

L'OPINIONE

SIRO DE FLAMMINEIS

I reati con abusi funzionali della polizia giudiziaria ed il ruolo dei privati

SOMMARIO: 1. *Ratio* di una lettura congiunta delle fattispecie; 2. L'abuso di poteri funzionali e le norme extrapenalì; 3. Le singole fattispecie di reato; 4. Il ruolo dei privati e gli atti arbitrari.

1. *Ratio* di una lettura congiunta delle fattispecie

Una lettura congiunta e trasversale delle fattispecie di reato che prevedono quale soggetto attivo un pubblico ufficiale e che più nella specie possono essere poste in essere da un ufficiale di polizia giudiziaria, è resa possibile dall'individuazione dei profili normativi comuni e ricorrenti alle stesse norme. L'interpretazione di questi aspetti consente così di delineare una *ratio* unitaria di tali fattispecie, che sono distribuite all'interno dell'impianto codicistico in diversi capi afferenti alla tutela di diversi beni giuridici (pubblica amministrazione e libertà personale in particolare).

In effetti, la qualità del soggetto attivo che caratterizza queste ipotesi di reato non identifica in via esclusiva il bene giuridico tutelato nella pubblica amministrazione, considerato che alcune fattispecie sono anche tese a garantire il privato da abusi nella realizzazione di atti limitativi della libertà personale al di fuori dalle eccezioni dell'art. 13 Cost. (ed in particolare al di fuori dei limiti a "qualsiasi altra restrizione della libertà personale" di cui all'art. 13, co. 2 Cost.¹).

La *ratio* della lettura congiunta, quindi, si individua non tanto (o non solo) nel profilo dell'offensività comune o in quello della qualità soggettiva del reo, quanto nelle modalità di commissione del reato. I reati segnati da abusi funzionali sono provvisti, infatti, di illiceità o antiggiuridicità speciale: la rilevanza penale è raggiunta se il fatto è commesso "abusivamente" o "arbitrariamente", cioè conoscendo l'antigiuridicità della modalità con cui si compie la condotta, che è indicata nelle norme in esame soprattutto facendo riferimento alla violazione della disciplina che regola la funzione pubblica; queste norme con-

¹ In proposito, sull'interesse a non limitare le libertà personali se non in presenza di un interesse pubblico ed una previsione di legge: GALLINELLI, voce *Libertà (abusive limitazioni della libertà personale)*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1990, XIX, p. 2; MARINI, voce *Libertà personale (delitti contro la)*, in *Noviss. Dig., I. Appendice*, Torino, 1983, IV, p. 907; MAZZI, *Arresto illegale e Perquisizione e ispezione personali arbitrarie*, in *I delitti contro la personale. I delitti contro la libertà individuale, C. p., Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, a cura di Lattanzi Lupo, XI, p. 1068 ss.; DALIA, voce *Sequestro di persona e arresto illegale*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1990, XLII, p. 190 ss.; FLICK, voce *Libertà individuale (delitti contro la)*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1975, XXIV, p. 535 ss.

tengono la sottolineatura della necessità di accertare un aspetto, la conoscenza dell'antigiuridicità, in relazione non solo al bene giuridico violato ma anche alle regole funzionali trasgredite.

Invero, queste fattispecie prevedono il richiamo alla disciplina che regola l'esercizio di certe funzioni pubbliche, anche con riferimento al processo penale, e che attribuisce agli ufficiali di polizia giudiziaria importanti poteri anche limitativi delle libertà personali (per citarne alcuni: l'arresto, la perquisizione o l'ispezione personali) e fissa dei limiti nel loro esercizio. Il precetto si presenta, quindi, in molti casi con elementi normativi di rinvio a norme extra penali che devono essere conosciute dall'autore del fatto per essere violate (ma non è sempre così, in alcuni casi l'avverbio "abusivamente" semplicemente rafforza la modalità di rilevanza penale della condotta che è già descritta, ad esempio nell'art. 348 c.p. ovvero nell'art. 646, co. 3, c.p., con rinvio all'aggravante di cui all'art. 61 n.11 c.p.).

Dunque, queste norme sono costruite in modo che il limite di liceità della condotta è anzitutto fissato al di fuori della norma penale stessa, e cioè dalla disciplina che sancisce i doveri dell'ufficiale: nella maggior parte dei casi i limiti sono dati dalla legge amministrativa (ad es. i reati di cui agli artt. 323 o 326 c.p. ove si richiama la normativa amministrativa *extra* penale di riferimento rispetto alla specifica condotta posta in essere, quale, per la seconda fattispecie indicata, quella che disciplina il segreto amministrativo o processuale²) ma possono essere anche fissati dalla disciplina processual-penalistica come avviene nei casi dei reati di cui agli artt. 606, 609 e 615 c.p., ove si utilizza la formula "abuso dei poteri inerenti le proprie funzioni".

2. L'abuso di poteri funzionali e le norme *extrapenali*

È, pertanto, il concetto di abuso dei poteri funzionali il filo rosso giuridico che accumuna le richiamate fattispecie e ne valorizza l'analisi cumulativa. Occorre, dunque, definire il significato di tale concetto per procedere oltre nell'analisi delle fattispecie: per abuso deve intendersi l'uso dei poteri inerenti la funzione di ufficiale (o agente) di polizia giudiziaria per finalità diverse da quelle per cui questi poteri sono conferiti.

² Si tratta cioè della violazione delle norme sul segreto istruttorio, 114, 117, 118, 329, 335 c.p.p. (anche con riferimento alla procedura prevista per la "segreteria" della Procura dall'art. 110-*bis* disp. att. c.p.p. in relazione alla notizia dell'iscrizione nel registro degli indagati di una determinata persona); delle norme sul segreto amministrativo/d'ufficio: 201, 204 c.p.p. e l. n. 142 del 1990, la disciplina sull'accesso ai dati*); delle norme o regolamenti interni sui rapporti con la stampa; (ci possono essere leggi speciali che fissano segreti su certi dati e informazioni, ad esempio la l. n. 124 del 2007). In assenza di disciplina specifica del segreto relativa alla funzione o al servizio si può richiamare il concetto normativo di abuso di qualità.

Solo in alcune ipotesi di reato si utilizza in via esplicita la formula “abuso dei poteri inerenti le proprie funzioni” (nella specie negli artt. 606, 609 e 615 c.p.); in altri casi, invece, si fa più specifico riferimento alla violazione di regole (art. 323 c.p.) o alla violazione di doveri (art. 326 c.p.). L'apparente distonia si supera considerando che, in realtà, l'abuso è sempre correlato, anche implicitamente, all'inosservanza delle regole e dei doveri dell'attività d'ufficio, i quali possono attenersi a diversi aspetti della funzione (e secondo un certo orientamento possono essere non solo specifici della funzione pubblica svolta dall'ufficiale di P.G. ma anche generici e derivanti dal generale dovere di correttezza che impernia la qualità pubblica del soggetto)³. Quindi l'abuso si risolve nel mancato rispetto della disciplina che regola la funzione, in particolar modo si realizza travalicando le finalità che sono sottese alla stessa; se quest'ultima disciplina, infatti, è rivolta alla tutela di determinati interessi pubblici o privati, la condotta dell'ufficiale di polizia giudiziaria diventa abusiva se il potere esercitato realizza la tutela di interessi diversi da quelli insiti nella disciplina violata (in particolare ciò avviene quando attraverso la commissione del reato il soggetto attivo ha inteso tutelare un interesse privatistico proprio o altrui) ovvero realizza un'offesa ed una lesione di questi ultimi⁴.

³ Così, con riferimento particolare al reato di abuso d'ufficio di cui all'art. 323 c.p., per la giur., tra le altre, Cass., Sez. VI, 12 febbraio 2008, N., in *Mass. Uff.*, n. 239892; Id., Sez. VI, 20 gennaio 2009, Rigoldi, *ivi*, n. 243532; *contra* Id., Sez. VI, 8 maggio 2003, Zardini, *ivi*, n. 226706; Id., 18 febbraio 2009, Di Campo, *ivi*, n. 243577. In dottrina, per la tesi favorevole alla possibilità di integrare il reato con la previsione costituzionale contenuta nell'art. 97 Cost., PAGLIARO, *L'antico problema dei confini tra eccesso di potere e abuso d'ufficio*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, 108; SEMINARA, *Il nuovo delitto di abuso d'ufficio*, in *Studium Juris*, 1997, 1254; GAMBARDELLA, *Considerazioni sulla “violazione di norme di legge” nel nuovo delitto di abuso d'ufficio (art. 323 c.p.)*, in *Cass. pen.*, 1998, 2341; *contra* STILE, CUPPELLI, voce *Abuso d'ufficio*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da Cassese, Milano, 2006, I, p. 39 ss.; MANES, *Abuso d'ufficio, violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Foro it.*, 1998, II, 391 ss.

⁴ Con riferimento alla fattispecie di cui all'art. 615 c.p., l'abuso di poteri inerenti alle funzioni, che qualifica la condotta del delitto di violazione di domicilio commesso da un pubblico ufficiale, non postula la presenza degli estremi necessari per l'integrazione del reato di abuso di ufficio, potendo realizzarsi per effetto di qualsiasi abuso, come l'usurpazione, lo sviamento, il perseguimento di una finalità diversa, l'inosservanza di leggi, regolamenti o istruzioni, ecc., indipendentemente dall'ingiustizia o meno degli scopi perseguiti dall'agente. (Fattispecie nella quale è stata ritenuta la sussistenza del reato di cui all'art. 615 c.p. poiché la perquisizione operata da un vigile urbano nei locali ove si esercitava senza licenza l'attività di parrucchiere - così facendo concorrenza a quella debitamente autorizzata, della moglie del predetto pubblico ufficiale - era intesa a conseguire uno scopo giuridicamente lecito, ossia la repressione di un'infrazione amministrativa, ma era contraria all'art. 13 della legge 24 novembre 1981, n. 689, che pone il divieto di perseguire i luoghi di privata dimora). Così Cass., Sez. V, 19 maggio 1993, Grandati, in *Mass. Uff.*, n. 195367. Conformemente, altresì, in giurisprudenza con riferimento all'applicazione dei reati di cui agli artt. 615-bis c.p. (cfr. Cass., Sez. V, 27 novembre 2008, Quilici, *Mass. Uff.*, n. 242615, con condanna di un ufficiale di polizia giudiziaria per il reato di cui all'art. 323 e 615-bis c.p. ed esclusione del reato di cui all'art. 615 c.p.) e 615-ter c.p. (cfr. Cass., Sez. V, 21 maggio 2010, Jovanovic, in *Cass. pen.*, 2011, 140 e ss., con commento di MENGONI, *Accesso autorizzato al*

Può dunque ritenersi che, anche per le fattispecie di reato di cui agli artt. 326, 606, 609 e 615 c.p. (come già riconosciuto dalla giurisprudenza dominante per l'art. 323 c.p.⁵), tra i vizi dell'atto amministrativo adottato dal p.u. che integrano i requisiti oggettivi del delitto vi è quello dell'eccesso di potere, da intendersi quale sviamento dal fine pubblico preordinato alla previsione del potere funzionale esercitato⁶.

Inoltre, nelle fattispecie in esame, la condotta oggetto dell'illecito deve essere strumentalmente e funzionalmente connessa all'abuso realizzato; il requisito oggettivo del reato infatti è unico ed unitariamente devono considerarsi questi due aspetti dello stesso parametro oggettivo: la condotta materiale e l'abuso. Occorre, cioè, un nesso funzionale e strumentale tra l'abuso (e la qualifica soggettiva) e l'illecito commesso; da un lato l'illecito deve essere stato commesso abusivamente, ovvero violando i doveri funzionali, e dall'altro l'abuso deve aver reso possibile o almeno facilitato la condotta materialmente posta in essere.

L'antigiuridicità speciale che caratterizza questi reati, quindi, non colora esclusivamente il versante soggettivo della conoscenza del fatto da parte dell'autore, dovendo investire quest'ultima anche la normativa *extrapenale*, ma interessa anche il profilo oggettivo della singola norma individualizzando i connotati della condotta ed il rapporto strumentale della stessa con la violazione di regole funzionali. Del resto, in alcune delle fattispecie indicate questo rapporto è limpidamente tracciato dalla stessa tipologia della condotta materiale laddove, ad esempio, la commissione illegale di un arresto non può che riguardare di per sé la violazione della disciplina processuale sull'arresto; lo stesso dicasi per le perquisizioni o ispezioni personali arbitrarie. Diversa, invece, è la descrizione della condotta nelle altre ipotesi di reato in esame dove, benché sia esplicito l'utilizzo della formula dell'abuso di poteri, questa non rimarca - di per sé sola - la violazione di una specifica disciplina ed il rapporto tra la condotta materiale e la disciplina violata ma questi aspetti sono rimessi all'analisi dell'interprete (vedasi il paragrafo successivo: si fa riferimento, ad esempio, alla fattispecie di cui all'art. 615 c.p. dove la condotta materiale di introdursi o intrattenersi nell'altrui domicilio non rinvia da sé ad una disciplina *extrapenale* e non è inquadrabile all'interno di un tipico esercizio di

sistema informatico o telematico e finalità illecite: nuovo round alla configurabilità del reato, e DE FLAMMINEIS, *Art. 615-ter c.p.: accesso legittimo ma per finalità estranee ad un sistema informatico*, confermata da Cass., Sez. un., 27 ottobre 2011, Casani, in *Mass. Uff.*, n. 251269).

⁵ Per la giurisprudenza, cfr., tra tutte, Cass., Sez. un., 10 gennaio 2012, Rossi, in *Mass. Uff.*, n. 251498; per la dottrina si veda nota n. 3.

⁶ Cfr., da ultimo, Cass., Sez. VI, 08 agosto 2013, Casula, in *Mass. Uff.*, n. 256121.

potere pubblico).

In entrambi i casi, tuttavia, l'oggetto dell'accertamento processuale è il medesimo e cioè da un lato i contorni della condotta materiale e dall'altro l'individuazione della disciplina funzionale violata; abuso funzionale e condotta materiale camminano insieme nell'accertamento interpretativo ed insieme devono sussistere per la configurabilità del reato.

3. Le singole fattispecie di reato

Venendo alle singole fattispecie di reato e concentrandosi, per specificità e caratteristiche, sugli illeciti relativi all'arresto illegale, alla perquisizione o ispezione personali arbitrarie ed alla violazione di domicilio commessa da un pubblico ufficiale, si segnala che in tutte e tre le ipotesi il legislatore ha fatto esplicito riferimento alla formula dell'"abuso dei poteri inerenti alle funzioni" di pubblico ufficiale.

Tuttavia, mentre per i reati di cui agli artt. 606 e 609 c.p. la tipologia di abuso è già indirizzata verso una speciale disciplina *extrapenale* perché la condotta materiale nasce con un significato giuridico ben determinato dalla normativa processual-penalistica, nell'illecito descritto dall'art. 615 c.p. questo preinquadramento del fatto lungo i binari di una chiara e precisa disciplina *extrapenale* non è dato. In quest'ultima norma, infatti, la condotta materiale di introdursi o intrattenersi nei luoghi indicati nell'art. 614 c.p. non ha un definito connotato giuridico e quindi l'accertamento sulla disciplina *extrapenale* è maggiormente spostato sull'aspetto dell'abuso. Pertanto, una volta conosciuto il tipo di abuso (*id est* di violazione) commesso allora diventa possibile anche determinare l'illiceità della condotta materiale; viceversa, per le altre fattispecie indicate l'ordine nell'analisi del fatto commesso è inverso: verificati i contorni dell'arresto o della perquisizione o dell'ispezione personale realizzata, accertato che i contorni definiti dal codice di procedura penale per l'esercizio di quel potere pubblico sono stati oltrepassati, allora sarà riscontrato anche l'abuso dei poteri funzionali.

Qualunque sia l'ordine dei parametri da accertare da parte dell'interprete, in ogni caso l'abuso di poteri è determinabile solo in relazione ad una normativa che disciplina l'operato dei pubblici ufficiali. Dunque, con riferimento all'art. 615 c.p., in realtà, una lettura congiunta con l'art. 609 c.p. indurrebbe a ritenere naturalmente riferibile il primo reato alla violazione della disciplina relativa alle perquisizioni locali e domiciliari, benché quest'ultimo istituto non sia espressamente richiamato all'interno del precetto penale; per quanto concerne gli artt. 606 e 609 c.p., invece, questa disciplina è principalmente delineata dagli artt. 380 e seguenti del c.p.p. in relazione all'arresto e dall'art. 352 c.p.p.,

letto congiuntamente agli artt. 247, 248, 249, 250, 251 c.p.p. (ovvero l'art. 41 T.U.L.P.S.; ovvero l'art. 4 l. n. 152 del 1975; ovvero l'art. 103 D.P.R. 309 del 1990) per la perquisizione personale e dagli artt. 244 e 245 c.p.p. per l'ispezione personale.

Sebbene la giurisprudenza formatasi in relazione a queste fattispecie di reato non sia particolarmente pregnante in ragione della scarsità delle pronunce e quindi del relativo poco incisivo approfondimento delle questioni interpretative, deve ritenersi che gli illeciti *de qua* abbiano maggiore ragioni applicative nei casi di attività poste in essere d'iniziativa dagli ufficiali di p.g. In effetti, l'atto dell'arresto in flagranza di un grave indiziato di un reato è un atto rimesso all'iniziativa della p.g. e, quindi, è alla responsabilità degli ufficiali che è rimesso il rispetto dei limiti e dei requisiti di legge, così anche per la perquisizione personale d'iniziativa qualora sia realizzata fuori dei casi previsti dall'art. 352 c.p.p. Quello di ispezione personale, invece, non è un potere previsto tra quelli d'iniziativa della p.g. e quindi dovrebbe ritenersi che la semplice scelta di effettuare un atto d'iniziativa inquadrandolo astrattamente come ispezione configuri un reato.

Non è un caso, infatti, che questi reati richi amino atti processualmente disciplinati che non conoscono autentiche forme di impugnazione, quale ad esempio il riesame. In effetti, mentre per l'ispezione personale, che può essere disposta solo dall'autorità giudiziaria non sono previste impugnazioni e, quindi, *a fortiori* un atto formalmente inquadrato in tale categoria eseguito d'iniziativa dalla p.g. sarebbe da ritenersi illecito, le uniche sanzioni processuali previste per gli arresti e le perquisizioni personali eseguiti in assenza dei requisiti di legge sono stabiliti nella non convalida dell'atto da parte del P.M. o del G.I.P. nel primo caso e del solo P.M. nel secondo caso⁷.

A differenza di quanto avviene per gli atti eseguiti d'iniziativa dalla p.g. formalmente inquadrati nella categoria dell'ispezione personale, quindi, deve ritenersi che perché l'arresto o la perquisizione posta in essere da un ufficiale di p.g. fuori dai casi di legge configuri un reato, raggiungendo quindi la soglia dell'illeceità penale, e non sia meramente sanzionabile con la non convalida da parte dell'autorità giudiziaria, occorra qualcosa di più o di diverso dal mancato rispetto formale dei requisiti fissati dal codice di rito. Quindi, mentre per la sola "sanzione" della non convalida è necessario che l'atto non solo sia in qualche modo comunque inquadrabile all'interno dell'ambito applicati-

⁷ Si ritiene, infatti, che il decreto di convalida di una perquisizione emesso dal P.M. sia impugnabile con un ricorso in cassazione solo se qualificabile come atto abnorme, cfr. Cass., Sez. VI, 27 novembre 2012, Albanese, in *Mass. Uff.*, n. 253711.

vo dell'istituto procedimentale sussistendo nel caso specifico, ad esempio, una notizia di reato, ovvero gli elementi in concreto ritenuti dall'ufficiale di p.g. riconducibili ai casi di legge (ad esempio nel caso del co. 1, dell'art. 352 c.p.p. gli elementi in concreto ritenuti dalla p.g. per l'esecuzione della perquisizione vi sono in astratto ma in concreto non vengono ritenuti fondati dall'autorità giudiziaria), ma che siano anche rispettate le modalità esecutive dell'atto di arresto o perquisizione. Al contrario, perché scatti la rilevanza penale delle condotte gli atti devono essere posti in essere in assenza di qualunque giustificazione normativa, seppur astratta. Le condotte devono cioè travalicare l'ambito definito dalla norma processuale senza avere alcun apparente giustificazione normativa per poter assumere idonea rilevanza penale; l'attività di p.g. deve essere stata realizzata al di fuori dell'ambito delle "eccezionali" fattispecie procedimentali, i cui parametri di eccezionalità ed urgenza, che ne giustificano la compatibilità con l'art. 13 della Costituzione, ne impongono una ristretta e rigorosa applicazione.

Nel caso dell'arresto illegale, se l'atto privativo della libertà viene compiuto dalla polizia giudiziaria per ipotesi di reato per cui non è possibile per legge compiere un arresto, né obbligatorio né facoltativo, la scelta operativa effettuata dai pubblici ufficiali (verosimilmente non condivisa dall'autorità giudiziaria) benché anche formalmente inquadrata nell'ambito di un "arresto", risulta compiuta in violazione di legge ed in assenza assoluta dei presupposti ivi previsti e quindi dei poteri attribuiti; si verificherà pertanto un illecito penale (oltre che la non convalida dell'atto e la liberazione dell'arrestato dal punto di vista processuale). Stesso discorso nel caso di "arresto" compiuto fuori da ogni possibilità logico-giuridica di ritenere sussistente la flagranza o la quasi flagranza del reato; peraltro, nel caso di quasi flagranza, qualora questa sia solo discutibile in concreto (e, nella prassi, discussa con il p.m. interpellato a proposito) nel senso che gli elementi di fatto rendono il requisito non ampiamente condivisibile, l'atto realizzato difficilmente potrà realizzare un reato specie sotto il profilo soggetto della volontà di compiere un illecito, in questi casi più probabilmente la "sanzione" può essere solo processuale.

Medesime considerazioni possono svolgersi in relazione alla perquisizione personale: qualora l'atto sia compiuto in totale violazione di legge e carenza di presupposti (ad esempio, per l'art. 352, co. 1, c.p.p. quando manca la flagranza o l'evasione o il motivo è del tutto infondato), anche se formalmente definito "perquisizione" potrebbe integrarsi l'illecito penale; se, invece, l'atto è realizzato ritenendo sussistente un presupposto che in concreto e sulla base degli elementi di fatto può, al contrario, considerarsi assente (significativo a proposito il requisito del "fondato motivo di ritenere che sulla persona si tro-

vino occultate cose o tracce pertinenti al reato che possono essere cancellate o disperse” di cui al co. 1, dell’art. 352 c.p.p.), difficilmente può integrarsi il reato, specie sotto il profilo soggettivo, mentre potrebbe sanzionarsi l’atto s’iniziativa con la non convalida da parte dell’autorità giudiziaria.

Di conseguenza, i reati di cui agli artt. 606 e 609 c.p. postulano un intervento degli ufficiali di p.g. astrattamente riconducibile alle categorie giuridiche dell’arresto o della perquisizione, perché con questo *nomen* l’atto sarebbe definito, ma in concreto o sono assenti i presupposti di legge (c.d. incompetenza assoluta o relativa⁸) – per cui l’atto sarebbe già sanzionabile con la non convalida – ovvero le modalità esecutive dell’atto non sono conformi alle disposizioni che li regolano⁹.

Quindi, per la configurabilità dei reati in esame, non è in questione la mera violazione di un requisito di legge, specie se questo non è posto a tutela della libertà personale o comunque se la violazione non incide sull’offesa alla sfera individuale del destinatario dell’atto. È necessario, cioè, che l’atto eseguito dall’ufficiale di p.g. con la violazione realizzata abbia avuto un’efficacia lesiva dei valori protetti dalla norma penale e quindi, lungi dal travalicare un requisito di legge secondario, abbia investito i propri effetti, nel caso specifico dei reati esaminati, sulla libertà del soggetto colpito in particolar modo attraverso abusive modalità di esecuzione dell’arresto o della perquisizione (aspetto questo che accomuna, ad esempio, il reato di arresto illegale da quello di sequestro di persona). È compito dell’interprete del caso concreto verificare caso

⁸ Secondo certa parte della dottrina i reati *de quo* sarebbero configurabili solo quando c’è in concreto una situazione di esercizio di poteri e funzioni pubbliche, vi sono gli elementi essenziali per l’esercizio ma questo avviene fuori dai casi di legge (ad esempio l’arresto – cui è equiparato anche il fermo di indiziato di delitto – che avviene fuori dai casi di arresto facoltativo o obbligatorio, ovvero fuori della flagranza), c.d. incompetenza relativa; così tra gli altri GALLINELLI, voce *Libertà*, cit., p. 3; MARINI, *Delitti contro la persona*, Torino, 1996, p. 271. Secondo altra dottrina sussiste abuso funzionale rilevante penalmente anche nel caso di incompetenza assoluta/usurpazione di poteri del p.u., ad esempio quando l’arresto è fuori dall’ambito di competenza del p.u., così MANTOVANI, *Diritto penale, Parte speciale, Delitti contro la persona*, 2011, Torino, p. 306 ss.; BRASIELLO, voce *Libertà personale, (Delitti contro la)*, in *Noviss. Dig. I*, Torino, 1963, XI, p. 858.

⁹ Il delitto di perquisizione arbitraria è configurabile non solo quando siano in concreto assenti le condizioni richieste dalla legge per il compimento dell’atto, ma anche quando esso sia realizzato con modalità illegali. (Nella specie la perquisizione, legittimamente disposta ai sensi dell’art. 103 del D.P.R. n. 309 del 1990, era stata violentemente eseguita, provocando lesioni al soggetto perquisito). Così Cass., Sez. III, 28 giugno 2011, Battaglia, in *Mass. UII*, n. 250595. Secondo altra interpretazione, in questo caso il reato di perquisizione arbitraria resta assorbito dal reato di lesioni (n.d.r. aggravato dalla qualifica del p.u.), in motivazione la Corte ha precisato che, a ritenere diversamente, sarebbe ravvisabile un solo reato complesso perché, quando l’arbitrarietà si traduce in lesioni, queste ultime dovrebbero ritenersi elemento costitutivo del reato previsto dall’art. 609 c.p., complesso a norma dell’art. 84 c.p. (non del tutto condivisibile, non è reato complesso previsto dalla legge e beni giuridici differenti, libertà ed integrità personale), cfr. Cass., Sez. III, 28 giugno 2011, Battaglia, in *Mass. UII*, n. 250596.

per caso se con la condotta posta in essere è intervenuta la lesione di rilevanza penale; peraltro, può ritenersi, anche sulla base dello scarno apporto giurisprudenziale, che le ipotesi di configurazione delle ipotesi di reato in esame siano rare e statisticamente irrilevanti, segnalando in questi casi con palmare evidenza il carattere di *extrema ratio* del diritto penale.

Inoltre, se la condotta materiale astrattamente integra le ipotesi di arresto, perquisizione o ispezione personali che vengono lecitamente posti in essere essendovi i presupposti di legge ma le modalità esecutive che oltrepassano i limiti di legge integrano fattispecie di reato diverse, quale ad esempio il reato di lesioni personali, di sequestro di persona, o di interferenza illecita nella vita privata *ex art. 615-bis c.p.*, queste ultime fattispecie potrebbero assorbire le prime¹⁰.

4. Il ruolo dei privati e gli atti arbitrari

Nel caso di commissione da parte di un ufficiale di p.g. di uno dei reati previsti dagli artt. 606, 609 o 615 c.p. la posizione del soggetto privato può essere duplice: concorrente nell'illecito sulla base del combinato disposto delle norme sopraindicate con gli artt. 110 e 117 c.p.; destinatario – persona offesa – del reato.

In quest'ultimo caso, qualora il soggetto privato ponga in essere condotte finalizzate alla reazione all'atto procedimentale abusivo dell'ufficiale di P.G., opponendosi allo stesso, tali comportamenti, benché astrattamente illeciti potrebbero risultare in concreto non punibili in presenza degli estremi della

¹⁰ Con riferimento al rapporto con il reato di lesioni personali si veda nota n.9; per il rapporto con il reato di cui all'art. 615-*bis* c.p. si veda nota n. 4. Per quanto concerne il rapporto con il delitto di sequestro di persona consumato da un pubblico ufficiale con abuso di poteri inerenti alle sue funzioni: quest'ultimo ha in comune con il reato di arresto illegale l'elemento materiale (consistente nella privazione della libertà di un soggetto), ma si differenziano per l'elemento soggettivo, che nel primo caso richiede la volontà dell'agente di tenere la persona offesa nella sfera del suo dominio, mentre nel secondo caso è diretto comunque a mettere la persona offesa a disposizione dell'autorità competente, sia pure privandola della libertà in maniera illegale. (Fattispecie in cui la S.C. ha escluso il meno grave reato di cui all'art. 606 c.p., ravvisando quello di sequestro di persona nell'indebito trattenimento di una persona, per alcune ore, presso un posto di polizia ferroviaria). Così Cass., Sez. VI, 18 giugno 2010, Giua, in *Mass. Uff.*, n. 247383. L'esercizio di poteri da parte delle forze di polizia, sia di natura preventiva che preprozessuale, invasivo della libertà personale al di fuori dell'ambito di "eccezionali" fattispecie procedimentali – i cui parametri di eccezionalità ed urgenza, che ne giustificano la compatibilità con l'art. 13 della Costituzione, ne impongono una ristretta e rigorosa applicazione – è astrattamente inquadrabile nel reato di sequestro di persona e non in diverse norme incriminatrici quali quelle racchiuse negli artt. 606 o 609 c.p. che postulano l'esistenza di un legittimo intervento degli organi di polizia attuato, però, con modalità abusive e non conformi alle disposizioni che li prevedono. Così Cass., Sez. VI, 23 gennaio 2003, Chianese, in *Mass. Uff.*, n. 223944. Sul rapporto tra sequestro di persona e arresto illegale, in dottrina DALIA, cit., p. 194.

causa di giustificazione della reazione all'atto arbitrario del pubblico ufficiale prevista dall'art. 4 del D.Lgt. 14 settembre 1944, n. 288.

Le condotte descritte nelle fattispecie di reato sin qui esaminate, infatti, possono ricevere una duplice qualificazione giuridica: abusive, con ricorrenza dei presupposti di reato previsti dalle norme del codice penale; arbitrarie, in caso di un'attività ingiustamente persecutoria del pubblico ufficiale, il cui comportamento fuoriesca del tutto dalle ordinarie modalità di esplicazione dell'azione di controllo e prevenzione demandatagli nei confronti del privato destinatario¹¹. Questo duplice carattere dell'azione dell'ufficiale di p.g. può coesistere nel caso concreto qualora al reato commesso segua la reazione del privato destinatario, ad esempio, di un arresto o una perquisizione illegali (non può non sottolinearsi come la stessa rubrica dell'art. 609 c.p. definisca le perquisizioni e ispezioni personali commesse con abuso di poteri da parte dei pubblici ufficiali come "arbitrarie"). La definizione di arbitrarietà dell'atto non aggiunge nulla in termini di presupposti di illiceità da accertare con riferimento alla sussistenza del reato commesso (anche con riferimento ai reati cui all'art. 609 c.p., quindi, "arbitrarietà" è da intendersi come sinonimo di abusività avente i medesimi presupposti previsti dalla norma penale); il requisito di arbitrarietà determina, invece, la possibilità di ritenere configurabile la scriminante della reazione legittima in capo al soggetto privato.

Sotto quest'ultimo profilo, secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale perché l'atto del p.u. sia considerato arbitrario non basta che sia stato posto in essere dal p.u. un atto amministrativo viziato ma è altresì necessario uno sconfinamento dall'ordinamento giuridico¹². Il requisito di arbitrarietà attiene, cioè, all'esecuzione di un atto, ai fini ed ai mezzi usati, con spirito di vessazione, di capriccio, di prepotenza o di sopruso.

L'esimente della reazione agli atti arbitrari del pubblico ufficiale è integrata ogni qual volta la condotta dello stesso pubblico ufficiale, per lo sviamento dell'esercizio di autorità rispetto allo scopo per cui la stessa è conferita o per le modalità di attuazione, risulta oggettivamente illegittima, non essendo di contro necessario che il soggetto abbia consapevolezza dell'illiceità della propria condotta diretta a commettere un arbitrio in danno del privato¹³.

Quindi, se per la giurisprudenza si considera l'atto arbitrario anche quando ricorre uno sviamento di poteri, la ricorrenza in concreto di entrambe le qua-

¹¹ Cfr. Cass., Sez. VI, 13 giugno 2012, Negro, in *Mass. Uff.*, n. 253043.

¹² Cfr. Cass., Sez. VI, 10 dicembre 1976, Giubbini, in *Mass. Uff.*, n. 135549.

¹³ Nella specie, la Corte ha ritenuto integrata la scriminante rispetto al delitto di cui all'art. 336 c.p., per essere stato il fatto commesso contro un pubblico ufficiale che aveva negato illegittimamente l'accesso ad atti amministrativi. Cfr. Cass., Sez. VI, 29 febbraio 2012, Variale, in *Mass. Uff.*, n. 252175.

lifiche (abusiva ed arbitraria) per l'attività del p.u. in caso di commissione di uno dei reati esaminati diventa fisiologica; meno ricorrenti sarebbero le ipotesi di condotta arbitraria del p.u., che legittima una reazione del privato, e che al tempo stesso non sia abusiva e quindi non configuri un reato. Sembrerebbe richiedersi piuttosto per la ricorrenza dell'arbitrarietà dell'atto del p.u. anche la sua abusività, nel senso che l'attività deve essere posta oltre i limiti stabiliti dall'ordinamento per l'esercizio del potere funzionale, in particolar modo nelle modalità esecutive dell'atto, quindi non sembra esserci spazio per l'eventualità di un atto dell'ufficiale di p.g. solo arbitrario e non anche abusivo e quindi rilevante penalmente. Laddove l'attività abusiva, e quindi la violazione di legge, non sia inquadrabile all'interno delle specifiche norme processuali relative all'arresto, alla perquisizione o all'ispezione personali (ad esempio nel caso di accompagnamento coattivo o invito a comparire di un soggetto eseguito fuori dai casi di legge¹⁴), la condotta potrebbe rientrare nell'ambito operativo della norma di cui all'art. 323 c.p. relativa all'abuso d'ufficio, ovvero di altre fattispecie di reato previste nell'ambito dei delitti contro la persona aggravanti dalla circostanza aggravante prevista dal n. 9 dell'art. 61 c.p.¹⁵.

¹⁴ A tal proposito in dottrina MANZINI, *Trattato di diritto penale*, VIII, 1985, p. 724, per la giurisprudenza si veda Cass., Sez. VI, 30 ottobre 2012, Statella, in *Mass. Uff.*, n. 254338.

¹⁵ Si sostiene, ad esempio, in giurisprudenza che è configurabile la scriminante di cui all'art. 4 del D.lgt. n. 288 del 1944 nel caso di resistenza opposta ad un pubblico ufficiale nell'esecuzione della misura dell'accompagnamento coattivo di cui all'art. 349 c.p.p. in difetto dei presupposti previsti dal quarto comma di detto articolo, costituiti dal rifiuto del soggetto di farsi identificare ovvero dalla sussistenza di sufficienti elementi per ritenere la falsità delle generalità o dei documenti di identificazione da lui forniti. Cfr. Cass., Sez. VI, 19 settembre 2008, Cassone, in *Mass. Uff.*, n. 241750.