



**REPUBBLICA ITALIANA**  
In nome del Popolo italiano  
**LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE**  
TERZA SEZIONE PENALE

SU

Composta dai Sigg.ri Magistrati

Dott. Aldo Fiale - Presidente -  
Dott. Vito Di Nicola - Consigliere -  
Dott. Vincenzo Pezzella - Consigliere -  
Dott. Alessio Scarcella - Consigliere rel. -  
Dott. Enrico Mengoni - Consigliere -

Sent. n. sez. 1596

CC - 07/07/2015

R.G.N. 3652/2015

ha pronunciato la seguente

**ORDINANZA**

Sul ricorso proposto da:

- GIUDICI ALESSANDRO, n. 18/08/1970 a Cantù

avverso l'ordinanza del tribunale del riesame di CAGLIARI in data 17/12/2014;

visti gli atti, il provvedimento denunciato ed il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Alessio Scarcella;

udite le conclusioni del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore Generale Dott. G. Mazzotta, che ha chiesto l'annullamento con rinvio dell'impugnata ordinanza;

udite, per il ricorrente, le conclusioni dell'Avv. R. Nati, che ha chiesto accogliersi il ricorso;

## RITENUTO IN FATTO

**1.** Con ordinanza emessa in data 17/12/2014, depositata in data 23/12/2014, il tribunale del riesame di CAGLIARI rigettava l'istanza di riesame proposta nell'interesse dell'indagato avente ad oggetto l'impugnazione del decreto di sequestro preventivo emesso dal GIP presso il medesimo tribunale in data 28/11/2014 di un terreno e delle opere sullo stesso realizzate (spianamento di 100 mq. di terreno; realizzazione di un plinto fondazionale; esecuzione di un tratto di strada sterrata; installazione di un aerogeneratore per la produzione di energia elettrica da fonte eolica).

**2.** Ha proposto ricorso GIUDICI ALESSANDRO a mezzo del difensore fiduciario cassazionista, impugnando la predetta ordinanza con cui deduce tre motivi, di seguito enunciati nei limiti strettamente necessari per la motivazione ex art. 173 disp. att. cod. proc. pen.

**2.1.** Deduce, con il primo motivo, il vizio di cui all'art. 606, lett. b), c) ed e), cod. proc. pen., per violazione di legge in relazione agli artt. 125, comma terzo e 324 e 309 cod. proc. pen. nonché mancanza di motivazione ed inosservanza degli artt. 178, lett. c), 185 cod. proc. pen. in riferimento all'art. 114 disp. Att. Cod. proc. pen., 356 e 125, comma terzo, cod. proc. pen.

In sintesi, la censura investe l'impugnata ordinanza in quanto il tribunale non si sarebbe pronunciato sull'eccezione di nullità relativa al verbale di sequestro preventivo eseguito d'urgenza ed operato dalla polizia giudiziaria e di tutti gli atti da esso dipendenti, eccezione relativa al mancato avvertimento all'indagato della facoltà di farsi assistere da difensore di fiducia ex art. 356 cod. proc. pen. e 114 disp. Att. Cod. proc. pen.; il tribunale del riesame, sul punto, si sarebbe limitato ad affermare che l'attività materiale della polizia giudiziaria non formava oggetto del riesame, che riguardava solo il decreto di sequestro preventivo e che, in ogni caso, ai fini della decisione sulla cautela reale non potrebbe comunque sottrarsi il verbale redatto dalla polizia giudiziaria; il ricorrente contesta tali affermazioni, osservando che, pur essendo inoppugnabile il decreto che convalida il sequestro preventivo d'urgenza, il tribunale del riesame avrebbe dovuto comunque pronunciarsi sull'eccezione di nullità, in quanto la stessa è stata tempestivamente dedotta con la richiesta di riesame; le disposizioni processuali invocate (artt. 114 disp. Att. Cod. proc. pen.; 356 cod. proc. pen.) sarebbero applicabili anche al sequestro preventivo d'urgenza eseguito dalla polizia giudiziaria, secondo quanto statuito dalla giurisprudenza di questa Corte (il

riferimento, in ricorso è alle decisioni Sez. 7, ordinanza n. 36597 del 2014, Caponi, *non massimata* – frutto di evidente errore di trascrizione del ricorrente, in quanto non riguardante il caso oggetto di esame – e Sez. 3, sentenza n. 18049 del 2007, Piras, *non massimata*, invece aderente alla fattispecie esaminata); in ogni caso, si sostiene, sarebbe erroneo affermare che il verbale di sequestro deve ritenersi utilizzabile, in quanto la caducazione dell'atto nullo – nella specie, il verbale di sequestro – determinerebbe la caducazione del decreto di sequestro, fondandosi esclusivamente quest'ultimo sul verbale affetto da nullità, con conseguente nullità derivata del decreto (come affermato dalla citata Sez. 3, sentenza n. 18049 del 2007, Piras, *non massimata*), tuttavia non dichiarata pur a seguito della eccezione difensiva; si sostiene, infine, che, quand'anche si ritenesse insussistente la nullità derivata, la motivazione dell'ordinanza dovrebbe essere sottoposta a "prova di resistenza" e, in tal caso, se ne imporrebbe comunque l'annullamento in quanto, escludendo il provvedimento, ossia il verbale, l'ordinanza sarebbe prova di qualsiasi apparato motivazionale autonomo.

**2.2.** Deduce, con il secondo motivo, il vizio di cui all'art. 606, lett. b) ed e), cod. proc. pen., per erronea applicazione dell'art. 321, comma primo, cod. proc. pen. ed inosservanza dell'art. 125, comma terzo, cod. proc. pen. in relazione agli artt. 324 e 309 cod. proc. pen. e correlato vizio di mancanza di motivazione.

In sintesi, la censura investe l'impugnata ordinanza nella parte in cui il tribunale ha ritenuto sussistere il *periculum in mora* con formula di stile, ed, in particolare, affermando che l'esistenza stessa dell'opera abusiva costituisca permanente pregiudizio all'assetto del territorio ed all'ambiente; il tribunale del riesame non indicherebbe le ragioni concrete a sostegno del provvedimento cautelare quanto al *periculum*, soprattutto laddove si consideri che, trattandosi di opera già realizzata (ossia un'unica pala eolica), il giudice è tenuto a verificare, per pacifica giurisprudenza di questa Corte, se possa essere ulteriormente lesi il bene giuridico tutelato dalla norma penale; nel caso in esame, si sostiene, non vi sarebbe alcun pericolo di aggravio del carico urbanistico, attesa la natura e la tipologia dell'opera, donde la mancanza di esigenze fondanti la pretesa cautelare; il tribunale del riesame, dunque, avrebbe omesso di specificare quali ulteriori conseguenze rispetto alla consumazione del reato deriverebbero in concreto dall'uso del manufatto abusivo, considerata anche la giurisprudenza che, riferendosi alle pale eoliche, afferma che sia l'utilizzo che il funzionamento non incidono sulla domanda di elementi urbanistici secondari (il riferimento, in ricorso è a Sez. 3, sentenza n. 45310 del 2013, Mauriello, *non massimata* e Sez.

3, sentenza n. 10101 del 2013, Vigorito, *non massimata*, entrambe aderenti alla fattispecie esaminata).

**2.3.** Deduce, con il terzo motivo, il vizio di cui all'art. 606, lett. b), cod. proc. pen., per inosservanza dell'art. 321, comma primo, cod. proc. pen. ed erronea applicazione dell'art.- 44, lett. b), d.P.R. n. 380 del 2001 e 6 e 7, d. lgs. n. 152 del 2006.

In sintesi, la censura investe l'impugnata ordinanza per aver erroneamente interpretato il tribunale del riesame la normativa ambientale e, segnatamente, li artt. 6, commi da 5 a 7, e 20, d. lgs. n. 152 del 2006, che prevedono la verifica di assoggettabilità nella procedura di VIA per i progetti elencati nell'all. IV, la cui lett. c) riguarda i progetti industriali per la produzione, mediante energia eolica, con potenza complessiva superiore a 1 Mw.; a seguito della novella di cui al d.l. n. 91 del 2014, la lett. c) del predetto all. IV è stata modificata e si prevede che, in attesa dell'emanazione di un decreto ministeriale *ad hoc* (decreto, si noti, emanato nelle more dell'impugnazione: D.M. 30 marzo 2015, in G.U. 11 aprile 2015, n. 84) ogni progetto ricadente nell'all. IV deve essere sottoposta a verifica di assoggettabilità ex art. 20 d. lgs. n. 152 del 2006; tuttavia, per gli impianti eolici inferiori ad 1 Mw., né prima né dopo la novella del 2014 è previsto l'assoggettamento a tale verifica di talchè, si sostiene, avendo l'impianto in sequestro una potenza inferiore a 60 Kw., non troverebbe applicazione il disposto dell'art. 20 citato; palese sarebbe, quindi, l'errore del tribunale del riesame che, invece, ritiene che ogni impianto di produzione di energia eolica, a prescindere dalla potenza nominale, deve essere assoggettato a detta verifica.

### **CONSIDERATO IN DIRITTO**

**3.** Il ricorso dev'essere rimesso alle Sezioni Unite.

**4.** Ed invero, seguendo l'ordine suggerito dalla struttura dell'impugnazione in sede di legittimità dev'essere esaminato il primo motivo, che, evocando un vizio di violazione della legge processuale, impone a questa Corte l'accesso agli atti quale giudice del fatto (Sez. U, n. 42792 del 31/10/2001 - dep. 28/11/2001, Policastro e altri, Rv. 220092).

**5.** Effettivamente, osserva il Collegio, sull'eccezione sollevata dalla difesa del ricorrente (nullità del sequestro preventivo operato in via d'urgenza dalla polizia giudiziaria per violazione del combinato disposto degli artt. 356 cod. proc. pen. e

114, disp. Att. Cod. proc. pen.; nullità dell'autonomo decreto di sequestro preventivo emesso dal GIP successivamente alla convalida del sequestro preventivo d'iniziativa della PG), il tribunale del riesame motiva come evidenziato dalla difesa; in particolare, si legge nell'impugnata ordinanza, l'attività materiale eseguita dalla polizia giudiziaria non può formare oggetto del riesame, unicamente ammesso contro il decreto di sequestro preventivo disposto dal GIP, donde il contenuto del verbale deve ritenersi utilizzabile ai fini della decisione.

**6.** Sulla prima questione (nullità del sequestro preventivo operato in via d'urgenza dalla polizia giudiziaria per violazione del combinato disposto degli artt. 356 cod. proc. pen. e 114, disp. Att. Cod. proc. pen.), osserva il Collegio, si registrano due contrastanti orientamenti di questa Corte, che sono stati oggetto di reiterate relazioni dell'Ufficio del Massimario (l'ultima, la Rel. n. 46/2015 del 18/06/2015, segue ad altre due segnalazioni di contrasto già in precedenza operate dal medesimo Ufficio, la Rel. n. 1/06 del 9/01/2006 a la Rel. n. 10/2013 dell'11/03/2013).

Come infatti, rilevato nelle predette segnalazioni di contrasto, un primo orientamento (sostenuto da Sez. 3, n. 40361 del 11/03/2014 - dep. 30/09/2014, Montagno Bozzone, Rv. 261358; Sez. 3, n. 36597 del 04/04/2012 - dep. 21/09/2012, Giarletta, Rv. 253569; Sez. 3, sentenza n. 18049 del 2007, Piras, *non massimata*; Sez. 3, n. 20168 del 27/04/2005 - dep. 30/05/2005, Fazzio, Rv. 232244) ritiene che l'obbligo di dare avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia ex art. 114 disp. att. cod. proc. pen. opera anche con riferimento al sequestro preventivo disposto di iniziativa dalla polizia giudiziaria, e la sua violazione determina la nullità di questo atto e del relativo provvedimento di convalida.

Le richiamate decisioni, che si pongono in consapevole contrasto con l'orientamento di segno contrario (v. *infra*), hanno interpretato l'art. 114 disp. att. cod. proc. pen. in senso non strettamente letterale, privilegiando una lettura della disposizione maggiormente garantista in riferimento agli artt. 3 e 24 della Costituzione. Il mancato avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore, infatti, provoca la nullità non solo del sequestro preventivo disposto di iniziativa dalla polizia giudiziaria, ma anche della richiesta di convalida del pubblico ministero.

**7.** A fronte del primo, richiamato, orientamento - pur nella diversità degli esiti derivanti dalla nullità derivante dall'omesso avviso (v. *infra*) - si registra, come detto, un diverso orientamento (Sez. 3, n. 13605 del 19/02/2015 - dep.

31/03/2015, Cavallaro e altri, Rv. 262862; Sez. 3, n. 45321 del 17/10/2013 - dep. 11/11/2013, P.M. in proc. Messina, Rv. 257421; Sez. 3, n. 45850 del 23/10/2012 - dep. 23/11/2012, Abrogato, Rv. 253854; Sez. 3, n. 40970 del 04/10/2002 - dep. 05/12/2002, Calcagni, Rv. 222789; Sez. 4, n. 42512 del 16/07/2009 - dep. 05/11/2009, Olivieri, Rv. 245778; Sez. 1, n. 25849 del 04/05/2012 - dep. 04/07/2012, Bellinvia, Rv. 253082), per il quale l'obbligo di avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia non opera con riferimento al sequestro preventivo disposto di iniziativa dalla polizia giudiziaria.

A sostegno di questa differente soluzione interpretativa, le decisioni espressione di tale ultimo orientamento, maggioritario, hanno osservato che l'art. 114 disp. att. cod. proc. pen., riguardante l'avvertimento del diritto all'assistenza del difensore, contiene un esclusivo richiamo alle attività di assicurazione delle fonti di prova indicate dall'art. 356 cod. proc. pen. (perquisizioni e sequestri). Si tratta di attività che presuppongono la convalida o l'autorizzazione del pubblico ministero e, quindi, giustificano l'avviso del diritto all'assistenza difensiva, mentre nel caso del sequestro preventivo di iniziativa della polizia giudiziaria, il mantenimento del vincolo è condizionato dalla funzione di garanzia del giudice, che svolge un immediato controllo sull'operato dei verbalizzanti, con la conseguenza che il mancato avviso non determina alcuna violazione dei diritti della difesa. Inoltre, la diversità del sequestro preventivo rispetto alle attività contemplate dall'art. 356 cod. proc. pen. non può essere stata ignorata dal legislatore il quale, nel disporre l'introduzione del comma 3-bis dell'art. 321 cod. proc. pen., ben avrebbe potuto modificare anche l'art. 114 disp. att. cod. proc. pen.

**8.** Sulla seconda questione (nullità dell'autonomo decreto di sequestro preventivo emesso dal GIP successivamente alla convalida del sequestro preventivo d'iniziativa della PG affetto dalla nullità ex artt. 356 cod. proc. pen. e 114, disp. Att. Cod. proc. pen.), la nullità ex artt. 356 cod. proc. pen. e 114, disp. Att. Cod. proc. pen. - per alcune delle decisioni espressioni del primo orientamento dianzi richiamate (Sez. 3, n. 40361 del 11/03/2014 - dep. 30/09/2014, Montagno Bozzone, Rv. 261358; Sez. 3, n. 40361 del 11/03/2014 - dep. 30/09/2014, Montagno Bozzone, Rv. 261358) -, non si propagherebbe al distinto decreto con cui il giudice per le indagini preliminari dispone il sequestro preventivo, trattandosi di un provvedimento successivo del tutto autonomo, che si sovrappone agli atti in precedenza adottati. In applicazione di questi principi, le richiamate sentenze hanno dichiarato inammissibile il ricorso per cassazione,

perché il ricorrente non aveva impugnato l'ordinanza del g.i.p. con cui era stato convalidato il sequestro preventivo disposto in via di urgenza e nemmeno aveva indicato le ragioni per le quali la nullità del sequestro e della relativa convalida si sarebbe propagata anche al successivo e distinto decreto di sequestro preventivo del giudice.

**9.** Altre decisioni sempre espressione del primo orientamento, invece, non sono concordi circa le conseguenze derivanti da tale nullità, in quanto (segnatamente la richiamata Sez. 3, sentenza n. 18049 del 2007, Piras, *non massimata*; Sez. 3, n. 36597 del 04/04/2012 - dep. 21/09/2012, Giarletta, Rv. 253569, come si desume implicitamente dalla motivazione) ritengono che la nullità derivante dall'omesso avviso all'indagato - da parte della polizia giudiziaria che proceda al sequestro - della facoltà di farsi assistere dal difensore concerne anche il decreto di sequestro, che, pertanto, deve essere annullato. Conseguentemente, tali ultime decisioni richiamate hanno disposto l'annullamento senza rinvio anche dell'ordinanza impugnata, che non aveva dichiarato la detta nullità, con conseguente restituzione all'avente diritto del bene sequestrato.

**10.** Si osserva, per completezza, che la tesi sostenuta dal ricorrente - ove il contrasto venisse risolto nel senso della nullità ex artt. 356 cod. proc. pen. e 114, disp. Att. Cod. proc. pen. e della conseguente nullità derivata dell'autonomo decreto di sequestro emesso dal GIP - risulta, con riferimento alla tempestività dell'eccezione, corroborata dalla recente decisione delle Sezioni Unite di questa Corte, secondo cui la nullità conseguente al mancato avvertimento (nella specie, al conducente di un veicolo, da sottoporre all'esame alcoolimetrico), della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia, in violazione dell'art. 114 disp. att. cod. proc. pen., può essere tempestivamente dedotta, a norma del combinato disposto degli artt. 180 e 182, comma secondo, secondo periodo, cod. proc. pen., fino al momento della deliberazione della sentenza di primo grado (Sez. U, n. 5396 del 29/01/2015 - dep. 05/02/2015, P.G. in proc. Bianchi, Rv. 263023). Invero, nel caso in esame, avendo il difensore tempestivamente dedotto in sede di riesame la nullità derivante dal combinato disposto degli artt. 114 disp. Att. Cod. proc. pen. e 356 cod. proc. pen. avrebbe avuto diritto a che il tribunale del riesame si pronunciasse sulla nullità dedotta.

Non essendosi occupato, peraltro, il Massimo Consesso di questa Corte del tema attualmente oggetto di esame davanti a questa Sezione (e, soprattutto, non avendo affrontato la questione degli effetti derivanti dalla nullità per violazione del combinato disposto degli artt. 114 disp. Att. Cod. proc. pen. e 356 cod. proc.

pen. sul decreto autonomo di sequestro preventivo emesso dal GIP a seguito della convalida di quello d'urgenza disposto dalla PG), permane – a sommo avviso del Collegio – la necessità di risolvere il contrasto giurisprudenziale più volte segnalato, che richiede l'intervento delle Sezioni Unite ex art. 618 cod. proc. pen. sulle seguenti questioni: *"se l'obbligo di dare avviso all'indagato della facoltà di farsi assistere da un difensore di fiducia operi anche con riferimento al sequestro preventivo disposto di iniziativa dalla polizia giudiziaria; se, in caso affermativo, la nullità conseguente determini anche quella dell'autonomo decreto di sequestro preventivo emesso dal GIP dopo aver convalidato quello d'urgenza disposto d'iniziativa dalla PG"*.

**11.** S'impone, pertanto, la rimessione alle Sezioni Unite, essendo preliminare all'esame dei restanti motivi di ricorso la soluzione delle predette questioni giuridiche controverse che, involgendo un profilo di violazione della legge processuale, assumono valenza assorbente ed prodromica all'esame delle residue doglianze.

**P.Q.M.**

La Corte dispone trasmettersi gli atti alle Sezioni Unite penali come da separata ordinanza.

Così deciso in Roma, nella sede della S.C. di Cassazione, il 7 luglio 2015

Il Consigliere est.  
Alessio Scarcella



Il Presidente  
Aldo Fiale

