

Penale Sent. Sez. 6 Num. 24048 Anno 2022

Presidente: DI STEFANO PIERLUIGI

Relatore: CALVANESE ERSILIA

Data Udiienza: 28/04/2022

SENTENZA

sul ricorso proposto da

Motzo Alberto Serafino, nato in Germania il 31/07/1966

avverso la ordinanza del 23/12/2021 del Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Venezia

visti gli atti, il provvedimento denunziato e il ricorso;

udita la relazione svolta dal consigliere Ersilia Calvanese;

udite le richieste del Pubblico Ministero, in persona del Sostituto Procuratore generale Andrea Venegoni, che ha concluso chiedendo il rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in relazione al quinto motivo di ricorso e in subordine il rinvio del procedimento in attesa della decisione della Corte stessa;

udito il difensore, avv. Antonio Bondi, che ha concluso chiedendo l'accoglimento dei motivi di ricorso.

RITENUTO IN FATTO

1. Con la ordinanza in epigrafe indicata, il Giudice per le indagini preliminari del Tribunale di Venezia rigettava l'opposizione, presentata, ai sensi dell'art. 13 d.lgs. n. 108 del 2017, da Alberto Serafino Motzo avverso il decreto di



riconoscimento dell'ordine di indagine europeo, emesso nei suoi confronti dal P.M. di Venezia.

Il provvedimento dava atto che l'ordine europeo di indagine emesso dalle autorità tedesche aveva ad oggetto la richiesta di atti di perquisizione e di sequestro nei confronti del Motzo.

Il Giudice per le indagini preliminari rigettava l'opposizione, ritenendo infondate o non consentite le censure avanzare con l'impugnazione.

In particolare, il Giudice, quanto alla dedotta tardiva comunicazione al difensore del decreto di riconoscimento, escludeva che la stessa avesse determinato la nullità del decreto di riconoscimento, rilevando la questione soltanto ai fini della diversa decorrenza del termine per proporre l'opposizione; riteneva inoltre che gli altri vizi denunciati dall'interessato riguardassero questioni attinenti al merito degli atti richiesti (da avanzare soltanto allo Stato di emissione) o rilievi di natura processuale estranei al sindacato rimesso al giudice dell'opposizione.

2. Avverso la suddetta ordinanza ha proposto ricorso per cassazione l'interessato, denunciando, a mezzo di difensore, i motivi di seguito enunciati nei limiti di cui all'art. 173 disp. att. cod. proc. pen.

2.1. Violazione di legge, in relazione all'art. 4 d.lgs. n. 108 del 2017 e all'omessa notifica del decreto di riconoscimento.

Motzo aveva ricevuto la notifica del decreto di riconoscimento solo in data 29 luglio 2021, mentre al difensore non era stata effettuata alcuna notifica (che difetta a tutt'oggi).

La omessa tempestiva notifica del decreto di riconoscimento determina un immediato *vulnus* all'interessato, posto che lo priva della possibilità di attivare il sindacato del Giudice per le indagini preliminari, lasciando in esecuzione un OIE potenzialmente illegittimo con la possibile trasmissione, nelle more, degli atti all'autorità di emissione. Pertanto, il vizio determina la nullità ex artt. 178, comma 1, lett. c) e 179 comma 1 cod. proc. pen.

L'orientamento – non pacifico – che esclude tale nullità non è condivisibile, in quanto vanifica le garanzie difensive e rimette la tutela dell'interessato alla sola presa in considerazione da parte dell'autorità di emissione della decisione postuma del giudice dell'opposizione, che abbia accolto l'impugnazione.

Nella specie, la notifica al difensore è viepiù del tutto mancata (situazione quindi diversa dal precedente di legittimità applicato dal Giudice per le indagini preliminari), risultando a maggior ragione la predetta nullità, considerate le difficoltà dell'interessato di difendersi proponendo l'opposizione senza una difesa

tecnica (tempi ridotti per impugnare e difficoltà legate a ragioni logistiche e di lingua).

Stante la presenza di un contrasto giurisprudenziale sulla questione ora esposta si chiede di rimettere la decisione del ricorso alle Sezioni Unite.

2.2. Violazione di legge, in relazione all'art. 4 d.lgs. n. 108 del 2017 e all'omessa motivazione del decreto di riconoscimento.

Il decreto di riconoscimento non può limitarsi alla mera presa d'atto dell'ordine di indagine europeo; ma deve svolgere un'attenta analisi del principio di proporzionalità e dei motivi di rifiuto e di restituzione previsti dall'art. 10 del d.lgs n. 108 del 2017, nonché delle deroghe alla doppia incriminabilità di cui all'art. 11 del decreto citato.

La motivazione del decreto nel caso in esame era apparente, risolvendosi in formule di stile, meramente reiterative delle disposizioni normative.

Il Giudice per le indagini preliminari, a sua volta, ha adottato nel provvedimento impugnato un ragionamento circolare, senza dare conto dell'effettività del controllo.

2.3. Violazione di legge, in relazione all'art. 10 d.lgs. n. 108 del 2017 e al requisito della doppia incriminazione.

Il Giudice per le indagini preliminari ha erroneamente confuso la deduzione difensiva - relativa alla mancanza del requisito della doppia incriminabilità - con la contestazione relativa al merito delle accuse mosse al ricorrente.

Segnatamente la difesa aveva evidenziato che il reato per il quale era stato emesso l'OIE riguardava un tipo di imposta (l'imposta comunale sulle attività commerciali, denominata Gewerbesteuer) che non trovava riscontro nell'ordinamento penale italiano, come d'altronde già affermato dalla Suprema Corte in tema di m.a.e. (sentenza n. 28139 del 2008).

2.4. Violazione di legge, in relazione all'art. 7 d.lgs. n. 108 del 2017 e al requisito della proporzionalità.

La motivazione del provvedimento impugnato è apparente in ordine alla proporzionalità della misura: oltre ad individuare erroneamente l'atto di indagine oggetto dell'OIE (che è un mezzo di ricerca della prova e non una misura cautelare reale), il Giudice per le indagini preliminari non ha offerto alcuna argomentazione che ne spieghi la proporzionalità in concreto.

L'art. 7 del decreto legislativo individua tre parametri per valutare la proporzionalità dell'OIE: la idoneità, la stretta necessità e la proporzionalità in senso stretto.

Nella specie, pur risultando la misura idonea ad ottenere la documentazione di attività economiche per l'accertamento di reati fiscali, la stessa è sicuramente eccessiva, potendo essere ottenuta la documentazione con un ordine di esibizione,

e sproporzionata alla gravità del reato, punito dalla legge tedesca con una pena pecuniaria. L'OIE in esame richiedeva di estendere la perquisizione tanto al luogo di lavoro, all'abitazione e alla persona del ricorrente, prevedendo anche il sequestro di cellulari e computer e in concreto i provvedimenti adottati hanno interessato anche il figlio dell'indagato, estraneo al procedimento penale.

Si tratta pertanto di misure eccessive, invasive della sfera privata della persona, con riferimento in particolare ai mezzi informatici di uso quotidiano, che ha portato all'apprensione di 11 dispositivi elettronici su 20 totali (alcuni in uso e di proprietà del figlio del ricorrente).

2.5. Violazione di legge, in relazione all'art. 10 d.lgs. n. 108 del 2017 e alla mancata emissione o convalida dell'OIE da parte dell'autorità giudiziaria tedesca.

Nella specie risulta che l'OIE non sia stato emesso o quantomeno convalidato da un'autorità giudiziaria.

Su tale punto il Giudice per le indagini preliminari nulla ha osservato, nonostante la questione sia stata sollevata dalla difesa e risulti dall'OIE in atti.

2.6. Violazione di legge, in relazione all'art. 8 d.lgs. n. 108 del 2017 e alla partecipazione attiva e non autorizzata di polizia giudiziaria straniera.

Il Giudice per le indagini preliminari ha ritenuto irrilevante che la partecipazione "attiva" di agenti e funzionari di polizia dello Stato di emissione sia avvenuta non rispettando le specifiche modalità del citato art. 8.

Nel verbale di perquisizione e sequestro si dava atto che uno dei funzionari presenti (autorizzati ad assistere solo per presenza non attiva) aveva interloquuto direttamente con l'indagato.

Non è chiaro se le dichiarazioni rese dal ricorrente in quel contesto siano autoindizianti e comunque se le stesse siano destinate ad essere utilizzate come prova dallo Stato di emissione.

3. La difesa del ricorrente ha depositato in Cancelleria una memoria con allegati atti del procedimento.

Rinviata l'udienza camerale del 10 marzo 2022, per acquisire atti del fascicolo del procedimento di opposizione, non trasmessi dal Giudice *a quo*, la difesa del ricorrente ha depositato in vista dell'udienza del 28 aprile 2022 una memoria con la quale ha prospettato la seguente questione di rinvio pregiudiziale ex art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea in ordine all'interpretazione dell'art. 2, lett. c), punto ii) della Direttiva 2014/41/UE in caso di mancato accoglimento del ricorso, e specie del quinto motivo:

- se possa considerarsi autorità giudiziaria ai fini della emissione di un ordine europeo di indagine l'autorità amministrativa nazionale competente in materia fiscale, anche qualora essa sia legittimata a svolgere le investigazioni in

determinati procedimenti penali, ma non a emettere i mezzi di ricerca della prova richiesti in un ordine europeo di indagine:

- se la suddetta norma della Direttiva vada interpretata nel senso che in detta situazione prima della trasmissione di un ordine europeo di indagine all'autorità di esecuzione sia necessaria la convalida dello stesso da parte di un giudice, un organo giurisdizionale, un magistrato inquirente o un pubblico ministero dello Stato di emissione.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Il ricorso è infondato per le ragioni di seguito illustrate.

2. Preliminarmente va rilevato che il ricorrente con l'opposizione del 23 luglio 2021 aveva fatto valere un unico motivo di impugnazione, ovvero la nullità del decreto di riconoscimento per la mancata comunicazione al difensore, evidenziando la sola circostanza della notifica al difensore il 14 luglio 2021 del decreto di perquisizione e sequestro.

Solo con successive memorie, ribadendo sempre la perdurante omessa comunicazione al difensore, avanzava "altri" motivi di annullamento, deducendo:

- con una prima memoria del 20 settembre 2021 che la motivazione del decreto era insufficiente, che difettava la doppia incriminabilità, che la misura richiesta non era proporzionata e che mancava la firma di un'autorità giudiziaria;

- con una seconda memoria del 13 ottobre 2021 che i funzionari dello Stato di emissione, autorizzati a partecipare senza facoltà di intervento, avevano interloquuto con il suo assistito.

3. Ciò premesso, va osservato che il rimedio dell'opposizione disciplinato dall'art. 13 del decreto legislativo n. 108 del 2017 va qualificato come mezzo di impugnazione in senso tecnico.

Lo stesso decreto legislativo così lo definisce, nell'adeguarsi alla Direttiva del 3 aprile 2014 relativa all'ordine europeo di indagine, che aveva imposto (art. 14) agli Stati membri di prevedere "mezzi di impugnazione" anche contro il riconoscimento dell'OIE.

In assenza di disposizioni che dispongono diversamente, all'opposizione deve essere applicato il principio generale sul contenuto devolutivo dell'impugnazione, limitato pertanto ai capi e ai punti della decisione.

Deve escludersi quindi che l'opposizione possa essere presentata senza motivi e con effetto interamente devolutivo. La cognizione del giudice dell'opposizione è

conseguentemente limitata ai capi e ai punti impugnati, fatta salva la sussistenza di questioni rilevabili anche d'ufficio in ogni stato e grado del processo.

Ulteriore conseguenza di questa impostazione è che anche per l'opposizione debba valere il principio generale per cui i "motivi nuovi" devono investire soltanto i capi o i punti della decisione impugnata ai quali si riferisce l'impugnazione originaria (Sez. U, n. 4683 del 25/2/1998, Bono, Rv. 210259), come del resto è desumibile dal contenuto dell'art. 167 disp. att. cod. proc. pen., il quale prescrive che in ogni caso di presentazione di motivi nuovi siano "*specificati i capi e i punti enunciati a norma dell'art. 581, comma 1, lett. a), cod. proc. pen. ai quali i motivi si riferiscono*".

In altre parole, deve essere confermato anche per l'opposizione il requisito della necessaria connessione con i motivi dedotti nell'impugnazione originale (quale si desume dal combinato disposto dell'art. 585, comma 4, cod. proc. pen. e dell'art. 167 cit.), ossia che i motivi nuovi sono consentiti quando investono capi o punti della decisione già enunciati nell'atto originario di gravame, poiché la "novità" è riferita ai "motivi", e quindi alle ragioni che illustrano ed argomentano il gravame su singoli capi o punti del provvedimento impugnato, già censurati con l'impugnazione, non potendo l'elemento della novità essere utilizzato per introdurre nuovi capi o punti di impugnazione, in deroga al termine temporale previsto per la presentazione del gravame.

3.1. Sulla base di quanto osservato, devono quindi ritenersi inammissibili i nuovi motivi di impugnazione, sottoposti dal ricorrente al Giudice per le indagini preliminari con le memorie presentate il 20 settembre e il 13 ottobre 2021, in quanto non connessi con i punti del decreto di riconoscimento, oggetto dell'opposizione originaria.

Il ricorrente non aveva infatti contestato il contenuto decisorio del decreto di riconoscimento (ed in particolare la sussistenza delle condizioni per farsi luogo al riconoscimento, l'assenza di motivi di rifiuto ex art. 10 del d.lgs. n. 108 del 2017, il rispetto del principio di proporzione), bensì esclusivamente la sola validità del decreto stesso, quanto alla sua omessa comunicazione al difensore.

Né il difensore aveva fatto valere (e neppure lo ha fatto in questa sede) che i motivi nuovi andassero considerati come impugnazione principale, non essendo decorso al momento della loro presentazione il termine per l'impugnazione.

4. Resta, pertanto, da esaminare in questa sede soltanto il primo motivo di ricorso, relativo alla questione della dedotta nullità del decreto di riconoscimento per violazione dell'art. 4 d.lgs. n. 108 del 2017.

4.1. L'art. 4 ora citato prevede al quarto comma che *«Il decreto di riconoscimento e' comunicato a cura della segreteria del pubblico ministero al*

difensore della persona sottoposta alle indagini entro il termine stabilito ai fini dell'avviso di cui ha diritto secondo la legge italiana per il compimento dell'atto. Quando la legge italiana prevede soltanto il diritto del difensore di assistere al compimento dell'atto senza previo avviso, il decreto di riconoscimento e' comunicato al momento in cui l'atto è compiuto o immediatamente dopo».

L'ottavo comma del medesimo articolo prescrive poi che «*I verbali degli atti compiuti, ai quali il difensore della persona sottoposta alle indagini ha diritto di assistere, sono depositati nella segreteria del pubblico ministero, secondo quanto previsto dall'articolo 366, comma 1, del codice di procedura penale*».

La suddetta norma ha quindi limitato la comunicazione del decreto di riconoscimento al solo difensore della persona indagata: la *ratio* di tale scelta deve essere spiegata considerando che, trattandosi di cooperazione giudiziaria tra Stati, nella maggior parte dei casi l'indagato è persona residente nello Stato di emissione dell'OIE (dove sono in corso le indagini). Si è affidata pertanto al solo meccanismo di comunicazione al difensore nominato in Italia la funzione di velocizzare la procedura e al contempo di veicolare "immediatamente" alla persona indagata la conoscenza del provvedimento per consentirle di eccepire rapidamente la presenza di motivi ostativi al riconoscimento e esecuzione dell'OIE.

Coerentemente a tale impostazione, si è fatto decorrere dalla comunicazione di cui all'art. 4 cit. il termine breve (cinque giorni) per proporre opposizione da parte della persona indagata o del suo difensore (art. 13, comma 1, del decreto legislativo).

Che questa sia la *ratio* della norma si ricava anche dal fatto che il legislatore, pur prevedendo che il decreto di riconoscimento dell'ordine di indagine avente ad oggetto il sequestro a fini di prova sia impugnabile con l'opposizione, oltre che dalla persona sottoposta alle indagini o dall'imputato, e dal suo difensore, anche dalla "*persona alla quale la prova o il bene sono stati sequestrati*" e da "*quella che avrebbe diritto alla loro restituzione*" (art. 13, comma 7, d.lgs. cit.), non ha previsto alcuna comunicazione del decreto di riconoscimento a favore di queste ultime (la persona in questione si trova evidentemente sul territorio italiano), ritenendo sufficiente il solo meccanismo informativo di cui all'art. 253 cod. proc. pen. (consegna di copia del decreto di sequestro).

Questo diverso trattamento si riflette anche sulla decorrenza del termine per opporsi - che chiaramente non può dipendere dalla comunicazione del decreto di riconoscimento al difensore della persona indagata - divenendo decisiva, in assenza di altre indicazioni, la effettiva conoscenza del decreto di riconoscimento.

Quindi il fulcro del sistema di impugnazione previsto dal decreto legislativo per il caso di sequestro probatorio ruota intorno alla necessità che la persona interessata (indagato, imputato o terzo) sia posta (attraverso il suo difensore o

direttamente) in condizione di poter impedire il sequestro e quindi il trasferimento delle cose apprese.

4.2. Quanto premesso consente di affrontare il tema delle conseguenze derivanti dalla omessa comunicazione del decreto di riconoscimento al difensore.

Invero, anche l'orientamento più rigoroso, invocato dal ricorrente, che ravvisa una violazione del diritto di difesa nella tardiva comunicazione al difensore, oltre i termini previsti dall'art. 4, comma 4, d.lgs. 21 giugno 2017, n. 108, del decreto di riconoscimento dell'ordine europeo di indagine arresto, avente ad oggetto la richiesta di atti di perquisizione e sequestro (Sez. 6, n. 8320 del 31/01/2019, Rv. 275732), identifica il *vulnus* determinato da tale situazione nella impossibilità per l'indagato e il suo difensore di proporre tempestiva opposizione al giudice per le indagini preliminari, eccependo la presenza di ragioni ostative all'esecuzione degli atti richiesti, e di impedire in tal modo la trasmissione, in caso di accoglimento dell'opposizione stessa, dei risultati di prova acquisiti sul territorio dello Stato (nel caso sottoposto alla Suprema Corte nel richiamato arresto il decreto di riconoscimento non era stato emesso e pertanto neppure comunicato alla parte interessata).

Un siffatto *vulnus*, tuttavia, nel caso in esame non si è verificato.

4.3. E' opportuno a tal fine ripercorrere le scansioni procedurali emergenti dagli atti:

- il 21 ottobre 2020 è stato emesso dal P.M. il decreto di riconoscimento dell'OIE della Pretura di Monaco di Baviera del 1° settembre 2020;

- il 25 giugno 2021 il medesimo P.M. (dopo aver programmato con l'autorità tedesca i tempi delle operazioni, differiti per l'emergenza COVID-19) ha emesso il decreto di perquisizione locale e sequestro, in esecuzione della richiesta di assistenza presentata dall'autorità bavarese (il cui contenuto era sintetizzato in calce al decreto);

- 13 luglio 2021 il decreto è stato posto in esecuzione dalla polizia giudiziaria presso l'abitazione di residenza anagrafica del Motzo; in quella sede è stato notificato alla persona presente sul posto "delegata" dal predetto, quale sua persona di fiducia, in possesso delle chiavi, sia il decreto di riconoscimento dell'OIE sia il decreto di perquisizione e sequestro (Motzo, contattato telefonicamente al momento delle operazioni ed informato delle stesse, aveva dichiarato di trovarsi momentaneamente in Turchia per lavoro ed era stato invitato telefonicamente a presentarsi al suo rientro in Italia alla p.g. per la notifica "formale" dei suddetti atti);

- il 14 luglio 2021 (come ha dichiarato il ricorrente e si evince dalla nota del 14 luglio 2021 della polizia giudiziaria) il decreto di perquisizione e sequestro è notificato al difensore del Motzo;

- il 23 luglio 2021 il difensore ha presentato l'opposizione;
- il 29 luglio 2021 (lo dichiara il ricorrente con il presente atto di impugnazione) Motzo ha ricevuto la notifica "a mani" del decreto di riconoscimento.

Da tale quadro emerge che la persona indagata già dalla data del 13 luglio 2021 aveva avuto conoscenza del decreto di riconoscimento (non ha invero contestato la comunicazione fatta alla persona da lui delegata e comunque in rapporto di convivenza quale sua collaboratrice domestica, cfr. tra tante, Sez. 3; n. 5930 del 17/12/2014, dep. 2015, Rv. 263177) e il 14 luglio 2021 il suo difensore aveva ricevuto copia del decreto di perquisizione e sequestro, emesso "nell'ambito di un ordine europeo di indagine penale tedesco" (così si evince dalla opposizione del 23 luglio 2021).

La persona indagata era quindi nella condizione di proporre una tempestiva opposizione (consapevole e non al "buio"), avendo avuto conoscenza delle motivazioni del decreto di riconoscimento e non dovendo attendere la formale comunicazione al difensore del decreto in questione. A sua volta il difensore, per l'esercizio della sua facoltà di impugnazione, poteva far valere la differenziata decorrenza dei termini per proporre l'opposizione (dal momento della comunicazione del decreto in questione o dalla effettiva conoscenza del medesimo provvedimento). Il differimento unicamente del *dies a quo* del termine per l'opposizione per difensore non veniva pertanto in tale ipotesi a compromettere l'effettività della tutela offerta alla persona indagata (proposizione di una opposizione tempestiva).

5. Sulla base delle suddette argomentazioni, il ricorso va rigettato con le conseguenze di legge.

P.Q.M.

Rigetta il ricorso e condanna il ricorrente al pagamento delle spese processuali.

Così deciso il 28/04/2022.