



CAMMINO DIRITTO

Rivista di informazione giuridica
<https://rivista.camminodiritto.it>



IMMIGRAZIONE CLANDESTINA: RIMESSA ALLE SEZIONI UNITE LA QUESTIONE SULLA DISTINZIONE DEL REATO BASE DALLE AGGRAVANTI

La Corte di Cassazione con ordinanza n. 11889 del 15 marzo 2018 rimette alle Sezioni Unite la questione in merito al rapporto tra il primo comma e il terzo comma dell'art. 12 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

di Ilaria Taccola

IUS/17 - DIRITTO PENALE

Articolo divulgativo - ISSN 2421-7123

Direttore responsabile

Raffaele Giaquinto

Pubblicato, Lunedì 30 Luglio 2018

Sommario: 1. Premessa; 2. Il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina; 3. L'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite.

1. Premessa

Le circostanze del reato vengono definite come quegli elementi accessori che non modificano la struttura del reato, bensì incidono sugli effetti sanzionatori della fattispecie criminosa.

Più precisamente, gli elementi accidentali del reato non aggiungono niente in più alla fattispecie incriminatrice, già perfetta nella sua struttura, ma si limitano unicamente a modificare la cornice edittale.

Infatti, le circostanze del reato svolgono la funzione di adeguare il trattamento sanzionatorio al caso concreto, consentendo una maggiore individualizzazione dell'illecito penale e della responsabilità. Inoltre, le circostanze limitano la discrezionalità del giudice nella determinazione della pena.

Si deve peraltro precisare che con la riforma operata dal Legislatore nel 1974 all'art. 69 c.p., si è consentito il giudizio di bilanciamento con ogni tipo di circostanza, quindi anche con quelle a efficacia speciale e con la recidiva. Di conseguenza, la discrezionalità del giudice è notevolmente ampliata rispetto a prima.

Inoltre, come è noto, nel nostro ordinamento vige il principio della tassatività delle circostanze e dell'obbligatorietà della loro applicazione.

Uno degli argomenti più dibattuti in dottrina e in giurisprudenza attiene proprio alla distinzione tra elemento accidentale ed essenziale. Difatti, la disciplina delle circostanze differisce in tema di elemento soggettivo (art. 59 c.p.), di concorso (art. 69 c.p.) e sotto il profilo processuale della contestazione all'imputato (art. 517 c.p.p.).

La definizione fornita precedentemente di circostanze del reato non offre alcun criterio risolutivo per individuare quando un elemento specializzante della norma costituisce una fattispecie autonoma o una circostanza.

Infatti, i problemi maggiori sorgono proprio quando il legislatore non definisce espressamente l'elemento specializzante come circostanza e non offre neanche dei criteri risolutivi.

Uno dei primi criteri individuati dalla dottrina è stato quello della specialità, ossia si definisce circostanza quell'elemento che contiene tutti gli elementi della fattispecie base con uno o più elementi specializzanti per aggiunta o per specificazione rispetto all'ipotesi base. Tale criterio non è stato definito risolutivo, poiché una fattispecie autonoma di reato può essere speciale rispetto a un'altra.

I successivi criteri definiti strutturali, ossia quello della descrizione per relationem e quello della determinazione della pena non sono stati ritenuti esaustivi. Nel caso del criterio per relationem, si ritiene che quando la fattispecie viene descritta attraverso il rinvio a un'altra fattispecie, di conseguenza siamo in presenza di una circostanza.

Viceversa, nell'analisi della determinazione della pena, si ritiene che sussista l'elemento circostanziato quando la norma, pur richiamando la pena prevista in un'altra fattispecie, applica una variazione in aumento o diminuzione.

Tali criteri non sono stati ritenuti esaurienti, poiché come è noto, nel caso del criterio della descrizione per relationem, non è raro che si richiami una fattispecie che costituisca un reato autonomo. Per quanto riguarda, invece, il criterio della determinazione della pena, non è insolito riscontrare dei casi in cui pur sussistendo l'utilizzo di formule "si aumenta" o "si diminuisce", non si rilevi il rapporto di specialità.

Un ulteriore criterio è quello teleologico, ossia quando la fattispecie tutela un bene giuridico diverso rispetto alla fattispecie presa come termine di riferimento, di conseguenza siamo in presenza di una fattispecie autonoma.

Infine, viene anche utilizzato il criterio topografico che consiste nel verificare se la disposizione in analisi è inserita in un articolo separato, oppure è formulata nello stesso articolo.

Un'autorevole dottrina^[1], ha sottolineato che il criterio più attendibile è quello che valorizza la funzione degli elementi circostanziati, ossia il fatto che non aggiungono nulla di più alla fattispecie di base.

Pertanto, secondo l'autorevole dottrina citata, innanzitutto è imprescindibile che le circostanze siano costituite da elementi specializzanti in coincidenza con gli elementi essenziali della fattispecie base. Di conseguenza, la circostanza non può essere costituita da elementi che sostituiscono o si aggiungono agli elementi della fattispecie base. Ad esempio, le lesioni gravi o gravissime di cui all'art. 583 c.p. che essendo in rapporto di

esclusione reciproca con le lesioni di cui all'art. 582 c.p., costituiscano una fattispecie autonoma e non circostanziata.

2. Il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina

La legge 94/2009 ha apportato una modifica notevole all'art. 12 D.lgs. 286/1998 (Legge Turco – Napolitano) prevedendo quattro ipotesi reato:

Al primo comma si prevede una fattispecie base che sanziona “salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona” Al terzo comma si delinea una fattispecie che richiama l'ipotesi base di cui al primo comma con l'aggiunta di elementi specializzanti individuati in via alternativa dalla lettera a) alla lettera d) Al quinto comma si configura una fattispecie di favoreggiamento della permanenza illegale Al quinto comma bis, si prevede la fattispecie di delitto di alloggio o cessione di immobile a uno straniero irregolare Ai commi 3 bis e 3 ter si prevedono delle circostanze aggravanti In merito al terzo comma dell'art. 12 T.U. immigrazione, gli interpreti si sono domandati se quest'ultimo costituisca un'ipotesi autonoma di reato o un elemento circostanziato.

Analizzando la norma e utilizzando il criterio strutturale, una parte della giurisprudenza ha sempre ritenuto che l'art. 12, terzo comma T.U. immigrazione, costituisca un elemento circostanziato proprio in ragione del fatto che si porrebbe in rapporto di specialità con l'ipotesi di cui al primo comma. Invero, la condotta descritta dalla fattispecie di cui al terzo comma è identica a quella di cui al primo comma, con l'aggiunta di elementi specializzanti previsti in via alternative dalla lettera a) alla lettera d). Si tratterebbe, infatti, di un rapporto di specialità per aggiunta^[2]. Difatti, si deve tenere presente, che prima della riforma, una parte della giurisprudenza riteneva che l'ipotesi di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina caratterizzata dal fine del profitto, costituisca una fattispecie circostanziata ^[3].

Al contrario, un orientamento giurisprudenziale riteneva che la fattispecie di cui all'art. 12 comma terzo T.U. immigrazione, integrasse un'ipotesi di reato autonomo e non circostanziale. Più precisamente, una parte della giurisprudenza sosteneva che la disposizione in esame costituisca un reato di evento, a differenza della fattispecie di cui al primo comma che integra un reato di pericolo o a consumazione anticipata.

Invero, secondo quest'interpretazione, la fattispecie di cui al terzo comma richiederebbe l'effettivo ingresso dello straniero nel territorio per perfezionarsi, a differenza della disposizione di cui al primo comma che richiede unicamente "atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso"^[4].

Tale soluzione interpretativa deriva dall'utilizzo del criterio sistematico e letterale poiché il comma 3 ter delinea delle circostanze ad effetto speciale richiamando i fatti previsti dai commi primo e terzo. Infatti, secondo alcuni interpreti, non si potrebbe configurare la circostanza di una circostanza.

Inoltre, utilizzando il criterio teleologico, si ritiene che l'aumento edittale applicato al reo avrebbe una giustificazione unicamente se si trattasse di una fattispecie consumata, non essendo logico infliggere un trattamento edittale più severo a una fattispecie tentata.

Secondo un'altra interpretazione^[5], la disposizione di cui al terzo comma dell'articolo in esame pur configurando una fattispecie di reato autonomo non richiederebbe l'effettivo ingresso dello straniero, non essendoci un dato testuale che richieda l'ingresso effettivo nel territorio dello Stato. Invero, i fatti richiamati nelle lettere da a) a e) non offrono alcun indice testuale che avvalora l'interpretazione della sentenza Scarano^[6].

3. L'ordinanza di remissione alle Sezioni Unite

Il Tribunale di Mantova aveva condannato l'imputato alla pena di anni due e sei mesi di reclusione e 100.000 euro di multa, per aver compiuto in concorso con altri soggetti giudicati separatamente, atti diretti a procurare l'ingresso illegale di tre cittadini Pakistani ai sensi dell'art. 12, terzo comma lettera d) D.lgs. n. 286/1998, esclusa la continuazione e concesse le attenuanti.

La Corte di appello di Brescia aveva riformato la sentenza di condanna di primo grado, ascrivendo all'imputato la fattispecie di cui al primo comma dell'art. 12 D.lgs. n. 286/1998, riducendo di conseguenza la pena ad anni uno di reclusione e 20.000 euro di multa. La riqualificazione veniva operata, poiché nessuno dei tre cittadini Pakistani aveva fatto effettivamente ingresso nel territorio dello Stato.

Il Procuratore generale presso la Corte di appello di Brescia ricorreva in Cassazione deducendo l'erronea applicazione dell'art. 12 commi primo e terzo D.lgs. n. 286/1998, ritenendo che la disposizione di cui al terzo comma non richiedesse l'effettivo ingresso nel territorio ai fini del perfezionamento.

Infatti, il Procuratore generale sosteneva che non vi fosse alcun riferimento letterale che avvalorasse la tesi, secondo la quale, l'ipotesi prevista al terzo comma richiedesse l'effettivo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato. Invero, nelle lettere e) e d) non vi è alcun riferimento all'ingresso e nelle lettere b) e c) il riferimento alla persona trasportata non implica necessariamente l'ingresso nel territorio dello Stato.

Inoltre, la previsione della lettera a) al terzo comma dell'art. 12 D.lgs. n. 268/98 che richiama l'ingresso e la permanenza illegale nello Stato, si riferisce esclusivamente all'ipotesi in cui il fatto riguardi cinque o più persone.

La Corte di Cassazione ripercorrendo l'evoluzione giurisprudenziale citata ha ritenuto di rimettere il seguente quesito alle Sezioni Unite "Se in tema di disciplina dell'immigrazione, le fattispecie disciplinate dall'art. 12, comma terzo, del D.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 costituiscano circostanze aggravanti del delitto di cui all'art. 12, comma primo, del medesimo D.lgs. ovvero figure autonome di reato. In eventualità siffatta se il delitto di cui all'art. 12, comma 3, del d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286 integri 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".

Infatti, se si ritenesse che la disposizione di cui al terzo comma costituisse una fattispecie circostanziata, soggiacerebbe al concorso con le circostanze attenuanti ex art. 69 c.p. e di conseguenza al giudizio di equivalenza.

Viceversa, nel caso in cui si ritenesse che la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 12 d.lgs. n. 286/1998 integrasse un reato autonomo, si dovrebbe chiarire se quest'ultimo configuri una fattispecie di pericolo o a consumazione anticipata, oppure un reato di evento che richiederebbe ai fini del perfezionamento l'effettivo ingresso dello straniero nel territorio dello Stato.

Nell'informazione provvisoria all'udienza del 21 giugno 2018, le Sezioni Unite hanno fornito la seguente soluzione: «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».

A parere dello scrivente, infatti, utilizzando il criterio sistematico e teleologico, la fattispecie di cui al terzo comma si pone in rapporto di specialità con la disposizione di cui al primo comma, essendo identica la descrizione della condotta in entrambe le fattispecie. Invero, al terzo comma vengono solamente introdotti in via alternativa degli

elementi specializzanti dalla lettera a) alla lettera d). Pertanto, l'interpretazione più corretta e conforme al dato letterale è quella che ritiene la disposizione di cui al terzo comma dell'art. 12 D.lgs. n. 286/1998 una circostanza aggravante.

Note e riferimenti bibliografici

[¹] Ferrando Mantovani *Diritto penale Cedam 2017* [²] Cass. Sez. 1, n. 14654 del 29/11/2016 Ud. (dep. 24/03/2017) [³] Cass. sez. I, 17 novembre 2004, n. 44644 [⁴] Cass. sez. I 1 ottobre 2014, n. 40624 Ud. 25 marzo 2104 “in tema di disciplina dell’immigrazione, le condotte descritte ai commi terzo e terzo bis dell’art. 12 D.l.vo 25 luglio 198, n. 286 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 del medesimo D.l.vo, che si configura come delitto a consumazione anticipata”. [⁵] Cass. Sez. I, 31 marzo 2017, n. 45734. [⁶] Vedi nota n. 4