

RAFFAELE COPPOLA

**La tutela delle libertà fondamentali:
dalla sentenza della Corte EDU, *Brazzi c. Italia*,
alla Legge 27 settembre 2021, n. 134**

Con la sentenza *Brazzi c. Italia* la Corte EDU ha evidenziato la necessità di assicurare una tutela giurisdizionale delle libertà fondamentali in quanto tali, a prescindere dalla ripercussione che una loro eventuale violazione possa avere sui contributi cognitivi al processo penale; ma solo prevedendo un generalizzato sistema di ritorsioni alle singole violazioni, può essere garantita l'effettività del controllo giurisdizionale, che in caso contrario resterebbe fine a se stessa.

The protection of fundamental freedoms: from the judgment of European court of human rights, Brazzi v. Italy, to the law 27 September 2021, n. 134

With the Brazzi v. Italy the European court of human rights has highlighted the need to ensure judicial protection of fundamental freedoms as such, regardless of the repercussions that their possible violation may have on the cognitive contributions to the criminal trial; but only by providing a generalized system of restraints for individual violations, can the effectiveness of judicial control be guaranteed, which otherwise would remain an end in itself.

SOMMARIO: 1. Dalla sentenza della Corte EDU, *Brazzi c. Italia*, alla legge 27 settembre 2021- 2. La disciplina prevista dal codice di procedura penale e il legame occasionale tra perquisizione e sequestro - 3. La nozione costituzionale di "autorità giudiziaria": rimedi ermeneutici a confronto - 4. La diversa tutela riservata dal legislatore alle libertà costituzionali fondamentali - 5. Le novità della legge 27 settembre 2021, n. 134: l'opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro.

1. *Dalla sentenza della Corte EDU, Brazzi c. Italia, alla legge 27 settembre 2021.* Con la legge 27 settembre 2021, n. 134, recante «Delega al Governo per l'efficienza del processo penale nonché in materia di giustizia riparativa e disposizioni per la celere definizione dei procedimenti giudiziari» (detta anche "Riforma Cartabia"), il legislatore delegante ha voluto affrontare due nodi del sistema giudiziario: quello relativo alla durata dei procedimenti e quello connesso alla qualità della macchina giudiziaria.

Il provvedimento normativo contiene disposizioni immediatamente precettive (art. 2) e varie deleghe che il Governo è chiamato ad approvare entro un anno dalla sua entrata in vigore (art. 1), operando sul fronte sia del diritto sostanziale che processuale.

Quanto a quest'ultimo profilo, il legislatore ha inteso rispondere agli impegni presi dal nostro Paese in sede europea di riduzione della durata dei giudizi

penali¹, nonché tentare di fronteggiare una preoccupante sfiducia sociale nei confronti del sistema giudiziario connessa alla qualità della macchina giudiziaria.

L'efficienza del sistema giudiziario è stata perseguita assicurando un maggior equilibrio tra le parti mediante un incremento delle finestre del controllo giurisdizionale².

È in tale scenario che si innesta il controllo predisposto sulla legittimità della perquisizione, posto che l'art. 1, comma 24, della legge delega prevede «il diritto della persona sottoposta alle indagini e dei soggetti interessati di proporre opposizione innanzi al giudice per le indagini preliminari avverso il decreto di perquisizione cui non consegua un provvedimento di sequestro»³.

L'intervento del legislatore mira a sopperire ad una lacuna del nostro ordinamento evidenziata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo con la sentenza del 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*⁴, con la quale si è ritenuto che l'assenza di rimedi esperibili rispetto ad una perquisizione domiciliare non seguita dal sequestro del «corpo del reato o delle cose pertinenti al reato», fosse in palese violazione del diritto alla libertà di domicilio sancito dall'art. 8 C.E.D.U.

La vicenda riguardava un cittadino italiano indagato per il reato di cui all'art. 5 del d. lgs n. 74 del 2000 dalla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Mantova, in quanto, ancorché formalmente residente in Germania, aveva mantenuto il proprio domicilio fiscale in Italia e aveva omesso di presentare le relative dichiarazioni fiscali per il periodo d'imposta 2003.

¹La Commissione europea ha imposto al Governo italiano la riduzione, in 5 anni, del 25 % della durata dei giudizi penali come condizione per la concessione dei fondi *Next Generation EU*. L'obiettivo è stato, quindi, posto al centro del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR).

²PADUA, *Opposizione dell'atto perquirente non seguito da sequestro*, in www.processopenaleegustizia.it, 2022, 1.

³Art. 1, comma 24, legge n. 134 del 2021.

⁴Corte EDU, 27 settembre 2018, *Brazzi c. Italia*, in *Proc. pen. giust.*, 2019, 2, 426 ss., con nota di TORRE, *Perquisizioni domiciliari e art. 8 C.E.D.U.: la Corte europea censura la mancanza di un "controllo effettivo" sulla necessaria ingerenza*; CARDAMONE, *La sentenza della C.E.D.U. Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?* in www.questionegiustizia.it, 15 gennaio 2019; 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 *questa Rivista*, 2019, 2, 1 ss.; NOVANI, *La Corte europea dei diritti dell'uomo e il rispetto della vita privata: le condizioni di una perquisizione domiciliare legittima*, in *Cass. pen.*, 2000, 7-8, 3002 ss.; 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, I, 81 ss.; ZAMPINI, *Per i Giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l'art. 8 C.E.D.U.: implicazioni e prospettive*, in *Cass. pen.*, 2019, 12, 4472 ss.

Il 13 luglio 2010 la Procura emetteva un decreto di perquisizione dell'abitazione e dei veicoli dell'interessato al fine di ricercare e sequestrare documenti fiscali e qualsiasi altro documento utile per le indagini.

In seguito all'esito negativo della perquisizione, il 15 settembre 2010 la Procura, sollecitata dall'indagato, chiedeva l'archiviazione del procedimento al G.i.p., che provvedeva con decreto.

Nel frattempo, l'interessato presentava ricorso per Cassazione, lamentando l'illegittimità della perquisizione, a suo dire lesiva del diritto al rispetto del domicilio e della vita privata, in quanto la verifica fiscale avrebbe potuto avere altri e meno invasivi sbocchi investigativi.

La Corte di cassazione riteneva il ricorso inammissibile per svariate ragioni: l'assenza nel nostro ordinamento di una norma che consentisse il riesame ai sensi dell'art. 257 c.p.p. avverso il decreto di perquisizione non seguito dal sequestro dei beni; l'impossibilità di accedere alla procedura contemplata dall'art. 111 co. 7 della Costituzione, in quanto il decreto di perquisizione domiciliare non ha natura decisoria e, contrariamente alla perquisizione personale, non comprime la libertà personale; l'irritualità della perquisizione non inquadrabile in alcuna delle ipotesi di nullità contemplate dall'art. 178 co. 1 lett. c) c.p.p. o di inutilizzabilità di cui all'art. 191 c.p.p., in quanto la violazione non atteneva all'atto in sé ma alle modalità di esecuzione e, quindi, esulava dalla sfera di applicabilità della predetta disciplina; infine, l'eventuale inosservanza da parte dell'autorità giudiziaria o della polizia giudiziaria delle norme e dei limiti che disciplinano le perquisizioni non sarebbe rimasta senza risposta, potendo integrare illeciti disciplinari.

Esperiti tutti i rimedi interni, il ricorrente adiva la Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione dell'art. 8 C.E.D.U. e del diritto alla propria vita privata.

Con la pronuncia del 27 settembre 2018, la Corte EDU, consapevole che un effettivo rispetto del diritto alla propria vita privata e familiare, al proprio domicilio e alla propria corrispondenza non potesse prescindere da un controllo giurisdizionale, ha integrato l'espressa riserva di legge contemplata dall'art. 8 C.E.D.U. con una riserva di giurisdizione, ancorché questa non emerga in modo esplicito dal testo normativo; a tal fine la Corte EDU ha ritenuto la riserva di giurisdizione connaturata al "principio dello stato di diritto", il quale implica, nella prospettiva della Corte, la necessità che il diritto interno, lungi dal limitarsi ad una mera "previsione normativa" delle modalità e condizioni

di ingerenza nella sfera privata dell'individuo, offra delle garanzie adeguate a neutralizzare il rischio di abusi e arbitri nell'interpretazione e applicazione della disciplina.

La Corte EDU ha ritenuto a tal fine insufficienti gli argomenti difensivi proposti dal Governo italiano in ordine alla previsione da parte dell'ordinamento giuridico di adeguate garanzie in fase di esecuzione, identificate: nell'obbligo di motivazione del provvedimento; di consegna dello stesso all'indagato o a chi abbia la disponibilità dei luoghi, con facoltà di farsi assistere da persona di fiducia, purché idonea e prontamente reperibile (art. 250 c.p.p.); nella previsione di fasce orarie di esecuzione (art. 251 c.p.p.); nella designazione di un difensore d'ufficio alla persona che ne sia priva e nel diritto del difensore di assistere all'atto pur senza preavviso e di presentare al pubblico ministero richieste, osservazioni e riserve di cui poter fare menzione nel verbale (art. 365 c.p.p.); nell'obbligo di deposito presso la segreteria del P.m. entro tre giorni dall'esecuzione del verbale di perquisizione, con facoltà del difensore - al quale va immediatamente notificato l'avviso di deposito - di prenderne visione ed estrarne copia (art. 366 c.p.p.).

Nella prospettiva motivazionale della Corte EDU, infatti, la tratteggiata disciplina non è stata ritenuta adeguata a prevenire indebite interferenze nel diritto alla libertà di domicilio in assenza di un vaglio da parte di un giudice.

La Corte EDU ha evidenziato, tuttavia, che l'assenza di un controllo giurisdizionale *ex ante* potrebbe essere compensata da un controllo giurisdizionale *ex post* della legittimità e della necessità della misura, purché il ricorso o i ricorsi disponibili assicurino all'interessato una riparazione adeguata.

Nel caso all'esame dei Giudici di Strasburgo, non essendovi stato alcun sequestro, il ricorrente era impossibilitato ad esperire il ricorso davanti al Tribunale del riesame, in quanto la giurisprudenza di legittimità è costante nell'affermare che, in applicazione del principio di tassatività delle impugnazioni, la perquisizione con esito negativo non è autonomamente impugnabile, neppure per motivi di legittimità⁵.

Un orientamento questo consolidato, al quale fa eccezione la sola ipotesi di abnormità del provvedimento di perquisizione, unica deroga al principio di tassatività delle impugnazioni, al di là della quale, l'inosservanza delle prescrizioni che regolamentano i presupposti e i limiti delle perquisizioni potrebbe

⁵ Cass., Sez. V, 30 novembre 1995, n. 2834, in www.italgiure.giustizia.it.

essere foriera solo di rilievi disciplinari⁶.

L'assenza nel nostro ordinamento di un adeguato ed effettivo sistema di controllo giurisdizionale, preventivo o successivo, funzionale ad evitare abusi da parte dell'autorità investite dell'indagine, lo pone, quindi, in contrasto con l'art. 8 C.E.D.U., in quanto, avendo avuto la perquisizione un epilogo negativo, non è previsto alcun vaglio giurisdizionale, non avendo potuto il ricorrente giovare nemmeno del successivo rimedio del riesame contemplato dall'art. 257 c.p.p. Non vi è dubbio che con la sentenza *Brazzi c. Italia* la Corte EDU abbia superato la posizione della Corte di cassazione⁷, in passato già chiamata a pronunciarsi sulla fondatezza della questione di legittimità costituzionale dell'assenza di un controllo giurisdizionale *ex ante* della perquisizione, nella cui occasione aveva asserito che i principi del giusto processo e della parità delle armi tra accusa e difesa, recepiti dal novellato art. 111 Cost., attenessero alla sola fase del "processo" e non anche a quella delle indagini preliminari.

Nondimeno, occorre chiarire che la pronuncia della Corte EDU si caratterizza per una singolarità, in quanto, pur avendo scorto un difetto strutturale, non ha indicato al Governo i rimedi interni da adottare, limitandosi a dare atto della violazione dell'art. 8 della Convenzione, omissione questa sufficiente ad escludere che la pronuncia rientri nel novero delle cc.dd. "sentenze pilota", nei termini indicati dall'art. 61 del regolamento della Corte, adottato il 10 settembre 2012, né che ad essa possa essere applicato il protocollo addizionale n. 14⁸.

A fronte dell'assenza di una efficacia generale della pronuncia, non era nemmeno possibile valorizzarne la portata ritenendola espressione di una interpretazione consolidata⁹, in quanto essa non trovava addentellati in precedenti

⁶ CARDAMONE, *La sentenza della C.E.D.U. Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?*, cit., sul tema in generale, tra molti, BELLOCCHI, *L'atto anormale nel processo penale*, Torino, 245, 2011; CAPONE, *Per una dogmatica dell'anormalità*, in *Riv. dir. proc.*, 1, 2016; ID., *Le invalidità nel processo penale, tra teoria e dogmatica*, Padova, 2012, 229; IASEVOLI, voce *Anormalità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. giur.*, Agg., I, Roma, 2004; MAFFEO, *L'anormalità*, in *Le invalidità processuali. Profili statici e dinamici*, a cura di Marandola, Torino, 2015, 231 ss.; NEVOLI, voce *Anormalità*, in *Dig. Pen.*, Agg., IV, Assago, 2011; SANTALUCIA, *L'anormalità dell'atto processuale penale*, Padova, 31 ss., 2003.

⁷ Cass., Sez. III, 15 ottobre 2002, n. 40974.

⁸ Il quale, modificando l'art. 28 C.E.D.U., ha chiarito che nonostante «una giurisprudenza consolidata della Corte è il più delle volte una giurisprudenza costante di una Camera, è possibile, in via eccezionale, che una sola sentenza di principio della Corte possa costituire una "giurisprudenza consolidata", in particolare nel caso di una sentenza della Grande Camera»

⁹ La Corte cost., n. 49 del 2015, infatti, riconosciuto un obbligo di adeguamento ermeneutico dei giudici nazionali alle pronunce della Corte EDU che fossero espressione di un diritto vivente, cioè di un

pronunce.

Su tale versante, giova ricordare che quella dell'“interpretazione consolidata” nasce quale elaborazione della Corte costituzionale funzionale a contenere l'impatto delle pronunce della Corte EDU sul nostro sistema giuridico.

In passato, infatti, partendo dal presupposto che la Convenzione non fosse un ordinamento giuridico internazionale e che non sussistesse un obbligo degli Stati parte di inserirla nell'ordinamento interno, la Corte costituzionale¹⁰ esclude l'esistenza di un sistema esterno che, attraverso i propri organi, potesse adottare una norma avente forza vincolante per le autorità interne limitando la loro sovranità, come invece accadeva per l'ordinamento giuridico dell'Unione europea per il tramite dell'art. 117 co. 1 Cost.

Solo con le sentenze gemelle 348 e 349 del 2007, la Corte costituzionale, valorizzando l'obbligo imposto al legislatore dal primo comma dell'art. 117 Cost. – come modificato dalla legge costituzionale n. 3 del 18 ottobre 2001 – di uniformarsi agli obblighi internazionali, riconobbe alla Convenzione la natura di norma di rango sub-costituzionale tra legge ordinaria e Costituzione, in questo modo avocando a sé la regolamentazione dei conflitti tra norma europea e disposizioni interne, ma lasciando intendere una intrinseca prevalenza normativa della Costituzione sulla C.E.D.U., che trovò poi la sua massima esplicazione nella c.d. teoria dei controlimiti¹¹.

Nondimeno, con successiva sentenza del 26 novembre 2009, n. 311, la Corte ridimensionò le conclusioni alle quali era pervenuta appena due anni prima, riconoscendo un peso ai contributi ermeneutici forniti dalle pronunce della Corte EDU solo qualora fossero stati espressione di una “giurisprudenza consolidata”, ritenendo di poter solo in questo caso sindacare la legittimità costituzionale di una norma interna per contrasto con una norma interposta della Convenzione così come intesa dalla giurisprudenza convenzionale.

La C.E.D.U. rimaneva comunque una fonte esterna all'ordinamento giuridico,

orientamento consolidato, al di là del quale operava una non sindacabile discrezionalità.

¹⁰ Corte cost., n. 349 del 2007.

¹¹ Con ordinanza n. 24 del 2017 la Corte costituzionale ha chiarito che «il riconoscimento del primato del diritto dell'Unione è un dato acquisito nella giurisprudenza di questa Corte, ai sensi dell'art. 11 Cost.; questa stessa giurisprudenza ha altresì costantemente affermato che l'osservanza dei principi supremi dell'ordine costituzionale italiano e dei diritti inalienabili della persona è condizione perché il diritto dell'Unione possa essere applicato in Italia. Qualora si verificasse il caso, sommamente improbabile, che in specifiche ipotesi normative tale osservanza venga meno, sarebbe necessario dichiarare l'illegittimità costituzionale della legge nazionale che ha autorizzato la ratifica e resi esecutivi i Trattati, per la sola parte in cui essa consente che quell'ipotesi normativa si realizzi».

ove un eventuale contrasto poteva essere risolto solo con un incidente di costituzionalità per violazione del primo comma dell'art. 117 Cost., e non anche con una disapplicazione della norma interna, come invece accadeva e accade per le disposizioni comunitarie.

Tali principi sono stati ribaditi in altre due pronunce della Corte costituzionale, nella sentenza n. 80 del 2011 e nella sentenza n. 210 del 2013, a fronte di un orientamento della Corte di cassazione che continuava a ritenere le norme della C.E.D.U. di diretta applicazione¹².

La stretta correlazione tra l'efficacia nel nostro ordinamento del contributo ermeneutico fornito dalla Corte EDU e la necessità che esso fosse sufficientemente consolidato, impediva ai giudici nazionali un approccio ermeneutico degli 247, co. 1 e 1-bis, 247, co. 2 e 3, 352 co. 4, 250, 251, 257 c.p.p. secondo il parametro convenzionale dell'art. 8 C.E.D.U. così come interpretato dalla Corte EDU nell'unica sentenza *Brazzi c. Italia*, risolvendosi, quindi, in un nulla di fatto¹³.

Dinanzi a simile *impasse*, i primi commentatori¹⁴ hanno ritenuto che, avendo la Corte EDU lasciato aperta la questione della natura del rimedio che lo Stato italiano avrebbe dovuto adottare, aveva sostanzialmente rimesso alle autorità nazionali il compito di colmare la lacuna.

2. La disciplina prevista dal codice di procedura penale e il legame occasionale tra perquisizione e sequestro. Occorre a questo punto comprendere se la disciplina codicistica in materia di perquisizioni e sequestri sia effettivamente priva di controllo giurisdizionale, con conseguente inflessione delle garanzie e dei diritti.

Le perquisizioni rientrano nei mezzi di ricerca della prova c.d. "a sorpresa", disciplinati dal titolo III Capo III del codice di procedura penale, prevedendo l'attribuzione dei relativi poteri all' «autorità giudiziaria», locuzione nella quale è possibile ricondurre tanto il giudice quanto il pubblico ministero.

L'attività di *perquirere* è diretta a ricercare «il corpo del reato o cose pertinenti al reato» presenti sulle persone o in luoghi determinanti, ovvero ad eseguire in

¹² Cass., Sez. un., 14 luglio 2011, n. 27918, Rv. 250198; Id., Sez. III, 30 settembre 2011, n. 19985, in *Guida dir.*, 2011, 44, 43.

¹³ 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*, cit., 2, 5 ss.;

¹⁴ CARDAMONE, *La sentenza della C.E.D.U. Brazzi c. Italia*, cit.

quest'ultimi «l'arresto dell'imputato o dell'evaso» (art. 247 c.p.p.). Non vi è dubbio che la loro incidenza sui diritti tutelati a livello costituzionale (artt. 13 e 14 Cost.) è alla base di quella forma di garantismo che trova concretizzazione nella necessità di un decreto motivato dell'autorità giudiziaria quale presupposto per l'esercizio dei corrispondenti poteri¹⁵, che tale autorità sia però un giudice o un P.m. è del tutto irrilevante.

Ancorché l'art. 247 co. 3 c.p.p., richiamando la generica figura di «autorità giudiziaria», non attribuisce espressamente al P.m. il potere *perquirente*, molteplici sono gli elementi che depongono in tal senso¹⁶: ciò è evincibile dall'art. 247 co. 3 c.p.p., là dove prevede la possibilità di delega ad ufficiali di polizia giudiziaria, facoltà rimessa esclusivamente all'organo inquirente; dall'essere la perquisizione *enclave* dell'attività di indagine del P.m.; dall'inserimento della predetta norma nel titolo III riguardante i mezzi di ricerca della prova, prerogativa del P.m.

Oltre che in una serie di ipotesi previste da leggi speciali, gli ufficiali di polizia giudiziaria possono procedere durante le indagini preliminari *motu proprio* a perquisizione, personale o locale, e all'eventuale sequestro, quando in «casi eccezionali di necessità ed urgenza» non risulti possibile attendere il provvedimento del P.m. L'art. 352 c.p.p. ne disciplina i presupposti (fraganza di reato ed evasione, nonché contestualmente all'esecuzione di un'ordinanza cautelare o di un ordine di carcerazione per uno dei delitti per i quali è previsto l'arresto obbligatorio, richiedendo la fondata congettura che ivi siano reperibili tracce del reato o cose ad esso pertinenti) e le modalità, rimettendo al P.m. il controllo della legittimità dell'operato della polizia giudiziaria, il quale dovrà convalidarne l'attività entro quarantotto ore dalla ricezione del verbale delle operazioni compiute, che dovrà a sua volta essere trasmesso a costui dalla polizia giudiziaria entro quarantotto ore dalla perquisizione¹⁷.

Quello spettante alla polizia giudiziaria, pertanto, è un potere dotato di tratti di coercizione, ma altrettanto certamente è un potere provvisorio, sia perché esercitabile solo in relazione al verificarsi di determinati casi e condizioni, sia perché soggetto alla convalida ad opera dell'autorità giudiziaria¹⁸.

¹⁵ CONSO, GREVI, *Compendio di procedura penale*, 2018, 355.

¹⁶ CORDERO, *Procedura penale*, 2012, 829.

¹⁷ FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da Uberti - Voena, XX, Milano, 2012; BARGIS, *Perquisizione*, in *Digesto pen.*, IX, Torino, 1995, 488 ss.; BALDUCCI, *Perquisizione (dir. proc. pen.)*, in *Enc. Dir.*, Agg., IV, Milano, 2000, 987.

¹⁸ SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, III, a cura di Giulio Garuti, Torino, 2009, 215.

Non si tratta di decisione a contenuto giurisdizionale, essendo il P.m. chiamato esclusivamente a verificare che l'operazione risulti eseguita rispettando le specifiche prescrizioni normative, con possibili effetti disciplinari ex artt. 16 ss. att. o penali¹⁹.

Nondimeno, si sostiene che l'ufficiale di polizia che redigerà il verbale da trasmettere al P.m. dovrà calibrare in maniera adeguata le ragioni a sostegno delle proprie iniziative, ripartendole tra necessità (scopo dell'atto) e urgenza (*periculum in mora*), pena il rischio di una mancata convalida da parte dell'autorità giudiziaria²⁰.

Una simile lettura del contesto giustificativo della perquisizione induce a credere che essa non potrà fondarsi solo sul presupposto del «fondato motivo», dovendosi presumere l'esistenza di un quadro indiziario già formato, che legittimi l'iniziativa della polizia giudiziaria in termini di «fondezza» del motivo²¹. Se l'autonomo potere di iniziativa della polizia giudiziaria contemplato dall'art. 352 c.p.p. acuisce in modo intollerabile le incongruenze evidenziate nella sentenza *Brazzi c. Italia*, in quanto ad una iniziativa di questa non corrisponde alcun controllo da parte di un organo terzo ed imparziale, è possibile rintracciare in leggi speciali varie tipologie di perquisizioni che si pongono ben al di sotto dei livelli minimi di tutela individuati dalla Corte EDU, in quanto per essi, non solo non è necessaria la formale acquisizione di una *notitia criminis*, ma sono sufficienti presupposti meramente indiziari.

Basti qui richiamare la perquisizione “sul posto” contemplata dall'art. 4 l. 22 maggio 1975, n. 152, introdotta al fine di fronteggiare l'emergenza terroristica degli “anni di piombo”²² o quella prevista dall'art. 41 r.d. 18 giugno 1931, n. 773 (T.U.L.P.S.) in materia di armi²³, o ancora quella prevista dall'art. 103

¹⁹ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 834.

²⁰ SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, cit., 215.

²¹ FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 279; POTETTI, *Attività del p.m. diretta all'acquisizione della notizia di reato e ricerca della prova*, in *Cass. pen.*, 1995, 135; ROMBI, *Anonimo, perquisizione, sequestro*, in *Cass. pen.*, 1998, 2083.

²² In particolare, a norma del suddetto articolo, in casi eccezionali di necessità e urgenza, che non consentono un tempestivo provvedimento dell'Autorità giudiziaria, la polizia giudiziaria può procedere, oltre che alla identificazione, all'immediata perquisizione sul posto, al solo fine di accertare l'eventuale possesso di armi, esplosivi e strumenti di effrazione, nei confronti di persone il cui atteggiamento o la cui presenza, in relazione a specifiche e concrete circostanze di luogo e di tempo, non appaiono giustificabili.

²³ Concernente le perquisizioni, esclusivamente locali, ed il conseguente sequestro, effettuate, anche fuori della flagranza o di evasione, da Ufficiali che da Agenti di polizia giudiziaria, che abbiano notizia (pure se anonima), «anche per indizio», dell'esistenza in qualsiasi locale o privato o in qualsiasi abitazione, di armi, munizioni e materie esplodenti, non denunciate o non consegnate o comunque illecitamente detenute.

d.P.R. 09 ottobre 1990, n. 309 in materia di repressione al traffico di sostanza stupefacenti²⁴.

Perquisizioni che, oltre a difettare di un controllo di natura giurisdizionale, sono consentite in assenza di tassative condizioni previste dal legislatore, richiamando nozioni (“come atteggiamenti o presenza non giustificata”, “indizi” o “fondati motivi”) estremamente eterogenee e difficilmente circoscrivibili, in questo modo ampliando la discrezionalità, e quindi il rischio di abusi, della polizia giudiziaria²⁵.

Strettamente connesso alla perquisizione è il sequestro, il quale può avere sia una connotazione probatoria, emergente dalla definizione del suo oggetto che l’art. 253 co. 1 c.p.p. individua nel « corpo del reato o cose pertinenti al reato» che risultino «necessarie per l’accertamento dei fatti»²⁶, sia una connotazione cautelare, allorché ai sensi dell’art. 321 c.p.p. 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», sul presupposto implicito che sia stata accertata la sussistenza di elementi idonei a suffragare la configurabilità in concreto della fattispecie di reato ipotizzata. Al di fuori di queste ipotesi, il sequestro delle «cose di cui è consentita la confisca» è di regola rimessa alla discrezionalità del giudice.

Sulla natura della sequenza procedurale perquisizione-sequestro si contendono il campo due diversi orientamenti.

Il primo evidenzia tra i due atti un legame meramente occasionale, in quanto perquisizione e sequestro non compongono una sequela causale, perché privi di una interdipendenza nei termini indicati dall’art. 185 co. 2 c.p.p.; si è sostenuto, infatti, che il «reperimento da ricerca coattiva è uno dei casi possibili»²⁷ e qualora il bene rinvenuto sia sequestrabile, i relativi poteri non dipendono da come esso sia stato reperito.

²⁴ «Gli ufficiali e gli agenti di polizia giudiziaria, nel corso di operazioni di polizia per la prevenzione e la repressione del traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope, possono procedere in ogni luogo al controllo e all’ispezione dei mezzi di trasporto, dei bagagli e degli effetti personali quando hanno fondato motivo di ritenere che possano essere rinvenute sostanze stupefacenti o psicotrope. Dell’esito dei controlli e delle ispezioni è redatto processo verbale in appositi moduli, trasmessi entro quarantotto ore al procuratore della Repubblica il quale, se ne ricorrono i presupposti, li convalida entro le successive quarantotto ore».

²⁵ ZAMPINI, *Per i Giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l’art. 8 C.E.D.U.: implicazioni e prospettive*, cit.

²⁶ CONSO, GREVI, *Compendio di procedura penale*, 2018, 359.

²⁷ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 833.

Il secondo orientamento, invece, ritiene sussistente un nesso funzionale tra i due atti, valorizzando a tal fine il dato testuale contenuto nell'art. 252 c.p.p.²⁸, «il quale configura il sequestro conseguente a perquisizione come «obbligatorio e quasi automatico adempimento, imprescindibile conseguenza dell'attività di ricerca della quale condivide oggetto materiale e presupposti normativi»²⁹; si è sostenuto in tal senso che, pur potendo accadere che il sequestro, probatorio o preventivo, non sia preceduto dalla perquisizione³⁰, «appartiene tuttavia all'ordine naturale della sequenza di ricerca della prova che le cose rinvenute a seguito della perquisizione, ove questa abbia avuto buon fine, vengano sottoposte a sequestro»³¹.

Un contrasto che a ben vedere risente della diversità di vedute sull'inutilizzabilità del sequestro in caso di perquisizione illegittima³².

Riconoscere, infatti, una dipendenza funzionale tra le due categorie, implica che l'illegittimità dell'una non può che riverberarsi sull'altra, secondo i canoni della teoria c.d. «dei frutti dell'albero avvelenato»,

i detrattori della quale, però, evidenziano come essa si giustifichi con argomentazioni di natura politico-giudiziaria, rivolte alla necessità di evitare abusi ai danni dei cittadini e di ottenere un effetto dissuasivo verso lo svolgimento di attività illegittime³³.

Diversa l'impostazione della teoria c.d. del *male captum bene retentum*, la quale nega una invalidità derivata dell'atto, ritenendo sussistente tra perquisizione e sequestro non una interdipendenza funzionale, ma un legame naturalistico³⁴, sostenendo che «la soggezione a sequestro d'una cosa non dipende da

²⁸ BELLANTONI, *sub 252 c.p.p.*, in *Codice di procedura penale commentato*, 2017, 2450 ss., a cura di GIARDA, SPANGHER.

²⁹ ZAPPULLA, *Le indagini per la formazione della notizia criminis: il caso della perquisizione seguita da sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1888.

³⁰ Tant'è che la legge tende a favorire le forme di consegna *ex art.* 248 c.p.p. o di esibizione *ex art.* 256 co. 1 c.p.p. delle cose sequestrate.

³¹ CONSO, GREVI, *Compendio di procedura penale*, 2018, 360.

³² CORDERO, *Procedura penale*, cit., 833; SPANGHER, «*E pur si muove: dal male captum bene retentum alle exclusionary rules*», in *Giur. cost.*, 2001, 2828.

³³ Così COMOGLIO, *Perquisizione illegittima ed inutilizzabilità derivata delle prove acquisite con il susseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 1547; MENDOZA, *Perquisizione illegittima e i suoi riflessi sul sequestro operato d'iniziativa della polizia giudiziaria*, *ibidem*, 1937; BELLANTONI, *Sequestro probatorio e processo penale*, Piacenza, 2005, 41; BENE, *L'art. 191 e i vizi del procedimento probatorio*, in *Cass. pen.*, 1994, 120-121; GRIFANTINI, *Inutilizzabilità*, in *Dig. pen.*, VII, Torino, 1993, 253; MOLINARI, *Invalità del decreto di perquisizione, illegittimità del sequestro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, 1138 ss.

³⁴ CORDERO, *Il procedimento probatorio*, in *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963, 122 ss.; ID., *Prove*

come gli indaganti l'hanno cercata, più o meno ritualmente, ma dal fatto che cose del genere siano sequestrabili, e lo sono le "pertinenti" al reato, salvo che norme ad hoc generino sfere immuni»³⁵.

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. prevista in materia di nullità³⁶, non potendo in senso contrario nemmeno valorizzare l'art. 191 c.p.p., in quanto, allorché esso contempla l'inutilizzabilità delle "prove acquisite" in violazione dei divieti normativi, richiama esclusivamente quelle già immesse nel processo ancorché inammissibili, non anche quelle "reperite", nella cui accezione potrebbe rientrare anche un bene al quale si sia pervenuto in seguito ad una illegittima perquisizione³⁷.

La Corte di cassazione, Sezioni unite, del 1996³⁸, ha tentato di mettere un punto fermo alla *vexata quaestio*, escludendo la configurabilità dell'inutilizzabilità derivata e qualificando il sequestro come atto dovuto, pur non negando lo stretto rapporto funzionale con la perquisizione.

A partire da tale arresto si è sostenuto che, oltre ad un nesso funzionale, la perquisizione e il sequestro sono accomunati sul piano logico ed euristico, mentre su quello sostanziale resta ferma la loro indipendente giustificazione ed autosufficienza, in modo che il loro legame possa anche fondarsi sulla mera occasionalità³⁹.

illicite, ivi, 158 ss.; *nonché*, BACCARI, *Perquisizioni alla ricerca della notizia di reato: il problema della validità del conseguente sequestro*, in *Cass. pen.*, 1996, 900; FERRUA, *Prefazione*, in *ID.*, *Studi sul processo penale*, III, *Declino del contraddittorio e garantismo reattivo*, Torino, 1997, 2; LUPACCHINI, *Se e come utilizzare una prova illecitamente ritrovata. I termini del problema*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, 1129; ROMBI, *Illegittimità della perquisizione ed effetti sul sequestro*, in *Cass. pen.*, 2005, 2331; SCELLA, *Prova penale e inutilizzabilità. Uno studio introduttivo*, Torino, 2000, 178.

³⁵ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 833.

³⁶ In dottrina, a favore della propagazione della nullità fra prove, *cf.*: BASSO, *sub art. 185*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, a cura di Chiavario, II, Torino, 1990, 369; DINACCI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Milano, 2008, 91; PANZAVOLTA, *Nullità processuali. II) Diritto processuale penale*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 2005, 16; RAFARACI, *Nullità (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, Agg., II, Milano, 1998, 622s.; MARABOTTO, *Nullità nel processo penale*, in *Dig. Pen.*, Torino, 1994, 278; CIABATTI, *Nullità*, in *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Agg., I, Torino, 1993, 506.

³⁷ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 833. In ordine ai rispettivi ambiti di generale operatività della nullità e dell'inutilizzabilità, *cf.* ILLUMINATI, *L'inutilizzabilità della prova nel processo penale italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 531 ss.; BARGIS, *Perquisizione*, cit., 502-503; FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 526 ss.; GALANTINI, *L'inutilizzabilità nel processo penale*, Padova, 1992, 441 ss.

³⁸ Cass., Sez. un., 16 maggio 1996, n. 5021, Rv. 204643, con nota di VESSICHELLI, *Sui limiti alla utilizzabilità del sequestro conseguente a una perquisizione illegittima*, in *Cass. pen.*, 1996, 11, 3274 ss.

³⁹ PADUA, *Opposizione dell'atto perquirente non seguito da sequestro*, cit., 54.

L' autonomia e l' autosufficienza della perquisizione rispetto al sequestro comportano non solo che un eventuale vizio della prima non si propaghi al secondo, ma anche – per quel che ci interessa in questa sede – la legittimità della perquisizione qualora essa non sfoci nel rinvenimento e nel conseguente sequestro del bene, ciò che, invece, per l' impostazione strettamente funzionale dovrebbe essere il suo naturale epilogo⁴⁰.

Sul punto è ancor più di recente intervenuta la Corte costituzionale⁴¹, sollecitata da sei ordinanze di rimessione per contrasto dell' art. 191 c.p.p. con gli artt. 2, 3, 13, 14, 24, 97, terzo comma (*recte* secondo) e 117 primo comma della Costituzione, quest' ultimo in relazione all' art. 8 C.E.D.U.⁴², motivate sull' impossibilità di estromettere dal compendio probatorio i risultati di ricerche operate «sulla base di elementi non utilizzabili, quali le fonti confidenziali» o «in assenza della flagranza di reato», richiesta ai sensi dell' art. 352 c.p.p., come pure di quelle «autorizzate verbalmente dal pubblico ministero senza che ne risultino le ragioni» o effettuate ai sensi dell' art. 103 d.P.R. del 1990 «senza aver richiesto l' autorizzazione telefonica del pubblico ministero e senza che consti l' impossibilità di farlo».

Come già accaduto un anno prima con la sentenza del 3 ottobre 2019, n. 219, le questioni prospettate dal giudice *a quo* non hanno superato il vaglio di ammissibilità, in quanto la Corte costituzionale ha ritenuto di non poter intervenire su di una disciplina di natura eccezionale (quale appunto quella relativa ai divieti probatori e alle clausole di inutilizzabilità processuale), rimessa alla discrezionalità del legislatore.

Invero, ancorché una sentenza di accoglimento sarebbe stata il viatico per un incremento degli standard di tutela di diritti soggettivi, essa avrebbe avuto indiscutibili ripercussioni sull' intero procedimento probatorio, travalicando la materia delle perquisizioni fino a lambire qualsiasi mezzo di ricerca⁴³.

Nondimeno, come già osservato⁴⁴, a fronte dell' elevato tasso di manipolatività della pronuncia richiesta, la declaratoria di inammissibilità, anziché di rigetto,

⁴⁰ PADUA, *Opposizione dell'atto perquirente non seguito da sequestro*, cit., 54.

⁴¹ Corte cost., 03 ottobre 2019, n. 219, in www.italggiure.giustizia.it.

⁴² Nella parte in cui, «secondo l' interpretazione predominante nella giurisprudenza di legittimità, qualificabile come diritto vivente»

⁴³ ZAMPINI, *La Corte costituzionale nuovamente alle prese con le perquisizioni, tra male captum e legittimità dell'inter autorizzativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2021, 297 ss.

⁴⁴ ZAMPINI, *La Corte costituzionale nuovamente alle prese con le perquisizioni, tra male captum e legittimità dell'inter autorizzativo*, cit.

si è imposta in quanto solo in questo modo la Corte ha potuto non prendere una posizione nel merito, che avrebbe inevitabilmente dato l'idea di retrocedere sul fronte della tutela dei diritti fondamentali compressi dalle perquisizioni.

In caso contrario, infatti, la Corte costituzionale sarebbe stata costretta a ribadire l'assenza di una consequenzialità giuridica e funzionale tra perquisizione e sequestro che non lascia alcuno spazio all'operatività dell'art. 185 c.p.p. in tema di nullità.

Tale conclusione è infatti confermata dal fatto che là dove il legislatore ha ritenuto di riconoscere una inutilizzabilità dei risultati dell'attività di ricerca posta in essere in violazione di specifiche forme e modalità, lo ha espressamente previsto, come nel caso di ispezioni, perquisizioni e sequestri posti in essere nei confronti del difensore in violazione delle garanzie contemplate dall'art. 103 c.p.p. (103 co. 7 c.p.p.).

Di diverso avviso parte della dottrina, la quale ha evidenziato che una attenta lettura della pronuncia della Corte costituzionale lascerebbe aperto uno spiraglio alla "invalidità derivata" mediante la categoria della nullità⁴⁵, la quale opererebbe nei casi di violazione di diritti difensivi in sede di perquisizione, con conseguente propagazione in forza dell'art. 185 c.p. agli elementi di prova eventualmente ottenuti⁴⁶.

Non può tuttavia passare in sordina la diversa posizione assunta in merito della Corte EDU ed evincibile da un *obiter dictum* della sentenza *Brazzi c. Italia*, là dove ha chiarito che in ordine ad un controllo giurisdizionale effettivo, esso potrebbe essere rinvenuto nella sanzione processuale della inutilizzabilità del risultato probatorio, intesa come «esclusione dal processo degli elementi di prova raccolti» (par. 45), per poi evidenziare che nel caso alla sua attenzione tale rimedio non avrebbe potuto essere esperito per l'epilogo negativo della perquisizione⁴⁷.

⁴⁵ CASIRAGHI, *La Corte costituzionale non esclude l'invalidità derivata in materia probatoria*, in www.sistemapenale.it.

⁴⁶ UBERTIS, *Riflessioni sulle «prove vietate»*, in *Riv. pen.*, 1975, 715; LOZZI, *Prove invalide non utilizzate e declaratoria di nullità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1978, 452-453; CONSO, *Il concetto e le specie d'invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, 80.

⁴⁷ Il passaggio motivazionale è il seguente: «A quest'ultimo riguardo, la Corte rammenta di avere ammesso che, in alcune circostanze, il controllo della misura contraria all'articolo 8 effettuato dai giudici penali fornisce una riparazione adeguata per l'interessato, dal momento che il giudice procede a un controllo effettivo della legittimità e della necessità della misura contestata e, se del caso, esclude dal processo penale gli elementi di prova raccolti».

Limitatamente a tale profilo è possibile ritenere che la Corte si sia mossa su di un filone ermeneutico già tracciato in passato.

Al riguardo, è utile segnalare che anche con la sentenza resa nel caso *Knox c. Italia*, con riferimento alla violazione dell'art. 6 §§ 1 e 3 c) (diritto ad un equo processo e diritto alla difesa), Corte EDU sembra aver censurato il consolidato orientamento della Corte di cassazione⁴⁸ secondo cui le dichiarazioni spontanee rese dall'indagato in assenza del difensore, nonostante il divieto di utilizzazione di cui all'art. 63 co. 2 c.p.p., possono essere in ogni caso utilizzate allorquando costituiscono "corpo del reato", affermando - di contro - che esse debbano essere private di qualsivoglia attitudine probatoria.

È stato sostenuto che con tale pronuncia la Corte EDU avrebbe fatto un passo ulteriore, chiarendo che la sanzione dell'inutilizzabilità probatoria conseguente la violazione di legge non debba arrestarsi nemmeno qualora essa inerisca il "corpo del reato o cosa pertinente al reato"⁴⁹.

Un chiaro riferimento, insomma, alla teoria c.d. "dei frutti dell'albero avvelenato", che era già stata sposata dalla Corte EDU in altra pronuncia⁵⁰, ancorché in ordine ad un mezzo di ricerca della prova, come le intercettazioni, per le quali il nostro ordinamento già prevede espressamente la sanzione dell'inutilizzabilità qualora esse siano disposte o eseguite non rispettando i limiti e le modalità stabilite.

Eppure, solo riconoscendo un'autonomia funzionale dei due atti, la perquisizione potrà essere anche occasione per rispondere ad una esigenza squisitamente preventiva.

Fino ad ora abbiamo infatti esaminato la correlazione tra perquisizione e sequestro adoperando quale parametro di riferimento il c.d. sequestro probatorio, attesa l'identità dell'oggetto («corpo del reato o cose pertinenti al reato»), ma anche il rinvenimento di un bene intrinsecamente pericoloso, che ne

⁴⁸ Cass., Sez. un., 26 marzo 2015, n. 33583, in www.itagliure.giustizia.it: «Le dichiarazioni "indizianti" di cui all'art. 63, comma primo, cod. proc. pen. sono quelle rese da un soggetto sentito come testimone o persona informata sui fatti che riveli circostanze da cui emerge una sua responsabilità penale per fatti pregressi, non invece quelle attraverso le quali il medesimo soggetto realizza il fatto tipico di una determinata figura di reato quale il favoreggiamento personale, la calunnia o la falsa testimonianza, in quanto la predetta norma di garanzia è ispirata al principio "*nemo tenetur se detegere*", che salvaguarda la persona che abbia commesso un reato, e non quella che debba ancora commetterlo».

⁴⁹ 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*, cit.

⁵⁰ Corte EDU, 10 aprile 2007, Panarisi c. Italia, n. 46794/99 § 76 e 77.

giustifici un vincolo preventivo, non potrà prescindere una preliminare attività di ricerca sulla persona o in un determinato luogo.

Si tratta di un aspetto che risente della comune origine delle due forme di sequestro, nate dalla scissione della originaria figura del sequestro delle «cose pertinenti al reato» contemplato all'art. 337 del Codice del 1930, formula poi ripresa nell'attuale art. 253 co. 1 c.p.p.; all'epoca, infatti, la perquisizione era essenzialmente un atto bivalente⁵¹: istruttorio, quando era ad esempio inteso a colpire la corrispondenza dell'imputato, o cautelare, quando era volto ad impedire «conseguenze ulteriori del reato» (art. 219 cod. 1930), o svolgeva simultaneamente le due funzioni, come nel caso dei *corpora delicti*, tipiche prove reali, talvolta confiscabili ex art. 240 co. 2 n. 2 c.p.

Allorché la scissione operata dal codice del 1989 ha trovato fondamento in una diversità funzionale delle due forme di sequestro, occasionalmente accomunate dall'atto di perquisizione, essa ha avuto una ripercussione sia sui tempi di persistenza del vincolo che sulla dimensione garantista del controllo di legittimità del vincolo.

Quanto ai primi, al diverso scopo corrisponde inevitabilmente un diverso ciclo, commisurato per il sequestro probatorio al fine istruttorio e per quello preventivo alla persistenza del *periculum*, quanto alle forma di garanzia, la natura cautelare del sequestro preventivo è la ragione dell'estensione ad esso della riserva di giurisdizione prevista dall'art. 321 c.p.p., il quale rimette al giudice competente a pronunciarsi nel merito, da identificare nella fase delle indagini preliminari nel G.i.p., l'emissione del decreto motivato di sequestro.

Come per il sequestro probatorio, anche per quello preventivo il legislatore mostra di essere consapevole dei tempi più o meno lunghi che possano precedere l'intervento formale dell' "autorità giudiziaria", nel caso in esame di natura giurisdizionale, prevedendo pertanto al comma 3-*bis* interventi preventivi del P.m. o della polizia giudiziaria modulati su diverse situazioni di urgenza, posticipando il controllo giurisdizionale entro limiti temporali stringenti, dovendo il P.m. chiedere la convalida del sequestro al G.i.p. entro quarantotto dall'emissione del provvedimento o dalla ricezione del verbale delle attività poste in essere dalla polizia giudiziaria che abbia operato *motu proprio*; a sua volta il G.i.p. dovrà provvedere entro il termine perentorio di dieci giorni dalla ricezione della richiesta ai sensi dell'art. 321 co. 3-*ter* c.p.p.

⁵¹ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 556.

Contro il provvedimento del giudice sono previsti i rimedi del riesame ex art. 324 c.p.p. e del ricorso per Cassazione ex art. 325 c.p.p., mentre l'appello ex art. 310 c.p.p. è ammesso solo rispetto alle decisioni sul sequestro preventivo non soggette al riesame, inclusa la revoca disposta dal P.m.

Una flessione del garantismo è invece rintracciabile nel caso di sequestro probatorio, in quanto, qualora la perquisizione disposta dal P.m. o operata *motu proprio* dalla polizia giudiziaria abbia esito positivo, l'art. 355 c.p.p. contempla esclusivamente un controllo dell'operato della polizia giudiziaria da parte del P.m., chiamato a convalidare con decreto motivato il vincolo sul bene entro quarantotto ore dalla ricezione del verbale. L'art. 257 c.p.p. estende i rimedi del sequestro preventivo a quello probatorio, i quali, oltre ad essere una forma di gravame, sono anche la prima e unica finestra di giurisdizione avverso il provvedimento adottato dal P.m.

Orbene, come evidenziato dalla Corte EDU *Brazzi c. Italia*, nel caso di epilogo negativo della perquisizione non è previsto un vaglio di legittimità del giudice sull'operato delle autorità pubbliche, ciò benché la motivazione del decreto con il quale è disposta la perquisizione da parte del P.m., prescritta a pena di nullità dal combinato disposto degli artt. 247 co. 2 e 15 co. 3 c.p.p.⁵², sia per sua natura deputata a consentire all'interessato di conoscerne le ragioni ed eventualmente di impugnarlo⁵³, in quanto la pubblicità dell'*iter* di formazione della decisione è rapportabile proprio alla impugnazione.

Tale *vulnus* non può essere superato ammettendo il ricorso per cassazione contemplato dall'art. 568 co. 2 c.p.p., proiezione dell'art. 111 co. 7 Cost.⁵⁴, in quanto esso opera per i soli provvedimenti limitativi della libertà personale adottati da organi giurisdizionali, tra i quali non rientra la perquisizione domiciliare adottata dal P.m. La giurisprudenza ne rintraccia le ragioni nell'assenza di contenuti decisori dell'atto, inidoneo ad attentare alla libertà personale, presupposto della garanzia del doppio grado di giudizio fornita dall'art. 111 Cost. esclusivamente per gli atti aventi la natura di sentenza⁵⁵.

3. *La nozione costituzionale di "autorità giudiziaria": rimedi ermeneutici a*

⁵² Cass., Sez. VI, 06 aprile 1993, n. 1012, Rv. 194374 - 01.

⁵³ 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*, cit., 33.

⁵⁴ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 829.

⁵⁵ Cass., Sez. III, 7 giugno 2017, n. 28060, Rv. 646225; Id., Sez. III, 27 settembre 2016, n. 28060, Rv. 369345; Id., Sez. III, 10 febbraio 2011, n. 8999, Rv. 249615.

confronto. Parte della dottrina⁵⁶ ha evidenziato che le conclusioni alle quali è pervenuta la Corte EDU nella sentenza *Brazzi c. Italia* prescindono da un'analisi delle scelte compiute dal legislatore nel ricondurre il pubblico ministero nella qualifica di "autorità giudiziaria", in questo modo assicurando a tale funzione le garanzie riconosciute ai magistrati giudicanti e sottraendolo alla dipendenza del Ministro della giustizia.

Si è detto, infatti, che la scelta del Costituente è frutto di una visione dei pubblici poteri organizzati in base al sistema di pesi e contrappesi, con una netta separazione tra quelli di governo e quelli di garanzia, primo fra tutti quelli di controllo della legalità affidato all'autorità giudiziaria⁵⁷.

È stato quindi sostenuto che il "controllo efficace" richiesto a livello convenzionale sarebbe adeguatamente svolto dal magistrato requirente nella funzione di "garante" del rispetto del complesso di previsioni normative che assistono sia la fase di emissione del provvedimento di perquisizione sia la fase di esecuzione della stessa.

Si è aggiunto, infine, che la figura di pubblico ministero delineata dal nostro sistema costituzionale e processuale appare in linea con quella emergente dalla giurisprudenza della Corte EDU.

In un primo caso, ad esempio, nel quale era stata chiamata a valutare la sussistenza di una violazione del diritto di ogni persona arrestata di essere tradotta al più presto dinanzi ad un «giudice» o ad «altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie» di cui all'art. 5 § 3 della Convenzione, la Corte EDU ha asserito che carattere saliente di questa ultima figura sia l'indipendenza dal potere esecutivo dell'organo dinanzi al quale l'arrestato possa esercitare il proprio diritto di difesa⁵⁸.

In altra pronuncia, dopo un'analisi dei rapporti tra autorità governativa e pubblico ministero nell'ordinamento francese, la Corte EDU⁵⁹ ha chiarito che il differente statuto di quest'ultimo rispetto a quello del giudice, in particolare per mancanza nel primo dei requisiti di inamovibilità e per la sua sottoposizione al Ministro della giustizia, consentisse di ricondurlo alla nozione di "autorità

⁵⁶ CARDAMONE, *La sentenza della C.E.D.U. Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?*, cit.

⁵⁷ CARDAMONE, *La sentenza della C.E.D.U. Brazzi c. Italia: sono arbitrarie le perquisizioni disposte dall'Autorità giudiziaria?*, cit.

⁵⁸ Corte EDU, 29 ottobre 1998, *Assenov e altri c. Bulgaria*, par. 146; Corte EDU, 23 ottobre 1990, *Huber c. Svizzera*, par. 42.

⁵⁹ *Moulin c. Francia*, sentenza del 23 novembre 2010, parr. 56 -57.

giudiziaria”, la quale vede quale suo essenziale connotato quello della indipendenza dal potere esecutivo.

È stato però obiettato a tale posizione che, l’indiscusso grado di indipendenza nel contesto internazionale della magistratura requirente italiana – presupposto fondamentale di una piena e reale “separazione dei poteri” – non va confuso con quello di un “controllo efficace” ed adeguato a garantire il rispetto delle previsioni normative dettate a tutela delle libertà e dei diritti fondamentali dell’individuo⁶⁰.

Invero, là dove la Corte EDU⁶¹ ha tratteggiato i connotati salienti della figura dell’“altro magistrato autorizzato dalla legge ad esercitare funzioni giudiziarie” dinanzi al quale la persona arrestata deve essere condotta, ha sì ribadito il connotato dell’“indipendenza” dal potere esecutivo, ma ha anche sottolineato la necessità della “terzietà” di esso rispetto alle parti del procedimento penale, che certamente non può essere riconosciuto ad un organo che, nella fase in cui avviene il controllo o in una successiva, assume la veste di Pubblica Accusa o, comunque, può intervenire nel procedimento per conto della parte requirente⁶².

A ben vedere, con la sentenza *Brazzi c. Italia* la Corte ha integrato e completato quanto evidenziato nelle pronunce *Assenov e altri c. Bulgaria* e *Moulin c. Francia*, sottolineando le criticità rintracciabili nell’affidare la tutela delle libertà e dei diritti fondamentali ad un organo che assuma la veste di accusa in una successiva fase processuale, in quanto, ancorché l’ordinamento ritenga imprescindibile una sua indipendenza dal potere esecutivo al fine di ottemperare alla sua funzione di garante dei diritti e delle libertà, tale connotato non è allo stesso modo apprezzabile nel rapporto processuale con l’indagato, ove, piuttosto che prevenire un abuso del potere da parte del governo, occorrerà predisporre gli strumenti per prevenire un abuso da parte dello stesso pubblico ministero ai danni della controparte.

Una interpretazione che comunque non si discosta dall’organizzazione del

⁶⁰ 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*, cit.

⁶¹ *Assenov e altri c. Bulgaria*, sentenza del 28 ottobre 1998, cit.; *Huber c. Svizzera*, sentenza del 23 ottobre 1990, cit.

⁶² 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*, cit.

sistema in pesi e contrappesi, secondo, però, una visione flessibile che si orienti su differenti garanzie e tutele a seconda dell'ambito in cui operano dei soggetti istituzionali.

Non sono mancati tentativi di superare l'*impasse* che è seguito alla sentenza *Brazzi c. Italia* partendo da una accezione dall'impronta giurisdizionale della locuzione "autorità giudiziaria" prevista dall'art. 14 Cost., evidenziando una diretta violazione della predetta norma da parte degli artt. 247 co. 2 e 352 co. 4 c.p.p.⁶³

È stato sostenuto che la riserva di giurisdizione che si rintraccia nella locuzione "autorità giudiziaria" di cui all'art. 13 Cost., con la quale si priva il P.m. di ogni potere in merito, influenza anche i presupposti delle perquisizioni domiciliari in forza del richiamo ad esso operato dall'art. 14 Cost., allorché estende ad esse le medesime garanzie prescritte per la tutela della libertà personale.

Proponendo una interpretazione che sia compatibile con un congruo bilanciamento tra le singole situazioni soggettive protette e la stabilità sociale⁶⁴, si evidenzia che solo ad un organo giurisdizionale, scevro da condizionamenti, sia possibile affidare la gestione discrezionale delle condizioni e dei presupposti per l'adozione di provvedimenti incidenti sulle libertà previste dagli artt. 13, 14 e 15 Cost., in modo da dare equilibrata concretizzazione ai casi tipici e alle forme delle misure restrittive contemplate dal legislatore.

A tal fine si evidenzia che nel 1948, epoca costituente, le garanzie inerenti le libertà personali dovevano essere parametrize al processo penale del 1930, ove l' "autorità giudiziaria", intesa quale comprensiva del giudice e del P.m., veniva percepita come adeguato punto di equilibrio, e ove un espresso richiamo al potere giurisdizionale avrebbe comportato una flessione dei poteri del P.m. in un'epoca in cui l'idea di libertà personale non aveva raggiunto un grado di maturazione sufficiente⁶⁵; solo quando, sotto la spinta della Corte costituzionale, si fece largo una interpretazione delle norme costituzionali verso i valori fondamentali dell'individuo, si comprese la funzione garantista determinante della giurisdizione⁶⁶.

⁶³ 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*, cit., 36.

⁶⁴ 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*, cit., 37.

⁶⁵ 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*, cit., 39.

⁶⁶ RICCIO, *Introduzione allo studio dei diritti procedurali nel processo penale*, in *Ideologie e modelli del*

In altre parole, a seguito dell'entrata in vigore del codice del 1989 e del novelato art. 111 Cost., si è aderito ad un modello di sistema processuale squisitamente accusatorio, ove il pubblico ministero ha assunto la veste di "parte", come tale non più autorizzata *motu proprio* ad atti invasivi dei diritti fondamentali dell'individuo, tra cui vanno ricomprese le perquisizioni domiciliari e personali.

L'assenza di uno strumento di tutela del diritto al domicilio contro una perquisizione illegittima che abbia un epilogo negativo risente, in realtà, di una visione dei diritti della persona strettamente connessa alla funzionalità del processo, qualora essi siano compressi o lesi da atti di natura processuale.

In altre parole, mentre la Corte EDU dà una lettura della garanzia dei diritti in quanto tali, del tutto svincolati dalle eventuali ripercussioni sull'esito del processo penale, il legislatore ha posto in primo piano quest'ultimo e intorno ad esso ha disegnato le garanzie.

A fronte, infatti, di uno strumento di gravame avente ad oggetto il sequestro al fine di espungere dal processo penale ed evitare che sia oggetto di valutazione da parte del giudice ciò che è stato oggetto di apprensione, la relazione tra diritti e processo che invero l'ordinamento giuridico porta poi a ritenere accettabile l'assenza di uno strumento simile qualora l'illegittimo operare della polizia giudiziaria alcun contributo cognitivo abbia fornito al processo.

L'impossibilità di risolvere mediante interventi di ortopedia interpretativa il contrasto evidenziato dalla sentenza *Brazzi c. Italia* ha spinto la dottrina a proporre un'autonoma ipotesi di riesame del decreto di perquisizione a prescindere dal sequestro, o mediante un intervento normativo⁶⁷ o con un *revirement* dei consolidati orientamenti giurisprudenziali, in modo da consentire mediante una interpretazione "convenzionalmente orientata" delle disposizioni normative vigenti, un controllo a posteriori sul decreto di perquisizione, attraverso lo strumento del riesame o del ricorso per cassazione⁶⁸.

In altri casi è stato invece evidenziato che la strada preferibile sarebbe l'effettiva applicazione delle sanzioni penali (artt. 609 e 515 c.p.) e disciplinari (art. 124

processo penale, Scritti, Napoli, 1992, 15 ss.

⁶⁷ BELLANTONI, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, in *Nuovi scritti di procedura penale*, Torino, 2009, 209.

⁶⁸ 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*, cit.

c.p.p.) agli autori degli abusi⁶⁹, o ritenere che il decreto sia immediatamente ricorribile per Cassazione, riconducendo la inviolabilità del domicilio quale *species* del *genus* libertà personale⁷⁰, a tal fine facendo leva sull'art. 568 co. 2 c.p.p. che recepisce a livello legislativo l'art. 111 co. 7 Cost., e interpretando in senso onnicomprensivo il rinvio operato dall'art. 14 co. 2 Cost. alle garanzie prescritte per la tutela della libertà personale, ricomprendendovi, quindi, anche quella riguardante il controllo di legalità dei provvedimenti restrittivi di cui all'art. 111 co. 7 Cost.

Nondimeno, come osservato da autorevole dottrina, il ricorso per Cassazione ai sensi dell'art. 111 co. 7 Cost. sarebbe inidoneo ad elidere il nocimento arrecato, in quanto, non avendo funzione inibitoria, non consentirebbe di eliminare l' "accaduto";⁷¹ obiezione che - come vedremo - può essere mossa anche al rimedio che la c.d. riforma Cartabia ha previsto per far fronte alle osservazioni mosse dalla sentenza *Brazzi c. Italia*, prevedendo un controllo giurisdizionale *ex post* inidoneo ad assicurare un livello di garanzia concreto ed effettivo, salvo voler estendere alla materia un ristoro economico attraverso il procedimento amministrativo regolato dal d.P.R. 18 aprile 1994, n. 388.

4. *La diversa tutela riservata dal legislatore alle libertà costituzionali fondamentali.* La libertà personale (art. 13 Cost.), la libertà di domicilio (art. 14 Cost.), ma anche la libertà e la segretezza della corrispondenza (art. 15 Cost.) sono beni di grande rilievo costituzionale, per i quali la fonte primaria ha previsti limitati spazi di coercibilità, per lo più rimessi all' "autorità giudiziaria", quale magistratura bicefala identificabile nel giudice o nel pubblico ministero⁷². Ai sensi dell'art. 13 co. 2 Cost., è possibile che in «casi eccezionali di necessità ed urgenza, indicati tassativamente dalla legge, l'autorità di pubblica sicurezza» possa «adottare provvedimenti provvisori» riportabili a forme di «detenzione, ispezione o perquisizione personale» da comunicare entro le quarantotto ore all'autorità giudiziaria, alla quale spetta il potere di concedere o negare la convalida entro le quarantotto ore successive⁷³. Parimenti inviolabile è il domicilio,

⁶⁹ FELICIONI, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., 209.

⁷⁰ MALVASI, *sub art. 247 c.p.p.*, in *Commentario breve al codice di procedura penale*, diretto da Conso-Illuminati, Milano, 2015, 967.

⁷¹ CORDERO, *Procedura penale*, cit., 833.

⁷² SPANGHER, *Trattato di procedura penale*, cit., 213.

⁷³ Sul rapporto tra perquisizioni e garanzie costituzionali v., *ex plurimis*, BELLANTONI, *Perquisizioni*, in *Enc. giur.*, XXIII, Roma, 1990, 1.

nel quale 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» (art. 14 co. 2 Cost.)⁷⁴.

Consapevole del ruolo distonico del pubblico ministero, da un lato “parte del processo” dall’altro garante delle libertà fondamentali, il legislatore del 1989 ha ritenuto di affidare al giudice, organo “terzo” ed “imparziale”, la tutela della libertà personale e della libertà e segretezza delle comunicazioni, lasciando fuori gli atti invasivi della libertà di domicilio.

Mentre, però, il controllo giurisdizionale posto a monte delle limitazioni della libertà personale appare naturale e doveroso alla luce della posizione apicale che essa assume in Costituzione, non altrettanto può dirsi per l’attività di intercettazione, in quanto non è scontato che essa possa avere una afflittività maggiore rispetto alle perquisizioni domiciliari⁷⁵.

La diversa considerazione che il legislatore riserva alla tutela della libertà di domicilio e a quella delle comunicazioni è evincibile anche dai rimedi che appresta qualora l’attività sia posta in essere violando i presupposti e condizioni previste dalla legge: nel primo caso, non essendo prevista una inutilizzabilità espressa dei risultati, ha buon gioco alla giurisprudenza formatasi intorno alla teoria del *male captum bene retentum*; nel secondo caso l’art. 271 c.p.p. prevede quale espressa sanzione l’inutilizzabilità dei risultati.

Solo in un caso il legislatore ha ritenuto di contemplare una disciplina univoca, prevedendo la sanzione della inutilizzabilità “derivata” dei risultati di ispezioni, perquisizioni, sequestri, intercettazioni di comunicazioni e conversazioni eseguite violando i presupposti e limiti previsti dalla legge: si tratta dell’art. 103 co. 7 c.p.p. posto a presidio delle garanzie di libertà del difensore.

Una soluzione, questa, imposta dalla delicatezza e particolarità dello *spazio* invaso dall’attività di perquisizione, ove si confondono e raggiungono un elevato livello di contrapposizione le esigenze investigative e quelle strettamente legate al diritto di difesa.

Come già esaminato, per tutte le altre e differenti ipotesi di perquisizioni illegittime, il legislatore non prevede alcuna sanzione che si rifletta sugli esiti

⁷⁴ Ampiamente, sull’argomento, DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000; DE CARO, *Libertà personale e sistema processuale penale*, Napoli, 2000; GUALTIERI, *Perquisizioni ed ispezioni di polizia*, Milano, 1979; RICCIO, *Le perquisizioni nel codice di procedura penale*, Napoli, 1974.

⁷⁵ 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*, cit.

dell'attività di ricerca, consentendo un sindacato giurisdizionale che riguardi il solo sequestro quale atto autonomo.

L'assenza di un parallelismo tra la disciplina delle intercettazioni e quella delle perquisizioni riflette, però, i diversi esiti ai quali l'una e l'altra potrebbero condurre a prescindere dalla rilevanza nel processo.

Invero, anche le intercettazioni disposte in violazione dei limiti e delle condizioni previste dalla legge sarebbero prive di sanzione qualora dalla predetta attività non emerga alcun risultato cognitivo rilevante per l'attività di indagine, in quanto quello della inutilizzabilità sarebbe privo di reali effetti; eppure, anche in questo caso, come per la perquisizione con esito negativo, siamo dinanzi alla violazione di una libertà costituzionalmente riconosciuta, compresa al di là dei limiti previsti dal legislatore, ma per la quale alcuna sanzione processuale è applicabile, al netto di quella strettamente disciplinare.

Conseguenza, questa che l'idea che serpeggia nel nostro ordinamento, ove - come già accennato al par. 3 - il legislatore non si preoccupa di fornire il sistema di strumenti di tutela diretta, preventiva o rimediata, dei diritti e delle garanzie fondamentali, ma solo di quelli ritenuti necessari ad espungere dal processo eventuali contributi cognitivi inficiati a monte dalla loro violazione, i quali ne beneficerebbero solo indirettamente.

Nondimeno, contrariamente alle attività di perquisizione, per le quali la sentenza *Brazzi c. Italia* ha ritenuto idoneo anche un controllo giurisdizionale *ex post*, la necessità che in materia di intercettazioni esso sia preventivo, discende dal fatto che tale mezzo di ricerca della prova «tutto inghiotte all'insaputa degli interlocutori»: qualità che la dottrina⁷⁶ ha saputo icasticamente descrivere con l'immagine di una «idrovoce fonica».

In altre parole, contrariamente alla perquisizione, i cui esiti, non prevedibili, possono essere positivi o negativi, prima ancora di intercettare una utenza è noto che un risultato sarà sempre ottenibile, consistente nella registrazione di una conversazione privata, a meno che l'utenza monitorata risulti inutilizzata; cosa diversa sarà invece la rilevanza della stessa per l'attività di indagine, e solo in questo caso l'inutilizzabilità per violazione delle condizioni e dei limiti di legge sarà idoneo strumento processuale volto ad espungere dal processo quanto acquisito.

Tale sanzione è espressione dell'interesse a che le prove che contribuiscono

⁷⁶ZAMPINI, *Per i Giudici di Strasburgo la disciplina codicistica delle perquisizioni viola l'art. 8 C.E.D.U.: implicazioni e prospettive*, cit.

alla formazione del libero convincimento del giudice siano frutto delle regole processuali poste a presidio delle libertà fondamentali e dell'esigenza di verità processuale, secondo i canoni formali cristallizzati dalle norme processuali.

Su tale veramente, anche la impugnabilità del sequestro risponde al particolare interesse verso il possibile pregiudizio determinato dal provvedimento giudiziale, consistente nell'espungere dal processo il risultato probatorio affinché non sia oggetto di valutazione da parte del giudice.

Mentre, però, la naturale propensione delle intercettazioni a fagocitare qualsivoglia risultato, a prescindere dalla sua utilità o meno, ha imposto un innalzamento delle garanzie contemplando un controllo giurisdizionale preventivo, l'impossibilità di prevedere l'esito della perquisizione ha indotto il legislatore a non contemplare alcun controllo giurisdizionale e la Corte EDU a ritenere ammissibile anche un controllo *ex post* dell'atto limitativo della libertà in quanto tale.

È anche vero, però, che per non rendere il vaglio giurisdizionale vano e privo di concreti effetti, l'unico rimedio sarebbe poi quello di prevedere un ristoro economico al soggetto danneggiato, nonostante la stessa Corte EDU abbia, nel corpo della motivazione della sentenza, negato l'efficacia in concreto di rimedi diversi da quelli strettamente processuali, quali ad esempio l'azione di responsabilità contro lo Stato ai sensi della Legge n. 117/1988 ("Risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati"), esperibile solo in caso di dopo o colpa grave del magistrato nell'emissione del decreto di sequestro.

5. Le novità della Legge 27 settembre 2021, n. 134: l'opposizione all'atto perquirente non seguito da sequestro. A porre rimedio alle predette criticità mira la riforma Cartabia, prevedendo una delega al Governo volta a consentire un'opposizione dinanzi al G.i.p. del decreto di perquisizione al quale non segua il sequestro da parte della persona sottoposta alle indagini e dei soggetti interessati, in questo modo ritenendo sufficiente un controllo giurisdizionale *ex post*.

Dalla Relazione preliminare presentata dalla Commissione Lattanzi⁷⁷ emerge che l'opposizione è ispirata a quella che l'interessato può esperire dinanzi al G.i.p. nel caso in cui il P.m. rigetti la richiesta di restituzione di cose sequestrate

⁷⁷ Consultabile in www.giustizia/cmsresources/cms/documents/commissione_LATTANZI_relazione_finale_24mag21.pdf.

(art. 263 co. 5 c.p.p.), ragion per cui in sede di attuazione della delega si presume che sarà verosimilmente replicata la medesima disciplina, prevedendo un'udienza camerale nelle forme dell'art. 127 c.p.p. a partecipazione non necessaria delle parti⁷⁸.

Non è scontato, però, che il legislatore preveda anche una *discovery* degli atti del fascicolo del P.m. successivamente alla presentazione dell'opposizione, in quanto, mentre al giudice dovrà essere consentito un accesso ad essi al fine di compiutamente sondare la legittimità della perquisizione operata dalla polizia giudiziaria d'urgenza o disposta dal P.m., un accesso al fascicolo da parte del soggetto interessato sarebbe privo di effettiva utilità, avendo costui già avuto modo di attivare, a prescindere da un accesso agli atti, il controllo giurisdizionale con un atto introduttivo, che dovrà verosimilmente essere sostenuto da adeguata motivazione con la quale evidenziare le illegittimità e gli abusi.

Sarebbe invece ragionevole, in linea con la prospettiva garantista dell'art. 263 co. 5 c.p.p., che il legislatore delegato non preveda un termine per la proposizione dell'opposizione, se non quello di conclusione delle indagini, e che consenta quale mezzo di impugnazione avverso l'ordinanza del G.i.p. in sede di opposizione un ricorso per cassazione ai sensi dell'art. 127 co. 7 c.p.p.⁷⁹ o ai sensi dell'art. 111 co. 7 Cost, attesa la portata decisoria del provvedimento all'esito adottato.

Come già sostenuto⁸⁰, diverso sarà invece l'oggetto del vaglio giurisdizionale rispetto a quello previsto per l'opposizione al rigetto del P.m. di restituzione di beni in sequestro: mentre in quest'ultimo caso il controllo giurisdizionale si incentrerà sulla persistente necessità di mantenere in vincolo le cose, in quanto la competenza a decidere sulla fondatezza della misura spetta al Tribunale del riesame, nel caso del vaglio giurisdizionale della perquisizione, il G.i.p. sarà verosimilmente chiamato a sindacare non solo il rispetto delle formalità procedurali previste dalla legge, ma anche la motivazione del provvedimento e la fondatezza dei motivi che hanno giustificato l'atto intrusivo, essendo l'opposizione l'unico rimedio esperibile.

A ogni modo, non sfugge la portata generalizzata che la riforma intende assumere rispetto a qualsiasi atto di perquisizione e non solo relativamente a quello domiciliare, in questo modo andando al di là delle più circoscritte e limitate

⁷⁸ PADUA, *Opposizione dell'atto perquirente non seguito da sequestro*, cit., 55.

⁷⁹ PADUA, *Opposizione dell'atto perquirente non seguito da sequestro*, cit., 55.

⁸⁰ PADUA, *Opposizione dell'atto perquirente non seguito da sequestro*, cit., 55.

osservazioni della sentenza *Brazzi c. Italia*.

Allorché, però, il legislatore delegante circoscrive l'opposizione al decreto di perquisizione, sembra limitare il controllo giurisdizionale al solo provvedimento adottato dal P.m., escludendo i casi in cui la polizia giudiziaria intervenga ai sensi dell'art. 352 c.p.p. *motu proprio*.

Invero, l'art. 352 co. 4 c.p.p. prevede che l'attività posta in essere dalla polizia giudiziaria sia compendiata in un verbale che verrà trasmesso al P.m. entro le quarantotto successive, il quale, se ne riconcorrono i presupposti, convaliderà l'operato entro le successive quarantotto.

Risulta evidente, quindi, che alcun decreto di perquisizione in questi casi è stato emesso, ragion per cui - al fine di evitare che sia vanificato l'intervento del legislatore rispetto a quelle situazioni ove la tutela della libertà di domicilio si pone al di sotto dei limiti convenzionali - deve ritenersi che il controllo giurisdizionale dovrà estendersi al decreto di convalida.

Nondimeno, tale soluzione non pare del tutto soddisfacente, in quanto in questi casi il G.i.p. dovrà vagliare la sussistenza delle condizioni che hanno consentito l'intervento della polizia giudiziaria e, nei casi di perquisizioni contemplate da leggi speciali, verificare di volta in volta la effettiva sussistenza di "indizi" o di "fondati motivi" che l'abbiano indotta ad intervenire, di cui vi sarà traccia nella sola motivazione del verbale di perquisizione e non anche nel decreto di convalida del P.m., il quale si attingerà a necessario controllo preventivo dell'operato della polizia giudiziaria, a fronte di quello solo eventuale del giudice, perché consentito su mera istanza della parte interessata.

Quando, invece, l'atto di perquisizione è disposto dal P.m., sarà anche necessario verificare, tramite la motivazione posta a sostegno, se non esistevano altri strumenti di ricerca della prova meno invasivi, perché solo tale ulteriore controllo eviterebbe di rimettere alla discrezionalità dell'organo inquirente la scelta sulla compressione di una libertà fondamentale.

L'altra faccia della medaglia del controllo giurisdizionale sarà, quindi, la necessità di motivazione puntuale sia del verbale di perquisizione adottato dalla polizia giudiziaria intervenuta d'urgenza, sia del decreto di perquisizione adottato dal pubblico ministero, evitando formule di stile che fino ad oggi hanno mortificato la previsione normativa di motivazione dell'atto, in quanto solo rapportandosi ad essa il giudice sarà in condizioni di valutare il corretto bilanciamento fra le ragioni dell'accertamento e la salvaguardia dei valori inviolabili.

Il provvedimento del giudice sarà o di rigetto o di accoglimento, e in

quest'ultimo caso, al fine di evitare che il controllo sia fine a sé stesso, sarebbe auspicabile prevedere un ristoro economico, per la indebita limitazione della libertà personale e domiciliare, in termini di indennizzo per i danni morali⁸¹, il quale troverebbe adeguato fondamento costituzionale nell'estensione contemplata dall'art. 14 Cost. delle garanzie, intese anche in termini di rimedio, previste per la tutela della libertà personale, essendo questo il rimedio previsto dalla legge 24 marzo 2001, n. 89 qualora venga accertata l'illegittima limitazione della libertà.

D'altro canto, se questo è l'unico rimedio assicurabile a fronte di un controllo giurisdizionale privo dell'effettivo e concreto potere di espungere dal compendio cognitivo del processo un elemento di prova, *de iure condendo* deve ritenersi necessaria una previsione generale di un ristoro economico per tutte le ipotesi simili, ivi compresa, ad esempio, quella di intercettazioni illegittimamente disposte per le quali vana è la sanzione della inutilizzabilità perché alcun risultato utile per le indagini è stato ottenuto dalla indebita ingerenza nella sfera privata altrui.

Infatti, nonostante il preventivo controllo giurisdizionale contemplato in materia di contrazione delle libertà di comunicazione e di conversazione dovrebbe fungere da idonea garanzia, la espressa previsione di una inutilizzabilità nei casi di violazione di legge lascia intendere la consapevolezza del legislatore che esso non è idonea ad assicurare una salvaguardia assoluta e invalicabile, ben potendo lo stesso giudice cadere in errore e consentire indebite ingerenze nella sfera personale altrui.

Solo mediante un ristoro economico come risposta ad ogni violazione dei diritti e delle libertà fondamentali *tout court* sarà possibile assicurare una loro tutela svincolata dal processo penale, in questo modo indirizzando l'ordinamento verso il loro compiuto riconoscimento e la loro più profonda valorizzazione.

Un simile rimedio è già previsto, ad esempio, dall'ordinamento giuridico statunitense ai sensi del *title 42 U.S.C. § 1983*⁸², il quale contempla la responsabilità

⁸¹ PADUA, *Opposizione dell'atto perquirente non seguito da sequestro*, cit., 56.

⁸² «Every person who, under color of any statute, ordinance, regulation, custom, or usage, of any State or Territory or the District of Columbia, subjects, or causes to be subjected, any citizen of the United States or other person within the jurisdiction thereof to the deprivation of any rights, privileges, or immunities secured by the Constitution and laws, shall be liable to the party injured in an action at law, suit in equity, or other proper proceeding for redress, except that in any action brought against a judicial officer for an act or omission taken in such officer's judicial capacity, injunctive relief shall not be granted unless a

«in un'azione legale, in una causa di equità o in altro procedimento appropriato per la riparazione» di colui che si sia reso responsabile nei confronti di un cittadino della violazione di un «diritto, privilegio o immunità» garantiti dalla Costituzione o dalla legge⁸³.

Ad esso dovrà, però, fare da *pendant* una maggiore responsabilizzazione degli organi istituzionali al fine di evitare incontrollate ripercussioni sulle casse pubbliche, prescrivendo un sistema di rivalsa dello Stato nei loro confronti qualora la predetta violazione sia conseguenza di un grave abuso dei poteri.

declaratory decree was violated or declaratory relief was unavailable. For the purposes of this section, any Act of Congress applicable exclusively to the District of Columbia shall be considered to be a statute of the District of Columbia».

⁸³ DEGANELLO, *Il processo penale statunitense*, a cura di Gambini Musso, Torino, 2009, 34 ss.