

Cass. pen. Sez. I, (ud. 15-06-2007) 20-07-2007, n. 29728

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE SUPREMA DI CASSAZIONE

SEZIONE PRIMA PENALE

Composta dagli Ill.mi Sigg.ri Magistrati:

Dott. CANZIO Giovanni - Presidente

Dott. CORRADINI Grazia - Consigliere

Dott. CAVALLO Aldo - Consigliere

Dott. CASSANO Margherita - Consigliere

Dott. PIRACCINI Paola - Consigliere

ha pronunciato la seguente:

sentenza

sul ricorso proposto da:

PROCURATORE GENERALE DELLA REPUBBLICA PRESSO CORTE DI APPELLO DI TRIESTE;

nei confronti di:

1) A.C., N. IL (OMISSIS);

avverso SENTENZA del 07/12/2006 TRIBUNALE di TOLMEZZO;

visti gli atti, la sentenza ed il ricorso;

udita in PUBBLICA UDIENZA la relazione fatta dal Consigliere Dr. CORRADINI GRAZIA;

Udito il Procuratore Generale in persona del Dr. DE NUNZIO Wladimiro, che ha concluso per il rigetto del ricorso;

udito il difensore avv. DE ANGELIS Roberto, che ha chiesto il rigetto del ricorso; in subordine rinviarsi il processo in attesa della decisione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione in merito all'ingresso della Romania nella Unione Europea.

Svolgimento del processo

Con sentenza in data 7 dicembre 2006 il Tribunale di Tolmezzo in composizione monocratica ha assolto A.C. dal reato di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 12, comma 1, per avere compiuto atti diretti a procurare l'ingresso illegale in Austria, in cui non avevano titolo di residenza permanente, a due cittadini rumeni clandestini, all'uopo trasportandoli in autovettura lungo la (OMISSIS) in data (OMISSIS).

Il Tribunale ha ritenuto che nella specie non fosse applicabile la norma incriminatrice, trattandosi di condotta diretta al mero transito attraverso lo stato estero al fine di fare rientro nel proprio paese di origine, come si desumeva dalle dichiarazioni dei trasportati e dalle modalità della condotta.

Ha proposto ricorso per Cassazione il Procuratore Generale presso la Corte d'Appello di Trieste per violazione di legge in data 15.1.2007, deducendo che, al di là del contrasto giurisprudenziale esistente nella materia, la disposizione incriminatrice era estremamente chiara e sanzionava il compimento di atti diretti a procurare l'ingresso illegale in altro Stato di cui la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, per cui non rilevava la destinazione finale del viaggio, il cui accertamento sarebbe fra l'altro rimesso alle sole dichiarazioni dell'interessato, come era avvenuto nel caso in esame. Il Procuratore Generale ricorrente ha affrontato pure il problema della adesione della Romania all'Unione Europea con decorrenza dal 1^a gennaio 2007, ma ha ritenuto che tale circostanza non potesse comportare una "abolitio criminis" con riguardo alle condotte poste in essere precedentemente a tale data.

La difesa dell'imputato ha presentato una successiva memoria difensiva con cui ha rilevato che l'ingresso della Romania nella UE rendeva applicabile l'art. 2 c.p., alle condotte pregresse e che comunque nella specie non era applicabile il D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 12 (T.U. Immigrazione). Il Procuratore Generale presso questa Corte ha concluso per il rigetto del ricorso.

Motivi della decisione

Deve essere previamente affrontata la questione della "abolitio criminis", eccepita in via subordinata dalla difesa dell'imputato, ma il cui esame riveste carattere preliminare poichè il suo accoglimento determinerebbe la immediata declaratoria di proscioglimento ai sensi dell'art. 129 c.p.p..

La questione è stata in effetti rimessa alle sezioni Unite di questa Corte, con ordinanza n. 17578 del 16 aprile 2007, con riferimento al reato di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 14, comma 5 ter, sotto il profilo della possibilità di applicazione dell'art. 2 c.p., ai cittadini rumeni clandestini che abbiano commesso il reato di omesso allontanamento dal territorio nazionale prima del 1^a gennaio 2007, data in cui la Romania è entrata a fare parte della Unione Europea, con conseguente possibilità per i suoi cittadini di circolare liberamente nell'ambito del territorio dell'Unione da tale data.

Si è posto infatti il problema della punibilità attuale come reato della condotta di violazione del citato D.Lgs., art. 14, comma 5 ter, da parte dei cittadini rumeni, che oggi non sarebbe ascrivibile a tali cittadini poichè non più "stranieri", ai sensi del D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 1, pur se commessa quando gli stessi erano ancora "stranieri", ed in tale ambito la soluzione è stata rimessa alle Sezioni Unite nel contrasto fra le due tesi dottrinarie e giurisprudenziali che vogliono, da un lato, inquadrare l'operatività delle fonti extrapenali nell'ambito dei presupposti della condotta, escludendo che esse vengano incorporate nella norma incriminatrice e che la loro modificazione possa, così, fare venire meno il disvalore inerente all'illecito penale precedentemente posto in essere ed in conseguenza determinare una situazione riconducibile alla "abolitio criminis", e, da altro lato, ricondurre anche le modifiche "mediate" della legge penale nel regime regolato dall'art. 2 c.p., sul presupposto che nel campo di applicazione della norma incriminatrice esplicano diretta incidenza tutte quelle fonti

normative che contribuiscono a concretare il contenuto del precetto penale e la cui modificazione si riflette sulla ampiezza della fattispecie e sul disvalore del fatto.

Quale che possa essere la soluzione delle Sezioni Unite con riguardo al reato di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 145 ter, in cui possono assumere rilievo le caratteristiche del soggetto attivo e che è stato da taluno qualificato come reato "proprio", la cui configurazione ha come necessario presupposto la specifica condizione di straniero, non pare però che tale soluzione possa incidere sul diverso reato - che qui interessa - di procurato ingresso illegale di stranieri clandestini in Italia o dall'Italia verso altro Stato, in cui il reato può essere commesso da "chiunque", come recita la norma incriminatrice e la cui "ratio" consiste nella necessità di evitare lo sfruttamento del fenomeno della immigrazione clandestina da parte di chiunque, cittadino o straniero.

Alla stregua di tale diverso reato, pur essendo ormai prevista la libera circolazione nell'ambito dei paesi della Comunità Europea dei cittadini rumeni, a fare data dal 1 gennaio 2007, cosicché oggi tali cittadini non avrebbero alcuna necessità di rivolgersi a trasportatori internazionali - che in passato li hanno sfruttati - per superare il valico di frontiera, potendo utilizzare qualsiasi mezzo di trasporto pubblico, non pare cessata la anti giuridicità della pregressa condotta di favoreggiamento o sfruttamento dell'ingresso illegale di cittadini rumeni nel territorio italiano ovvero dal territorio italiano a quello di altri paesi, a norma dell'art. 2 c.p., sia pure limitatamente ad una determinata categoria di soggetti, quali i cittadini rumeni che ora fanno parte dell'Unione Europea.

Non è infatti intervenuta alcuna legge che abbia modificato la fattispecie criminosa, così depenalizzando la precedente condotta, poichè la norma incriminatrice è rimasta invariata e la ratifica del Trattato di adesione all'Unione Europea, al pari della ratifica di altri analoghi Trattati che hanno negli anni più recenti interessato l'ingresso nella Unione Europea di numerosi nuovi paesi, non può considerarsi come norma integratrice del precetto penale sottoposta al regime di cui all'art. 2 c.p., comma 2, nè come elemento esterno che ridisegni la fattispecie penale del favoreggiamento della immigrazione clandestina che tale resta in relazione a tutti i soggetti che abbiano la qualifica di cittadini distati non appartenenti alla Unione Europea, ai sensi del D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 289, art. 1. Tale qualifica viene certamente in considerazione ai fini della applicazione della norma penale di cui si tratta, ma solo nel senso che costituisce un presupposto della condotta che può riflettersi sulla rilevanza penale del fatto concreto, senza invece concorrere a delineare il precetto penale di cui al D.Lgs. 25 luglio 1998, n. 286, art. 12, il quale è rimasto inalterato con tutto il suo contenuto offensivo derivante dalla situazione di sfruttamento dell'essere umano in condizioni di particolare debolezza poichè non dotato di cittadinanza di un paese facente parte dell'Unione Europea e quindi dei diritti alla libera circolazione, alla libera permanenza ed alla tutela che spettano ai cittadini dei paesi appartenenti alla U.E. Nel caso di adesione del paese di appartenenza della vittima del fatto alla U.E., successiva alla violazione della norma incriminatrice, si tratta quindi, ad avviso di questo Collegio, di vicenda successiva di norme extrapenali che non integrano la fattispecie incriminatrice e tanto meno implicano una modifica della disposizione sanzionatoria penale, bensì determinano esclusivamente una variazione della rilevanza penale del fatto, con decorrenza dalla emanazione del successivo provvedimento normativo di adesione del nuovo paese all'UE, limitatamente ai casi che possono rientrare nel nuovo provvedimento, senza fare venire meno il disvalore penale del fatto anteriormente commesso (v. Cass. sez. 3 n. 5457 del 1999, Rv. 213565; Cass. sez. 6^a, 16 dicembre 2004 n. 9233, Buglione, con riguardo all'analogo caso della Lettonia, la cui partecipazione all'UE è stata ratificata con L. 24 dicembre 2004 n. 9233; Cass. sez. 1^a, 11.1.2007, Ferlazzo, relativamente allo sfruttamento della immigrazione clandestina di cittadini polacchi prima del 2004, data in cui la Polonia è entrata a fare parte dell'UE). E' poi da escludere pure che ricorra una ipotesi di abolito criminis, fosse pure parziale, come tale rilevante ai sensi dell'art. 2 c.p.p, comma 4, in relazione a fatti, commessi prima dell'ingresso della Romania nella U.E. che non siano riconducibili alla fattispecie criminosa di Cui si tratta, poichè la fattispecie

non ha subito modificazioni in conseguenza di una successione di leggi penali che non vi è stata (v. Cass. Sez. Un. n. 25887 del 2003, Giordano). In ogni caso poichè lo spirito della legge sull'immigrazione, nel suo complesso, vuole evitare qualsiasi artificio diretto a fare entrare in Italia persino i lavoratori, anche provenienti da paesi che abbiano stipulato particolari accordi per la libera circolazione dei propri cittadini, per impiegarli in violazione delle leggi sul lavoro, tanto è vero che si è procurato di disciplinare l'ingresso dello straniero per motivi di lavoro (art. 22), se ne può dedurre che se l'ingresso è illegalmente avvenuto per fini di lavoro o addirittura per finalità diverse, non meritevoli di alcuna protezione, si tratta di ingresso comunque illegale, con conseguente individuazione della ipotesi criminosa contestata all'imputato. Ciò comporta che la condotta di favoreggiamento dell'ingresso o dell'uscita del clandestino verso altri paesi, mediante sottrazione ai controlli di frontiera, previsti dagli artt. 10 e 4 del T.U., come condizioni per la legalità dell'ingresso o dell'uscita, deve qualificarsi come ingresso o uscita illegale o clandestino, che dir si voglia e tale permane fino a quando il soggetto che entra illegalmente nel territorio nazionale resti uno straniero nel senso inteso dal citato Testo Unico sull'immigrazione, art. 1, e sia favorito dalla attività dell'autore del fatto illecito, mentre non potrà più essere posta in essere la condotta - sotto il profilo fattuale prima ancora che giuridico - di sfruttamento o favoreggiamento della immigrazione clandestina una volta che il soggetto acquisti la cittadinanza di un paese UE ovvero addirittura la cittadinanza italiana. La applicazione dell'art. 2 c.p., invocata dal ricorrente, non rileva in definitiva nel caso in esame poichè il fatto continua a costituire reato conservando, nella previsione legislativa, tutto il proprio disvalore (v. Cass. sez. 3^a n. 5457 del 1999, Rv. 213565) e ciò specie se si considerano le finalità di sfruttamento e di lucro del reato contestato che connotano la anti giuridicità dello specifico comportamento.

Passando all'esame del ricorso del Procuratore Generale, occorre rilevare che la giurisprudenza di questa Corte è da tempo nel senso che la disposizione di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 12, comma 1, (favoreggiamento dell'immigrazione clandestina), che criminalizza le condotte dirette a procurare l'ingresso illegale dall'Italia in un paese confinante, del quale lo straniero non è cittadino o non ha titolo di residenza permanente, è "reato di pericolo" che si perfeziona per il solo fatto di compiere atti diretti a favorire l'ingresso in altro Stato, senza che possano avere rilevanza nè la durata di tale ingresso, nè la destinazione finale del trasferimento (v. Cass. 492 del 2003, rv. 226638; Cass. n. 5813 del 2003, rv.

227145; Cass. n. 3866 del 2004, rv. 227146; Cass. n. 23193 del 2004, rv. 228248; Cass. n. 4201 del 2005, rv. 230962; Cass. n. 34053 del 2006, rv. 234803).

E' vero che secondo un diverso orientamento, peraltro minoritario, poichè la disposizione citata è diretta a 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, non è configurabile il reato ove sia positivamente provato, in concreto, che il trasporto è preordinato al rimpatrio nel paese di origine mediante un mero transito attraverso altri Stati (v. Cass. n. 18996 del 2004, rv. 227850; Cass. n. 24545 del 2006, rv. 233941; Cass. n. 42117 del 2006, rv. 235581); tuttavia occorre la prova che in effetti lo straniero clandestino stava rientrando nel suo paese di origine, non essendo all'uopo sufficiente la mera asserzione dello straniero che ha tutto l'interesse a dichiarare ciò anche al fine di salvaguardare la sua posizione personale.

Con riferimento alla questione, analoga sotto il profilo della individuazione del contenuto della norma incriminatrice, della interpretazione della clausola "senza giustificato motivo" di cui al D.Lgs. n. 286 del 1998, art. 14, comma 5 ter, la Corte Costituzionale, davanti alla quale è stata censurata la suddetta norma, in riferimento agli artt. 2, 3, 24, 25, 27 e 97 Cost., ha dichiarato infondata la questione (v. Corte Cost. n. 5/2004), rilevando che spetta al giudice stabilire in concreto il significato da attribuire alla clausola mediante una operazione interpretativa non

esorbitante dai suoi compiti ordinari, attraverso la individuazione della esistenza delle ragioni legittimanti la inosservanza del precetto, alla stregua del potere - dovere di rilevare direttamente, quando possibile, l'esistenza di tali ragioni ovvero attraverso la verifica dei motivi non conosciuti o non conoscibili da parte del giudicante, che il destinatario del precetto avrà l'onere di allegare. Nella individuazioni di tali ragioni - ha proseguito la Corte Costituzionale - il giudicante deve comunque attenersi ai canoni interpretativi collegati alla finalità della incriminazione ed al quadro normativo in cui essa si innesta, non potendo invece arbitrariamente apprezzare quale "giustificato motivo" un elemento di per sè privo di spessore ed oltretutto neppure verificato da parte del giudice quale, in ipotesi, la difficoltà per il migrante clandestino di reperire una occupazione stabile, ovvero di reperire altrimenti i mezzi per sopravvivere, costituendo questa una condizione tipica della sua posizione, mentre invece spettano al giudicante gli opportuni accertamenti, alla stregua dei poteri riconosciuti allo stesso dal codice di rito, sulla base di allegazioni concrete e specifiche che consentano di verificare se tali obblighi siano sussistenti e non delegabili.

Come rilevato dal ricorrente, il giudice di merito, nel caso in esame, ha quindi erroneamente applicato la legge penale, avendo fatto derivare la prova della finalità del rientro in patria dei clandestini trasportati verso l'Austria da una situazione del tutto generica e di per sè indifferente in relazione alle finalità della incriminazione, diretta ad evitare che i clandestini, attraverso il transito per l'Italia, si riversino poi in altri paesi cui l'Italia è legata da accordi di collaborazione, e comunque non verificata dal giudice che avrebbe avuto l'onere di farlo. La sentenza impugnata fa infatti derivare la prova della finalità del rientro in patria dei clandestini trasportati dall'imputato dal territorio italiano alla frontiera verso l'Austria dalle sole dichiarazioni dei trasportati, ritenute concludenti, oltre che dal fatto - di per sè neutro - che l'imputato esercitava "probabilmente" in via continuativa l'attività di trasporto dei clandestini, come pareva desumersi dai numerosi timbri sul suo passaporto di entrata ed uscita dal territorio di Schengen e cioè da elementi generici e di per sè indifferenti, quando non sfavorevoli allo stesso imputato, con riguardo al quadro normativo in cui si inseriscono, che è diretto a punire i trasportatori che sfruttano i clandestini sia nel caso di entrata che di uscita dal territorio nazionale, e comunque inconcludenti sotto il profilo della prova della finalità del rientro in Romania da parte dei clandestini che in quel momento stavano entrando in Austria e li erano diretti, anche se in effetti non si per quanto tempo intendessero restarvi.

Appare quindi evidente che il giudizio probatorio sviluppato dalla sentenza impugnata si pone in contrasto con la corretta interpretazione della norma incriminatrice poichè dal fatto che i clandestini, favoriti dall'imputato, stessero entrando in Austria non si può desumere che dovessero attraverso tale Stato rientrare in Romania, niente autorizzando una tale conclusione in assenza di altri elementi dimostrativi della necessità o volontà dei clandestini di fare ritorno nel loro paese di origine, neppure allegati dall'imputato, che non ha presentato sul punto specifici temi di prova che sarebbe poi spettato al giudice esplorare, sempre che fossero emersi nel corso del dibattimento.

In accoglimento del ricorso la sentenza impugnata deve essere pertanto annullata con rinvio per erronea interpretazione ed applicazione della legge penale.

A norma dell'art. 627 c.p.p., comma 3, il giudice del rinvio si atterrà al seguente principio di diritto: la prova del rientro dei clandestini, colti alla frontiera nell'atto di uscire dal territorio nazionale per entrare in altro paese dell'area Schengen, al fine di escludere la responsabilità penale del trasportatore che li ha condotti illegalmente in altro paese di cui non sono cittadini ed in cui non hanno titolo di residenza permanente, non può essere desunta dal fatto che gli stranieri siano in uscita dall'Italia ovvero dalle loro dichiarazioni, bensì deve essere valutata in relazione ad altri elementi di particolare pregnanza che possano dimostrare, in modo persuasivo, la finalità e la direzione immediata del viaggio, quali, ad esempio, i titoli del successivo viaggio, una volta usciti

dall'Italia, già in possesso degli interessati ed i motivi del viaggio, tale proposito l'imputato ha l'onere di allegare le situazioni non conosciute o non conoscibili dal giudicante e quest'ultimo quello di verificarne la effettiva sussistenza.

La sopravvenuta dichiarazione di incostituzionalità - in virtù della sentenza della Corte Costituzionale n. 2 del 2007, depositata il 6.2.2007 - della L. 20 febbraio 2006, n. 46, art. 1 nella parte in cui, sostituendo l'art. 593 c.p.p., escludeva che il Pubblico Ministero potesse appellare contro sentenze di proscioglimento, giustifica ora la applicazione dell'art. 569 c.p.p., n. 4, e la conseguente trasmissione degli atti al giudice competente per l'appello. Si tratta infatti di ricorso proposto dal Pubblico Ministero per violazione di legge con le forme e per i motivi di cui all'art. 569 c.p.p., comma 1, pur se nel periodo in cui, vigendo la L. n. 46 del 2006, art. 1, che ha previsto la inappellabilità delle sentenze di proscioglimento, al Pubblico Ministero non era data possibilità di proporre appello.

P.Q.M.

LA CORTE Annulla la sentenza impugnata e rinvia alla Corte di Appello di Trieste per il relativo giudizio.

Così deciso in Roma, il 15 giugno 2007.

Depositato in Cancelleria il 20 luglio 2007

MASSIMA

In tema di disciplina dell'immigrazione illegale, per escludere la responsabilità penale del trasportatore, ex art. 12 D.lg. n. 286 del 1998, la prova che il clandestino - colto alla frontiera nell'atto di uscire dal territorio nazionale per entrare in un'altro Paese dell'area Schengen - voglia rientrare nel Paese di origine non può esser desunta dal solo fatto che gli stranieri siano in uscita dall'Italia ovvero dalle loro dichiarazioni, bensì deve essere valutata in relazione ad altri 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: in tal senso questi hanno l'onere di rendere nota al giudicante qualunque situazione compri la volontà di ritorno.