



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI PADOVA

**Dipartimento di Diritto Privato e Critica del Diritto
Dipartimento di Diritto Pubblico, Internazionale e Comunitario**

**Corso di Laurea Magistrale in
Giurisprudenza**

Anno accademico 2023-2024

**IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE DELLE PERQUISIZIONI, FRA
CORTE EUROPEA E RIFORMA CARTABIA**

Relatore:

Chiar.mo Prof. Marcello Daniele

Studente:

Jessica Bergo

Matricola: 1100753

**IL CONTROLLO GIURISDIZIONALE DELLE PERQUISIZIONI, FRA
CORTE EUROPEA E RIFORMA CARTABIA**

INDICE

***CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE*.....1**

CAPITOLO I

Attività perquirente prima della Riforma Cartabia

1. Disciplina prevista dal codice di procedura penale (Libro III Capo II)	5
2. Cenni ai principi costituzionali in relazione alla libertà personale e al domicilio (articoli 13, 14 Costituzione)	13
a) casi eccezionali: articolo 352 codice di procedura penale e leggi speciali	18
3. Rapporto tra perquisizione e sequestro	26
4. Riesame del (solo) decreto di sequestro	34
5. <i>Segue</i> : l'assenza di un rimedio impugnatorio contro il decreto di perquisizione non seguito da sequestro	38

CAPITOLO II

L'intervento della Corte EDU nel caso *Brazzi c. Italia*

1. Pronunce della Corte europea dei Diritti dell'Uomo precedenti alla causa <i>Brazzi c.</i> <i>Italia</i>	41
---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	----

1.1 Il “progetto Dalia”	42
2. Le pronunce della Corte di Cassazione	44
3. Riassunto della questione di fatto	46
4. Inammissibilità del ricorso sollevato dall’indagato <i>Brazzi</i> per la Corte di Cassazione.....	48
5. Condanna dell’Italia da parte della Corte EDU: la violazione dell’articolo 8 CEDU e l’assenza di un controllo giurisdizionale a posteriori	49
6. La Corte europea esclude l’esame dell’articolo 6 CEDU	55
7. Impatto della giurisprudenza europea con particolare riferimento alla causa <i>Brazzi c. Italia</i>	58
8. <i>Vulnus</i> convenzionale nel sistema italiano delle perquisizioni	61
9. La pronuncia <i>Brazzi c. Italia</i> riconferma l’inadeguatezza delle garanzie processuali italiane	63

CAPITOLO III

Sviluppi interni ed europei successivi alla sentenza *Brazzi c. Italia*

1. “D. d. l. Bonafede” del 2020: la prima previsione di un controllo giurisdizionale della legittimità delle perquisizioni	67
2. La proposta della commissione Lattanzi	70
3. La Corte di Giustizia sul tema di un controllo effettivo: causa <i>Gavanozov II</i> e articolo 47 Carta di Nizza	76

CAPITOLO IV

Riforma Cartabia: introduzione degli articoli 252-*bis* e 352 comma 4-*bis* nel codice

di rito

1. Opposizione al decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero: un rimedio effettivo contro una perquisizione “negativa”	81
2. Opposizione avverso l’attività perquirente disposta su iniziativa della polizia giudiziaria	91
3. <i>Segue</i> : l’opposizione dell’attività perquirente svolta dalla polizia giudiziaria al di fuori dei casi dell’articolo 352 codice di procedura penale	93
4. Luci e ombre della novella.....	95
a) Nuova garanzia per il perquisito	95
b) Le criticità della Riforma	98
<i>RILIEVI CONCLUSIVI</i>	104
Bibliografia	107
Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo	114
Giurisprudenza della Corte di Cassazione	116

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Il lavoro di tesi affronta le varie fasi che l'ordinamento italiano ha percorso prima di introdurre con la Riforma Cartabia un rimedio impugnatorio avverso le perquisizioni non seguite da sequestro, le c.d. "perquisizioni negative", cercando di rimediare a quel *vulnus* convenzionale denunciato dalla Corte europea con la sentenza *Brazzi c. Italia*.

L'ordinamento italiano, infatti, consentiva in materia di perquisizioni l'utilizzo dello strumento del riesame *ex art. 257 c.p.p.* solo nel caso in cui l'attività perquirente fosse esitata in un sequestro (c. d. "perquisizioni positive"). Nel caso opposto, invece, come denuncia la Corte di Strasburgo, l'interessato rimaneva privo di qualsivoglia tutela.

Nel primo capitolo l'intenzione è quella di ricordare la disciplina prevista dal codice di rito nel Libro III Capo II, *ante* Riforma Cartabia, in tema di perquisizione (personale, locale, domiciliare, informatica).

Dopo aver delineato i principi fondamentali in materia, viene riservata attenzione agli artt. 13 e 14 Cost., in quanto l'attività perquirente incide direttamente e in modo rilevante sulle libertà tutelate a livello costituzionale, rispettivamente, la libertà personale e domiciliare. È stato opportuno analizzare, in tale sede, se il sistema processuale italiano effettivamente avesse delineato una disciplina in materia di perquisizioni conforme a queste garanzie costituzionali (art. 13 e 14 Cost.).

Vengono, poi, presi in considerazione i casi eccezionali contenuti nell'art. 352 c.p.p. e nelle leggi speciali, in particolare in materia di stupefacenti e di armi (d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 e T.U.L.P.S.), che regolano l'attività perquirente esercitata dalla polizia giudiziaria *motu proprio*. A seguire, viene brevemente illustrato il rapporto tra perquisizione e sequestro, nonché la distinzione tra perquisizione "positiva" e "negativa".

Fin dal primo capitolo si può riscontrare una mancanza di tutela nel caso in cui l'attività di ricerca invasiva non sia esitata in sequestro. La norma che disciplina il riesame *ex art. 257 c.p.p.* non può, infatti, essere applicata in questo caso, in virtù del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione.

Dopo aver constatato che il sistema processuale penale italiano manca di un rimedio impugnatorio contro la perquisizione non seguita da sequestro, il secondo capitolo si concentra sulla condanna dell'Italia da parte della Corte di Strasburgo con la sentenza *Brazzi c. Italia*. In particolare, viene riconosciuta la violazione dell'art. 8 della CEDU (diritto al rispetto della vita privata) in un caso di perquisizione domiciliare disposta dal pubblico ministero e non seguita da sequestro, ritenendo che il ricorrente Brazzi non avesse a disposizione né di un controllo giurisdizionale *ex ante* della misura né di un sindacato *ex post* sulla legittimità della stessa. La pronuncia *de qua* non è stata la prima sentenza attraverso la quale la Corte europea aveva fatto notare all'Italia questo *vulnus* convenzionale. Nella causa *L.M c. Italia*, infatti, i Giudici di Strasburgo erano arrivati a conclusioni simili. La Corte di Cassazione, però, aveva sempre ritenuto inammissibile l'introduzione in via esegetica di uno strumento simile al riesame, quantomeno con riferimento alla perquisizione locale, poiché estraneo all'impianto codicistico. L'unico tentativo di colmare tale lacuna normativa si è raggiunto con il "progetto Dalia", nel quale veniva proposto il ricorso al riesame contro il decreto di perquisizione a prescindere dall'esito della perquisizione. Tale progetto non ha, però, avuto seguito.

La pronuncia *Brazzi c. Italia*, dunque, riconferma l'inadeguatezza delle garanzie procedurali italiane in materia di perquisizioni.

Il lavoro di tesi procede con l'analisi degli sviluppi, interni ed europei, successivi alla pronuncia *Brazzini c. Italia*. In particolare, per quanto riguarda i tentativi di intervento da parte dell'ordinamento italiano, *ante* Riforma Cartabia, è rilevante approfondire il contenuto del "D. d. l. Bonafede" e la proposta formulata dalla Commissione Lattanzi.

Il "D. d. l. Bonafede" costituisce il primo intervento in relazione ad un controllo giurisdizionale della legittimità della sola perquisizione. L'obiettivo è quello di creare con urgenza un rimedio impugnatorio avverso il decreto di perquisizione o di convalida della perquisizione, anche nel caso in cui all'attività perquirente non sia seguito un provvedimento di sequestro. Segue, poi, la proposta della Commissione Lattanzi che ha dato un contributo di estremo rilievo ai lavori preparatori che hanno portato alla legge 27 settembre 2021, n. 134.

Per quanto riguarda, invece, gli interventi europei viene presa in considerazione la sentenza *Gavanozov II* della Corte di Giustizia. Quest'ultima, in tale pronuncia, ha sostenuto che ogni atto di indagine – adottato attraverso lo strumento dell'ordine europeo di indagine penale - deve essere impugnabile.

L'ultimo capitolo, fulcro del lavoro di tesi, è dedicato alla Riforma Cartabia, in particolare l'introduzione dell'istituto di opposizione contro il decreto di emissione o di convalida della perquisizione al g.i.p. (artt. 252-*bis* e 352 co. 4-*bis* c.p.p.). L'inedita norma (art. 252-*bis* c.p.p.) viene analizzata in relazione all'ambito operativo, ai soggetti legittimati a presentare l'opposizione (in particolare il profilo concernente l'interesse a impugnare) e ai motivi a base dell'impugnazione. Inoltre, in tema di opposizione avverso l'attività perquirente disposta *motu proprio* dalla polizia giudiziaria, ci si interroga sulla possibilità di applicare il nuovo strumento contro le perquisizioni svolte dalla polizia giudiziaria al di fuori dei casi dell'art. 352 c.p.p.

Il lavoro di tesi si conclude con l'analisi degli aspetti positivi (“l'accuratezza della motivazione”) e delle criticità della novella (ad esempio l'utilizzabilità dei verbali delle operazioni compiute durante una perquisizione illegittima).

CAPITOLO I

Attività perquirente prima della Riforma Cartabia

SOMMARIO: 1. Disciplina prevista dal codice di procedura penale (Libro III Capo II). - 2. Cenni ai principi costituzionali in relazione alla libertà personale e al domicilio (articoli 13, 14 Costituzione). - a) casi eccezionali: articolo 352 codice di procedura penale e leggi speciali. - 3. Rapporto tra perquisizione e sequestro. - 4. Riesame del (solo) decreto di sequestro. - 5. *Segue*: l'assenza di un rimedio impugnatorio contro il decreto di perquisizione non seguito da sequestro.

1. Disciplina prevista dal codice di procedura penale (Libro III Capo II)

La perquisizione, disciplinata negli artt. 247-252-*bis* c.p.p., è un mezzo di ricerca della prova¹ che ha lo scopo di individuare e assicurare elementi aventi valore probatorio o di procedere all'arresto dell'imputato o alla cattura dell'evaso.

Presupposto di tale istituto è l'esistenza di un fondato motivo di ritenere che taluno occulti il corpo del reato o cose pertinenti al reato (art. 247 c.p.p.). L'esercizio di questo potere non può basarsi su congetture o sospetti, ma è strettamente subordinato all'esistenza di indizi di un certo rilievo, tutti convergenti nella funzionale prospettiva di accreditare la probabilità che l'oggetto da ricercare si trovi sulla persona da perquisire o nel luogo che l'autorità intende perquisire². La perquisizione sarà legittima nella misura in cui avrà ad oggetto la ricerca di un dato afferente ad un reato; altrimenti, in difetto di un riconosciuto nesso pertinenziale con l'attività criminosa, tale strumento si trasformerebbe inopinatamente in un mezzo di acquisizione di una *notitia criminis*³.

¹ M. BARGIS, voce *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, p. 1.

² P. BALDUCCI, voce *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 2000, p. 979.

³ P. BALDUCCI, voce *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 2000, p. 980.

La perquisizione è un atto di indagine irripetibile e “a sorpresa”⁴, conseguentemente né l’interessato né il difensore sono preventivamente avvisati.

L’art. 247 c.p.p. prevede diverse forme di perquisizione: personale, locale e informatica.

La perquisizione personale, ai sensi dell’art. 247 co. 1 c.p.p., può essere disposta quando sussiste il fondato motivo di ritenere che taluno occulti sulla persona il corpo del reato o cose pertinenti al reato. È un’attività che comprende sia una ricerca coattiva sul corpo della persona sia una ricerca di cose che riguardano l’immediata sfera di custodia del perquisendo (abiti, portafogli, valigie, borse)⁵. Soggetto passivo di questa forma di perquisizione può essere qualsiasi persona, non solo l’imputato o la persona sottoposta alle indagini, ma anche terze persone, ovviamente sempre a condizione che vi sia fondato motivo di ritenere che occultino sulla loro persona il corpo del reato o delle *res* ad esso pertinenti; fanno eccezione i soggetti che godono dell’immunità diplomatica o consolare, i membri del Parlamento nazionale o europeo, i giudici della Corte costituzionale⁶. In particolare, l’art. 68 co. 2 Cost. ammette le perquisizioni nei confronti dei parlamentari, qualora le autorizzi la Camera competente. L’autorizzazione non è necessaria se il membro del Parlamento è colto nell’atto di commettere un delitto per il quale è previsto l’arresto obbligatorio in flagranza⁷.

Ai sensi dell’art. 249 co. 1 c.p.p., prima di procedere alla perquisizione personale, deve essere consegnata una copia del decreto all’interessato. Al fine di garantire il rispetto del diritto alla libertà personale (art. 13 Cost.), il privato ha diritto a farsi assistere da persona di fiducia, purché questa sia prontamente reperibile e idonea a norma dell’art. 120 c.p.p.,

⁴ M. BARGIS, voce *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, p. 1; V. GREVI, G. ILLUMINATI, *Prove*, aa. vv. M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, X ed., Cedam, 2020, p. 305.

⁵ M. BARGIS, voce *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, p. 2.

⁶ M. BARGIS, voce *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, p. 3.

⁷ M. BARGIS, voce *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, p. 2.

quindi idonea ad intervenire come testimone ad atti del procedimento. Il difensore può intervenire all'atto ma non ha diritto ad essere preavvertito del suo compimento perché, come detto precedentemente, si tratta di un atto "a sorpresa". Infine, ai sensi del co. 2 art. 249 c.p.p., l'attività di ricerca deve essere eseguita nel rispetto della dignità e, nei limiti del possibile, del pudore di chi vi è sottoposto. Il legislatore ha infatti imposto che le operazioni relative a tale forma di atto, fatte salve situazioni di impossibilità o assoluta urgenza, devono essere eseguite da persone dello stesso sesso del perquisendo. Sono esclusi i casi in cui chi esegue la perquisizione svolge una professione sanitaria⁸.

La perquisizione locale, ai sensi dell'art. 247 co. 2 c.p.p., invece, può essere disposta quando vi è il fondato motivo di ritenere che il corpo del reato o cose pertinenti al reato si trovino in un determinato luogo ovvero che in esso possa eseguirsi l'arresto dell'imputato o dell'evaso. È un'attività di "perlustrazione" di un determinato luogo che non si limita alla mera osservazione, altrimenti non si differenzerebbe dalla mera ispezione locale di cui all'art. 246 c.p.p., ma prevede un'attività di concreta ricerca attraverso il contatto materiale con le cose e i luoghi e la possibilità di eseguire qualsiasi operazione considerata necessaria per assicurare l'acquisizione degli elementi di prova⁹. Mentre la perquisizione personale ha esclusivamente una funzione probatoria, quella locale può svolgere, come già ricordato, sia una funzione probatoria sia una funzione coercitiva. Similmente a quanto avviene per la perquisizione personale, la perquisizione locale può essere disposta in qualsiasi luogo, indipendentemente dal fatto che appartenga all'imputato (o alla persona sottoposta alle indagini) o all'evaso; fanno eccezione le sedi diplomatiche o di organizzazioni internazionali, gli archivi consolari, le abitazioni di

⁸ M. BARGIS, voce *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, p. 6.

⁹ M. TORRE, *Perquisizioni e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un "controllo effettivo" sulla necessità dell'ingerenza*, in *Processo penale & giustizia* n. 2, 2019, p. 434.

membri del Parlamento nazionale ed europeo, le abitazioni dei giudici della Corte costituzionale¹⁰.

La copia del decreto è consegnata all'imputato, se presente, e a chi ha il possesso o la detenzione. Ai fini della legittimità del decreto di perquisizione non è necessaria la consegna della copia dell'atto al co-detentore dei locali perquisiti¹¹. Inoltre, l'avviso al soggetto sottoposto a perquisizione locale della facoltà di assistenza o rappresentanza è previsto solo nel caso di perquisizione effettuata dall'autorità giudiziaria, mentre tale formalità non si richiede per quella effettuata dalla polizia giudiziaria in flagranza di reato, salva comunque la facoltà del difensore di assistervi senza diritto ad essere preventivamente avvisato. Se manca chi ha l'attuale disponibilità del luogo, la copia è consegnata e l'avviso è rivolto a un congiunto, un coabitante o un collaboratore ovvero, in mancanza, al portiere o chi ne fa le veci. Qualora, manchi qualsiasi persona indicata nell'art. 250 co. 2 c.p.p., la copia del decreto è depositata nella cancelleria o segreteria dell'autorità che l'ha disposta, con affissione alla porta del luogo dell'avvenuta perquisizione.

L'ultimo comma della norma in esame prevede il divieto di allontanamento dal luogo e la perquisizione personale delle persone presenti o sopraggiunte quando l'autorità giudiziaria ritiene che le stesse possano occultare il corpo del reato o cose pertinenti al reato, purché le prescrizioni siano con decreto motivato. In questo caso si parla di perquisizione mista¹². Inoltre, la giurisprudenza ha precisato che, una volta che sia stata legittimamente disposta una perquisizione locale, la riservatezza dell'indagato subisce una

¹⁰ M. BARGIS, voce *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, p. 3.

¹¹ Cass. Pen., Sez. II, 7 giugno 2019, n. 34875.

¹² M. BARGIS, voce *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, p. 6; P. BALDUCCI, voce *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 2000, p. 984.

compressione che include necessariamente il sacrificio derivante dalla documentazione fotografica delle operazioni esecutive e dei luoghi in cui esse si sono svolte¹³. La circostanza che un provvedimento di perquisizione preveda la possibilità di perquisire anche le persone presenti all'espletamento dell'atto o quelle che sopraggiungono nel corso dello stesso non trasforma i terzi estranei alle indagini in persone indiziate¹⁴.

Sia per la perquisizione personale che per quella locale l'art. 248 c.p.p. prevede la richiesta di consegna come attività prodromica rispetto alla perquisizione, quando l'attività di ricerca riguardi una cosa determinata¹⁵. Nell'ipotesi in cui tale cosa venga presentata in adesione all'invito dell'autorità procedente, la perquisizione medesima potrà essere evitata, a meno che non si ritenga utile procedervi per la completezza delle indagini (art. 248 co. 1 c.p.p.). Questa disposizione, in caso di atti, documenti e corrispondenza presso banche, non potrà applicarsi qualora i responsabili di tali istituti bancari non diano il loro consenso¹⁶. In questo caso l'autorità giudiziaria dovrà necessariamente procedere a perquisizione (art. 248 co. 2 c.p.p.).

Nell'ambito della perquisizione locale, il legislatore ha riservato una disciplina *ad hoc* per la perquisizione domiciliare. Il domicilio è da identificare come quello spazio isolato dall'ambiente esterno e adibito all'esercizio di un'attività privata, non solo domestica, sempre che il titolare dell'area abbia inteso normalmente escludere la presenza di terzi¹⁷.

La perquisizione domiciliare *ex art. 251 co. 1 c.p.p.* è un'attività di ricerca presso

¹³ Cass. Pen., Sez. II, 12 giugno 1997, n. 3513.

¹⁴ P. BALDUCCI, voce *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 2000, p. 984.

¹⁵ V. GREVI, G. ILLUMINATI, *Prove*, aa. vv. M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, X ed., Cedam, 2020, p. 306.

¹⁶ V. GREVI, G. ILLUMINATI, *Prove*, aa. vv. M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, X ed., Cedam, 2020, p. 307.

¹⁷ M. BARGIS, *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, p. 3.

un'abitazione o nei luoghi chiusi adiacenti ad essa. Nella nozione di luogo chiuso adiacente all'abitazione dell'interessato è ricompreso anche l'abitacolo dell'autovettura, posteggiata presso il suo domicilio e nella sua disponibilità, non differendo funzionalmente la struttura di tale abitacolo da qualsiasi altro luogo chiuso idoneo a ricevere ed occultare cose attinenti al reato¹⁸.

La perquisizione domiciliare non può essere iniziata prima delle ore sette e dopo le ore venti (art. 251 co. 1 c.p.p.), in rispetto del principio costituzionale della privata dimora. Ai sensi dell'art. 251 co. 2 c.p.p., l'autorità giudiziaria può, nei casi urgenti, disporre per iscritto che l'attività di ricerca sia eseguita fuori dai limiti temporali previsti dal co.1 dell'art. 251 c.p.p. Anche la polizia giudiziaria può eseguire la perquisizione fuori dai limiti temporali indicati nel co. 1 dell'art. 251 c.p.p., quando procede di sua iniziativa, se l'esecuzione nei limiti di tempo descritti potrebbe pregiudicare l'esito dell'atto. La situazione di urgenza, secondo un orientamento giurisprudenziale, deve essere valutata al momento in cui viene emesso il provvedimento e non con un giudizio *ex post*, con la conseguenza che sulla legittimità del decreto non può influire il comportamento successivo della polizia giudiziaria, anche se, nell'ipotesi, possa definirsi negligente¹⁹.

Infine, per effetto delle modifiche introdotte dalla l. 18 marzo 2008, n. 48, è stato previsto che le perquisizioni possono avere ad oggetto anche sistemi informatici o telematici²⁰. Per perquisizione informatica, art. 247 co. 1-*bis* c.p.p., si intende quell'attività di ricerca che ha per oggetto un dispositivo informatico all'interno del quale l'autorità giudiziaria ritiene siano custodite informazioni, dati, programmi riconducibili al reato e che possono

¹⁸ Cass. Pen., Sez. II, 5 novembre 1990, n. 10602.

¹⁹ M. BARGIS, *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, p. 7.

²⁰ V. GREVI, G. ILLUMINATI, *Prove*, aa. vv. M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, X ed., Cedam, 2020, p. 305.

essere utili alle indagini preliminari. Non può essere disposta per il perseguimento di finalità meramente esplorative e di mera investigazione, in assenza di una già acquisita notizia di reato, rimanendo escluso che possa invocarsi il dispositivo di cui al co. 2 dell'art. 248 c.p.p., ai sensi del quale è consentita l'acquisizione di dati, informazioni e programmi informatici presso "banche", le quali fanno riferimento ai soli istituti di credito e non alle banche dati da chiunque possedute²¹. Infatti, l'elenco delle cose acquisibili mediante la procedura prevista dal co. 2 dell'art. 248 c.p.p. allude a oggetti di natura cartacea e, dunque, la norma si applica ai soli istituti di credito, e non ai gestori di sistemi informatici o telematici²².

Gli organi legittimati a disporre una perquisizione (personale, locale, telematica) sono indicati dall'art. 247 co. 3 c.p.p. Quest'ultimo prevede che l'autorità giudiziaria possa procedere personalmente oppure decidere che l'atto sia eseguito da ufficiali di polizia giudiziaria delegati con lo stesso decreto motivato di perquisizione. La perquisizione sarà disposta dal pubblico ministero nel caso in cui siano in corso le indagini preliminari, mentre sarà disposta da un giudice se è già stata esercitata l'azione penale o è iniziato il processo²³. L'atto con cui l'autorità giudiziaria dispone la perquisizione è un decreto motivato (art. 247 co. 2 c.p.p., artt. 13 co. 2 e 14 co. 2 Cost.). L'attività di ricerca coattiva può essere eseguita anche dalla polizia giudiziaria se ricorrono i presupposti elencati dall'art. 352 c.p.p. o dalle leggi speciali²⁴.

²¹ Cass. Pen., Sez. IV, 17 aprile 2012, n. 19618.

²² Tribunale Pisa, Sez. riesame, 23 novembre 2011.

²³ P. BALDUCCI, voce *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 2000, p. 980.

²⁴ Sullo specifico potere perquirente della polizia giudiziaria v. *infra* Capitolo I, par. 2, lett. a).

Particolari forme di perquisizione sono quelle contenute nell'art. 248 co. 2 c.p.p. (perquisizioni presso banche) e quelle contenute nell'art. 103 c.p.p. (perquisizioni presso il difensore).

L'art. 248 co. 2 c.p.p. riconosce all'autorità giudiziaria o agli ufficiali di polizia giudiziaria da questa delegati la facoltà di esaminare atti, documenti e corrispondenza presso le banche. Solo in caso di rifiuto da parte dell'istituto bancario l'autorità giudiziaria potrà procedere a perquisizione locale. In tali specifici casi, dunque, il legislatore ha conferito, dunque il potere di procedere all'attività di perquisizione sia al pubblico ministero che alla polizia giudiziaria delegata espressamente. Il codice di rito attua un equo contemperamento tra l'interesse alla speditezza ed efficienza delle indagini e quello alla riservatezza degli istituti bancari²⁵.

Invece, la perquisizione nello studio professionale del difensore è ammessa quando i difensori o le persone che lavorano stabilmente nello stesso ufficio siano imputati e limitatamente ai fini dell'accertamento del reato loro attribuito ovvero quando, sia o meno imputato il difensore, l'atto d'indagine miri a rilevare tracce o altri effetti materiali del reato o a ricercare cose o persone specificamente predeterminate. L'art. 103 co. 1 c.p.p. prevede questa forma di attività solo in due casi, denotando così il carattere assolutamente eccezionale di tale norma²⁶. I diritti che assumono particolare rilievo e ricevono una specifica tutela sono quelli della libertà e inviolabilità del domicilio professionale e della libera disponibilità e segretezza di cose funzionali all'esercizio della difesa tecnica e delle comunicazioni²⁷. Le speciali garanzie di libertà del difensore (art.

²⁵ V. GREVI, G. ILLUMINATI, *Prove*, aa. vv. M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, X ed., Cedam, 2020, p. 306.

²⁶ P. BALDUCCI, voce *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 2000, p. 985.

²⁷ P. BALDUCCI, voce *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 2000, p. 985.

103 c.p.p.) tutelano il segreto professionale e il libero esercizio dell'attività difensiva; garanzie, queste ultime, che hanno una copertura costituzionale nell'art. 24 Cost., che sancisce l'inviolabilità della difesa come garanzia fondamentale nei rapporti civili. È imprescindibile la motivazione del provvedimento visto che la perquisizione incide sull'inviolabilità di domicilio ex art. 14 Cost.²⁸ Legittimato a procedere è il giudice ovvero, nel corso delle indagini preliminari, il pubblico ministero.

2. Cenni ai principi costituzionali in relazione alla libertà personale e al domicilio (articoli 13, 14 Costituzione)

L'istituto della perquisizione incide in modo rilevante sui diritti di libertà tutelati a livello costituzionale, in particolare la libertà personale (art. 13 Cost.) e il domicilio (art. 14 Cost.)²⁹. Il legislatore ha infatti optato per un concreto rafforzamento della dimensione garantista delle previsioni ad essi collegate, a cominciare, ad esempio, dalla necessità del decreto motivato dell'autorità giudiziaria quale presidio indefettibile per il legittimo esercizio dei corrispondenti poteri. Anche quando, in via eccezionale, la legge facoltizza l'autorità di pubblica sicurezza a compiere una perquisizione autonomamente, gli artt. 13 e 14 Cost., prevedono infatti che questa attività vada vagliata ed eventualmente convalidata in termini assai brevi dall'autorità giudiziaria. In questi casi, dunque, il controllo del magistrato rimane requisito legittimante l'azione perquirente, ma è posto a valle della medesima.

L'art. 13 Cost., dopo aver riconosciuto il valore assoluto e inviolabile della libertà personale (co.1), sancisce una riserva di giurisdizione (co. 2), la quale prevede che non è

²⁸ P. BALDUCCI, voce *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 2000, p. 986.

²⁹ V. GREVI, G. ILLUMINATI, *Prove*, aa. vv. M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, X ed., Cedam, 2020, p. 305.

ammessa alcuna forma di detenzione, di ispezione o perquisizione personale, né qualsiasi altra restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell'autorità giudiziaria e nei soli casi e modi stabiliti dalla legge. La necessità di un provvedimento motivato fonda sull'esigenza di porre l'interessato in condizione di conoscere le ragioni che hanno determinato l'autorità giudiziaria a compiere l'atto ed eventualmente di impugnarlo³⁰.

La dottrina³¹ si è interrogata sulla possibilità o meno di applicare alle operazioni di perquisizione (personale, locale, domiciliare) l'art. 111 co. 7 Cost., il quale autorizza il ricorso per cassazione contro provvedimenti sulla libertà personale laddove siano emessi da organi giurisdizionali. I decreti di perquisizione emessi dal pubblico ministero, tuttavia, non hanno carattere "giurisdizionale" e, per conseguenza, non pare poter trovare applicazione in questo caso la garanzia di cui all'art. 111 Cost. Nell'escludere l'impugnabilità dei decreti di perquisizione locale, la dottrina precisa che la loro esecuzione materiale non comporta restrizioni alla libertà fisica/personale degli interessati, ma soltanto la compressione del diritto alla disponibilità delle *res* aventi rilevanza probatoria oggetto dell'attività di ricerca e dell'eventuale successivo sequestro³². La situazione cambia nel caso di perquisizioni domiciliari, infatti, in tali ipotesi l'attività di ricerca coattiva è in grado di incidere, seppure solo indirettamente, sulla libertà personale del privato, con conseguente ammissibilità del ricorso diretto in Cassazione *ex*

³⁰ F. FALATO, (il) *Legittimità sistemica delle perquisizioni. Tra normazione nazionale e giurisdizione europea. A proposito di Corte EDU, prima sezione, 27 settembre 2018, causa Brazzj c. Italia*, in www.archiviopenale.it, 2019, p. 33.

³¹ E. BASSO, sub. *Art. 247*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, coordinato da Chiavario, vol. II, Torino, 1990, p. 707; G. BELLANTONI, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, 2000, p. 60; F. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 829; M. BARGIS, voce *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. IX, Torino, 1995, p. 492.

³² M. TORRE, *Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un "controllo effettivo" sulla necessità dell'ingerenza*, in *processo penale e giustizia* n. 2, 2019, p. 440.

art. 568 co. 2 c.p.p.³³ Opposto, invece, pare essere il pensiero della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale è sempre inammissibile il ricorso per cassazione avverso il decreto di perquisizione domiciliare non seguito da sequestro, in quanto non ha natura decisoria e non incide sulla libertà personale³⁴. Il provvedimento, quindi, attinente alla perquisizione domiciliare non può mai essere assunto tra le misure giudiziali sulla libertà personale, per le quali, come già osservato, l'art. 111 co. 7 Cost. garantisce il ricorso immediato per cassazione. Ed è proprio tale consolidata giurisprudenza nazionale che, come si avrà modo di approfondire successivamente, pare aver dato causa al contenzioso poi sfociato nella sentenza *Brazzi c. Italia*³⁵. Per quanto riguarda, invece, le perquisizioni personali la dottrina maggioritaria ritiene che l'attività esecutiva di una perquisizione personale incida senza dubbio sulla libertà personale del privato sottopostovi. Sembra, quindi, doveroso ammettere la possibilità di presentare ricorso contro il decreto che la dispone per violazione di legge ai sensi dell'art. 111 co. 7 Cost., a prescindere dall'esito processuale di tale attività³⁶.

Sono legittimi, ai sensi dell'art. 13 co. 3 Cost., interventi limitativi della libertà, anche se provvisori, posti in essere dall'autorità di pubblica sicurezza solo in casi eccezionali di necessità ed urgenza. La norma stabilisce in modo accurato quali sono i limiti di questo potere restrittivo concesso alle forze di polizia: la provvisorietà del provvedimento, la necessità della convalida dell'autorità giudiziaria in un ristretto contesto temporale, la

³³ M. TORRE, *Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un "controllo effettivo" sulla necessità dell'ingerenza*, in *processo penale e giustizia* n. 2, 2019, p. 440.

³⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 27 novembre 2012, n. 46250; Cass. Pen., Sez. III, 8 marzo 2011, n. 8999.

³⁵ V. *infra* Capitolo III.

³⁶ M. TORRE, *Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un "controllo effettivo" sulla necessità dell'ingerenza*, in *processo penale e giustizia* n. 2, 2019, p. 440.

eccezionalità della situazione concreta e la necessità ed urgenza del provvedimento stesso che non consente il preventivo intervento dell'autorità giudiziaria.

Per quanto riguarda la tutela del domicilio, l'art. 14 Cost., dopo aver sancito la sua inviolabilità (co.1), prevede che non si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale (co. 2).

Il legislatore ha provato a tutelare tali diritti fondamentali a livello normativo, ad esempio, la perquisizione può essere disposta solo dall'autorità giudiziaria, nel corso delle indagini preliminari dal pubblico ministero mentre nelle successive fasi dell'udienza preliminare e del dibattimento dal giudice che procede, con decreto che deve dare conto del fondato motivo di ritenere che taluno occulti sulla persona il corpo del reato o cose pertinenti al reato (art. 247 co. 1 c.p.p.) o che tali cose si trovino in un determinato luogo ovvero che in esso possa eseguirsi l'arresto dell'imputato o dell'evaso (art. 247 co. 2 c.p.p.). Tale nozione di "fondato motivo" rimanda a un *quid pluris* rispetto alla mera possibilità; infatti, deve risultare da circostanze obiettive e non essere frutto di mere convinzioni personali dell'organo perquirente.

L'impatto che esercitano gli artt. 13 e 14 Cost. sulla disciplina delle perquisizioni, personali e domiciliari, è stato messo in particolare risalto da una pronuncia della Corte costituzionale³⁷. In tale occasione, la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale, per contrasto con gli artt. 13 co. 2 e 14 co. 2 Cost., dell'art. 103 co. 3 d. P. R. 9 ottobre 1990, n. 309 (Testo Unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza), nella parte in cui non prevede che anche le perquisizioni personali e domiciliari autorizzate per

³⁷ Corte cost. n. 252 del 2020.

telefono debbano essere convalidate. Sulla base di questa norma contenuta nel T.u. stupefacenti era configurabile una perquisizione di polizia giudiziaria autorizzata oralmente senza un decreto motivato e senza necessità di convalida, incompatibile, dunque, con le garanzie costituzionali che richiedono un atto motivato dell'autorità giudiziaria³⁸. La Corte ha affermato, in questa occasione, che, benché il riferimento all'atto motivato sia presente solo nel co. 2 dell'art. 13 Cost, in relazione alle perquisizioni disposte *ab origine* dall'autorità giudiziaria, e non nel co. 3, a proposito della convalida dei provvedimenti provvisori eseguiti dall'autorità di pubblica sicurezza nei casi eccezionali di necessità e urgenza, tassativamente indicati dalla legge, l'esigenza della motivazione anche della convalida deve ritenersi implicita nel dettato costituzionale³⁹. Non avrebbe senso, infatti, che la norma costituzionale richiedesse l'atto motivato solamente quando ad agire fosse l'autorità giudiziaria di propria iniziativa e non pure nell'ipotesi, assai più delicata, in cui questa fosse chiamata a verificare la legittimità della perquisizione eseguita su iniziativa della polizia giudiziaria.

La motivazione dell'atto è evidentemente funzionale alla tutela della persona che subisce l'atto di indagine, la quale deve essere posta in grado di conoscere le ragioni alla base della limitazione dei suoi diritti fondamentali⁴⁰. Se i motivi per i quali è stata consentita la

³⁸ G. LEO, *Perquisizioni autorizzate oralmente dal pubblico ministero: la Consulta introduce l'obbligo di successiva convalida nel doppio termine di quarantotto ore*, in *www.sistemapenale.it*, 30 novembre 2020.

³⁹ Cfr., sul punto, A. M. CAPITTA, *Illegittimità costituzionale delle perquisizioni autorizzate per telefono: occorre la successiva convalida – Corte Cost., n. 252 del 2020*, in *www.archiviopenale.it*; P. FELICIONI, *Traffico di stupefacenti e perquisizioni di polizia giudiziaria: la Consulta delinea una nuova fattispecie di convalida da parte del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 6, 2020, p. 2971C.

⁴⁰ E. APRILE, *OSSERVAZIONI: C. cost., data udienza 21 ottobre 2020, n. 252*, in *Cass. pen.*, fasc. 3, 2022, p. 840; A. GASPARRE, *Se le perquisizioni e le ispezioni sono operate abusivamente, l'illegittimità si estende ai risultati probatori?*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 229, 2020, p. 6.

perquisizione restano all'interno del colloquio telefonico tra pubblico ministero e polizia giudiziaria, la tutela contenuta nelle norme costituzionali è inevitabilmente vanificata.

a) Casi eccezionali: articolo 352 codice di procedura penale e leggi speciali

L'art. 352 c.p.p. contiene le condizioni necessarie per l'attività di perquisizione eseguita ad iniziativa della polizia giudiziaria.

Ai sensi del co. 1 dell'art. 352 c.p.p., gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere a perquisizione (personale o locale), in caso di flagranza o di evasione, quando hanno fondato motivo di ritenere che sulla persona si trovino occultate cose o tracce pertinenti al reato che possono essere cancellate o disposte ovvero che tali cose o tracce si trovino in un determinato luogo o che ivi si trovi la persona sottoposta alle indagini o l'evaso.

Inoltre, ai sensi dell'art. 352 co. 2 c.p.p., gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere a perquisizione, personale o locale, nel caso di esecuzione di un'ordinanza che dispone la carcerazione nei confronti di persona imputata o condannata per uno dei delitti previsti dall'art. 380 ovvero al fermo di una persona indiziata di delitto, purché siano presenti i presupposti indicati nel co. 1 dell'art. 352 c.p.p. e sussistano particolari motivi di urgenza che non consentono l'emissione di un tempestivo decreto di perquisizione. Quindi, gli ufficiali di polizia giudiziaria, ma non gli agenti, possono procedere *motu proprio* nei seguenti casi di urgenza presunta: in caso di flagranza di reato o di evasione; nel corso di dell'esecuzione di un provvedimento restrittivo della libertà personale. Tale facoltà, non prevista nell'art. 352 c.p.p., è concessa anche agli agenti di polizia giudiziaria in particolari situazioni di necessità ed urgenza, secondo quanto

disposto dall'art. 113 disp. att. c.p.p. che regola gli accertamenti urgenti della polizia giudiziaria⁴¹.

Nella prima ipotesi (co. 1) l'urgenza è presunta⁴² *ex lege* o, meglio, è insita nello *status* di flagranza mentre nella seconda (co. 2) è necessaria la presenza di particolari motivi che non consentono l'emissione di un tempestivo decreto di perquisizione da parte dell'autorità giudiziaria.

Per quanto riguarda la perquisizione domiciliare, quest'ultima può essere eseguita anche fuori dei limiti temporali fissati dall'art. 251 co. 1 c.p.p., quando il ritardo potrebbe pregiudicarne l'esito (art. 352 co. 3 c.p.p.). Il legislatore ha, inoltre, previsto che tale modalità di perquisizione *ex art. 352 c.p.p.* possa avere ad oggetto anche sistemi informatici e telematici, ancorché protetti da misure di sicurezza, provvedendo in tal modo a rendere il dato normativo conforme alle potenzialità applicative dell'istituto in campo informatico.

Dell'avvenuta perquisizione è redatto verbale che deve essere trasmesso senza ritardo e non oltre le quarantotto ore successive al pubblico ministero, il quale convalida la perquisizione nelle quarantotto ore successive se ricorrono i presupposti⁴³. Il verbale farà parte del fascicolo del dibattimento poiché si tratta di un'attività irripetibile. La polizia giudiziaria ha quindi un potere dotato di tratti di coercizione, anche se provvisorio, esercitabile solo in presenza di determinati casi e condizioni e soggetto alla convalida ad opera dell'autorità giudiziaria.

Particolari figure di perquisizione consentite agli organi di polizia giudiziaria sono previste da leggi speciali nel caso di operazioni dirette alla prevenzione o alla repressione

⁴¹ M. BARGIS, *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995, p. 7.

⁴² P. BALDUCCI, voce *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 2000, p. 987.

⁴³ P. BALDUCCI, voce *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 2000, p. 987.

di determinati delitti in situazioni di necessità ed urgenza tali da non permettere un tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria⁴⁴. Così, ad esempio, quando tali operazioni riguardino il traffico illecito di stupefacenti, gli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria possono procedere di regola a perquisizioni, ove abbiano fondato motivo di ritenere che possano essere rinvenute sostanze stupefacenti (art. 103 co. 2 e 3 d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309). Analogo potere è attribuito ai medesimi organi nell'ambito di operazioni relative ai delitti previsti dagli artt. 416-*bis*, 648-*bis* e 648-*ter* c.p., nonché agli altri delitti indicati in questi ultimi articoli, ove abbiano fondato motivo di ritenere che possano essere rinvenuti denaro o valori costituenti il prezzo o il profitto di tali delitti ovvero armi ed esplosivi (art. 27 l. 19 marzo 1990, n. 55). Resta fermo il potere attribuito agli organi di polizia, sempre in situazioni di necessità ed urgenza, di procedere ad immediata perquisizione sul posto di persone e di mezzi di trasporto al solo fine di accertare l'eventuale possesso di armi, strumenti di effrazione ed esplosivi (art. 4 l. 22 maggio 1975, n. 152), mentre è stato attribuito ai soli ufficiali di polizia giudiziaria il potere di procedere a perquisizioni locali anche di interi edifici o blocchi di edifici. Queste perquisizioni, durante il cui svolgimento potrà venire sospesa la circolazione di persone e di veicoli nelle aree interessate, possono essere disposte quando vi sia il fondato motivo di ritenere che in tali edifici si trovino armi, munizioni ed esplosivi, ovvero che vi sia rifugiato un latitante od un evaso in relazione a taluno dei delitti di criminalità organizzata indicati all'art. 51 co. 3-*bis*, ovvero ai delitti aventi finalità di terrorismo⁴⁵.

⁴⁴ V. GREVI, G. ILLUMINATI, *Prove*, aa. vv. M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, X ed., Cedam, 2020, p. 308.

⁴⁵ V. GREVI, G. ILLUMINATI, *Prove*, aa. vv. M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, X ed., Cedam, 2020, p. 308.

Nella medesima prospettiva si colloca il potere, riconosciuto agli ufficiali di polizia giudiziaria, di procedere anche di loro iniziativa, qualora non sia possibile un tempestivo intervento dell'autorità giudiziaria, alla perquisizione degli immobili, rispetto ai quali sussistano concreti elementi per ritenere che l'autore se ne sia avvalso come luogo di riunione, di deposito o di rifugio o per altre attività connesse ai più gravi reati finalizzati alla discriminazione od alla violenza per motivi razziali, etnici, nazionali o religiosi (art. 5 co. 1 d.l. 26 aprile 1993, n. 122, convertito con l. 25 giugno 1993, n. 205)⁴⁶.

In tutte le suddette ipotesi di perquisizioni di polizia si prevede, coerentemente con la regola dettata nell'art. 352 co. 4 c.p.p., che delle operazioni compiute venga data tempestiva notizia al procuratore della Repubblica in vista della eventuale convalida delle stesse, che dovrà sopravvenire entro le successive quarantotto ore.

Particolare attenzione, in relazione ai casi in cui la polizia giudiziaria può procedere a perquisizioni, può essere riservata all'art. 103 d.P.R. 309/1990 e all'art. 41 T.U.L.P.S. Queste norme prevedono che le operazioni possono essere effettuate sulla base di informazioni confidenzialmente apprese in quanto non presuppongono necessariamente la commissione di un reato⁴⁷. Visto che non sono funzionali alla ricerca e all'acquisizione della prova di un reato di cui risulti già l'esistenza, potendo rientrare anche in un'attività di carattere preventivo, non implicano l'obbligo di avvertire la persona sottoposta a controllo del diritto all'assistenza di un difensore⁴⁸. Inoltre, queste attività di ricerca

⁴⁶ V. GREVI, G. ILLUMINATI, *Prove*, aa. vv. M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, X ed., Cedam, 2020, p. 308.

⁴⁷ Cass. Pen., Sez. I, 15 luglio 2021, n. 38605; Cass. Pen., Sez. IV, 5 novembre 2019, n. 2849; Cass. Pen., Sez. IV, 6 ottobre 2010, n. 38559; G. AMATO, *Nota a Cass. pen. n. 150 del 5 gennaio 2006*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2006, p. 3780 C.

⁴⁸ Cass. Pen., Sez. IV, 1 marzo 2018, n. 16844; Cass. Pen., Sez. III, 17 febbraio 2017, n. 19365; Cass. Pen., Sez. IV, 15 ottobre 2013, n. 9884; Cass. Pen., Sez. III, 9 febbraio 2011, n. 8097.

coattive (art. 103 d.P.R. 309/1990 e art. 41 T.U.L.P.S.), anche se effettuate illegittimamente, non rendono illegittimo l'eventuale sequestro dello stupefacente e delle altre cose pertinenti al reato rinvenute all'esito della perquisizione⁴⁹. Il rapporto tra perquisizione e sequestro verrà trattato in modo più approfondito successivamente⁵⁰.

L'art. 103 co. 2 e 3 d.P.R. 309/1990 prevede che la polizia giudiziaria possa procedere, nel corso di operazioni finalizzate alla prevenzione e alla repressione del traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, a perquisizioni quando vi sia il fondato motivo di ritenere che possano essere rinvenute tali sostanze e ricorrano i motivi di particolare necessità ed urgenza che non consentano di richiedere nemmeno l'autorizzazione telefonica del magistrato competente. Legittimati a procedere sono soltanto gli ufficiali di polizia giudiziaria, mentre per quanto concerne le modalità d'esecuzione e le garanzie difensive valgono le disposizioni del codice per le perquisizioni personali e locali. Alla polizia giudiziaria vengono attribuiti poteri investigativi particolarmente penetranti, tanto da collocare questo tipo di attività in una posizione intermedia⁵¹ tra la perquisizione disposta dal pubblico ministero con decreto motivato e quella d'iniziativa della polizia giudiziaria (art. 352 c.p.p.). Delle operazioni deve essere data notizia entro quarantotto ore al procuratore della Repubblica, il quale le convalida nelle quarantotto ore successive, sempre che ne sussistano i presupposti. Sulla base di tale disposizione, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono eseguire una perquisizione, personale o domiciliare, autorizzata oralmente senza un decreto motivato e senza necessità di convalida, e quindi senza una successiva documentazione formale delle ragioni per cui veniva rilasciata. La

⁴⁹ Cass. Pen., Sez. III, 17 febbraio 2016, n. 19365.

⁵⁰ Capitolo I, par. 3.

⁵¹ G. LEO, *Perquisizioni autorizzate oralmente dal pubblico ministero: la Consulta introduce l'obbligo di successiva convalida nel doppio termine di quarantotto ore*, in www.sistemapenale.it, 30 novembre 2020.

norma sottoponeva alla successiva convalida dell'autorità giudiziaria le sole perquisizioni effettuate senza la preventiva autorizzazione telefonica del pubblico ministero. Tale modello era indubbiamente incompatibile con le garanzie costituzionali previste dagli artt. 13 co. 2 e 14 co. 2 Cost.⁵² Come già osservato, la prima norma stabilisce che le perquisizioni personali possono essere disposte solo per atto motivato dell'autorità giudiziaria; la seconda norma estende la medesima garanzia alle perquisizioni domiciliari. La soluzione proposta dalla Corte costituzionale⁵³ è stata quella di prevedere l'obbligo di successiva convalida nel doppio termine di quarantotto ore, in sostanza ancorandosi al medesimo meccanismo di controllo del pubblico ministero che opera nel caso di perquisizione *ex art. 352 co. 4 c.p.p.* È stato così introdotto un modello rinforzato di controllo in cui la perquisizione urgente *ex art. 103 d.P.R. 309/1990* dovrà essere prima autorizzata oralmente in via informale e poi convalidata⁵⁴.

Inoltre, l'incremento di garanzie consente di superare l'anomalia rappresentata da una convalida di un atto operata dal medesimo soggetto che lo aveva già autorizzato, sempre che il controllo di legittimità *ex post* assuma la forma del decreto motivato in linea con l'interpretazione corrente dell'art. 352 co. 4 c.p.p.

La Corte puntualizza che, anche se l'art. 13 co. 3 Cost. non contiene un espresso riferimento all'atto motivato per i provvedimenti provvisori adottati in casi eccezionali di necessità, la motivazione anche della convalida deve ritenersi implicita nel dettato

⁵² A. GASPARRE, *Se le perquisizioni e le ispezioni sono operate abusivamente, l'illegittimità si estende ai risultati probatori?*, in *Diritto & Giustizia*, 27 novembre 2020.

⁵³ Corte Cost. n. 252 del 2020.

⁵⁴ P. FELICIONI, *Traffico di stupefacenti e perquisizioni di polizia giudiziaria: la Consulta delinea una nuova fattispecie di convalida da parte del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6, 2020, p. 2971C; G. LEO, *Perquisizioni autorizzate oralmente dal pubblico ministero: la Consulta introduce l'obbligo di successiva convalida nel doppio termine di quarantotto ore*, in *www.sistemapenale.it*, 30 novembre 2020.

costituzionale. Si può concludere che con la tale sentenza additiva la Corte costituzionale, in tema di traffico di stupefacenti e perquisizioni di polizia giudiziaria, ha introdotto un caso di convalida del pubblico ministero ulteriore rispetto a quelli disciplinati dal codice di procedura penale (artt. 352, 354 e 355 c.p.p.) e dalla legislazione speciale⁵⁵.

Per quanto riguarda, invece, l'art. 41 T.U.L.P.S., è rilevante soffermarsi sulla norma nella parte in cui prevede che gli ufficiali e gli agenti della polizia giudiziaria, che abbiano notizia, anche se per indizio, dell'esistenza, in qualsiasi locale pubblico o privato o in qualsiasi abitazione, di armi, munizioni o materie esplodenti, non denunciate o non consegnate o comunque abusivamente detenute, procedono immediatamente a perquisizione e sequestro. La titolarità del potere di perquisizione è più ampia rispetto a quella consentita dalla disciplina generale in materia, in quanto sono legittimati anche i semplici agenti di polizia giudiziaria. Quest'ultima può agire autonomamente anche sulla base del semplice indizio⁵⁶. Avendo i reati in materia di armi natura permanente, la norma in esame presenta un'analogia con lo schema delineato dall'art. 352 c.p.p., almeno nella misura in cui finisce con il richiedere, quale presupposto obiettivo, la flagranza di reato. In particolare, la Corte di Cassazione⁵⁷ si è espressa sulla questione della "sospetta custodia di armi". Il ricorrente in tale occasione lamentava che la perquisizione fosse stata eseguita e in seguito convalidata sulla base, non di fatti obiettivi o "notizie per indizio", bensì sulla base di mere informazioni apprese da fonti confidenziali degli inquirenti. La Corte, prima di pronunciarsi, ricorda alcuni principi fondamentali in tema di perquisizioni: la denuncia autonoma o confidenziale rappresenta né elemento di prova

⁵⁵ P. FELICIONI, *Traffico di stupefacenti e perquisizioni di polizia giudiziaria: la Consulta delinea una nuova fattispecie di convalida da parte del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6, 2020, p. 2971C.

⁵⁶ P. BALDUCCI, voce *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 2000, p. 987; Cass., Sez. I, 29 dicembre 1995, n. 12728.

⁵⁷ Cass. Pen., Sez. I, 15 luglio 2021, n. 38605; Cass. Pen., Sez. I, 12 novembre 2019, n. 15537.

né *notitia criminis*, tanto che l'accusa non può procedere, sulla base di essa, a perquisizioni, sequestri, intercettazioni telefoniche; la perquisizione è un mezzo di ricerca delle prove di un determinato reato; l'attività perquirente necessita di un provvedimento motivato nel quale deve essere indicato il *thema procedendum*⁵⁸. La perquisizione non può trasformarsi in un improprio mezzo di ricerca della *notitia criminis* e quindi l'attività perquirente necessita di un provvedimento motivato nel quale deve essere indicato il reato per il quale si procede nei suoi dati normativi specifici e con riferimento agli elementi essenziali del fatto e agli indizi che convergono nell'accreditare la probabilità che l'oggetto da ricercare si trovi nel luogo oggetto di perquisizione.

La perquisizione *ex art. 41 TULPS*, nonostante consenta agli organi di polizia di fronteggiare situazioni idonee ad esporre a grave pericolo la sicurezza o l'ordine sociale, non può fondarsi sulla base di un mero sospetto, magari tratto da un personale convincimento⁵⁹, ma può reggersi su notizie rese da fonti confidenziali. Occorre, infatti, la presenza di un dato oggettivo certo altrimenti la perquisizione diventa non solo illegittima ma anche arbitraria. Non è necessaria una notizia di reato e, con essa, la precondizione dell'autorizzazione dell'autorità giudiziaria e nemmeno vi è l'obbligo di avvertire la persona sottoposta a controllo del diritto all'assistenza di un difensore. Nel caso specifico, fermo restando l'obbligo di verbalizzazione delle operazioni compiute e di trasmissione entro le quarantotto ore successive del verbale di perquisizione all'autorità giudiziaria, l'attività di perquisizione volta alla ricerca di armi era stata eseguita a seguito di notizia confidenziale prevenuta da fonti ritenute attendibili. Ciò, per la Corte,

⁵⁸ A. UBALDI, *Sospetta custodia di armi: la perquisizione può reggersi anche su mere notizie di fonti confidenziali*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 99, 21 maggio 2020, p. 9.

⁵⁹ A. UBALDI, *Sospetta custodia di armi: la perquisizione può reggersi anche su mere notizie di fonti confidenziali*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 99, 21 maggio 2020, p. 9.

rappresenta la motivazione del provvedimento impugnato e, quindi, sussistono le condizioni di legge.

3. Rapporto tra perquisizione e sequestro

Il codice di rito prevede diverse forme di sequestro. Infatti, il legislatore si è preoccupato di distinguere il sequestro probatorio, mezzo di acquisizione della prova (artt. 253-265 c.p.p.), dalle misure cautelari reali (Libro IV, titolo II): sequestro conservativo (artt. 316-320 c.p.p.) e preventivo (artt. 321-323 c.p.p.)⁶⁰. Quest'ultimo è utilizzato quando vi sia il pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati.

Il sequestro preventivo richiede la sussistenza di due requisiti: il *fumus delicti* e il *periculum in mora*. Per quanto attiene al primo presupposto, è necessaria la commissione di un reato, sia pure accertato in via incidentale, nella sua astratta configurabilità⁶¹. Per quanto attiene al secondo, il sequestro preventivo deve intendersi come concreta, imminente ed elevata possibilità che il bene assuma carattere strumentale rispetto all'aggravamento e alla protrazione delle conseguenze del reato ipotizzato o all'agevolazione della commissione di altri reati⁶².

Circa il sequestro conservativo, la sua funzione è quella di assicurare la fruttuosa esecuzione dell'eventuale condanna al pagamento delle pene pecuniarie, delle spese del procedimento e delle obbligazioni civili derivanti da reato (art. 316 co. 1 c.p.p.), attraverso

⁶⁰ V. GREVI, G. ILLUMINATI, *Prove*, aa. vv. M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, X ed., Cedam, 2020, p. 309.

⁶¹ A. M. DE SANTIS, voce *Sequestro preventivo*, in *Dig. disc. pen.*, 1997, p. 2.

⁶² A. M. DE SANTIS, voce *Sequestro preventivo*, in *Dig. disc. pen.*, 1997, p. 2.

il vincolo posto sui beni mobili o immobili dell'imputato, nonché sulle somme o cose a lui dovute⁶³.

In caso di sequestro probatorio, l'oggetto della misura è il corpo del reato nonché le cose pertinenti al reato necessarie per l'accertamento dei fatti⁶⁴. È un atto che, solitamente, segue le perquisizioni o ispezioni, ad opera della polizia giudiziaria, su delega del pubblico ministero (art. 270 c.p.p.), ovvero, in caso di urgenza, *motu proprio* (salvo, in tal caso, la successiva necessaria convalida). Nel decreto che dispone il sequestro probatorio del corpo del reato l'inquirente deve fornire una motivazione sulle esigenze probatorie che intende soddisfare. La nozione di corpo del reato non comprende solo le cose sulle quali o mediante le quali il reato è stato commesso ma anche quelle che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo (art. 253 co. 2 c.p.p.). Si tratta delle stesse cose per la cui ricerca può essere disposta la perquisizione (art. 247 c.p.p.)⁶⁵, sicché è del tutto coerente con i meccanismi del sistema che si rifletta sul rapporto di logica consequenzialità tra perquisizione e sequestro. Proprio per questo motivo sia la dottrina sia la giurisprudenza si sono domandate se tra questi istituti sussista o meno un rapporto funzionale e, conseguentemente, se l'illegittimità della perquisizione possa o meno riflettersi sul secondo, invalidandone la funzione dimostrativa.

La questione dell'eventuale illegittimità del sequestro in seguito a perquisizione irregolare è un tema ampiamente sviscerato nel dibattito sviluppatosi negli anni sulla categoria della c.d. "inutilizzabilità derivata" anche se quest'ultima non sembra lo strumento adatto per sancire l'inefficacia probatoria delle cose sequestrate a seguito di attività perquirente

⁶³ M. MONTAGNA, voce *Sequestro conservativo penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1997, p. 4.

⁶⁴ S. MONTONE, voce *Sequestro penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1997, p. 2.

⁶⁵ S. MONTONE, voce *Sequestro penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1997, p. 3.

illegittima⁶⁶. La perquisizione è pura ricerca, in quanto il suo obiettivo è soltanto il rinvenimento del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato, mentre la fase successiva di apprensione delle *res* reperite è regolata attraverso il sequestro che, pur rientrando fra i mezzi di ricerca della prova, è, più specificamente, un mezzo di assicurazione della prova⁶⁷. Considerato che l'inutilizzabilità è un vizio che colpisce esclusivamente le prove, non può avere ad oggetto un'attività di ricerca ma semmai può incidere sulle *res* sequestrate⁶⁸.

Per quanto riguarda il rapporto tra perquisizione e sequestro, un primo orientamento, che si basa sull'idea che vi sia un legame meramente occasionale tra i due atti in mancanza di una sequela causale perché privi di una interdipendenza nei termini indicati dall'art. 185 co. 2 c.p.p., sostiene che il sequestro non dipende dalla perquisizione⁶⁹. Può accadere che la ricerca coattiva venga dichiarata illegittima, quanto a presupposti, persona dell'esecutore, modi, tempo comportando responsabilità disciplinari o addirittura penali (art. 609 c.p.p.), ma il reperto è comunque vincolabile col sequestro, salvo non siano presenti divieti probatori espliciti o univocamente enucleabili dal sistema⁷⁰.

Un secondo orientamento, invece, ritiene che tra perquisizione e sequestro vi sia un rapporto di dipendenza causale e necessaria, quindi, l'attività di ricerca invalida non potrà

⁶⁶ A. CABIALE, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via tra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, p. 119.

⁶⁷ A. CABIALE, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via tra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, p. 120.

⁶⁸ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze*, in *www.archiviopenale.it*, 5 maggio 2023, p. 22.

⁶⁹ R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzi c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n. 134*, in *www.archiviopenale.it*, 2022, n. 2, pag. 10.

⁷⁰ Cass. pen., Sez. II, 23 dicembre 2016, n. 15784; Cass. pen., Sez. III, 17 febbraio 2016, n. 19365.

che riverberarsi sul sequestro⁷¹. Si valorizza in questo caso il dato testuale contenuto nell'art. 252 c.p.p.⁷², il quale qualifica il sequestro conseguente a perquisizione come adempimento obbligatorio e imprescindibile conseguenza dell'attività perquirente della quale condivide oggetto materiale e presupposti normativi⁷³. La norma contenuta nell'art. 252 c.p.p. vincola al punto che l'ufficiale di polizia giudiziaria che esegue l'attività perquirente sottopone comunque a sequestro le cose rinvenute in quanto "atto dovuto", non considerando i vizi dell'attività di ricerca oppure in attuazione di un decreto del pubblico ministero che in seguito si scopre essere carente per quanto riguarda la motivazione⁷⁴.

Il contrasto tra le tesi appena esposte si basa sulla diversità di vedute sull'inutilizzabilità del sequestro in caso di perquisizione illegittima. Nel 2012 la Corte di cassazione, con l'obiettivo di preservare il più possibile l'integrità del compendio probatorio, ha sostenuto che l'art. 185 c.p.p. non è analogicamente applicabile in materia di inutilizzabilità; quindi, le prove inutilizzabili non trasmettono il vizio a quelle successivamente acquisite⁷⁵.

Il tema dell'inutilizzabilità derivata riemerge con due recenti sentenze del giudice delle leggi⁷⁶. La Corte costituzionale ha infatti dichiarato inammissibili le questioni di legittimità

⁷¹ G. SCHENA, *In merito agli effetti invalidanti della perquisizione illegittima sul conseguente sequestro, ovvero il fenomeno processuale dell'inutilizzabilità derivata*, in *Diritto di Difesa*, fasc. 3, 2021, p. 592.

⁷² Cass. Pen., Sez. V, 24 luglio 2017, n. 36724.

⁷³ A. CABIALE, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via tra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013, p. 120; Cass., Sez. un., 27 maggio 1996, n. 3; R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzi c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n. 134*, in *arch. pen.*, 2022, n. 2, pag. 11; C. MORSELLI, *L'idolo del sequestro come "atto dovuto" che impedisce la declaratoria di illegittimità in caso di perquisizione illegittima*, in *Proc. pen. e giust.*, 2020, n. 10, p. 111.

⁷⁴ G. SCHENA, *In merito agli effetti invalidanti della perquisizione illegittima sul conseguente sequestro, ovvero il fenomeno processuale dell'inutilizzabilità derivata*, in *Diritto di Difesa*, fasc. 3, 2021, p. 592.

⁷⁵ Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2012, n. 1258; F. ZACCHE', *Operazione antidroga condotta dalla polizia municipale: riflessioni in punto di utilizzabilità della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2013.

⁷⁶ Corte cost. n. 252 del 2020; Corte cost. n. 219 del 2019.

costituzionale, in riferimento agli artt. 2, 3, 13, 14, 97 co. 2 e 117 co. 1 Cost., dell'art. 191 c.p.p., nella parte in cui non prevede che l'inutilizzabilità riguardi anche gli esiti probatori, compreso il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, degli atti di perquisizione ed ispezione compiuti dalla polizia giudiziaria fuori dei casi tassativamente previsti dalla legge o non convalidati dall'autorità giudiziaria con provvedimento motivato. La giurisprudenza nega che l'illegittimità dell'attività di ricerca coattiva si propaghi al successivo sequestro, avendo accolto le conclusioni della Cassazione a sezioni unite, la quale, aveva sostenuto che, se è vero che l'illegittimità della ricerca della prova non può non diffondere i suoi effetti invalidanti sui risultati che quella ricerca ha consentito di acquisire, è altrettanto vero che quando quella ricerca si sia conclusa con il rinvenimento ed il sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato, è lo stesso ordinamento processuale a considerare irrilevante il modo attraverso il quale al sequestro si sia pervenuti⁷⁷.

Il ragionamento della Corte muove dal riconoscimento del ruolo cardine, all'interno del sistema processuale, dell'art. 191 c.p.p. Quest'ultimo prevede in via generale la sanzione dell'inutilizzabilità patologica per le prove acquisite in violazione dei divieti stabiliti dalla legge. Proprio il rapporto con l'istituto della nullità *ex* artt. 117 e ss. c.p.p. costituisce il motivo della parte in diritto della sentenza annotata, in relazione tanto alla necessità quanto all'utilità di tracciare un confine tra le due tipologie di vizio per stabilire quale sia la effettiva portata dell'inutilizzabilità⁷⁸. Dunque, visto che l'inutilizzabilità e la nullità sono istituti autonomi⁷⁹ e che ai divieti probatori all'art. 191 c.p.p. si applicano i principi

⁷⁷ Cass. Pen., Sez. un., 27 marzo-6 maggio 1996, n. 5021.

⁷⁸ G. PICARO, *Perquisizione illegittima e limiti dell'inutilizzabilità*, in www.archiviopenale.it, 9 gennaio 2020, p. 4.

⁷⁹ F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze*, in www.archiviopenale.it, 5 maggio 2023, p. 16.

di tassatività e legalità, la Corte afferma l'impossibilità di estendere in via analogica il principio *ex art. 185 c.p.p.*, il quale prevede che la nullità di un atto determina l'invalidità degli atti successivi e dipendenti da quello dichiarato nullo⁸⁰. Questo implica, in relazione alla perquisizione illegittima e al successivo sequestro, il rigetto da parte dei giudici costituzionali della teoria dei frutti dell'albero avvelenato, di cui si dirà meglio successivamente. Alla luce di ciò, la Corte costituzionale dichiara inammissibile la questione sottoposta al suo vaglio sul presupposto che il giudice *a quo* abbia avanzato una richiesta fortemente manipolativa, pretendendo di desumere l'automatica inutilizzabilità degli atti di sequestro, attraverso il trasferimento su di essi dei vizi che affliggerebbero gli atti di perquisizione personale e domiciliare dai quali i sequestri sono scaturiti⁸¹.

All'art. 191 c.p.p. viene, quindi, attribuita un'interpretazione restrittiva, in quanto le prove inutilizzabili acquisite in seguito alla violazione dei divieti probatori consistono esclusivamente nelle prove inammissibili, cioè le prove oggetto di divieto dalle norme di natura processuale. Non sono mancate voci dottrinali favorevoli ad una lettura estensiva dell'art. 191 c.p.p., secondo le quali, se l'articolo in esame facesse riferimento alle prove scoperte o raccolte in violazione di legge, vi rientrerebbero tutti i casi in cui la prova discenda da atti illegittimi, inclusa una perquisizione eseguita al di fuori dei presupposti normativamente stabiliti⁸².

Il rapporto tra perquisizione e sequestro è (ed è stato) affrontato diffusamente anche in dottrina. Una parte di autori propende per il criterio del *male captum bene retentum*, il quale nega una invalidità derivata dell'atto, ritenendo sussistente tra perquisizione e sequestro

⁸⁰ G. PICARO, *Perquisizione illegittima e limiti dell'inutilizzabilità*, in www.archiviopenale.it, 9 gennaio 2020, p. 5.

⁸¹ P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare decisione di inammissibilità con effetti dissuasivi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5, 2019, p. 2589; G. MARINO, *Sugli istituti processuali il legislatore gode di ampia discrezionalità*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 2012, 2022, pag. 10.

⁸² G. PICARO, *Perquisizione illegittima e limiti dell'inutilizzabilità*, in www.archiviopenale.it, 9 gennaio 2020, p. 6.

non una interdipendenza funzionale, ma un legame naturalistico, sostenendo che la soggezione a sequestro di una cosa non dipende da come gli indaganti l'hanno cercata ma solamente dal fatto che siano o meno cose sequestrabili (*corpora delicti* o *res* pertinenti al reato)⁸³. A sostegno di tale tesi è stata anche evidenziata l'assenza, per la categoria dell'inutilizzabilità, di una norma analoga all'art. 185 co. 1 c.p.p., secondo cui la nullità di un atto determina l'invalidità degli atti successivi e dipendenti da quello dichiarato nullo. Tale principio è previsto solo in relazione alla nullità e, per questo motivo, non è applicabile anche alla diversa ipotesi in cui un atto probatorio si presenti inutilizzabile ai sensi dell'art. 191 c.p.p.

L'opposta tesi, viceversa, poggia sulla teoria, di matrice angloamericana, "dei frutti dell'albero avvelenato", la quale prevede che vi sia una dipendenza funzionale tra perquisizione e sequestro e, quindi, l'illegittimità dell'una non può che comportare l'illegittimità dell'altra. Questo orientamento potrebbe avere natura politico-giudiziaria, al fine di evitare abusi ai danni dei cittadini e di ottenere un effetto dissuasivo verso lo svolgimento di attività illegittime.

La Corte costituzionale non ha negato qualsiasi legame funzionale fra i due mezzi di prova. Premesso che, qualora l'inosservanza delle disposizioni in materia di perquisizione implicasse una violazione dei diritti difensivi, la perquisizione dovrebbe considerarsi nulla, non si esclude la propagazione dell'invalidità al sequestro della fonte di prova così appresa, viziando gli elementi di prova eventualmente ottenuti⁸⁴. Si può concludere che, da un lato, la Corte appoggia una lettura restrittiva dell'art. 191 c.p.p., da cui deriva

⁸³ R. CASIRAGHI, *La Corte costituzionale non esclude l'invalidità derivata in materia probatoria*, in www.sistemapenale.it, 18 novembre 2019.

⁸⁴ R. CASIRAGHI, *La Corte costituzionale non esclude l'invalidità derivata in materia probatoria*, in www.sistemapenale.it, 18 novembre 2019.

L'utilizzabilità probatoria del sequestro seguente a una perquisizione invalida; dall'altro mostra un segnale di apertura verso l'inutilizzabilità derivata anche nell'ipotesi del sequestro seguente a perquisizione illegittima, quindi alla teoria dei “frutti dell'albero avvelenato”. La Corte stessa, poi, finisce per conformarsi comunque alla teoria del “*male captum bene retentum*”, e questo porta a pensare che non abbia voluto sbilanciarsi eccessivamente, lasciando, da un lato, campo libero al diritto vivente e dall'altro, invocando la possibilità di un intervento legislativo di riforma⁸⁵.

La Corte stessa è tornata sulla questione nel 2020⁸⁶, in seguito ai dubbi sulla tenuta costituzionale dell'art. 191 c.p.p. sollevati dal Tribunale di Lecce in diverse ordinanze⁸⁷. Viene prospettata l'incostituzionalità di detta disposizione nella parte in cui non è previsto che la sanzione dell'inutilizzabilità delle prove acquisite in violazione di un divieto di legge riguardi anche gli esiti probatori, compreso il sequestro del corpo del reato e delle cose pertinenti al reato, degli atti di perquisizione e di ispezione domiciliare e personale compiuti dalla polizia giudiziaria fuori dei casi tassativi previsti dalla legge, ovvero comunque non convalidati dal pubblico ministero con provvedimento motivato⁸⁸.

⁸⁵ G. PICARO, *Perquisizione illegittima e limiti dell'inutilizzabilità*, in www.archiviopenale.it, 9 gennaio 2020, p. 7.

⁸⁶ Corte cost. n. 252 del 2020.

⁸⁷ Tribunale di Lecce, nn. 17-22 del r.o. 2020.

⁸⁸ P. FELICIONI, *Traffico di stupefacenti e perquisizioni di polizia giudiziaria: la Consulta delinea una nuova fattispecie di convalida da parte del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza costituzionale*, fasc. 6, 2020, p. 2971C.

4. Riesame del (solo) decreto di sequestro

Il decreto di sequestro probatorio può essere contestato in sede giurisdizionale, proponendo richiesta di riesame del provvedimento *ex art. 257 c.p.p.*

Legittimati alla proposizione della richiesta di riesame sono l'imputato, la persona alla quale le cose sono state sequestrate e quella che avrebbe diritto alla loro restituzione (art. 257 co. 1 c.p.p.), cui vanno aggiunti l'indagato e il difensore. L'atto di impulso diretto al tribunale del riesame dovrà essere sostenuto da un interesse, ossia la cessazione del vincolo di indisponibilità, potendosi anche prescindere dal diritto alla restituzione⁸⁹: l'indagato o l'imputato, infatti, potrà richiedere la rimozione del provvedimento, pur senza vantare alcun diritto alla restituzione della *res* sequestrata. Nel sequestro probatorio non può non riconoscersi all'imputato un interesse diverso da quello alla restituzione della *res*, connesso all'esigenza di assicurare che ogni mezzo che tenda all'acquisizione della prova sia acquisito al procedimento nei casi ed entro i limiti previsti dalla legge.

In tema di sequestro probatorio, il sindacato del giudice non può investire la concreta fondatezza dell'accusa, ma deve essere limitato alla verifica dell'astratta possibilità di sussumere il fatto attribuito ad un soggetto in una determinata ipotesi di reato ed al controllo dell'esatta qualificazione dell'oggetto del vincolo come corpo del reato o cosa ad esso pertinente. Il tribunale deve limitarsi a stabilire l'astratta configurabilità del reato ipotizzato. Tale astrattezza non limita i poteri del giudice ma determina soltanto l'impossibilità di esercitare una verifica, in concreto, sulla fondatezza nel merito dell'accusa.

La richiesta di riesame deve essere presentata al tribunale del capoluogo della provincia, nella quale ha sede l'ufficio dell'autorità giudiziaria che ha emesso il provvedimento, nei

⁸⁹ S. MONTONE, voce *Sequestro penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1997, p. 9.

dieci giorni dall'esecuzione del sequestro o dalla diversa data in cui l'interessato ha avuto conoscenza del sequestro. Il tribunale provvede con ordinanza che può essere ricorribile in cassazione.

La richiesta di riesame non sospende l'esecuzione del provvedimento (art. 257 co. 2 c.p.p.).

Il tribunale per il riesame, chiamato a decidere su un sequestro probatorio, in caso di omessa individuazione nel decreto delle esigenze probatorie, non può integrare la carenza di motivazione individuando, di propria iniziativa, le specifiche finalità del sequestro, trattandosi di prerogativa esclusiva dell'organo dell'accusa⁹⁰. E', inoltre, inammissibile, per carenza di interesse, la richiesta di riesame di sequestro probatorio volta ad ottenere non già la cessazione del vincolo sul bene sequestrato, bensì una pronuncia sulla legittimità od utilizzabilità della prova acquisita, in quanto è una valutazione riservata al solo giudice del processo, mentre la procedura di riesame è volta unicamente ad eliminare le conseguenze pregiudizievoli derivanti dal vincolo di indisponibilità del bene⁹¹.

Oggetto della richiesta di riesame avverso il decreto di sequestro probatorio non può essere l'esecuzione del sequestro ma solo il decreto del pubblico ministero che lo dispone. Nell'ipotesi in cui la polizia delegata abbia eseguito con modalità illegittime un sequestro probatorio disposto dal pubblico ministero, è possibile chiedere a quest'ultimo la restituzione delle cose sequestrate in difformità dal provvedimento⁹². In sede di riesame non è in discussione il tema della restituzione della cosa oggetto di sequestro, bensì la

⁹⁰ Cass. Pen., Sez. III, 9 maggio 2022, n. 18277.

⁹¹ Cass. Pen., Sez. VI, 12 maggio 2022, n. 18969.

⁹² Cass. Pen., Sez. III, 9 gennaio 2018, n. 277.

sussistenza dei presupposti del sequestro al momento dell'adozione del relativo provvedimento⁹³.

La richiesta di riesame costituisce mezzo di impugnazione interamente devolutivo che non si sottrae alla regola generale, prevista dall'art. 568 co. 4 c.p.p., secondo cui per proporre impugnazione, oltre ad essere legittimati, occorre avervi interesse. Quindi, la legittimazione, senza interesse, non è sufficiente per la richiesta di riesame ma occorre che l'interesse sia concreto e dimostrato da parte dell'indagato non titolare dei beni stessi. Egli deve dimostrare un interesse concreto ed attuale alla proposizione del gravame che va individuato nella restituzione della cosa, pur non a lui, come effetto del dissequestro⁹⁴.

Il decreto di perquisizione non può essere impugnato con la richiesta di riesame, salvo quando abbia natura complessa⁹⁵ o quando le cose rinvenute siano state sottoposte a sequestro (come detto precedentemente, infatti, in caso di perquisizione seguita da sequestro la normativa del riesame ex art. 257 c.p.p. consente il controllo del giudice anche sulla legittimità del decreto di perquisizione). Anche in siffatti casi, tuttavia, il riesame investe la perquisizione solo tangenzialmente, cioè limitatamente alla valutazione strumentale dell'accertamento della legittimità del sequestro⁹⁶. Il dettato codicistico precedente alla riforma Cartabia, infatti, non prevedeva la possibilità di ricorrere allo strumento del riesame (né ad altri mezzi) avverso il decreto di perquisizione laddove questa non fosse poi esitata in un sequestro (c.d. perquisizione "negativa"), considerato il principio di tassatività⁹⁷ in materia di impugnazioni. Infatti, l'unica ipotesi in cui il privato poteva ottenere un controllo sul decreto di perquisizione era quella relativa al

⁹³ Cass. Pen., Sez. II, 22 maggio 2017, n. 25464.

⁹⁴ Cass. Pen., Sez. III, 27 febbraio 2018, n. 8533.

⁹⁵ Cass. Pen., Sez. V, 27 dicembre 1995, n. 2793.

⁹⁶ Cass. Pen., Sez. un., 29 gennaio 1997, n. 206656.

⁹⁷ V. *infra* Capitolo II, par. 3.

riesame del decreto di sequestro che eventualmente ne consegue. In questo caso, però, si può notare che l'oggetto del riesame è esclusivamente il decreto di sequestro, in quanto il controllo del giudice solo incidentalmente riguarda anche il decreto di perquisizione⁹⁸. Anche in questa eventualità, il risultato, quindi, era inappagante al fine del raggiungimento di adeguati standard di tutela, come poi è stato confermato dalla sentenza *Brazzi c. Italia* in cui, come si vedrà nel prosieguo, la Corte Edu mette in luce proprio questa carenza del sistema italiano⁹⁹.

5. Segue: l'assenza di un rimedio impugnatorio contro il decreto di perquisizione non seguito da sequestro

Anteriormente all'introduzione del nuovo art. 252-*bis* nel codice di rito, il silenzio normativo in relazione all'impugnazione della c.d. perquisizione "negativa" aveva portato la giurisprudenza unanime¹⁰⁰ a escludere l'operatività del riesame, in virtù del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione *ex* art. 568 c.p.p., il quale prevede che solo la legge stabilisce i casi nei quali i provvedimenti del giudice sono soggetti a impugnazione e determina il mezzo con cui possono essere impugnati. In conformità all'art. 111 co. 7 Cost., sono sempre soggetti a ricorso per cassazione, quando non altrimenti impugnabili, i provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale e le sentenze, salvo quelle sulla competenza che possono dar luogo a un conflitto di giurisdizione o di competenza, risolto in modo definitivo e inoppugnabile dalla stessa Corte di cassazione¹⁰¹.

⁹⁸ A. ZAMPINI, *Per i giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l'art. 8 CEDU: implicazioni e prospettive*, in *Cass. Pen.*, fasc. 12, 2019, p. 3.

⁹⁹ Capitolo II, par. 5.

¹⁰⁰ Cass. Pen., Sez. II, 15 dicembre 2005, n. 45532; Cass. Pen., Sez. I, 21 gennaio 1992, n. 239.

¹⁰¹ M. BARGIS, *Impugnazioni, Compendio di procedura penale*, X ed., Cedam, 2020, p. 757.

Sulla base di questo principio *ex art. 568 c.p.p.*, solo nei casi in cui alla perquisizione fosse effettivamente seguito il sequestro (perquisizione c.d. “positiva”) e i due rispettivi decreti fossero inseriti in un unico contesto, si ammetteva l’estensione del gravame alla perquisizione con l’esclusivo fine di vagliare la legittimità del sequestro¹⁰². Si era, inoltre, esclusa la possibilità di dedurre con il ricorso per cassazione motivi concernenti il provvedimento di perquisizione, nel caso in cui l’impugnazione fosse proposta avverso l’ordinanza del tribunale per il riesame confermativa di un decreto di sequestro contestuale a quello di perquisizione.

Quindi, visto che lo strumento del riesame *ex art. 257 c.p.p.* si applica esclusivamente alle perquisizioni con esito “positivo”, le attività di ricerca coattive non seguite da sequestro sarebbero destinate a rimanere prive di tutela¹⁰³. Per questo motivo la giurisprudenza e la dottrina si erano interrogate sulla possibilità di utilizzare l’istituto previsto dall’art. 111 co. 7 Cost.

La giurisprudenza era univoca in relazione all’esclusione del ricorso per cassazione rispetto al decreto di perquisizione locale, eccetto il caso in cui lo stesso fosse qualificabile come *abnorme*¹⁰⁴. La Cassazione¹⁰⁵, inoltre, aveva dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell’art. 247 c.p.p. nella parte in cui non era permesso il riesame avverso i decreti di perquisizione locale, in quanto l’art. 111 co. 7 Cost. la possibilità di utilizzare il ricorso per cassazione nei confronti dei provvedimenti

¹⁰² E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell’impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in *www.archiviopenale.it*, 2023, p. 3.

¹⁰³ Capitolo I, par. 5.

¹⁰⁴ Cass. Pen., Sez. IV, 27 novembre 2012, n. 46250; D. CARDAMONE, *Le perquisizioni disposte dall’autorità giudiziaria*, in *www.questionegiustizia.it*, p. 318.

¹⁰⁵ Cass. Pen., Sez. III, 4 settembre 2003, n. 35049.

diversi da quelli che incidono sulla libertà personale. Come già analizzato¹⁰⁶, in caso di perquisizione personale si fronteggiavano due orientamenti in giurisprudenza: un'impostazione era favorevole al ricorso sulla scorta della clausola generale della ricorribilità per cassazione dei provvedimenti sulla libertà personale *ex art. 111 co. 7 Cost. e 568 co. 2 c.p.p.*, mentre un altro indirizzo negava assolutamente l'oppugnabilità dell'atto perquirente, facendo leva proprio sul principio di tassatività delle impugnazioni.

L'inoppugnabilità del decreto di perquisizione non seguita da sequestro rientra nella fisiologia dei rapporti tra l'attività di ricerca coattiva e il sequestro. Questo rapporto, da un lato, permette un controllo di legalità anche sulla perquisizione; dall'altro, però, sembra che un'attività di indagine coattiva sia motivata solo se funzionale alla ricerca e all'acquisizione di una *res*¹⁰⁷. Sulla base di questa considerazione, si potrebbe concludere che i mezzi di ricerca della prova hanno ragione di esistere esclusivamente quando sono in grado di produrre un risultato.

Viceversa, la perquisizione non seguita da sequestro, non avendo una *res* da sequestrare, diventa giuridicamente irrilevante perché viene meno la funzione dell'atto. L'unica soluzione che potrebbe essere presa in considerazione, al fine di configurare uno strumento di garanzia anche per i provvedimenti che non possono accedere al riesame *ex art. 257 c.p.p.*, sarebbe quella di individuare esclusivamente nel giudice il soggetto legittimato ad autorizzare la perquisizione anche durante la fase delle indagini preliminari¹⁰⁸. Tutto ciò verrà approfondito nel capitolo relativo alla causa *Brazzi c.*

¹⁰⁶ Capitolo I, par. 2.

¹⁰⁷ F. FALATO, (il) *Legittimità sistemica delle perquisizioni. Tra normazione nazionale e giurisdizione europea. A proposito di Corte EDU, prima sezione, 27 settembre 2018, causa Brazzi c. Italia*, in www.archiviopenale.it, 2019, p. 42.

¹⁰⁸ F. FALATO, (il) *Legittimità sistemica delle perquisizioni. Tra normazione nazionale e giurisdizione europea. A proposito di Corte EDU, prima sezione, 27 settembre 2018, causa Brazzi c. Italia*, in www.archiviopenale.it, 2019, p. 43.

*Italia*¹⁰⁹. Inoltre, non può essere condivisa la tesi sostenuta in una isolata giurisprudenza¹¹⁰ e richiamata anche dal Governo italiano nel corso della causa *Brazzini c. Italia*, secondo cui il privato potrebbe potuto presentare davanti al giudice civile un'azione di risarcimento contro lo Stato (legge Vassalli)¹¹¹. Tale ricorso gli permetterebbe di ottenere un risarcimento anche in assenza dell'annullamento preventivo del provvedimento di perquisizione, potendo derivare il danno ingiusto da un comportamento doloso o colposo del magistrato nell'esercizio delle sue funzioni, ma giammai dall'attività giudiziaria interpretativa o valutativa. In base a queste considerazioni solo un intervento normativo avrebbe potuto superare lo *status quo*. Si è dovuto attendere una condanna dell'ordinamento italiano da parte della Corte EDU con la causa *Brazzini c. Italia* e in seguito, solo nel 2022, la Riforma Cartabia, per rimediare concretamente a questa lacuna normativa in relazione alla disciplina delle perquisizioni.

¹⁰⁹ Capitolo II.

¹¹⁰ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 21 giugno 2018, n. 28770, secondo la quale “L'eventuale inosservanza, da parte dell'autorità giudiziaria o della polizia giudiziaria, delle norme e dei limiti che disciplinano la perquisizione non dà luogo ad ipotesi di nullità ma solo a rilievi di natura disciplinare”.

¹¹¹ D. CARDAMONE, *Le perquisizioni disposte dall'autorità giudiziaria*, in www.questionegiustizia.it, p. 319.

CAPITOLO II

L'intervento della Corte EDU nel caso *Brazzi c. Italia*

SOMMARIO: 1. Pronunce della Corte europea dei Diritti dell'Uomo precedenti alla causa *Brazzi c. Italia*: *L.M. c. Italia*. - 1.1 Il "progetto Dalia". - 2. Le pronunce della Corte di Cassazione. - 3. Riassunto della questione di fatto. - 4. Inammissibilità del ricorso sollevato dall'indagato *Brazzi* per la Corte di Cassazione. - 5. Condanna dell'Italia da parte della Corte EDU: la violazione dell'articolo 8 CEDU e l'assenza di un controllo giurisdizionale a posteriori. - 6. La Corte europea esclude l'esame dell'articolo 6 CEDU. - 7. Impatto della giurisprudenza europea con particolare riferimento alla causa *Brazzi c. Italia*. - 8. *Vulnus* convenzionale nel sistema italiano delle perquisizioni. - 9. La pronuncia *Brazzi c. Italia* riconferma l'inadeguatezza delle garanzie procedurali italiane.

1. Pronunce della Corte europea dei Diritti dell'Uomo precedenti alla causa *Brazzi c. Italia*: *L.M. c. Italia*

La sentenza *Brazzi c. Italia* non è la prima decisione che ha suggerito l'introduzione nell'ordinamento italiano di un rimedio contro il decreto di perquisizione non seguito da sequestro. Già nel 2005, infatti, la pronuncia *L.M. c. Italia*¹¹² era arrivata a conclusioni simili. Il caso in esame riguardava un ricorso proposto per violazione degli artt. 8 e 13 della Convenzione, rispettivamente diritto al rispetto della vita privata e familiare e diritto a un ricorso effettivo, in relazione ad una perquisizione locale eseguita dalla polizia giudiziaria *motu proprio* (art. 41 T.U.L.P.S.), a seguito di informazioni circa la detenzione illegale di armi. La ricorrente, in seguito all'attività di ricerca, si era recata in ospedale e aveva dichiarato di aver subito lesioni da parte degli agenti di polizia giudiziaria durante le operazioni stesse. Era stato aperto un procedimento penale, poi

¹¹² Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 febbraio 2005, n. 60033, *L.M. c. Italia*.

archiviato dal g.i.p. visto che la perquisizione aveva dato esito negativo e non aveva avuto convalida del pubblico ministero.

L'atto di indagine, anche se consentito sulla base dell'art. 41 T.U.L.P.S., costituiva un'ingerenza dell'autorità pubblica nell'esercizio del diritto al rispetto del domicilio e della vita privata, consentita solo nel caso in cui risulti necessaria e conforme alla legge. Sulla perquisizione in esame, inoltre, non è intervenuta la convalida del pubblico ministero ai sensi dell'art. 352 co. 4 c.p.p.

I Giudici di Strasburgo hanno ritenuto che la mancanza di un controllo di legittimità sulla perquisizione domiciliare abbia compromesso la legalità della stessa. Inoltre, la Corte, in relazione alla denunciata mancanza di rimedi giuridici interni contro l'attività perquirente, ha ritenuto che l'ordinamento italiano fosse privo di un rimedio per tutelare il diritto a un ricorso effettivo, con conseguente violazione anche dell'art. 13 della Convenzione.

In seguito a questa pronuncia l'ordinamento italiano si è mobilitato, anche se inutilmente, per sanare questo *vinculum* convenzionale con il “progetto Dalia”¹¹³.

1.1 Il “progetto Dalia”

Da tempo la dottrina aveva segnalato la mancanza di un mezzo impugnatorio per il decreto di perquisizione non seguito da sequestro, tanto che la Commissione di Studio presieduta dal Professor Dalia aveva cercato di colmare tale lacuna normativa nel progetto di riforma del codice di procedura penale del 24 maggio 2005. La disciplina delle impugnazioni era stata oggetto di significative modifiche. Viene, infatti, proposta la possibilità di presentare il riesame contro il decreto di perquisizione a prescindere

¹¹³ v. *infra* par. 1.1.

dall'esito della perquisizione. In questo modo, quindi, avverso le perquisizioni "negative" sarebbe stato possibile ricorrere al rimedio del riesame *ex art. 257 c.p.p.*, riservato alle sole perquisizioni seguite da sequestro.

Tale progetto, nel rinnovato art. 344, prevedeva, dunque, che avverso il decreto il difensore dell'indagato, dell'imputato, della persona perquisita e di quella che ha la disponibilità del luogo perquisito può proporre richiesta di riesame anche nel merito, indipendentemente dall'esito della perquisizione¹¹⁴.

Una soluzione alternativa che era emersa poteva essere quella di estendere agli artt. 247 ss. c.p.p. la necessità di ottenere un'autorizzazione del giudice per le indagini preliminari come avviene in materia di intercettazioni. Tale disciplina prevede, da un lato, un controllo preventivo sulla necessità di eseguire le operazioni di ascolto, dall'altro lato impone l'intervento del giudice nelle forme della convalida *ex art. 267 co. 2 c.p.p.*, qualora il ritardo possa arrecare un grave pericolo per le indagini¹¹⁵.

L'art. 318 prevedeva, poi, che la perquisizione fosse autorizzata dal giudice, a pena di inutilizzabilità dei risultati. Tale proposta di riforma anticipa l'inciso della sentenza *Brazzi c. Italia*, nella quale la Corte europea afferma che il giudice dovrebbe poter escludere dal processo penale gli elementi raccolti in violazione dell'art. 8 CEDU¹¹⁶.

¹¹⁴ A. ZAMPINI, *Per i giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l'art. 8 CEDU: implicazioni e prospettive*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2019, p. 5.

¹¹⁵ A. ZAMPINI, *Per i giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l'art. 8 CEDU: implicazioni e prospettive*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2019, p. 5.

¹¹⁶ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2018, n. 57278, *Brazzi c. Italia*, § 45.

La proposta di Dalia, tuttavia, non ha avuto seguito poiché postulava una importante modifica degli assetti codicistici¹¹⁷ che non aveva trovato il consenso necessario per tramutarsi in legge.

Conseguentemente, il punto di svolta si è poi verificato solo nel 2018 con la condanna dell'Italia da parte della Corte EDU nel caso *Brazzi c. Italia*¹¹⁸.

2. Le pronunce della Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione, addirittura prima della causa *L.M. c. Italia*, si era già pronunciata sulla fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'assenza di un controllo giurisdizionale *ex ante* della perquisizione¹¹⁹.

In questa occasione, la Corte aveva affermato che è manifestamente infondata, in relazione agli artt. 24 e 111 Cost., la questione di legittimità costituzionale concernente la disciplina delle perquisizioni e del sequestro probatorio disposti dal pubblico ministero, nella parte in cui non prevede alcun preventivo controllo giurisdizionale, in quanto i principi del giusto processo e della parità di armi tra accusa e difesa, recepiti nell'art. 111 Cost., fanno riferimento alla sola fase del processo e non anche a quella delle indagini preliminari. L'attività perquirente e il sequestro probatorio, finalizzati al riscontro della *notitia criminis* e all'eventuale raccolta degli elementi di prova, non rientrano nel processo, né hanno natura cautelare come il sequestro preventivo, per questo motivo non devono conformarsi ai principi *ex art.* 111 Cost.

¹¹⁷ A. ZAMPINI, *Per i giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l'art. 8 CEDU: implicazioni e prospettive*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2019, p. 5.

¹¹⁸ Sulla condanna dell'Italia da parte della Corte EDU v. *infra* Capitolo II, par. 5.

¹¹⁹ Cass. Pen., Sez. III, 15 ottobre 2002, n. 40974.

La pronuncia, però, conteneva una motivazione non conforme ai principi della giurisprudenza europea per la quale, invece, i principi del *fair trial* si applicano, *mutatis mutandis*, anche nella fase delle indagini¹²⁰.

A breve distanza da questa pronuncia, la Corte di cassazione è tornata a pronunciarsi in relazione al profilo della mancanza di un controllo *ex ante* da parte di un giudice. Si trattava di un'altra questione di illegittimità costituzionale, sollevata in relazione all'art. 247 c.p.p. nella parte in cui non consente il ricorso al tribunale del riesame avverso i decreti che dispongono la perquisizione locale, ritenuta manifestamente infondata dalla Corte stessa¹²¹.

La Cassazione aveva, quindi, sempre ritenuto inammissibile l'introduzione in via esegetica di uno strumento simile al riesame (art. 257 c.p.p.), quantomeno con riferimento alla perquisizione locale, poiché estraneo all'impianto codicistico¹²². La Corte ricorda che avverso il decreto di perquisizione non è esperibile riesame, anche se, qualora l'atto di indagine sia finalizzato al sequestro e i due decreti siano inseriti in un unico contesto, il riesame può coinvolgere anche la perquisizione nella misura in cui risulti la stretta interdipendenza delle due statuizioni, e nei limiti, di un'indagine strumentale all'accertamento della legittimità del sequestro medesimo¹²³. In sede di riesame, conclude la Corte, non possono essere presi in considerazione i motivi che costituiscono autonoma censura della perquisizione, così non può dedursi con il ricorso per cassazione censura che si riferisce esclusivamente ai presupposti e alla legittimità del decreto di perquisizione.

¹²⁰ D. CARDAMONE, *Le perquisizioni disposte dall'autorità giudiziaria*, in www.questionegiustizia.it.

¹²¹ Cass. Pen., Sez. III, 27 giugno 2003, n. 35049.

¹²² Cass. Pen., Sez. I, 24 giugno 2015, n. 30130; Cass. Pen., Sez. III, 13 gennaio 2009, n. 8841.

¹²³ Cass. Pen., Sez. I, 24 giugno 2015, n. 30130, § 3.

Per quanto riguarda i possibili strumenti di tutela, una parte della dottrina¹²⁴ era favorevole all'introduzione di un'autonoma ipotesi di riesame del decreto di perquisizione, a prescindere da un sequestro. Secondo altri¹²⁵, invece, l'unica via da percorrere era l'applicazione delle sanzioni penali (artt. 609 e 615 c.p.) e disciplinari (art. 124 c.p.) agli autori degli abusi.

In relazione, invece, all'applicabilità dell'art. 111 co. 7 Cost., potrebbe configurarsi nel caso di decreto perquisizione domiciliare, in quanto l'inviolabilità del domicilio viene inquadrata quale *species* del *genus* "libertà personale"¹²⁶.

Sino alla sentenza *Brazzi c. Italia*, quindi, l'ordinamento giuridico italiano non aveva attuato nessun intervento per adeguarsi agli standard convenzionali. Anzi, la giurisprudenza di legittimità appoggiava teorie restrittive in base alle quali i vizi della propedeutica attività istruttoria potevano essere fatti valere in sede di impugnazione del conseguente atto impositivo, al fine di determinare la caducazione per illegittimità derivata¹²⁷.

3. Riassunto della questione di fatto

Il ricorrente, sig. Brazzi, cittadino italiano e tedesco, residente a Monaco ma proprietario di un immobile in Italia, nel 2010 viene sottoposto sia ad un procedimento amministrativo sia ad indagini preliminari nell'ambito di un procedimento penale, perché sospettato di essere in realtà residente ai fini fiscali in Italia e di non aver versato qui l'imposta sul reddito e sul valore aggiunto dal 2003.

¹²⁴ G. BELLANTONI, *Nuovi scritti di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 209.

¹²⁵ P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 209.

¹²⁶ Capitolo I, par. 3.

¹²⁷ L. SABBI, *La necessaria e improcrastinabile revisione degli accessi, ispezioni e verifiche per incompatibilità con i principi della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2018, p. 1192.

In particolare, nel luglio del 2010, nell'ambito della procedura amministrativa, la Guardia di Finanza era stata autorizzata dalla procura di Mantova ad accedere alla casa italiana del ricorrente al fine di individuare e sequestrare materiale probatorio. Il 13 luglio 2010, gli agenti della Guardia di Finanza si erano recati sul posto, senza trovare l'interessato, e chiedevano al fratello dello stesso di permettere l'accesso all'abitazione, senza tuttavia motivare la richiesta. A seguito di tale primo accesso, il ricorrente, impossibilitato a recarsi in Italia, si metteva in contatto con la Guardia di Finanza, dichiarando di non aver ricevuto alcuna informazione sulla verifica fiscale in corso a suo carico, ma di essere a piena disposizione delle autorità italiane quanto alla produzione di documenti e altro materiale probatorio. La polizia tributaria aveva informato il ricorrente che, se non avesse permesso agli agenti di eseguire le ricerche presso la sua abitazione, il pubblico ministero avrebbe disposto una perquisizione dell'abitazione stessa e dei veicoli per l'esistenza di gravi elementi di colpevolezza per il reato di omessa dichiarazione nonché il sequestro di documenti contabili. Il 6 agosto la polizia giudiziaria eseguiva la perquisizione che dava dato esito negativo. Il 30 agosto il ricorrente depositava una memoria difensiva dinanzi alla procura in cui lamentava l'illegittimità dell'ordinanza del 13 luglio, in quanto la verifica fiscale avrebbe potuto essere effettuata con altri mezzi, non lesivi del diritto al rispetto del suo domicilio.

Successivamente il pubblico ministero aveva chiesto al g.i.p. di archiviare l'inchiesta senza ulteriori azioni in quanto il ricorrente aveva chiarito la sua situazione fiscale dimostrando che abitava abitualmente in Germania. Il sig. Brazzi aveva presentato ricorso alla Corte di cassazione per violazione degli artt. 6, 8, 13 CEDU. La Corte aveva dichiarato il ricorso irricevibile.

Esauriti i rimedi interni, Brazzi ricorreva avanti la Corte di Strasburgo censurando la violazione degli artt. 8, 6 e 13 della Convenzione.

4. Inammissibilità del ricorso sollevato dall'indagato *Brazzi* per la Corte di Cassazione

La Corte di Cassazione¹²⁸ ha dichiarato inammissibile il ricorso sollevato dal ricorrente *Brazzi* per diverse ragioni.

In primo luogo, l'art. 257 c.p.p. prevede il riesame del decreto di perquisizione esclusivamente nel caso in cui sia esitato nel sequestro di *res*. La perquisizione domiciliare subita dall'interessato ha avuto esito negativo e non è stato rivenuto e sequestrato da parte della polizia alcun documento utile alle indagini. Il decreto di perquisizione domiciliare *de quo*, quindi, non è autonomamente impugnabile *ex art. 257 c.p.p.*, il quale, in virtù del principio di tassatività dei mezzi di impugnazione, si riferisce solo al sequestro probatorio o preventivo. La Corte sottolinea, infatti, che la perquisizione “come mera operazione si esaurisce nel momento in cui viene compiuta e non può essere messa nel nulla, ma si risolve in un'operazione inutile ai fini probatori se non dà luogo a sequestro”. Il decreto di perquisizione domiciliare, come già analizzato, può essere impugnato con il riesame solo nei limiti di una indagine strumentale all'accertamento relativo alla legittimità del sequestro¹²⁹. In questi casi se il provvedimento ha natura complessa, in quanto indica anche le *res* da sequestrare, l'eventuale vizio di motivazione non può che attenere il sequestro e può essere fatto valere solo attraverso il rimedio *ex art. 257 c.p.p.* Viceversa, nel caso in cui il decreto del pubblico ministero contenga solo l'ordine di perquisizione ed eventuale sequestro, si può ricorrere allo strumento di riesame solo contro il decreto di convalida del decreto eventualmente eseguito dalla polizia giudiziaria *ex art. 252 c.p.p.*¹³⁰

¹²⁸ Cass. Pen., Sez. III, 8 marzo 2011, n. 8999.

¹²⁹ Cass. pen., Sez. un., 29 gennaio 1997, n. 23.

¹³⁰ Cass. pen., Sez. III, 27 febbraio 2009, n. 8841.

In secondo luogo, i Giudici di legittimità escludevano l'ammissibilità del ricorso *ex art.* 111 co. 7 Cost.¹³¹, in quanto difetta, da un lato, la natura decisoria del decreto di perquisizione domiciliare, dall'altro lato, a differenza della perquisizione personale, non ha alcuna incidenza sulla libertà personale¹³².

La Corte, infine, afferma che, nel caso in cui vi siano violazioni di legge durante una perquisizione personale o domiciliare, l'ordinamento riconosce soltanto una sanzione disciplinare a carico degli operanti di polizia giudiziaria.

5. Condanna dell'Italia da parte della Corte EDU: la violazione dell'articolo 8 CEDU e l'assenza di un controllo giurisdizionale a posteriori

Come già anticipato, l'interessato, a seguito della declaratoria di irricevibilità del ricorso per cassazione, aveva, poi, fatto ricorso alla Corte Edu.

Con la sentenza del 27 settembre 2018, la Corte di Strasburgo ha condannato l'Italia per violazione dell'art. 8 della Convenzione ritenendo che il ricorrente, in relazione ad una perquisizione domiciliare non seguita da sequestro, non disponesse né di un controllo di legalità *ex ante* della misura né di un sindacato *ex post* relativamente alla legittimità della stessa. L'atto di indagine, inoltre, era stato disposto in uno stadio particolarmente precoce delle indagini preliminari; dunque, una ricerca di questo tipo, per la Corte, dovrebbe avere adeguate e sufficienti garanzie per evitare che le autorità acquisiscano elementi rilevanti

¹³¹ Sulla esperibilità dell'art. 111 co. 7 Cost. in materia di perquisizione "negativa" v. Capitolo I, par. 2.

¹³² A. TARALLO, *La disciplina interna del decreto di perquisizione domiciliare tra indipendenza della magistratura requirente ed esigenza di un controllo efficace: nota alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nel caso Brazzji contro Italia*, in *Giust. pen.*, 2019, p. 84.

a carico di persone che non sono ancora state identificate come sospettate di aver commesso un reato¹³³.

L'art. 8 § 1 della Convenzione prevede che ogni persona ha diritto al rispetto della sua vita privata e familiare, del suo domicilio e della sua corrispondenza. Non può esservi ingerenza della pubblica autorità nell'esercizio di tale diritto a meno non sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico, il benessere economico del paese, la prevenzione dei reati, la protezione della salute o della morale, o la protezione dei diritti e delle libertà altrui (art. 8 § 2 CEDU). La Corte europea ritiene che l'interessato non abbia beneficiato di un controllo effettivo come impone uno Stato di diritto in una società democratica; quindi, non aveva dubbi sul fatto che la perquisizione locale avesse rappresentato un'ingerenza delle autorità pubbliche nel diritto alla vita privata e familiare e al domicilio della persona interessata¹³⁴. I Giudici di Strasburgo ricordano che l'atto invasivo, per essere considerato legittimo, deve soddisfare i requisiti indicati nell'art. 8 § 2 della Convenzione¹³⁵ e che l'interferenza con i diritti garantiti *ex art. 8 CEDU* deve avere un fondamento giuridico interno e garantire un adeguato livello di prevedibilità e di intellegibilità¹³⁶. Le disposizioni legislative contenute negli artt. 247 e ss. c.p.p., per la

¹³³ G. DE MARZO, *Perquisizione negativa e sindacato giurisdizionale sui presupposti giustificativi della misura*, in *DeJure*, 2018; Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 16 marzo 2017, n. 51693, *Modestou c. Grecia*, par. 44.

¹³⁴ S. CARRER, *Il controllo effettivo sul mandato di perquisizione: l'Italia non passa l'esame CEDU*, in *Giur. pen. web*, 2018, 12; S. NOVANI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il rispetto della vita privata: le condizioni di una perquisizione domiciliare legittima*, in *Cass. pen.*, fasc. 7, 2020, p. 3002.

¹³⁵ A. ZAMPINI, *Per i giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l'art. 8 CEDU: implicazioni e prospettive*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2019, p. 2.

¹³⁶ O. CALAVITA, *L'opposizione alla perquisizione: verso una convergenza con la CEDU?*, in *www.legislazionepenale.it*, 2023, p. 3.

Corte europea, non presentano alcun problema in relazione all'accessibilità e alla prevedibilità¹³⁷.

Nella sentenza *de quo* il Governo non contesta il fatto che la perquisizione abbia rappresentato un'ingerenza delle autorità nel diritto alla vita privata e al domicilio del ricorrente Brazzi, ma sostiene che l'atto era previsto dalla legge, *ex artt.* 247 e ss. c.p.p., e che perseguisse scopi legittimi, tutela del benessere economico del paese e prevenzione dei reati, come richiesto dall'art. 8 § 2 della Convenzione¹³⁸.

Per quanto riguarda, invece, il requisito della necessità dell'interferenza in una società democratica, i Giudici di Strasburgo ricordano che, nel contesto delle perquisizioni, viene richiesto che la legislazione nazionale preveda garanzie adeguate e sufficienti contro gli abusi e l'arbitrarietà da parte dei pubblici poteri¹³⁹, soprattutto se l'attività di indagine sia stata eseguita in una fase particolarmente iniziale del procedimento penale, come si è verificato nella causa *Brazzi c. Italia*. In particolare, rispetto ai provvedimenti che dispongono perquisizioni domiciliari è richiesto un effettivo vaglio di legittimità e di merito da parte di un organo terzo e imparziale, che dovrebbe avvenire prima dell'esecuzione delle ricerche¹⁴⁰. La legge nazionale italiana non prevede un controllo giurisdizionale *ex ante* sulla legittimità e necessità di questo provvedimento istruttorio,

¹³⁷ G. PADUA, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 51; M. TORRE, *Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un "controllo effettivo" sulla necessità dell'ingerenza*, in *Processo penale e giustizia*, 2019, p. 437.

¹³⁸ S. NOVANI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il rispetto della vita privata: le condizioni di una perquisizione domiciliare legittima*, in *Cass. pen.*, fasc. 7, 2020, p. 3002.

¹³⁹ G. MILIZIA, *La CEDU bacchetta l'Italia: le norme sulle perquisizioni non offrono garanzie contro gli abusi*, in *Diritto & Giustizia*, 2018; M. TORRE, *Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un "controllo effettivo" sulla necessità dell'ingerenza*, in *Processo penale e giustizia*, 2019, p. 437; A. ZAMPINI, *Per i giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l'art. 8 CEDU: implicazioni e prospettive*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2019, p. 2.

¹⁴⁰ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 7 giugno 2007, *Smirnov c. Russia*.

infatti il magistrato, incaricato delle indagini, non deve chiedere l'autorizzazione di un giudice o non lo deve informare della decisione di ordinare una perquisizione¹⁴¹. Si tratta di un'affermazione che non prende in considerazione, con un'adeguata analisi, le caratteristiche principali del sistema giuridico nazionale e delle scelte compiute dal legislatore nell'inquadrare il pubblico ministero nella qualifica di autorità giudiziaria¹⁴². Una parte della dottrina¹⁴³ ha sottolineato, infatti, che la condanna della Corte europea sia stata "ingenerosa" nei confronti dell'Italia, in quanto non viene compreso il ruolo di garanzia svolto nel sistema nazionale dal pubblico ministero. Da un lato, senza dubbio, il livello d'indipendenza della magistratura requirente italiana è tra i più elevati nel contesto internazionale, dall'altro lato si tratta pur sempre di un organo che riveste il ruolo di pubblica accusa in un procedimento penale¹⁴⁴. La Corte di Strasburgo, comunque, non indica un modello di pubblico ministero europeo ma alcune caratteristiche si possono ricavare da pronunce¹⁴⁵ che contengono dei principi cardine. In particolare, le garanzie di indipendenza e imparzialità di cui all'art. 6 della Convenzione riguardano essenzialmente i giudici e non si applicano ai pubblici ministeri che rappresentano una delle parti nella procedura contraddittoria.

In diverse sentenze la Corte europea ha analizzato il sistema processuale degli Stati per valutare se, alla luce delle sue caratteristiche peculiari, al pubblico ministero potesse essere

¹⁴¹ D. CARDAMONE, *Le perquisizioni disposte dall'autorità giudiziaria*, in *www.questionegiustizia.it*, p. 315; S. CARRER, *Il controllo effettivo sul mandato di perquisizione: l'Italia non passa l'esame CEDU*, in *Giur. pen. web*, 2018, 12.

¹⁴² D. CARDAMONE, *Le perquisizioni disposte dall'autorità giudiziaria*, in *www.questionegiustizia.it*, p. 315.

¹⁴³ D. CARDAMONE, *La sentenza della Cedu Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?*, in *www.questionegiustizia.it*, 2019.

¹⁴⁴ A. TARALLO, *La disciplina interna del decreto di perquisizione domiciliare tra indipendenza della magistratura requirente ed esigenza di un controllo efficace: nota alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nel caso Brazzi contro Italia*, in *Giust. pen.*, 2019, p. 89.

¹⁴⁵ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*.

riconosciuta la funzione di garanzia propria dell'autorità giudiziaria e ha stabilito che la natura giurisdizionale risiede nell'indipendenza dal potere esecutivo¹⁴⁶. Tale caratteristica si potrebbe perdere nel momento in cui tale organo assuma la veste di accusa in una successiva fase processuale¹⁴⁷. La nostra Corte di cassazione ha spesso ribadito che i principi del giusto processo e della parità di armi tra accusa e difesa (art. 111 Cost.) fanno riferimento alla fase processuale e non a quella delle indagini preliminari¹⁴⁸.

La Corte europea è costante nel ribadire che sarebbe preferibile un controllo *ex ante* da parte di un organo giurisdizionale terzo ed imparziale nel caso in cui si proceda a ispezioni, perquisizioni e sequestri. Ha, comunque, sottolineato che, qualora non sia previsto un controllo giurisdizionale *ex ante* sulla legittimità e necessità della perquisizione, dovrebbero essere presenti altre garanzie procedurali nella fase di esecuzione delle stessa, idonee a “controbilanciare le imperfezioni legate alla fase di emissione del decreto dell'attività perquirente¹⁴⁹”. Nell'ordinamento italiano queste garanzie, come correttamente osservato nella sentenza, si limitano al fatto che l'autorità giudiziaria dispone la perquisizione con un decreto motivato e che quest'ultimo deve essere consegnato all'indagato o a chi abbia la disponibilità dei luoghi. Proprio per questo motivo, sarebbe opportuna la previsione di un controllo giurisdizionale *ex post* sulla legalità e necessità della misura¹⁵⁰, in quanto solo in questo modo si può evitare l'abuso

¹⁴⁶ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 23 novembre 2010, *Moulin c. Francia*.

¹⁴⁷ Corte eur. dir. uomo, 28 ottobre 1998, *Assenov e altri c. Bulgaria*.

¹⁴⁸ V. *infra* Capitolo II, par. II.

¹⁴⁹ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzaj c. Italia*, § 43; Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 15 febbraio 2011, *Heino c. Finlandia*, § 45.

¹⁵⁰ Corte eur. dir. uomo, 31 gennaio 2017, *Kalneniene c. Belgio*; F. CASSIBBA, *Perquisizione domiciliare e ricorso effettivo*, in *Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, 2019, p. 1749.

di potere da parte delle autorità investigative¹⁵¹. In particolare, i Giudici di Strasburgo impongono un controllo giurisdizionale effettivo della misura e delle modalità di svolgimento della stessa. Nel caso in cui la perquisizione irregolare sia già stata eseguita, il rimedio deve fornire all'interessato una riparazione adeguata¹⁵².

La Corte ricorda, inoltre, la possibilità per il privato di contestare la legittimità e la necessità della misura investigativa adottata e di ottenere la declaratoria di inutilizzabilità del risultato probatorio, costituisce un rimedio giurisdizionale effettivo¹⁵³. Nel caso *de quo*, tale rimedio non avrebbe potuto essere utilizzato, in quanto l'attività perquirente aveva avuto esito negativo e non vi era alcun elemento di prova da rendere inutilizzabile visto che il processo non era mai iniziato. La Corte di cassazione, in virtù del principio di tassatività delle impugnazioni, è costante nel sostenere che non è possibile impugnare autonomamente, neppure per motivi di legittimità, sia il decreto attraverso il quale sia disposta la perquisizione da parte del pubblico ministero, sia quello con cui lo stesso procede alla sua convalida, nel caso in cui l'atto di indagine è stato eseguito per motivi di urgenza dalla polizia giudiziaria *motu proprio*¹⁵⁴.

La Corte EDU, comunque, non prende in considerazione i rimedi disciplinari che il nostro sistema prevede in via generale *ex art.* 124 c.p.p. e in modo specifico per le condotte della polizia giudiziaria (artt. 16 e ss. d. lgs 28 luglio 1989, n. 271) né quello di

¹⁵¹ E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in www.archiviopenale.it, 2023, p. 7; M. TORRE, *Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un "controllo effettivo" sulla necessità dell'ingerenza*, in *Processo penale e giustizia*, 2019, p. 433.

¹⁵² Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, § 44.

¹⁵³ Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 10 luglio 2007, *Panarisi c. Italia*, con riferimento alle intercettazioni di comunicazioni.

¹⁵⁴ Cass. Pen., Sez. III, 27 settembre 2016, n. 28060; Cass. Pen., Sez. III, 10 febbraio 2011, n. 8999.

natura penale *ex art. 615 c.p.*¹⁵⁵ E' respinta anche l'eccezione governativa sulla possibilità per il ricorrente di avvalersi dell'azione risarcitoria di cui alla legge n. 117 del 1998, in quanto è proprio nell'ambito delle garanzie procedurali che va garantito ai soggetti un rimedio contro i possibili abusi di potere delle autorità pubbliche¹⁵⁶.

Si può notare, comunque, che la giurisprudenza della Corte EDU si limita a fornire delle indicazioni di carattere generale e non definisce quale tipo di rimedio possa essere appropriato, lasciando alle autorità nazionali il compito di colmare la lacuna nel sistema¹⁵⁷.

6. La Corte europea esclude l'esame dell'articolo 6 CEDU

Nel caso *de quo* il ricorrente lamentava, invocando gli artt. 6 e 13 della Convenzione, di non aver disposto di un ricorso effettivo per far valere le sue doglianze relative all'art. 8 CEDU¹⁵⁸. La Corte europea sostiene che tali doglianze possono essere esaminate solo dal punto di vista dell'art. 13 della Convenzione, il quale prevede che "ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella Convenzione siano stati violati, ha diritto a un ricorso effettivo davanti a un'istanza nazionale, anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali". I Giudici di Strasburgo, però, non hanno esaminato separatamente l'art. 13 CEDU, in quanto le contestazioni già svolte in relazione all'art. 8 CEDU assorbono già quelle concernenti l'art. 13 della Convenzione¹⁵⁹.

¹⁵⁵ R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzi c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n.134*, in *www.archiviopenale.it*, 2022, p. 22.

¹⁵⁶ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, § 50.

¹⁵⁷ D. CARDAMONE, *Le perquisizioni disposte dall'autorità giudiziaria*, in *www.questionegiustizia.it*, p. 320.

¹⁵⁸ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, § 53-54.

¹⁵⁹ L. SABBI, *La necessaria e improcrastinabile revisione degli accessi, ispezioni e verifiche per incompatibilità con i principi della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2018, p. 1185.

Molti dei diritti garantiti dall'art. 8 della Convenzione sono diritti civili ai sensi dell'art. 6 CEDU, quindi, le pronunce che incidono su tali diritti devono essere prese nel rispetto delle garanzie dell'equo processo¹⁶⁰. Tuttavia, in molti casi la Corte tende ad assorbire eventuali questioni relative all'art. 6 della Convenzione nell'art. 8 CEDU sotto il profilo degli obblighi procedurali derivanti da tale disposizione¹⁶¹.

Nel caso *Brazzì c. Italia*, come già anticipato, l'esame dell'art. 6 della Convenzione è stato escluso dalla Corte che ha preferito dare rilevanza all'art. 13 CEDU, anche se non ha ritenuto necessario esaminare una sua sostanziale violazione in quanto le argomentazioni sviluppate intorno all'art. 8 CEDU erano applicabili già all'art. 13 CEDU¹⁶². Si può constatare che, anche se la Corte ha riconosciuto implicitamente la violazione dell'art. 13 della Convenzione, non ha ritenuto necessario constatarlo in termini formali.

In una pronuncia precedente, causa *Ravon c. Francia*¹⁶³, che aveva ad oggetto la compatibilità delle norme francesi sulle ispezioni domiciliari, il ricorrente lamentava la violazione non solo dell'art. 8 della Convenzione ma anche degli artt. 6 e 13 CEDU. In questo caso le autorità fiscali francesi, sospettando di frode fiscale due società con sede a Marsiglia controllate dal signor Ravon, dopo aver ottenuto l'autorizzazione, eseguirono ispezioni nelle sedi delle società nonché presso l'abitazione del privato. Visto che la controversia riguardava diritti di natura civile estranei all'accertamento dell'obbligazione tributaria, la Corte europea, in questo caso, ha ritenuto che dovesse essere applicato l'art.

¹⁶⁰ L. SABBI, *La necessaria e improcrastinabile revisione degli accessi, ispezioni e verifiche per incompatibilità con i principi della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2018, p. 1187.

¹⁶¹ Cfr. Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 24 febbraio 2009, n. 29768, *Errico c. Italia*, § 54-62.

¹⁶² Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzì c. Italia*, § 54-57.

¹⁶³ Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 21 maggio 2008, n. 18497, *Ravon e altri c. Francia*.

6 § 1 CEDU, in quanto prevede garanzie più rigorose rispetto all'art. 13 della Convenzione.

Se si mettono a confronto il caso *Ravon e Brazzi*, la concreta differenza, per quanto riguarda le censure avanzate, è data da una più ampia e autonoma eccezione svolta nella pronuncia *Ravon* con riferimento al mancato contraddittorio, garanzia prevista dall'art. 6 della Convenzione¹⁶⁴. Occorre, quindi, definire quale sia il rapporto tra l'art. 6 CEDU e l'art. 13 CEDU. La Corte di Strasburgo ritiene che la norma sull'equo processo sia norma speciale rispetto alla più ampia garanzia di un ricorso effettivo contro le violazioni dei diritti convenzionali. Per questa ragione per lungo si è negata rilevanza all'art. 13 della Convenzione in tutti i casi di concorrente deduzione dell'art. 6 CEDU.

In definitiva, si può affermare che l'art. 13 CEDU non è limitato alla distinzione tra diritti e obblighi di carattere civile e accuse di diritto penale come accade nell'art. 6 §1 CEDU; quindi, obbligazioni di diritto pubblico, comprese quelle tributarie, rientrano nell'ambito operativo dell'art. 13 CEDU. Il limite che si riscontra è che le garanzie tipiche del giusto processo, ad eccezione del diritto al ricorso effettivo da un organo terzo e imparziale, non rientrano nell'art. 13 CEDU ma nell'art. 6 § 1 della Convenzione. Tuttavia, nel caso in esame e in tutti quelli in cui le norme convenzionali sono state violate attraverso procedimento amministrativo-tributari, che potrebbe avere come conseguenza una possibile incidenza sull'obbligazione tributaria, si deve ritenere che vi sia la piena garanzia fornita dall'art. 13 CEDU¹⁶⁵.

¹⁶⁴ L. SABBI, *La necessaria e improcrastinabile revisione degli accessi, ispezioni e verifiche per incompatibilità con i principi della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2018, p. 1190.

¹⁶⁵ L. SABBI, *La necessaria e improcrastinabile revisione degli accessi, ispezioni e verifiche per incompatibilità con i principi della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto e pratica tributaria internazionale*, 2018, p. 1191.

7. Impatto della giurisprudenza europea con particolare riferimento alla causa *Brazzi c. Italia*

Con la sentenza *Brazzi c. Italia* la Corte europea ha indubbiamente superato la posizione della Corte di cassazione in relazione alla mancanza di un vaglio giurisdizionale *ex ante* della perquisizione¹⁶⁶, ma allo stesso tempo, pur avendo denunciato un difetto strutturale, non ha indicato al Governo i rimedi interni da utilizzare.

Per questo motivo, la pronuncia in esame non può essere ricondotta nel novero delle cc. dd. “sentenze pilota”, in quanto una decisione è tale solo quando interviene su un problema strutturale di sistema dell’ordinamento nazionale chiamato in causa.

Inoltre, non potrebbe, a fronte dell’assenza di una efficacia generale, costituire “diritto consolidato”, in quanto non aveva legami con precedenti pronunce.

Le decisioni anteriori della Corte di Strasburgo hanno per oggetto, infatti, altri mezzi di ricerca della prova¹⁶⁷. La Corte costituzionale¹⁶⁸, inoltre, ha riconosciuto un obbligo di adeguamento ermeneutico dei giudici nazionali alle pronunce della Corte EDU che fossero espressione di un diritto vivente e, quindi, di un orientamento consolidato.

È vero, anche, che l’espressione “diritto consolidato”, però, non dovrebbe far riferimento esclusivamente a una sequenza di due o più decisioni che hanno affermato i medesimi principi rispetto a situazioni simili, ma dovrebbe riferirsi anche alle opzioni ermeneutiche che esprimono direttrici costanti nella giurisprudenza convenzionale.

Tra queste ultime potrebbe essere inclusa la causa *Brazzi c. Italia*; infatti, la Corte europea si pronuncia da sempre sulla necessità di un controllo giurisdizionale effettivo sugli atti

¹⁶⁶ Cass. Pen., Sez. III, 15 ottobre 2022, n. 40974.

¹⁶⁷ F. FALATO, (il) *Legittimità sistemica delle perquisizioni. Tra normazione nazionale e giurisdizione europea. A proposito di Corte EDU, prima sezione, 27 settembre 2018, causa Brazzi c. Italia*, in www.archiviopenale.it, 2019, p. 6.

¹⁶⁸ Corte cost. n. 49 del 2015.

che incidono sull'inviolabilità della vita privata, a prescindere dal fatto che la lesione provenga da un'intercettazione, da un'ispezione, da un prelievo coattivo di campioni biologici o da una perquisizione¹⁶⁹.

L'idea di interpretazione consolidata nasce come elaborazione della Corte costituzionale con la finalità di contenere l'impatto delle pronunce della Corte EDU sul sistema giuridico italiano¹⁷⁰. In passato la Corte costituzionale¹⁷¹, visto che la Convenzione non era un ordinamento giuridico internazionale e che non c'era un obbligo degli Stati membri di introdurla nell'ordinamento interno, aveva escluso l'esistenza di un sistema esterno che, attraverso i propri organi, potesse adottare una norma avente forza vincolante per le autorità interne, come invece accadeva per l'ordinamento giuridico dell'Unione europea *ex art. 117 co. 1 Cost.*

Solo con le sentenze gemelle 348 e 349 del 2007 è stata attribuita alla Convenzione la natura di norma di rango sub-costituzionale, tra legge ordinaria e Costituzione. La regolamentazione dei conflitti tra norma europea e disposizioni interne rimaneva, però, competenza della Corte costituzionale e si lasciava intendere una intrinseca prevalenza normativa della Costituzione sulla CEDU. Infatti, nelle ipotesi in cui sia impossibile una convergenza delle Corti costituzionali e internazionali, il giudice deve prestare obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana¹⁷².

¹⁶⁹ A. ZAMPINI, *Per i giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l'art. 8 CEDU: implicazioni e prospettive*, in *Cass. Pen.*, fasc. 12, 2019, p. 4472B.

¹⁷⁰ R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzi c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n.134*, in *www.archiviopenale.it*, 2022, p. 6.

¹⁷¹ Corte cost. n. 349 del 2007.

¹⁷² M. G. CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *www.questionegiustizia.it*, p. 130.

Successivamente la Corte stessa¹⁷³ rivaluta le conclusioni alle quali era giunta due anni prima, riconoscendo un valore ai contributi ermeneutici che provengono dalle pronunce della Corte EDU, solo qualora fossero stati espressione di una giurisprudenza consolidata, mentre nessun obbligo sussiste a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento ormai diventato definitivo. Solo in caso di giurisprudenza consolidata, quindi, si può sindacare la legittimità costituzionale di una norma interna per contrasto con una norma interposta della Convenzione. Quest'ultima rimaneva una fonte esterna all'ordinamento giuridico e un eventuale contrasto poteva essere risolto solo con un incidente di costituzionalità per violazione dell'art. 117 co. 1 Cost., e non anche con una disapplicazione della norma interna come accade per le disposizioni comunitarie¹⁷⁴. Tali principi sono stati ribaditi in altre due pronunce della Corte costituzionale¹⁷⁵, a fronte di un orientamento della Corte di cassazione che continuava a ritenere le norme della CEDU di diretta applicazione¹⁷⁶.

Possiamo concludere che i giudici nazionali, data la stretta correlazione tra l'efficacia nel nostro ordinamento del contributo ermeneutico derivante dalla Corte EDU e la necessità che esso sia sufficientemente consolidato, non possono adottare un approccio ermeneutico degli artt. 247 co. 1, 1-bis, 2 e 3, 352 co. 4, 250, 251 e 257 c.p.p. secondo il parametro convenzionale dell'art. 8 della Convenzione, così come interpretato dai Giudici di Strasburgo nell'unica sentenza *Brazzini c. Italia*.

¹⁷³ Corte cost. n. 311 del 2009.

¹⁷⁴ R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzini c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n. 134*, in *www.archiviopenale.it*, 2022, p. 6.

¹⁷⁵ Corte cost. n. 210 del 2013; Corte cost. n. 80 del 2011.

¹⁷⁶ Cass. Pen., Sez. III, 30 settembre 2011, n. 19985; Cass., Sez. un., 14 luglio 2011, n. 27918.

Proprio per questo motivo, i primi commentatori¹⁷⁷ sostenevano che la Corte europea avesse lasciato aperta la questione relativa alla natura del rimedio che il sistema italiano avrebbe dovuto introdurre per sanare il *vulnus* convenzionale contestato, rimettendo questo compito alle autorità nazionali¹⁷⁸.

8. *Vulnus* convenzionale nel sistema italiano delle perquisizioni

Come analizzato precedentemente, la ricerca della prova tramite lo strumento della perquisizione non prevede un controllo giurisdizionale effettivo preventivo, anche se, comunque, il provvedimento restrittivo della libertà di domicilio deve rispettare le garanzie costituzionali *ex art. 13 Cost.* Nell'ordinamento interno, infatti, la legittimità delle perquisizioni domiciliari *ex art. 247 co. 2 c.p.p.* è garantita dalla motivazione del decreto autorizzativo, requisito indispensabile al fine di evitare l'arbitrio degli organi procedenti¹⁷⁹. Se poi l'atto di indagine sfocia in un sequestro il rimedio del riesame può investire anche la legittimità del decreto di perquisizione, che ne costituisce l'antecedente¹⁸⁰. Per quanto riguarda, invece, i casi di attività perquirente eseguita dagli ufficiali di polizia giudiziaria o dagli agenti (art. 113 norme att. c.p.p.) *motu proprio* nel corso di un procedimento penale *ex art. 352 c.p.p.* o prima della sua instaurazione (artt. 41 t.u.l.p.s. e 103 d.p.r. 9 ottobre 1990 n. 309), il controllo si verifica *ex post* dal pubblico ministero *ex art. 352 co. 4 c.p.p.*

¹⁷⁷ D. CARDAMONE, *La sentenza della Cedu Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?*, in *www.questionegiustizia*, 2019.

¹⁷⁸ R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzi c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n.134*, in *www.archiviopenale.it*, 2022, p. 7.

¹⁷⁹ F. CASSIBBA, *Perquisizione domiciliare e ricorso effettivo*, in *Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, 2019, p. 1749.

¹⁸⁰ Cass. Pen., Sez. un., 20 novembre 1996, n. 261.

Il *vulnus* convenzionale si palesa nel caso di impugnazione del decreto di perquisizione disposto dal pubblico ministero o del decreto di convalida emesso da quest'ultimo in relazione alla perquisizione a iniziativa della polizia giudiziaria nel caso in cui non ci sia un sequestro.

Come più volte notato, benché parte della dottrina avesse riconosciuto la possibilità di ricorrere all'art. 111 Cost. per garantire un ricorso effettivo *ex art.* 13 CEDU a tutela della libertà domiciliare *ex art.* 14 Cost., la giurisprudenza era fortemente contraria sul punto, in virtù del principio di tassatività delle impugnazioni e sulla premessa che gli artt. 568 co. 2 c.p.p. e 111 co. 7 Cost. non prevedono un controllo di merito contro provvedimenti non incidenti sulla libertà personale. Proprio il principio di tassatività delle impugnazioni vieta la possibilità di riempire questo vuoto di tutela normativo in via interpretativa. Sorge, così, un dubbio di legittimità costituzionale, per contrasto con l'art. 117 co. 1 Cost., delle norme che non contengono l'impugnabilità del decreto che autorizza la perquisizione domiciliare o della relativa convalida¹⁸¹.

Questo *vulnus* convenzionale potrebbe venire meno nel caso in cui alla disciplina delle perquisizioni potessero essere applicate alcune norme che si ritrovano in tema di intercettazioni. L'operatività di queste ultime, infatti, anche se con le perquisizioni condividono la natura di mezzo di ricerca della prova, è subordinata al decreto autorizzativo emesso dal giudice per le indagini preliminari (art. 15 co. 2 prima parte Cost. e artt. 266 e 267 co. 1 c.p.p.). Inoltre, il combinato disposto degli artt. 15 co. 2 Cost., 267 co. 2 e 2-*bis*, 271 c.p.p. riconosce all'autorità giudiziaria la competenza a procedervi nei casi di urgenza qualificata, subordinandone la validità probatoria dei risultati al tempestivo controllo giurisdizionale tramite il provvedimento di convalida. Sia l'attività

¹⁸¹ F. CASSIBBA, *Perquisizione domiciliare e ricorso effettivo*, in *Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, 2019, p. 1749.

di polizia giudiziaria (art. 352 c.p.p.) sia quella del pubblico ministero (art. 267 co. 2 e 2-bis c.p.p.) devono essere controllate dal giudice. Una disciplina simile era stata proposta, come già osservato, dal “progetto Dalia” nell’art. 318¹⁸².

Si può notare che, in questo caso, non vi sarebbe alcuna violazione della Convenzione in quanto, da un lato, è obbligatorio un controllo preventivo sulla indispensabilità di eseguire le operazioni di ascolto, dall’altro impone l’intervento del giudice nelle forme della convalida ex art. 267 co. 2 c.p.p. Inoltre, un’altra norma in tema di intercettazioni che può essere inviata dalle perquisizioni è quella contenuta nell’art. 271 c.p.p. Sarebbe necessario, infatti, prevedere anche per l’attività perquirente un’ipotesi di inutilizzabilità speciale dei risultati dell’attività perquirente illegittima¹⁸³.

9. La pronuncia *Brazzi c. Italia* riconferma l’inadeguatezza delle garanzie procedurali italiane

La Corte europea con la sentenza *Brazzi c. Italia* è arrivata alla conclusione, come analizzato precedentemente, che “in assenza di un controllo giurisdizionale preventivo o di un controllo effettivo a posteriori della misura istruttoria impugnata, le garanzie procedurali previste dalla legislazione italiana non siano state sufficienti ad evitare il rischio di abuso di potere da parte delle autorità incaricate dell’indagine penale¹⁸⁴” e che il ricorrente non abbia potuto usufruire di un controllo effettivo, come prevede lo stato di diritto in una società democratica¹⁸⁵.

¹⁸² V. *infra* Capitolo II, par. 1.1.

¹⁸³ A. ZAMPINI, *Per i Giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l’art. 8 CEDU: implicazioni e prospettive*, in *Cass. pen.*, fasc. 12, 2019, p. 4472B.

¹⁸⁴ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, § 50.

¹⁸⁵ S. CARRER, *Il controllo effettivo sul mandato di perquisizione: l’Italia non passa l’esame CEDU*, in *Giurisprudenza Penale Web*, 2018, p. 12.

La pronuncia in esame riconferma, quindi, l'incompatibilità delle disposizioni nazionali italiane concernenti le perquisizioni domiciliari nell'ambito del procedimento penale e amministrativo unitamente agli accessi, ispezioni e verifiche di carattere amministrativo-tributario con i principi contenuti nella CEDU, in particolare vengono in rilievo i principi relativi al rispetto della vita privata e familiare e il diritto a un ricorso effettivo¹⁸⁶. Nonostante le numerose pronunce che hanno condannato la Francia, l'Italia non ha voluto adeguarsi e, quindi, subisce gli effetti di una pronuncia che ha ad oggetto il medesimo contenuto.

La sentenza, inoltre, lascia aperte diverse questioni: la Corte europea non indica espressamente se il controllo di natura "giurisdizionale" sul decreto di perquisizione debba essere "necessario" oppure solo "eventuale", limitandosi a disapprovare l'assenza, da un lato, di una verifica giurisdizionale preventiva e, dall'altro, di un controllo effettivo a posteriori, sul mezzo di ricerca della prova in esame¹⁸⁷.

Nel primo caso sarebbe necessario un intervento normativo decisamente invasivo¹⁸⁸.

Nel secondo caso si tratterebbe semplicemente di prevedere espressamente ulteriori ipotesi di riesame, attraverso un intervento sugli artt. 257 e 355 c.p.p., prevedendo la possibilità di riesame anche per il decreto di perquisizione negativa.

Potenzialmente sono possibili percorsi diversi, non necessariamente mediante riforme normative, attraverso un *revirement* dei consolidati orientamenti giurisprudenziali al fine di garantire, mediante un'interpretazione "convenzionalmente orientata" delle disposizioni normative vigenti, un controllo *ex post* sul decreto di perquisizione locale attraverso il

¹⁸⁶ V. *infra* Capitolo II, par. 5.

¹⁸⁷ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2018, n. 57278, *Brazzi c. Italia*, § 50-51.

¹⁸⁸ A. TARALLO, *La disciplina interna del decreto di perquisizione domiciliare tra indipendenza della magistratura requirente ed esigenza di un controllo efficace: nota alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nel caso Brazzi contro Italia*, in *Giust. pen.*, 2019, p. 92.

riesame o, quantomeno, il ricorso per cassazione, ammesso per il decreto di perquisizione personale non solo per violazione di legge ma anche per mancanza o illogicità della motivazione¹⁸⁹. In questa ultima ipotesi si trarrebbe di un'operazione ermeneutica che amplia il concetto di libertà personale di cui agli artt. 111 co. 7 Cost. e 568 co. 2 c.p.p. sino al punto di ricomprendere anche il diritto al rispetto dell'inviolabilità del domicilio che potrebbe trovare una giustificazione nell'art. 14 co. 2 Cost., laddove si può ritrovare un'espressa equiparazione del livello delle garanzie in materia di inviolabilità di tutela della libertà personale¹⁹⁰.

Si escludono, invece, soluzioni in termini meramente risarcitori, in quanto la Corte EDU ha escluso che l'efficacia in concreto dei rimedi diversi da quello strettamente procedurale, quali, ad esempio, l'azione di responsabilità contro lo Stato ai sensi della Legge n. 117/1988, utilizzabile solo in caso di dolo o colpa grave del magistrato nell'emissione del decreto di perquisizione¹⁹¹. Nemmeno strumenti riparatori, di natura penale o disciplinare, sono efficaci nei confronti degli autori degli abusi. La giurisprudenza europea è favorevole a rimedi di natura procedurale in quanto solo questi ultimi consentono di rilevare la patologia di atti nulli a causa di abusi o arbitri delle pubbliche autorità già all'interno del procedimento penale in cui si verificano, in primo luogo paralizzandone l'attitudine probatoria¹⁹².

¹⁸⁹ Cass. Pen., Sez. III, 4 febbraio 2000, n. 562.

¹⁹⁰ A. TARALLO, *La disciplina interna del decreto di perquisizione domiciliare tra indipendenza della magistratura requirente ed esigenza di un controllo efficace: nota alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nel caso Brazzji contro Italia*, in *Giust. pen.*, 2019, p. 93.

¹⁹¹ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2018, n. 57278, *Brazzji c. Italia*, § 49.

¹⁹² A. TARALLO, *La disciplina interna del decreto di perquisizione domiciliare tra indipendenza della magistratura requirente ed esigenza di un controllo efficace: nota alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nel caso Brazzji contro Italia*, in *Giust. pen.*, 2019, p. 93.

Concludendo, è necessario, al fine di assicurare l'obiettivo costantemente ribadito dalla Corte europea, ossia assicurare, da un lato, la tutela dei diritti fondamentali previsti dalla Convenzione che non devono rimanere teorici e illusori, dall'altro evitare ulteriori condanne dell'Italia in relazione alla mancanza di controlli giurisdizionali *ex post*, introdurre un rimedio che possa assicurare la garanzia minima di un ricorso effettivo¹⁹³.

¹⁹³ F. CASSIBBA, *Perquisizione domiciliare e ricorso effettivo*, in *Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, 2019, p. 1749.

CAPITOLO III

Sviluppi interni ed europei successivi alla sentenza *Brazzi c. Italia*

SOMMARIO: 1. “D. d. l. Bonafede” del 2020: la prima previsione di un controllo giurisdizionale della legittimità delle perquisizioni. – 2. La proposta della commissione Lattanzi. – 3. La Corte di Giustizia sul tema di un rimedio effettivo: *Gavanozov II* e articolo 47 Carta di Nizza.

1. “D. d. l. Bonafede” del 2020: la prima previsione di un controllo giurisdizionale della legittimità delle perquisizioni

Alla luce delle conclusioni emerse dalla causa *Brazzi c. Italia*, un primo tentativo di intervento volto ad introdurre uno specifico ad un controllo giurisdizionale sulla legittimità della sola perquisizione emerge nel disegno di legge AC 2435 (“D. d. l. Bonafede”), presentato alla Camera dei deputati il 13 marzo 2020, recante “delega al Governo per l’efficienza del processo penale e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari pendenti presso le corti d’appello”.

L’art. 11 del progetto governativo, che contiene la bozza di questo nuovo strumento di impugnazione, deriva dalla necessità di colmare con urgenza, data la reprimenda in sede europea, la lacuna dell’ordinamento interno in relazione ai rimedi contro le perquisizioni illegittime e gli eventuali abusi di potere degli organi inquirenti durante le indagini preliminari¹⁹⁴.

Obiettivo primario è quello di garantire al privato un controllo giurisdizionale nei confronti di un decreto di “perquisizione negativa”. La norma *de qua*, infatti, prevedeva espressamente un criterio di delega che stabiliva di creare uno strumento di

¹⁹⁴ N. TRIGGIANI, *La “Riforma Bonafede” della giustizia penale: un anno dall’approvazione della delega per ridare celerità ed efficienza al processo penale (... anche a discapito delle garanzie difensive)*, in *Processo Penale e Giustizia*, fasc. 3, 2020.

impugnazione del decreto di perquisizione o di convalida della perquisizione, anche nel caso in cui all'attività perquirente non fosse seguito un provvedimento di sequestro¹⁹⁵.

Questo intervento normativo, pur condivisibile per quanto riguarda i contenuti, in quanto già da tempo era indispensabile un rapido intervento normativo sul punto, pare essere, tuttavia, fuori contesto rispetto allo scopo complessivo del disegno di riforma, tutto votato alla celerità e all'efficienza¹⁹⁶.

Il nuovo mezzo impugnatorio, infatti, non ha come fine, né diretto né mediato, quello di aumentare l'efficienza del sistema giudiziario, bensì quello di colmare il vuoto di tutela rispetto alle perquisizioni arbitrarie, adeguando l'ordinamento interno ai principi che la Corte EDU ha evidenziato nella causa *Brazzi c. Italia*¹⁹⁷. Nel caso concreto, ricordiamo, la Corte di Strasburgo aveva sancito che, in assenza di un vaglio giurisdizionale preventivo o di un controllo effettivo *ex post* del decreto di perquisizione, le garanzie procedurali del sistema italiano non erano sufficienti ad evitare il rischio di abuso di potere da parte delle autorità incaricate dell'indagine penale. Anche se, come già notato, alcuni autori ritenevano che ai decreti relativi alle perquisizioni domiciliari si potesse applicare il ricorso per cassazione, in virtù dell'art. 14 co. 2 Cost., era necessario, comunque, un intervento normativo sul punto.

La necessità di sanare questo *vulnus* convenzionale in tempi rapidi, per evitare eventuali ulteriori nuovi contrasti con i principi convenzionali ed eventuali condanne dell'Italia da

¹⁹⁵ M. GIALUZ e J. DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in www.sistemapenale.it, 21 aprile 2020, p. 167.

¹⁹⁶ M. GIALUZ e J. DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in www.sistemapenale.it, 21 aprile 2020, p. 167.

¹⁹⁷ M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2 novembre 2022, p. 49.

parte della Corte EDU, ha portato il Governo, finalmente, in questa occasione, a intervenire tempestivamente inserendo nella legge delega uno strumento *ad hoc*.

Viene lasciata poca discrezionalità in relazione al nuovo mezzo impugnatorio, infatti, è escluso che il ricorso avvenga davanti al Tribunale del riesame, che rimane l'organo competente nelle ipotesi di cui all'art. 257 c.p.p. Il rimedio, come si avrà modo di vedere, è analogo a quello previsto dall'art. 263 co. 5 c.p.p., il quale prevede un contraddittorio tra le parti in una udienza camerale in ordine ai provvedimenti emanati dal pubblico ministero nella fase delle indagini.

La delega, invece, lasciava al legislatore ampia libertà per quanto riguarda la definizione dei termini entro i quali l'opposizione deve essere presentata, la natura del contraddittorio tra le parti in ordine alla legittimità del decreto di perquisizione nonché i mezzi di impugnazione previsti contro il provvedimento del g.i.p.

Tale istituto verrà ripreso dalla commissione Lattanzi¹⁹⁸, la quale non vuole introdurre un generico strumento di impugnazione ma un più preciso diritto dell'indagato e degli interessati di opposizione innanzi al giudice per le indagini preliminari contro un decreto di perquisizione negativa¹⁹⁹.

Si può notare, inoltre, che fin dal "D. d. l. Bonafede" si è introdotto solo un rimedio avverso il decreto di perquisizione "negativa", senza ridimensionare i mezzi di impugnazione contro una perquisizione seguita da sequestro²⁰⁰.

¹⁹⁸ V. *infra* Capitolo III, par. 3.

¹⁹⁹ O. CALAVITA, *L'opposizione alla perquisizione: verso una convergenza con la CEDU?*, in www.legislazionepenale.it, 2 maggio 2023, p. 7.

²⁰⁰ V. *infra* Capitolo IV, par. 1.

2. La proposta della commissione Lattanzi

Con decreto del 16 marzo 2021 la Ministra della giustizia, Marta Cartabia, ha costituito presso l'Ufficio legislativo del Ministero una commissione, presieduta da Giorgio Lattanzi, per elaborare proposte di riforma in materia di processo e sistema sanzionatorio penale attraverso la formulazione di emendamenti al Disegno di legge A.C. 2435 (c.d. Riforma Bonafede). L'incarico della commissione era, quindi, vincolato ad una proposta già ben tracciata²⁰¹.

La Relazione della "Commissione Lattanzi", consegnata il 24 maggio 2021, ha dato un contributo di estremo rilievo ai lavori preparatori che hanno, poi, portato alla legge 27 settembre 2021, n. 134, recante la "Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni di celere definizione dei procedimenti giudiziari".

In particolare, in questa sede, l'attenzione è posta nei confronti del controllo giurisdizionale della legittimità delle perquisizioni.

L'art. 11 prevede, infatti, che "i decreti legislativi recanti modifiche al codice di procedura penale in materia di controllo giurisdizionale della legittimità della perquisizione sono adottati nel rispetto del seguente principio e criterio direttivo: prevedere il diritto della persona sottoposta alle indagini e dei soggetti interessati di proporre opposizione al giudice per le indagini preliminari avverso il decreto di perquisizione cui non consegua un provvedimento di sequestro".

La modifica ha l'obiettivo di colmare un vuoto di tutela dell'ordinamento processuale penale italiano messo in luce dalla Corte EDU, la quale ha condannato, come approfondito in precedenza, l'Italia per aver violato l'art. 8 della Convenzione, in quanto

²⁰¹ F. PALAZZO, *Pena e processo nelle proposte della "Commissione Lattanzi"*, in www.legislazionepenale.it, 7 maggio 2021, p. 218.

nell'ordinamento nazionale il ricorrente non aveva potuto beneficiare di alcun controllo giurisdizionale *ex ante* o *ex post*²⁰². La Corte richiedeva l'intervento di un giudice, in una fase preliminare o a posteriori, e proprio per questo motivo si doveva arrivare ad un adeguamento della normativa interna con quella convenzionale, visto che il privato non riusciva a far valere le proprie ragioni di fronte ad un organo giurisdizionale²⁰³.

Viene indicata, dunque, l'introduzione di un apposito rimedio, circoscritto alla sola ipotesi oggetto della pronuncia della Corte di Strasburgo, affidato al giudice per le indagini preliminari, che permette all'indagato o agli interessati di attivare un controllo sulla perquisizione. Controllo che può essere esercitato soltanto nell'ipotesi di perquisizione non seguita da sequestro, posto che nel caso di perquisizione positiva è già disponibile un'impugnazione specifica, ossia il riesame *ex art. 257 c.p.p.*²⁰⁴.

Nonostante il criterio di delega faccia riferimento al solo caso di perquisizione disposta sulla base di un decreto, il mezzo impugnatorio deve essere riconosciuto anche nel caso di attività perquirente eseguita dalla polizia giudiziaria *ex art. 352 c.p.p.*, nei soli casi in cui sia intervenuta la convalida da parte del pubblico ministero.

Nell'ipotesi opposta, per la quale la previsione del rimedio era parsa evidentemente ultronea, è stato opportuno chiarire che il pubblico ministero deve comunque assumere un provvedimento motivato anche nel caso di ritenuta insussistenza dei presupposti della perquisizione, in ragione del tenore testuale del co. 4 della disposizione (il pubblico ministero, se ne ricorrono i presupposti, nelle quarantotto ore successive convalida la

²⁰² Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*.

²⁰³ O. CALAVITA, *L'opposizione alla perquisizione: verso una convergenza con la CEDU?*, in www.legislazionepenale.it, 2 maggio 2023, p. 8.

²⁰⁴ *Riforma del processo e del sistema sanzionatorio penale: la Relazione finale della Commissione Lattanzj*, in *Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 4, 2021, p. 1509.

perquisizione), a volte interpretato nel senso che la verifica dell'autorità giudiziaria non sarebbe dovuta nel caso in cui detti presupposti non ricorrano²⁰⁵.

Si è suggerito di costruire il rimedio come opposizione, sulla falsariga di quanto previsto con riguardo ad altro mezzo di ricerca della prova, ossia il sequestro: nel corso delle indagini preliminari, infatti, sulla restituzione delle cose sequestrate provvede il pubblico ministero con decreto motivato, contro il quale gli interessati possono proporre opposizione *ex art. 263 co. 5 c.p.p.*²⁰⁶

Una volta presentato l'atto di opposizione, il giudice per le indagini preliminari dovrebbe avere accesso agli atti del fascicolo del pubblico ministero necessari alla decisione. Occorre capire, in relazione a questo profilo, se anche al soggetto che ha impugnato la perquisizione sarà permesso l'accesso agli atti investigativi rilevanti.

Altri aspetti che devono essere precisati riguardano i termini per l'instaurazione del procedimento e la possibilità di un ulteriore mezzo di impugnazione²⁰⁷. Per quanto riguarda il primo punto, in analogia con l'art. 263 co. 5 c.p.p., sembrava ragionevole non prevedere un preciso termine di decadenza per la formulazione dell'atto di opposizione, se non quello della conclusione della fase delle indagini preliminari. Similmente, si auspicava che non venisse inibita l'esperibilità del mezzo di impugnazione avverso l'ordinanza emessa dal g.i.p. in sede di opposizione, individuabile *ex art. 127 co.7 c.p.p.* nel ricorso per cassazione.

²⁰⁵ Relazione Illustrativa al decreto legislativo 10 ottobre 2022, n. 150, *Supplemento straordinario n. 5* alla GAZZETTA UFFICIALE, p. 247.

²⁰⁶ R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzi c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n. 134*, in *www.archiviopenale.it*, 2022, p. 25; G. PADUA, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 55.

²⁰⁷ G. PADUA, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 55.

In relazione, invece, alla cognizione del giudice in sede di opposizione, invece, il parallelismo fra i due istituti sembra destinato a sgretolarsi. In tema di sequestro probatorio, con l'opposizione avverso il provvedimento del pubblico ministero sono deducibili solo censure relative alla necessità di mantenere il vincolo sulle cose sequestrate e non anche alla opportunità o legittimità del sequestro²⁰⁸, spettando invece al Tribunale del riesame la competenza a decidere sulla fondatezza del vincolo. In sede di opposizione *ex art. 263 c.p.p.*, quindi, il g.i.p. deve limitarsi a stabilire se sia o meno necessario mantenere il sequestro a fini di prova, senza spingersi a valutazioni che attengano alla legittimità del provvedimento genetico. Tra l'altro, con il ricorso per cassazione avverso l'ordinanza del gip emessa in sede di opposizione non possono surrettiziamente riproporsi questioni che attengono alla legittimità del provvedimento di sequestro²⁰⁹.

L'opposizione al decreto di perquisizione, invece, è l'unico rimedio predisposto dall'ordinamento per sindacare la legittimità della misura; quindi, non è ragionevole escludere la valutazione sulla fondatezza dell'attività perquirente.

È opportuno estendere la valutazione giudiziale alla motivazione del provvedimento impugnato, arrivando a sindacare la fondatezza dei motivi che hanno giustificato l'intrusione investigativa²¹⁰. È proprio la motivazione che permette di vagliare opportunamente la legittimità della perquisizione e a rendere possibile un controllo sulle determinazioni dell'autorità pubblica, soprattutto nel caso di lesione a diritti costituzionalmente garantiti. La cognizione del g.i.p. non è sovrapponibile a quella che si ricava dal procedimento omologo in materia di restituzione delle cose sequestrate (art.

²⁰⁸ Cass., Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 14039; Cass., Sez. II, 11 novembre 2015, n. 50169; Cass., Sez. III, 10 dicembre 2014, n. 24959.

²⁰⁹ Cass., Sez. III, 10 dicembre 2014, n. 24959.

²¹⁰ G. PADUA, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 56.

263 c.p.p.), in quanto, in questo ultimo caso, la valutazione del giudice ruota esclusivamente intorno alle esigenze probatorie che giustificerebbero la permanenza del vincolo sui beni appresi. Al contrario, l'obiettivo di garantire una tutela effettiva ai diritti fondamentali di chi subisce una perquisizione impone che l'apprezzamento giudiziale investa il merito della misura e si estenda al bilanciamento fra le ragioni dell'accertamento e la salvaguardia di garanzie inviolabili.

Infine, occorre fare qualche puntualizzazione in merito alle ricadute di un simile intervento giurisdizionale. All'esito del procedimento di opposizione, la decisione del g.i.p. potrà essere di accoglimento o di rigetto, dichiarando legittima o illegittima la perquisizione eseguita. La questione sulla quale riflettere riguarda gli effetti di tale pronuncia: in mancanza di un provvedimento di sequestro sembrerebbe mancare un concreto interesse all'impugnazione. Sarebbe auspicabile l'introduzione di una riforma di riparazione per la limitazione della libertà personale o domiciliare subita illegittimamente che consenta al giudice dell'impugnazione di riconoscere un indennizzo per i danni morali patiti a causa della perquisizione poi ritenuta illegittima. In alternativa, la decisione del g.i.p. nel senso dell'illegittimità dovrebbe quantomeno essere dotata di efficacia vincolante in sede civile. Al di fuori di questo scenario non è sufficiente a sorreggere l'introduzione del nuovo istituto la mera possibilità di rivendicare un interesse puramente astratto all'esattezza giuridica dei provvedimenti²¹¹. Dunque, ragioni di effettività della tutela impongono di individuare un qualche effetto ulteriore.

Nella sentenza *Brazzì c. Italia* viene precisato che il giudice, nel dichiarare l'illegittimità della misura contestata, può escludere dal processo penale gli elementi di prova raccolti. Tale inciso è rilevante nell'ottica di valutare sanzioni di natura processuale; in particolare,

²¹¹ G. PADUA, *Opposizione all'atto perquisitorio non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 56.

non è da escludere la possibilità di privare elementi di varia natura della loro attitudine probatoria rispetto ad altri procedimenti. Si trarrebbe, comunque, di un cambio di paradigma per la giurisprudenza interna, da sempre ancorata al principio del *male captum bene retentum*. La Relazione Illustrativa al d. lgs. n. 150 del 2022, che ha il fine di soddisfare pienamente l'interesse dell'opponente all'accertamento dell'illegittimità della perquisizione subita senza sfociare nell'invalidazione processuale del decreto oggetto di opposizione, prevedeva che il decreto di perquisizione, anche in caso di accoglimento dell'opposizione stessa, continuasse ad essere parte a tutti gli effetti del panorama giuridico.

I soggetti legittimati alla proposizione del rimedio erano individuati nella persona sottoposta alle indagini e in quella nei cui confronti la perquisizione sia stata disposta o eseguita. In considerazione della natura impugnatoria del rimedio, può fare ricorso la persona sottoposta alle indagini, che non sia stata al contempo destinataria diretta della perquisizione, solo allorquando sussista un suo concreto interesse a far valere l'illegittimità della perquisizione. Visto che si tratta di un requisito di natura generale, è sembrato superfluo farne esplicita menzione nel testo della norma.

Per quanto riguarda i motivi per i quali l'opposizione può essere proposta, anche se non indicati in alcuna delle norme del codice che disciplinano il rimedio, è stato ritenuto opportuno precisare che i vizi deducibili sono esclusivamente quelli che fanno riferimento ai presupposti sostanziali previsti dalla legge per l'effettuazione della perquisizione, solo in assenza dei quali l'ingerenza nella libertà del singolo può definirsi arbitraria.

Il giudice, come già anticipato, accoglie l'opposizione quando accerta che la perquisizione sia stata disposta fuori dei casi previsti dalla legge. È stata adottata questa strada al fine di soddisfare pienamente l'interesse dell'opponente all'accertamento dell'illegittimità

della perquisizione subita, senza tuttavia sfociare nell'invalidazione processuale del decreto oggetto di opposizione. Ciò è stato funzionale per confermare l'incontroverso orientamento giurisprudenziale²¹², secondo il quale l'eventuale illegittimità dell'atto di perquisizione eseguito dalla polizia giudiziaria non produce effetti invalidanti sul successivo sequestro del corpo del reato o delle cose pertinenti al reato e nemmeno sulla utilizzabilità del medesimo atto in funzione probatoria.

L'esperibilità del rimedio è stata subordinata al rispetto di un termine di dieci giorni dall'esecuzione del provvedimento ovvero nella diversa e successiva data in cui l'interessato abbia avuto conoscenza dell'avvenuta perquisizione.

3. La Corte di Giustizia sul tema di un medio effettivo: causa *Gavanozov II* e articolo 47 Carta di Nizza

La pronuncia *Gavanozov II*²¹³ della Corte del Lussemburgo ha rappresentato un ulteriore stimolo da parte della Corte di Giustizia verso l'armonizzazione dei sistemi processuali penali europei riguardo alla materia trattata.

I giudici della Corte di Giustizia arrivano a pronunciare tale sentenza in seguito ad un rinvio pregiudiziale del tribunale penale che aveva emesso un ordine europeo di indagine nell'ambito di un procedimento condotto nei confronti del signor Gavanozov per la partecipazione a un'organizzazione volta alla commissione di reati fiscali. Il tribunale doveva ordinare una perquisizione e un sequestro nei confronti di una società con sede in Repubblica Ceca. Nel caso specifico la legge bulgara non prevedeva alcun mezzo di impugnazione che permettesse di contestare le ragioni di merito alla base dell'emissione

²¹² Cass. Pen., Sez. I, 15 luglio 2021, n. 38605.

²¹³ C. G. UE, Sez. I, 11 novembre 2021, C-852/19, c.d. sentenza "*Gavanozov II*".

di un ordine europeo di indagine avente ad oggetto, tra gli altri, proprio un atto di perquisizione²¹⁴.

Il giudice bulgaro decideva così rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia sollevando due questioni strettamente connesse, chiedendo, in primo luogo, se una normativa nazionale che non prevede alcun rimedio di impugnazione contro un ordine d'indagine avente ad oggetto la perquisizione, il sequestro probatorio e l'audizione di un testimone sia compatibile con la direttiva 2014/41/UE e, più in generale, con gli artt. 47 Carta di Nizza, 13 e 8 della CEDU e, di conseguenza, se in presenza di tali circostanze, sia possibile ricorrere ad un ordine europeo d'indagine²¹⁵.

Nonostante tale pronuncia riguardi aspetti specifici della disciplina dell'ordine di indagine europeo, ciò che rileva è come anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea affermi in modo piuttosto netto la necessità di rimedi effettivi in relazione a provvedimenti che, come la perquisizione, incidono su diritti e libertà fondamentali della persona.

Nello specifico, i Giudici di Lussemburgo hanno affermato che la necessità di dotarsi di ricorsi effettivi contro ogni atto di indagine affonda le sue radici nell'art. 47 Carta di Nizza, che prevede il diritto a un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, e dall'omologo art. 13 CEDU²¹⁶. Ai sensi della garanzia convenzionale, i soggetti coinvolti in perquisizioni e sequestri devono poter accedere ad un procedimento che permetta di contestare la regolarità e la necessità delle perquisizioni e dei sequestri effettuati e di

²¹⁴ A. NASCIMBENI, *Ordine europeo di indagine penale e diritti fondamentali*, in *Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 2022, p. 591.

²¹⁵ C. DE LUCA, *La corte di Giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in www.sistemapenale.it, 2022.

²¹⁶ A. NASCIMBENI, *Ordine europeo di indagine penale e diritti fondamentali*, in *Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 2022, p. 591.

ottenere un adeguato rimedio qualora tali misure siano state disposte o eseguite illegalmente²¹⁷.

La Corte è, dunque, ormai costante nell'affermare che gli Stati membri, quando attuano il diritto dell'Unione, devono assicurare il rispetto del diritto a un ricorso effettivo²¹⁸, catalogato tra gli strumenti imprescindibili di democrazia²¹⁹. A causa della potenziale violazione dei diritti fondamentali, in seguito all'adozione di provvedimenti aventi natura probatoria, ogni Stato membro deve garantire strumenti di tutela che gli interessati possono far valere dinnanzi a un organo giurisdizionale²²⁰.

La maggior parte degli atti investigativi (perquisizioni, sequestri, intercettazioni telefoniche e tutti gli atti "a sorpresa") richiede che siano svolti all'insaputa dell'indagato. Per questa ragione gli Stati membri devono bilanciare i diritti individuali con le esigenze investigative e allo stesso tempo introdurre mezzi di impugnazione effettivi che siano in grado di garantire i primi senza frustrare le seconde²²¹.

I principi di diritto contenuti nella sentenza *Gavanozov II* paiono introdurre una tutela maggiore di quella prevista dall'art. 111 Cost., ma allo stesso determinano effetti dirompenti nell'ordinamento italiano.

Nel caso in cui venisse introdotto nel sistema italiano uno strumento generalizzato di impugnazione contro tutti gli atti di indagine, infatti, il sistema giudiziario rischierebbe di

²¹⁷ E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in www.archiviopenale.it, 2023, p. 30.

²¹⁸ C.G. UE, Sez. I, 19 dicembre 2019, *Deutsche Umweltiliffe eV c. Freistaat Bayern*, § 34.

²¹⁹ O. CALAVITA, *Un mezzo di impugnazione per ogni atto di indagine? Da Gavanozov II un ulteriore stimolo della Corte di Giustizia verso l'armonizzazione dei sistemi processuali penali europei*, in www.legislazionepenale.it, 8 marzo 2022, p. 5.

²²⁰ C. DE LUCA, *La corte di Giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in www.sistemapenale.it, 9 marzo 2022.

²²¹ O. CALAVITA, *Un mezzo di impugnazione per ogni atto di indagine? Da Gavanozov II un ulteriore stimolo della Corte di Giustizia verso l'armonizzazione dei sistemi processuali penali europei*, in www.legislazionepenale.it, 2022, p. 10.

collassare sotto i potenziali numerosi ricorsi che le difese degli interessati potrebbero presentare²²². Inoltre, l'inutilizzabilità non potrebbe essere una soluzione adeguata perché si pone ad esclusivo appannaggio delle parti processuali, mentre un mezzo di impugnazione deve essere accessibile anche dai terzi interessati.

Con la sentenza *Gavanozov II*, quindi, la Corte di Lussemburgo pare postulare la necessità per gli Stati membri l'obbligo di dotarsi di un rimedio per tutti quegli atti di indagine incidenti sui diritti fondamentali²²³. La Corte di Giustizia conferma, infatti, ciò che aveva già constatato la Corte di Strasburgo in un caso per diversi aspetti associabile a quello in esame, pendente sempre nei confronti della Bulgaria a causa dell'assenza di un ricorso effettivo avverso una perquisizione²²⁴. Violazione, quest'ultima, contestata dalla Corte EDU anche nei confronti dell'ordinamento processuale penale italiano nella causa *Brazzji c. Italia*.

In conclusione, la sentenza *Gavanozov II* ha offerto l'occasione di analizzare, nuovamente, l'ordinamento italiano, sebbene con specifico riferimento ai mezzi di impugnazione attivabili contro l'emissione di un OEI. Nessun problema, come già affrontato, si verifica nei confronti dei sequestri probatori, i cui decreti sono suscettibili di riesame *ex art.* 257 c.p.p. Stessa logica viene applicata, in virtù del principio di equivalenza, alle ipotesi di sequestro a fini di prova mediante ordine europeo d'indagine emesso dall'autorità giudiziaria italiana e diretto a quella straniera. Le difficoltà, al contrario, emergevano, ancora una volta, in tema di perquisizione non seguita da sequestro.

²²² O. CALAVITA, *Un mezzo di impugnazione per ogni atto di indagine? Da Gavanozov II un ulteriore stimolo della Corte di Giustizia verso l'armonizzazione dei sistemi processuali penali europei*, in www.legislazionepenale.it, 8 marzo 2022, p. 11.

²²³ O. CALAVITA, *L'opposizione alla perquisizione: verso una convergenza con la CEDU?*, in www.legislazionepenale.it, 2 maggio 2023, p. 5.

²²⁴ Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 19 gennaio 2017, *Posevini c. Bulgaria*, § 82-87.

Si può concludere che, alla luce delle reprimende della Corte di Strasburgo e anche della giurisprudenza della Corte di Giustizia, l'Italia era dunque chiamata concretamente a introdurre un mezzo di impugnazione per tutti gli atti di indagine, in particolare in relazione alle perquisizioni che hanno avuto esito negativo.

Il vuoto normativo, come si vedrà nei successivi capitoli, è stato (quantomeno in parte) colmato con la riforma Cartabia (d. lgs. 15/2022), attraverso il quale l'Italia ha introdotto un nuovo mezzo di impugnazione avverso l'attività perquirente non esitata in sequestro, l'opposizione *ex art. 252-bis c.p.p.*²²⁵.

²²⁵ C. DE LUCA, *La corte di Giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in www.sistemapenale.it, 9 marzo 2022.

CAPITOLO IV

Riforma Cartabia: introduzione degli articoli 252-*bis* e 352 comma 4-*bis* nel codice di rito

SOMMARIO: 1. Opposizione al decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero: un rimedio effettivo contro una “perquisizione negativa”. - 2. Opposizione avverso l’attività perquirente disposta su iniziativa della polizia giudiziaria. - 3. *Segue*: l’opposizione dell’attività perquirente svolta dalla polizia giudiziaria al di fuori dei casi dell’articolo 352 codice di procedura penale. - 4. Luci e ombre della novella. - a) Nuova garanzia per il perquisito. - b) Le criticità della Riforma.

1. Opposizione al decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero: un rimedio effettivo contro una “perquisizione negativa”

La riforma Cartabia, in ossequio a quanto previsto dall’art. 1 co. 24 della legge delega n. 134/2021, attraverso gli artt. 12 e 17 co. 1 lett. d) d. lgs. 10 ottobre 2022 n. 150, introduce un nuovo strumento impugnatorio, al fine di rimediare alle criticità messe in luce soprattutto dalla Corte di Strasburgo con la sentenza *Brazzî c. Italia*.

L’obiettivo è quello di consentire un’opposizione di fronte al g.i.p. avverso il decreto di perquisizione non seguito da sequestro da parte della persona sottoposta alle indagini e dei soggetti interessati, garantendo, in questo modo, la presenza di un controllo del giudice *ex post* anche nell’ordinamento italiano.

È stato, in particolare, previsto un nuovo vaglio giurisdizionale non solo nell’ipotesi di perquisizione eseguita sulla base di un decreto emesso dal pubblico ministero che ha avuto esito negativo (con l’introduzione dell’art. 252-*bis* c.p.p.), ma anche nei casi di

attività perquirente attuata dalla polizia giudiziaria *motu proprio* e convalidata entro le successive quarantotto ore dal pubblico ministero (art. 352 co. 4-*bis* c.p.p.)²²⁶.

L'art. 252-*bis* co. 1 c.p.p. prevede che, salvo che alla perquisizione non sia seguito il sequestro, contro il decreto di perquisizione emesso dal pubblico ministero la persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e la persona nei cui confronti la perquisizione è stata disposta o eseguita possono proporre opposizione, sulla quale il giudice provvede nelle forme del rito camerale a norma dell'art. 127 c.p.p.

Fin dalla prima lettura, si può notare che non è stato previsto, invece, nessun rimedio avverso la c.d. “perquisizione positiva”, ovvero sia quella in esito alla quale è stato disposto un sequestro. Nei confronti di quest'ultima la costante giurisprudenza consente, infatti, l'impugnazione per mezzo del riesame *ex art.* 257 c.p.p. Le Sezioni Unite, come già analizzato ampiamente²²⁷, hanno stabilito che, qualora la perquisizione sia finalizzata al sequestro e i due decreti siano inseriti in un unico contesto, il riesame coinvolge anche la perquisizione, purché, però, sia circoscritto nei limiti di un'indagine strumentale alla legittimità del sequestro medesimo²²⁸.

Dopo questa breve introduzione sull'ossatura normativa del nuovo istituto, è opportuno analizzare diversi aspetti della norma *de quo*, in particolare l'ambito operativo della disposizione, i soggetti legittimati a presentare l'opposizione, con specifica attenzione alla definizione dell'interesse a impugnare, e i motivi alla base dell'impugnazione stessa. Alcune caratteristiche di questo inedito rimedio, come si potrà notare, erano già state oggetto di alcune riflessioni della commissione Lattanzi²²⁹. In particolare, l'opposizione

²²⁶ Cfr. relazione a cura dell'Ufficio del Massimario, Rel. n. 2/2023, *Relazione su novità normativa La “riforma Cartabia”*, 5 gennaio 2023, p. 53.

²²⁷ V. *retro* Capitolo I, par. 3.

²²⁸ Cass. Pen., Sez. un., 20 novembre 1996, n. 23.

²²⁹ V. *retro* Capitolo III, par. 2.

è ispirata a quello strumento omonimo che l'interessato può esperire davanti al g.i.p. nel caso in cui il pubblico ministero rigetti la richiesta di restituzione di cose sequestrate *ex art. 263 co. 5 c.p.p.*

L'art. 252-*bis* c.p.p. esordisce con l'individuazione dell'ambito operativo del nuovo strumento di impugnazione. La clausola "salvo che alla perquisizione sia seguito il sequestro" indica chiaramente che l'opposizione può essere applicata solo avverso un decreto di perquisizione negativa. Diversamente, se alla perquisizione, come già approfondito, è seguito un sequestro, l'interessato può ricorrere allo strumento del riesame, in linea con quanto già consentito prima della riforma Cartabia.

Il legislatore delegante aveva circoscritto il nuovo rimedio al decreto di perquisizione, dando quasi l'idea di voler delimitare il vaglio giurisdizionale al solo provvedimento adottato dal pubblico ministero, escludendo, in tal modo, le ipotesi in cui la polizia giudiziaria operasse *ex art. 352 c.p.p.*

Il legislatore delegato, in verità, ha poi esteso tale possibilità: lo strumento in esame, infatti, è esperibile, come si vedrà meglio in seguito²³⁰, anche avverso il decreto di convalida, da parte della pubblica accusa, della perquisizione eseguita dalla polizia giudiziaria *motu proprio* a cui non ha fatto seguito il sequestro (*ex art. 352 co. 4 e 4-bis c.p.p.*). Viene, dunque, esteso, affinché il nuovo rimedio non venga meno, il vaglio giurisdizionale anche al decreto di convalida perché nell'ipotesi contenuta dall'art. 352 co. 4 c.p.p. non c'è nessun "decreto di perquisizione"²³¹. Tale soluzione, tuttavia, non pare del tutto soddisfacente, in quanto in queste ipotesi il g.i.p. dovrà controllare la sussistenza dei requisiti che hanno permesso l'intervento della polizia giudiziaria, e, nel

²³⁰ V. *infra* Capitolo IV, par. 2.

²³¹ R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzi c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n. 134*, in *www.archiviopenale.it*, 18 giugno 2022, p. 27.

caso di attività perquirente disciplinate dalle leggi speciali, accertare di volta in volta l'effettiva sussistenza di indizi o di fondati motivi che abbiano portato all'intervento.

Quando, invece, l'atto di indagine è emesso dal pubblico ministero sarà indispensabile verificare, attraverso la motivazione, se non c'erano altri mezzi di ricerca della prova meno invasivi, per evitare che gli organi inquirenti agiscano sulla compressione di una libertà fondamentale arbitrariamente²³².

Sulla base di ciò, si può concludere, quindi, che strettamente necessaria è la presenza della motivazione puntuale sia del verbale di perquisizione della polizia giudiziaria che ha agito urgentemente, sia del decreto adottato dal pubblico ministero.

Continuando l'analisi del profilo relativo all'ambito operativo, anche se nella sentenza *Brazzi c. Italia* la condanna dell'Italia faceva riferimento alla mancanza di un controllo di legittimità sulla sola perquisizione domiciliare, l'art. 252-bis c.p.p. si applica a qualsiasi tipologia di perquisizione (personale, locale, informatica)²³³.

La Corte di Strasburgo, infatti, è pacifica nel ritenere che l'art. 8 della Convenzione si applichi anche nel caso di perquisizione personale²³⁴, salvo che l'interferenza non sia così grave da integrare anche il divieto assoluto di trattamenti inumani e degradanti e, quindi, venga in rilievo anche la garanzia di cui all'art. 3 CEDU²³⁵.

Fuori dall'applicabilità dell'art. 252-bis c.p.p., invece, vi sono tutti i casi di attività perquirente disposta dal giudice, ad esempio in caso di perquisizione presso gli uffici del difensore *ex art.* 103 c.p.p. In questa ipotesi, nel caso in cui alla perquisizione non sia

²³² R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzi c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n. 134*, in *www.archiviopenale.it*, 18 giugno 2022, p. 27.

²³³ E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in *www.archiviopenale.it*, 17 ottobre 2023, p. 9.

²³⁴ Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 15 settembre 2015, *Mika c. Polonia*, § 45.

²³⁵ Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 26 settembre 2006, *Wainwright c. Regno Unito*, § 41-43.

seguito un sequestro, non può essere utilizzata l'opposizione avverso l'atto perquirente²³⁶.

È opportuno ricordare, però, che nella pronuncia *Brazzi c. Italia* la Corte europea aveva sostenuto che fosse sufficiente era la previsione di un controllo giurisdizionale preventivo da parte del giudice sulla legittimità e sulla necessità della misura. Conseguentemente, un vaglio giurisdizionale a posteriori diventa necessario nel caso in cui manchi del tutto o sia solo apparente un controllo giurisdizionale *ex ante*²³⁷.

Alla luce del diritto euroconvenzionale, quindi, possiamo notare come la perquisizione *ex art. 103 c.p.p.*, essendo disposta da un giudice, non crea particolari problemi in relazione alla mancanza di una verifica giurisdizionale posteriore, essendovene una preventiva. Il privato non rimane, dunque, privo di tutela nel caso di “attività perquisite negativa” eseguita presso gli uffici del difensore.

Per quanto riguarda, invece, il profilo dei soggetti legittimati ad esercitare questo nuovo rimedio impugnatorio, l'art. 252-*bis* co. 1 c.p.p. prevede che possa presentare opposizione la persona sottoposta alle indagini o la persona nei cui confronti la perquisizione è stata disposta o eseguita.

Come già ricordato²³⁸, la relazione illustrativa al d. lgs. n. 150 del 2022 ha previsto che il rimedio in esame possa essere utilizzato dall'indagato anche nel caso in cui non sia stato

²³⁶ E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in www.archiviopenale.it, 17 ottobre 2023, p. 9.

²³⁷ O. CALAVITA, *L'opposizione alla perquisizione: verso una convergenza con la CEDU?*, in www.archiviopenale.it, 2 maggio 2023, p. 12.

²³⁸ Capitolo III, par. 2.

il destinatario diretto della perquisizione, purché, in linea con l'art. 568 co. 4 c.p.p., abbia un interesse concreto e attuale a far valere l'illegittimità della perquisizione²³⁹.

Problematico appare, tuttavia, l'aspetto relativo all'interesse a impugnare poiché, in forza dei principi in materia di impugnazioni, non è così semplice delineare un'ipotesi in cui, in caso di perquisizione negativa, possa essere presente un interesse concreto e attuale alla verifica giurisdizionale sulla legittimità del provvedimento²⁴⁰. E questo soprattutto se si considera, come si avrà modo di analizzare²⁴¹, che l'accoglimento dell'opposizione non sembra produrre rilevanti conseguenze concrete. Infatti, nel caso in cui venga accolta, in assenza di altre indicazioni legislative e stante la tassatività del sistema delle invalidità processuali, quest'ultima non può travolgere il decreto con il quale si è disposta la perquisizione. L'atto, dunque, continua a far parte a tutti gli effetti del panorama giuridico procedimentale, in quanto potrebbe, comunque, essere utilizzato a fini di prova nel procedimento e nel processo (ad esempio per la descrizione dello stato dei luoghi). Tale soluzione è stata accolta dal legislatore, atteso che la Relazione Illustrativa ha sottolineato che, da un lato, si è voluto soddisfare l'interesse dell'opponente all'accertamento dell'illegittimità della perquisizione subita, dall'altro non si vuole arrivare all'invalidazione processuale del decreto oggetto di opposizione²⁴².

Concludendo l'analisi del profilo relativo l'interesse a impugnare, al fine di evitare di snaturare del tutto l'applicazione pratica della riforma dandone una *interpretatio abrogans*,

²³⁹ Cfr. relazione a cura dell'Ufficio del Massimario, Rel. n. 2/2023, *Relazione su novità normativa La "riforma Cartabia"*, 5 gennaio 2023, n. 53.

²⁴⁰ E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in www.archiviopenale.it, 17 ottobre 2023, p. 10.

²⁴¹ Capitolo IV, par. 4, lett. b).

²⁴² O. CALAVITA, *L'opposizione alla perquisizione: verso una convergenza con la CEDU?*, in www.archiviopenale.it, 2 maggio 2023, p. 9.

quest'ultimo potrebbe essere definito facendo riferimento all'impostazione della giurisprudenza²⁴³ precedente alla novella, la quale, nell'accettare il ricorso per cassazione *ex art. 111 Cost.* avverso il decreto di perquisizione personale, ha ammesso una concezione assai ampia di "interesse ad impugnare". Quest'ultimo, infatti, è stato identificato "nell'eliminazione di un atto lesivo della sfera giuridica, anche se involgente effetti extrapenali, quali sono il nocumento personale e quello sociale derivanti da una patita perquisizione personale illegittima"²⁴⁴.

Per quanto riguarda i motivi sui quali si può fondare l'atto oppositivo, l'art. 252-*bis* co. 3 c.p.p. precisa che il rimedio va presentato avverso una perquisizione disposta *fuori dei casi previsti dalla legge*: nel caso in cui il giudice accerti l'eccentricità del provvedimento rispetto al dettato normativo, quindi, l'opposizione è accolta.

Un utile chiarimento sulla portata di tale formula si ritrova nella Relazione illustrativa al decreto legislativo n. 150 del 2022. Con il nuovo istituto si possono far valere esclusivamente quei vizi in relazione ai presupposti sostanziali previsti dalla legge per l'effettuazione della perquisizione (ad esempio fondato motivo di ritenere che sulla persona si trovino occultate cose o tracce pertinenti al reato), in assenza dei quali l'interferenza nelle libertà fondamentali del privato può definirsi arbitraria²⁴⁵.

Se presa alla lettera, la formula dell'art. 252-*bis* co. 3 c.p.p. delinea un ambito di applicazione molto ristretto, ossia i soli vizi relativi ai presupposti della perquisizione)²⁴⁶.

²⁴³ Cass. Pen., Sez. III, 4 febbraio 2000, n. 562.

²⁴⁴ Cass. Pen., Sez. III, 4 febbraio 2000, n. 562.

²⁴⁵ Cfr. Cass. Pen., Sez. III, 20 marzo 2013, n. 28151: "Sono illegittimi i provvedimenti di perquisizione e sequestro probatorio operati di iniziativa dalla polizia giudiziaria oppure disposti dal pubblico ministero qualora non trovino giustificazione in una notizia di reato legittimamente acquistata o siano eseguiti in assenza di elementi idonei a configurare una specifica ipotesi di reato".

²⁴⁶ E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in www.archiviopenale.it, 17 ottobre 2023, p. 11.

In questo modo, però, non si riesce a sanare quella lacuna dell'ordinamento italiano rilevata dai Giudici di Strasburgo, i quali hanno richiesto che il controllo giurisdizionale non si limiti ai presupposti in forza dei quali può essere eseguita la perquisizione, ma coinvolga tutti gli aspetti in fatto e in diritto della misura, nonché le sue modalità di svolgimento²⁴⁷. Sarebbe preferibile, dunque, una lettura della normativa che non riduca il controllo del giudice alla sola carenza dei presupposti della perquisizione previsti dalla legge²⁴⁸.

Ai sensi dell'art. 252-*bis* co. 2 c.p.p. l'opposizione può essere proposta, a pena di decadenza, entro dieci giorni dalla data di esecuzione del provvedimento o dalla diversa data in cui l'interessato ha avuto conoscenza dell'avvenuta perquisizione²⁴⁹.

E', inoltre, previsto che il giudice provveda a norma dell'art. 127 c.p.p.; tale rinvio all'intera disposizione, appena citata, implica l'applicazione anche del co. 7, lasciando intendere che il provvedimento emesso dal giudice dell'opposizione, che assumerà la forma dell'ordinanza, sia ricorribile per cassazione²⁵⁰.

L'opposizione al decreto di perquisizione è l'unico rimedio indicato dall'ordinamento per sindacare la legittimità della misura, quindi, non sembra sensato escludere la valutazione sulla fondatezza dell'attività perquirente. A tal proposito, non si limita la cognizione del g.i.p. alle formalità procedurali che caratterizzano la disciplina sulle

²⁴⁷ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzì c. Italia*, § 44.

²⁴⁸ V. BELLANTONI, *Perquisizioni*, 522; NOCERINO, *Il vaglio giurisdizionale*, 231. Di avviso contrario pare essere O. CALAVITA, *L'opposizione alla perquisizione*, p. 11.

²⁴⁹ In chiave critica rispetto alla fissazione di un termine così ridotto per proporre l'opposizione (prima dell'attuazione della legge delega): R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzì c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n. 134*, in *www.archiviopenale.it*, 18 giugno 2022, p. 26; G. PADUA, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 55.

²⁵⁰ E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in *www.archiviopenale.it*, 17 ottobre 2023, p. 12.

perquisizioni ma si allarga la valutazione giudiziale alla motivazione del provvedimento impugnato, sindacando la fondatezza dei motivi che hanno legittimato l'intrusione investigativa.

È proprio la motivazione, infatti, come già preannunciato, che è in grado di restituire la legittimità (o illegittimità) della perquisizione e consente un vaglio sulle determinazioni dell'autorità pubblica²⁵¹.

La cognizione del g.i.p. non sarebbe, dunque, sovrapponibile a quella del procedimento omologo in relazione alla restituzione delle cose sequestrate. In quest'ultimo caso, infatti, la valutazione del giudice ha per oggetto la permanenza delle esigenze probatorie che giustificerebbero il mantenimento del vincolo sui beni vincolati. Occorre ricordare che, in caso di perquisizione, l'obiettivo è quello di tutelare effettivamente i diritti fondamentali del soggetto che subisce l'operazione invasiva. Il controllo dell'organo imparziale, quindi, deve coinvolgere il merito della misura e si estende al bilanciamento fra le ragioni dell'accertamento e la salvaguardia di valori inviolabili²⁵².

La decisione del g.i.p. potrà essere di accoglimento o di rigetto, dichiarando illegittima o legittima l'attività perquirente eseguita. Nel caso in cui manchi un provvedimento di sequestro, si può notare che manca un concreto e tangibile interesse all'impugnazione, nel senso che rimane poco chiaro quale possa essere il reale effetto utile che l'opposizione possa perseguire attraverso l'attivazione di questo mezzo. Sarebbe, infatti, sensata l'introduzione di una forma di riparazione per la compressione della libertà personale o domiciliare illegittima che permetta al giudice dell'impugnazione di riconoscere quantomeno un indennizzo per i danni morali. In alternativa, la decisione

²⁵¹ G. PADUA, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 56.

²⁵² G. PADUA, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 56.

del g.i.p. nel senso dell'illegittimità dovrebbe almeno avere efficacia vincolante in sede civile in un eventuale giudizio per il risarcimento del danno patito a cagione della perquisizione illegittima.

Al di fuori di questa situazione, “non sembra sufficiente a sorreggere l'introduzione del nuovo istituto la mera possibilità di rivendicare un interesse puramente astratto all'esattezza giuridica dei provvedimenti”²⁵³.

La pronuncia *Brazzi c. Italia* afferma che uno degli effetti utili che dovrebbero poter derivare dall'esperimento di queste tipologie di impugnazioni potrebbe essere quello di escludere dal processo penale gli elementi di prova raccolti. Anche se la sanzione dell'inutilizzabilità non attiene al caso disciplinato dall'art. 252-*bis* c.p.p., che infatti presuppone l'insussistenza di beni sequestrati, la pronuncia della Corte Edu indicata è comunque rilevante nell'ottica di valutare sanzioni di natura processuale, ad esempio la possibilità di privare elementi di varia natura del loro valore probatorio rispetto ad altri procedimenti. Il problema che incontra questa proposta è, però, l'ostilità che la giurisprudenza interna ha sempre avuto nei confronti della teoria c.d. “dei frutti dell'albero avvelenato”.

Come precisato all'inizio del paragrafo, la regolamentazione dell'opposizione *ex art. 252-bis* c.p.p. è ispirata a quella che l'interessato può esperire davanti al g.i.p. nel caso in cui il pubblico ministero rigetti la richiesta di restituzione di cose sequestrate *ex art. 263 co. 5* c.p.p.

Non è, invece, scontato che il legislatore contempli anche una *discovery* degli atti del fascicolo del pubblico ministero successivamente alla presentazione dell'opposizione. Mentre al giudice, infatti, è sempre consentito un accesso ai fascicoli in quanto deve

²⁵³ G. PADUA, *Opposizione all'atto perquisente non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 56.

indagare circa la legittimità della perquisizione operata dalla polizia giudiziaria d'urgenza o disposta dal pubblico ministero; diversamente, nei confronti del soggetto interessato, il quale ha già avuto modo di esperire il controllo giurisdizionale, che deve essere motivato adeguatamente circa la illegittimità e gli abusi, un accesso al fascicolo non avrebbe una effettiva utilità²⁵⁴.

2. Opposizione avverso l'attività perquirente disposta su iniziativa della polizia giudiziaria

La Riforma Cartabia ha introdotto una nuova disciplina in materia di “perquisizioni negative”, istituendo un controllo giurisdizionale, non solo nei casi in cui la perquisizione sia stata eseguita sulla base di un decreto emesso dal pubblico ministero, ma anche nei casi di perquisizione effettuata di iniziativa dalla polizia giudiziaria, convalidata entro le successive quarantotto ore dal pubblico ministero.

Le novità introdotte dalla novella sono contenute nei commi 4 e 4-*bis* dell'art. 352 c.p.p. *In primis*, come già preannunciato nel paragrafo precedente, il legislatore ha imposto espressamente che al pubblico ministero, nelle quarantotto ore successive, di decidere con decreto motivato sulla convalida della perquisizione. La convalida deve, quindi, avvenire solo con decreto motivato.

Come già approfondito²⁵⁵, la sussistenza di un tale onere motivazionale è stata oggetto di un acceso dibattito giurisprudenziale e dottrinale, alla fine del quale la Corte costituzionale²⁵⁶ ha sottolineato che la perquisizione ordinaria d'iniziativa della polizia

²⁵⁴ R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzi c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n. 134*, in *www.archiviopenale.it*, 18 giugno 2022, p. 26.

²⁵⁵ V. *retro* Capitolo I, par. 2.

²⁵⁶ Corte cost. n. 49 del 2020.

giudiziaria doveva essere convalidata dal pubblico ministero con decreto motivato, pur nel silenzio del previgente art. 352 co. 4 c.p.p., per un'esigenza di rispetto degli artt. 13 e 14 Cost.

Con la convalida, comunque, il pubblico ministero effettua un controllo che può comportare solo responsabilità penale o disciplinare della polizia giudiziaria, ma non l'inutilizzabilità della prova acquisita, ad esempio all'esito di un'operazione eseguita senza rispettare le prescrizioni di cui all'art. 352 c.p.p.

Il pubblico ministero, inoltre, deve ora procedere con decreto motivato anche nel caso in cui sostenga di non dover convalidare la perquisizione, anche se, in questa ipotesi, è chiaro che l'atto non può essere impugnato, in quanto viene meno l'interesse dei soggetti legittimati a presentarsi davanti al giudice per le indagini preliminari per far valere un'illegittimità già assodata dal magistrato inquirente²⁵⁷.

L'art. 352 co. 4-*bis* c.p.p., invece, prevede che, salvo che alla perquisizione sia seguito il sequestro, nel qual caso potrà essere esperita domanda di riesame, entro dieci giorni dalla data in cui hanno avuto conoscenza del decreto di convalida, la persona nei cui confronti vengono svolte le indagini e la persona nei cui confronti la perquisizione è stata disposta o eseguita possono proporre opposizione, sulla quale il giudice provvede a norma dell'art. 127 c.p.p. Anche l'art. 352 co. 4-*bis* c.p.p. richiama l'art. 127 c.p.p. e, tramite il rinvio al co. 3 dell'art. 252-*bis* c.p.p., è possibile ricorrere all'impugnazione per gli stessi motivi previsti da questa siffatta disposizione.

Si può notare che il d. lgs. n. 150 del 2022, in relazione all'opposizione avverso l'attività perquisente disposta dalla polizia giudiziaria *motu proprio*, ha delineato una disciplina quasi identica a quella contenuta nell'art. 252-*bis* c.p.p.

²⁵⁷ Cfr. relazione a cura dell'Ufficio del Massimario, Rel. n. 2/2023, *Relazione su novità normativa La "riforma Cartabia"*, 5 gennaio 2023, p. 54.

Dall'analisi delle nuove disposizioni, rimane fuori dall'ambito di applicazione del nuovo istituto l'ipotesi di mancata convalida della perquisizione. Si creano, per questa ragione, problemi di compatibilità con quanto stabilito dalla Corte europea, la quale impone che sia garantito anche in questa situazione un controllo *giurisdizionale* effettivo²⁵⁸.

3. Segue: l'opposizione dell'attività perquirente svolta dalla polizia giudiziaria al di fuori dei casi dell'articolo 352 codice di procedura penale

Al di fuori dei casi di cui all'art. 352 c.p.p., il legislatore della riforma non dice nulla per quanto riguarda l'attività perquirente svolta dalla polizia giudiziaria, al fuori dei casi di cui all'art. 352 c.p.p., nelle ipotesi previste dalle leggi speciali²⁵⁹.

Considerato che, comunque, occorre assicurare in materia una convalida *ex artt.* 13 co. 3 e 14 co. 2 Cost., prevale la tesi, indubbiamente sollecitata dall'esigenza di assicurarsi un'interpretazione convenzionalmente orientata del novellato assetto, secondo la quale il nuovo rimedio *ex art.* 352 co. 4-*bis* c.p.p. può essere applicate anche a queste perquisizioni speciali²⁶⁰.

Qualche dubbio si verifica, invece, nel caso di perquisizioni "extraprocessuali" che hanno una finalità preventiva, ad esempio l'attività perquirente sul posto *ex art.* 4 L. 22 maggio 1975, n. 152. Trattasi di un'attività di ricerca che la stessa Corte costituzionale²⁶¹ ha definito come istituto a carattere preventivo rispetto al quale è esclusa l'applicazione delle norme di procedura penale, in particolare la disciplina relativa alle garanzie difensive.

²⁵⁸ Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 8 febbraio 2005, *L.M. c. Italia*.

²⁵⁹ Sull'attività perquirente della polizia giudiziaria prevista dalle leggi speciali v. Capitolo I, par. 2, lett. a).

²⁶⁰ E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in *www.archiviopenale.it*, 17 ottobre 2023, p. 14.

²⁶¹ Cfr. Corte cost. n. 261 del 1983.

Si potrebbe sostenere, dunque, l'inoperatività della nuova impugnazione alle operazioni di perquisizione che hanno una finalità prettamente preventiva²⁶². Tale impostazione, tuttavia, potrebbe cambiare nell'ipotesi in cui emergano indizi di reato durante il compimento della perquisizione, ad esempio, sul posto, in quanto in questo caso l'operazione cambierebbe veste e diventerebbe processuale, con conseguente applicazione integrale di tutte le garanzie previste dal codice di rito, compresa, quindi, l'opposizione *ex art. 252-bis c.p.p.*

Una lettura conforme alla CEDU sembrerebbe, però, preferire l'interpretazione opposta rispetto a quella appena menzionata.

Ciò trova conferma a livello operativo, infatti, nel trattare le modifiche all'art. 352 c.p.p., la maggior parte delle prime direttive delle Procure della Repubblica²⁶³ sostengono che la riforma si applichi a tutte le perquisizioni contenute nelle leggi speciali. Continuano, comunque, a rimanere opinioni contrarie sul punto, anche perché la linea di confine tra prevenzione e repressione dei reati è, a volte, impercettibile.

In ogni caso, laddove non venga riconosciuta l'applicabilità del nuovo istituto, l'attività perquirente non esitata in un sequestro disposta dalla polizia giudiziaria nelle ipotesi previste dalle leggi speciali non ha a disposizione alcun mezzo di impugnazione a tutela dell'interessato, come imporrebbe il diritto euroconvenzionale alla luce, tra le altre, della sentenza *Brazzì c. Italia*. L'Italia potrebbe, quindi, rischiare una nuova reprimenda da parte della Corte di Strasburgo.

²⁶² E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in www.archiviopenale.it, 17 ottobre 2023, p. 16.

²⁶³ V. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Frosinone, direttiva n. 213/23, *Prime indicazioni operative generali, finalizzate ad assicurare una uniforme applicazione della normativa e dei relativi istituti di garanzia nell'attività investigativa e processuale*, in www.procura.frosinone.it, 9 gennaio 2023, 14-15.

Possiamo notare, già a questo punto, che la novella presenta alcune lacune e diverse criticità che verranno approfondite nell'ultimo capitolo.

4. Luci e ombre della novella

a) Nuova garanzia per il perquisito

La Riforma Cartabia ha indubbiamente cercato di colmare “vuoti di tutela derivanti da manomissioni della disciplina codificata o dall'assenza di specifiche indicazioni²⁶⁴” al fine di garantire un rimedio effettivo contro una perquisizione illegittima non esitata in sequestro, però, allo stesso tempo, non sono mancate le critiche nei confronti della novella stessa²⁶⁵. Come si vedrà nel paragrafo successivo, il nuovo istituto dell'opposizione agisce maggiormente su un piano astratto²⁶⁶, ad esempio il legislatore non ha contemplato nella formulazione dell'art. 252-*bis* c.p.p. l'inutilizzabilità dei verbali dell'attività perquirente eseguita.

Si può notare, quindi, che l'inedito rimedio contiene una duplice anima: da un lato, ha certamente l'obiettivo di adeguarsi ai principi della Corte di Strasburgo emersi in particolare nella sentenza *Brazzini c. Italia*, con l'intenzione di tutelare nel miglior modo possibile le situazioni giuridiche soggettive di coloro che hanno subito una perquisizione “negativa” illegittima; dall'altro lato, quest'ultimo obiettivo è in parte limitato, visto che

²⁶⁴ E. N. LA ROCCA, *Il modello di riforma “Cartabia”: ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *www.archiviopenale.it*, fasc. 3, 2021, p. 18.

²⁶⁵ M. GIALUZ e DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *www.sistemapenale.it*, 2020

²⁶⁶ G. AMATO, *Circolare applicativa n. 9115*, in *www.sistemapenale.it*, 2002, p. 16.

il legislatore delegante non ha introdotto la teoria dei “frutti dell’albero avvelenato” e, con essa, l’inutilizzabilità “derivata”²⁶⁷.

Nonostante i dubbi sollevati dai commentatori, la novella ha indirettamente determinato un effetto positivo non trascurabile. Ha sensibilizzato, infatti, come emerge leggendo le prime indicazioni operative delle diverse Procure della Repubblica, gli uffici a prestare più attenzione all’ “accuratezza della motivazione”²⁶⁸, sia nel caso di decreto di perquisizione adottato dal pubblico ministero²⁶⁹, sia con riferimento all’esplicitazione e alla rappresentazione nella documentazione dell’atto di indagine eseguito dalla polizia giudiziaria di “tutti gli elementi del fatto che consentono di apprezzare la legittimità della perquisizione”²⁷⁰. Ciò costituisce, indubbiamente, una forte tutela nei confronti dei soggetti che hanno subito un’attività di ricerca invasiva.

Affinché l’obbligo motivazionale sia adempiuto, come si legge in alcune direttive, occorre escludere l’utilizzo di formule di stile vuote o stereotipate²⁷¹, o di espressioni generiche o

²⁶⁷ O. CALAVITA, *L’opposizione alla perquisizione: verso una convergenza con la CEDU?*, in *www.legislazionepenale.it*, 2023, p. 15.

²⁶⁸ V. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Frosinone, direttiva n. 123/23, *Prime indicazioni*, in *www.procura.frosinone.it*, p. 14-15; Procura della Repubblica presso il Tribunale di Perugia, *Prima direttiva*, in *www.procura-perugia.giustizia.it*, p. 8.

²⁶⁹ Cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Lodi, *Direttiva alla Polizia Giudiziaria in ordine al D. L. n. 10.10.2022 n. 150 di attuazione della legge 27 settembre 2021, n. 134, recante delega al Governo per l’efficienza del processo penale, nonché in materia di giustizia riparativa e disposizione per la celere definizione dei procedimenti giudiziari*, 10 gennaio 2023, in *www.procura.lodi.it*, p. 11.

²⁷⁰ Cfr. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, *Direttive e indicazioni*, in *www.procura.milano.giustizia.it*, p. 16.

²⁷¹ V. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Napoli, *direttiva n. 1/2023, Prime indicazioni operative generali*, in *www.procura.napoli.giustizia.it*, p. 17.

riferimenti a circostanze riconducibili a personali convincimenti investigativi degli inquirenti o basati su circostanze difficilmente verificabili²⁷².

Si è sentita la necessità, dunque, di fare particolare attenzione circa le ragioni e l'oggetto dell'atto, al fine di prevenire contestazioni in sede di opposizione²⁷³. In caso di violazione di questo obbligo, il controllo giurisdizionale condurrà alla dichiarazione di illegittimità del decreto di perquisizione del pubblico ministero o di convalida dell'attività perquirente disposta su iniziativa della polizia giudiziaria.

In definitiva, posto che la persona interessata da una perquisizione compiuta con esito negativo può oggi provocare una decisione sulla legittimità dell'atto da parte del giudice, il quale può dichiarare che l'attività perquirente è stata disposta fuori dei casi previsti dalla legge, diviene particolarmente importante l'accuratezza della motivazione contenuta nel decreto di perquisizione del pubblico ministero nonché della motivazione sulle condizioni che hanno condotto la polizia giudiziaria ad eseguire l'atto di indagine *motu proprio*. Si raccomanda pertanto di tenere conto di questa importante necessità giustificativa. La Corte di cassazione ricorda, infatti, che, in caso di esercizio dell'azione penale, la motivazione deve contenere il fondato motivo che è a fondamento della ricerca di "corpi di reato" e di "cose pertinenti al reato", mediante l'indicazione, anche sommaria ed approssimativa, delle fattispecie criminose contestate e dei fatti ipotizzati, senza

²⁷² V. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, Direttive e indicazioni, in www.procura.milano.giustizia.it, p. 17.

²⁷³ V. Procura della Repubblica presso il Tribunale di Bologna, *Decreto legislativo 10 ottobre 2022 n. 150 di attuazione della legge 27 settembre 2021 n. 134, recante delega al governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa. Novità sostanziali e processuali: in particolare, procedibilità a querela; fatto di particolare tenuità; persona offesa e querelante, dichiarazione/elezione di domicilio; partecipazione a distanza; registrazioni audiovisive degli atti*, 19 ottobre 2022, in www.procura.bologna.giustizia.it, p. 18.

limitarsi alla mera indicazione degli articoli del Codice penale che si assumono violati dall'indagato²⁷⁴.

Si potrebbe dire che “la consapevolezza dell'esistenza di un vaglio giurisdizionale a posteriori sembrerebbe portare *ex ante* a un irrobustimento della rappresentazione delle ragioni che giustificano l'esecuzione dell'atto²⁷⁵”.

b) Le criticità della Riforma

È opportuno, a questo punto, chiedersi se la novella abbia introdotto un rimedio effettivo secondo i canoni di Strasburgo analizzati nella pronuncia *Brazzi c. Italia*.

La risposta non sembra poter essere affermativa, in quanto il legislatore, nel prevedere un vaglio del giudice a posteriori rispetto al compimento di una perquisizione negativa, non pare aver assicurato all'interessato quella riparazione adeguata richiesta dalla Corte Edu.

La Corte di Strasburgo, facendo particolare riferimento all'art. 13 della Convenzione, aveva sostenuto che non fosse sufficiente prevedere la mera facoltà di censurare l'illegittimità realizzatasi, ma era necessario assicurare uno strumento effettivo in grado sia prevenire la presunta violazione o di porvi rimedio, sia di garantire una riparazione appropriata per ogni lesione che si è già realizzata²⁷⁶.

In particolare, con riferimento alle perquisizioni e ai sequestri, la Corte ha ulteriormente specificato che la formula “*effective remedy*” non necessita della configurazione di sanzioni nei confronti di coloro che hanno effettuato l'attività perquirente.

²⁷⁴ Cass. Pen., Sez. III, 21 settembre 2023, n. 50482.

²⁷⁵ E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in www.archiviopenale.it, 2023, p. 23.

²⁷⁶ Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 11 giugno 2009, *Petkov e altri c. Bulgaria*, § 74.

È indispensabile, infatti, sulla base degli artt. 8 e 13 della Convenzione, garantire una procedura che consenta agli interessati di sindacare la legittimità della misura e di ottenere un indennizzo nel caso in cui essa sia stata disposta o eseguita illegittimamente.

Una parte della dottrina²⁷⁷ aveva appoggiato l'idea di introdurre un indennizzo *ad hoc* in seguito alla limitazione della libertà personale o domiciliare illegittima.

In mancanza, concludendo, di un qualsiasi intervento di questo genere, si potrebbe creare un contrasto tra la disciplina italiana con i principi convenzionali e l'opposizione rischierebbe di perdere, fin dall'inizio, buona parte della sua portata garantista²⁷⁸.

Un altro punto di grave debolezza della novella emerge una volta che, come già osservato, si analizzano gli effetti della declaratoria di illegittimità dell'attività perquirente.

Dalla lettura della nuova disposizione si può ricavare che il provvedimento emesso in seguito all'accoglimento dell'opposizione da parte del giudice sembra essere destinato a rimanere privo di conseguenze concrete²⁷⁹. In questo caso, a differenza della disciplina in tema di intercettazioni *ex art. 271 c.p.p.* o in punto di garanzie di libertà del difensore *ex art. 103 co. 7 c.p.p.*, la norma non sancisce nulla sulle sanzioni processuali conseguenti alla perquisizione illegittima. Non si tratta di una distrazione ma di una scelta consapevole del legislatore²⁸⁰.

²⁷⁷ R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzi c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n. 134*, in *www.archiviopenale.it*, 2022, p. 29; G. PADUA, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 56.

²⁷⁸ E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in *www.archiviopenale.it*, 2023, p. 21.

²⁷⁹ D'ANCONA, *La riforma penale e la stretta sui tempi delle indagini*, in *www.questionegiustizia.it*, p. 15; M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della riforma Cartabia*, in *www.sistemapenale.it*, 2022, p. 50.

²⁸⁰ E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in *www.archiviopenale.it*, 2023, p. 18.

La Relazione illustrativa²⁸¹, come già anticipato, aveva escluso qualsiasi invalidità dei risultati derivanti dal decreto di perquisizione illegittima, secondo la teoria del *male captum bene retentum*²⁸², appoggiata dalla giurisprudenza²⁸³ e, a più riprese, anche dalla Corte costituzionale²⁸⁴. La novella è, infatti, coerente con la giurisprudenza costituzionale e di legittimità che ha cristallizzato nel nostro ordinamento la dottrina appena citata.

L'unico spazio per l'invalidità derivata in astratto possibile atterrebbe alla nullità, ma sarebbe necessario sostenere che i presupposti di cui all'art. 185 co. 1 c.p.p. dovrebbero essere applicati agli atti probatori in generale. Teoria, quest'ultima, che una parte della dottrina²⁸⁵ approva, mentre certa giurisprudenza di legittimità sembra non condividere²⁸⁶. Nel caso dell'art. 252-*bis* c.p.p. non viene in rilievo il rapporto tra sequestro e attività perquirente, in quanto la disposizione riguarda una perquisizione non esitata in sequestro. Potrebbero, però, venire in rilievo ulteriori esiti dell'attività perquirente. Si è notato, infatti, che, nonostante l'accoglimento dell'opposizione e la conseguente declaratoria di illegittimità dell'atto di indagine, il verbale della perquisizione potrebbe conservare profili di utilizzabilità²⁸⁷, in particolare per quanto riguarda la descrizione dello stato dei luoghi o rispetto alla documentazione di quanto avvenuto in presenza del verbalizzante al momento dell'esecuzione. Si ha a che fare, in ogni caso, di risultati probatori derivanti

²⁸¹ Cfr. *Relazione illustrativa al D. lgs. 10 ottobre 2022, n. 150*, p. 268-269.

²⁸² Cfr. F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezza*, in *www.archiviopenale.it*, 5 maggio 2023, p. 4.

²⁸³ Cass. Pen., Sez. I, 27 ottobre 2021, n. 38605.

²⁸⁴ Corte cost. n. 247 del 2022; Corte cost. n. 252 del 2020; N. GALANTINI, *Alla ricerca della "inutilizzabilità derivata"*, in *www.sistemapenale.it*, 2021, p. 151 ss.

²⁸⁵ R. CASIRAGHI, *La Corte costituzionale non esclude l'invalidità derivata in materia probatoria*, in *www.sistemapenale.it*, 18 novembre 2019; N. GALANTINI, *Alla ricerca della "inutilizzabilità derivata"*, in *www.sistemapenale.it*, 2021.

²⁸⁶ Cass. Pen., Sez. V, 12 luglio 2018, n. 32009; Cass. Pen., Sez. I, 13 giugno 2011, n. 23674.

²⁸⁷ E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in *www.archiviopenale.it*, 2023, p. 19.

dalla perquisizione e, nel silenzio normativo, l'accoglimento dell'opposizione non pare possa determinare l'inutilizzabilità di tali elementi acquisiti per effetto dell'attività di ricerca coattiva. "L'innovazione si riduce a un mero vessillo di garanzia giurisdizionale senza effetti pratici sulla perquisizione illegittima"²⁸⁸.

La dichiarazione di illegittimità dell'attività perquirente potrebbe assumere importanza sul piano penale (artt. 609 e 615 c.p.p.) o anche sul profilo disciplinare (art. 124 c.p.p.).

I Giudici di Strasburgo, richiedono, affinché si possa parlare di rimedio effettivo, che in capo agli interessati sia garantito l'accesso ad una procedura che consentisse di sindacare la legittimità della misura e di ottenere una riparazione nel caso in cui fosse illegittima, e non la presenza di sanzioni nei confronti di coloro che hanno eseguito la perquisizione. L'ordinamento italiano, in difetto per quanto riguardava le sanzioni procedurali²⁸⁹, doveva intervenire almeno sul profilo della riparazione economica, prevedendo un indennizzo *ad hoc* per l'irregolare perquisizione. Una parte della dottrina²⁹⁰ era favorevole, in sede di attuazione della L. 134/2021, a un indennizzo per la limitazione della libertà personale o domiciliare realizzata in modo illegittimo. Una proposta alternativa riguardava la possibilità di attribuire efficacia vincolante in sede civile al provvedimento di accoglimento dell'opposizione²⁹¹.

²⁸⁸ F. GIUNCHEDI, *Strategia ed etica comportamentale delle parti nel processo penale riformato*, in www.archiviopenale.it, 2023, p.5.

²⁸⁹ Per la necessità di una loro introduzione, v. G. PADUA, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 56; A. TARALLO, *La disciplina interna del decreto di perquisizione domiciliare tra indipendenza della magistratura requirente ed esigenza di un controllo efficace: nota alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nel caso Brazzî contro Italia*, in *Giust. pen.*, 2019, p. 93-95.

²⁹⁰ R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzî c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n. 134*, in www.archiviopenale.it, 2022, n. 29; G. PADUA, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 56.

²⁹¹ Cfr. G. PADUA, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022, p. 56.

Inoltre, anche se da una prima analisi potrebbe osservarsi una possibile disparità di trattamento per i soggetti che hanno subito una “perquisizione negativa” durante la fase investigativa e coloro che, invece, hanno sopportato l’operazione a partire dall’udienza preliminare, in realtà, non è così.

La previsione del nuovo istituto dell’opposizione esclusivamente nella fase delle indagini preliminari è una decisione legittima. Nell’udienza preliminare e nel dibattimento alle parti, infatti, alle parti è assicurato un contraddittorio preventivo sulla necessità e sui presupposti di legittimità del sequestro; sequestro che non può essere emesso autonomamente dal pubblico ministero dopo che è stato emanato il decreto che dispone il giudizio²⁹².

Nonostante le diverse criticità appena elencate e, soprattutto, il fatto che non si sia voluto accogliere la teoria, di origine prevalentemente americana e appoggiata dalla Corte europea²⁹³, dei frutti dell’albero avvelenato tanto per le perquisizioni positive quanto per quelle negative, l’opposizione ex art. 252-*bis* c.p.p. e il riesame in caso di attività perquirente seguita da sequestro garantiscono un certo grado di effettività come richiesto dalla causa *Brazzji c. Italia*.

In sede ermeneutica, infatti, è possibile cercare di rivestire di effettività il nuovo strumento attraverso il richiamo alla L. 117/1988, anche se la Corte Edu, comunque, non era molto favorevole a questa tesi visto che il Governo non aveva “fornito esempi atti a dimostrare che tale azione sia stata intentata con successo in circostanze simili a quelle della causa del ricorrente”. La L. 117/1988 è stata oggetto di modifiche dalla L. 18/2015

²⁹² O. CALAVITA, *L’opposizione alla perquisizione: verso una convergenza con la CEDU?*, in www.legislazionepenale.it, 2023, p. 13.

²⁹³ Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzji c. Italia*, § 45; Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 6 ottobre 2016, *K. S. e M. S. c. Germania*, § 46-47.

e si augura che le future applicazioni giurisprudenziali non portino a letture di fatto disapplicanti l'istituto della responsabilità civile dei magistrati, in modo tale da garantire un rimedio efficace ai soggetti, anche terzi, che hanno subito un'attività perquirente (positiva o negativa)²⁹⁴.

²⁹⁴ O. CALAVITA, *L'opposizione alla perquisizione: verso una convergenza con la CEDU?*, in *www.legislazionepenale.it*, 2023, p. 15.

RILIEVI CONCLUSIVI

In conclusione, si può osservare che, in seguito ai “solleciti” provenienti dalla Corte Edu (sentenza *Brazzì c. Italia*), con la Riforma Cartabia il sistema processuale italiano ha finalmente introdotto un rimedio di impugnazione avverso una perquisizione non esitata in sequestro (artt. 252-*bis* e 352 comma 4-*bis* c.p.p.). In questo modo l’ordinamento italiano si adegua ai principi della Corte di Strasburgo emersi nella sentenza *Brazzì c. Italia*, più volte menzionata. Il privato, infatti, precedentemente alla novella, come ripetutamente analizzato fin dal primo capitolo, poteva tutelarsi esclusivamente avverso una “perquisizione positiva” mediante lo strumento del riesame *ex art. 257* c.p.p.

Con l’introduzione degli artt. 252-*bis* e 352 comma 4-*bis* c.p.p. viene introdotta una nuova rilevante garanzia per il perquisito: l’“accuratezza della motivazione”. Viene rafforzato, infatti, l’obbligo motivazionale sia del decreto di perquisizione adottato dal pubblico ministero sia dell’atto di indagine eseguito dalla polizia giudiziaria in relazione a tutti gli elementi del fatto che permettono di apprezzare la legittimità dell’attività di ricerca.

In caso di violazione di questo obbligo, il controllo giurisdizionale condurrà alla dichiarazione di illegittimità del decreto di perquisizione del pubblico ministero o di convalida dell’attività perquirente disposta su iniziativa della polizia giudiziaria. Attraverso questa forte garanzia la dottrina ha affermato che “la consapevolezza dell’esistenza di un vaglio giurisdizionale a posteriori sembrerebbe portare *ex ante* a un irrobustimento della rappresentazione delle ragioni che giustificano l’esecuzione dell’atto²⁹⁵”.

²⁹⁵ E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell’impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in www.archiviopenale.it, 2023, p. 23.

La novella, però, presenta anche delle criticità che non sono passate inosservate ai commentatori, i quali non hanno mancato di sottolineare che, con ogni probabilità, l'inedito istituto dell'opposizione agisce più su un piano astratto che concreto.

Si può osservare, infatti, che la riforma non ha assicurato all'interessato una riparazione adeguata in caso di "perquisizione negativa" illegittima, come desiderato dalla Corte Edu. La Corte stessa aveva sostenuto che non fosse sufficiente prevedere la mera facoltà di censurare l'illegittimità realizzatasi, ma era necessario assicurare un rimedio effettivo in grado di prevenire la presunta violazione o di porvi rimedio, ma contemporaneamente garantire una riparazione appropriata per ogni lesione che si è già realizzata. Nella norma che contiene lo strumento dell'opposizione *ex art. 252-bis c.p.p.* non c'è alcuna traccia circa la possibilità per gli interessati di ottenere un indennizzo nel caso in cui la perquisizione sia stata disposta o eseguita illegittimamente. Per questo motivo, una parte della dottrina ha appoggiato l'idea di introdurre un indennizzo *ad hoc* in seguito alla limitazione della libertà personale o domiciliare illegittima. Se si presta, inoltre, attenzione agli effetti della declaratoria di illegittimità dell'attività perquirente, si può osservare che il provvedimento emesso in seguito all'accoglimento dell'opposizione da parte del giudice è destinato a rimanere privo di conseguenze concrete perché la disposizione non prevede nulla in relazione alle sanzioni processuali conseguenti alla perquisizione illegittima. Come già analizzato, si tratta comunque di una scelta consapevole del legislatore, il quale esclude qualsiasi invalidità dei risultati derivanti dal decreto di perquisizione illegittima.

Anzi, in caso di accoglimento dell'opposizione e della conseguente declaratoria di illegittimità dell'atto di indagine, il verbale della perquisizione potrebbe conservare profili di utilizzabilità, in particolare per quanto riguarda la descrizione dello stato dei luoghi o la documentazione di quanto avvenuto in presenza del verbalizzante al momento dell'esecuzione.

Proprio per queste ragioni, parte della dottrina ha affermato che “l’innovazione si riduce a un mero vessillo di garanzia giurisdizionale senza effetti pratici sulla perquisizione illegittima”. L’opposizione rischierebbe, dunque, di perdere, fin dalle prime applicazioni, buona parte della sua portata garantista.

Per questo motivo, concludendo, in sede ermeneutica si è cercato di rivestire di effettività il nuovo rimedio attraverso il richiamo alla L. 117/1988 (modificata dalla L. 18/2015) in relazione all’istituto che regola la responsabilità civile dei magistrati, garantendo uno strumento efficace ai soggetti, anche terzi, che hanno subito una perquisizione. Qualora un rimedio compensativo-risarcitorio non sia ritenuto sufficiente, una possibile strada da prendere in considerazione potrebbe essere quella dell’inutilizzabilità derivata, anche se il legislatore, come più volte approfondito nel corso del lavoro di tesi, pare essere fermamente ancorato alla teoria del *male captum bene retentum* che esclude qualsivoglia forma derivata di inutilizzabilità.

Bibliografia

G. AMATO, *Nota a Cass. pen. n. 150 del 5 gennaio 2006*, in *Cass. pen.*, fasc. 11, 2006

G. AMATO, *Circolare applicativa n. 9115*, in *www.sistemapenale.it*, 2022

E. APRILE, *Osservazioni: C. cost., data udienza 21 ottobre 2020, n. 252*, in *Cass. pen.*, fasc. 3, 2022

P. BALDUCCI, voce *Perquisizione*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIII, Giuffrè, 2000

M. BARGIS, voce *Perquisizione*, in *Dig. disc. pen.*, 1995

M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, in G. CONSO-V. GREVI, X ed., Cedam, 2020

M. BARGIS, *Impugnazioni, Compendio di procedura penale*, X ed., Cedam, 2020

G. BELLANTONI, *Nuovi scritti di procedura penale*, Giappichelli, Torino, 2009

A. CABIALE, *L'inutilizzabilità "derivata": un mito a mezza via tra nullità ed esigenze sostanziali*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 4/2013

O. CALAVITA, *L'opposizione alla perquisizione: verso una convergenza con la CEDU?*, in *www.lvgislazionepenale.it*, 2023

O. CALAVITA, *Un mezzo di impugnazione per ogni atto di indagine? Da Gavanozov II un ulteriore stimolo della Corte di Giustizia verso l'armonizzazione dei sistemi processuali penali europei*, in *www.legislazionepenale.it*, 2002

A. M. CAPITTA, *Illegittimità costituzionale delle perquisizioni autorizzate per telefono: occorre la successiva convalida – Corte Cost., n. 252 del 2020*, in *www.archiviopenale.it*

D. CARDAMONE, *Le perquisizioni disposte dall'autorità giudiziaria*, in *www.questionegiustizia.it*

D. CARDAMONE, *La sentenza della Cedu Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?*, in *www.questionegiustizia*, 2019

S. CARRER, *Il controllo effettivo sul mandato di perquisizione: l'Italia non passa l'esame CEDU*, in *Giur. pen. web*, 2018

R. CASIRAGHI, *La Corte costituzionale non esclude l'invalidità derivata in materia probatoria*, in *www.sistemapenale.it*, 18 novembre 2019

F. CASSIBBA, *Perquisizione domiciliare e ricorso effettivo*, in *Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 3, 2019

M. G. CIVININI, *Il valore del precedente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *www.questionegiustizia.it*

R. COPPOLA, *La tutela delle libertà fondamentali: dalla sentenza della Corte EDU, Brazzani c. Italia, alla Legge 27 settembre 2021, n. 134*, in www.archiviopenale.it, 2022, n. 2

D'ANCONA, *La riforma penale e la stretta sui tempi delle indagini*, in www.questionegiustizia.it

G. DE MARZO, *Perquisizione negativa e sindacato giurisdizionale sui presupposti giustificativi della misura*, in *Dejure*, 2018

C. DE LUCA, *La corte di Giustizia si pronuncia nuovamente sull'ordine europeo di indagine penale: la tutela dei diritti fondamentali prevale sull'efficienza investigativa*, in www.sistemapenale.it, 2022

A. M. DE SANTIS, voce *Sequestro preventivo*, in *Dig. disc. pen.*, 1997

F. R. DINACCI, *L'inutilizzabilità e il male captum bene retentum: vecchie superstizioni e nuove consapevolezze*, in www.archiviopenale.it, 5 maggio 2023

N. GALANTINI, *Alla ricerca della "inutilizzabilità derivata"*, in www.sistemapenale.it, 2021

N. GALANTINI, *L'art. 191 c.p.p. a confronto con la "inutilizzabilità derivata" in un nuovo giudizio costituzionale*, in www.sistemapenale.it, 2022

A. GASPARRE, *Se le perquisizioni e le ispezioni sono operate abusivamente, l'illegittimità si estende ai risultati probatori?*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 229, 2020

F. GIUNCHEDI, *Strategia ed etica comportamentale delle parti nel processo penale riformato*, in www.archiviopenale.it, 2023

V. GREVI, G. ILLUMINATI, *Prove*, aa. vv. M. BARGIS, *Compendio di procedura penale*, X ed., Cedam, 2020

E. GRISONICH, *Il nuovo controllo giurisdizionale sulla perquisizione non seguita da sequestro: connotati dell'impugnazione e riverberi a livello sistematico*, in www.archiviopenale.it, 2023

F. FALATO, *(il)Legittimità sistemica delle perquisizioni. Tra normazione nazionale e giurisdizione europea. A proposito di Corte EDU, prima sezione, 27 settembre 2018, causa Brazzi c. Italia*, in www.archiviopenale.it, 2019

P. FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, Giuffrè, Milano, 2012

P. FELICIONI, *Traffico di stupefacenti e perquisizioni di polizia giudiziaria: la Consulta delinea una nuova fattispecie di convalida da parte del pubblico ministero*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 6, 2020

P. FERRUA, *Perquisizioni illegittime e sequestro: una singolare decisione di inammissibilità con effetti dissuasivi*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, fasc. 5, 2019

M. GIALUZ, *Per un processo penale più efficiente e giusto. Guida alla lettura della Riforma Cartabia*, in www.sistemapenale.it, 2022

M. GIALUZ e DELLA TORRE, *Il progetto governativo di riforma della giustizia penale approda alla Camera: per avere processi rapidi (e giusti) serve un cambio di passo*, in *www.sistemapenale.it*, 2020

E. N. LA ROCCA, *Il modello di riforma "Cartabia": ragioni e prospettive della Delega n. 134/2021*, in *www.archiviopenale.it*, 2021

G. LEO, *Perquisizioni autorizzate oralmente dal pubblico ministero: la Consulta introduce l'obbligo di successiva convalida nel doppio termine di quarantotto ore*, in *www.sistemapenale.it*, 30 novembre 2020

G. MARINO, *Sugli istituti processuali il legislatore gode di ampia discrezionalità*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 2012, 2022

G. MILIZIA, *La CEDU bacchetta l'Italia: le norme sulle perquisizioni non offrono garanzie contro gli abusi*, in *Diritto & Giustizia*, 2018

M. MONTAGNA, voce *Sequestro conservativo penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1997

S. MONTONE, voce *Sequestro penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1997

C. MORSELLI, *L'idolo del sequestro come "atto dovuto" che impedisce la declaratoria di illegittimità in caso di perquisizione illegittima*, in *Proc. pen. e giust.*, 2020, n. 10

A. NASCIMBENI, *Ordine europeo di indagine penale e diritti fondamentali*, in *Riv. Italiana di Diritto e Procedura Penale*, fasc. 1, 2022

S. NOVANI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il rispetto della vita privata*, in *Cass. pen.*, fasc. 7, 2020

G. PADUA, *Opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro*, in *Processo penale e giustizia*, 2022

F. PALAZZO, *Pena e processo nelle proposte della "Commissione Lattanzi"*, in *www.legislazionepenale.it*, 2021

G. PICARO, *Perquisizione illegittima e limiti dell'inutilizzabilità*, in *www.archiviopenale.it*, 9 gennaio 2020

L. SABBI, *La necessaria e improcrastinabile revisione degli accessi, ispezioni e verifiche per incompatibilità con i principi della CEDU e della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2018

G. SCHENA, *In merito agli effetti invalidanti della perquisizione illegittima sul conseguente sequestro, ovvero il fenomeno processuale dell'inutilizzabilità derivata*, in *Diritto di Difesa*, fasc. 3, 2021

A. TARALLO, *La disciplina interna del decreto di perquisizione domiciliare tra indipendenza della magistratura requirente ed esigenza di un controllo efficace: nota alla sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo resa nel caso *Brazzi contro Italia**, in *Giust. pen.*, 2019

M. TORRE, *Perquisizioni e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un "controllo effettivo" sulla necessità dell'ingerenza*, in *Processo penale & giustizia* n. 2, 2019

N. TRIGGIANI, *La "Riforma Bonafede" della giustizia penale: un anno dall'approvazione della delega per ridare celerità ed efficienza al processo penale (... anche a discapito delle garanzie difensive)*, in *Processo Penale e Giustizia*, fasc. 3, 2020

A. UBALDI, *Sospetta custodia di armi: la perquisizione può reggersi anche su mere notizie di fonti confidenziali*, in *Diritto & Giustizia*, fasc. 99, 21 maggio 2020

F. ZACCHE', *Operazione antidroga condotta dalla polizia municipale: riflessioni in punto di utilizzabilità della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 11 febbraio 2013

A. ZAMPINI, *Per i giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l'art. 8 CEDU: implicazioni e prospettive*, in *Cass. Pen.*, fasc. 12, 2019

Giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo

Corte eur. dir. uomo, 28 ottobre 1998, *Assenov e altri c. Bulgaria*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 8 febbraio 2005, *LM c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 26 settembre 2006, *Wainwright c. Regno Unito*

Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 10 luglio 2007, *Panarisi c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. III, 21 maggio 2008, *Ravon e altri c. Francia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 24 febbraio 2009, *Errico c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 11 giugno 2009, *Petkov e altri c. Bulgaria*

Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 8 dicembre 2009, *Previti c. Italia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 23 novembre 2010, *Moulin c. Francia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 15 febbraio 2011, *Heino c. Finlandia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. IV, 15 settembre 2015, *Mika c. Polonia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. V, 19 gennaio 2017, *Posevini c. Bulgaria*

Corte eur. dir. uomo, 31 gennaio 2017, *Kalneniene c. Belgio*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 16 marzo 2017, *Modestou c. Grecia*

Corte eur. dir. uomo, Sez. I, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*

Giurisprudenza della Corte di Cassazione

Cass. Pen., Sez. II, 5 novembre 1990, n. 10602

Cass. Pen., Sez. I 21 gennaio 1992, n. 239

Cass. Pen., Sez. V, 27 dicembre 1995, n. 2793

Cass. Pen., Sez. I, 29 dicembre 1995, n. 12728

Cass. Pen., Sez. un., 27 maggio 1996, n. 3

Cass. Pen., Sez. un., 20 novembre 1996, n. 261

Cass. Pen., Sez. un., 29 gennaio 1997, n. 206656

Cass. Pen., Sez. II, 12 giugno 1997, n. 3513

Cass. Pen., Sez. III, 4 febbraio 2000, n. 562

Cass. Pen., Sez. III, 15 ottobre 2002, n. 40974

Cass. Pen., Sez. III, 27 giugno 2003, n. 35049

Cass. Pen., Sez. III, 4 settembre 2003, n. 35049

Cass. Pen., Sez. II, 15 dicembre 2005, n. 45532

Cass. Pen., Sez. III, 13 gennaio 2009, n. 8841

Cass. Pen., Sez. IV, 6 ottobre 2010, n. 38559

Cass. Pen., Sez. III, 9 febbraio 2011, n. 8097

Cass. Pen., Sez. III, 8 marzo 2011, n. 8999

Cass. Pen., Sez. I, 13 giugno 2011, n. 23674

Cass. Pen., Sez. Un., 14 luglio 2011, n. 27918

Cass. Pen., Sez. III, 30 settembre 2011, n. 19985

Cass. Pen., Sez. IV, 17 aprile 2012, n. 19618

Cass. Pen., Sez. III, 20 marzo 2013, n. 28151

Cass. Pen., Sez. I, 24 giugno 2015, n. 30130

Cass. Pen., Sez. III, 19 settembre 2021, n. 1258

Cass. Pen, Sez. IV, 27 novembre 2012, n. 46250

Cass. Pen., Sez. IV, 15 ottobre 2013, n. 9884

Cass. Pen., Sez. III, 10 dicembre 2014, n. 24959

Cass. Pen., Sez. II, 11 novembre 2015, n. 50169

Cass. Pen., Sez. III, 17 febbraio 2016, n. 19365

Cass. Pen., Sez. III, 27 settembre 2016, n. 28060

Cass. Pen., Sez. II, 23 dicembre 2016, n. 15784

Cass. Pen., Sez. II, 22 maggio 2017, n. 25464

Cass. Pen., Sez. V, 24 luglio 2017, n. 36724

Cass. Pen., Sez. III, 9 gennaio 2018, n. 277

Cass. Pen., Sez. III, 27 febbraio 2018, n. 8533

Cass. Pen., Sez. IV, 1 marzo 2018, n. 16844

Cass. Pen., Sez. III, 21 giugno 2018, n. 28770

Cass. Pen., Sez. V, 12 luglio 2018, n. 32009

Cass. Pen., Sez. III, 7 febbraio 2019, n. 5940

Cass. Pen., Sez. II, 7 giugno 2019, n. 34875

Cass. Pen., Sez. IV, 5 novembre 2019, n. 2849

Cass. Pen., Sez. I, 12 novembre 2019, n. 15537

Cass. Pen., Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 14039

Cass. Pen., Sez. I, 15 luglio 2021, n. 38605

Cass. Pen., Sez. III, 9 maggio 2022, n. 18277

Cass. Pen., Sez. VI, 12 maggio 2022, n. 18969

Cass. Pen., Sez. III, 21 settembre 2023, n. 50482.