo a una fornitura gratuita da parte dell’imprenditore al funzionario pubblico per ottenere favoritismi per future forniture all’azienda ospedaliera.

<sup>143</sup> La convenzione è corredata da un accordo che istituisce il GRECO, Gruppo di Stati contro la corruzione.

sollecitare, ricevere o accettarne l'offerta o la promessa a titolo di remunerazione per siffatta influenza), indipendentemente dal fatto che l'influenza stessa sia o meno effettivamente esercitata oppure che la supposta influenza sortisca l'esito ricercato<sup>144</sup>.

## **7. Il rifiuto di atti: l'atto d'ufficio indifferibile, doveroso, qualificato. L'errore dell'agente.**

1. La formulazione dell'art. 328, co. 1, c.p., come è noto, è stata oggetto di critiche perché, almeno in forza del dato letterale, sembrava incriminare solo le condotte di rifiuto di provvedere precedute da una richiesta<sup>145</sup>. Rifiutare un atto, testualmente, significa soltanto manifestare a chi lo ha richiesto la volontà di non compierlo<sup>146</sup>.

Ben presto la giurisprudenza<sup>147</sup>, alla luce di un'interpretazione logica e sistematica della fattispecie<sup>148</sup>, ha ritenuto che l'oggettiva urgenza di neutralizzare situazioni di pericolo, relative a beni di rilievo collettivo, permette una lettura ampia del termine rifiuto che comprende anche la mera omissione dell'atto non procrastinabile. La fattispecie, pertanto, punisce il diniego a fronte di una richiesta o, in alternativa, l'atteggiamento inerte dinanzi ad una sollecitazione esterna che consiste nella sopravvenienza dei presupposti oggettivi che richiedono l'intervento del pubblico agente<sup>149</sup>. E' stata elaborata la nozione di rifiuto come *"inerzia del pubblico ufficiale di fronte ad una chiara urgenza sostanziale impositiva dell'atto"*<sup>150</sup>.

Gli atti d'ufficio da compiere "senza ritardo" vanno individuati, anzitutto, in "astratto", con riferimento ai compiti d'istituto del pubblico agente, rifacendosi alla disciplina che regola la sua attività<sup>151</sup>. Bisogna soffermarsi, poi, sul caso concreto, accertando che ricorra la situazione tipica contemplata dalla norma. Tra le circostanze

---

<sup>144</sup> In tema di corruzione tre delicate questioni sono tuttora aperte. Si allude alla corruzione tra privati (di cui alla decisione quadro 2003/568/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003), al reato di auto riciclaggio ed al traffico di influenza. Con quest'ultima espressione si designa il comportamento di chi prende tangenti per far ottenere a chi versa i soldi favori da un pubblico ufficiale, fungendo, in senso lato, da intermediario. La normativa internazionale che ha previsto la punibilità di tale condotta, come quella in tema di corruzione nel settore privato, non è stata introdotta nel nostro ordinamento. Anche la giurisprudenza ne ha auspicato il recepimento (Cass. 4-5-2006, Battistella). A questi temi non è dedicato neppure il disegno di legge *"Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione su corruzione ed illegalità"*, presentato in Senato nel maggio 2010 ed in corso di esame in commissione (Ddl S/2156) che anche per queste omissioni è stato definito *"un'esile palafitta su cui poggia una capannuccia di frasche ... poco più di un brodino al moribondo"* (Padovani, Nel disegno di legge su corruzione ed illegalità solo un inutile aumento delle pene detentive, in G.D. 2001, 25, 5).

<sup>145</sup> Cfr. Benussi, I delitti contro la pubblica amministrazione, Trattato di diritto penale, Parte speciale, diretto da Marinucci - Dolcini, Padova, 2001, 691.

<sup>146</sup> Cfr. in giurisprudenza, Sez. 6, sentenza 1120 del 9-12-1996 (dep. 6-2-1997) rv. 207506, Villani, secondo cui *"il comma primo dell'art. 328 incrimina una condotta attiva che consiste nel rifiuto ... e tale rifiuto, sia esso esplicito o implicito, ha come presupposto logico necessario una richiesta o un ordine ... una mera inerzia, un semplice non fare, senza qualcosa che esprima la volontà negativa del soggetto agente non possono essere qualificati come rifiuto implicito"*.

<sup>147</sup> Sez. 6, sentenza n. 5482 del 20/02/1998 ud. (dep. 11/05/1998) rv. 210497.

<sup>148</sup> E' stato rilevato che, nella formulazione della norma, non è contemplato alcun riferimento ad una preventiva richiesta come, al contrario, avviene per altri delitti come il rifiuto commesso da un militare o da un agente della forza pubblica di cui all'art. 329 c.p. In dottrina, Russo, Rifiuto ed omissione di atti d'ufficio, in Cadoppi - Canestrari - Manna - Papa, Trattato di diritto penale, Torino, 467, sostiene che *"l'interpretazione della norma, alla stregua di criteri logici e terminologici, induce a ritenere che il legislatore, per un ... mero refuso abbia invertito i termini rifiuto ed omissione tra il primo ed il secondo comma dell'art. 328 c.p."*

<sup>149</sup> Sez. 6, sentenza n. 10538 del 11/05/2000 ud. (dep. 10/10/2000) rv. 217306.

<sup>150</sup> Di recente, Sez. 6, sentenza n. 4995 del 7-01-2010 cc. (dep. 8-02-2010) rv. 246081; tra le prime decisioni, cfr. Sez. 6, sentenza n. 5482 del 20-02-1998 in Cass. pen. 1998, 3269.

<sup>151</sup> Il rifiuto indebito del pubblico ufficiale o dell'incaricato di pubblico servizio deve riguardare un *"atto del suo ufficio"*. E' necessario che ricorra la competenza funzionale del soggetto attivo che deve essere titolare del potere di provvedere.



che manifestano il carattere indilazionabile dell'atto rifiutato assumono un ruolo centrale il tenore e la provenienza della richiesta formulata al soggetto agente nonché le informazioni ricevute da questi o da lui sollecitate.

Non è escluso, pertanto, che, in forza delle caratteristiche dei fatti, l'atto, seppur riconducibile ad una delle materie elencate nell'art. 328, co. 1, c.p., non sia indifferibile<sup>152</sup>.

La giurisprudenza, sovente, desume l'urgenza dell'attività dalle conseguenze dannose che l'inadempimento può comportare al bene per la cui tutela la legge ha attribuito il potere di agire al funzionario<sup>153</sup>. La non rinviabilità dell'intervento, specie in campo sanitario, va apprezzata con riferimento al pregiudizio, anche solo potenziale e non necessariamente irreparabile, che può derivare al paziente dalla mancata o tardiva assistenza<sup>154</sup>.

La Suprema Corte, ad esempio, ha affrontato il caso del dirigente medico del reparto di ginecologia di un ospedale che, alla richiesta di aiuto di una collega, rifiutava di assisterla nell'esecuzione di un urgente intervento di taglio cesareo in un quadro di arresto del feto, riferendo, mentre era intento a guardare una partita in televisione e intanto che ingiuriava la collega con espressioni relative alla sua incapacità, di aver già timbrato l'uscita<sup>155</sup>. Nella vicenda è stata riconosciuta l'urgenza sostanziale impositiva dell'atto, rafforzata dal successivo esplicito rifiuto del medico, qualificabile come diniego di atto dovuto. Tale condotta ha posto il sanitario in una condizione di inadempienza, essendosi sottratto all'obbligo minimale della salvaguardia dello stato di salute della paziente. Il medico ha posto in pericolo l'integrità fisica della paziente, a prescindere dal fatto che la sua omissione abbia o meno determinato un danno<sup>156</sup>.

In altre decisioni, peraltro, si fa riferimento ad una sorta di indifferibilità connaturale a talune attività pubbliche.

In tema di atti determinati da ragioni di giustizia, ad esempio, la giurisprudenza ha ritenuto integrato il delitto di cui all'art. 328, co. 1, c.p. da parte di un agente di polizia giudiziaria che aveva omesso di svolgere le indagini che gli erano state delegate<sup>157</sup>. Il caso concreto riguardava la condotta di un carabiniere che, nonostante specifiche sollecitazioni dell'Autorità Giudiziaria e del Comandante della Compagnia, aveva omesso di compiere un atto, tenendo un comportamento qualificato come "*inerzia silente equiparabile al rifiuto di compiere l'atto d'indagini delegato*".

Non è escluso, secondo la decisione, che, "*in relazione alla situazione concreta, vi possano essere anche atti o attività che non debbano essere compiuti senza ritardo da soggetti qualificati preposti o richiesti di intervenire in uno dei settori indicati nella fattispecie tipica di reato*". Alcune attività, tuttavia, sono in sé improcrastinabili. In

---

<sup>152</sup> Non vale a giustificare il pubblico agente, al contrario, il riferimento al termine del procedimento previsto dalla norma extrapenale. L'art. 328, co. 1, c.p. incrimina comportamenti qualificati dall'urgenza di provvedere. Trattandosi di atti che devono essere adottati "senza ritardo", il reato si consuma anche se non è decorso il termine del procedimento.

<sup>153</sup> Benussi, op. cit., 711. L'art. 328 c.p. delinea una fattispecie penale che mira ad assicurare il regolare funzionamento della pubblica amministrazione, imponendo ai pubblici funzionari di assolvere, con scrupolo e tempestività, ai doveri inerenti alla loro attività funzionale al fine di prevenire situazioni di pericolo. In tal modo, il delitto tutela anche il privato interessato ai provvedimenti in materia di giustizia, sicurezza pubblica, ordine pubblico, igiene e sanità (cfr. Sez. 6, sentenza n. 48379 del 25-11-2008 ud. (dep. 30-12-2008) rv. 242400).

<sup>154</sup> Sez. 6, sentenza n. 35344 del 28-05-2008 ud. (dep. 15-09-2008) rv. 241250, che sottolinea come la norma incriminatrice sia concepita come un delitto di pericolo nel senso che prescinde dalla causazione di un danno effettivo e postula semplicemente la potenzialità del rifiuto a produrre un danno o una lesione.

<sup>155</sup> Sez. 6, sentenza n. 27840 del 9-06-2009 c.c. (dep. 7-7-2009) rv. 244116.

<sup>156</sup> Il delitto di cui all'art. 328 c.p. è un reato di pericolo che si perfeziona ogni qual volta venga denegato un atto non retrodatabile, incidente su beni di valore primario, indipendentemente dal documento che in concreto possa derivarne (cfr. da ultimo, Sez. 6, sentenza n. 8996 del 11-02-2010 ud. (dep. 5-03-2010) rv. 246410).

<sup>157</sup> Sez. 6, sentenza n. 34066 del 4-07-2006 cc. (dep. 11-10-2006) rv. 235219.

particolare, “l’urgenza è insita nella natura stessa dell’attività di polizia giudiziaria volta all’acquisizione di elementi ed informazioni, non soltanto indispensabili, ma anche soltanto utili alla definizione del procedimento penale”.

Un correttivo all’evidente rigidità del principio espresso è indicato dalla stessa sentenza: ritenere che ogni atto di polizia giudiziaria deve essere compiuto senza ritardo non significa che, nel singolo caso concreto, “possa essere considerata la priorità di un atto rispetto ad altro, così da rendere il servizio volto a soddisfare l’effettività degli interventi”<sup>158</sup>. In questo modo, si evoca una sorta di bilanciamento sull’ordine con cui compiere atti, per loro natura tutti urgenti, che deve essere rimesso all’apprezzamento del soggetto agente.

**2. Il rifiuto incriminato riguarda atti dovuti** (“atto ... che deve essere compiuto senza ritardo ...”), perché imposti al pubblico funzionario da una norma immediatamente precettiva che gli imponga di provvedere senza ritardo a tutela di specifici beni<sup>159</sup>. Nella struttura della fattispecie è presente un requisito di illiceità espressa che restringe l’area delle condotte penalmente rilevanti al solo rifiuto **indebito** e che comporta il rinvio alle disposizioni amministrative<sup>160</sup>.

La dottrina tende ad escludere che la fonte dell’obbligo di attivarsi possa essere individuata nell’art. 97 cost., che imporrebbe solo generici doveri di rispetto dell’imparzialità e del buon andamento, ovvero nei codici deontologici delle categorie professionali<sup>161</sup>.

La giurisprudenza definisce indebita una condotta quando è posta in essere “senza giustificato motivo” o “senza alcuna valida ragione di legittimazione” e cioè quando tale comportamento non trova giustificazione nella legge o in un atto dell’autorità competente o nell’assoluta impossibilità<sup>162</sup>.

Gli atti dovuti ed indifferibili, in genere, sono atti vincolati, il cui contenuto è fissato dalla legge che attribuisce al pubblico agente il potere di provvedere.

Alla categoria degli atti dovuti vanno ricondotti anche quelli che sono espressione di discrezionalità tecnica. In questi casi, infatti, il funzionario è tenuto a provvedere ed alla mera esecuzione di prescrizioni normative. La conoscenza della realtà sulla quale va ad incidere l’azione amministrativa e, di conseguenza, la determinazione dell’esatto contenuto dell’atto, quanto alle modalità ed ai mezzi da impiegare, nonché la

---

<sup>158</sup> Nella sentenza è stato precisato che non può integrare una causa di “giustificazione non codificata” la circostanza che il procedimento cui si riferiva l’indebito rifiuto avesse già subito notevoli ritardi ad opera di altri pubblici ufficiali preposti alla loro trattazione. Inoltre, la possibilità di delegare ad altri, in sostituzione del funzionario inadempiente, l’atto non può essere motivo per escludere che l’atto d’ufficio debba essere compiuto senza ritardo: la delegabilità non è un fatto che esclude l’integrazione del delitto di rifiuto di atti d’ufficio ex art. 328, co. 1, c.p.

<sup>159</sup> Sez. 6, sentenza n. 13519 del 29-01-2009 cc. (dep. 26-03-2009) rv. 243684, secondo cui la norma sanziona non il rifiuto di un atto urgente, ma quello di un atto “dovuto” che va compiuto senza ritardo; Sez. 4, sentenza n. 19358 del 6-03-2007 ud. (dep. 18-05-2007) rv. 236609.

<sup>160</sup> Cfr. Fiandaca – Musco, op. cit., 262. Secondo un’altra parte della dottrina, il riferimento al rifiuto indebito contenuto nella fattispecie sarebbe superfluo perché si limiterebbe a richiamare un’esigenza logica normativa. Un terzo indirizzo valorizza il requisito indebito del rifiuto collegando alle cause di giustificazione della condotta omissiva, ma anche a quelle di esclusione dell’esigibilità della condotta (per una sintesi degli orientamenti dottrinari, cfr. Di Martino, I delitti di rifiuto e omissione, in Bondi – Di Martino – Fornasari, reati contro la pubblica amministrazione, 300).

<sup>161</sup> Russo, op. cit. 477. Cfr. Cass. 16-03-2000 n. 8615, Miceli, in Guida agli enti locali, 2000, 47, 80, secondo cui il rifiuto non deve riguardare una generica attività amministrativa le cui linee guida sono il frutto di scelte discrezionali dell’amministrazione.

<sup>162</sup> Sez. 5, sentenza n. 8615 del 16/03/2000 ud. (dep. 1/08/2000) rv. 216709, secondo cui “realizzato l’elemento materiale del delitto di omissione di atti di ufficio, di cui all’art. 328 c.p., allorché il rifiuto si sia verificato senza alcuna valida ragione di legittimazione e cioè quando tale fatto non trovi giustificazione nella legge o in un atto dell’autorità competente o nell’assoluta impossibilità”.

ponderazione dei tempi dell'intervento, invece, è demandata alle valutazioni del pubblico agente da compiersi, di regola, applicando regole specialistiche e scientifiche<sup>163</sup>.

Le delicate implicazioni di siffatta discrezionalità sulla configurabilità del delitto in esame emergono nel campo dell'attività medica, con riguardo soprattutto alla posizione del sanitario di guardia e di quello in turno di reperibilità.

Il tema, di recente, è stato riproposto all'attenzione della Suprema Corte in relazione ad una vicenda in cui, nella notte, la madre di un minore in tenera età aveva richiesto telefonicamente l'intervento a domicilio del sanitario della guardia medica, riferendo che il figlio vomitava ininterrottamente da più di mezz'ora<sup>164</sup>. Il medico, ritenendo che i sintomi descrittigli per telefono non dimostrassero l'urgenza del suo intervento, si era rifiutato di effettuare la visita domiciliare ed aveva consigliato, sempre per via telefonica, una terapia farmacologica consistente nella somministrazione di una fiala. Tale rifiuto era stato ribadito a fronte delle insistenze della madre, che gli aveva rappresentato la propria incapacità a praticare l'iniezione, e anche dopo l'intervento dei Carabinieri, ai quali la donna si era rivolta per portare il bambino presso l'ospedale.

In linea di principio, ha sottolineato la Corte, non può negarsi al sanitario il compito di valutare, sulla base della sintomatologia riferitagli, la necessità o meno di visitare il paziente. Tuttavia, una tale discrezionalità può essere sindacata, alla luce degli elementi acquisiti agli atti, onde accertare se il giudizio del sanitario sia stata correttamente effettuato oppure se costituisca un mero pretesto per giustificare l'inadempimento dei propri doveri. Le circostanze del caso concreto dimostravano la sussistenza della situazione di indifferibilità della visita domiciliare. La sintomatologia riferita dalla madre del bambino, infatti, era di per sé inidonea a consentire una corretta diagnosi, essendo il vomito correlato sia a patologie banali che gravi. Si rendeva quanto mai opportuna l'osservazione diretta del paziente. La visita era necessaria anche per la tenera età del bambino che non era in grado di riferire con esattezza la condizione di malessere in cui versava. Il farmaco indicato, inoltre, era dispensabile solo dietro presentazione di ricetta medica e, dunque, doveva essere prescritto. Nessun rilievo, infine, assumeva la conferma della diagnosi di gastroenterite effettuata per telefono da parte dei medici dell'ospedale dove il minore era stato accompagnato ed il fatto che il piccolo non aveva subito alcun danno, essendo sufficiente che fosse stato esposto al rischio di gravi conseguenze per la salute.

La giurisprudenza, dunque, riconosce al medico un margine di discrezionalità nella valutazione dell'urgenza, delle caratteristiche e dei tempi che deve assumere l'intervento sanitario. La discrezionalità, tuttavia, non può divenire arbitrio lesivo del bene salute. E' questa la ragione sottesa al sindacato dell'indifferibilità e della doverosità

---

<sup>163</sup> Cerulli Irelli, op. cit., 413 e ss. Sandulli, Manuale di Diritto amministrativo, Napoli, 1989, 594 secondo cui "la discrezionalità tecnica (*rectius: potere di valutazione tecnica*) ... non implica valutazione e ponderazione di interessi, né possibilità di scelta in ordine all'agire: La scelta del comportamento da tenere alla stregua degli interessi pubblici fu eseguita a priori una volta per tutte ed in modo vincolante dal legislatore". Una volta compiuta la valutazione tecnica, l'amministrazione è vincolata a provvedere.

<sup>164</sup> Sez. 6, sentenza n. 12143 del 11-02-2009 ud. (dep. 19-03-2009) rv. 242922, Bruno. In precedenza, sullo stesso tema, tra le altre, Sez. 6, sentenza n. 8837 del 21/06/1999 ud. (dep. 09/07/1999) rv. 214676; Cass. Sez. 6, sentenza n. 39108 del 19/09/2003 ud. (dep. 16/10/2003) rv. 227600 in una fattispecie in cui la preventiva segnalazione di gravità ed urgenza del caso fornita dall'infermiere di turno e la considerazione che i dosaggi medici di un farmaco non possono essere demandati alla discrezionalità dell'infermiere sono stati reputati elementi che dimostravano il carattere di doverosità dell'intervento del medico, qualificando penalmente il suo rifiuto; Sez. 6, sentenza n. 31670 del 05/06/2007 ud. (dep. 02/08/2007) rv. 236935; Sez. 6, sentenza n. 20056 del 07/04/2008 ud. (dep. 20/05/2008) rv. 240070.

dell'atto discrezionale tecnico, anche di quello del medico, che consiste nella verifica della sussistenza della situazione tipica descritta dalla fattispecie penale<sup>165</sup>.

La disamina della situazione concreta, peraltro, va condotta alla stregua della logica e della correttezza in base agli elementi di fatto in possesso dell'agente. Se ad esempio il medico presente in ospedale, visitando una paziente, ha sollecitato l'intervento del chirurgo reperibile, ravvisando una situazione di urgenza, il chirurgo deve recarsi subito in reparto a visitare il malato. Non gli è consentito di valutare a distanza la necessità e l'urgenza della chiamata perché la condizione concreta è già stata vagliata direttamente da altro sanitario il quale, presente sul posto, aveva a disposizione maggiori informazioni<sup>166</sup>.

Nella determinazione dei limiti della discrezionalità tecnica, poi, va anche considerata l'eventuale coesistenza di altri doveri di agire, l'eventuale bilanciamento tra situazioni egualmente urgenti e la concreta possibilità di intervenire<sup>167</sup>.

Diverso, ovviamente, è l'aspetto del *quomodo* dell'attività, cioè di come il pubblico agente abbia esercitato la discrezionalità propria della sua attività. Questo profilo esula dall'area operativa dell'art. 328, co. 1, c.p., potendo semmai essere valorizzato per la configurabilità di altri illeciti.

**3.** Secondo una massima giurisprudenziale, poi, **il rifiuto** penalmente significativo **non può riguardare un atto discrezionale** perché, in questi casi, non sussisterebbe la doverosità dell'intervento. Esso deve riferirsi ad un **atto dovuto**, previsto a salvaguardia di specifici beni ritenuti meritevoli di tutela e tale atto, di regola, è vincolato anche nel suo contenuto.

Il tema, ad esempio, è stato affrontato in merito alla vicenda del direttore generale di un ospedale a cui era contestato di non aver approntato una serie di misure necessarie per evitare il diffondersi del morbo della legionella all'interno della struttura sanitaria<sup>168</sup>. Il dirigente, titolare di una posizione di garanzia nei riguardi dei pazienti a lui affidati, si era limitato a sollecitare altri dipendenti, inottemperanti ad una specifica delega loro attribuita, ad intervenire, omettendo altresì di informare anche i primari dei reparti interessati dal contagio.

Il giudice di prime cure condannava il direttore generale perché aveva omesso di segnalare l'emergenza al personale medico (che avrebbe potuto intervenire con idonea terapia medica antibiotica, non appena si fosse presentato un caso di affezione polmonare), di emanare istruzioni specifiche ai suoi dipendenti (almeno volte a lasciar scorrere l'acqua dalle derivazioni) e di avvisare i degenti a rischio od i loro parenti.

La decisione di assoluzione della Corte di Appello veniva confermata dalla Corte di Cassazione. Per la configurabilità del reato, secondo la Suprema Corte, non basta che l'atto rientri in una delle categorie tipizzate, né che possano ritenersi sussistenti le condizioni per un intervento urgente ed indifferibile. E' necessario che ricorra anche l'altro presupposto previsto dalla norma: deve trattarsi di un atto doveroso, cioè tale che il pubblico ufficiale sia tenuto ad eseguire senza godere di alcuna discrezionalità al riguardo. La natura discrezionale dell'atto omesso impedisce di configurare il delitto di

---

<sup>165</sup> Cfr. Sez. 6, sentenza n. 34047 del 14-01-2003 ud. (dep. 8-08-2003) rv. 226594, secondo cui la necessità e l'urgenza di una visita domiciliare è rimessa alla valutazione discrezionale del sanitario di guardia, ma tale valutazione è soggetta al sindacato del giudice di merito.

<sup>166</sup> Sez. 6, sentenza n. 48379 del 25-11-2008 ud. (dep. 30-12-2008) rv. 242400.

<sup>167</sup> Cfr. Russo, op. cit., 472 secondo cui "ove la necessità e l'indifferibilità non siano prima facie evidenti in virtù di una disamina della situazione ... va necessariamente riconosciuto uno spazio di discrezionalità, senza del quale rischia di confondersi il piano disciplinare con quello penale o, in altri casi, la fattispecie ex art. 328 c.p. con quella di interruzione di un ufficio o di un servizio pubblico".

<sup>168</sup> Sez. 6, sentenza n. 19358 del 18-05-2007 (ud. 6-3-2007) rv. 236609.

cui all'art. 328 c.p. Anzi, l'esclusione di tali atti rappresenta una differenza significativa tra la disposizione incriminatrice del rifiuto di atto d'ufficio e quella prevista dal successivo art. 328, co. 2, c.p.

Nel confrontarsi con questo indirizzo giurisprudenziale, deve certamente rilevarsi che la condizione per un intervento urgente del pubblico funzionario, per la sua natura, è riscontrabile più facilmente con riguardo ad un'attività dovuta e vincolata dell'amministrazione piuttosto riguardo a quella discrezionale che implica la ponderazione di interessi.

Se tuttavia ricorre la situazione tipica che impone di provvedere, non sembra possa escludersi *a priori* il rilievo penale del rifiuto anche dell'atto discrezionale<sup>169</sup>.

In altri termini, va consentito al giudice di appurare la rilevanza penale dell'omessa valutazione della situazione di fatto che sta alla base della stessa attribuzione del potere discrezionale. In questi casi, accertato che l'intervento del funzionario non è rinviabile, la doverosità richiesta dalla fattispecie penale può consistere nella scelta di determinarsi in un senso o in un altro<sup>170</sup>.

Il giudice, in tal modo, non si ingerisce nel merito dell'azione amministrativa, ma si limita a verificare la sussistenza degli elementi costitutivi del reato di rifiuto di atti d'ufficio, cioè l'indifferibilità dell'azione del pubblico agente e la doverosità dell'intervento.

Non si deve confondere, infine, il piano dell'attività discrezionale in senso stretto con quello della cd. discrezionalità tecnica che, come è stato già precisato, va ricondotta all'azione vincolata dell'amministrazione. Anche nella sentenza illustrata, in verità, la Corte ha puntualizzato che gli atti che si reputavano omessi rientravano nell'ambito di interventi caratterizzati da discrezionalità tecnica. In questi casi, infatti, l'amministrazione è tenuta a provvedere – il direttore generale, o comunque il soggetto titolare della posizione di garanzia, doveva prendere provvedimenti dinanzi al contagio di legionella - e la scelta dell'azione dipende solo dall'applicazione di regole tecniche o scientifiche<sup>171</sup>.

La discrezionalità tecnica, in altri termini, non può costituire principio salvifico dei comportamenti omissivi, quando si è alla presenza di una specifica doverosità di intervenire<sup>172</sup>.

**4. L'atto rifiutato deve essere “qualificato”, nel senso che deve rientrare nelle materie contemplate dall'art. 328, co. 1, c.p. L'esigenza di ridurre l'area dell'intervento del giudice penale ha indotto il legislatore ad individuare solo alcuni settori nei quali può rilevare il comportamento omissivo<sup>173</sup>.**

E' stato rilevato come la norma abbia tralasciato alcuni ambiti dell'azione amministrativa di rilievo anche costituzionale. Si pensi, ad esempio, a quello della tutela ambientale che ha riflessi pure sul diritto alla salute<sup>174</sup>.

---

<sup>169</sup> In dottrina, Benussi, op. cit., 715, esclude dall'ambito della fattispecie gli atti discrezionali, ricomprendendo solo gli atti vincolati nella loro emanazione. Di Martino, op. cit., 306, segnala come la dottrina assolutamente prevalente ammette che l'omissione possa concernere atti discrezionali.

<sup>170</sup> Per l'opinione della giurisprudenza di merito, Trib. Nola 4-11-2004, in G.D. 2005, 2, 100.

<sup>171</sup> Quando si verte nell'ambito di interventi intrinsecamente caratterizzati da una discrezionalità tecnica, le determinazioni attive assunte dal pubblico ufficiale (cioè la condotta attiva tenuta) possono essere sindacate e sono penalmente rilevanti, laddove ritenute in concreto inidonee e laddove fosse stato dimostrato il nesso eziologico, sotto il profilo della colpa.

<sup>172</sup> Cfr. Sez. 6, sentenza n. 39108 del 19-09-2003 ud. (dep. 16-10-2003) rv. 227600.

<sup>173</sup> La formulazione ricalca quella di cui all'art. 650 c.p. con la sola aggiunta della sanità.

<sup>174</sup> Benussi, op. cit., 704. La materia urbanistica, ad esempio, non è ricompresa nell'art. 328, co. 1, c.p., né può essere ricondotta al concetto di ordine pubblico (Sez. 6, sentenza n. 10038 del 24/10/1996 ud. (dep. 22/11/1996) rv. 206368, Schirano).

E' stato altresì sottolineato come la formula giuridica adoperata, per la sua genericità, potrebbe entrare in frizione con il principio di tassatività<sup>175</sup>.

Il rilievo di questa critica, tuttavia, non va enfatizzato.

L'esame dei repertori dimostra che la giurisprudenza delimita in modo rigoroso l'area operativa della fattispecie, interpretando rigidamente le espressioni usate dal legislatore. Nel tempo, poi, si è formata una sorta di casistica giurisprudenziale sul presupposto che gli atti di ufficio che il pubblico ufficiale o l'incaricato di pubblico servizio deve compiere senza ritardo non sono quelli genericamente correlati a ragioni di giustizia, di sicurezza pubblica, di ordine pubblico, di igiene o di sanità, ma solo quelli che per tali ragioni devono essere compiuti senza ritardo<sup>176</sup>. La congiunta considerazione del catalogo delle materie e dell'indifferibilità dell'azione, insomma, permette di individuare in modo sufficientemente tassativo gli atti ai quali la norma penale fa riferimento.

In materia di sanità, come è già stato precisato, le fattispecie al vaglio della giurisprudenza riguardano soprattutto la condotta del sanitario addetto alla guardia medica, in relazione alla visita medica domiciliare, e di quello in turno di reperibilità<sup>177</sup> e sono circoscritte solo agli atti connessi direttamente alla tutela della salute. Esula dal rilievo penale, ad esempio, l'omessa istituzione da parte del sindaco di un servizio di trasporto in favore di persone handicappate al fine di consentire loro di frequentare la scuola dell'obbligo, trattandosi di provvedimento non strettamente funzionale all'intervento in materia di sanità<sup>178</sup>.

Gli atti urgenti da adottare per i motivi di sicurezza sono circoscritti, in genere, a quelli previsti dal testo unico di pubblica sicurezza<sup>179</sup>. Non tutti gli atti del Prefetto sono indifferibili<sup>180</sup>.

Le ragioni di ordine pubblico, invece, sono relative alle azioni della pubblica amministrazione che mirano a salvaguardare la quiete e la tranquillità pubblica. Commette il delitto di rifiuto di atti d'ufficio il militare dell'Arma dei Carabinieri che ometta la dovuta segnalazione al Prefetto circa la detenzione di una modica quantità di sostanze stupefacenti da parte di taluno, avendo egli l'obbligo di riferire il fatto senza ritardo per ragioni di ordine pubblico<sup>181</sup>.

Solo gli atti indifferibili imposti da ragioni di giustizia sembrano individuati in modo più ampio. Secondo la giurisprudenza, infatti, essi si riferiscono tanto all'attività del giudice e del pubblico ministero, quanto a quella del cancelliere. L'espressione "*atto dell'ufficio che, per ragioni di giustizia, deve essere compiuto senza ritardo*" allude a qualsiasi provvedimento od ordine autorizzato da una norma giuridica, diretto a rendere più agevole o semplicemente possibile l'attività del giudice, del pubblico ministero o dell'ufficiale giudiziario<sup>182</sup>. Il reato, allora, come si è visto, è integrato dalla condotta di un agente di polizia giudiziaria che aveva ommesso di svolgere le indagini che gli erano

---

<sup>175</sup> Russo, op. cit. 469.

<sup>176</sup> Sez. 6, sentenza n. 13519 del 29-01-2009 cc. (dep. 26-03-2009) rv. 243684; Sez. 6, sentenza n. 10862 del 21/09/1995 Ud. (dep. 03/11/1995) rv. 203197.

<sup>177</sup> Tra gli atti urgenti da adottare per ragioni di sanità la giurisprudenza ricomprende anche la redazione della cartella clinica (cfr. Sez. 6, sentenza n. 15548 del 27-02-2009 ud. (dep. 9-04-2009) rv. 243686) ed il ricovero in ospedale del paziente (Sez. 6, sentenza n. 46512 del 15-10-2009, in Foro it., 2010, II, 245).

<sup>178</sup> Sez. 6, sentenza n. 19039 del 26-05-2006 (ud. 10-02-2006) rv. 234614.

<sup>179</sup> Benussi, op. cit., 706.

<sup>180</sup> Sez. 6, sentenza n. 10862 del 21/09/1995 ud. (dep. 03/11/1995) rv. 203197, Durante.

<sup>181</sup> Sez. 6, sentenza n. 34401 del 14/05/2010 cc. (dep. 23/09/2010) rv. 248239; Sez. 6, sentenza n. 31713 del 12-03-2003 ud. (dep. 28-07-2003) rv. 226218.

<sup>182</sup> Sez. 6, sentenza n. 14599 del 25-01-2010 ud. (dep. 15-04-2010) rv. 246655; Sez. 6, sentenza n. 784 del 21-01-1999 (ud. 5-11-1998) rv. 213904.

state delegate<sup>183</sup> o anche dal mancato sequestro “*in continenti*” di sostanza stupefacente rinvenuta nel corso di perquisizione domiciliare<sup>184</sup>. E’ stato ritenuto illecito il ritardo della notificazione di atti assegnati all’ufficiale giudiziario fin dal 21-1-08 e consegnati al destinatario solo in data 13-2-08, quando oramai per l’udienza del 19-2-08 le notifiche non sarebbero state valide<sup>185</sup> o, più in generale, il rifiuto di provvedere alla notifica di numerosi atti, alcuni dei quali sequestrati presso l’abitazione dell’ufficiale giudiziario, nonostante i ripetuti solleciti del dirigente dell’ufficio<sup>186</sup>. E’ stato ravvisato il reato anche nella condotta di un curatore fallimentare che non aveva attivato una procedura sollecitata dal giudice delegato<sup>187</sup>.

In quest’ambito, di recente, la Suprema Corte ha affrontato il tema dell’omissione da parte del Procuratore della Repubblica di atti delle indagini preliminari<sup>188</sup>.

Nel caso concreto era stata prospettata l’inerzia del Procuratore della Repubblica che avrebbe atteso ingiustificatamente per quasi un anno prima di iniziare le indagini preliminari che avevano poi condotto all’archiviazione di un procedimento per il reato di violenza sessuale ai danni di minori per essere ignoto l’autore del reato. In fatto, la vicenda si era dimostrata diversa: le indagini del Procuratore per i Minorenni non avevano condotto all’emersione di prove idonee ad individuare una persona fantomatica di cui avevano parlato alcune minori come autrice del reato ai loro danni. Era stata realizzata, inoltre, un’azione di coordinamento tra la Procura della Repubblica e quella per i Minorenni, nel senso che la prima Autorità aveva atteso l’esito delle indagini delegate dalla seconda.

La Corte ha escluso che il delitto in esame possa riguardare gli atti di una procedura o di un’indagine il cui compimento, non corrispondendo a protocolli obbligati, rientra nell’ambito della discrezionalità della direzione dell’inchiesta del pubblico ufficiale. La programmazione dell’indagine in vista dello scopo conoscitivo connesso all’accertamento della commissione del reato va compiuta liberamente riguardo alla natura dei fatti da accertare. Altri sono i mezzi di controllo della funzionalità delle indagini preliminari. Il rifiuto incriminato dall’art. 328 c.p. deve riguardare un singolo o determinati atti specifici e non può attenersi ad una intera procedura.

La ragione di giustizia, tuttavia, non si estende agli altri atti che soggetti diversi da quelli dell’organizzazione giudiziaria sono tenuti eventualmente ad adottare in esecuzione del provvedimento dato per ragioni di giustizia. Questa massima giurisprudenziale è stata espressa a proposito della vicenda di un sindaco di un paese che, in vista dell’imminente competizione elettorale ed al fine di ricercare il consenso, aveva provveduto all’archiviazione dei verbali di accertamento delle violazioni amministrative elevate nei confronti di alcuni cittadini con la formula “*si accoglie il superiore ricorso e si ordina l’archiviazione*”<sup>189</sup>.

Il ricorrente contestava la sussistenza del reato, precisando che aveva tenuto condotte caratterizzate da negligenza o superficialità perché il comune, sia pure in ritardo, aveva ricevuto i pagamenti. La Corte, nell’annullare la decisione di condanna, ha ritenuto che il provvedimento che il sindaco avrebbe dovuto adottare non era

---

<sup>183</sup> Sez. 6, sentenza n. 34066 del 4-07-2006 cc. (dep. 11-10-2006) rv. 235219.

<sup>184</sup> Sez. 6, sentenza n. 24626 del 15/04/2003 ud. (dep. 05/06/2003) rv. 225573.

<sup>185</sup> Sez. 6, sentenza n. 4995 del 07/01/2010 cc. (dep. 08/02/2010) rv. 246081.

<sup>186</sup> Sez. 6, sentenza n. 8996 del 11-02-2010 ud. (dep. 05-03-2010) rv. 246410.

<sup>187</sup> Sez. 6, sentenza n. 784 del 21-01-1999 dep. (ud. 5-11-1998) rv. 213904.

<sup>188</sup> Sez. 6, sentenza n. 42589 del 26-02-2009 cc. (dep. 06/11/2009) rv. 245000.

<sup>189</sup> Sez. 6, sentenza n. 14599 del 25-01-2010 ud. (dep. 15-04-2010) rv. 246655.

classificabile tra quelli richiesti per ragioni di giustizia che non fondano i provvedimenti amministrativi che riguardano le violazioni al codice della strada<sup>190</sup>.

5. La fattispecie descritta dall'art. 328, co. 1, c.p. è di natura dolosa. Il delitto richiede la coscienza e volontà di rifiutare indebitamente un atto dell'ufficio che, per le finalità previste dalla norma, deve essere compiuto senza ritardo. Occorre, pertanto, la rappresentazione della necessità di agire con urgenza e della doverosità dell'intervento.

Sotto il primo profilo, va rilevato che il rifiuto di atti professionali non è penalmente censurabile quando è la conseguenza di un'erronea valutazione delle circostanze che rendono l'atto urgente ed indifferibile. La decisione di non intervenire, in questi casi, non è frutto dell'omesso apprezzamento dei dati disponibili o di quelli che sarebbe stato necessario richiedere, ma di una valutazione errata degli elementi fattuali<sup>191</sup>.

Così allora, l'errore diagnostico del medico che, considerate le informazioni raccolte, decide di non intervenire vale ad escludere il dolo del reato. Al limite, se questo errore è determinato da colpa potrebbe integrare uno degli elementi di una diversa fattispecie penale<sup>192</sup>.

L'art. 328 c.p., va ribadito, non consente di sindacare l'uso del potere, ma il non uso di esso. E' poi compito del giudice di merito discernere le situazioni in cui il rifiuto rappresenta una consapevole omissione e quelle in cui costituisce una specifica determinazione, compiuta dal funzionario, sulla base dei dati di fatto, ancorché errata.

L'agente, poi, deve essersi rappresentato anche il carattere indebito del mancato compimento della condotta. La dottrina precisa che l'errore sulla norma extrapenale da cui discende l'obbligo del pubblico funzionario di agire preclude la configurabilità del dolo<sup>193</sup>. In questi termini, sembra orientata anche la giurisprudenza, laddove sostiene che l'avverbio indebitamente influenza l'elemento soggettivo nel senso di imporre la consapevolezza da parte del soggetto agente di agire in violazione dei doveri imposti da norme extrapenali che ineriscono ai suoi doveri<sup>194</sup>.

La consapevolezza della doverosità dell'azione, dunque, svolge il ruolo di contenimento della rilevanza penale alle sole forme di diniego che non trovano alcuna ragionevole spiegazione<sup>195</sup>.

In questa prospettiva, la Suprema Corte ha valutato l'applicazione del principio della non esigibilità di una condotta diversa in merito al comportamento di un ufficiale

---

<sup>190</sup> In senso contrario, Sez. 6 sentenza n. 4468 del 4-01-2000 ud. (dep. 12-04-2000) rv. 220512, secondo cui il sindaco che omette di trasmettere al prefetto il verbale di contestazione di una violazione del codice della strada nonché la patente di guida ritirata al trasgressore ed in genere gli atti relativi all'applicazione della relativa sanzione risponde del reato previsto dall'art. 328, co. 1, c.p. avendo omesso atti che rientrano nella materia dell'ordine e della sicurezza pubblica.

<sup>191</sup> Cfr. Russo, op. cit., 473.

<sup>192</sup> Cfr. Sez. 3, sentenza n. 1602 del 06/12/1995 ud. (dep. 09/02/1996) Rv. 204468, Sonderegger secondo cui *"il rifiuto di atti professionali dovuti per ragioni sanitarie, di cui all'art. 328 c.p. deve essere verificato avendo riguardo alla sua natura di delitto doloso, senza trascinare in valutazioni sulla colpa professionale sanitaria, che esula dalla struttura psicologica del reato"*.

<sup>193</sup> Benussi, op. cit., 719.

<sup>194</sup> Sez. 6, sentenza n. 8996 del 11-02-2010 ud. (dep. 5-03-2010) rv. 246410, secondo cui *"... è necessario ... che il pubblico ufficiale abbia chiara coscienza del suo contegno omissivo, nel senso che deve rappresentarsi e volere la realizzazione di un evento contra ius: tale requisito di illiceità speciale delimita la rilevanza penale solamente a quelle forme di diniego di adempimento che non trovano alcuna plausibile spiegazione alla stregua delle norme che disciplinano il dovere di azione"*. In precedenza, Sez. 6, sentenza n. 8949 del 03/07/2000 Ud. (dep. 9/08/2000) rv. 217665; Sez. 5, sentenza n. 14719 del 17/10/1990 Ud. (dep. 14/11/1990) rv. 185753.

<sup>195</sup> In senso contrario, per l'affermazione secondo cui le disposizioni legislative richiamate dall'art. 328 c.p. non hanno natura di norma extrapenale poiché la fattispecie, impiegando l'avverbio indebitamente, recepisce ogni violazione delle regole riguardanti l'attività dei singoli pubblici ufficiali o incaricati di pubblico servizio, cfr. Sez. 6, sentenza n. 11156 del 28-06-1989 ud. (dep. 17-08-1989) rv. 181944, Giordano.



giudiziario che aveva rifiutato di notificare numerosi atti, ignorando i solleciti del dirigente<sup>196</sup>. Nella decisione è stato precisato che detto principio, sia che lo si voglia collegare alla *ratio* della colpevolezza (riferendolo ai casi in cui l'agente operi in condizioni soggettive tali da non potersi pretendere da lui un comportamento diverso), sia che lo si correli all'antigiuridicità, può operare solo nell'ambito di cause di esclusione della colpevolezza o di cause di giustificazione codificate. Nella fattispecie descritta dall'art. 328 c.p. il riferimento al rifiuto di una condotta doverosa consente di aprire uno spiraglio per una simile valutazione. Nel caso concreto, tuttavia, il rapporto tra il carico di lavoro e l'esigibilità del comportamento dell'accusata, non permette di escludere la soggettività dell'inadempimento. Il pubblico ufficiale, di cui era stata accertata la non alacrità, la lentezza, il ritardo e la scarsa organizzazione, indifferente ai richiami formali, non aveva notificato centinaia di atti.

---

<sup>196</sup> Sez. 6, sentenza n. 8996 del 11-02-2010 ud. (dep. 5-03-2010) rv. 246410.