

A proposito delle modifiche alle norme sull'immigrazione (Disegno di legge approvato dal CdM il 12.10.2006)

Autore: Zaina Carlo Alberto

In: Diritto penale

Considerazioni metodologiche introduttive di carattere generale.

Il motto per cui “bisogna che tutto cambi perché nulla cambi” reso famoso da Tommasi di Lampedusa nel Gattopardo, trova una concreta applicazione nel nuovo testo dell'art. 12 del d.l.vo 286/98, così come elaborato dal C.d.M. lo scorso 12 Ottobre (il testo del disegno di legge e' in calce), il quale, pur suscitando indubbiamente molteplici spunti di discussione, non apporta certo alcuna rivoluzione copernicana al sistema normativo vigente in tema di immigrazione.

Preliminarmente, quindi, a qualsiasi altra considerazione di merito, si deve, sconsolatamente sottolineare come, nella fattispecie che si va ad esaminare, si perpetui uno stile in cui, da sempre, eccelle il nostro legislatore.

Esso consiste nell'intervenire su specifiche materie di grande respiro sociale (ed il tema dell'immigrazione ne è manifestazione sintomatica) in maniera contingente, approssimativa, emozionale disarticolata rispetto ad altre norme necessariamente correlate, operando una lettura a macchia di leopardo, senza che il progetto normativo possa affrontare la questione insorta in modo armonico nella sua complessità.

In buona sostanza non esiste una progettualità normativa, e l'intervento che, di volta in volta, viene effettuato risponde a criteri ed umori contingenti, sensibili solo a fatti di cronaca, spesso di natura prettamente episodica.

Nel caso concreto, va osservato che la direttrice di marcia dell'intervento portato dal disegno di legge in esame punta esclusivamente sul profilo repressivo sia in ambito specificamente sanzionatorio, sia nel contesto cautelare.

Esso non tiene in debito conto, invece, un presupposto senza il quale non si può efficacemente legiferare in sede di inasprimento della sanzione penale e cioè la pregiudiziale necessità di potenziare l'attività di prevenzione sociale del fenomeno, che abbia una dimensione di rilevanza penalistica.

Ritiene, infatti, chi scrive, che il problema concernente il modo di fronteggiare concretamente lo sfruttamento del fenomeno dell'immigrazione clandestina, [sia da parte di singoli criminali, quanto di gruppi organizzati], debba trovare risposta adeguata non solo con l'innalzamento del tetto delle sanzioni o sancendo l'obbligatorietà dell'arresto o del carcere, ma anche (e soprattutto) rafforzando sia la cooperazione internazionale in materia di assistenza giudiziaria e di polizia con altri paesi direttamente interessati, sia l'attività di pattugliamento delle coste e delle frontiere, sia la collaborazione del nostro paese in progetti di sviluppo in aree sottosviluppate nelle quali germoglia spiccatamente quella disperazione che è feconda fucina sia di terrorismo, che di immigrazione clandestina.

E', inoltre, evidente che da solo il nostro paese, meta di puro confine - nella stragrande maggioranza dei casi - e, quindi, di mera passaggio dei flussi immigratori (diretti, pertanto, ad altre e diverse destinazioni finali), non può affrontare e risolvere efficacemente l'endemica condizione creatasi.

Si impone, pertanto, da tempo, la indifferibile necessità di un'armonizzazione normativa sovranazionale e, al contempo, di una politica dell'immigrazione seria, rigorosa, univoca, chiara, insuscettibile di interpretazioni capziose o di vuoti revisionali e priva di forme di buonismo di maniera.

Necessita, così, un progetto veramente europeo.

In attesa, però, che la sgangherata odierna Europa, dilaniata da nazionalismi e da cecità locali, batta (se mai lo farà) un colpo in tale direzione, è evidente e giusto che il nostro ordinamento giuridico nazionale debba, comunque, alertarsi per cercare di porre un serio adeguamento all'evoluzione criminale del fenomeno.

In quest'ottica, con molte ombre, si pone il testo che si va ad esaminare, il quale non sfugge, come detto, alla censura genetica di essere solo un pannicello caldo per un malato terminale.

Per meglio comprendere la portata dell'intervento legislativo che si propone e per valutare la sua concreta e fattiva applicabilità è utile effettuare una comparazione tra le novità che verranno introdotte e la dizione normativa oggetto di modifica e sostituzione.

Il comma 1° dell'art. 12

L'attuale comma 1° dell'art. 12 recita **“Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque in violazione delle disposizioni del presente testo unico compie atti diretti a procurare l'ingresso nel territorio dello Stato di uno straniero ovvero atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non é cittadina o non ha titolo di residenza permanente, é**

punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa fino a 15.000 euro per ogni persona”.

Esso dovrebbe venir sostituito dal seguente **“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 in 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”.**

Quali sono i tratti salienti di novità che verrebbero così introdotti?

In primo luogo vengono inserite ex novo cinque esplicite condotte, la cui violazione comporta il configurarsi del reato in questione.

Quattro di esse presentano caratteri e profili di assonanza, in quanto descrivono in maniera specifica comportamenti illeciti, che attengono alla fase dell'organizzazione vera e propria.

In tale omogeneo contesto rientrano, infatti **il promuovere, il dirigere, l'organizzare ed il finanziare il trasporto di stranieri.**

Prima facie, si tratta di una novità, che per quanto di modesta portata sul piano normativo complessivo, a parere di chi scrive, quantomeno opportuna sul piano strettamente giuridico, in quanto essa supera la vaghezza - ai limiti dell'indeterminatezza - propria della locuzione **“compie atti diretti a procurare l'ingresso”** contenuta nel testo sostituito.

Una chiara circoscrizione e specificazione di comportamenti la cui violazione è penalmente rilevante è, infatti, sempre scelta auspicabile (e, comunque, è meglio di nulla!).

Tale strutturazione, se non altro, può prevenire, infatti, contrasti e conflitti giurisprudenziali e conferire credibilità e n certo carisma alla norma penale, superando profili di nebulosa comprensività di cui il diritto, in generale, comunque, non necessita certo.

La scelta così trasfusa non altera, comunque, la natura del reato in questione, in quanto il precetto penale di cui all'art. 12, comma primo, del d.l.vo n. 286 del 1998, fa ritenere che la fattispecie corrisponda a un reato di pericolo, il quale si perfeziona per il solo fatto di compiere atti diretti a favorire l'ingresso illegale dello straniero in un altro Stato, senza che possano assumere rilevanza la durata di tale ingresso e la destinazione finale del suo trasferimento. [Cfr. Cass. pen. Sez. I, 20 Gennaio 2004, n. 3866 (rv. 227146), Corodan, Riv. Pen., 2004, 1266, CED Cassazione, 2004].

Altro elemento, che si ricava dall'introduzione sul piano precettivo-sanzionatorio di condotte

specificamente sanzionabili a livello penale, è la sensazione che, seppur faticosamente, si faccia strada sul piano legislativo la necessità di comprendere la reale portata e l'effettiva dinamica organizzativa del reato in questione.

Sino ad oggi, infatti, l'attenzione normativa (e punitiva) si è incentrata soprattutto sulla figura di colui (o coloro) che materialmente favoriva e permetteva l'entrata illecita nel nostro paese.

Trattandosi spesso di conducenti di barche o gommoni (atteso che la gran massa dei clandestini entra nel nostro paese venendo via mare) essi venivano identificati con il neologismo "scafisti", anche se è evidente che in tale accezione sono sempre stati ricompresi tutti quei soggetti che hanno svolto la funzione di soggetto accompagnatore o trasportatore di cittadini extracomunitari.

Si è sempre trattata di una scelta per taluni versi obbligata e mutuata dall'esperienza di polizia giudiziaria, in quanto all'atto dell'intervento delle forze dell'ordine l'unico personaggio (o gli unici personaggi) le cui condotte potessero essere effettivamente dimostrate e realmente perseguibili erano proprio colui (o coloro) che si fosse interessato dell'ultima e conclusiva fase dell'illecito, permettendo materialmente l'entrata nel nostro paese ai clandestini.

La peculiarità che il trasportatore si occupasse di tale delicata fase, non ha mai però giustificato il forzato assioma in base al quale lo "scafista"

1. dovesse necessariamente rivestire un ruolo apicale nell'organizzazione di reiterati viaggi o nel singolo episodio criminoso,

2. dovesse essere il soggetto raggiunto dal più grave trattamento sanzionatorio, per l'evidente discredito che la sua condotta raccoglieva nell'opinione pubblica,

Or bene, il progetto in esame concreta, senza dubbio, un passo avanti nella direzione di definire con precisione i comportamenti che devono essere oggetto di punizione, ma, nonostante simile introduzione, il disegno di legge in questione incorre in una contestabile omologazione valutativa e sanzionatoria di comportamenti tra loro differenti naturalisticamente e giuridicamente.

Ritengo, infatti, che non si possa prevedere la medesima pena per chi nell'ombra od al riparo di

connivenze estranee al nostro ordinamento organizzati, promuova e diriga questi viaggi, rispetto a chi svolga la pura attività materiale.

Si tratta, infatti, di condotte unanimemente riconosciute come spregevoli (sia eticamente, che giuridicamente), ma pare del tutto irrazionale un appiattimento, che renda omogenee condotte di differente gravità e determini l'applicazione del medesimo regime sanzionatorio.

Non si dimentichi che il cd. "scafista", ove soggetto estraneo ad una vera e propria organizzazione, in quanto dirigente e preparatore unico del singolo viaggio (o del pactum sceleris meramente concorsuale che spesso si può rinvenire a fondamento del reato) rappresenta un personaggio criminalmente fungibile, cioè un individuo che, all'interno della organizzazione di più soggetti che operano, è indubbiamente posto al livello più basso.

Un soggetto, quindi, con compiti puramente esecutivi, privo di discrezionalità organizzativa sia che si verta in ambito di concorso ex art. 110 c.p., che di associazione ex. artt. 416 e 416 bis c.p. .

Sicché, pur nella convinzione che le pene da prevedere in casi del genere debbano essere fortemente dissuasive anche nei confronti di chi contingentemente od episodicamente si presti a ruoli di manovalanza, è altrettanto chiaro che deve esservi una precisa gerarchia e progressiva differenziazione delle stesse rispetto a chi rivesti ruoli di spiccata preminenza nell'ambito di sodalizi criminali, ancorché interinali.

Le pene, quindi, devono essere indubbiamente più elevate per coloro che si assumono responsabilità di comando e direzione, in quanto deve senza equivoci essere recepito quel principio penalistico già trasfuso nei reati associativi, che vuole punito con maggiore severità che si ponga all'apice di un consesso criminoso.

D'altro canto una previsione sanzionatoria differenziata a seconda del ruolo espressamente tenuto nella fattispecie, non pare minimamente vulnerare il dettato dell'art. 110 c.p., se è vero che l'art. 112 co. 1 n. 2 c.p., espressamente prevede un inasprimento di pena per chi **"ha promosso od organizzato la cooperazione nel reato, ovvero diretto la attività delle persona che sono concorse nel reato medesimo"**.

Alla luce dell'ultima osservazione, taluno potrebbe (ed all'apparenza non senza motivo) sostenere l'inutilità della invocata distinzione.

Credo che nel caso dell'art. 12 co. 1 d.l.vo 286/98 sia, invece, opportuno un intervento differenziatore le varie posizioni, stabilendo pene distinte e dividendo, così, in due le categorie comportamentali rilevanti e concretanti il reato in questione.

La ragione è assai semplice sia sul piano formale, che su quello sostanziale.

In primo luogo, credo che il riconoscimento di un reato ad hoc, con una previsione di pena specifica ad personam per coloro che tirano le fila di vicende così gravi assuma un significato normativamente importante, riconoscendo il disvalore e la rilevante gravità di siffatti comportamenti, non solo sul piano puramente etico, ma anche su quello giuridico.

In secondo luogo, reputo che se la previsione di pena, (intesa nei minimi e nei massimi edittali), fosse indiscriminatamente identica ed omogenea per tutti i soggetti autori di condotte tendenti a favorire l'immigrazione illecita e fosse aggravata per taluni, solo in funzione del loro ruolo di predominanza nell'esecuzione delle attività illegali connesse al fenomeno in parola, l'eventuale concessione premiale, a costoro, di attenuanti - da parte del giudice, all'esito del procedimento - bilancerebbe efficacemente, l'aumento di pena, finendo per vanificarlo e privarlo, quindi, di significanza effettiva.

Si verrebbe a ricreare, così, una situazione di indubbia, quanto inammissibile, parità di trattamento fra soggetti autori di azioni che, seppure animate dal medesimo fine illecito, sono, in realtà, da porre su piani tra loro assolutamente differenti, non foss'altro per la diversa portata eziologica e finalistica rispetto al criminoso scopo comune.

Da qui, la necessità che vi sia una inequivocabile differenziazione fra soggetti che operano gerarchicamente su piani ontologici e naturalistici del tutto differenti tra loro e ciò anche nei casi di assenza di un vero e proprio sodalizio associativo stabile e continuativo.

Non merita, poi, spendere ulteriori parole per rilevare ciò che è palese e cioè come sia indubbio il fatto che ben altra capacità criminosa e di penetrazione di ambienti devianti emerge in capo a chi si ponga alla guida di una sistema organizzato (anche solo rudimentalmente) di criminosa elusione della norma in materia di immigrazione, rispetto a chi debba in qualche modo limitare la propria azione, il proprio reale apporto, nel favorire il passaggio di un confine.

Si è detto, quindi, che le quattro condotte in esame presentano tra loro aspetti di contiguità, in quanto tutte postulano interventi di natura preparatoria, posti in essere da soggetti che, quindi, si presume rivestano ruoli apicali nell'ambito dell'attività del trasporto.

Soprattutto la previsione concernente la promozione, la direzione e l'organizzazione dei viaggi clandestini, identifica sul piano normativo atteggiamenti che, potendo anche venire ascritti contemporaneamente al medesimo soggetto, appaiono sul piano ontologico e naturalistico evidentemente e fortemente distinti, nonchè autonomi, tra loro,

Si tratta di una scelta - quella di distinguere le differenti condotte - che pare condivisibile sul piano giuridico.

Essa, inoltre, non crea alcun tipo di dubbio interpretativo in relazione alla concreta applicazione della norma in questione, posto che le condotte così delineate, nella stragrande maggioranza dei casi, pur

concretandosi in paesi stranieri e quindi, in realtà statuali e giuridiche diverse dalla nostra, rientrano nella previsione del nostro ordinamento tramite l'applicazione dell'art. 6 c.p. .

L'azione, infatti, iniziata all'estero, si conclude (e si concreta parzialmente, quindi) nel nostro paese.

Non pare, poi, a chi scrive, necessario indulgere particolarmente sul significato lessicale delle tre condotte in disamina, le quali paiono essere state concepite ed individuate dal legislatore per tratteggiare e definire, con sufficiente chiarezza, situazioni che risultano intrinsecamente connotate da un carattere di specifica oggettiva gravità, in ossequio ad un criterio casistico finalizzato ad evitate vaghezze e zone d'ombra.

Il verbo “**promuovere**” sta a dire, in maniera incontrovertibile, creare ex novo le condizioni di esistenza di un sodalizio, di un gruppo, di un'attività, creando le condizioni affinché il progetto determinato od indeterminato possa avere una sua reale consistenza e svolgimento.

Il termine “**dirigere**” presuppone l'esercizio di poteri di guida e coordinamento da parte di uno o più soggetti in relazione ad azioni materialmente compiute da altri, nonché la predisposizione delle linee orientative in relazione a tutti i comportamenti che si reputano opportuni e necessari per la commissione del reato.

L'espressione “**organizzare**”, significa delineare, predisporre e dare concretamente corpo ad una struttura, ancorché rudimentale, ma atta a garantire il perseguimento dello scopo (o degli scopi), se del caso, ripartendo eventualmente compiti specifici fra più soggetti, rinvenendo anche gli strumenti, anche logistici, necessari.

Essa attiene, indubitabilmente sia all'ipotesi che il sodalizio criminoso sia **ad incertum facere**, cioè che l'accordo fra i soggetti concerna la costituzione di una vera e propria associazione per delinquere, modellata sui parametri di cui agli artt. 416 e 416 bis c.p., sia che, invece, il pactum sceleris appaia circoscritta ad un singolo episodio, come avviene nella previsione dell'art. 110 c.p. .

Meno chiaro appare, invece, il riferimento operato in relazione alla figura dei finanziatori.

Unica soluzione che si può ipotizzare, per dare significato plausibile a questa categoria, è quella di ritenere che con tale accezione si intenda, in qualche modo, identificare coloro i quali, all'interno della preparazione dell'illegale migrazione di cittadini da un paese all'altro, fungano da collettori, ricevendo somme di danaro dai trasportati ed utilizzandone parte di tali illeciti proventi per procurare mezzi, strumenti, armi e uomini strettamente strumentali all'attuazione del programma criminoso o del singolo episodio.

Se questa dovesse essere la interpretazione corretta, (ma il condizionale è d'obbligo attesa l'incertezza che aleggia attorno a simile figura) si dovrebbe, però, contestare al progetto governativo un eccesso di

petulante specificazione giuridica, in quanto è osservazione quasi pleonastica quella per cui qualsiasi attività di natura strettamente finanziaria (e orientata nel senso finalistico dianzi sottolineato) può essere ricompresa quanto meno nel concetto di organizzazione appena tratteggiato.

Alle figure criminose sin qui descritte ed affrontate il provvedimento in questione affianca, con l'uso della locuzione “**effettua il trasporto**”, anche quella del vero e proprio scafista, prevedendo, così una pena analoga e comune a tutti, in relazione alla cui ragionevolezza ci si è già espressi in precedenza.

Non mette conto, per le ragioni già esposte, indulgere sul significato logico-giuridico di tale formula lessicale.

I comma 3° e 3 bis dell'art. 12

La nuova previsione legislativa del comma in parola afferma testualmente:

<<3. 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 in 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 15.000 euro per ogni persona nel caso in cui:

- a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone;**
- b) la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o la sua incolumità per procurare l'ingresso o la permanenza illegale;**
- c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurare l'ingresso o la permanenza illegale;**
- d) 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;**
- e) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplosive.».**

Ad essa va aggiunto, in correlazione interpretativa il nuovo comma 3-bis. **<<Se i fatti di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d), e) del medesimo comma, la pena ivi prevista è aumentata.>>.**

La norma derivante dal combinato ricordato dovrebbe, pertanto, sostituire la disposizione che si articola negli attuali comma 3 e 3bis che si riportano di seguito.

<<3. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre profitto anche indiretto, compie atti diretti a procurare l'ingresso di taluno nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico, ovvero a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da quattro a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona.

3bis. Le pene di cui ai commi 1 e 3 sono aumentate se:

il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone;

per procurare l'ingresso o la permanenza illegale la persona è stata esposta a pericolo per la sua vita o la sua incolumità;

per procurare l'ingresso o la permanenza illegale la persona è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante.>>

Anche in questo caso non può certo condividersi taluni trionfalistici toni di novità utilizzati per notiziare addetti ai lavori e, soprattutto pubblica opinione, in quanto gli elementi di novità che si possono rilevare dalla comparazione fra i due testi, si riducono :

a. all'innalzamento da 4 a 5 anni del minimo edittale di pena, rimanendo inalterato sia il massimo della stessa, che la pena pecuniaria,

b. alla ristrutturazione del comma 3 con l'accorpamento al suo interno delle ipotesi precedentemente considerate circostanze aggravanti e previste dal comma 3 bis , nonché con l'aggiunta di due nuove previsioni portate dalle lett. d) ed e) che attengono alla commissione del fatto da parte di tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti, e nella disponibilità da parte degli autori del fatto della disponibilità di armi o materie esplodenti,

c. all'aumento di pena sancito dal nuovo comma 3 bis in caso di sussistenza di due o più tra le ipotesi

indicate dal comma 3.

L'esame del nuovo testo conforta, quindi, nella convinzione che le ultime modifiche paventate paiono null'altro che un'opera di cosmesi giuridica, e non integrano affatto una vera e reale incisione nel regime vigente.

Permangono, infatti, talune perplessità che accompagnavano già il testo normativo precedente, in relazione alla genericità di alcuni concetti facenti parte dell'aspetto precettivo e, quindi, non si comprende in cosa si discosti il nuovo disegno di legge dalla normativa che dovrebbe essere sostituita.

In special modo, si deve, poi, ribadire come il ricorso a locuzioni esplicative quali **esposizione della persona trasportata a pericolo per la vita e l'incolumità, o sottoposizione della stessa a trattamenti degradanti od inumani**, tradisce, senza dubbio, un palese peccato di genericità, che può porre in crisi l'interprete in sede di applicazione della norma.

Per formulare solo un fugace esempio, la nozione di trattamenti degradanti ed inumani, per quanto apparentemente intuibile sul piano esemplificativo nella sua portata, pare, però estremamente ed eccessivamente (nonché genericamente) ampia e, come tale, suscettibile di ricomprendere anche situazioni in sé non penalmente rilevanti, favorendo l'ingenerarsi di situazioni di confusione interpretativa.

Si tratta, quindi, di un'ennesima occasione perduta sul cammino della redazione di una previsione legislativa chiara, inequivoca, di facile comprensione ed applicazione e, come tale, efficiente ed adeguata.

Valgano, poi, anche in relazione a questa norma le considerazioni già esposte in relazione alla pluralità di **condotte cd. direttive**, che sarebbero introdotte con il disegno di legge in esame e, soprattutto, la irrazionalità e l'irragionevolezza dell'appiattimento in relazione al trattamento sanzionatorio che viene, in tal modo, operato coinvolgendo azioni e comportamenti che sono intuitivamente differenti sul piano della pericolosità sociale e, quindi, dell'intrinseca gravità e che non possono, quindi, venire tout-court accomunate.

Il comma 3 ter.

Anche per quanto concerne il comma 3 ter pare di poter affermare che si tratti più di un intervento lessicale di facciata

che di una reale incisione sul tessuto di una norma pregressa che si sia rivelata insoddisfacente.

Esso non può trarre in inganno gli addetti ai lavori, ma certo può confondere i profani,

Rispetto al testo vigente, al di là di alcune rimodulazioni formali e lessicali di maniera [ed assolutamente inutili], le quali, quindi nulla in concreto modificano, si deve notare che viene introdotto nel corpo dell'aggravante solo un'ulteriore ipotesi che è quella dello scopo di profitto anche indiretto.

Il nuovo comma 3-ter recita, infatti. << **La pena è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona se i fatti di cui al comma 3 sono commessi:**

a) al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento;

b) al fine di trarne profitto, anche indiretto.>>.

La precedente dizione legislativa, a propria volta, affermava <<**Se i fatti di cui al comma 3 sono compiuti al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento, la pena detentiva é aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona**>>.

Valutando, quindi, il testo che dovrebbe andare a sostituire quello vigente emerge che la nuova ipotesi del profitto (diretto od indiretto), considerata quale circostanza aggravante, configurerebbe il fine ultimo cui dovrebbe tendere l'azione criminosa prevista dal comma 3.

In buona sostanza, qualunque delle cinque condotte descritte, nonché l'ipotesi generica residuale contenuta nella proposizione normativa citata, sarebbe aggravata se collegata eziologicamente con la volontà di pervenire al raggiungimento di un vantaggio.

La nozione di profitto dovrebbe, comunque, essere intesa come integrativa un concetto di vantaggio svincolato da caratteri prettamente economico-finanziari.

E' giurisprudenzialmente pacifico che, in ambito di reato, il profitto possa consistere in una qualsiasi utilità o vantaggio di natura patrimoniale o meno, essendo sufficiente che il soggetto attivo abbia operato per il soddisfacimento di un bisogno psichico e, quindi, anche per dispetto, ritorsione o vendetta (Cfr. Trib. Genova, 17 Agosto 2005, M.M., Massima redazionale, 2005).

Alla luce della massima che precede ci si deve chiedere se l'utiliter, cui l'illecito tende, si possa concretare non solo sotto il profilo patrimoniale, ma possa effettivamente fungere da soddisfazione dell'agente anche sul piano strettamente morale.

La S.C. , pur restringendo in taluna pronunzia l'orizzonte del profitto a qualsiasi utilità, incremento o vantaggio, ma solo patrimoniale, anche a carattere non strettamente economico, (Cfr. Cass. pen. Sez. II,

17 Giugno 2003, n. 28894, Manente e altri, Guida al Diritto, 2003, 43, 69), in altre decisioni, ha sostenuto la possibilità che l'agente si prefiguri, comunque, un profitto, che non va inteso come dato strettamente patrimoniale, ma può consistere anche in un uso strumentale del bene acquisito per conseguire altre utilità (Cft. Cass. pen. Sez. II, 6 Aprile 2001, n. 23800, Scriboni, Riv. Pen., 2001, 830).

Si può, pertanto, ricavare la considerazione di carattere generale che la nozione di profitto penalmente rilevante debba venire fortemente ancorata alla natura ed alla tipologia del reato cui la stessa si riconnette.

Specialmente, poi, nel contesto di truculenti e gravi reati contro la persona analoghi a quelli oggetto della presente disamina, la S.C. ha sottolineato come il profitto, possa derivare dalla consapevole volontà di trarre utilità dalla persona vittima del turpe mercato, considerata come cosa atta a rendere utilità o servizi, a essere prestata, ceduta o venduta [Cfr. Cass. pen. Sez. III, 12 Aprile 2005, n. 33757 (rv. 232074), Suli ed altro, CED Cassazione, 2005, Riv. Pen., 2006, 7-8, 879, che si è soffermata su di una ipotesi di configurabilità dell'elemento soggettivo del reato di cui all'art. 600 cod. pen. (Riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù)].

Ciò posto giurisprudenzialmente, appare, dunque, chiaro che lo scopo precipuamente perseguito dagli autori dei reati connessi con l'immigrazione clandestina è indubbiamente quello economico e che siffatta patente connotazione induce a ritenere come possa essere inficiata di superfluità la disposizione introdotta.

Ed allora, per tentare di dare un minimo senso compiuto ad una scelta legislativa altrimenti di difficile comprensione sotto il profilo dell'utilità, la circostanza specificativa ed aggravante il reato base in questione, può forse trovare la sua unica giustificazione (non altrimenti ammissibile) solo nella ipotizzabile volontà di estendere l'inasprimento della punizione anche a situazioni nelle quali gli autori del reato non traggano un vantaggio strettamente economico, o monetario.

Si tratterebbe, quindi, sotto questo profilo di un'aggravante di natura interpretativa ed estensiva.

Certo è che - atteso il significato che la giurisprudenza ha attribuito da tempo al concetto di profitto illecito - anche questa lettura della norma che si propone quale via di uscita, con molta buona volontà (e pazienza nei confronti delle stravaganze del legislatore), sul piano interpretativo si rivela meramente pleonastica e volta soprattutto a fornire un minimo di spessore e dignità giurifica ad una previsione legislativa che pare perseguire una strategia puramente ispirata a cambiare (solamente in apparenza) qualcosa all'interno di vigenti testi di legge per poter, poi, sostenere di avere fatto qualcosa in materia di immigrazione.

Permangono, inoltre, notevoli perplessità in ordine al fatto che la disposizione dell'art. 3 ter mantenga la

propria genetica caratteristica di circostanza aggravante, potendo, così entrare nel gioco del bilanciamento con le attenuanti e perdere, così, efficacia sanzionatoria.

I comma 4°, 4 bis, 4 ter

La sostituzione propugnata dalla norma in questione è meramente apparente.

In fatti, l'ipotizzato nuovo comma 4 che recita <<**Nei casi previsti dai commi 1 e 3 è obbligatorio l'arresto in flagranza.**>>, altro non fa che ripetere una disposizione già vigente, giacchè l'obbligatorietà dell'arresto in flagranza di reato è tuttora già prevista dalla normativa vigente.

Medesimo discorso vale per il comma 4 ter che è solo una oziosa rielaborazione lessicale del principio della obbligatorietà della confisca del mezzo utilizzato per il trasporto anche ove il procedimento venga definito con l'applicazione della pena ex art. 444 c.p.p..

Tranquillizzante ed agevole conferma di quanto si va sostenendo si trae dalla comparazione delle due disposizioni.

Da un lato il 4 ter, afferma che«**Nei casi previsti dai commi 1 e 3 è sempre disposta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per i medesimi reati, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti**», mentre dall'altro l'attuale comma 4, sul punto specifico sostiene «**Nei casi previsti dai commi 1 e 3 é obbligatorio l'arresto in flagranza ed é disposta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per i medesimi reati, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti**».

Unica aggiunta l'avverbio "sempre", termine che, peraltro, non pare mutare né pnto, né poco la previsione in essere, la quale non permetteva affatto di dubitare del carattere di doverosità, per il giudice, dell'emissione del provvedimento di confisca.

Sicchè, forse retoricamente, ma necessariamente, una volta di più, vi è da domandarsi quale significato abbia una vera e propria ricopiatura (con qualche modifica lessicale) di principi già approvati ed efficaci.

Unica innovazione procedimentale pare quella prevista dal comma 4 bis «**Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato previsto dal comma 3, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari**».

La disposizione in parola codifica, così, il ricorso alla misura estrema come regola usuale nei procedimenti interinale di cautela, sancendo una presunzione di pericolosità in capo all'indagato.

A costui - ovviamente - incombe un onus probandi in ordine alla dimostrazione dell'insussistenza di quelle ragioni che giustifichino l'adozione della misura estrema, le quali invece, vengono considerate sussistenti dalla norma, sulla scorta di un principio presuntivo.

E', dunque, evidente che la visione del legislatore, in vicende che creano notevole allarme sociale, è quella della centralità e fondamentale del ricorso alla carcerazione preventiva dell'indagato.

Si tratta di una scelta che trova nella teoria della difesa sociale globale una forte e condivisibile giustificazione, in virtù di una forte sensibilità non solo etica che le quotidiane vicende di migrazione illecita hanno sviluppato nel tessuto comune del nostro paese,

Tale principio, però, non può porsi quale deroga ai principi sia costituzionali, che sanciti del codice di rito, che intendono lo stato di detenzione della persona prima di una sentenza definitiva, come situazione eccezionale, che deve trovare ampio ed approfondito supporto motivato.

Si tratta di scelta che deve essere sempre essere posta in ballottaggio con tutta la gamma delle opportunità cautelari che il codice offre..

Questo orientamento, inoltre, non può porsi in conflitto con il principio sancito dal comma 3 dell'art. 275, laddove viene sancito che **"LA CUSTODIA CAUTELARE IN CARCERE PUÒ ESSERE DISPOSTA SOLTANTO QUANDO OGNI ALTRA MISURA RISULTI INADEGUATA"**.

Dovendosi uniformare ai principi generali vigenti in materia cautelare, il testo del disegno di legge in esame, quindi, parrebbe, ovviamente, postulare che l'accesso a misure gradate o meno afflittive suppone, da parte della difesa, la produzione in giudizio di elementi contrassegnati da una forza tale da vincere quella ritenuta presunzione, la quale per quanto forte, ammette prova contraria.

Ed, invece, una simile interpretazione non pare applicabile, in quanto la norma in questa appare assolutamente mal scritta.

La perentorietà dell'ultima parte dell'art. 4 bis di futura applicazione ed l'adozione di un criterio di una esegesi strettamente lessicale della norma in parola, infatti, portano a ritenere paradossalmente che, diversamente dai criteri generali di natura cautelare, che prevedono misure intermedie, non sia possibile l'accesso, nella fattispecie, alle stesse, in quanto si prospettano solo due radicali alternative di libertà: il carcere o la piena libertà.

Afferma, infatti, la parte dell'art. 4 bis in esame che in caso di acquisizione di elementi confliggenti con la

presunzione di pericolosità dell'indagato ed, al contempo, idonei ad escludere genericamente la presenza (rectius insussistenza) di esigenze cautelari, verrebbe negata l'applicazione della custodia in carcere.

Consegue, quindi, da tale premessa lessicale l'ovvia e naturale conclusione che l'unica alternativa al carcere potrebbe essere solamente la libertà dell'indagato.

Chiunque si interessi di procedura penale sa che l'art. 274 c.p.p. prevedendo la triplice tipologia e natura delle esigenze cautelari, afferma che le misure cautelari (nessuna esclusa) sono disposte solo quando venga ravvisata la sussistenza di una tra esse.

Sicchè, quando manchino esigenze cautelari (rectius "non sussistano") non può essere tollerata alcuna forme di compressione della libertà, ancorchè limitata e l'indagato deve essere totalmente libero.

In buona sostanza, la scelta in commento (che non si sa se frutto di fretta, non conoscenza normativa o gaffe giuridica) se proseguita sarebbe destinata a forzare quel sistema delle misure cautelari personali, di natura codicistica, che si articola naturalmente in senso di rigida gerarchia, partendo dalla forma massima di privazione della libertà personale (la custodia cautelare in carcere), per giungere alla piena libertà dell'individuo, sul pacifico presupposto dell'esistenza di una progressiva attenuazione e successiva elisione totale della pressione cautelare direttamente proporzionale sia alle esigenze che di volta in volta vengono ravvisate, sia alla loro effettività e rilevanza [Cfr. Cass. pen. Sez. VI, 23 Marzo 2004, n. 19628 (rv. 228432), Savino, Arch. Nuova Proc. Pen., 2005, 391 CED Cassazione, 2004, Riv. Pen., 2005, 500] e che trova nell'art. 274 c.p.p. Uno dei suoi capisaldi

Opinando nel senso proposto dal legislatore, verrebbe, quindi, meno quel rapporto che avvince la scelta delle singole misure all'intensità della esigenza specificamente avvertita, conseguenza di un sinallagma che è destinato a permettere che venga rispettato il criterio di adeguatezza e proporzionalità fra i due termini (misura e cautela).

Soprattutto, però, di creerebbe una rilevante frattura nella sistematica processuale, perché stando ad una interpretazione strettamente lessicale del testo verrebbero travolti i principi sanciti nei commi 1 e 2 dell'art. 275 c.p.p.[1], rispetto ai quali la norma in procinto di introduzione non si coordinerebbe affatto.

Deriva, quindi, la considerazione di un grave infortunio lessicale (con peraltro notevoli riflessi giuridici) da parte del legislatore (che si spera voglia rimediare prima dell'eventuale entrata in vigore del disegno di legge), in quanto non è affatto concepibile concettualmente (e neppure astrattamente) l'esclusione a priori dal novero delle possibilità processuali dell'iter di affievolimento delle esigenze cautelari che originariamente possano essere state ritenute.

In concreto, non pare possibile che si possa concepire - come invece parrebbe dalla lettura della norma in oggetto - il perdurare nel tempo della custodia in carcere sino al momento in cui si ritengano totalmente

elise le esigenze cautelari, senza che, invece, possa venire progressivamente rivalutata - nel corso del periodo detentivo e del procedimento - la posizione dell'inquisito, sì da favorire il progressivo adeguamento e la proporzionalità della misura alle risultanze oggettive e soggettive.

Non è, pertanto, ammissibile una cristallizzazione assoluta del regime cautelare estremo, che, non va dimenticato, si ipotizza come applicabile sulla base di una pura presunzione.

In questo baillame legiferativo, fortunatamente è rimasto intonso il principio in base al quale si procede usualmente con giudizio direttissimo, salvo che siano necessarie speciali indagini.

Al paziente lettore ogni ulteriore considerazione.....

Rimini, lì 26 Ottobre 2006

Carlo Alberto Zaina

Immigrazione clandestina: disposizioni per il contrasto e modifiche al c.p.p.

Disegno di legge approvato dal CdM il 12.10.2006

Disegno di legge recante:

"Disposizioni in materia di contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e modifiche al codice di procedura penale."

(Testo approvato dal Consiglio dei Ministri n. 19 del 12 ottobre 2006)

Art. 1

(Modifiche all'articolo 12 del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286 e successive modificazioni)

1. All'articolo 12 testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero, di cui al decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) il comma 1 è sostituito dal seguente:

«1. 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 in 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.»;

b) il comma 3 è sostituito dal seguente:

«3. 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 in 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 15.000 euro per ogni persona nel caso in cui:

a) il fatto riguarda l'ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone;

b) la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o la sua incolumità per procurare

l'ingresso o la permanenza illegale;

c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurare l'ingresso o la permanenza illegale;

d) 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;

e) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplosive.»;

c) il comma 3-bis è sostituito dal seguente:

«3-bis. Se i fatti di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d), e) del medesimo comma, la pena ivi prevista è aumentata.»;

d) il comma 3-ter è sostituito dal seguente:

«3-ter. La pena è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona se i fatti di cui al comma 3 sono commessi:

a) al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento;

b) al fine di trarne profitto, anche indiretto.»;

e) il comma 4 è sostituito dal seguente:

«4. Nei casi previsti dai commi 1 e 3 è obbligatorio l'arresto in flagranza.»;

f) dopo il comma 4 sono inseriti i seguenti:

«4-bis. Quando sussistono gravi indizi di colpevolezza in ordine al reato previsto dal comma 3, è applicata la custodia cautelare in carcere, salvo che siano acquisiti elementi dai quali risulti che non sussistono esigenze cautelari.

4-ter. Nei casi previsti dai commi 1 e 3 è sempre disposta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per i medesimi reati, anche nel caso di applicazione della pena su richiesta delle parti.».

Art. 2

(Modifica all'articolo 407 del codice di procedura penale)

1. All'articolo 407, comma 2, lettera a), numero 7-bis del codice di procedura penale, dopo le parole

«609-octies del codice penale», sono aggiunte, in fine, le seguenti: «, nonché dei delitti previsti dall'articolo 12, comma 3 del testo unico approvato con decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.».

Art. 3

(Copertura finanziaria)

1. Dall'esecuzione della presente legge non derivano nuovi o maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato.

Art. 4

(Entrata in vigore)

1. La presente legge entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

[1]

Art. 275 c.p.p

1 .

NEL DISPORRE LE MISURE, IL GIUDICE TIENE CONTO DELLA SPECIFICA IDONEITÀ DI CIASCUNA IN RELAZIONE ALLA NATURA E AL GRADO DELLE ESIGENZE CAUTELARI DA SODDISFARE NEL CASO CONCRETO.

2 .

OGNI MISURA DEVE ESSERE PROPORZIONATA ALL'ENTITÀ DEL FATTO E ALLA SANZIONE CHE SI RITIENE POSSA ESSERE IRROGATA.

<https://www.diritto.it/a-proposito-delle-modifiche-alle-norme-sull-immigrazione-disegno-di-legge-approvato-dal-cdm-il-12-10-2006/>