

L'onere imposto dall'art. 356 c.p.p. deve ritenersi operante anche quando si procede a sequestro preventivo?

Autore: Di Tullio D'Elisiis Antonio

In: Diritto penale

Il quesito formulato in via interrogativa nel titolo del presente articolo, non rappresenta un problema meramente teorico o di scuola giacchè, laddove dovesse emergere una risposta negativa in sede nomofilattica, ciò vorrebbe significare una considerevole limitazione del diritto di difesa.

Innanzitutto, corre l'obbligo di rilevare che gli stessi Giudici di legittimità, in un recente decisum, prendendo atto del "contrasto di giurisprudenza esistente sul punto"¹, hanno aderito a quell' "orientamento secondo il quale l'onere imposto dal predetto art. 356 cod. proc. pen. debba ritenersi operante anche quando si proceda a sequestro preventivo e, in particolare, in ipotesi in cui lo stesso sia eseguito di urgenza dalla polizia giudiziaria, ex art. 321 c.p.p., comma 3 bis", c.p.p.² siccome, "in tal caso, non possono essere inficiate le garanzie difensive poste dall'ordinamento a favore dell'indagato"³.

Infatti, secondo questo approdo ermeneutico, la "disposizione di garanzia di cui all'art. 114 disp. att. c.p.p. secondo cui la polizia giudiziaria, nel compiere gli atti di cui all'art. 356 c.p.p., avverte l'indagato, se presente, che ha facoltà di farsi assistere da difensore di fiducia, benché dettata per il solo sequestro probatorio, si applica anche laddove la stessa polizia proceda, di propria iniziativa, a sequestro preventivo ex art. 321, comma terzo bis, c.p.p."⁴.

Difatti, i Giudici di "Piazza Cavour" hanno rilevato che, sebbene l'art. 114 disp. att. c.p.p. non annoveri tra gli atti, per i quali è contemplato l' "avvertimento del diritto dell'indagato all'assistenza del difensore", il

sequestro preventivo, tale omissione non è sufficiente per escludere la sussistenza di siffatto diritto.

Il Supremo Consesso, invero, partendo dal presupposto secondo cui, l'omessa "menzione di tale tipo di sequestro è stata, verosimilmente, determinata dal fatto che esso è normalmente atto del Giudice e non della P.G., nonchè dal fatto che il comma 3 bis dell'art. 321 c.p.p. è stato inserito successivamente con il D.Lgs. n. 12 del 1991, art. 15"⁵, è pervenuto alla conclusione secondo la quale, nella ipotesi in cui il sequestro preventivo venga eseguito dalla polizia giudiziaria, proprio perché si viene a verificare in tale caso, la stessa situazione prevista per il sequestro probatorio, da un lato, l'esclusione dell'avviso "sarebbe incongrua e irrazionale"⁶ e, dall'altro lato, che, una omissione di tal tipo, mal si concilierebbe con quell'orientamento "assolutamente consolidato in giurisprudenza (cfr. Cass. Sez. 2, sentenza n. 5752 del 28/10/1997; Sez. 3, sentenza n. 1970 del 26/4/1996; conf. Sez. 3, sent. n. 1402 del 4/5/1994) - secondo cui, quando il sequestro preventivo venga disposto, come può esserlo, prima che all'indagato sia stata inviata informazione di garanzia, il relativo decreto deve contenere tutti gli elementi elencati nell'art. 369 c.p.p. e, cioè, non solo l'indicazione delle norme di legge violate e la specificazione del tempo e del luogo del fatto, ma anche l'invito ad esercitare la facoltà di nomina di un difensore di fiducia"⁷.

Inoltre, solo per dovere di completezza espositiva, va specificato come tale orientamento nomofilattico sia stato adottato anche dai giudici di merito i quali hanno parimenti rilevato che nelle "ipotesi di adozione di un decreto di sequestro preventivo d'urgenza, trattandosi di atto compiuto dalla p.g., deve riconoscersi all'indagato il diritto di nominare e farsi assistere da un difensore, al pari di quanto stabilito per le ipotesi di decreto di sequestro probatorio, adottato ai sensi dell'art. 354 c.p.p., che non a caso è un atto compiuto d'iniziativa dalla p.g."⁸.

Invece, secondo un altro orientamento nomofilattico, è stato stabilito che, in "tema di sequestro preventivo, non è previsto da alcuna disposizione di legge l'obbligo del previo avviso al difensore di fiducia dell'indagato circa l'esecuzione del sequestro, nè sussiste l'obbligo per la polizia giudiziaria di avvisare l'indagato medesimo della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, posto che le norme di cui agli art. 356 e 364 cod. proc. pen. e 114 disp. att. cod. proc. pen., che prevedono tale avviso in tema di

sequestro probatorio, non trovano applicazione nell'ipotesi di sequestro preventivo”⁹.

Va rilevato tuttavia che tale principio di diritto è stato ritenuto valido solo nella misura in cui il sequestro preventivo venga disposto dal giudice proprio perché l'organo giudicante è un soggetto processuale neutrale e quindi, “al momento dell'esecuzione dell'atto, non necessita il presidio difensivo”¹⁰ mentre, al contrario, ossia in caso di sequestro preventivo adottato di iniziativa dalla P.G. ai sensi dell'art. 321 comma 3 bis, c.p.p., la Corte non ha avuto esitazione alcuna nel ritenere applicabili “le disposizioni di garanzia di cui all'art. 114 disp. att. c.p.p. sebbene dettate, come detto, per il solo sequestro probatorio (cfr. Cass. 3[^], 20168/05)”¹¹.

Orbene, è evidente che tale apparente antinomia ermeneutica può essere ragionevolmente composta alla luce di una lettura composita ed unitaria di questi distinti indirizzi interpretativi nel senso di poter stimare applicabile il dettato legislativo previsto dall'art. 114 disp. att. c.p.p. almeno nel caso previsto dall'art. 321, comma 3 bis, secondo capoverso, c.p.p. .

Ciò nonostante, sarebbe auspicabile, per dovere di uniformità normativa, la modifica dell'art. 114 disp. att. c.p.p. inserendo, subito dopo, la locuzione “Nel procedere al compimento degli atti indicati nell'art. 356 del codice”, l'inciso “ovvero di quello previsto dall'art. 321, co. 3 bis, c.p.p. qualora il sequestro venga eseguito di iniziativa della polizia giudiziaria” ovvero, che venga sollevata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 114 disp. att. c.p.p., per violazione dell'art. 3, co. I, cost., nella parte in cui non annovera tra gli atti, per i quali è previsto l' “avvertimento del diritto all'assistenza del difensore”, anche il sequestro previsto dall'art. 321, co. 3 bis, c.p.p. se eseguito dalla polizia giudiziaria o, quanto meno, che intervengano le Sezioni Unite indicando questo criterio ermeneutico come quello da osservarsi.

In tal guisa, difatti, verrebbe meno un vulnus normativo (nelle prime due ipotesi) o un contrasto ermeneutico (nel terzo caso) di notevole importanza sicchè, laddove dovesse prevalere l'orientamento nomofilattico di segno contrario ossia, come suesposto, quello secondo cui in “tema di sequestro preventivo, non è previsto da alcuna disposizione di legge l'obbligo del previo avviso al difensore di fiducia

dell'indagato della esecuzione del sequestro, nè sussiste l'obbligo per la polizia giudiziaria di avvisare l'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, posto che le norme di cui agli art. 356 e 364 c.p.p. e 114 disp. att. c.p.p., che prevedono tale avviso in tema di sequestro probatorio, non trovano applicazione nell'ipotesi di sequestro preventivo¹², ciò comporterebbe una notevole compromissione delle garanzie difensive.

1^oCass. pen., sez. III, 26/12/12, n. 352.

2^oIbidem.

3^oIbidem.

4^oCass. pen., sez. III, 4/04/12, n. 36957.

5^oCass. pen., sez. III, 3/03/07, n. 18049. In senso conforme, Cass. pen., sez. III, 7/04/05, n. 20168.

6^o **Cass. pen., sez. III, 3/03/07, n. 18049.**

7^o **Ibidem.**

8^o **Ex plurimibus, Trib. Taranto, 29/02/12, fonti: Arch. nuova proc. pen. 2012, 4, 435 (s.m.).**

9^o **Cass. pen., sez. I, 4/05/12, n. 25849.**

10^o **Cass. pen., sez. IV, 16/07/09, n. 42512.**

11^o **Ibidem.**

12[□] **Cass. pen., sez. III,4/10/02, n. 40970.**

<https://www.diritto.it/l-onere-imposto-dall-art-356-c-p-p-deve-ritenersi-operante-anche-quando-si-procede-a-sequestro-preventivo/>