

MARCO TORRE

*Dottore di ricerca in Diritto e procedura penale – Università degli Studi di Firenze*

## Perquisizioni domiciliari e art. 8 CEDU: la Corte europea censura la mancanza di un “controllo effettivo” sulla necessità dell’ingerenza

*Home search and par. 8 ECHR: the European Court criticizes the lack of “effective control” for interference*

---

Con la sentenza in commento la Corte europea censura le norme nazionali che disciplinano le perquisizioni non seguite da sequestro probatorio eseguite all’interno del domicilio privato. In particolare, il Collegio ritiene che in tal caso le garanzie procedurali previste dalla legislazione italiana non siano sufficienti ad evitare il rischio di abuso di potere da parte delle autorità incaricate dell’indagine penale, con la conseguenza che la misura istruttoria, non essendo compatibile con i principi propri di uno Stato di diritto, si pone in contrasto con l’art. 8 CEDU.

*The European Court criticizes the national rules governing searches without evidential seizure in private home. In particular, the Court considers that in this case the procedural guarantees provided by the Italian legislation are not sufficient to avoid the risk of abuse of power by the authorities of the criminal investigation, with the consequence that the investigation measure, not being compatible with the principles of a rule of law, is in contrast with the par. 8 ECHR.*

---

### LA QUESTIONE

La vicenda nasce da una perquisizione domiciliare effettuata dalla Guardia di Finanza nei confronti di un soggetto avente doppia cittadinanza, italiana e tedesca, residente in Germania ed iscritto all’AIRE<sup>1</sup>, ma proprietario di un appartamento in Italia. Nel 2010, il ricorrente (M.B.) fu oggetto di una verifica fiscale da parte delle autorità italiane che ipotizzarono una evasione sia delle imposte sul reddito che dell’IVA, realizzata mediante cd. esterovestizione (fittizia localizzazione all’estero della residenza fiscale).

A seguito dell’apertura di un fascicolo processuale per evasione fiscale, il 13 luglio 2010 la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Mantova emise un decreto di perquisizione domiciliare finalizzato al sequestro di documenti contabili eventualmente rinvenibili presso l’abitazione italiana o all’interno dell’autoveicolo nella disponibilità del soggetto indagato. Il 6 agosto 2010, l’esecuzione della misura istruttoria – effettuata in assenza dell’indagato, ma in presenza del padre di quest’ultimo – ebbe esito negativo, poiché la polizia giudiziaria delegata non sequestrò alcunché.

Il giorno successivo, l’indagato presentò ricorso per cassazione avverso il decreto di perquisizione datato 13 luglio 2010, sostenendone l’illegittimità, con conseguente ingiustificata violazione del diritto al rispetto del suo domicilio e della sua vita privata poiché, secondo il ricorrente, la verifica della sua situazione fiscale avrebbe potuto essere compiuta con altri mezzi, meno invasivi e più proporzionati allo scopo.

Nel marzo 2011 la Corte di cassazione dichiarò inammissibile il ricorso sulla base delle argomentazioni che seguono. In generale, «il decreto di perquisizione domiciliare del pubblico ministero, non seguito da sequestro, non è autonomamente impugnabile, sia per il principio della tassatività dei mezzi di impugnazione, sia perché la perquisizione come mera operazione si esaurisce nel momento in cui

---

<sup>1</sup> L’Anagrafe degli Italiani Residenti all’Estero (A.I.R.E.) è stata istituita con legge 27 ottobre 1988, n. 470 e contiene i dati dei cittadini italiani che risiedono all’estero per un periodo superiore ai dodici mesi. Essa è gestita dai Comuni sulla base dei dati e delle informazioni provenienti dalle Rappresentanze consolari all’estero, [https://www.esteri.it/mae/it/servizi/italiani-all-estero/aire\\_0.html](https://www.esteri.it/mae/it/servizi/italiani-all-estero/aire_0.html).

viene compiuta e non può essere messa nel nulla». In particolare, chiarisce la Corte, non è possibile ricorrere né all'istituto del riesame, ex art. 257 c.p.p., il quale si riferisce esclusivamente al sequestro probatorio ed a quello preventivo, né al ricorso diretto in cassazione, ex art. 111, comma 7, Cost., in quanto «il decreto di perquisizione domiciliare del pubblico ministero non seguito da sequestro non ha natura decisoria e, a differenza della perquisizione personale, non ha alcuna incidenza sulla libertà personale. L'eventuale inosservanza da parte dell'autorità giudiziaria o della polizia delle norme e dei limiti che disciplinano la perquisizione [...] può dar luogo solo a sanzioni disciplinari»<sup>2</sup>.

Contro tale decisione, il ricorrente proponeva ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo, lamentando la violazione dell'art. 8 CEDU da parte della normativa italiana, così come interpretata dalla Corte di cassazione.

## LE PERQUISIZIONI DOMICILIARI NEL CODICE DI RITO

Nel nostro sistema processuale, la perquisizione locale (art. 247 c.p.p.) è un mezzo di ricerca della prova tipico che consiste nell'attività di perlustrazione di un determinato luogo volta a rinvenire e sequestrare il corpo del reato o le cose ad esso pertinenti. Quanto alle modalità di svolgimento, la perquisizione non si limita alla mera osservazione, sostanziandosi piuttosto in un'attività che prevede il contatto materiale con le cose<sup>3</sup>. Ciò implica, evidentemente, la facoltà di rimuovere ostacoli, spostare cose, cautelare oggetti, e, più in generale, l'esecuzione di qualsiasi operazione si renda necessaria per il raggiungimento dello scopo della ricerca, ossia l'assicurazione degli elementi di prova. Qualora effettuata nel domicilio<sup>4</sup>, il necessario bilanciamento tra esigenze investigative e tutela dell'intimità della propria abitazione impone, di regola, che la perquisizione non possa essere iniziata prima delle ore sette o dopo le ore venti. Eccezionalmente, l'autorità giudiziaria può derogarvi, motivando per iscritto l'urgenza che giustifica l'intervento al di fuori dei limiti temporali fissati per legge (art. 251 c.p.p.).

La regolamentazione di tale mezzo di ricerca della prova poggia su due pilastri fondamentali: regime autorizzatorio e formalità procedurali. Quanto al primo aspetto, nel nostro ordinamento la perquisizione è disposta dall'autorità giudiziaria con decreto che deve motivare il fondato motivo di ritenere che le cose da assicurare al processo si trovino proprio nel luogo da perquisire. In particolare, nel corso delle indagini preliminari la perquisizione è disposta dal pubblico ministero (art. 247, comma 1, c.p.p.), mentre nelle successive fasi dell'udienza preliminare e del dibattimento, ove ritenuto necessario, la medesima misura istruttoria è ordinata dal giudice che procede. Eccezionalmente la polizia giudiziaria può procedere di iniziativa, ma solo nelle ipotesi tassative di flagranza del reato ed evasione (art. 352 c.p.p.)<sup>5</sup>. L'onere motivazionale si può considerare assolto qualora il provvedimento di autorizzazione contenga il tema della ricerca, ossia il contesto concreto e specifico nel quale si colloca il mezzo coattivo di ricerca della prova<sup>6</sup>.

Quanto al secondo aspetto, nel compiere l'attività di ricerca devono essere osservate alcune formalità poste a tutela dei diritti di libertà costituzionalmente garantiti. In particolare, in ipotesi di perquisizione locale, una copia del decreto deve essere consegnata all'interessato ed a colui che abbia la disponibilità del luogo. Inoltre, tali soggetti devono essere avvisati della facoltà di farsi assistere da una persona di fiducia, a condizione ovviamente che questa sia prontamente reperibile e idonea (art. 250 c.p.p.). Il pubblico ministero, quando procede al compimento di atti di perquisizione o sequestro, chiede alla persona sottoposta alle indagini, che sia presente, se è assistita da un difensore di fiducia e, qualora ne sia

<sup>2</sup> Cfr. Cass., sez. III, 8 marzo 2011, n. 8999, in *CED Cass.*, n. 249615.

<sup>3</sup> Cfr. P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, in *Trattato di procedura penale*, diretto da G. Ubertis-G.P. Voena, Milano, Giuffrè, 2012, XX, p. 96 ss.

<sup>4</sup> Inteso quale spazio fisico rispetto al quale un determinato soggetto gode di uno *ius excludendi alios*. Cfr. F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2006, p. 835.

<sup>5</sup> Esiste, tuttavia, una stratificazione normativa di carattere speciale che prevede requisiti meno rigorosi per l'esecuzione, anche su iniziativa della polizia giudiziaria, delle perquisizioni. Per un elenco dettagliato di tali ipotesi, si rinvia a P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2018, p. 391, nota n. 15.

<sup>6</sup> Posto che, diversamente, la perquisizione da strumento di ricerca della prova utile per determinati reati si trasformerebbe in un mezzo di acquisizione della *notitia criminis*. Così, Cass., sez. II, 10 settembre 1997, n. 84, in *Arch. n. proc. pen.*, 1998, 297. Più di recente, cfr. Cass., sez. IV, 17 aprile 2012, n. 19618, in *Dir. pen. proc.*, 2012, 7, p. 820.

priva, designa un difensore di ufficio a norma dell'art. 97, comma 3 c.p.p. Il difensore ha facoltà di assistere al compimento dell'atto, fermo quanto previsto dall'art. 249 (art. 365 c.p.p.).

Pur essendo fisiologicamente rivolta al successivo sequestro delle cose rinvenute durante l'attività di ricerca (art. 252 c.p.p.), nel nostro ordinamento la perquisizione vive di vita propria ed è atto investigativo autonomo e separato rispetto a quello coincidente con l'eventuale sequestro probatorio (artt. 253 ss. c.p.p.). Non si spiegherebbe altrimenti il consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità che nega qualsiasi ipotesi di derivazione di eventuali cause di invalidità da una perquisizione valutata come illegittima al successivo sequestro, da sempre ritenuto immune ai vizi derivati<sup>7</sup>.

Il destinatario della misura istruttoria gode di una tutela processuale ben precisa: qualora la perquisizione sfoci in un sequestro, il conseguente decreto è impugnabile mediante "richiesta di riesame", ex art. 257 c.p.p. (che rinvia al procedimento di cui all'art. 324 c.p.p.).

Tuttavia, ed è questo il *punctum dolens* all'origine del ricorso alla Corte europea, in ipotesi di c.d. "perquisizione negativa", ossia non seguita da formale sequestro, il soggetto che ha subito la misura coatta non dispone di uno specifico mezzo di impugnazione. L'idea che sta alla base di tale scelta è molto semplice: l'attività di ricerca in sé è ininfluente ai fini probatori, sicché nell'ipotesi di perquisizione non andata a buon fine parrebbe ragionevole non prevedere alcun gravame.

#### ATTIVITÀ INVESTIGATIVA ILLEGITTIMA E TUTELA EXTRA CODICEM

Si può ovviamente affermare che anche un'attività investigativa infruttuosa sul piano processuale può essere dannosa. Così anche una perquisizione non seguita da sequestro, in quanto incidente su beni costituzionalmente rilevanti, come la tutela del domicilio e della riservatezza, è suscettibile di provocare nocumento per chi la subisce.

Il punto è che in assenza di una qualche utilità processuale (derivante, per esempio, dal mancato sequestro), nel nostro ordinamento un'eventuale doglianza che riguardi la verifica della legittimità in sé della perquisizione non trova spazio all'interno del codice di rito, ma è riconosciuta *extra codicem*, dalla discussa legge 13 aprile 1988, n. 117 (c.d. legge Vassalli), sul risarcimento dei danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e sulla responsabilità civile dei magistrati<sup>8</sup>.

In particolare, secondo l'art. 2, comma 1, della legge, nella versione in vigore all'epoca dei fatti, chiunque avesse subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ov-

<sup>7</sup>Nel p. senso della legittimità del sequestro del corpo del reato conseguente a perquisizione illegittima, cfr. Cass., sez. VI, 27 marzo 2009, Ceconello, in *Guida dir.*, 2009, 22, 80; Cass., sez. V, 15 giugno 2000, Madonia e altri, in *Guida dir.*, 200, 35, 60; Cass., sez. III, 8 giugno-7 luglio 2004, n. 29496, Ganci, in *Dir. e giust.*, 2004, 31; Cass., sez. un., 27 marzo 1996, n. 5201, in *Cass. pen.*, 1996, 3268, secondo cui «la perquisizione effettuata senza l'autorizzazione del magistrato e fuori dei "casi" e dei "modi" stabiliti dalla legge (così come disposto dall'art. 13 Cost.) costituisce un mezzo di ricerca della prova incompatibile con la tutela di quel diritto di libertà che si manifesta attraverso il riconoscimento dell'inviolabilità del domicilio. Ciò implica che l'accertamento di tale illegittimità non può esaurirsi nella mera ricognizione dell'avvenuta lesione del diritto soggettivo per l'eventuale applicazione di sanzioni amministrative o penali per colui o per coloro che ne sono stati gli autori. La perquisizione, infatti, diviene partecipe del procedimento di acquisizione della prova a causa del rapporto strumentale tra la ricerca e ciò che può essere utile ai fini delle indagini. Il rapporto tra perquisizione e sequestro non può, dunque, restare circoscritto ad una mera consequenzialità logica, rappresentando la prima (pur nella sua autonomia strutturale e funzionale) lo strumento giuridico che rende possibile il ricorso al sequestro. Ma se è vero che l'illegittimità della perquisizione, quando assume dimensioni tali da sconfinare in una palese violazione delle norme poste a tutela di diritti soggettivi costituzionalmente tutelati, non può, in linea generale, non diffondere i suoi effetti invalidanti sui risultati che la ricerca ha consentito di acquisire, è altrettanto vero che ove tali risultati coincidano con il rinvenimento ed il sequestro del corpo di reato o delle cose pertinenti al reato è lo stesso ordinamento a considerare irrilevante il modo con il quale si sia pervenuti al sequestro, rappresentando il sequestro stesso, un "atto dovuto", la cui omissione esporrebbe gli autori di essa a specifiche responsabilità penali». In senso contrario, cfr. Cass., sez. III, 18 giugno 1997, Sirica, in *Cass. pen.*, 1988, p. 2081.

<sup>8</sup>Modificata, di recente, dalla legge 27 febbraio 2015, n. 18. Tale intervento normativo risulta significativo «per aver delineato un sistema di responsabilità "a due velocità", a seconda che ci si riferisca allo Stato per danni cagionati nell'esercizio della giurisdizione, la cui configurazione tiene conto delle indicazioni europee, ovvero alla responsabilità personale del magistrato in sede di rivalsa, che si basa su comportamenti connotati da negligenza inescusabile. Più precisamente, mentre si estende l'operatività e si arricchisce il contenuto delle ipotesi di colpa grave, sganciandole dalla negligenza inescusabile, quest'ultima rimane invece il presupposto per l'esercizio dell'azione di rivalsa nei confronti del magistrato». Così, A. Cilento, *La nuova disciplina della responsabilità civile dei magistrati*, in *Nuove Leggi civ. comm.*, 2015, 4, p. 675.

vero per diniego di giustizia poteva agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che fossero derivati da privazione della libertà personale<sup>9</sup>.

Tuttavia, non dava luogo ad alcuna responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto, né quella di valutazione del fatto e delle prove. Costituivano, invece, ipotesi risarcibili per colpa grave: a) la grave violazione di legge determinata da negligenza inescusabile; b) l'affermazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento; c) la negazione, determinata da negligenza inescusabile, di un fatto la cui esistenza risulta incontrastabilmente dagli atti del procedimento; d) l'emissione di provvedimento concernente la libertà della persona fuori dei casi consentiti dalla legge oppure senza motivazione<sup>10</sup>.

Pur non essendo oggetto di specifica censura da parte della sentenza in commento, occorre evidenziare che, oltre alla tutela risarcitoria offerta dalla legge Vassalli, colui il quale si senta leso da un'attività investigativa illegittima può ottenere una sanzione disciplinare nei confronti del responsabile dell'ipotetico abuso<sup>11</sup>.

### L'INTERVENTO DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Chiamata a pronunciarsi sulla questione in esame, la Corte europea ritiene la tutela *extra codicem* sopra descritta insufficiente a garantire il rispetto della vita privata e familiare secondo gli standard riconosciuti dall'art. 8 della Convenzione.

Come noto, la disposizione richiamata prevede come ogni persona abbia diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. Non può quindi esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto, a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, sia necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

Considerato che la perquisizione locale costituisce senza dubbio una "ingerenza delle autorità pubbliche" nel "diritto alla vita privata" del soggetto destinatario dalla misura istruttoria, la Corte verifica il rispet-

<sup>9</sup> «Le concrete modalità applicative della disciplina si fondano su un'interpretazione per lungo tempo molto restrittiva da parte della Cassazione, secondo la quale "il momento della funzione giurisdizionale riguardante l'individuazione del contenuto di una determinata norma e l'accertamento del fatto, con i corollari dell'applicabilità o meno dell'uno all'altro, non può essere fonte di responsabilità, nemmeno sotto il profilo dell'opinabilità della soluzione adottata, dell'inadeguatezza del sostegno argomentativo, dell'assenza di una esplicita e convincente confutazione di opposte tesi, dovendo passare l'affermazione della responsabilità, anche in tali casi, attraverso una non consentita revisione di un giudizio interpretativo o valutativo; fonte di responsabilità, invece, può essere l'omissione del giudizio, sempre che investa questioni decisive, anche in relazione alla fase in cui si trova il processo, e sia ascrivibile a negligenza inescusabile [Cass. 5 dicembre 2002, n. 17259, in *Giust. civ. mass.*, 2002, p. 2123]. Secondo la Suprema Corte non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto ovvero di valutazione del fatto e della prova, dovendosi considerare che la clausola di salvaguardia "non tollera letture riduttive perché giustificata dal carattere fortemente valutativo dell'attività giudiziaria e (...) attuativa della garanzia costituzionale dell'indipendenza del giudice e, con essa, del giudizio" [Cass. 27 novembre 2006, n. 25123, in *Giust. civ.*, 2007, p. 360]». *Ibidem*.

<sup>10</sup> Si tratta della c.d. "clausola di salvaguardia", concepita come una sostanziale immunità da E. Navarretta, *Il danno non iure e la responsabilità civile dello Stato*, in *La responsabilità e il danno*, in *Diritto civile*, N. Lipari e P. Rescigno (a cura di) II, Milano, Giuffrè, 2009, p. 287. La l. 27 febbraio 2015, n. 18, supera la tradizionale nozione di negligenza inescusabile e ridisegna le ipotesi che integrano la colpa grave: la violazione manifesta della legge nonché del diritto dell'Unione europea, formula che sostituisce la "grave violazione di legge"; il travisamento del fatto o delle prove ovvero l'affermazione di un fatto la cui esistenza è incontrastabilmente esclusa dagli atti del procedimento ovvero la negazione di un fatto incontrastabilmente esistente; l'emissione di un provvedimento cautelare personale o reale fuori dai casi consentiti dalla legge o senza motivazione. Per un maggiore approfondimento, si rinvia a A. Cilento, *ult. op. cit.*

<sup>11</sup> La responsabilità disciplinare dei magistrati è oggi disciplinata dal d.lgs. 23 febbraio 2006, n. 109. «Come è stato osservato da molti commentatori, la riforma del 2006 non solo ha introdotto la tipizzazione delle fattispecie disciplinari, prima condensate in un'unica previsione elastica ed a portata generale, ma ha modificato nella sostanza la ratio ispiratrice del sistema della responsabilità disciplinare del magistrato, non più incentrata sulla tutela del prestigio del singolo e dell'istituzione nell'ambito del regolare e corretto svolgimento dell'attività giurisdizionale, ma bensì orientata a perseguire un ambizioso obiettivo, quello di indurre il magistrato "... ad un esercizio della professione non soltanto corretto, ma progressivamente più efficiente, più preparato, più virtuoso». Così, G. Marra, *La responsabilità disciplinare da ritardo e l'irragionevole durata dei processi*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, 8, p. 1015; A. Caputo, *Gli illeciti disciplinari*, in E. Albamonte-P. Filippi (a cura di), *Ordinamento giudiziario*, Torino, Utet, 2009, p. 736; V. Garofoli, *I canoni deontologici come reazione all'abuso nel e del processo penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 2, p. 137.

to, da parte della normativa italiana, dei requisiti previsti dall'art. 8 CEDU affinché tale ingerenza possa essere ritenuta legittima alla luce dei parametri espressamente indicati: la circostanza che la misura sia "prevista dalla legge" e sia motivata da uno o più scopi legittimi, nonché "necessaria in una società democratica".

Quanto al secondo presupposto, peraltro nemmeno considerato dalla Corte nel caso di specie, *nulla quaestio*: nel nostro sistema processuale la perquisizione, in quanto mezzo di ricerca della prova, è finalizzata all'acquisizione di cose materiali dotate di attitudine probatoria, con la conseguenza che della sua "necessità" (nel senso di cui all'art. 8 CEDU) non vi è ragione di dubitare.

Riguardo al primo presupposto, invece, la conclusione cui giunge la Corte europea è dirompente per il nostro ordinamento. Secondo una giurisprudenza consolidata<sup>12</sup>, l'espressione "prevista dalla legge" non equivale ad un mero rinvio al principio della riserva di legge<sup>13</sup>, ma implica che la legislazione nazionale debba rispettare i seguenti requisiti: una sufficiente accessibilità e prevedibilità e la compatibilità con i principi propri di uno "stato di diritto"<sup>14</sup>. Ciò premesso, i giudici europei ritengono la disciplina della perquisizione rispettosa dei primi parametri ma non dell'ultimo: sul punto il codice di rito non risulta conforme ai canoni di uno stato di diritto a causa dell'assenza di un adeguato sistema di garanzie contro l'abuso e l'arbitrarietà da parte dei pubblici poteri.

Si riscontra in particolare l'omessa previsione di un "controllo effettivo" *ex ante factum* sull'*an* della misura istruttoria e di uno specifico rimedio processuale *ex post* sul *quomodo* nell'ipotesi di perquisizione non seguita dal sequestro di beni.

Quanto al primo *deficit*, la Corte europea puntualizza innanzitutto come la legislazione italiana non garantisca un controllo sulla necessità della misura da parte di un organo terzo ed imparziale, poiché non è «previsto che il pubblico ministero, nella sua qualità di magistrato incaricato dell'indagine, chieda l'autorizzazione di un giudice o lo informi della sua decisione di ordinare una perquisizione». Nel nostro ordinamento, il pubblico ministero è sì un magistrato con garanzie di indipendenza simili a quelle del giudice, ma rappresenta pur sempre una delle parti del processo. Da qui, la prima censura alla disciplina dello specifico mezzo di ricerca della prova: secondo la Corte europea, per essere "effettivo", il controllo sulla necessità di procedere ad una perquisizione deve essere affidato ad un organo che rivesta quel carattere d'imparzialità di cui difetta il pubblico ministero.

Tale *deficit*, secondo la Corte, non è nemmeno compensato dalle garanzie procedurali destinate ad intervenire *ex post*: come si è detto infatti il codice non prevede alcun rimedio contro la perquisizione illegittima, poiché l'art. 257 c.p.p. consente il riesame della misura soltanto quando questa sia sfociata nel sequestro di cose materiali. D'altro canto, la potenziale azione di risarcimento per responsabilità dello Stato ai sensi della legge Vassalli presuppone la dimostrazione del dolo o della colpa grave degli inquirenti, con la conseguenza che diventa arduo, se non impossibile, per l'interessato ottenere un equo ristoro per l'eventuale pregiudizio subito<sup>15</sup>.

Sulla base di tali considerazioni, i giudici europei giungono alla conclusione che la legislazione italiana in tema di perquisizioni, non consentendo di evitare il rischio di veri e propri abusi di potere da parte delle autorità incaricate dell'indagine penale, si pone in contrasto con l'art. 8 C.E.D.U.

<sup>12</sup> Come noto, le norme della Convenzione vivono e si applicano all'interno dei Paesi firmatari in base all'interpretazione della Corte europea dei diritti dell'uomo.

<sup>13</sup> Esplicitato nel primo comma dell'art. 111 Cost., secondo il quale «la giurisdizione si attua mediante il giusto processo regolato dalla legge». Parlano di riserva di legge rinforzata, S. Fois, *Il modello costituzionale di giusto processo*, in *Rass. parlam.*, 2000, p. 575, nonché P. Ferrua, *Il "giusto processo"*, Bologna, Zanichelli, 2005, pp. 44-45. Sul principio di "legalità processuale in materia probatoria", cfr. P. Tonini, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 244.

<sup>14</sup> Rotaru c. Romania [GC], n. 28341/95, § 52, CEDU 2000 V; Liberty e altri c. Regno Unito, n. 58243/00, § 59, 1° luglio 2008; Heino c. Finlandia, n. 56720/09, § 36, 15 febbraio 2011.

<sup>15</sup> La Corte di giustizia si è già pronunciata sulla compatibilità del regime italiano di responsabilità per l'esercizio di funzioni giudiziarie con il diritto dell'Unione europea. In particolare, la Corte si è pronunciata con la sent. 13 giugno 2006, causa 173/03, Traghetti del Mediterraneo S.p.a. c. Repubblica Italiana, resa a seguito di rinvio pregiudiziale effettuato dal Tribunale di Genova. Nel pronunciarsi su tale rinvio, la Corte di giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione europea osta a una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati a singoli a seguito di una violazione del diritto dell'Unione imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione consegue a una interpretazione delle norme o a una valutazione delle prove operate da tale organo giurisdizionale; inoltre, il diritto dell'Unione europea osta a una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse a escludere la responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia commessa una violazione manifesta del diritto vigente.

## SULLA LEGITTIMAZIONE ATTIVA A DISPORRE PERQUISIZIONI

La sentenza in commento offre all'interprete un'ottima occasione per riflettere su due questioni fondamentali che riguardano la disciplina nazionale delle perquisizioni: la legittimazione a disporre misure istruttorie coercitive; l'autonoma impugnabilità di tali misure.

Il nostro legislatore attribuisce la competenza a disporre le perquisizioni all'autorità giudiziaria (art. 247, comma 3 c.p.p.). Come noto, l'utilizzo di tale espressione consente di ritenere legittimato a disporre tali misure istruttorie coercitive sia il pubblico ministero, sia il giudice<sup>16</sup>: la competenza all'uno o all'altro dipende dalla fase processuale nella quale si rende necessario procedere all'esecuzione della misura<sup>17</sup>.

Nella fase preprocessuale, la legittimazione attiva spetta di regola al pubblico ministero<sup>18</sup>, *dominus* delle indagini, ed è funzionale alla ricerca ed all'acquisizione di quegli elementi che potrebbero essere determinanti per la sua decisione in ordine all'esercizio dell'azione penale. Tale scelta legislativa appare coerente con la struttura del nostro sistema processuale, tendenzialmente accusatorio, dove alla separazione delle fasi corrisponde non soltanto una diversa utilizzabilità degli elementi probatori, ma anche una differente funzione degli organi giudiziari.

Nella fase delle indagini preliminari, il pubblico ministero ha il potere-dovere di ricercare le prove (senza tuttavia avere il potere di assumerle). Per svolgere tale funzione, egli ha la facoltà di disporre misure istruttorie caratterizzate da garanzie differenti. In particolare, quando la fonte di prova è la "persona", la eventuale misura coattiva è disposta (di regola) dal giudice per le indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero. Quando, invece, la fonte di prova è una "cosa" (seppur rinvenibile su una determinata persona o all'interno di un determinato domicilio), il magistrato della pubblica accusa può agire autonomamente, disponendo perquisizioni, sequestri e accertamenti tecnici. Al differente "oggetto" della misura istruttoria corrisponde un diverso sistema di controllo: il necessario intervento del giudice è imposto nelle ipotesi di atti in grado di incidere su diritti fondamentali della persona; nel caso di attività prive di tale caratteristica, ci si accontenta dell'obbligo motivazionale prescritto per il decreto dispositivo della misura.

Facile l'obiezione: le perquisizioni, sia personali che locali, sono sì funzionali al sequestro di cose materiali (corpo del reato e cose ad esso pertinenti), ma le loro concrete modalità esecutive sono tali da incidere su beni giuridici ben più rilevanti del diritto di proprietà: la dignità ed il pudore della persona, in ipotesi di perquisizioni personali; l'intimità della propria abitazione, in caso di perquisizioni domiciliari. Di conseguenza, probabilmente sarebbe preferibile (ed auspicabile) un sistema nel quale ispezioni, perquisizioni e sequestri siano controllabili *ex ante* da un organo giurisdizionale terzo ed imparziale (anche in sede di convalida, qualora l'urgenza non consenta differimenti).

A questo proposito, tuttavia, pur ritenendo "suggestiva" la questione di legittimità costituzionale della disciplina concernente le perquisizioni ed il sequestro probatorio disposti dal pubblico ministero, nella parte in cui non prevede alcun preventivo controllo giurisdizionale, la nostra giurisprudenza di legittimità ha evidenziato come «i principi del "giusto processo" e della parità delle armi tra accusa e difesa, recepiti dal novellato art. 111 Cost., attengono chiaramente alla fase processuale e non certo a quella delle indagini preliminari. L'art. 111 Cost. non si riferisce all'attività preprocessuale, ma al "processo" vero e proprio: al comma 4, sancisce il principio del contraddittorio nella formazione della prova, ma la formazione della prova avviene, col nuovo codice di rito, solo in dibattimento. Dunque la perquisizione ed il sequestro probatorio, finalizzati al riscontro della "notitia criminis" ed all'eventuale raccolta degli elementi di prova, pur incidendo in qualche modo sui diritti della persona, non rientrano nel "processo", né hanno natura cautelare come il sequestro preventivo, per cui non devono conformarsi ai principi dell'art. 111 Cost.; conseguentemente si ritiene insussistente qualsiasi profilo di illegittimità costituzionale degli artt. 247 e 253 c.p.p.»<sup>19</sup>.

<sup>16</sup> Cfr. *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in G.U. 24 ottobre 1988, n. 250, *suppl. ord.*, n. 93, p. 68.

<sup>17</sup> Cfr. G.D. Pisapia, *Compendio di procedura penale*, Padova, Cedam, 1985, pp. 314-322.

<sup>18</sup> La legittimazione del pubblico ministero si fonda sulla direttiva n. 37 dell'art. 2 della legge delega al c.p.p., che riconosce all'organo titolare dell'azione penale il potere di compiere atti di indagine tra i quali ispezioni e perquisizioni, mentre il potere-dovere della polizia giudiziaria di procedere, in casi predeterminati di necessità e urgenza, a perquisizioni e sequestri deriva dalla direttiva n. 31 dell'art. 2.

<sup>19</sup> Così, Cass., sez. III, 5 dicembre 2002, n. 40974, in *Riv. pen.*, 2003, p. 786.

La Corte europea, dal canto suo, nella sentenza in commento giunge alla conclusione che un siffatto quadro normativo non si pone di per sé in contrasto con l'art. 8 della Convenzione, a patto che la carenza del vaglio giurisdizionale *ex ante* sia adeguatamente compensata da rimedi processuali *ex post*.

Proprio su quest'ultimo aspetto s'incentra il secondo profilo critico, ossia quello attinente all'autonomia impugnabilità del decreto di perquisizione.

### SULL'AUTONOMA IMPUGNABILITÀ DEL DECRETO DI PERQUISIZIONE

Il tema dell'impugnabilità del provvedimento di perquisizione – sia esso emesso direttamente dal magistrato, sia dallo stesso adottato in sede di convalida – occupa da tempo il dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Due le opzioni fondamentali: ammissibilità di una richiesta di riesame *ex art.* 257 c.p.p.; ricorribilità diretta per cassazione, *ex art.* 111, comma 7, Cost.

Contro la proponibilità della richiesta di riesame di un provvedimento di perquisizione militano sia il principio di tassatività delle impugnazioni (art. 568, comma 1 c.p.p.), sia la mancanza dell'interesse ad impugnare (art. 568, comma 4 c.p.p.)<sup>20</sup>.

Innanzitutto, l'art. 257 c.p.p. consente il riesame del solo decreto di sequestro, con la conseguenza che in ipotesi di c.d. "perquisizione negativa" tale gravame non dovrebbe essere esperibile<sup>21</sup>. Sulla questione si è registrato un contrasto giurisprudenziale tra chi negava *tout court* l'ammissibilità del mezzo di impugnazione *de quo*<sup>22</sup> e chi, invece, ne ammetteva il ricorso a condizione però che alla perquisizione avesse fatto seguito comunque un sequestro<sup>23</sup>. Come si può notare, neanche il meno rigoroso di tali orientamenti<sup>24</sup> ammette l'autonoma censura della perquisizione: «il tribunale della libertà può estendere il controllo anche al decreto di perquisizione [solo] quando questo è inserito, insieme al decreto di sequestro, in un unico contesto e sempre che l'indagine sul primo sia strumentale all'accertamento circa la legittimità del secondo»<sup>25</sup>. Inoltre, l'eventuale richiesta di riesame di un provvedimento di perquisizione (alla quale, ovviamente, non sia seguito un sequestro) sarebbe priva di quel concreto interesse al gravame, prescritto *ex art.* 568, comma 4 c.p.p. quale condizione di ammissibilità dell'impugnazione e consistente nella spendibilità processuale dell'eventuale decisione giurisdizionale<sup>26</sup>.

Come noto, l'art. 568, comma 2 c.p.p., in linea con il principio *ex art.* 111, comma 7, Cost., prevede che sono sempre soggetti a ricorso per cassazione, quando non sono altrimenti impugnabili, i provvedimenti con i quali il giudice decide sulla libertà personale. Ergo, l'ammissibilità del ricorso diretto per

<sup>20</sup> Cfr. P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., p. 209.

<sup>21</sup> Sul tema, nella vigenza del vecchio codice, cfr. U. Pioletti, *Perquisizione, sequestro e tribunale della libertà*, in *Cass. pen.*, 1984, p. 2849. Con riferimento al codice vigente, cfr. L. Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale penale*, cit., p. 342, nonché A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 302.

<sup>22</sup> Cass., sez. III, 27 giugno 2003, Berti, in *CED Cass.*, n. 226506; Cass., sez. V, 19 dicembre 2000, Bellomo, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1452; Cass., sez. V, 8 marzo 1999, Gasperini, in *Foro it.*, 2000, II, 288; Cass., sez. I, 21 gennaio 1992, Miele, in *Arch. n. proc. pen.*, 1993, p. 172.

<sup>23</sup> Cass., sez. VI, 12 maggio 1994, Perri, in *Arch. n. proc. pen.*, 1995, p. 711; Cass., sez. V, 30 giugno 1990, Vecchi, *ivi*, 1991, p. 293.

<sup>24</sup> Peraltro fatto proprio dalle sezioni unite della Corte di cassazione. Cfr. Cass., sez. un., 20 novembre 1996, Bassi ed altro, in *Cass. pen.*, 1997, p. 1673. Più di recente, cfr. Cass., sez. III, 27 febbraio 2009, n. 8841, che richiama: Cass., sez. V, 16 febbraio 2001, n. 6502, in *CED Cass.*, n. 218973; Cass., sez. III, 5 dicembre 2002, n. 40985, in *CED Cass.*, n. 222857.

<sup>25</sup> Così, P. Felicioni, *Le ispezioni e le perquisizioni*, cit., pp. 208-209. *Contra*, G. Bellantoni, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, in *Id.*, *Nuovi scritti di procedura penale*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 56 ss.

<sup>26</sup> «La legge processuale non ammette l'esercizio del diritto di impugnazione avente di mira la sola esattezza teorica della decisione, senza che alla posizione giuridica del soggetto derivi alcun risultato pratico favorevole». Così, Cass., sez. un., 27 settembre 1995, Serafino, p. 124. *Contra*, tuttavia, Cass., sez. III, 4 febbraio 2000, Grova, p. 2147, secondo la quale «sussiste l'interesse ad impugnare il provvedimento di perquisizione in quanto il gravame è volto alla eliminazione di un atto lesivo della sfera giuridica, anche se involgente effetti extrapenalici quali sono il nocimento personale e quello sociale derivanti da una patita perquisizione personale illegittima. Né la sua ricorribilità può essere esclusa in base al principio di tassatività delle impugnazioni, essendo sempre possibile il ricorso per cassazione avverso i provvedimenti sulla libertà personale». Di questo avviso, in dottrina, G. Bellantoni, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, cit., p. 58, che propone una più ampia configurazione dell'interesse ad impugnare che avrebbe pure la finalità di ottenere una declaratoria di invalidità del provvedimento, nonostante gli effetti della perquisizione sia siano prodotti irreversibilmente: ne consegue l'impugnabilità della perquisizione anche se non seguita da sequestro».

cassazione contro un provvedimento di perquisizione illegittimo dipende dalla corretta individuazione del bene giuridico compresso attraverso l'attività perquirente.

L'attività esecutiva di una perquisizione personale incide senza dubbio sulla libertà personale del soggetto che vi è sottoposto, tant'è vero che il codice impone agli operanti il rispetto della dignità e del pudore dell'interessato (art. 249, comma 1 c.p.p.). Di conseguenza, sembra doveroso ammettere la possibilità di adire la Corte di cassazione contro il decreto che la dispone, a prescindere dall'esito processuale di tale attività<sup>27</sup>.

Più complessa, invece, la situazione che riguarda le perquisizioni locali. Secondo la dottrina, la loro esecuzione materiale non comporta restrizioni alla libertà fisica degli interessati, ma soltanto la compressione del diritto alla disponibilità delle cose aventi rilevanza probatoria oggetto dell'attività di ricerca e dell'eventuale successivo sequestro<sup>28</sup>. Di conseguenza, la loro autonoma ricorribilità in Cassazione dovrebbe essere preclusa ex art. 568, comma 1 c.p.p. La situazione cambia, tuttavia, con riferimento alle perquisizioni domiciliari: in tali ipotesi, infatti, lo strumento istruttorio è in grado di incidere, seppur solo "indirettamente", sulla libertà personale del soggetto titolare dello *ius excludendi alios*, con conseguente ammissibilità del ricorso diretto in Cassazione ex art. 568, comma 2 c.p.p.<sup>29</sup>.

Diametralmente opposto, invece, l'orientamento della giurisprudenza di legittimità, secondo la quale è sempre inammissibile il ricorso per cassazione avverso il decreto di perquisizione domiciliare non seguito da sequestro, «non avendo lo stesso natura decisoria né incidendo sulla libertà personale»<sup>30</sup>. D'altronde, è proprio tale consolidata giurisprudenza nazionale ad aver fornito l'occasione per la sentenza in commento, la quale si pone sul solco di decisioni dello stesso tenore già pronunciate dalla Corte di Strasburgo capaci di rappresentare uno stimolo di riflessione per gli interpreti<sup>31</sup>.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

A fronte della ormai consolidata interpretazione che la Corte europea ha fornito dell'art. 8 della Convenzione, l'attuale disciplina nazionale delle perquisizioni appare deficitaria sotto l'analizzato duplice profilo del regime di autorizzazione e del diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale (art. 13 Convenzione).

Il primo tema non è dirimente nel caso che ci occupa, poiché, come chiarito dalla stessa Corte, l'attuale carenza di un previo ed effettivo controllo giurisdizionale *ex ante* sulla necessità di una perquisizione (personale o locale) ben può essere compensata mediante idonee garanzie procedurali da esercitarsi *ex post*.

Questo secondo profilo, invece, merita maggiore attenzione. È pacifico, infatti, che la sentenza in commento sia destinata a produrre nel nostro sistema processuale effetti vincolanti che vanno oltre il singolo caso deciso dai giudici di Strasburgo. Le soluzioni astrattamente prospettabili sono due: una modifica legislativa in grado di evitare ulteriori censure; una interpretazione "convenzionalmente orientata" delle norme del codice di rito in tema di impugnabilità delle misure istruttorie<sup>32</sup>.

<sup>27</sup> Di questo avviso, almeno, è la dottrina maggioritaria. Cfr. E. Basso, sub Art. 247, in M. Chiavaro (coordinato da) *Commento al nuovo codice di procedura penale*, Torino, Utet, 1990, p. 707; M. Bonetti, *Riservatezza e processo penale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 240; L. Carli, *Le indagini preliminari nel sistema processuale. Accusa e difesa nella ricerca e predisposizione della prova penale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 343; F. Cordero, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 833; M. Morello, *Il nuovo processo penale*, Padova, 2000, p. 261; G. Bellantoni, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, cit. p. 60. *Contra*, tuttavia, G. Leone, *Trattato di diritto processuale penale*, II, Napoli, Jovene, 1961, p. 225; U. Pioletti, *Perquisizioni*, in *Ns. dig. it.*, XIII, Torino, Utet, 1968, p. 2.

<sup>28</sup> E. Fortuna-S. Dragone, *Le prove*, in AA.VV., *Manuale pratico del processo penale*, Padova, Cedam, 2007, p. 400; A. Nappi, *Guida al codice di procedura penale*, cit., p. 302.

<sup>29</sup> E. Basso, sub art. 247, cit., p. 707; G. Bellantoni, *Provvedimento di perquisizione e impugnazioni*, cit., p. 61; A.P. Maiore, *Provvedimento di perquisizione e motivazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 69; M. Scaparone, *Procedura penale*, Torino, Giappichelli 2008, p. 386; N. Triggiani, *Ispezioni, perquisizioni e sequestri*, in A. Scalfati (a cura di), *Prove e misure cautelari*, II, t. 1, (Trattato di procedura penale diretto da G. Spangher), Torino, Utet, 2009, p. 421.

<sup>30</sup> Cfr. Cass., sez. III, 8 marzo 2011, n. 8999, in *CED Cass.*, n. 249615, nonché Cass., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 46250.

<sup>31</sup> Cfr. Corte e.d.u., 16 dicembre 1997, Camenzind c. Suisse, pubblicata e commentata da O. Mazza, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 441. Per un approfondimento, cfr. P. Felicioni, *L'impugnabilità del decreto che dispone la perquisizione e l'art. 13 della Convenzione europea*, *ivi*, 1999, p. 494 ss. Con riferimento alla impugnabilità dei provvedimenti incidenti sulla libertà domiciliare, parla di matrice internazionale G. Ubertis, *Sistema di procedura penale*, I, *Principi generali*, Torino, Utet, 2007, p. 203.

<sup>32</sup> La sentenza in commento, infatti, sembra rientrare nell'ambito di quelle «decisioni di condanna che lasciano intendere la necessità di adottare misure generali come una "necessaria conseguenza della violazione strutturale della CEDU da parte della

Ebbene, nelle more delle decisioni del legislatore, il giudice italiano deve interpretare la norma nazionale in modo conforme alla CEDU, così come interpretata dalla Corte europea (art. 32, §. 1, CEDU). Il confine interno – limite massimo di tale attività ermeneutica – è rappresentato dalla *analogia legis*, mentre il confine esterno è costituito dalla “lettera” della legge interna<sup>33</sup>. Qualora quest’ultimo limite non consenta di superare il contrasto tra la normativa nazionale ed i principi della CEDU, il giudice italiano non ha il potere di disapplicare la norma interna, dovendo invece investire della questione la Corte costituzionale<sup>34</sup>.

Con riferimento al caso *de quo*, una interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente orientata in grado di allineare il nostro sistema processuale ai principi desumibili *ex art. 8 CEDU* è possibile facendo leva sull’art. 111, comma 7, Cost., così da superare il tradizionale orientamento negativo della giurisprudenza di legittimità in merito all’autonoma impugnabilità del decreto di perquisizione domiciliare ed estendere a quest’ultimo le medesime garanzie che la maggior parte della dottrina ritiene già applicabili in ipotesi di perquisizione personale<sup>35</sup>.

*De iure condendo*, invece, una ipotesi di modifica normativa dovrebbe introdurre alla fine del capo II (perquisizioni) del Titolo III del Libro III del codice di rito una disposizione simile a quella prevista, *ex art. 257 c.p.p.*, per il riesame del decreto di sequestro. Così facendo, si otterrebbe il duplice benefico effetto di potenziare la tutela costituzionale del domicilio (art. 14 Cost.) e di conformare la disciplina interna in tema di perquisizioni ai parametri vincolanti desumibili *ex art. 8 CEDU*<sup>36</sup>.

---

legge nazionale”, anche se la tipologia della misura resta discrezionalmente configurabile per lo Stato parte. Siffatte pronunce obbligano l’Italia a porre riparo alla violazione riscontrata a livello normativo e a rimuovere gli effetti nei confronti di tutti coloro che si trovano nelle medesime condizioni del ricorrente, a prescindere dall’effettiva presentazione di un ricorso alla Corte europea». Così, P. Tonini, *Manuale*, cit., p. 66. Su tale questione, cfr. Cass., sez. un., 19 aprile 2012, Ercolano, in *CED Cass.*, n. 252934; C. cost., 18 luglio 2013, n. 210, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); Cass., sez. un., 25 ottobre 2012, Nicosia, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, n. 1, p. 49; C. cost., 18 luglio 2013, n. 214, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it).

<sup>33</sup> Cfr. C. cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Sito uff. Corte cost.*, 2011.

<sup>34</sup> Cfr. C. cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Corriere giur.*, 2008, 2, pp. 185 e 193.

<sup>35</sup> In questa direzione, seppur non ancora in modo netto e soddisfacente, cfr. Cass., sez. VI, 27 novembre 2012, n. 46250, che, pur ritenendo di regola non impugnabile il decreto di perquisizione adottato dal pubblico ministero ovvero il decreto di convalida da parte di quest’ultimo della perquisizione eseguita in via d’urgenza dalla polizia giudiziaria, ammette eccezionalmente la ricorribilità in Cassazione di tali provvedimenti laddove questi siano qualificabili come atti abnormi.

<sup>36</sup> Una spinta decisiva in tale direzione potrebbe giungere anche dalla Corte costituzionale, qualora fosse nuovamente investita della relativa questione di costituzionalità.