

Penale Sent. Sez. U Num. 40982 Anno 2018

Presidente: CARCANO DOMENICO

Relatore: ROCCHI GIACOMO

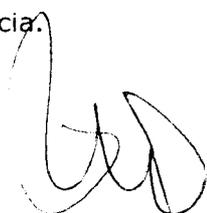
Data Udiienza: 21/06/2018

SENTENZA

sul ricorso proposto dal
Procuratore generale della Repubblica presso la Corte di appello di Brescia
nel procedimento a carico di
1. Mizanur Rahaman, nato in Bangladesh il 25/06/1986

avverso la sentenza del 05/11/2015 della Corte di appello di Brescia

visti gli atti, il provvedimento impugnato e il ricorso;
udita la relazione svolta dal componente Giacomo Rocchi;
udito il Pubblico Ministero, in persona del Procuratore generale aggiunto
Francesco Mauro Iacoviello, che ha concluso chiedendo l'annullamento con rinvio
del provvedimento impugnato;
udito il difensore di Rahaman Mizanur, avv. Giovanni Carlucci, che ha concluso
chiedendo il rigetto del ricorso del Procuratore Generale, con conseguente
conferma della sentenza della Corte di appello di Brescia.



RITENUTO IN FATTO

1. La Corte di appello di Brescia, in parziale riforma della sentenza del Tribunale di Mantova che aveva dichiarato Rahaman Mizanur colpevole del delitto di cui agli artt. 81 e 110 cod. pen. e 12, comma 3, lett. *d*), d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 (Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero) e, previa concessione delle attenuanti generiche e con la diminuzione del rito abbreviato, lo aveva condannato alla pena di anni due e mesi sei di reclusione ed euro 100.000 di multa, derubricata la condotta contestata nel reato di cui all'art. 12, comma 1, T.U. imm., rideterminava la pena in anni uno di reclusione ed euro 20.000 di multa, concedendo all'imputato il beneficio della sospensione condizionale della pena.

Secondo l'imputazione, Mizanur, in concorso con altri soggetti, aveva compiuto una pluralità di atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del predetto testo unico, di 131 cittadini stranieri, ottenendo fraudolentemente il rilascio di nulla osta al lavoro e visti di ingresso mediante presentazione di domande false e deposito di documentazione fittizia.

La Corte territoriale, dopo aver respinto i motivi di appello relativi alla responsabilità dell'imputato (che in questa sede non è in discussione), aderiva all'interpretazione secondo cui la fattispecie dell'art. 12, comma 3, T.U. imm. richiede l'effettivo ingresso illegale degli stranieri nel territorio dello Stato, cosicché, se esso non avviene, come nel caso di specie, gli atti diretti a provocarlo sono puniti in forza del primo comma del medesimo articolo.

2. Ricorreva per cassazione il Procuratore generale presso la Corte d'appello di Brescia, deducendo erronea applicazione dell'art. 12, commi 1 e 3, T.U. imm.

Il ricorrente contestava l'orientamento adottato dalla Corte territoriale, che ritiene la fattispecie del terzo comma una ipotesi autonoma di reato che presuppone l'avvenuto ingresso dello straniero nel territorio dello Stato: il ricorrente rimarcava che le condotte descritte nel terzo comma sono le medesime del primo comma, ma vengono punite con maggiore severità per le modalità che le connotano, prescindendo dall'avvenuto ingresso.

Alcune delle ipotesi elencate dal terzo comma non contemplano tale ingresso e anche quella di cui all'art. 12, comma 3, lett. *a*) T.U. imm. si riferisce ai «fatti» descritti nella prima parte del comma e, quindi, anche al compimento di «atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato».

Il ricorrente concludeva per l'annullamento della sentenza impugnata.

3. Il difensore di Rahaman Mizanur ha depositato una memoria in cui, dopo avere premesso che nessuno degli stranieri indicati sui nulla osta aveva fatto ingresso nel territorio dello Stato, ha ribadito che l'art. 12, comma 3, T.U. imm. non prevede delle aggravanti del delitto di cui al primo comma dello stesso articolo, ma descrive una fattispecie autonoma di reato che si perfeziona soltanto con l'ingresso degli stranieri sul territorio dello Stato.

Tale interpretazione è sorretta dalla descrizione degli elementi specializzanti, nei quali si evocano l'ingresso e il trasporto degli stranieri, dal notevole incremento sanzionatorio rispetto alla fattispecie del primo comma e dalla differente natura delle altre aggravanti ad effetto speciale descritte nel successivo comma 3-ter, norma che, per di più, opera un distinto riferimento ai fatti di cui al primo e al terzo comma dell'art. 12.

Secondo il difensore, la riforma dell'art. 12 T.U. imm. operata dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, ha modificato in senso oggettivo la condotta punita e impone l'interpretazione adottata dalla Corte territoriale; interpretazione che, per di più, impedisce di giudicare in maniera uguale condotte tentate e consumate, con la conseguente violazione dei principi di uguaglianza e ragionevolezza affermati dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 236 del 2016.

Se il legislatore avesse voluto punire la condotta prescindendo dall'effettivo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato avrebbe usato una locuzione espressa. In definitiva, secondo il difensore, il delitto di cui all'art. 12, comma 3, T.U. imm. è reato di evento e non di pericolo.

In subordine, il difensore ha eccepito la illegittimità costituzionale della norma, se interpretata in senso opposto, per violazione degli artt. 2, 3, 25 secondo comma e 27, primo e terzo comma della Costituzione nonché 11 e 117 della Costituzione con riferimento all'art. 49, ultimo comma, della Carta dei Diritti fondamentali dell'Unione Europea.

4. Con ordinanza adottata all'udienza del 10/1/2018, la Prima Sezione penale ha rimesso la questione alle Sezioni Unite.

L'ordinanza rileva l'esistenza di due contrasti nella giurisprudenza di legittimità: il primo, relativo alla qualificazione delle fattispecie disciplinate dall'art. 12, comma 3, T.U. imm., ritenute alternativamente aggravanti del delitto di cui al primo comma dello stesso articolo o ipotesi autonome di reato; il secondo, conseguente alla considerazione dell'art. 12, comma 3, T.U. imm. come fattispecie autonoma di reato, sulla sua natura di reato di pericolo o di reato di evento, nella seconda alternativa sostenendosi che, per la sua consumazione, occorre l'effettivo ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato.



Un primo orientamento considera l'art. 12, comma 3, T.U. imm. una aggravante "per aggiunta" rispetto alla fattispecie del primo comma sulla base del criterio strutturale adottato da diverse pronunce delle Sezioni Unite: tra i due commi non mutano gli elementi strutturali essenziali della condotta, ma il fatto-base viene integrato nel terzo comma mediante inserimento di dati specializzanti.

Un secondo orientamento sostiene, invece, trattarsi di fattispecie autonoma che richiede l'effettivo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato a differenza del reato di cui al primo comma, a consumazione anticipata: a sostegno di tale interpretazione si sottolinea il massiccio incremento sanzionatorio operato per le ipotesi del terzo comma, giustificabile soltanto se rapportato ad una effettiva violazione della disciplina, nonché il riferimento distinto ai fatti descritti dai due commi presente nel successivo comma 3-ter dello stesso articolo.

Un ultimo orientamento afferma che l'art. 12, comma 3, T.U. imm. disegna una fattispecie autonoma di reato, ma ritiene che anch'essa abbia natura di reato di pericolo o a consumazione anticipata: si osserva che le ipotesi elencate nel comma si attagliano anche ad attività illecite che non determinano un ingresso effettivo dello straniero nel territorio dello Stato; ingresso che, al di là di una lettura superficiale, non è richiesto nemmeno per la prima delle cinque ipotesi, quella indicata dalla lett. a).

La Sezione rimettente segnala gli effetti rilevanti della decisione sul regime sanzionatorio: la natura di aggravante dell'art. 12, comma 3 T.U. imm. ne permette il bilanciamento con circostanze attenuanti, poiché non vige il relativo divieto, dettato per le ipotesi di cui ai commi 3-bis e 3-ter.

5. Con provvedimento del 10 aprile 2018, il Presidente aggiunto ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite ai sensi dell'art. 618 cod. proc. pen. e ha fissato per la trattazione l'odierna udienza pubblica.

CONSIDERATO IN DIRITTO

1. Le questioni di diritto per le quale il ricorso è stato rimesso alle Sezioni unite possono essere così sintetizzate:

"- se in tema di disciplina dell'immigrazione, le fattispecie disciplinate dall'art. 12, comma 3, d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 costituiscano circostanze aggravanti del delitto di cui all'art. 12, comma 1, del medesimo decreto legislativo ovvero figure autonome di reato; se, in quest'ultimo caso, tali figure integrino un reato di pericolo ovvero a consumazione anticipata, che si



perfeziona per il solo fatto di compiere atti diretti a procurare l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato, in violazione della disciplina di settore, non richiedendo l'effettivo ingresso illegale dell'immigrato in detto territorio".

2. La prima questione, in verità, non è espressamente trattata nella sentenza impugnata; piuttosto, la decisione presuppone la natura autonoma della fattispecie dell'art. 12, comma 3 T.U. imm., così come la presupponeva la sentenza del Tribunale di Mantova che, pur escludendo la sussistenza dell'aggravante contestata di cui all'art. 12 comma 3-*bis* T.U. imm., che avrebbe impedito il bilanciamento con le circostanze attenuanti, e pur avendo applicato all'imputato le attenuanti generiche, aveva determinato la pena adottando come pena base quella calcolata in base al terzo comma (anni cinque e mesi sei di reclusione ed euro 45.000 di multa) e riducendola in virtù delle attenuanti generiche: quindi, appunto, non procedendo al bilanciamento tra circostanze.

Anche il ricorso del Procuratore generale, benché faccia implicito riferimento alla natura di circostanza aggravante della previsione dell'art. 12 comma 3 T.U. imm., sottolineando che la norma punisce con maggiore severità le medesime condotte previste al primo comma per le modalità che le connotano, si concentra sulla diversa questione della necessità dell'effettivo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato per ritenere consumato il delitto.

Tuttavia, la questione non può essere elusa dalla Corte nella presente decisione, sia perché si verte in punto di qualificazione giuridica della condotta, che il Giudice di legittimità deve sempre affrontare *ex officio*, sia perché le sentenze di legittimità che hanno dato luogo al contrasto risolvono – più o meno esplicitamente – anche tale tematica che, inevitabilmente, concorre ad individuare la soluzione adottata.

3. L'interrogativo sulla natura della previsione dell'art. 12, comma 3 T.U. imm. è stata risolto in senso differente dalla giurisprudenza di legittimità parallelamente alle modifiche ripetutamente ad essa apportate dal legislatore.

Il testo originario dell'art. 10 legge 6 marzo 1998, n. 40, trasfuso nell'art. 12 del d. lgs. 25 luglio 1998, n. 286, puniva al primo comma «chiunque compia attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni della presente legge» e, al terzo comma, contemplava alcune ipotesi sanzionate più severamente e cioè il fine di lucro, il concorso di tre o più persone, l'ingresso di cinque o più persone, l'utilizzazione di servizi di trasporto internazionale o di documenti contraffatti, la finalità di reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della

prostituzione, l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento.

Si era ripetutamente affermato che le ipotesi previste dall'art. 12, comma 3 T.U. imm. non configuravano ipotesi autonome di reato ma circostanze aggravanti ad effetto speciale rispetto all'ipotesi semplice del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina delineata nel primo comma (Sez. 1, n. 44644 del 21/10/2004, Ren, Rv. 230187; Sez. 1, n. 5360 del 04/12/2000, dep. 2001, Vishe, Rv. 218087).

Analoga qualificazione era stata, in precedenza, attribuita all'art. 3, comma 8 decreto legge 30 dicembre 1989, n. 416, conv., con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 1990, n. 39, che costituiva l'antecedente storico dell'art. 12 T.U. imm. e che era costruito in maniera analoga: si erano qualificate entrambe le ipotesi citate nella seconda parte della disposizione (fatto commesso a fine di lucro ovvero da tre o più persone in concorso tra di loro) come circostanze aggravanti ad effetto speciale e non titoli autonomi di reato (Sez. 1, n. 1761 del 25/03/1998, Zarli, Rv. 210347; Sez. 1, n. 6227 del 27/11/1996, dep. 1997, Musletag, Rv. 206446; Sez. 1, n. 5647 del 09/11/1995, Wen Jang Jiang, Rv. 203054).

La legge 30 luglio 2002, n. 189, aveva apportato modifiche sia al primo che al terzo comma dell'art. 12 T.U. imm.: la condotta del primo comma veniva descritta come «atti diretti a procurare l'ingresso [...]», con la sostituzione del verbo «favorire» con «procurare».

Il terzo comma assumeva una struttura analoga a quella attualmente vigente, con la riserva iniziale («Salvo che il fatto costituisca più grave reato») e la ripetizione della condotta descritta al primo comma; il comma disponeva un aumento di pena per più ipotesi descritte separatamente: per il caso di dolo specifico di profitto, anche indiretto e, nella seconda parte, per il concorso di tre o più persone, l'utilizzo di servizi internazionali di trasporto o di documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente detenuti.

Erano poi dettate due aggravanti (così espressamente qualificate dal legislatore nel comma *3-quater*) ai commi *3-bis* e *3-ter*, alcune delle quali riproducevano quelle già contemplate nella norma originaria.

In sostanza, alcune ipotesi aggravate venivano separate dalle altre e quella relativa alla finalità di «lucro» veniva specificata ed ampliata.

La rilevanza attribuita alla condotta connotata dal dolo specifico di profitto era ulteriormente accentuata dalla nuova riforma operata dal decreto legge 14 settembre 2004, n. 241, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 novembre 2004, n. 271, che aveva soppresso il secondo periodo del terzo comma, "trasferendo" le fattispecie ivi previste (concorso di tre o più persone, utilizzo di

servizi internazionali di trasporto o di documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente detenuti) in una separata lettera *c-bis*) del comma 3-*bis*: in definitiva, delimitando il contenuto del comma 3 alla sola ipotesi suddetta.

La norma così riformata era stata interpretata nel senso di attribuire natura di reato autonomo e non di mera circostanza aggravante al delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina caratterizzato dal fine di profitto (Sez. 1, n. 7157 del 22/01/2008, Karpeta, Rv. 239304; Sez. 1, n. 11578 del 25/01/2006, Rufai Kuku, Rv. 233872).

In particolare, si sottolineava la tecnica usata dal legislatore che, anziché rinviare per la descrizione del precetto al primo comma, aveva riformulato completamente la disposizione (indicando sia il precetto che la sanzione), così da confezionare, anche graficamente, una ipotesi di reato del tutto autonoma; ancora, si rimarcava la circostanza che i successivi commi 3-*bis* e 3-*ter* facevano distintamente riferimento alle ipotesi di reato rispettivamente previste dai commi 1 e 3 (il riferimento è al testo del comma 3-*bis* ulteriormente modificato dal d.l. n. 241 del 2004: «Le pene di cui ai commi 1 e 3 sono aumentate se [...]», mentre il comma 3-*ter* si applicava ai «fatti di cui al comma 3»); si individuava, inoltre, la chiara *ratio legis* del legislatore della novella, che aveva voluto colpire in modo più severo i casi contrassegnati dal fine di lucro, connotati da maggiore gravità e pericolosità sociale, ed anche altamente riprovevoli alla coscienza collettiva, imponendo un livello sanzionatorio non riducibile per effetto delle attenuanti; ancora, si riteneva coerente con la natura di reato autonomo il divieto di bilanciamento di circostanze stabilito dal comma 3-*quater* solo per le aggravanti di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter*.

La norma attualmente vigente, da ultimo riformata dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, ha lasciata intatta la struttura dell'art. 12, comma 1 T.U. imm., modificando profondamente la parte successiva dell'articolo: la condotta dettata dal dolo specifico di profitto, anche indiretto, è ora contemplata nell'aggravante ad effetto speciale di cui al comma 3-*ter*, unitamente a quella contrassegnata dal fine di sfruttamento lavorativo, sessuale, di prostituzione o di minori; tuttavia, l'effetto di impedire una eccessiva riduzione della pena è stato mantenuto con il divieto di bilanciamento dettato dal comma 3-*quater*.

Il comma 3 contempla, ora, cinque diverse ipotesi (alcune delle quali già previste nelle precedenti versioni della norma) punite con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona. Le condotte punite sono descritte unitariamente mediante la riproduzione letterale di quella contemplata dal primo comma e il loro elenco è introdotto con la locuzione «nel caso in cui: a) [...]». È presente anche la riserva iniziale «Salvo che il fatto costituisca più grave reato [...]».



Il comma 3-*bis* disegna un'aggravante «se i fatti di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo due o più ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma», soggetta al divieto di bilanciamento stabilito dal comma 3-*quater*.

4. Secondo Sez. 1, n. 40624 del 25/03/2014, Scarano, non mass. sul punto, la descrizione delle ipotesi specializzanti contenute nel comma 3 fa ritenere che la norma descriva un reato autonomo, non una aggravante; si sottolinea che i fatti descritti sono evocativi di una effettiva violazione della disciplina di controllo dell'immigrazione.

La Corte ritiene «infelice» la tecnica normativa di riproporre la descrizione di una condotta «di base» analoga a quella del primo comma, ma sostiene che la qualificazione come fattispecie autonoma e l'attribuzione al delitto della natura di reato di evento «consente il recupero di ragionevolezza sistematica [...] anche in chiave di interpretazione costituzionalmente orientata».

Ulteriore conferma della natura autonoma della fattispecie del terzo comma è tratta dal testo del comma 3-*ter* che fa riferimento in modo distinto alle ipotesi dei due commi.

La natura di fattispecie autonoma di reato della previsione dell'art. 12, comma 3, T.U. imm. è affermata anche da Sez. 1, n. 45734 del 31/03/2017, Bouslim, Rv. 271127, secondo cui, tuttavia, si tratta di un reato di pericolo o "a consumazione anticipata", che si perfeziona per il solo fatto di compiere atti diretti a procurare l'ingresso dello straniero nel territorio dello Stato in violazione della disciplina di settore, non richiedendo l'effettivo ingresso illegale dell'immigrato in detto territorio.

La riforma operata dalla legge n. 94 del 2009 non avrebbe radicalmente mutato la natura autonoma del reato che «anziché come in precedenza differenziarsi per il fine di profitto, adesso si caratterizza per la previsione di specifiche condotte»; la locuzione «nel caso in cui [...]» avrebbe la funzione di prevedere «una gamma di situazioni che in precedenza configuravano circostanze aggravanti». Non vi sarebbe, quindi, «una diversità di struttura tra l'ipotesi di immigrazione clandestina prevista dal primo comma della norma e quella introdotta nel terzo comma con la modifica attuata da ultimo con la legge 94 del 2009».

5. Avverso tale orientamento, Sez. 1, n. 14654 del 29/11/2016, dep. 2017, Yankura, Rv. 269538 sostiene che le fattispecie disciplinate dall'art. 12, comma 3, T.U. imm. costituiscono circostanze aggravanti del delitto di cui all'art. 12, comma 1 e non figure autonome di reato.



Secondo il Collegio, in assenza di espresse indicazioni legislative, il canone principale di differenziazione per individuare la natura circostanziale o autonoma di una *figura criminis* è rappresentato dal criterio di specialità dettato dall'art. 15 cod. pen., in quanto gli elementi circostanziali si pongono in rapporto di *species ad genus* al cospetto della fattispecie base del reato, costituendone una specificazione.

Adottando come canone interpretativo il criterio strutturale, emerge la natura circostanziale della fattispecie del terzo comma rispetto a quella del primo comma: «Il profilo descrittivo della condotta, invero, replica esattamente l'ipotesi base, con una tecnica di normazione abbastanza insolita»; infatti, gli elementi strutturali, essenziali della condotta enucleata nel comma 1, non mutano ed il fatto-base «risulta integrato "per aggiunta" esclusivamente attraverso l'inserimento dei dati specializzanti, elencati avvalendosi della tecnica di enumerazione letterale progressiva».

Rispetto alla fattispecie base, quella del terzo comma, quindi, si pone «in rapporto di specialità per aggiunta con riferimento ai nuclei fattuali indicati che accentuano la lesività della condotta base, con conseguente previsione di un trattamento sanzionatorio di maggiore asprezza»: una «tecnica di incriminazione tipicamente selettiva degli elementi circostanziali [che] delimitando connotazioni accessorie del fatto (*circum-stant*) ne incrementano il disvalore o lo attenuano, a seconda della diversa natura (aggravante o attenuante)».

Secondo la pronuncia, rafforzerebbero l'orientamento anche l'incorporazione del fatto in un'unica norma incriminatrice e il significato teleologico della norma, che è posta a presidio del medesimo bene giuridico sia nelle ipotesi del primo che del terzo comma.

La soluzione sarebbe preferibile anche sulla base di considerazioni differenti: la non frammentazione di un nucleo offensivo identico in più ipotesi di reato, attraverso aspetti accessori, e il principio di *favor*, atteso che la natura autonoma del reato impedisce il bilanciamento delle circostanze.

Le ulteriori aggravanti di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter* non ostacolano l'interpretazione adottata, corrispondendo ad una tecnica già utilizzata, ad esempio, per l'art. 416-*bis* cod. pen.; i riferimenti ai «fatti di cui ai commi 1 e 3» e ai «reati di cui al comma 3» contenuti nella norma non sono considerati decisivi, avendo carattere meramente formale. Il divieto di bilanciamento tra le circostanze limitato alle sole circostanze di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter* non dimostra la natura autonoma della fattispecie del comma 3, ma corrisponde alla scelta del legislatore di attuare un trattamento di maggior rigore nei soli casi in concorrano congiuntamente più circostanze di tale comma o le ipotesi più previste dal comma 3-*ter*.

6. Le Sezioni Unite ritengono corretta tale seconda linea interpretativa.

Si deve premettere che, come risulta con evidenza dagli artt. 61, 62 e 84 cod. pen., non esiste alcuna differenza ontologica tra elementi costitutivi, o essenziali, ed elementi circostanziali del reato: il legislatore, infatti, può rendere elementi costitutivi del reato ipotesi che, altrimenti, sarebbero considerate circostanze comuni ovvero considerare «fatti che costituirebbero, per se stessi, reato» come «circostanze aggravanti di un solo reato».

Di conseguenza, la risposta in ordine al dubbio sulla natura di una fattispecie è data esclusivamente dalla ricostruzione della volontà del legislatore che, nella sua discrezionalità, tenta di articolare la valutazione penale di determinate condotte in maniera più aderente alle loro concrete manifestazioni, che mutano anche nel tempo: le numerose riforme della norma in commento sono frutto di questo tentativo, che ha tenuto conto del mutamento del fenomeno del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nel corso degli ultimi decenni.

Ciò premesso, in mancanza di una manifestazione espressa della volontà del legislatore di introdurre, con l'art. 12, comma 3 T.U. imm., circostanze aggravanti o fattispecie autonome di reato (manifestazione che, invece, si rinviene per le ipotesi descritte nell'art. 12, commi 3-*bis* e 3-*ter* T.U. imm., che il successivo comma 3-*quater* qualifica esplicitamente come «aggravanti»), occorre ricavare tale volontà da indici significativi, elaborati da giurisprudenza e dottrina in mancanza di indicazioni normative sui criteri di distinzione.

Le Sezioni Unite hanno ribadito negli anni che il criterio principale (anche se non unico) è quello strutturale, attenendo alla struttura del precetto o della sanzione: il modo in cui la norma descrive gli elementi costitutivi della fattispecie o determina la pena è indicativo della volontà di qualificare gli elementi come circostanza o come reato autonomo; ciò, del resto, è coerente con la discrezionalità del legislatore oggetto della premessa.

Nel valutare la struttura della fattispecie penale di cui all'art. 640-*bis* cod. pen. con riferimento a quella di cui all'art. 640 cod. pen., Sez. U, n. 26351 del 26/06/2002, Fedi, Rv. 221663 rilevava che «nel caso dell'art. 640-*bis* la fattispecie è descritta attraverso il rinvio al fatto-reato previsto nell'art. 640, seppure con l'integrazione di un oggetto materiale specifico della condotta truffaldina e della disposizione patrimoniale (le erogazioni da parte dello Stato, delle Comunità europee o di altri enti pubblici). Una siffatta struttura della norma incriminatrice indica la volontà di configurare soltanto una circostanza aggravante del delitto di truffa» In effetti, «la descrizione della fattispecie [...] non immuta *gli elementi essenziali* del delitto di truffa, né quelli materiali né quelli psicologici, ma introduce soltanto un oggetto materiale specifico - tradizionalmente qualificato come accidentale e cioè circostanziale - laddove



prevede che la condotta truffaldina dell'agente e la disposizione patrimoniale dell'ente pubblico riguardino contributi, finanziamenti, mutui agevolati ovvero altre erogazioni dello stesso tipo. Tra reato-base e reato circostanziato intercorre quindi un rapporto di specialità unilaterale, per specificazione o per aggiunta, nel senso che il secondo include tutti gli elementi essenziali del primo con la specificazione o l'aggiunta di elementi circostanziali».

Analogamente Sez. U, n. 35737 del 24/06/2010, Rico, Rv. 247910 ribadiva che, anche a seguito delle modifiche introdotte dall'art. 4-*bis*, legge 21 febbraio 2006, n. 49, l'art. 73, comma quinto, d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309 configurava una circostanza attenuante ad effetto speciale e non un reato autonomo, in quanto la norma era correlata ad elementi (i mezzi, le modalità, le circostanze dell'azione, la qualità e quantità delle sostanze) che non incidevano sull'obiettività giuridica e sulla struttura delle fattispecie previste come reato, ma attribuivano ad esse una minore valenza offensiva.

L'evoluzione normativa seguita alla declaratoria di illegittimità costituzionale della legge n. 49 del 2006, sancita con la sentenza della Corte Costituzionale n. 32 del 2014, è indicativa della discrezionalità del legislatore nella scelta di introdurre circostanze del reato o fattispecie autonome di reato: infatti, come è noto, il d.l. 23 dicembre 2013, n. 146, convertito, con modificazioni, dalla legge 21 febbraio 2014, n. 10 ha introdotto una fattispecie autonomo di reato, pur mantenendo i medesimi elementi distintivi rispetto all'ipotesi base di cui all'art. 73, comma 1 T.U. stup.

Infine, Sez. U, n. 4694 del 27/10/2011, dep. 2012, Casani, Rv. 251270 ha applicato il medesimo criterio strutturale per stabilire che la fattispecie di accesso abusivo ad un sistema informatico protetto commesso dal pubblico ufficiale o dall'incaricato di pubblico ufficio con abuso dei poteri o con violazione dei doveri inerenti alla funzione o al servizio, costituisce una circostanza aggravante del delitto previsto dall'art. 615-*ter*, comma primo, cod. pen. e non un'ipotesi autonoma di reato.

Si affermava che «circostanze del reato sono quegli elementi che, non richiesti per l'esistenza del reato stesso, laddove sussistono incidono sulla sua maggiore o minore gravità, così comportando modifiche quantitative o qualitative all'entità della pena: trattasi di elementi che si pongono in rapporto di *species a genus* (e non come fatti giuridici modificativi) con i corrispondenti elementi della fattispecie semplice in modo da costituirne, come evidenziato da autorevole dottrina, una specificazione, un particolare modo d'essere, una variante di intensità di corrispondenti elementi generali»; richiamando S.U., Fedi, si rilevava che «nei casi previsti dall'art. 615-*ter*, comma secondo, n. 1, cod. pen. non vi è immutazione degli elementi essenziali delle condotte illecite

descritte dal primo comma, in quanto il riferimento è pur sempre a quei fatti-reato, i quali vengono soltanto integrati da qualità peculiari dei soggetti attivi delle condotte, con specificazioni meramente dipendenti dalle fattispecie di base».

7. Il criterio strutturale ben si attaglia alla fattispecie dell'art. 12, comma 3 T.U. imm.

In effetti, in conseguenza della ripetizione della descrizione della condotta presente nel primo comma, risulta evidente che gli elementi essenziali della condotta non mutano, mentre le ipotesi descritte dalle lettere da a) ad e) riguardano elementi ulteriori, che non sono necessari per la sussistenza del reato e che, secondo la valutazione del legislatore, rendono più grave la condotta posta in essere.

Le considerazioni favorevoli ad una considerazione dell'ipotesi come fattispecie autonoma di reato non appaiono decisive.

La tecnica legislativa di riprodurre integralmente la descrizione della condotta presente nella fattispecie del primo comma è, senza dubbio, insolita ma ottiene lo stesso risultato che avrebbe prodotto un rinvio *per relationem*: non pare, quindi, un indizio inequivoco della volontà del legislatore di creare una diversa fattispecie autonoma.

Come esattamente rileva Sez. 1, Yankura, la mancata estensione del divieto di bilanciamento delle circostanze di cui al comma 3-*quater* alle ipotesi del terzo comma non è affatto indice della sua natura di fattispecie autonoma di reato, ben potendo essere conseguenza di una ragionata scelta del legislatore di sanzionare più severamente determinate ipotesi rispetto ad altre.

Il riferimento distinto ai «fatti di cui ai commi 1 e 3» contenuto nel comma 3-*ter* non dimostra la natura di fattispecie autonoma dei due commi, ben potendo applicarsi ai fatti di cui al primo comma così come aggravati ai sensi del terzo comma.

Infine, la costruzione di aggravanti di fattispecie già aggravate, riscontrabile nei commi 3-*bis* e 3-*ter* non è affatto inusuale nella variegata produzione legislativa.

D'altro canto, il richiamo operato da Sez. 1, Scarano alla giurisprudenza di legittimità che aveva affermato la natura di fattispecie autonoma di reato dell'art. 12, comma 3 T.U. imm. nel testo vigente prima delle modifiche operate dalla legge n. 94 del 2009 non sembra calzante.

Come già evidenziato, l'art. 12, comma 3 T.U. imm., così come riformato dalla legge n. 189 del 2002 e dal d.l. 241 del 2004, aveva un contenuto nettamente differente da quello attuale: una sola ipotesi era stata enucleata ed

essa, per di più, si differenziava da quella del primo comma su un elemento essenziale, il dolo, che si pretendeva essere specifico con riferimento al profitto.

Non vi è dubbio che – come si è anticipato – a sostegno della natura di fattispecie autonoma della previsione erano stati adottati argomenti ancora utilizzabili rispetto alla norma attualmente vigente: la tecnica legislativa, con la riformulazione completa della disposizione del primo comma, i riferimenti distinti ai due commi presenti in quelli successivi, il divieto di bilanciamento delle circostanze previsto solo per le aggravanti di cui ai commi successivi; tuttavia l'interpretazione allora adottata faceva leva soprattutto sulla chiara volontà del legislatore di colpire più severamente le condotte connotate dal fine di profitto in conseguenza di un "salto di qualità" rispetto alle ipotesi di favoreggiamento disinteressato dell'immigrazione clandestina.

Si deve ricordare che, nel testo originario introdotto dalla legge n. 189 del 2002, le aggravanti di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter* si applicavano soltanto alle pene e ai fatti di cui al terzo comma (scelta, poi, abbandonata nel 2004), cosicché si stagiavano chiaramente due ipotesi di reato: quella del primo comma, punita poco severamente (non era previsto minimo edittale né per la pena detentiva né per quella pecuniaria) e per la quale non erano contemplate aggravanti; quella del terzo comma, punita molto più severamente e per la quale erano previste ulteriori aggravanti e veniva formulato il divieto di bilanciamento tra circostanze.

In sostanza, venivano individuati due fenomeni differenti, privi di punti di contatto, tanto che non appariva casuale la collocazione, subito dopo il primo comma, della previsione (ancora vigente) secondo cui «Fermo restando quanto previsto dall'art. 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato»: norma che – come sembra evidente – non coinvolge in alcun modo le condotte di favoreggiamento professionale o comunque per profitto dell'immigrazione clandestina.

8. Benché, come premesso, il contrasto in ordine alla necessità, per la consumazione dell'ipotesi di cui all'art. 12, comma 3, T.U. imm., che l'ingresso clandestino nel territorio dello Stato avvenga effettivamente sia sorto nell'ambito dell'interpretazione che qualifica il predetto comma come fattispecie autonoma di reato, fin qui sconfessata, è opportuno ribadire che il delitto in oggetto è un reato di pericolo o a consumazione anticipata e non un reato di evento.

Sez. 1, Scarano, Rv. 259923 afferma che le condotte descritte ai commi 3 e 3-*bis* T.U. imm. implicano l'effettivo ingresso dello straniero nel territorio dello



Stato, in violazione della disciplina di settore, presupposto invece non richiesto ai fini dell'integrazione dell'ipotesi di reato di cui all'art. 12, comma primo, che si configura come delitto a consumazione anticipata.

Si deve premettere che l'interpretazione del delitto di cui all'art. 12, comma 1 T.U. imm. come reato di pericolo è pacifica ed è stata affermata costantemente dalla giurisprudenza di legittimità sia prima che dopo la riforma operata dalla legge n. 94 del 2009: già Sez. 1, n. 4586 del 23/06/2000, Habibi, Rv. 217165, osservava che, poiché il reato consiste nel porre in essere una qualsivoglia "attività diretta a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato" in violazione delle disposizioni contenute nel Testo Unico, per il suo perfezionamento non è richiesto che l'ingresso illegale sia effettivamente avvenuto, trattandosi di reato a condotta libera ed a consumazione anticipata, posizione ribadita ripetutamente (*ex plurimis*, Sez. 1, n. 28819 del 22/05/2014, Pancini, Rv. 259915).

Le argomentazioni a sostegno di una diversa natura di reato di evento della previsione del terzo comma appaiono fragili: da una parte si ammette una «identità espressiva tra comma 1 e comma 3 circa le condotte principali» e, quindi, si prende atto che anche il terzo comma dell'art. 12 cit. contempla, tra le varie condotte, gli «atti diretti a procurare illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato», locuzione utilizzata dal legislatore per istituire reati a consumazione anticipata; dall'altra si sostiene che l'ingresso nel territorio dello Stato sia necessario richiamando la descrizione degli elementi specializzanti che evocherebbero tale ingresso, rimarcando il notevole incremento sanzionatorio previsto dal legislatore e, infine, sottolineando «la differente natura delle ulteriori circostanze aggravanti ad effetto speciale oggi descritte al comma 3-ter della medesima norma (nel cui ambito è invece rilevante la semplice direzione univoca dell'azione, come risulta dall'utilizzo dell'espressione *al fine di* e dall'espreso richiamo alle condotte di cui ai commi e commi 3».

In realtà, come rileva Sez. 1, n. 45734 del 31/03/2017, Bouslim, Rv. 271127, si deve escludere che la descrizione delle ipotesi specializzanti contenute nel comma 3 risulti «incentrata su fatti evocativi di una effettiva violazione della disciplina di controllo dell'immigrazione», in quanto le ipotesi contemplate dalle lettere da *b*) ad *e*) riguardano condotte compatibili anche con attività che non hanno determinato un effettivo ingresso, mentre il riferimento all'ingresso e alla permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone contenuto nella lett. *a*) deve essere rapportato alla descrizione generale della condotta contenuta nella prima parte del comma: vengono infatti puniti più severamente «gli atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato [...] di

cinque o più persone (straniere)», prescindendo dal raggiungimento del risultato perseguito.

La sentenza Scarano sottolinea, tuttavia, che le previsioni delle lett. b) e c) della norma oggi vigente (pericolo per la vita e l'incolumità; trattamento inumano e degradante) riproducono due aggravanti in precedenza contenute nel comma 3-bis, ma con la significativa aggiunta dell'aggettivo «trasportata», prima assente: ciò dimostrerebbe che «il legislatore ultimo oggettivizza la condotta in questione e la àncora all'avvenuto trasporto».

In verità, la correzione apportata alla norma sembra piuttosto avere la portata limitata di una descrizione più corretta dell'ipotesi: in effetti, anche nella formulazione precedente la «persona» esposta a pericolo per la vita o l'incolumità o sottoposta a trattamento inumano o degradante era una «persona trasportata», non comprendendosi in quale altro modo tali trattamenti le sarebbero stati inferti per procurarne l'ingresso nel territorio dello Stato.

Il «massiccio incremento sanzionatorio», invece, è frutto della valutazione discrezionale del legislatore e in nessun modo può univocamente orientare l'interpretazione della norma in senso contrario alla lettera della norma, escludendo dal perimetro della sua applicazione condotte espressamente considerate.

Infine, come già osservato, il riferimento distinto alle ipotesi del primo e del terzo comma dell'art. 12 contenuto nei commi successivi appare di scarsissimo spessore.

9. La questione di legittimità costituzionale dell'art. 12, comma 3 T.U. imm. così come fin qui interpretata, sollevata in via subordinata dalla difesa dell'imputato, è generica e, comunque, manifestamente infondata.

A ben vedere, la questione è applicabile a tutti i reati di pericolo o a consumazione anticipata, la cui legittimità costituzionale non è in dubbio.

Il giudizio di irragionevole eccessività della pena, a sua volta, è del tutto arbitrario e soggettivo: il legislatore ha compiuto le sue valutazioni, individuando ipotesi ritenute non irragionevolmente assai più gravi della condotta base; ha, comunque, lasciato ampio spazio valutativo al giudice del caso concreto, sia prevedendo una forbice sanzionatoria molto ampia (dieci anni di reclusione), sia permettendo di determinare la pena mediante il bilanciamento delle circostanze, impedito solo per le ipotesi più gravi.

10. Deve pertanto essere enunciato il seguente principio di diritto: "*Le fattispecie previste nell'art. 12, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998 configurano*



circostanze aggravanti del reato di pericolo di cui al comma 1 del medesimo articolo".

11. Alla soluzione adottata conseguono effetti sostanziali e processuali, non limitati all'applicabilità del bilanciamento delle circostanze di cui all'art. 69 cod. pen. all'aggravante di cui all'art. 12, comma 3 T.U. imm.; si pensi, ad esempio, alla disciplina dell'art. 59, comma 2, cod. pen., che permette l'addebito delle circostanze aggravanti anche per colpa, mentre la qualificazione della norma come fattispecie autonoma di reato presupporrebbe esclusivamente una responsabilità dolosa; si pensi ancora all'ambito delle misure cautelari.

L'applicazione dell'art. 69 cod. pen. comporterà, come già premesso, una più ampia discrezionalità per il giudice del merito nella quantificazione della pena.

In caso di riconoscimento di attenuanti, l'aggravante dell'art. 12, comma 3 T.U. imm., se ricorrerà soltanto una delle cinque ipotesi in essa contemplata, potrà essere ritenuta prevalente, equivalente o subvalente rispetto alle attenuanti: nel primo caso, la pena sarà calcolata sulla base di quanto indicato nella norma, nel secondo sulla base di quanto stabilito dal comma 1, mentre nel terzo la pena edittale prevista dal comma 1 potrà essere ulteriormente ridotta.

Nel caso in cui ricorrano due o più ipotesi previste dal comma 3 e sussista, quindi, l'aggravante di cui al comma 3-*bis*, il giudice non potrà procedere a bilanciamento con eventuali circostanze attenuanti diverse da quelle previste dagli artt. 98 e 114 cod. pen. in forza del divieto del comma 3-*quater*: pertanto, determinerà la pena base alla luce dei limiti edittali indicati dal terzo comma (reclusione da cinque a quindici anni e multa di 15.000 euro per ogni straniero), la aumenterà fino ad un terzo in ragione dell'aggravante di cui al comma 3-*bis* e sulla pena così determinata opererà le riduzioni per le attenuanti riconosciute (tra cui quella prevista dall'art. 12, comma 3-*quinquies* T.U. imm., soggetta anch'essa al divieto di bilanciamento).

In sostanza, la ricorrenza dell'aggravante di cui al comma 3-*bis* sottrae al bilanciamento tra le circostanze anche quella del comma 3: benché per il divieto di bilanciamento dettato dal comma 3-*quater* siano menzionate soltanto «le aggravanti di cui ai commi 3-*bis* e 3-*ter*», e non quella di cui al comma 3, la norma stabilisce un preciso ordine per l'applicazione delle circostanze: «le diminuzioni di pena si operano sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti». Se si ritenesse che, in presenza delle aggravanti di cui ai commi 3 e 3-*bis*, il giudice possa *prima* operare il bilanciamento tra l'aggravante di cui al comma 3 ed eventuali attenuanti e *dopo* operare l'aumento previsto dall'aggravante di cui al comma 3-*bis*, questo ordine



dettato dal legislatore verrebbe *sempre* disapplicato: un'interpretazione abrogatrice della previsione normativa, come tale inammissibile.

Il divieto di bilanciamento (con le eccezioni già menzionate) vige anche nel caso ricorra l'aggravante di cui al comma 3-*ter*; essa può trovare applicazione sia con riferimento ai fatti di cui al comma 1 che con riferimento ai fatti di cui al comma 3.

Nel primo caso, il giudice determinerà la pena base aumentando da un terzo alla metà la pena detentiva prevista dal comma 1 e applicando la multa di euro 25.000 per ogni persona; su questa pena base calcolerà le diminuzioni per le eventuali attenuanti.

Se, invece, l'aggravante concerne i fatti di cui al comma 3, il giudice aumenterà da un terzo alla metà la pena detentiva prevista dal comma 3 e applicherà la multa di euro 25.000 per ogni persona, calcolando, poi, sulla pena ottenuta, le diminuzioni per le eventuali attenuanti; non potrà, invece, per le ragioni già esposte, effettuare il bilanciamento tra l'aggravante di cui al comma 3 ed eventuali attenuanti.

La lettera del comma 3-*ter* comporta una deroga al principio generale stabilito dall'art. 63, comma 4, cod. pen., in base al quale, se ricorrono più circostanze aggravanti ad effetto speciale, si applica soltanto la pena stabilita per la circostanza più grave ma il giudice può aumentarla: sia quella del comma 3 che quella del comma 3-*ter* sono aggravanti ad effetto speciale, ma, in conseguenza della previsione contenuta nella seconda, si applicano entrambi gli aumenti da esse previste (sulla tematica, in relazione alla concorrenza tra le aggravanti di cui all'art. 416-*bis*, commi 4 e 6 cod. pen., Sez. U, n. 38518 del 27/11/2014, dep. 2015, Ventrici, Rv. 264674).

In caso di ricorrenza delle aggravanti di cui ai commi 3, 3-*bis* e 3-*ter*, fermo restando il divieto di bilanciamento, il giudice, in forza del comma 3-*ter*, aumenterà da un terzo alla metà la pena detentiva edittale prevista dal comma 3 e applicherà la multa di euro 25.000 per ogni persona; sulla pena così ottenuta applicherà l'aumento di cui al comma 3-*bis* e, infine, opererà le diminuzioni in forza delle eventuali attenuanti.

Trova applicazione il principio generale dell'art. 63, comma 3, cod. pen., in forza del quale l'aumento di pena per le circostanze aggravanti ordinarie (come quella del comma 3-*bis*) viene operato per ultimo sulla pena determinata in forza delle circostanze aggravanti ad effetto speciale.

12. La soluzione adottata comporta l'annullamento con rinvio della sentenza impugnata.



In effetti, la Corte territoriale ha applicato all'imputato la pena prevista dall'art. 12, comma 1 T.U. imm. sul duplice erroneo presupposto della natura di reato autonomo della previsione dell'art. 12, comma 3 stesso T.U. e della necessità, per la sua applicazione, che l'ingresso nel territorio dello Stato da parte dello straniero sia effettivamente avvenuto.

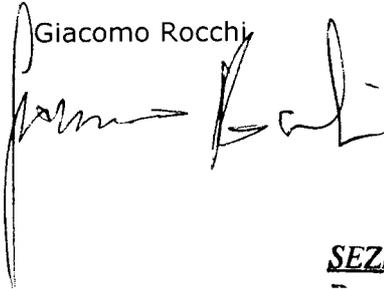
P.Q.M.

Annulla la sentenza impugnata e rinvia ad altra sezione della Corte d'appello di Brescia per nuovo giudizio.

Così deciso il 21/06/2018.

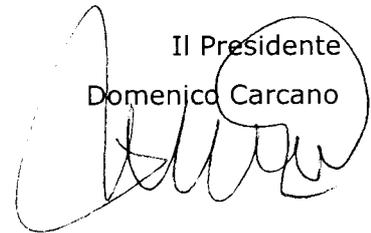
Il Componente estensore

Giacomo Rocchi



Il Presidente

Domenico Carcano



SEZIONI UNITE PENALI