

Irretroattività della *lex mitior*: la CGUE segue la Cassazione

di Francesco Campodonico

Title: Non-retroactivity of the *lex mitior*: the ECJ follows the Italian Court of Cassation

Keywords: Abolitio criminis; Retroactivity of the more lenient criminal law; Acts carried out before the accession of Romania to the European Union.

1. – Con la pronuncia in commento la Corte di Giustizia dell'Unione europea ha stabilito che il mero fatto dell'adesione di uno Stato all'Unione non preclude la possibilità per un altro Stato membro di sanzionare penalmente coloro che, prima di tale adesione, abbiano commesso il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cittadini provenienti dal primo Stato.

La questione non è nuova, almeno nel panorama del diritto interno, in quanto la Corte di Cassazione è stata chiamata, già in diverse occasioni (cfr., tra le altre, Cass. Sez. VI, 16-12-2004, *Buglione*; Cass. Sez. I, 11-1-2007, *Ferlazzo*, e, soprattutto, Cass., S.U., 27-9-2007, *Magera*), ad esprimersi sulla medesima questione, giungendo, peraltro, a conclusioni analoghe. Tuttavia, il caso specifico – come si avrà modo di vedere – pone, forse con maggiore evidenza di altri casi, il problema della compatibilità di tale soluzione giurisprudenziale con lo statuto costituzionale (e convenzionale, *ex art. 7 CEDU* come interpretato) del principio di retroattività della legge penale più favorevole.

2. – Come noto, l'art. 12, c. 3, del d.lgs. n. 286/1998 sanziona diverse condotte di favoreggiamento all'immigrazione clandestina, volte, tra l'altro, a «procurare illegalmente» l'ingresso di «stranieri» nel territorio dello Stato. È altresì noto, tuttavia, che, a seguito dell'adesione della Romania all'Unione, avvenuta il 1° gennaio 2007, i cittadini di questo Paese hanno acquistato la cittadinanza europea, da allora, dunque, la stessa condotta ha cessato di costituire reato (in quanto il loro ingresso sul territorio dello Stato non può più considerarsi illegale).

Trovandosi, dunque, a giudicare sulla responsabilità penale di alcuni soggetti, accusati di «essersi adoperati per favorire l'immigrazione clandestina in Italia di cinque cittadini rumeni in un tempo precedente all'adesione della Romania all'Unione europea», il Tribunale di Campobasso sollevava due questioni pregiudiziali alla CGUE, chiedendo, con riferimento agli articoli 6 TUE e 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, se tali norme ostassero alla comminazione di una sanzione penale a carico di tali soggetti. Più precisamente, interesse del giudice *a quo* era comprendere, da un lato, se l'avvenuta adesione della Romania all'Unione europea avesse comportato, ai sensi delle norme richiamate, una *abolitio criminis* (parziale) del reato di favoreggiamento, da parte di cittadini italiani, dell'immigrazione clandestina di cittadini romeni e, dall'altro, se il principio di retroattività della legge penale più favorevole dovesse comunque applicarsi gli imputati nel caso concreto.

3. – Dopo aver richiamato, come di consueto, le pertinenti norme del diritto dell’Unione e di quelle di diritto interno, la CGUE ha affermato la propria competenza a decidere sul caso – competenza contestata dal Governo italiano, per il quale, nel caso di specie, non si sarebbe fatta alcuna applicazione delle invocate norme dell’Unione – in considerazione dell’evidente rapporto di strumentalità sussistente tra la norma interna volta a reprimere le condotte di favoreggiamento della immigrazione clandestina e il considerando 2 della direttiva 2002/90/CE, secondo cui gli Stati membri sono invitati ad «adottare misure volte a combattere l’attività di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina».

4. – Nel merito, la Corte, dopo aver ribadito, da un lato, la riconducibilità del principio di retroattività della *lex mitius* alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e, quindi, il suo essere annoverabile tra i principi generali del diritto dell’Unione, e, dall’altro, il suo (più recente) valore di diritto primario dell’Unione, a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona (che ha riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea lo stesso valore giuridico dei Trattati), ha escluso che nel caso di specie si potesse fare applicazione del principio. Secondo la Corte, infatti, tale principio si lega «necessariamente a una successione di leggi nel tempo», mediante la quale il «legislatore» dimostra di aver «cambiato parere o in merito alla qualificazione penale dei fatti o in merito alla pena da applicare a un’infrazione» (v. punto 27). Se, come sostenuto dalla Corte, per aversi retroattività *in mitius* occorre una mutazione nella legislazione di riferimento, tale effetto va escluso nel caso concreto non essendo intervenuta alcuna modificazione nella normativa penale italiana in materia di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina (v. punto 28). La “modifica”, dunque, si sarebbe posta, piuttosto, su un piano «extra-penale» e meramente fattuale, legandosi, cioè, all’avvenuta adesione della Romania all’Unione europea.

Esclusa, così, una modifica in astratto della legge penale, la Corte si è interrogata sull’effettiva incidenza dell’adesione della Romania sugli elementi costitutivi della fattispecie interna di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina. Tale fattispecie, sanzionando non già la condotta di chi, non avendone diritto, entra in uno Stato membro ma bensì quella di chi tale condotta illecita favorisce con il proprio comportamento, si dimostra indipendente rispetto a una qualsiasi mutazione di fatto che riguardi il diritto del cittadino straniero ad entrare nel territorio dello Stato membro (v. p.to 32). L’adesione della Romania all’Unione europea è qualificata, pertanto, come «una circostanza di fatto che non è di natura tale da modificare gli elementi costitutivi del reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina» (v. p.to 33).

Inoltre, riprendendo un diverso argomento, già speso dall’Avvocato generale, Yves Bot, nelle sue Conclusioni, la Corte ha dato atto del fatto che se si fosse ritenuto diversamente, stabilendo il venire meno dell’infrazione commessa dagli imputati, si sarebbe indirettamente incoraggiato il traffico di manodopera ogni qualvolta «uno Stato abbia avviato il processo di adesione all’Unione, poiché i trafficanti avrebbero la garanzia di beneficiare successivamente dell’immunità» (v. p.to 36 della sentenza in commento e i par. 26 e 27 delle Conclusioni dell’Avvocato generale).

5. – Come è già stato osservato in dottrina (v. G. Pecchioni, *Corte di Giustizia UE e modifiche “mediate” alla legge penale: (ir)retroattività della lex mitior?*, in *Parola alla difesa*, 1, 2017), la pronuncia in commento va ad aggiungere materia di riflessione attorno al complesso tema delle modifiche c.d. “mediate” alla fattispecie penale, ossia di quelle modifiche che incidono su altre leggi, «anche “extra-penali”», che sono da questa richiamate o sono, comunque, da questa presupposte.

La Corte europea predilige un approccio formalistico al tema della retroattività della *lex mitius*, legandola alla positiva verifica di un’effettiva modificazione della legge penale incriminatrice. La CGUE ha escluso che, nel caso, si possa parlare di intervenuta *abolitio criminis* in quanto il reato di favoreggiamento all’immigrazione clandestina non è espunto dall’ordinamento italiano, nemmeno parzialmente, a seguito dell’adesione della Romania.

Sposando questo tipo di argomentazione, la Corte europea non si distingue dai risultati cui è pervenuta anche la giurisprudenza della Cassazione in materia di *abolitio criminis* mediante l'applicazione, prima con la sentenza *Giordano* (Cass., S.U., 26-3-2003) e poi con la *Magera* (si v.no, nello stesso senso, anche le sentenze Cass., S.U., 28-2-2008, *Niccoli e Cass.*, S.U., 26-2-2009, *Rizzoli*), del c.d. «criterio strutturale» (G.L. Gatta, *Abolitio criminis e successione di norme "integratrici" nella recente giurisprudenza delle Sezioni Unite della corte di Cassazione*, in *Dir. pen. cont.*, 2010). Secondo questo consolidato orientamento della Suprema Corte, infatti, la «indagine sugli effetti penali della successione di leggi extra-penali va condotta facendo riferimento alla fattispecie astratta e non al fatto concreto» (v. *Magera*). In questo senso, quindi, solo se la successione tra le leggi extra-penali incide sulla fattispecie astratta si determina una successione di leggi penali nel tempo, rilevante ai fini dell'applicazione della *lex mitior* (e, eventualmente, del riconoscimento di un'*abolitio criminis* totale o parziale). Nello stesso modo, dunque, ha proceduto la CGUE, andando a verificare – aldilà dell'immutata disposizione – quali effetti avesse avuto l'adesione della Romania sugli elementi costitutivi della fattispecie incriminatrice di favoreggiamento all'immigrazione clandestina.

6. – L'imperante «criterio strutturale», tuttavia, manifesta – in quanto basato su un accertamento di tipo formale – un'intrinseca debolezza. È forse proprio per questa ragione che, tanto nel 2007 (con le Sezioni Unite *Magera*) quanto nel 2016 (con la sentenza in commento), si è fatto ricorso anche a un altro argomento, più di natura politico-criminale che strettamente giuridico. Entrambe le Corti hanno paventato, infatti, che, decidendo diversamente, si sarebbero incentivate condotte di favoreggiamento all'immigrazione clandestina da tutti quei Paesi per i quali fosse già avviato un processo di adesione all'Unione europea (v. G. Pecchioni, *op. cit.*).

Questo argomento, che pure manifesta una condivisibile preoccupazione circa le possibili ricadute concrete dell'attività giurisdizionale, non pare del tutto persuasivo. Se anche fosse possibile sostenere – della qual cosa tuttavia si dubita – che la speranza di un'eventuale *abolitio criminis* costituisca, da sola e in tutti i casi, un dato effettivamente incentivante la condotta lesiva, a ben vedere, però, si dovrebbe altresì stabilire in quale momento l'agente possieda una ragionevole certezza circa il buon esito del processo di adesione di uno Stato all'Unione europea. Come noto, si tratta di un percorso che presenta diverse fasi, contraddistinte da importanti momenti di discrezionalità politica (v. art. 49 TUE).

7. – Come ben ricordato dalla dottrina (v., G. Pecchioni, *op. cit.*), la diversa teoria della «doppia punibilità in concreto» o del «fatto concreto» (v. G.L. Gatta, *op. cit.*), che costituisce un'alternativa logica al criterio strutturale, non trova più accoglimento nella giurisprudenza della nostra Suprema Corte. Tuttavia, l'assunto fondamentale dell'antica giurisprudenza *Tuzet* (Cass., S.U., 23-5-1987), secondo il quale «per quanti bizantinismi si vogliano fare, non si potrà mai contestare che il fatto di reato ascritto (agli imputati), se commesso oggi, non costituirebbe reato», ci sembra, aldilà dello scarso seguito avuto da quella pronuncia, maggiormente rispondente allo statuto costituzionale del principio di retroattività della legge penale più favorevole, come riconosciuto dalla giurisprudenza della Consulta (su cui, v. F. Viganò, *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza n. 236/2011*, in *Dir. pen. cont.*, 2011).

Come noto, infatti, la Corte costituzionale ha più volte affermato (v., tra le altre, sentenze n.: 393 del 2006; 72 e 215 del 2008; 236 del 2011; 230 del 2012) che, a differenza del principio di irretroattività della norma penale più sfavorevole, che trova il suo esplicito fondamento costituzionale nell'art. 25, c. 2, Cost., il principio di retroattività della *lex mitius* si deve ricondurre all'art. 3 Cost., essendo manifestazione del più generale principio di eguaglianza-ragionevolezza. Su questa base, dunque, si ritiene generalmente «discriminatorio punire in maniera differenziata soggetti responsabili della medesima violazione, soltanto in ragione della diversa data di commissione del reato» e che «a fortiori risulti discriminatorio

che uno di tali soggetti continui ad essere punito e l'altro si sottragga a qualsiasi sanzione penale, ancora in ragione del *tempus commissi delicti*» (F. Viganò, *op. cit.*).

Benché la Corte riconosca che tale principio sia suscettibile («a differenza di quello contenuto nell'art. 25, c. 2, Cost.», v. C. cost. n. 236 del 2011) di entrare in bilanciamento con «interessi contrapposti di analogo rilievo» (così, C. cost. n. 393 del 2006) o possa “cedere” di fronte a «sufficienti ragioni giustificative» (così, ad es., C. cost. n. 230 del 2012), nel caso di specie tali elementi non paiono immediatamente ravvisabili, se non nell'argomento – già criticato – dell'effetto “non incentivante” per future condotte analoghe. Su questo caso, dunque, sembrerebbe opportuno chiamare a pronunciarsi la Corte costituzionale, che avrebbe così modo di valutare, da un lato, l'impatto della “nuova” giurisprudenza della CGUE sulla portata del principio di retroattività della *lex mitior* e, dall'altro, la compatibilità con l'art. 3 Cost. del «criterio strutturale» elaborato dalla Suprema Corte.

8. – Infine, un ultimo riferimento deve essere fatto alla discussa compatibilità di tale giurisprudenza della CGUE con quella della CEDU (su questo, v. G. Pecchioni, *op. cit., in fine*). Quest'ultima Corte, nella famosa sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 10249/2003), è giunta, infatti, a un'interpretazione evolutiva dell'art. 7 della Carta EDU e ha ammesso, per la prima volta, la tutela convenzionale del principio di retroattività della *lex mitius*. Come già osservato in dottrina (F. Viganò, *op. cit.*), tale pronuncia «non è senza conseguenze sul piano del diritto costituzionale italiano, spalancando la possibilità (...) di invocare questa volta l'art. 117, c. 1, Cost. a supporto delle nuove questioni di legittimità costituzionale».

In conclusione, sembrerebbe possibile suggerire al giudice campobassano di valutare l'opportunità di sollevare una questione di legittimità costituzionale sull'art. 12 del d.lgs. 286 del 1998 nella parte in cui sottopone a pena quanti abbiano commesso il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di cittadini di uno Stato non facente parte dell'Unione europea prima dell'adesione dello stesso all'Unione. La questione di legittimità potrebbe essere argomentata sulla base della violazione di un doppio parametro di costituzionalità: da un lato, infatti, si potrebbe argomentare in ordine alla violazione dell'art. 3 (in quanto la condanna degli imputati darebbe luogo ad una discriminazione di fatto) e, dall'altro, alla violazione dell'art. 7 della CEDU come norma interposta dell'art. 117, c. 1, Cost.