

Il delitto di procurato ingresso illecito (art. 12 d.l.vo 286/98 e successive modifiche)

Autore: Zaina Carlo Alberto

In: Diritto penale

IL MOMENTO CONSUMATIVO DEL DELITTO DI PROCURATO INGRESSO ILLECITO

(ART. 12 D.L.VO 286/98 E SUCCESSIVE MODIFICHE)

PREMESSA

La pronunzia della Suprema Corte, in calce alla presente nota, offre il destro per formulare alcune riflessioni in ordine al tema della natura del reato indicato dal co. 1° dell'art. 12 d.l.vo 286/98.

Al di là della specifica particolarità fattuale del caso in questione (è, infatti, circostanza poco frequente, ma non infrequente, quella di imbattersi in soggetti extracomunitari che stiano abbandonando un paese dell'area Schengen, facendo ritorno spontaneo al loro paese di origine), che fornisce spunti valutativi di natura procedimentale concernenti la prova della volontà del singolo, è evidente che il dibattito, giurisprudenziale e dottrinale, persiste ed insiste vivacemente in ordine all'individuazione del delitto in questione - relativo al procurato ingresso illegale nello Stato od in altro Stato aderente al trattato di Schengen - come rientrante (o meno) nella categoria dei reati di pericolo.

La sentenza 6398/08 della Corte di Cassazione aderisce a quella visione più restrittiva della norma in oggetto, ponendosi, cioè, nel senso di considerare la condotta descritta all'art. 12/1° come configurante **“un reato a condotta libera e a consumazione anticipata (Cass. I, 23.6.2000, n. 4586 - rie. Habibi)”**.

Essa, inoltre, affronta il parallelismo fra il testo letterale della disposizione legislativa anteriore e quello posteriore alla novello del 30 Luglio 2002 n. 189.

Reputa chi scrive che, prima di tentare di affrontare in concreto il giudizio concernente la fondatezza delle argomentazioni svolte e delle posizioni assunte in sentenza, sia sotto il profilo sostanziale che sotto quello processuale, si impongono alcune considerazioni che riverberano effetto pregnante a livello metodologico.

OSSERVAZIONI E CONSIDERAZIONI IN ORDINE ALLA ONNICOMPRESIVITA' DELLA DIZIONE USATA PER DEFINIRE LA CONDOTTA PENALMENTE ILLECITA DI PROCURATO INGRESSO CLANDESTINO.

La norma di cui all'art. 12 d.l.vo 286/98, all'apparenza, pare peccare di genericità, posto che la condotta così descritta[1] differenti possono essere le situazioni che si rivelino idonee a concretare una situazione di ingresso illecito in zona Schengen., legittima la considerazione che molteplici e

Non solo, quindi, si può ricondurre l'ambito di operatività della norma incriminatrice esclusivamente alle classiche ipotesi nelle quali l'azione criminosa si sostanzia nel creare i presupposti per un ingresso clandestino (cioè senza alcun apparente valido titolo) da parte di cittadini extracomunitari, eludendo varchi di frontiera od occultando costoro in mezzi di locomozione al fine di sfuggire a controlli.

E', infatti, decisivo, di volta in volta, allo scopo di potere correttamente ipotizzare il reato in questione, constatare quale tra le autorizzazioni, rilasciate dalle diverse autorità sulla base di leggi diverse, cui fare riferimento, venga a mancare.

Sulla base di precisi ed autonomi requisiti che, se riconosciuti, sanciscono l'esercizio di diritti diversi, in concreto, possiamo, dunque, identificare :

a)

il visto di ingresso rilasciato dalla rappresentanza diplomatica consolare della Repubblica Italiana secondo il diritto nazionale, che ai sensi dell'art 4 D.Lgs. 286/1998 autorizza lo straniero all'ingresso sul territorio nazionale. Esso cioè conferisce valido "titolo per accedere nel territorio nazionale" e la normativa nazionale prevede tre categorie e 21 tipi di tale "titolo per accedere nel territorio nazionale" (Cfr. Decreto interministeriale del 12/07/2000 , Gazzetta Ufficiale del 1 agosto 2000 n 178);

b)

il visto Schengen uniforme rilasciato da un consolato di un paese dell'Unione Europea secondo le norme del diritto di suddetto paese, ma con validità "Europea", ai sensi dell'art 10 della Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica Federale di Germania, e della Repubblica Francese, relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni (GU 2000, L 239, pag 19) firmata a Schengen Lussemburgo il 19 giugno 1990 e ratificata dall'Italia con la legge 30 settembre 1993 n. 388 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n 232 del 2 ottobre 1993 - S.O.n 93) e dell'art 1 del protocollo sull'integrazione dell'acquis di Schengen nell'ambito dell'Unione Europea allegato al Trattato sull'Unione Europea e al Trattato che istituisce la Comunità Europea dal Trattato di Amsterdam.

Questo tipo di visto, quindi, costituisce effettivo "titolo per accedere nel territorio nazionale" in deroga dell'art 4 del D-lgs 286 del 1998 ai sensi dell'art 1 della Legge 6 marzo 1998 n. 40 che statuisce "**quando altre disposizioni di legge fanno riferimento a istituti concernenti persone di cittadinanza diversa da quella italiana ovvero ad apolidi, il riferimento quindi deve intendersi agli istituti previsti dal presente Testo Unico. Sono fatte salve le disposizioni interne, comunitarie e internazionali più favorevoli comunque vigenti nel territorio dello Stato Italiano**".

Si noti che la normativa comunitaria prevede cinque categorie di tale "**titolo per accedere nel territorio nazionale**" (Cfr. Istruzioni consolari comuni, Gazzetta Ufficiale CE 313/01/C)

c)

La carta di soggiorno rilasciata dalla Questura secondo il diritto nazionale, che ai sensi dell'art 9 comma 4 lettera a) riconosce diritto allo straniero di fare ingresso nel territorio dello Stato in esenzione di visto, quindi, tecnicamente concede il "titolo per accedere nel territorio nazionale";

d)

Il permesso di soggiorno rilasciato secondo il diritto nazionale che de iure è soltanto un'autorizzazione che consente ad un cittadino di un paese terzo di soggiornare legalmente sul territorio nazionale (vedi regolamento (CE) n 1030/2002 del Consiglio del 13.6.2002 che istituisce un modello uniforme per i permessi di soggiorno rilasciati a cittadini di paesi terzi attuato in Italia dall'art 11 del Regolamento recante norme di attuazione del Testo Unico delle disposizioni concernenti la disciplina

dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero).

Esso, però, spesso è, per prassi costante, considerato ed equiparato ad una vera e propria autorizzazione all'ingresso, divenendo, così "titolo per accedere nel territorio nazionale".

Anche in questo caso si deve evidenziare che la normativa nazionale prevede addirittura 26 tipi di tale "**titolo per accedere nel territorio nazionale**" (vedi circolare del Ministero dell'Interno del 7/12/2006 n. 400/c/2006/401948/P/14.201).

e)

Il permesso di soggiorno o un documento equivalente rilasciato da un paese dell'Unione Europea secondo le norme del suo diritto che ai sensi dell'art 5 comma 1 del D.Lgs 286/1998.

Si tratta di un documento del tutto valido per l'ingresso in Italia in esenzione di visto e che, pertanto, costituisce altro idoneo "titolo per accedere nel territorio nazionale".

La normativa comunitaria prevede 5 tipi di tale "**titolo per accedere nel territorio nazionale**" (Cfr. Manuale comune, Gazzetta Ufficiale CE 313/02/C).

Ovvia considerazione, in carenza di possibile opposta spiegazione, è, quindi, quella per la quale, allo stato, sotto l'egida della parola "titolo" rimangono totalmente plausibili tutte le diverse autorizzazioni, di cui si è fatta sin qui menzione.

Deriva, altresì, la naturale conseguenza, sul piano strettamente processuale, in ipotesi di instaurazione di un procedimento penale, di un preciso obbligo ascritto alla pubblica accusa di individuare quale di queste autorizzazioni fosse effettivamente richiesta nel caso concreto.

** ** *

Assume, pertanto, rilievo - ai fini che ci occupano - la modifica dell'art. 12 del d.l.vo 286/1998, operata con la legge n. 189/2002, in quanto la stessa non ha inciso solamente sull'estensione della fattispecie (arricchita dalla previsione di condotte concernenti l'ingresso illegale in territorio di altro Stato) ma ha anche spiegato effetti sulle caratteristiche delle condotte punibili.

Queste non sono più definite come "**attività dirette a favorire**", ma divengono "**atti diretti a procurare**" l'ingresso in violazione delle disposizioni del T.U. .

Come è stato esattamente osservato dalla giurisprudenza (e la sentenza in commento non deroga a tale orientamento) e dalla dottrina, l'espressione "**procurare l'ingresso illegale**", soprattutto se confrontata con il testo precedente ("**favorire l'ingresso in violazione delle disposizioni**" vigenti), evoca sia una condotta di maggiore concretezza rispetto alla semplice agevolazione dell'ingresso, che una situazione obiettivamente di superiore pregnanza (rispetto al regime previgente) in termini di disvalore giuridico. (Cfr.

Cassazione Sez. 1,
17 marzo 2004, n. 12963).

Successivamente all'avvenuta modifica della fattispecie, il giudice di legittimità ha avuto modo di affermare che per "**ingresso in violazione delle disposizioni del T.U.**" si deve intendere **ingresso senza requisiti sostanziali per l'ingresso e soggiorno sul territorio nazionale** (Cfr. Cass.

Sez. 3,
23 gennaio 2003, n. 3162).

Diversamente opinando, insegna la Suprema Corte, la evidente genericità della locuzione "**violazione delle disposizioni del presente testo unico**" dell' art. 12 comma 1 del T.U. finirebbe in contrasto con il principio di tassatività, tanto più che la previsione di "**attività dirette a procurare l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato**" comprende atti soggettivamente diretti allo scopo di agevolare esclusivamente l'ingresso illegale, sicché **potrebbero essere incriminati comportamenti concretamente non lesivi attraverso un "modello estremo di anticipazione di tutela"**.

Si sottolinea, altresì, come la recente legge n. 146/2006 abbia evidenziato che la locuzione "**Ingresso illegale**" identifica l'azione di varcare i confini senza che l'agente sia nella condizione di soddisfare i requisiti necessari per l'ingresso legale (Legge del 16 marzo 2006, n. 146, art.3, comma b del Protocollo 3).

Si deve pertanto affermare che - al di là dei casi di ingresso clandestino dello

straniero nel territorio dello Stato, cioè in assenza di valido documento legittimante l'ingresso (Cfr. Cass. Sez. I sent. n. 49258/2004) -la definizione di "**ingresso illegale**", in presenza di un documento valido per "**il varcare dei confini**", va

stabilita in base alle disposizioni delle norme del diritto amministrativo che prescrivono tassativamente i requisiti per il rilascio di tale atto che autorizzi l'ingresso in Italia[2].

Si è già detto della modifica intervenuta con la L. 189/2002, che ha mutato la formula originale della fattispecie del reato previsto dall'art.10 comma 3 della L. 40 (Turco-Napolitano).[3]

La sostituzione del verbo "**favorire**" con quello "**procurare**" appare assolutamente rilevante, in quanto -

come si è detto - essa conferisce maggiore tassatività e determinatezza alla fattispecie, poichè rende maggiormente preciso l'ambito di operatività della norma attribuendolo, sine dubio, a condotte munite del carattere di effettività.

E' indiscutibile, infatti, che la condotta originariamente descritta nella norma e che consisteva nel "**favorire**", concretasse una previsione vaga e indifferenziata, potendo quindi consistere in qualsivoglia apporto di mera agevolazione ovvero in un modesto aiuto di forma e tipologia indefinita.

La condotta descritta con il verbo "procurare" implica, per converso, un apporto connotato di maggiore precisione, causalmente e efficiente a determinare in via diretta il risultato finale. (Cfr. Cass. Sez. 1, 23 ottobre 2003, n. 40307).

Il fine perseguito dalla norma è, pertanto, esclusivamente quello di sanzionare l'azione consistente nel procurare l'ingresso clandestino od illegale nel territorio dello Stato ossia nel porre le condizioni effettive e concrete a che si verifichi l'atto di varcare i confini da parte dell'agente favorito[4].

La condotta punibile, quindi, non è più quella che abbia, anche solamente in modo del tutto lato, favorito l'evento finale oggetto della sanzione prevista dalla norma, quanto, più semplicemente, quella che abbia avuto una immediata efficacia eziologica e finalistica in relazione a quello specifico fine[5]

In altri termini, l'articolo 12 del Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, recante il

testo unico sull'immigrazione, così come modificato dalla legge 30 luglio 2002, n. 189 (cosiddetta «Bossi-Fini»), **contiene sanzioni penali volte a contrastare il fenomeno dell'immigrazione clandestina con particolare riferimento agli sbarchi di clandestini**, Emerge, dunque, sin d'ora una rilevante

perplessità in relazione alla scelta di adesione, svolta dalla Suprema Corte, alla teoria che definisce come il reato in questione sia di pericolo, e, parimenti sia irrilevante la destinazione finale cui tende il soggetto (Cass. I, 4.2.2005, n.4201 - rie. Ionescu; Cass. 1,12.2.2004, n.5813 - rie. Rusu; Cass. I, 9.1.2004, n.492 - rie. Giurcau).(così Atto n. 99 del 06/02/07 del Servizio Studi - Dipartimento giustizia

della Camera dei deputati "Disposizioni in materia di contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina A.C. 1857") cioè a fronteggiare una condotta concreta ed effettiva di penetrazione sul suolo nazionale[6].

IL REATO DI CUI ALL'ART. 12 D.L.VO 286/98 QUALE ESPRESSIONE DI UN PERICOLO O DI UN EVENTO?

E' notorio che la novella del luglio 2002 ha inciso profondamente sulla complessiva architettura dell'art. 12, posto che - come rilevato in precedenza - il legislatore non si è limitato ad un mero intervento di restyling lessicale, attraverso modifiche terminologiche di carattere puramente formale.

La prospettiva, che ha informato la L. 189/02, è stata quella di conferire unitarietà a quei parametri comportamentali considerati, da quali fare discendere la punibilità di specifiche condotte, il tutto con l'introduzione di un solo elemento di differenziazione tra le due ipotesi riportate al co. 1 ed al co. 3 dell'art. 12, che consiste, nella seconda ipotesi, nel fine di profitto, anche indiretto.

Si tratta di una visione che ha trovato conferma autorevole nell'ordinanza 29 dicembre 2004, n. 445 della Corte Costituzionale.

Il giudice delle leggi ha, infatti, in tale occasione, sottolineato che

"l'art. 1-ter[7]l'unico elemento specializzante della fattispecie di cui al comma 3, rispetto a quella del comma 1, è costituito dal fine del profitto." del citato decreto legge - aggiunto dalla legge di conversione - non si è limitato ad inasprire il trattamento sanzionatorio della fattispecie di cui al comma 1 della norma novellata, ma ha anche inciso, in modo significativo, sulla figura di cui al comma 3 e, correlativamente, sulla disciplina delle circostanze aggravanti di entrambe le fattispecie.....a seguito del recente intervento legislativo, per contro,

Deriva, dunque, che si può concludere che, a seguito delle intervenute modifiche, l'art. 12 d.l.vo 286/98, in materia di immigrazione nel proprio testo attualmente, prevede due autonome ipotesi di reato:

a) il **reato di favoreggiamento all'immigrazione clandestina**, destinato a colpire coloro che compiano atti diretti a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato di

uno straniero, ovvero diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente. La relativa sanzione è la reclusione da uno a cinque anni e la multa fino a 15.000 euro per ogni persona (**comma 1 art.12 D.Lgs.286/1998**);

b) il **reato di sfruttamento dell'immigrazione clandestina**, destinato a colpire coloro che - come i cosiddetti "scafisti" - al fine di **trarre profitto**, anche indiretto, compiano atti diretti a procurare l'ingresso illegale nel territorio dello Stato di uno straniero, ovvero diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente. La relativa sanzione consiste nella reclusione da quattro a quindici anni e nella multa di 15.000 euro per ogni persona (**comma 3 art.12 D.Lgs.286/1998**)[8] .

In questo senso, si è ritenuto che le modifiche apportate globalmente all'art. 12 del T.U. 286/98 rispondono, al contempo:

a)

da un lato, all'esigenza di garantire il rispetto dell'ordine pubblico, attraverso l'opposizione a qualsiasi forma di favoreggiamento dell'ingresso e permanenza, sul territorio della zona Schengen, da parte di persone, che prive dei requisiti necessari, si possano trattenere in tale contesto geografico solo ingrossando le fila di organizzazioni criminali;

b)

dall'altro, a quella di combattere il deprecabile fenomeno dello sfruttamento di individui, atteso che le persone vittime di tale specifica condotta versano in condizioni di bisogno e di subalternità e di questo status ne approfittano soggetti privi di scrupoli che agiscono solo in base alla logica del profitto^[9], arricchendosi già in nuce, attraverso la percezione di somme di danaro ed altre utilità (economicamente rilevanti) quale corrispettivo della partecipazione a disperati e difficilissimi viaggi che, spesso, si concludono tragicamente.

Attese le premesse sin qui svolte, si può, dunque, entrare nel vivo del tema affrontato in via principale dal Supremo Collegio.

L'ORIENTAMENTO CHE INDIVIDUA IL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE

CLANDESTINA QUALE REATO DI PERICOLO.

Secondo una parte non indifferente della giurisprudenza, la nuova formulazione della norma in questione valorizza, quale bene giuridico protetto dalla previsione del reato sia di favoreggiamento che di sfruttamento dell'immigrazione clandestina al contempo, sia la finalità di ordine pubblico, [essendo interesse dello stato quello di regolare e controllare i flussi migratori di stranieri non appartenenti all'Unione Europea], sia la finalità di protezione dello stesso straniero da possibili danni [speculari alla finalità di profitto che connota la condotta penalmente sanzionata] (cfr. ex plurimis Cass. Sez. 2 , ord. n. 3406/2004).

Non di meno, il momento di perfezionamento del reato viene, così, individuato con il compimento di **“atti diretti a favorire l'ingresso illegale** (sia in Italia che). **in un altro Stato, senza che possa assumere rilevanza la durata di tale ingresso e la destinazione finale del trasferimento dello straniero”** (Cfr. Cass. pen. Sez. I, 06-10-2006, n. 34053 (rv. 234803), CED Cassazione, 2006, Riv. Pen., 2007, 6, 699) e senza, mi permetto di aggiungere, che si debba essere necessariamente verificata l'effettiva concretizzazione dell'azione di ingresso illegale summenzionata.

L'eventuale ingresso illegale dello straniero nello Stato viene, dunque, ad essere classificato un post factum non decisivo - in relazione alla condotta tenuta dal soggetto che si adopera per procurare tale accesso nel territorio Schengen - atteso che esso non incide, né punto, né poco, su di un iter criminoso progressivo, che, in relazione al nomotipo, appare già perfezionatosi in una fase precedente.

Non richiedendo, dunque, la legge un quid pluris rispetto alla mera realizzazione della condotta delineata con il termine **“procurare”**, il reato va considerato come formale [Cfr. Cass. pen. Sez. I, 28-04-2004, n. 23193 (rv. 228248), CED Cassazione, 2004, Riv. Polizia, 2005, 746, Riv. Pen., 2005, 377] a nulla rilevando né la durata di tale ingresso, né la destinazione finale del trasferimento.

Si tratta di un'impostazione giurisprudenziale, che conferma alcune precedenti decisioni [V. ex plurimis Cass. pen. Sez. I, 20-01-2004, n. 3866 (rv. 227146), Corodan, Riv. Pen., 2004, 1266, CED Cassazione, 2004 e Cass. pen. Sez. I, 02-12-2003, n. 492 P.M. in proc. Giurcau, Riv. Pen., 2004, 1032, Riv. Polizia, 2004, 548], intervenute in relazione alla violazione del co. 1 dell'art. 12 da parte di cittadini romeni, (all'epoca ancora extracomunitari) i quali - come nel caso in esame - dichiaravano di fare ritorno al proprio paese di origine e che sottolineavano il profilo di reato di pericolo in capo alla disposizione in parola.

La scelta di privilegiare l'anticipazione del momento perfezionativo del reato di favoreggiamento dell'immigrazione ad una fase temporalmente precedente, distinta e disarticolata dall'effettiva eventuale fruizione - da parte dello straniero - del vantaggio illecito da altri procuratogli (non essendo quest'ultima eventualità affatto necessaria), esclude, dunque, che si possa configurare l'ipotesi del tentativo di reato.

Quest'ultimo istituto avrebbe potuto trovare indubbia applicazione, solamente ove l'ingresso dello straniero avesse integrato il carattere di elemento costitutivo ed imprescindibile dell'illecito.

Ciò non è; sicchè balza all'evidenza che la effettiva sterilità dell'azione di chi si attivi al fine di procurare l'ingresso illecito (e cioè non ottenga tale risultato indipendentemente dalla propria volontà) non riveste valore di deminutio rispetto all'ipotesi di reato perfetto.

Del tutto diversamente, invece, reputo si possa concludere, per palesi ragioni metodologiche, in relazione all'operatività e compatibilità della desistenza e del recesso attuoso con il reato in disamina, che si ritiene, quindi, possano correttamente attagliarsi a situazioni del tipo di quella rilevata nel giudizio in questione.

Sul piano processuale, inoltre, si deve rilevare che conseguenza particolarmente importante, la quale, direttamente, deriva dall'impostazione che si illustra (e che pare adottata dal S.C., nella fattispecie) attiene alla competenza territoriale concernente il reato di cui all'art. 12 d.l.vo 286/98 e che verrebbe radicata nel luogo ove l'attività di procuramento dell'illecito ingresso inizia.

Sullo specifico punto di diritto, la Sez. III della Cassazione, con la sentenza in data 19-05-2005, n. 35629, Nikolli ed altro (Guida al Diritto, 2005, 43, 94) ha sostenuto che **“Il reato previsto dall'articolo 12, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286, consistente nel porre in essere una qualsivoglia attività diretta a procurare l'ingresso di stranieri clandestini nel territorio dello Stato, è un reato eventualmente permanente, rispetto al quale la permanenza cessa quando per una qualsiasi ragione venga interrotta l'attività criminosa, prima del procurato ingresso illegale in Italia dello straniero clandestino, e, comunque, in ogni caso, quando sia stato raggiunto lo scopo illecito perseguito, ossia l'ingresso illegale in Italia dello straniero. Trattandosi di reato permanente, ai fini della determinazione della competenza per territorio, occorre avere riguardo alla regola generale di cui all'articolo 8, comma 3, del c.p.p., secondo cui è competente il giudice del luogo in cui ha avuto inizio la consumazione. A tal fine, ciò che rileva è il luogo, posto sul territorio dello Stato (si veda l'articolo 6 del c.p.p.), ove abbia avuto inizio l'attività finalizzata all'ingresso illegale”**.

Su tale preciso abbrivio interpretativo, l'individuazione del luogo in cui è avvenuto l'ingresso illegale giunge ad assumere una valenza identificativa, solo in via suppletiva (articolo 9, comma 1, del c.p.p.),

quale luogo ove sia comunque cessata la permanenza.

Nel caso di cui alla massima risultava, infatti, che, in Italia, erano avvenuti i primi contatti telefonici tra gli imputati e i soggetti che avevano il compito di reclutare all'estero alcune ragazze da introdurre clandestinamente sul territorio dello Stato, e si è, quindi, affermato che competente dovesse considerarsi l'autorità giudiziaria del luogo ove detti contatti erano stati tenuti, trattandosi del luogo ove avuto inizio la consumazione, rilevante ai fini della competenza ex articolo 8, comma 3, del c.p.p.; con la conseguenza che, non dovendosi fare ricorso ai criteri suppletivi di cui all'articolo 9 del c.p.p., doveva considerarsi irrilevante, ai fini della competenza, il luogo dell'effettiva introduzione delle ragazze in Italia.

L'OPPOSTO ORIENTAMENTO.

La posizione che si pone sul versante avverso rispetto a quella sin qui valutata (cioè antagonista a quella assunta dalla Suprema Corte in questo caso), in concreto, muove a detta tesi, il rimprovero di fondare la propria consistenza sul ricorso ad una fictio giuridica.

La classificazione di reato di pericolo (che connoterebbe l'art. 12), altro non sottenderebbe, infatti, che una sorta di presunzione iuris et de iure, posto che l'ancorare la condizione di punibilità della condotta ad una fase fortemente anticipata rispetto all'eventuale effettivo ingresso del cittadino extracomunitario in area Schengen, prescindendo dal controllo dell'effettiva verifica dell'evento cui l'attività illecita sarebbe prodromica, apparirebbe tetragono ed intangibile rispetto a qualsiasi tipologia di prova contraria, che - di fatto - finirebbe per risultare inutile e vana.

Altro elemento di notevole perplessità può derivare dalla considerazione che finirebbero ad essere tacciate, prima facie, di illiceità (penalmente rilevante) condotte che potrebbero, invece, risultare, ad una successiva e più approfondita verifica, del tutto lecite.

Ad esempio il procurare l'ottenimento di un visto per affari sulla base di una documentazione che sia sospettata di falsità, ma che, per converso, si riveli del tutto conforme ai requisiti sanciti ex lege.

La tesi che si oppone al principio della cd. consumazione anticipata del reato, può farsi preferire, in quanto presenta, sul piano sostanziale, il pregio di una maggiore aderenza e di un più spiccato rispetto della realtà fattuale, mentre, su quello processuale, permette all'indagato/imputato di esercitare la facoltà di difendersi provando, al fine di dimostrare la sussistenza della causa di giustificazione che venga invocata a discolpa.

Fulcro della soluzione del problema è, quindi, la qualificazione da attribuire alla asserita condotta di transito; vale a dire che il giudice, in situazioni analoghe a quella oggetto della pronuncia di legittimità, deve decodificare il reale valore giuridico da riconoscere alla discolpa fornita dall'interessato, il quale neghi una volontà di introduzione illecita di altri soggetti in area Schengen, a carattere anche di minima stanzialità, e, al contempo, sostenga che la presenza in detta zona sia da imputare obbligatoriamente a ragioni funzionali e strumentali di attraversamento e transito di paesi che sono sull'itinerario necessario per raggiungere il paese di destinazione.

Il transito, infatti, quando si ponga in funzione strumentale rispetto alla finalistica destinazione viene valorizzato quale causa scriminante, elemento, quindi, che esclude l'antigiuridicità del comportamento tenuto, non solo da chi entri illegalmente nella zona Schengen, ma anche in capo a chi si attivi, per procurare le condizioni di tale ingresso, a patto che il soggetto che lo invochi ne offra prova rigorosa.

Così, recentemente si è espressa sempre la Sez. I, 20-12-2006, n. 7349 [(rv. 236237), Pubblico Ministero c. S.C., CED Cassazione, 2007], sostenendo che **“Non integra il reato di cui all'art. 12, comma primo, del D.Lgs. n. 286 del 1998 (agevolazione dell'immigrazione clandestina) favorire il mero transito dall'Italia di uno straniero extracomunitario in uno Stato confinante, quando la destinazione finale dello straniero sia il proprio Paese d'origine, essendo però necessaria l'effettiva e concreta dimostrazione di tale destinazione finale. Peraltro, trattandosi di una causa di giustificazione, incombe sull'imputato che deduca una determinata situazione di fatto a sostegno dell'operatività dell'esimente l'onere di allegare gli elementi di indagine per porre il giudice nella condizione di accertare la sussistenza, o quanto meno la probabilità della sussistenza, di tale esimente”**.

Una simile visione del complessivo problema deriva, pertanto, da un approccio alla normativa sull'immigrazione che ne valorizza il fine dichiarato di combattere le attività di sollecitazione e gestione del fenomeno migratorio illegale in arrivo o in partenza dal territorio nazionale, piuttosto che a proteggere lo spazio ricompreso nell'accordo di Schengen.

In buona sostanza, non si tratterebbe, quindi, di uno scopo di conservazione di un equilibrio prettamente di diritto internazionale, e che esprime la propria funzione fra nazioni aderenti al medesimo trattato, quanto piuttosto, soprattutto, della corretta attuazione di uno strumento giuridico, volto ad incidere preventivamente e regressivamente, al contempo, in ambito principalmente nazionale.

Si tratterebbe, dunque, di un orientamento che si pone in posizione esattamente contraria rispetto a quanto affermato dalla sentenza in commento, la quale valorizza, invece, la norma in esame, parametrandola sulla base dello spirito di cooperazione internazionale che deriva dal patto Schengen, il quale viene considerato, non tanto e non solo, quale difesa del territorio in sé, quanto piuttosto come scelta di politica giudiziaria tendente all'opposizione al massiccio fenomeno della migrazione fra i vari paesi.

Da tale considerazione, dunque, deriva la necessità - a dire del giudice di legittimità - di considerare che il giudice valuti non solo la violazione che può coinvolgere il proprio stato di appartenenza, ma anche la necessità di tutela degli stati limitrofi al proprio.

Molto più pragmaticamente, la stessa Sez. 1 (giacché paradossalmente il contrasto si è formato all'interno della stessa), in altra recente occasione si è espressa affermando che **“La disposizione di cui all'art. 12, comma primo, D.Lgs. n. 286 del 1998 e successive modifiche, che incrimina gli atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del soggetto che non è cittadino di tale Stato o non ha titolo per soggiornarvi legalmente, è diretta. Ove sia in concreto positivamente provato che il trasporto è preordinato al rimpatrio nel Paese d'origine mediante un mero transito attraverso altri Stati non è configurabile il reato; peraltro, nella fase delle indagini, di fronte ad una situazione di clandestinità e ad una condotta di espatrio illegale dello straniero extracomunitario in un Paese diverso da quello d'origine, se non sia individuabile con immediata evidenza lo scopo della destinazione finale, l'arresto del soggetto che sia colto in flagranza del favoreggiamento di tale condotta va considerato legittimo, essendo l'accertamento di merito riservato alla sede dibattimentale”**. [Cfr. Cass. pen. Sez. I, 26-10-2006, n. 42117 (rv. 235581), CED Cassazione, 200, Riv. Pen., 2007, 10, 1073].

Il principio contenuto nella massima che precede, pur nella sua articolazione globale (investe, infatti, anche problemi procedurali, attinenti al giudizio di legittimità e convalida dell'arresto) non pare suscettibile di equivoche interpretazioni, così come altre due prese di posizione recentissime sul tema.

Entrambe, infatti, sottolineano con decisione la sussistenza di un reale e concreto diritto del soggetto di approntare una prova a propria difesa, al fine di dimostrare che si verte in situazione di transito, precisando, in pari tempo, quindi, che se l'imputato ha l'onere di allegare le situazioni non conosciute o non conoscibili, altrettanto, però, il giudice assume il dovere di verificarne l'effettiva sussistenza [Cfr. Cass. pen. Sez. I Sent., 15-06-2007, n. 33232 (rv. 237960), Procuratore Generale della Repubblica presso Tribunale di Tolmezzo c. H.A., CED Cassazione, 2007].

Va, poi, rilevato che altra pronunzia della Sez. I sempre del 15-06-2007, n. 29728 [(rv. 237467), Procuratore Generale della Repubblica presso Corte di Appello di Trieste c. A.C., CED Cassazione, 2007] approfondisce ulteriormente il tema, identificando quali sia parametri probatori idonei a testare validamente l'asserzione del singolo di avere dato corso ad un'attività finalizzata al mero transito.

Essi devono consistere in elementi di particolare pregnanza che dimostrino la finalità e la direzione immediata del viaggio come, ad esempio, i titoli del successivo viaggio, una volta usciti dall'Italia, già in possesso degli interessati, nonché qualunque situazione comprovi la volontà di ritorno al proprio paese e la obbligatorietà del tragitto adottato.

CONCLUSIONI

Ritiene chi scrive che la teoria che ricollega e condiziona alla effettiva verifica dell'evento-ingresso illecito del soggetto non autorizzato, la punibilità della condotta di colui che procuri tale possibilità, presenti profili di maggiore condivisibilità e plausibilità rispetto alla quotidiana prassi forense.

Va, infatti, rilevato che è necessario evitare omologazioni e massificazioni di situazioni, le quali, invece, risultino, ad un serio ed approfondito esame tra loro ben differenti.

Negare a priori la valenza di una prova che contraddica efficacemente il postulato accusatorio, fissando un momento temporale di commissione del reato, che sia, però, del tutto svincolato dalla concreta verifica della condotta cui esso è finalizzato e prodromico, suscita perplessità di non poco conto.

Si deve, altresì, osservare che un'esegesi attenta del testo della norma induce a prospettare il fatto che se il legislatore avesse inteso punire la sola condotta di procurato ingresso illecito, a prescindere da quest'ultimo comportamento, avrebbe dovuto precisare espressamente tale opzione, utilizzando una locuzione del tipo **“anche se l'ingresso da parte dello straniero non avviene”** et similia.

Onestà giuridica vuole, peraltro, che si riconosca come la teoria del reato di pericolo non possa essere disattesa tout-court, in quanto quell'attività, che si manifesti come organizzativa e propedeutica ad un ingresso illegale nel nostro paese, (l'in sé del reato di cui all'art. 12 d.l.vo 286/98) configura una situazione criminosa di indubbio rilievo, si da legittimare l'attivazione di meccanismi di difesa sociale che operino sia sul piano social preventivo, che quello repressivo.

In buona sostanza, ove una nuova legge sull'immigrazione facesse tabula rasa delle ambiguità e contraddizioni al suo interno insite e imboccasse un percorso di assoluta linearità, soprattutto nella descrizione dei comportamenti suscettivi di rilevanza penale, conflitti quale quello descritto verrebbero meno.

E', indubbiamente, singolare che all'interno della medesima sezione si appalesi una controversia interpretativa del genere di quella sin qui valutata.

E' evidente che tale paradossale situazione deriva anche da patenti equivoci interpretativi in cui il giudice di legittimità è incorso e che si manifestano sul piano lessicale.

Significativo, ad esempio, è quello che si rileva, addirittura, in una parte della sentenza in commento, nella parte in cui si afferma che **“la norma novellata stabilisce che il semplice attraversamento di confine (senza essere in regola con i presupposti legali per farlo) perfeziona già il reato che è di pericolo”**.

Attese le premesse svolte in giurisprudenza in relazione sia ai caratteri propri del reato di pericolo, con particolare attenzione al profilo della cd. “consumazione anticipata”, una simile affermazione appare chiaramente incomprensibile e, soprattutto, contraddittoria.

Si deve sottolineare come la stessa sentenza abbia, invece, proprio statuito il principio dell'anticipata punibilità, sancendo, in tal modo, che il fondamento della natura del reato di pericolo precede e, comunque, prescinde dall'effettivo ingresso nel territorio Schengen dello straniero.

Unica seria ed auspicabile soluzione è, dunque, quella di una meditata riforma normativa, che non trovi fondamento sull'emergenzialità, ma rientri in un pacato ed approfondito contesto valutativo.

In attesa, chi scrive reputa, (pur con tutti i limiti del caso) per le ragioni più sopra esplicitate di completezza e di flessibile adeguatezza ai profili fattuali che di volta in volta si manifestano, che preferibile debba risultare l'adesione alla tesi finalistica, cioè a quella che reputa come elemento costitutivo del reato di cui all'art. 12 d.l.vo 286/98 anche l'effettivo ingresso illecito del soggetto straniero.

Rimini, lì 14 Marzo 2008

Carlo Alberto Zaina

SUPREMA CORTE DI CASSAZIONE

SEZIONE I PENALE

Sentenza 8 febbraio 2008, n. 6398

(Pres. Chieffi - est. Culot)

Osserva in fatto

Il tribunale di Tolmezzo in data 8.5.2007 assolveva L.V. e T. M. (cittadini ucraini) dall'imputazione di cui all'art. 12, 1° co., TU immigrazione per aver procurato l'ingresso illegale in Austria di 3 cittadini ucraini attraverso l'Italia, in violazione del Trattato di Schengen, sul presupposto che gli stessi stavano rientrando in Ucraina, via Austria, Ungheria e Romania, e aderendo al principio secondo cui il transito momentaneo e provvisorio non costituisce reato, il quale sussiste invece solo se viene favorita la permanenza dello straniero in uno Stato aderente a Schengen.

Avverso tale sentenza proponeva ricorso per cassazione il PG di Trieste, deducendo violazione di legge. Assumeva che non potendosi mai conoscere le reali intenzioni del viaggiatore, ed essendo diabolica la prova di dimostrare - da parte dell'accusa - che lo straniero in realtà voleva permanere e non transitare, ci si troverebbe di fronte ad un'abrogazione di fatto della norma penale.

Osserva in diritto

Il ricorso è fondato e va accolto.

Correttamente il tribunale si è posto il problema di stabilire se il reato si perfeziona per il solo fatto di compiere atti diretti a favorire l'ingresso illegale in un altro Stato UE (reato di pericolo), oppure se l'ingresso deve essere finalizzato all'immigrazione clandestina, escludendosi con ciò il momentaneo transito, restando punita solo la volontà di fermarsi.

Sul punto la giurisprudenza è effettivamente contrastante:

A) secondo una teoria non rientra nel concetto di ingresso illegale il mero transito (Cass. I, 17.3.2004, n. 12963 - rie. Craciun; Cass. I, 24.2.2004, n.8042, rie. Ciobanu; Cass. I, 23.10.2003, n.40307 - rie. Kutepov). Questo indirizzo, poi, ha trovato un'ulteriore sottodistinzione in alcune sentenze secondo le quali deve essere lo straniero a dimostrare la finalità e la direzione del viaggio per andare esente da pena (Cass. I, 15.6.2007, n.29728 - PG inproc. Afloarei; Cass. 1,20.12.2006-22.2.2007, n.7349-PM in proc. Sandu).

B) secondo un indirizzo opposto il reato è di pericolo, ed è irrilevante la destinazione finale (Cass. I, 4.2.2005, n.4201 - rie. Ionescu; Cass. 1,12.2.2004, n.5813 - rie. Rusu; Cass. I, 9.1.2004, n.492 - rie. Giurcau).

La prima delle due teorie risponde prevalentemente all'esigenza di ridurre l'area della sanzione penale ai casi assolutamente indispensabili. La seconda risponde all'esigenza di sfuggire alla nomea di lassismo, e di tutelare anche gli altri Stati membri dell'Unione Europea.

Ritiene questo collegio di dover aderire alla teoria più restrittiva per le seguenti ragioni:

1) Qualora l'interpretazione letterale riveli con chiarezza ed univocità la volontà del legislatore, non si possono più adottare altri criteri interpretativi perchè il giudice sostituirebbe la propria opinione soggettiva all'effettiva volontà del legislatore: non c'è dubbio allora che -nel caso di specie - il primo comma dell'art. 12 del TU immigrazione è stato modificato nel 2002 (sanzionando anche l'ingresso illegale in altro Stato UE) proprio per far fronte alla necessità di tutelare anche gli altri Stati membri della comunità, confinanti con l'Italia, che in ossequio all'Accordo di Schengen hanno tolto i controlli di confine sul versante italiano.

In effetti, nel testo originario dell'art. 12, 1° co, del d.lgs. n. 286/98 era previsto il reato di chi "compie attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico", sì che era anche spiegabile l'interpretazione diversa. Ora, il nuovo primo comma dell'art. 12, così come sostituito dall'art. 11, 1° co., lett. a) della l. 30.7.2002, n. 189, punisce "chiunque in violazione 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 è cittadina o non ha titolo di residenza permanente". Dal confronto tra le due disposizioni traspare chiaramente che la nuova norma incriminatrice ha ampliato, rispetto a prima, la sfera della propria operatività, dato che la fattispecie criminosa non è più soltanto integrata dalle condotte dirette ad agevolare l'ingresso in Italia di stranieri extracomunitari in violazione della disciplina italiana in punto immigrazione, ma ricomprende anche tutte quelle condotte finalizzate a permettere l'entrata illegale in altri Stati confinanti, dei quali cioè lo straniero non è cittadino o non ha titolo di residenza permanente.

La ragione giustificativa dell'innovazione va individuata nell'esigenza di realizzare una cooperazione internazionale diretta al controllo e al contenimento degli imponenti fenomeni migratori, nello spirito dell'Accordo di Schengen del 19 giugno 1990, reso esecutivo dalla L. 30 settembre 1993 n. 388. Dunque, avendo il legislatore utilizzato solo la parola procurare, l'espressione rende irrilevante la volontà. Pertanto, la questione va risolta non già con un giudizio di fatto sulla concreta volontà dello straniero, ma costituisce un problema di diritto, e la norma novellata stabilisce che il semplice attraversamento di confine (senza essere in regola con i presupposti legali per farlo) perfeziona già il reato che è di pericolo.

Lo stesso Accordo di Schengen (l. 30.9.1993, n.398, l. 18.2.1999, n.47, l. 27.5.1999, nn.197 e 198), del resto, parla solo di ingresso pacificamente inteso come semplice attraversamento del confine fra gli Stati membri. Il punto è talmente chiaro, che non occorre sollevare questione pregiudiziale presso la Corte di Giustizia. Né è pensabile che il legislatore italiano abbia pensato di punire lo straniero che dichiara di volersi recare in Austria per rimanervi, e di non punire lo straniero che dichiara di recarsi in Austria solo per transito, lasciando poi all'Autorità austriaca (fra l'altro nemmeno avvisata del controllo effettuato in Italia su quello straniero, e quindi con tutti i rischi di incomprensioni, se non di veri e propri problemi diplomatici con la vicina Austria) di accertare se le intenzioni dichiarate dallo straniero sono state poi effettivamente realizzate.

2) L'immigrato irregolare non è moralmente colpevole di nulla, se non di aver tentato di migliorare la propria condizione personale (il che suona più a suo merito che a sua colpa). Ma allora anche l'ingresso

clandestino in Italia non dovrebbe essere sanzionato, mentre viene sanzionato proprio perché ritenuto un reato di pericolo. Si noti come il legislatore parli all'art. 12, 1° co., TU immigrazione di semplice sia in riferimento all'Italia, sia in riferimento ad altro Stato UE. Quando invece lo stesso legislatore ha voluto sanzionare il favoreggiamento alla nel territorio dello Stato, lo ha fatto introducendo uno specifico reato: art.12, 5° co., TU immigrazione. Anche le aggravanti previste dall'art.12.3-bis TU immigrazione distinguono nettamente l'ingresso dalla permanenza, per cui le due ipotesi non possono mai essere sovrapposte e confondersi.

3) In effetti, come correttamente osserva il PG ricorrente, ove si ritenesse penalmente irrilevante un ingresso per il solo fatto che chi lo compie assicura di essere solo in transito e di essere diretto al proprio Paese d'origine, mancando ogni possibilità di controllare la serietà di siffatte dichiarazioni (e la loro concreta realizzazione) si finirebbe col rendere sostanzialmente ineffettiva la norma. Non è pensabile, in altri termini, che il legislatore abbia permesso che il reato sussista o non sussista in base a un dato mutevole e soprattutto incontrollabile qual è la dichiarazione dello straniero.

4) Si noti, infine, come il delitto di cui all'art. 12.1 TU immigrazione non richieda l'effettivo ingresso nel territorio dell'Austria, in quanto il reato di ingresso non richiede, per il suo perfezionamento, che l'ingresso illegale sia effettivamente avvenuto, trattandosi di reato a condotta libera e a consumazione anticipata (Cass. I, 23.6.2000, n. 4586 - rie. Habibi). La norma nazionale, dunque, è stata necessariamente pensata anche a tutela dello Stato vicino confinante il quale - in adesione all'Accordo di Schengen, - ha tolto il proprio controllo di frontiera, fidando evidentemente in una efficiente collaborazione da parte dell'Italia.

Conseguentemente va annullata la sentenza del Tribunale di Tolmezzo, perché alla luce delle precedenti considerazioni appare evidente che il delitto di cui all'art. 12, comma 1, d. lgs. n. 286 del 1998, come modificato dall'art. 11 della legge n. 189 del 2002 (favoreggiamento I dell'immigrazione clandestina) costituisce reato di pericolo, sicché è sufficiente ad integrarlo la condotta diretta a procurare l'ingresso illecito dello straniero dall'Italia nel territorio di uno Stato confinante, del quale egli non sia cittadino o non abbia titolo di residenza permanente, a nulla rilevando né la durata di tale ingresso, né la destinazione finale del trasferimento.

P.Q.M. Annulla l'impugnata sentenza e rinvia per il giudizio di secondo grado alla Corte d'appello di Trieste.

[1] 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 è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a 15.000 euro per ogni

persona;"

[2] Cfr P. Balzelli, Immigrazione (reati in materia di) in Digesto delle discipline penali, Torino, aggiornamento 2004, pag. 372; vedi anche Cass. Sez. 6, 25 novembre 2005, n. 42742)

[3] Art. 12 (Disposizioni contro le immigrazioni clandestine) (Legge 6 marzo 1998, n. 40, art. 10)

1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a lire trenta milioni.

[4] Per Cassazione Sez. 1, 22 dicembre 2004, n. 49258 "ingresso significa "atto di entrare" ed ogni estensione del concetto (con passaggio, ad esempio, a quello di "immigrazione irregolare") è preclusa dal divieto di analogia vigente in materia penale"

[5]
Cfr. Corte d'Appello Milano Sez. 1. 22 settembre 2004, n. 10. ed anche Cass. Sez. 1, sent. 4694/06 6 febbraio 2006 dalla quale si desume che, **finché lo straniero "favorito" non ha ancora fatto ingresso, la fattispecie di reato prevista dall'art 12 del D. L.vo n 286/98 non è ancora stata realizzata, in quanto chi "favorisce" non ha ancora "procurato" l'ingresso del "favorito" nel territorio dello Stato.**

[6]
Procedendo sulla stessa linea, il Consiglio dei Ministri nella seduta del 12 ottobre 2006 ha approvato l'intervento normativo in materia di contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina

che ulteriormente

specifica delle condotte che integrano la fattispecie : “chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato”; **la specificazione senz’altro confermate che l’"atto di entrare" del soggetto favorito è fondamentale nella fattispecie .**

[7] L'art.1-ter della menzionata legge 12 novembre 2004, n. 271 con la lettera b ha introdotto le seguenti modifiche al comma 3 dell'art. 12 : "le parole: «da quattro a dodici anni» sono sostituite dalle seguenti: «da quattro a quindici anni» **e il secondo periodo é soppresso”.**

[8] Cfr.

per entrambi i tipi di reato l’atto n.99 del 6/02/07 "Disposizioni in materia di contrasto al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina A.C. 1857" del Servizio Studi - Dipartimento giustizia della Camera dei Deputati

[9] Cfr. Quotidiano d'informazione giuridica - n.1041 del 20.05.2005, articolo di Pierpaolo Zaccaria “Delitto di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina alla luce delle modifiche”)

<https://www.diritto.it/il-delitto-di-procurato-ingresso-illecito-art-12-d-l-vo-28698-e-successive-modifiche/>