

CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE
YVES BOT
presentate il 26 maggio 2016 (1)

Causa C-218/15

**Procedimento penale
contro
Gianpaolo Paoletti e altri**

[domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal Tribunale ordinario di Campobasso (Italia)]

«Rinvio pregiudiziale – Diritti fondamentali – Applicazione retroattiva della legge penale più favorevole – Effetto dell'adesione della Romania all'Unione europea sul reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nel territorio italiano commesso prima dell'adesione»

1. Nel caso di specie, la Corte è chiamata ad esaminare l'effetto dell'adesione della Romania all'Unione europea sul reato di favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali di cittadini rumeni nel territorio italiano, nell'ipotesi in cui un siffatto reato sia stato commesso prima di tale adesione. Più specificamente, il Tribunale ordinario di Campobasso (Italia) si chiede se detta adesione, intervenuta dopo la commissione del reato di cui trattasi e prima che il suo autore fosse sottoposto a giudizio, abbia avuto l'effetto di far venir meno il reato di favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali nel territorio italiano.

2. Nelle presenti conclusioni illustrerò le ragioni per le quali ritengo che l'adesione di uno Stato all'Unione, intervenuta dopo la commissione del reato di favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali di cittadini di tale Stato nel territorio di uno Stato membro e prima che il suo autore fosse sottoposto a giudizio, non abbia l'effetto di far venir meno il reato di cui trattasi.

I – Contesto normativo

A – Il diritto dell'Unione

3. L'articolo 49, paragrafo 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (2) dispone quanto segue:

«Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non

può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima».

4. L'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali (3), prevede che ciascuno Stato membro adotti sanzioni appropriate «nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri», nonché «nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri».

5. La decisione quadro 2002/946/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali (4), all'articolo 1, paragrafo 1, prevede che «[c]iascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché gli illeciti definiti negli articoli 1 e 2 della direttiva 2002/90(...) siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione». L'articolo 1, paragrafo 2, della medesima decisione quadro prevede inoltre che, se del caso, tali sanzioni possono essere accompagnate, in particolare, da un provvedimento di espulsione.

B – *Il diritto italiano*

6. L'articolo 25, secondo comma, della Costituzione stabilisce che nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso.

7. L'articolo 2, primo comma, del codice penale prevede che nessuno può essere punito per un fatto che, secondo la legge del tempo in cui fu commesso, non costituiva reato. Ai sensi dell'articolo 2, secondo comma, dello stesso codice, nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali.

8. L'articolo 12, comma 3, lettere a) e d), del decreto legislativo n. 286 – Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, del 25 luglio 1998 (5), come modificato dalla legge n. 94, del 15 luglio 2009 (6), prevede che, salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni di tale testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri in Italia ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso in Italia, ovvero nel territorio di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di EUR 15 000 per ogni persona, nel caso in cui il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegali in Italia di cinque o più persone o se il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti.

9. L'articolo 12, comma 3 bis, del decreto n. 286/1998 stabilisce che, se i fatti di cui al comma 3 di tale articolo sono commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere da a) ad e) del medesimo comma 3, la pena ivi prevista è aumentata.

II – Contesto di fatto

10. Il sig. Gianpaolo Paoletti nonché varie altre persone sono sottoposti a procedimento penale,

in particolare, per aver consentito l'ingresso illegale di 30 cittadini rumeni, in epoca anteriore all'adesione della Romania all'Unione. Viene loro contestato, più specificamente, di aver eluso preordinatamente e fraudolentemente le norme regolanti il flusso dei lavoratori stranieri al fine di trarre profitto dallo sfruttamento intensivo e continuato di mano d'opera straniera a basso costo, fatti che caratterizzano il reato di cui all'articolo 12, commi 3 e 3 bis, del decreto legislativo n. 286/1998.

11. Il giudice del rinvio precisa, quindi, che a Pescara (Italia) gli imputati avrebbero costituito l'Oma Srl, una fittizia sede secondaria dell'Api Construction SRL con sede a Bucarest (Romania). Essi avrebbero chiesto e ottenuto dalla Direzione Provinciale del Lavoro di Pescara (Italia) le autorizzazioni al lavoro e, successivamente, i relativi permessi di soggiorno nel territorio italiano per 30 lavoratori rumeni, ai sensi dell'articolo 27, comma 1, lettera g), del decreto legislativo n. 286/1998, che consente l'ammissione temporanea, a domanda del datore di lavoro e al di fuori delle quote di ingressi di lavoratori stranieri previste dalla legge, di lavoratori alle dipendenze di organizzazioni o imprese operanti nel territorio italiano, per adempiere funzioni o compiti specifici, per un periodo limitato o determinato.

III – Questioni pregiudiziali

12. Il Tribunale ordinario di Campobasso, nutrendo dubbi in ordine all'interpretazione che occorre dare al diritto dell'Unione, ha deciso di sospendere il procedimento e di sottoporre alla Corte le seguenti questioni pregiudiziali:

- «1) Se l'articolo 7 della [Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950 ([L](#))], l'articolo 49 della Carta (...), l'articolo 6 del TUE debbano essere interpretati nel senso che l'adesione della Romania all'Unione (...), avvenuta il dì 1° gennaio 2007, abbia determinato l'abolizione del reato previsto e punito dall'articolo 12 del decreto legislativo n. 286/1998 (...) relativamente al favoreggiamento dell'immigrazione e del trattenimento di cittadini rumeni nel territorio dello Stato italiano;
- 2) se i richiamati articoli debbano essere interpretati nel senso che sia precluso allo Stato membro, nei confronti di quanti, prima del dì 1° gennaio 2007 (o di altra data successiva indicante la piena operatività del Trattato), data di operatività dell'adesione della Romania all'Unione Europea, si siano resi responsabili della violazione dell'articolo 12 del decreto legislativo n. 286/1998 (...) per avere favorito l'immigrazione di cittadini rumeni, non più prevista come reato dal dì 1° gennaio 2007, applicare il principio della retroattività benigna (in mitius)».

IV – Analisi

13. Con le sue questioni il giudice del rinvio intende sapere, in sostanza, se l'articolo 7 della CEDU, l'articolo 49 della Carta e l'articolo 6 TUE debbano essere interpretati nel senso che l'adesione della Romania all'Unione ha l'effetto di far venir meno il reato di favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali di cittadini rumeni nel territorio italiano qualora, successivamente alla commissione di quest'ultimo e prima che il suo autore fosse sottoposto a giudizio, tali cittadini abbiano acquisito la cittadinanza dell'Unione.

14. Il governo italiano ritiene che tali questioni siano irricevibili poiché le disposizioni penali italiane di cui trattasi, ossia l'incriminazione del favoreggiamento dell'ingresso illegale di cittadini stranieri nel territorio italiano, non rientrerebbero nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione. Esso sostiene che il trattamento penale riservato alle condotte volte a favorire l'immigrazione

illegale di cittadini stranieri non è disciplinato dal diritto dell'Unione. Quindi, la legislazione italiana pertinente nel caso di specie non costituirebbe un'attuazione del diritto dell'Unione ad opera della Repubblica italiana e, pertanto, la Carta sarebbe inapplicabile.

15. Come correttamente ricordato dalla Commissione europea, l'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2002/90 prevede che ciascuno Stato membro adotti sanzioni appropriate nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri nonché nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri. Inoltre, conformemente all'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/946, ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché gli illeciti definiti negli articoli 1 e 2 della direttiva 2002/90 siano passibili di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'extradizione.

16. Si deve dunque necessariamente constatare che la legislazione italiana rilevante nel caso di specie è appunto volta ad adempiere gli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione e, pertanto, a dare attuazione a quest'ultimo.

17. Di conseguenza, è indubbio che la Carta sia applicabile nella controversia di cui al procedimento principale.

18. Per quanto concerne la questione sollevata dal giudice del rinvio, a mio avviso, è possibile fornirle una risposta mediante l'analisi degli elementi costitutivi del reato e, più specificamente, nel caso di specie, di due di essi, ossia l'elemento giuridico e l'elemento materiale.

19. Riguardo all'elemento giuridico, secondo un principio generalmente riconosciuto, un illecito penale basa la propria legittimità sulla sua necessità. Una volta soddisfatta tale condizione preliminare, il reato, per essere così qualificato, deve, evidentemente, rispettarne altre, parimenti essenziali, ma che si pongono soltanto successivamente alla prima. Ciò vale per la condizione imposta dal principio di legalità, quale formulato da Beccaria, e per il requisito della proporzionalità della sanzione prevista. Nessuna di queste ultime condizioni, tuttavia, meriterebbe di essere esaminata se non fosse necessario legiferare.

20. La potestà punitiva spetta ai pubblici poteri, investiti del potere di legiferare. Questi ultimi ne dispongono al fine di vietare comportamenti che, a loro avviso, costituiscono lesioni a nozioni da essi considerate essenziali rispetto alla propria morale sociale oppure rispetto ai propri principi fondamentali di funzionamento, vale a dire atti che ledono ciò che viene più comunemente chiamato ordine pubblico.

21. Ciò premesso, considerando la natura dei reati commessi dalle persone sottoposte a procedimento penale, occorre stabilire quale ordine pubblico sia stato prioritariamente leso dall'illecito realizzato. Ci si chiede se si tratti dell'ordine pubblico dello Stato italiano o di quello dell'Unione.

22. A mio avviso, non vi è alcun dubbio che, nella specie, si tratti dell'ordine pubblico dell'Unione. Infatti, la legislazione penale italiana esiste soltanto quale attuazione delle prescrizioni dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2002/90, il quale stabilisce che ciascuno Stato membro adotta sanzioni appropriate nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in

violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri, ed è completato dall'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/946, il quale impone agli Stati membri di adottare sanzioni che comportino una pena che consenta di attuare un provvedimento di estradizione.

23. In tal modo, la legislazione penale degli Stati membri, nella fattispecie, non fa altro che intervenire a sostegno di una disposizione imperativa di una norma che impone regole esse stesse comuni agli Stati membri e soltanto al fine di farle rispettare.

24. Orbene, si pone l'interrogativo a cosa serva detta norma. A tutelare, nell'ambito del mercato interno, le specifiche regole dell'Unione, applicabili soltanto ai cittadini dell'Unione, vale a dire a proteggere un meccanismo di funzionamento che mette in gioco, combinandole, libertà e nozioni così fondamentali quali la libertà di circolazione, la libertà di stabilimento e la cittadinanza, ossia le basi stesse della costruzione dell'Unione. Si ammetterà, senza difficoltà, l'esigenza di tale legislazione repressiva.

25. Una precisazione fornita dall'elemento giuridico del reato quale dev'essere concepito dagli Stati membri, che consente così di misurare la gravità che, agli occhi del legislatore dell'Unione, riveste l'offesa all'ordine pubblico in esame, può essere ricavata dalla circostanza che, nella decisione quadro 2002/946, la sanzione penale imposta agli Stati membri deve consentire l'estradizione degli autori del reato e, se del caso, può essere accompagnata da un provvedimento di espulsione. La prospettiva di poter, in base alla situazione riscontrata, o sottoporre a giudizio il reo rimasto all'estero per la turbativa realizzata all'ordine pubblico dell'Unione, oppure espellerlo, dimostra a che punto detto ordine pubblico sia stato turbato da tale tipo di reato.

26. Si tratta dunque proprio dell'ordine pubblico dell'Unione. Orbene, non individuo alcuna disposizione nella direttiva 2002/90 – né del resto in nessun altro testo normativo – che consenta di ritenere che l'accesso a una «completa» cittadinanza dell'Unione debba, o anche soltanto possa, comportare il venir meno del pregiudizio arrecato a tale ordine pubblico superiore e, conseguentemente, del reato commesso dagli imputati che erano dediti a quello che, nel linguaggio corrente, è chiamato traffico di manodopera.

27. Statuire in senso contrario equivarrebbe, in realtà, ad incoraggiare tale tipologia di traffico non appena uno Stato abbia avviato il processo definitivo di adesione all'Unione, poiché i trafficanti avrebbero la garanzia di beneficiare, successivamente, dell'immunità. Lo scopo raggiunto sarebbe, quindi, esattamente contrario a quello perseguito dal legislatore dell'Unione.

28. Non è inutile, infine, osservare che il testo della legge penale italiana, del tutto coerentemente con gli obblighi imposti dalle disposizioni della direttiva 2002/90 e della decisione quadro 2002/946 di cui garantisce l'effettiva applicazione, riguarda a rigore soltanto i trafficanti e non le persone che hanno fatto ricorso a tale modo di procedere.

29. Poco importa dunque, in proposito, che, successivamente al loro ingresso illegale nel territorio dell'Unione, tali persone abbiano acquisito lo status di cittadini dell'Unione o la totalità dei relativi diritti.

30. Mi chiedo, d'altronde, quale sarebbe la giustificazione teorica di un simile effetto.

31. Mi sembra incontestabile che non può ricorrere la situazione in cui una modifica del diritto dell'Unione intervenga a bloccare un illecito del diritto interno, per la semplice ed evidente ragione, già evidenziata, che il testo normativo nazionale deriva dal diritto dell'Unione e che soltanto la modifica di quest'ultimo potrebbe ripercuotersi sul diritto nazionale preso in considerazione.

Orbene, l'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2002/90 non ha subito alcuna modifica e, come si è visto supra, è indifferente all'acquisizione della cittadinanza dell'Unione successivamente al compimento del reato.

32. Ritengo che anche il principio della retroattività in mitius, al quale mi sembra che rinvii il riferimento all'articolo 49 della Carta, sia invocato inutilmente. Tale principio, infatti, in realtà è una modalità dell'applicazione successiva di leggi nel tempo, come ricorda la stessa formulazione dell'articolo 49, paragrafo 1, della Carta. Occorre inoltre che vi sia una successione di leggi concernenti lo stesso reato, ipotesi che non ricorre nel caso di specie, poiché non è intervenuta alcuna modifica che riguardi l'incriminazione o la pena connessa al reato.

33. Una simile soluzione, in effetti, potrebbe discendere soltanto dalla circostanza che sia venuta meno la necessità della fattispecie di reato. Ho dimostrato supra che tale ipotesi non ricorreva affatto rispetto ai trafficanti.

34. A prescindere dalle considerazioni attinenti all'ordine pubblico, altri elementi di analisi, che riguardano la struttura giuridica del reato, militano parimenti a favore del rigetto della tesi dei ricorrenti nel procedimento principale.

35. Giungo, quindi, all'analisi del secondo elemento costitutivo del reato, ossia l'elemento materiale.

36. La modalità di realizzazione dell'elemento materiale del reato impone di classificare quest'ultimo nella categoria dei reati istantanei. Il favoreggiamento dell'ingresso, infatti, risulta materialmente realizzato quando la persona che ha fatto ricorso ai «trafficanti» ha attraversato la frontiera esterna dell'Unione, e il favoreggiamento del soggiorno quando le sono stati consegnati i documenti, ottenuti fraudolentemente, che le consentono di simulare la sussistenza del diritto a beneficiare dei vantaggi connessi alla cittadinanza dell'Unione o allo status di lavoratore estero in situazione regolare.

37. Tenuto conto dei dati esposti nella decisione di rinvio, i reati contestati ai ricorrenti nel procedimento principale erano integralmente e definitivamente realizzati alla data dell'entrata in vigore dell'atto di adesione della Romania all'Unione, il quale non ha comportato alcuna modifica alla formulazione dell'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2002/90, testo normativo di portata generale.

38. Tale ragionamento mi sembra avvalorato dal confronto con la situazione dei cittadini rumeni che si trovavano essi stessi in una condizione di illiceità alla data in cui è intervenuto l'importante mutamento di status di cui trattasi, illiceità consistente in un soggiorno illegale. La differenza, infatti, è fondamentale.

39. Nell'ipotesi considerata, il reato commesso dal cittadino dell'ex Stato terzo è un reato continuato il cui elemento materiale, ossia il fatto di essere in un territorio in cui non dovrebbe trovarsi, non è mai realizzato fintantoché tale situazione si protrae. Una delle conseguenze più evidenti in materia di reato continuato è che la prescrizione inizia a decorrere soltanto dal momento in cui esso è terminato.

40. Atteso che l'acquisto della cittadinanza è effettuato mentre il reato si sta realizzando, viene meno uno dei requisiti della specifica incriminazione del soggiorno illegale applicabile soltanto all'interessato, poiché ciò incide direttamente sull'elemento materiale del reato, ancora in corso di realizzazione e indivisibile. Infatti, alla data di acquisto dei pieni diritti connessi alla cittadinanza dell'Unione, viene a mancare uno degli elementi costitutivi del reato continuato, ossia la circostanza

di non essere a tutti gli effetti cittadino dell'Unione.

41. Con il medesimo evento, del resto, rispetto ai cittadini rumeni viene meno la necessità della fattispecie di reato che riguardava soltanto soggetti cittadini di uno Stato terzo, il che giustifica che non siano avviati procedimenti neppure nei confronti di coloro che, per esempio, abbiano fatto ritorno nel proprio paese di origine, ma per i quali la prescrizione non sia ancora maturata.

42. Alla luce del complesso delle suesposte considerazioni, ritengo che l'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2002/90, l'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/946, e l'articolo 49 della Carta debbano essere interpretati nel senso che l'adesione di uno Stato all'Unione, intervenuta dopo la commissione del reato di favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali di cittadini di tale Stato nel territorio di uno Stato membro e prima che il suo autore fosse sottoposto a giudizio, non ha l'effetto di far venir meno tale reato.

V – Conclusione

43. Alla luce delle precedenti considerazioni, suggerisco alla Corte di rispondere al Tribunale ordinario di Campobasso (Italia) nel modo seguente:

L'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 2002/90/CE del Consiglio, del 28 novembre 2002, volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, l'articolo 1, paragrafo 1, della decisione quadro 2002/946/JAI del Consiglio, del 28 novembre 2002, relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali, e l'articolo 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea devono essere interpretati nel senso che l'adesione di uno Stato all'Unione europea, intervenuta dopo la commissione del reato di favoreggiamento dell'ingresso e del soggiorno illegali di cittadini di tale Stato nel territorio di uno Stato membro e prima che il suo autore sia sottoposto a giudizio, non ha l'effetto di far venir meno tale reato.

[1](#) Lingua originale: il francese.

[2](#) In prosiegua: la «Carta».

[3](#) GU 2002, L 328, pag. 17.

[4](#) GU 2002, L 328, pag. 1.

[5](#) Supplemento ordinario alla GURI n. 191, del 18 agosto 1998.

[6](#) GURI n. 170, del 24 luglio 2009; in prosiegua: il «decreto legislativo n. 286/1998».

[7](#) In prosiegua: la «CEDU».