



UNIVERSITÀ  
DEGLI STUDI  
DI PALERMO



# Research NESMeS 2017-2019

## *The New Era of Smuggling in the Mediterranean Sea*

*Riccardo Ercole Omodei*

### I traffici illeciti nel Mediterraneo

*Personae, stupefacenti, tabacco*

*Report Italia*



The Project is funded by PMI IMPACT, a global grant initiative by Philip Morris International to support projects dedicated to fighting illicit trade and related crimes



# I Traffici illeciti nel Mediterraneo

*Personae, stupefacenti, tabacco*

Research NESMeS “*The New Era of Smuggling in the  
Mediterranean Sea*”

Report Italia

Riccardo Ercole Omodei

*Palermo – Dicembre 2019*

ISBN: 978-88-944902-5-1

## SOMMARIO

<b>CAPITOLO I</b>	<b>1</b>
<b>IL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA</b>	<b>1</b>
1. <i>EVOLUZIONE NORMATIVA INTERNA E DISCIPLINA INTERNAZIONALE</i>	1
2. <i>BENE GIURIDICO TUTELATO</i>	5
3. <i>SOGGETTO ATTIVO</i>	6
4. <i>SOGGETTO PASSIVO</i>	6
5. <i>LE FATTISPECIE ASTRATTE</i>	7
6. <i>PROFILI SANZIONATORI</i>	15
7. <i>IL REGIME PROCESSUALE</i>	17
8. <i>L'ILLICITÀ DELL'INGRESSO, DEL TRANSITO E DELLA PERMANENZA IRREGOLARI</i>	18
9. <i>APPENDICE NORMATIVA</i>	20
<b>CAPITOLO II</b>	<b>26</b>
<b>LA TRATTA DI ESSERI UMANI</b>	<b>26</b>
1. <i>EVOLUZIONE NORMATIVA INTERNA E DISCIPLINA INTERNAZIONALE</i>	26
2. <i>BENE GIURIDICO TUTELATO</i>	28
3. <i>SOGGETTO ATTIVO</i>	29
4. <i>SOGGETTO PASSIVO</i>	30
5. <i>LE FATTISPECIE ASTRATTE</i>	30
6. <i>PROFILI SANZIONATORI</i>	39
7. <i>IL REGIME PROCESSUALE</i>	41
8. <i>LA TUTELA DELLE VITTIME</i>	42
9. <i>I RAPPORTI CON IL DELITTO DI FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA</i>	47
10. <i>APPENDICE NORMATIVA</i>	49
<b>CAPITOLO III</b>	<b>52</b>
<b>IL TRAFFICO DI STUPEFACENTI</b>	<b>52</b>
1. <i>EVOLUZIONE NORMATIVA INTERNA E DISCIPLINA INTERNAZIONALE</i>	52
2. <i>BENE GIURIDICO TUTELATO</i>	55

3.	<i>LA NOZIONE DI STUPEFACENTE</i>	56
4.	<i>SOGGETTO ATTIVO</i>	59
5.	<i>SOGGETTO PASSIVO</i>	59
6.	<i>LE FATTISPECIE ASTRATTE</i>	60
7.	<i>PROFILI SANZIONATORI</i>	73
8.	<i>LA RILEVANZA PENALE E/O AMMINISTRATIVA DELLE CONDOTTE DI USO PERSONALE</i>	77
9.	<i>PENE ACCESSORIE</i>	81
10.	<i>LA RILEVANZA DELLA TOSSICODIPENDENZA</i>	82
11.	<i>APPENDICE NORMATIVA</i>	83
<b>CAPITOLO IV</b>		<b>92</b>
<b>IL CONTRABBANDO DI SIGARETTE</b>		<b>92</b>
1.	<i>EVOLUZIONE NORMATIVA INTERNA E DISCIPLINA INTERNAZIONALE</i>	92
2.	<i>BENE GIURIDICO TUTELATO</i>	96
3.	<i>SOGGETTO ATTIVO</i>	97
4.	<i>SOGGETTO PASSIVO</i>	97
5.	<i>LE FATTISPECIE ASTRATTE</i>	97
6.	<i>PROFILI SANZIONATORI</i>	101
7.	<i>IL REGIME PROCESSUALE</i>	103
8.	<i>SEQUESTRO DELLA MERCE</i>	104
9.	<i>APPENDICE NORMATIVA</i>	105
<b>BIBLIOGRAFIA</b>		<b>108</b>

## *Capitolo I*

### *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale. – 2. Bene giuridico tutelato. – 3. Soggetto attivo. – 4. Soggetto passivo. – 5. Le fattispecie astratte. – 6. Profili sanzionatori. – 7. Il regime processuale. – 8. L'illiceità dell'ingresso, del transito e della permanenza irregolari. – 9. Appendice normativa.

#### *1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale*

La disciplina italiana in materia di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina è il frutto del susseguirsi di numerosi interventi legislativi che, negli ultimi trent'anni, hanno interessato tanto il fronte penale/repressivo quanto quello amministrativo/regolamentare. Ciò è dovuto al fatto che la tematica dell'immigrazione è ormai da decenni al centro del dibattito politico, divenendo questione primaria per i vari governi che si sono succeduti alla guida del Paese.

La prima significativa svolta nel contrasto al fenomeno dell'immigrazione illegale la si può rintracciare nel decreto-legge n. 146 del 1989, successivamente convertito con L. 28.2.1990, n. 39, c.d. "Legge Martelli". Tale normativa aveva lo scopo di riformare e coordinare il complesso delle disposizioni concernenti la condizione dello straniero sino ad allora disseminate in diverse fonti normative, e, sotto il profilo

più strettamente penalistico, ha comportato l'introduzione del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Tale disposizione puniva le attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato per il tramite di una tecnica normativa particolarmente ampia, che sanzionava qualsiasi agevolazione all'altrui ingresso illegale senza che fosse necessario accertarne l'idoneità. Al contempo, l'ingresso illegale del migrante veniva sanzionato, dalla normativa in commento, esclusivamente con la sanzione amministrativa dell'espulsione, rimanendo quindi tale condotta al di fuori del campo del penalmente rilevante.

L'attività normativa sulla materia oggetto di studio ha subito ulteriore impulso a seguito dell'entrata in vigore dell'Accordo di Schengen, tramite il quale, come conseguenza dell'abolizione delle frontiere interne, i confini italiani sono diventati punto di accesso al libero spazio comune europeo, gravando il legislatore nazionale di un onere di regolamentazione capillare in merito all'ingresso, la residenza e il transito dello straniero nel territorio italiano. Dall'Accordo Schengen e dalla successiva Convenzione di applicazione dello stesso, è infatti derivato l'obbligo di estensione del penalmente rilevante alle condotte di favoreggiamento del soggiorno illegale dello straniero entro i confini europei. Il vincolo comunitario ha trovato però solo parziale concretizzazione nell'ordinamento domestico con la legge n. 40 del 1998 (c.d. Legge Turco-Napolitano) che, per quanto riguarda gli aspetti più prettamente penalistici, si presentava incompleta, limitandosi a mantenere la medesima impostazione della normativa precedente. Al contempo, però, la novella in commento avvertiva il bisogno di una più generale riorganizzazione dell'intera disciplina e di armonizzazione della stessa con i dettami europei, e a tal fine conferiva apposita delega al Governo.

È solo con l'esercizio di tale delega che il sistema domestico si è adeguato alle istanze sovranazionali, introducendo un'organica disciplina confluita nel nuovo Testo Unico sull'Immigrazione (D. Lgs. n. 286/1998). Viene così introdotto nel sistema italiano il reato di favoreggiamento della permanenza clandestina, che si affianca al delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, con una conseguente estensione dell'area del penalmente rilevante.

Tale indirizzo di politica criminale non si è arrestato però con l'emanazione del Testo Unico del 1998, ma ha trovato concretizzazione altresì nelle novelle successive, tutte strutturate lungo la medesima direttrice legislativa. Primo di tali interventi è la l. n. 189/2002 (c.d. "Bossi-Fini") che ha previsto come fattispecie autonoma (e non più come mera circostanza aggravante) la condotta di favoreggiamento commessa al fine di profitto, rispondendo in tal modo alle istanze del protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo sul crimine organizzato, e che ha altresì individuato come penalmente rilevante la condotta di favoreggiamento all'emigrazione clandestina. Sulla stessa linea, le novelle del 2008 e 2009 (i c.d. Pacchetti sicurezza) che hanno influito sul trattamento sanzionatorio, comportandone un notevole inasprimento, e che hanno contemplato altresì l'ipotesi specifica del favoreggiamento abitativo.

Sempre nel 2009, coerentemente all'approccio securitario che ha contraddistinto la normativa italiano in materia di immigrazione da inizio nuovo millennio, il legislatore ha inoltre introdotto un'apposita disposizione (art. 10 *bis* TUIMM) mirante a sanzionare penalmente la condotta di ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato dello straniero irregolare<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> L'estensione dell'ambito del penalmente rilevante sino a ricomprendere la condotta del migrante irregolare ha originato in Italia un vivo dibattito che

La normativa interna presenta quindi, a seguito delle innumerevoli riforme, diverse fattispecie astratte volte a sanzionare le differenti forme di favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione illegale, e un complesso sistema di circostanze mirante a graduare la pena calibrandola alla lesività della condotta posta in essere

Di recente la frenesia dell'attività legislativa non è venuta meno, anche se le numerose novelle si sono concentrate per lo più sulla regolamentazione amministrativa di gestione del fenomeno migratorio. Per quanto attiene al versante prettamente penalistico, ci si limita a segnalare come il Decreto-legge n. 113 del 2018 (c.d. Decreto Sicurezza) abbia introdotto i due nuovi delitti di ingresso a seguito di respingimento (art. 10 co. 2 *ter* TUIMM) e di ingresso reiterato a seguito di respingimento<sup>2</sup> (art. 10 co. 2 *quater* TUIMM). Preme dar atto infine, vista l'eco mediatica suscitata in Italia, come il recente decreto-legge n. 53 del 2019 (c.d. Decreto Sicurezza *bis*) sia intervenuto altresì in materia di sanzioni amministrative, delineando una specifica sanzione amministrativa per i comandanti di nave che non rispettano l'ordine del Ministro degli Interni di limitazione di accesso alle acque territoriali.

ha trovato concretizzazione in due diverse pronunce della Corte Costituzionale. Le sentenze n. 249 e 250 del 2010 hanno tracciato i confini dell'intervento penale nel sistema di controllo dell'immigrazione, sancendo, da una parte, l'incostituzionalità della circostanza aggravante fondata esclusivamente sulla condizione giuridica dello straniero irregolare e, dall'altra, la legittimità dell'art. 10 *bis* TUIMM che sanziona non un modo di essere della persona, quanto piuttosto uno specifico comportamento lesivo del diritto dello Stato di controllo delle frontiere. Sull'art. 10 *bis* TUIMM si tornerà, seppur brevemente, in chiusura di report.

<sup>2</sup> Su tali fattispecie, e sui profili penali del c.d. Decreto Sicurezza, si rimanda a A.AIMI, *il "Decreto Sicurezza" 2018: i profili penalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2019, p. 135 s.

## 2. *Bene giuridico tutelato*

Le fattispecie in materia di immigrazione clandestina sono poste a tutela dell'interesse dello Stato al controllo delle frontiere e dei flussi migratori. È netta quindi la differenza, almeno astratto/formale, con il delitto di tratta di persone, la cui oggettività giuridica è per converso costituita dalla dignità e dalla libertà del singolo. Tale marcata differenziazione è andata però negli anni perdendo i propri nitidi confini, conoscendo una sempre maggiore dinamicità dell'oggetto di tutela del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. All'impianto originario si è infatti aggiunto un sistema di circostanze aggravanti – per alcuni autori vera e propria fattispecie autonoma di reato – volto a valorizzare la dimensione soggettiva del migrante, e quindi a porre in luce una pluri-lesività della condotta oggetto di studio.

Il concreto atteggiarsi delle fattispecie astratte si discosta dalla previsione originaria di un sistema volto a tutelare esclusivamente le frontiere dello Stato ma, a parere di chi scrive, non è tale da portare ad un'effettiva dimensione pluri-lesiva della condotta illecita in questione, fortemente ancorata ad una visione pubblicistica di controllo statale del fenomeno migratorio. Il migrante non può quindi oggi essere considerato vittima del delitto di favoreggiamento pur dovendosi l'interprete interrogare sulla legittimità ed efficacia di una tale scelta di politica criminale. In ottica *de iure condendo*, quindi, la rigida separazione tra gli illeciti di tratta e favoreggiamento potrebbe essere notevolmente rivista, partendo proprio dalla pluri-offensività di quest'ultima fattispecie e giungendo all'individuazione di un vero e proprio *tertium genus* capace di intervenire nella zona grigia tra i due fenomeni criminali.

### 3. *Soggetto attivo*

Tutte le diverse fattispecie previste sono reati comuni, potendo essere commessi da chiunque. Questione dibattuta è costituita dalla possibilità se lo straniero possa egli stesso divenire soggetto attivo per la condotta tenuta in favore dei propri compagni di viaggio. Nonostante la tesi che esclude tale possibilità sia largamente prevalente in dottrina, si ritiene possibile che il migrante diventi soggetto attivo del delitto in questione laddove lo stesso vada oltre il compimento degli atti necessari per la realizzazione del proprio ingresso illegale, sfociando in vere e proprie condotte volte a favorire l'ingresso illecito altrui.

### 4. *Soggetto passivo*

Aderendo all'impostazione che vede nel favoreggiamento dell'immigrazione un reato a tutela dei confini dello Stato, il migrante non può considerarsi soggetto passivo dei delitti in questione. Lo straniero migrante rappresenta soggetto necessario dell'illecito ma non vittima dello stesso<sup>3</sup>.

<sup>3</sup> Sull'inquadramento teorico del migrante Cfr. MILITELLO *La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia*, in *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, MILITELLO/SPENA (cur.), Torino, 2018, 38 s.

## 5. *Le fattispecie astratte*

La normativa italiana in materia di favoreggiamento della migrazione illegale si concentra nella disposizione “fiume” di cui all’art. 12 TUIMM. La stessa consta di ben 29 commi e prevede, oltre alle disposizioni di carattere meramente amministrativo, 6 diverse fattispecie penali – con le relative circostanze aggravanti e attenuanti – e 2 illeciti amministrativi. Mentre questi ultimi possono essere commessi esclusivamente da soggetti qualificati, il comandante della nave che non rispetta il divieto di ingresso e transito nelle acque territoriali italiane (co. 6 *bis*) o il vettore che non adempie i propri obblighi di identificazione nei confronti dello straniero (co. 6), le fattispecie penali, come già anticipato, costituiscono tutte dei reati comuni.

Il quadro normativo penale si denota quindi per un elevato grado di complessità espressione di una rigida politica di contrasto al fenomeno migratorio, che trova altresì concretizzazione nell’ulteriore illecito di ingresso irregolare previsto dall’art. 10 *bis* TUIMM, che verrà in seguito analizzato.

Per quanto attiene ai delitti di favoreggiamento, le prime due ipotesi disciplinate dalla legge sono entrambe contemplate dal primo comma dell’art. 12 TUIMM<sup>i</sup>. Tale disposizione sanziona le ipotesi di favoreggiamento dell’immigrazione e dell’emigrazione illegale, delineando dei veri e propri reati di mera condotta. La norma punisce chi **promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto** di stranieri nel territorio dello Stato, o ancora, con significativa anticipazione della soglia di tutela, chi **compie atti diretti a procurarne l’ingresso**. Tale ultima formulazione punisce espressamente quindi altresì il mero tentativo di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina poiché colpisce la realizzazione dei soli atti diretti all’ingresso illegale. La condotta in

commento è stata però interpretata dalla dottrina e dalla giurisprudenza interne coerentemente con il principio di offensività, assicurando la punibilità delle sole condotte idonee a porre in pericolo la regolarità dei flussi migratori. L'interpretazione in commento fa leva sul tenore letterale della fattispecie, nello specifico, sul verbo procurare cui viene riconosciuta una pregnanza concettuale delimitata alle sole condotte idonee a cagionare l'ingresso illegale.

Oltre a tale ampia clausola di punibilità, la fattispecie conosce un'elencazione tassativa di condotte sanzionate che richiamano la figura del favoreggiatore professionale, che agisce spesso in un contesto organizzato, così come disciplinato altresì dal Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo sul Crimine transnazionale. Tale scelta è resa più evidente dalle modifiche apportate nel 2009 al comma 6 dell'art. 416 c.p., dove il peculiare trattamento penale riservato all'associazione finalizzata alla tratta di esseri umani viene esteso altresì all'organizzazione criminale dedita al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, a riprova di come il destinatario privilegiato dell'art. 12 TUIMM sia, come emerge dall'elencazione delle condotte in esso contenute, lo *smuggler* di professione. Sulla base di tale argomentazione, la dottrina dominante esclude la responsabilità penale ex art. 12 co. 1 TUIMM del migrante che aiuta altri ad entrare illegalmente nel territorio dello Stato, non punibilità del migrante sulla quale si esprime favorevolmente anche il Protocollo addizionale poc'anzi richiamato.

Ulteriore condizione affinché le condotte descritte siano penalmente rilevanti è costituita dalla violazione delle disposizioni del testo unico sull'immigrazione. La norma quindi contiene una clausola di illiceità speciale, in accordo della quale le condotte di favoreggiamento integrano il reato quando

supportino una condotta di ingresso realizzata in violazione delle disposizioni del TUIMM. Differentemente però da quanto avviene in altri ordinamenti, ad esempio il Portogallo, il legislatore italiano non chiarisce il contenuto di tale clausola, lasciando all'interprete tale compito. La clausola infatti potrebbe essere riferita alle sole disposizioni amministrative che regolano l'ingresso o il transito nel nostro Paese (tesi restrittiva) o a tutte le disposizioni del Testo Unico (tesi estensiva). Le conseguenze sono di non poco momento, derivando l'illiceità della condotta dal tipo di violazione amministrativa che si è posta in essere. Se infatti si accoglie la tesi estensiva il delitto sussisterebbe anche laddove l'ingresso sia stato realizzato conformemente alle norme del TUIMM ma finalizzato ad una permanenza irregolare del migrante.

Per concludere sul punto, preme precisare come il dolo del soggetto agente, che nel reato in questione è un mero dolo generico, deve necessariamente estendersi altresì al requisito dell'illiceità speciale della condotta.

Ma il primo comma non sanziona esclusivamente il favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Lo stesso incrimina infatti anche le azioni finalizzate all'ingresso illegale dello straniero nel territorio di un altro Stato. Le medesime condotte descritte in precedenza sono penalmente rilevanti anche laddove realizzate al fine di procurare l'ingresso del migrante nel territorio **di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente**. Al riguardo valgono le considerazioni svolte in relazione al reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, con la precisazione però che la clausola di illiceità speciale non sarà costituita dalla normativa contenuta nel TUIMM ma dalle disposizioni dello Stato estero che si intendono violare.

L'articolo conosce al comma 5 e al 5 *bis* altre due diverse fattispecie, disciplinanti il c.d. favoreggiamento della permanenza illegale e il favoreggiamento abitativo. Prima però di analizzare tali ipotesi preme soffermarsi sul comma 3 dell'art. 12 TUIMM<sup>ii</sup>. La disposizione in commento comporta un considerevole inasprimento sanzionatorio per i fatti di favoreggiamento dotati di particolari caratteristiche, che denotano la condotta o per una maggiore aggressione al potere dello Stato di controllo delle frontiere (*disponibilità di armi o esplodenti*, o ancora ha ad oggetto *l'ingresso di 5 o più persone*) o per una rilevante lesione dei diritti del migrante (*esposizione a pericolo della vita o dell'incolumità del migrante, sottoposizione dello stesso a trattamento disumano o degradante*). Sulla qualificazione di tale disposizione alla stregua di una vera e propria fattispecie autonoma di reato si sono confrontati in giurisprudenza due diversi orientamenti, sui quali sono intervenute di recente le Sezioni Unite della Corte di Cassazione.

Secondo un primo indirizzo interpretativo<sup>4</sup>, la conformazione della disposizione, che riproduce la condotta soffermandosi sulla descrizione delle ipotesi specializzanti, depone a favore della qualificazione di vera fattispecie autonoma di reato, opzione corroborata dalla circostanza aggravante di cui al successivo comma 3 *ter* che richiama distintamente le ipotesi delittuose ex commi 1 e 3. In aggiunta, secondo tale chiave di lettura, l'ipotesi di cui al terzo comma, differentemente dalla fattispecie autonoma ex art. 12 co. 1 TUIMM, costituirebbe un vero e proprio reato d'evento,

<sup>4</sup> Cass., Sez. I, n. 40624 del 25/2/2014.

richiedendo il superamento della frontiera per la consumazione del delitto<sup>5</sup>.

Diversamente, secondo Cass., Sez. I, n. 14654 del 29/11/2016, successivamente confermata dalla Suprema Corte a Sezioni Unite n. 40982/2018, è proprio l'elemento strutturale dalla disposizione a far propendere l'interprete in favore della qualificazione di vera e propria circostanza del reato, non ostando a tale interpretazione i richiami meramente formali delle ulteriori aggravanti di cui ai commi 3 *bis* e 3 *ter*, che costituiscono tecnica legislativa non nuova nell'ordinamento italiano. La conformazione della fattispecie, che riproduce testualmente tutti gli elementi essenziali del primo comma, si limita a descrivere meri fattori circostanziali che, non attenendo al nucleo centrale dell'illecito, giustificano un diverso trattamento sanzionatorio senza però delineare una fattispecie dotata della sua autonomia.

In questa sede si condividono le argomentazioni della giurisprudenza ormai maggioritaria, almeno in un'ottica *de iure condito*. In tal senso, infatti, si riconosce come la conformazione strutturale non lasci ampio margine per differenti interpretazioni, ma così facendo si finisce per sminuire, dal punto di vista dell'oggettività giuridica, la differenziazione tra le ipotesi di cui ai commi 1 e 3, concludendo per una non pluralità di quest'ultima disposizione e quindi per una chiave di lettura dei reati di favoreggiamento eccessivamente legata ad un'ottica pubblicistica che oblia la necessaria dimensione soggettiva della vittima migrante. Per converso, l'orientamento

<sup>5</sup> Preme precisare come non tutte le sentenze che concludono per la qualificazione di fattispecie autonoma del comma in commento accolgono la qualificazione di reato d'evento. Secondo Cass., Sez. I, n. 45734, del 31/3/2017 l'ingresso illegale non è elemento del reato, che quindi rimarrebbe a consumazione anticipata.

ermeneutico che riconosce valore di fattispecie autonoma al comma 3, pur se non del tutto fondato alla luce del diritto vivente, può costituire, in prospettiva di riforma, un interessante spunto interpretativo per colmare la zona grigia tra i due diversi fenomeni delittuosi della tratta e del traffico di migranti.

Se quindi si accetta l'impostazione ermeneutica attualmente dominante, le fattispecie autonome di reato descritte dall'art. 12 TUIMM non sono più 6 ma 4. Ai due delitti delineati dal primo comma, si aggiungono le ipotesi di cui ai commi 5 e 5 *bis*.

L'art. 12 co. 5 TUIMM<sup>iii</sup> sanziona il c.d. favoreggiamento della permanenza illegale, punendo le condotte di supporto al migrante successive al suo ingresso e finalizzate al mantenimento della situazione di clandestinità. Dal punto di vista dell'elemento oggettivo del reato la previsione è abbastanza scarna, limitandosi a sanzionare chiunque **favorisce** la permanenza illegale dello straniero nel territorio dello Stato in violazione delle norme del TUIMM. La peculiarità della norma risiede nell'atteggiarsi dell'elemento soggettivo, che conosce, oltre al dolo generico, il dolo specifico del trarre profitto dalla condizione di irregolarità dello straniero. Infatti, al fine di evitare la rilevanza penale del mero supporto umanitario al migrante, il favoreggiamento della permanenza viene punito solo se realizzato per scopi egoistici/patrimoniali<sup>6</sup>, o se posto in essere in connessione con *le attività punite dal presente articolo*.

Fino al 2008, rientrava nella previsione in commento la condotta di favoreggiamento abitativo, concretizzatasi nel fornire alloggio al migrante irregolare con un peculiare fine di profitto. Successivamente però al c.d. primo "Pacchetto

<sup>6</sup> La nozione di profitto è particolarmente ampia, andando al di là del mero dato economico e comprendendo qualsiasi utilità personale l'agente possa trarre dall'altrui permanenza illegale.

Sicurezza”, è stata introdotta nell’ordinamento domestico la previsione di cui al comma 5 *bis*<sup>iv</sup>, che sanziona la condotta di chi **dà alloggio o cede, anche in locazione, un immobile** a uno straniero irregolare. La fattispecie in commento si denota, dal punto di vista dell’elemento soggettivo, della necessaria conoscenza della condizione di irregolarità che deve sussistere, per espressa volontà legislativa, al momento della stipula del contratto, e del dolo specifico di trarre profitto dalla contrattazione.

Dibattuto in giurisprudenza è il rapporto tra l’ipotesi in commento e la fattispecie di cui al quinto comma dell’art. 12 TUIMM. Mentre un orientamento riconosce sussistente tra le due norme un vero e proprio rapporto di sussidiarietà, per un diverso indirizzo ermeneutico tale soluzione comporterebbe una sostanziale abrogazione del co. 5*bis*, con corrispettiva applicazione dell’ipotesi più grave di favoreggiamento della permanenza. Sulla base di ciò si riconosce sussistente tra le due ipotesi un vero e proprio rapporto logico di specialità.

Per completare l’analisi della rilevanza penale delle condotte di favoreggiamento, preme in ultimo soffermarsi sulla scriminante umanitaria e sulla rilevanza della condotta delle persone giuridiche coinvolte nei reati di cui si discute.

In relazione al primo punto, il legislatore italiano ha introdotto, conformemente alla Direttiva 2002/90/CE, una specifica ipotesi scriminante al comma 2 dell’art. 12 TUIMM<sup>v</sup>. La causa di non punibilità in commento possiede un ambito applicativo più ampio dello stato di necessità codicistico, non richiedendo il pericolo attuale di un danno grave alla persona né la proporzione tra i beni in gioco. La scriminante speciale si limita infatti a prescrivere la sussistenza di una **condizione di bisogno dello straniero**, sulla base della quale viene giustificata qualsiasi attività di soccorso e di assistenza

umanitaria. Il comma secondo dell'art. 12 TUIMM individua però uno specifico ambito spaziale per l'applicazione della giustificante, in accordo del quale la condotta del soggetto agente non sarà punibile solo se lo straniero si trovi già nel territorio italiano e quindi solo se il soccorso sia prestato all'interno dei limiti dello stesso. In virtù di ciò l'attività di assistenza prestata al di là del mare territoriale non potrà essere scriminata dalla causa di non punibilità in parola, potendo trovare applicazione solo le ipotesi generali dell'adempimento di un dovere o dello stato di necessità<sup>7</sup>.

Infine, si deve dar atto di come l'illiceità delle condotte poste in essere si estenda anche alle persone giuridiche nel cui interesse il reato è stato commesso. Secondo quindi lo schema domestico di responsabilità da reato degli enti, delineato dal d.lgs. 231/2001, se un soggetto apicale o un dipendente dell'ente pone in essere uno dei delitti di cui ai commi 3, 3 *bis*, 3 *ter* e 5 dell'art. 12 TUIMM<sup>8</sup>, a vantaggio o nell'interesse dell'ente, lo stesso potrà essere chiamato a rispondere di una rilevante sanzione pecuniaria amministrativa individuata sulla base del regime delle quote giornaliere.

<sup>7</sup> In tali casi di soccorso in acque extraterritoriali, la giurisprudenza ha applicato talvolta la scriminante codicistica dell'adempimento di un dovere (Cass. pen. 16.3.2018, n. 29832), talaltra lo stato di necessità, (Cass. pen., 28.2.2014 n. 14510). Su fondamento e limiti di tali soluzioni interpretativi cfr. MILITELLO, *La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia*, cit., 57 s. Citare recente caso sea watch 3.

<sup>8</sup> Il richiamo autonomo al co. 3 dell'art. 12 TUIMM potrebbe essere indice in favore dell'interpretazione che vede nel comma in commento fattispecie autonoma di reato.

## 6. *Profili sanzionatori*

La complessità del quadro normativo si riflette sul versante sanzionatorio che si presenta altamente differenziato in relazione alle singole fattispecie coinvolte. Le pene sono relativamente contenute per le ipotesi base: le fattispecie di cui al primo comma dell'art. 12 TUIMM sono sanzionate con la reclusione compresa tra 1 e 5 anni unitamente alla multa di 15000 euro per ogni persona trasportata, mentre per le ipotesi di favoreggiamento della permanenza e favoreggiamento abitativo la sanzione è della reclusione fino a 4 anni nel primo caso e da 6 mesi a 3 anni nel secondo.

Il quadro sanzionatorio si complica però a seguito dell'intricato sistema di circostanze delineato dall'articolo in commento. In primo luogo, il trattamento punitivo si irrigidisce considerevolmente a seguito delle circostanze aggravanti delineate dal terzo comma, la cui sussistenza comporta la pena della reclusione compresa tra i 5 e i 15 anni. Tale già elevata risposta punitiva subisce un ulteriore incremento, secondo quanto disposto dal comma 3 *bis*, laddove sussistano più ipotesi aggravanti tra quelle previste dal terzo comma. In aggiunta il comma 3 *ter* dispone che le pene previste dal primo e dal terzo comma sono aumentate da un terzo alla metà se il reato è commesso al fine di trarre profitto, anche indiretto, o con la finalità di sfruttamento sessuale o lavorativo. Le circostanze degli ultimi due commi sono inoltre blindate dal comma successiva (co. 3 *quater*) che sancisce l'esclusione dal giudizio di bilanciamento delle circostanze di cui ai commi 3 *bis* e *ter*, che connotano il fatto di un particolare disvalore penale. Le eventuali circostanze attenuanti concorrenti potranno trovare applicazione solo successivamente a quest'ultime.

Per completare con il quadro della normativa circostanziale dedicata alle ipotesi in commento, si deve dar atto della circostanza attenuante speciale contenuta all'art. 12 co. 3 *quinquies*. La disposizione contempla un trattamento di favore per il soggetto che abbia attivamente collaborato con gli organi di polizia o giudiziari al fine di evitare che l'azione delittuosa giunga a conseguenze ulteriori o ancora aiutando la pubblica autorità nella raccolta delle prove o nell'individuazione dei responsabili. Tale ipotesi viene di norma interpretata come una vera e propria obbligazione di risultato, per la cui applicazione è necessario quindi che sia stato realizzato, a seguito della collaborazione, almeno uno dei tre risultati investigativi poc'anzi richiamati.

In relazione invece al favoreggiamento della permanenza illegale è prevista una circostanza aggravante ad effetto speciale nell'ipotesi in cui il fatto sia commesso da due o più persone o sia realizzato in favore di cinque o più stranieri.

Lo stesso articolo 12 TUIMM prevede inoltre due diverse ipotesi di confisca. La prima è definita dal comma 4 *ter*, e comporta la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per commettere i reati di cui ai commi 1 e 3. La seconda è contemplata in relazione al favoreggiamento abitativo e riguarda la confisca dell'immobile, salvo l'ipotesi in cui lo stesso appartenga a persona estranea al reato.

Per concludere in merito al regime sanzionatorio, l'ordinamento italiano prescrive, all'art. 16 TUIMM<sup>vi</sup>, l'applicabilità dell'espulsione, a titolo di misura alternativa o sostitutiva della pena detentiva, allo straniero irregolare nei confronti dei quali viene pronunciata sentenza di condanna<sup>9</sup>.

<sup>9</sup> Sulla natura della multiforme misura dell'espulsione dello straniero nell'ordinamento italiano si rimanda a L. SIRACUSA, *L'espulsione del migrante e la "materia penale" tra punizione e prevenzione*, in MILITELLO –

## 7. *Il regime processuale*

La particolare rigidità del sistema repressivo italiano in materia di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina non si limita però al versante penalistico. L'azione di contrasto è contraddistinta da una considerevole severità anche sul versante processual-penalistico.

Il sistema del doppio binario processuale, in Italia vigente in relazione ai fatti più gravi di criminalità organizzata, che si è descritto seppur brevemente nel report dedicato alla tratta di persone trova infatti la sua applicazione anche in merito alla criminalità organizzata dedita al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, con la conseguente applicazione del relativo regime processuale, implicante, tra le altre, diversi termini per lo svolgimento delle indagini, una disciplina meno vincolata per lo svolgimento delle intercettazioni e delle perquisizioni e vincoli meno stringenti in materia di custodia cautelare. Sul punto, è bene precisare, interviene lo stesso art. 12 TUIMM che, al comma 4 *bis* sancisce la presunzione di sussistenza dei presupposti della custodia cautelare in carcere per il reato di favoreggiamento aggravato ex art. 12 co. 3 TUIMM qualora sussistano gravi indizi di colpevolezza.

In conclusione, anche sul versante del regime penitenziario, le similitudini tra i vari traffici studiati emergono con maggior vigore, almeno nell'ordinamento italiano. Il comma 1 dell'art. 4 *bis* della l. n. 354 del 1975 (legge sull'ordinamento penitenziario) limita la concessione dei benefici premiali, così come effettuato in materia di stupefacenti, di contrabbando di

sigarette e di tratta di persone, alla collaborazione del condannato per i reati di cui all'art. 12 co. 1 e 3 TUIMM con gli organi di polizia e giudiziari.

8. *L'illiceità dell'ingresso, del transito e della permanenza irregolari*

L'ordinamento italiano non si limita a sanzionare le varie condotte di favoreggiamento che accede all'ingresso o alla permanenza illegale dello straniero ma si spingono sino alla criminalizzazione dello stesso migrante che fa il suo ingresso o permane nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del Testo Unico. L'art. 10 *bis*<sup>vii</sup> sanziona, con la sola pena dell'ammenda, lo straniero che **fa ingresso o si trattiene** nel territorio italiano. Risulta lecito, a chi scrive, dubitare dell'efficacia di una tale disposizione che mantiene quindi una valenza esclusivamente simbolica. La pena pecuniaria, particolarmente elevata e non obblazionabile, date le condizioni disagiate che spesso contraddistinguono il migrante irregolare rimarrà spesso lettera morta, con la conseguenza della concreta inapplicabilità della sanzione penale.

D'altronde, al legislatore italiano non sarebbe concessa dal diritto europeo la possibilità della previsione di una pena diversa di carattere detentivo, che si porrebbe come ostacolo all'espulsione dello straniero irregolare e che quindi costituirebbe compromissione dell'effetto utile della Direttiva rimpatri. Come, infatti, deciso dalla Corte di Giustizia nel caso *el Dridi v. Italia*, in relazione alla vicina ipotesi di cui all'art. 14 comma 5 ter TUIMM (violazione dell'ordine di allontanamento

del questore) la pena detentiva in tali casi si frappone con il perseguimento dell'obiettivo del diritto europeo di espulsione dello straniero irregolare, comportando la disapplicazione della disposizione interna contrastante con la normativa continentale.

La Corte di Giustizia non ha però sancito l'incompatibilità con il diritto dell'Unione di qualsiasi intervento penale nei confronti del soggiorno irregolare di soggetti stranieri, essendosi espressa in favore della compatibilità in due diversi casi relativi alla normativa francese e italiana. Limitando l'analisi alla sola disposizione interna, la Corte di Lussemburgo ha riconosciuto, con la sentenza *Celaj c. Italia*<sup>10</sup>, la legittimità europea della disposizione di cui all'art. 13 co. 13 TUIMM<sup>viii</sup> (*delitto di illecito reingresso*<sup>11</sup>), limitando il riconoscimento della violazione dell'effetto utile della direttiva ai soli casi in cui lo Stato anteponga all'esecuzione della *decisione di rimpatrio, o addirittura alla sua stessa adozione, un procedimento penale idoneo a condurre alla reclusione nel corso della procedura di rimpatrio*, poiché in tal modo si *rischierebbe di ritardare l'allontanamento* del soggetto. La misura penale è ritenuta legittima, per converso, sia nel caso in cui siano state esperite infruttuosamente le procedure di rimpatrio sia quando,

<sup>10</sup> Corte di Giustizia UE, IV sezione, 1° ottobre 2015, causa n. C-290/14.

<sup>11</sup> Come già anticipato nell'introduzione, il legislatore italiano del 2018, a fianco degli illeciti di illecito reingresso previsti dai commi 13 e 13 *bis* dell'art. 13 TUIMM, ha introdotto i delitti di illecito reingresso a seguito di respingimento disciplinati dall'art. 10 co. 2 *ter* e *quater* TUIMM. Le quattro disposizioni in commento, identiche sotto il profilo della descrizione della fattispecie, si differenziano però in relazione all'ambito di applicazione. Mentre, infatti, gli illeciti di cui all'art. 13 TUIMM trovano applicazione a seguito di una procedura di espulsione, le disposizioni ex art. 10 TUIMM, ponendosi in un'ottica di organica riscrittura della disciplina del respingimento alla frontiera, si applicano solo ed esclusivamente in tali ipotesi.

adempite le stesse, lo straniero abbia nuovamente fatto ingresso illegale nel territorio dello Stato.

## 9. *Appendice normativa*

### ***i Art. 12 co. 1 TUIMM Disposizioni contro le immigrazioni clandestine***

*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 di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona.*

### ***ii Art. 12 co. 3 TUIMM Disposizioni contro le immigrazioni clandestine***

*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 di 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 per la sua incolumità per procurarne l'ingresso o la permanenza illegale;*

- c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne 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.

**<sup>iii</sup> Art. 12 co. 5 TUIMM Disposizioni contro le immigrazioni clandestine**

*5. Fuori dei casi previsti dai commi precedenti, e salvo che il fatto non costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero o nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo, favorisce la permanenza di questi nel territorio dello Stato in violazione delle norme del presente testo unico, è punito con la reclusione fino a quattro anni e con la multa fino a lire trenta milioni. Quando il fatto è commesso in concorso da due o più persone, ovvero riguarda la permanenza di cinque o più persone, la pena è aumentata da un terzo alla metà.*

**<sup>iv</sup> Art. 12 co. 5 bis Disposizioni contro le immigrazioni clandestine**

*5-bis. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto, dà alloggio ovvero cede, anche in locazione, un immobile ad uno straniero che sia privo di titolo di soggiorno al momento della stipula o del rinnovo del contratto di locazione, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni. La condanna con provvedimento irrevocabile ovvero l'applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche se è stata concessa la sospensione condizionale della pena, comporta la confisca dell'immobile, salvo che appartenga a persona estranea al reato. Si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni vigenti in materia di gestione e destinazione dei beni confiscati. Le somme di denaro ricavate dalla vendita, ove disposta, dei beni confiscati sono destinate al potenziamento delle attività di prevenzione e repressione dei reati in tema di immigrazione clandestina.*

v **Art. 12 co. 2 TUIMM Disposizioni contro le immigrazioni clandestine**

*Fermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato.*

vi **Art. 16 TUIMM Espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione**

*Il giudice, nel pronunciare sentenza di condanna per un reato non colposo o nell'applicare la pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale nei confronti dello straniero che si trovi in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, quando ritiene di dovere irrogare la pena detentiva entro il limite di due anni e non ricorrono le condizioni per ordinare la sospensione condizionale della pena ai sensi dell'articolo 163 del codice penale ovvero nel pronunciare sentenza di condanna per il reato di cui all'articolo 10-bis, qualora non ricorrano le cause ostative indicate nell'articolo 14, comma 1, del presente testo unico, che impediscono l'esecuzione immediata dell'espulsione con accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica, può sostituire la medesima pena con la misura dell'espulsione. Le disposizioni di cui al presente comma si applicano, in caso di sentenza di condanna, ai reati di cui all'articolo 14, commi 5-ter e 5-quater.*

*1-bis. In caso di sentenza di condanna per i reati di cui all'articolo 10-bis o all'articolo 14, commi 5-ter e 5-quater, la misura dell'espulsione di cui al comma 1 può essere disposta per la durata stabilita dall'articolo 13, comma 14. Negli altri casi di cui al comma 1, la misura dell'espulsione può essere disposta per un periodo non inferiore a cinque anni.*

*2. L'espulsione di cui al comma 1 è eseguita dal questore anche se la sentenza non è irrevocabile, secondo le modalità di cui all'articolo 13, comma 4.*

*3. L'espulsione di cui al comma 1 non può essere disposta nei casi in cui la condanna riguardi uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale, ovvero i delitti previsti dal presente testo unico, puniti con pena edittale superiore nel massimo a due anni.*

**I REPORT NESMES- ITALIA - IL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE  
CLANDESTINA.**

4. *Se lo straniero espulso a norma del comma 1 rientra illegalmente nel territorio dello Stato prima del termine previsto dall'articolo 13, comma 14, la sanzione sostitutiva è revocata dal giudice competente.*

5. *Nei confronti dello straniero, identificato, detenuto, che si trova in taluna delle situazioni indicate nell'articolo 13, comma 2, che deve scontare una pena detentiva, anche residua, non superiore a due anni, è disposta l'espulsione. Essa non può essere disposta nei casi di condanna per i delitti previsti dall'articolo 12, commi 1, 3, 3-bis e 3-ter, del presente testo unico, ovvero per uno o più delitti previsti dall'articolo 407, comma 2, lettera a) del codice di procedura penale, fatta eccezione per quelli consumati o tentati di cui agli articoli 628, terzo comma e 629, secondo comma, del codice penale. In caso di concorso di reati o di unificazione di pene concorrenti, l'espulsione è disposta anche quando sia stata espiata la parte di pena relativa alla condanna per reati che non la consentono.*

5-bis. *Nei casi di cui al comma 5, all'atto dell'ingresso in carcere di un cittadino straniero, la direzione dell'istituto penitenziario richiede al questore del luogo le informazioni sulla identità e nazionalità dello stesso. Nei medesimi casi, il questore avvia la procedura di identificazione interessando le competenti autorità diplomatiche e procede all'eventuale espulsione dei cittadini stranieri identificati. A tal fine, il Ministro della giustizia ed il Ministro dell'interno adottano i necessari strumenti di coordinamento.*

5-ter. *Le informazioni sulla identità e nazionalità del detenuto straniero sono inserite nella cartella personale dello stesso prevista dall'articolo 26 del decreto del Presidente della Repubblica 30 giugno 2000, n. 230.*

6. *Salvo che il questore comunichi che non è stato possibile procedere all'identificazione dello straniero, la direzione dell'istituto penitenziario trasmette gli atti utili per l'adozione del provvedimento di espulsione al magistrato di sorveglianza competente in relazione al luogo di detenzione del condannato. Il magistrato decide con decreto motivato, senza formalità. Il decreto è comunicato al pubblico ministero, allo straniero e al suo difensore, i quali, entro il termine di dieci giorni, possono proporre opposizione dinanzi al tribunale di sorveglianza. Se lo straniero non è assistito da un difensore di fiducia, il magistrato provvede alla nomina di un difensore d'ufficio. Il tribunale decide nel termine di 20 giorni.*

7. *L'esecuzione del decreto di espulsione di cui al comma 6 è sospesa fino alla decorrenza dei termini di impugnazione o della decisione del*

*tribunale di sorveglianza e, comunque, lo stato di detenzione permane fino a quando non siano stati acquisiti i necessari documenti di viaggio. L'espulsione è eseguita dal questore competente per il luogo di detenzione dello straniero con la modalità dell'accompagnamento alla frontiera a mezzo della forza pubblica.*

*8. La pena è estinta alla scadenza del termine di dieci anni dall'esecuzione dell'espulsione di cui al comma 5, sempre che lo straniero non sia rientrato illegittimamente nel territorio dello Stato. In tale caso, lo stato di detenzione è ripristinato e riprende l'esecuzione della pena.*

*9. L'espulsione a titolo di sanzione sostitutiva o alternativa alla detenzione non si applica ai casi di cui all'articolo 19. 9-bis. Nei casi di cui ai commi 1 e 5, quando non è possibile effettuare il rimpatrio dello straniero per cause di forza maggiore, l'autorità giudiziaria dispone il ripristino dello stato di detenzione per il tempo strettamente necessario all'esecuzione del provvedimento di espulsione.*

**vii Art. 10 bis TUIMM *Ingresso o soggiorno illegale nel territorio dello Stato***

*1. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, lo straniero che fa ingresso ovvero si trattiene nel territorio dello Stato, in violazione delle disposizioni del presente testo unico nonché di quelle di cui all'articolo 1 della legge 28 maggio 2007, n. 68, è punito con l'ammenda da 5.000 a 10.000 euro. Al reato di cui al presente comma non si applica l'articolo 162 del codice penale.*

*2. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano allo straniero destinatario del provvedimento di respingimento ai sensi dell'articolo 10, comma 1 ovvero allo straniero identificato durante i controlli della polizia di frontiera, in uscita dal territorio nazionale.*

*[...]*

**viii Art. 13 co. 13 TUIMM *Espulsione amministrativa***

*Lo straniero destinatario di un provvedimento di espulsione non può rientrare nel territorio dello Stato senza una speciale autorizzazione del Ministro dell'interno. In caso di trasgressione lo straniero è punito con la reclusione da uno a quattro anni ed è nuovamente espulso con accompagnamento immediato alla frontiera. La disposizione di cui al primo periodo del presente comma non si applica nei confronti dello*

**I REPORT NESMES- ITALIA - IL FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE  
CLANDESTINA.**

*straniero già espulso ai sensi dell'articolo 13, comma 2, lettere a) e b),  
per il quale è stato autorizzato il ricongiungimento, ai sensi dell'articolo  
29.*

## *Capitolo II*

### *La tratta di esseri umani*

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale. – 2. Bene giuridico tutelato. – 3. Soggetto attivo. – 4. Soggetto passivo. – 5. Le fattispecie astratte. – 6. Profili sanzionatori. – 7. Il regime processuale. – 8. La tutela delle vittime. – 9. I rapporti con il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. – 10. Appendice normativa.

#### *1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale*

La normativa italiana in materia di tratta di esseri umani trova sede all'interno del codice penale, nello specifico all'art. 601. Tale disposizione, che va letta unitamente alle norme in materia di schiavitù (artt. 600 e 602 c.p.) e alla fattispecie di nuovo conio di traffico di organi prelevati da persona vivente (art. 601 *bis* c.p.), è stata oggetto di recenti modifiche che hanno reso l'ordinamento italiano del tutto rispondente al complesso quadro internazionale di tutela.

Nonostante il divieto di commercio di esseri umani sia presente nel contesto internazionale già da inizio secolo scorso<sup>12</sup>, è con il Protocollo addizionale alla Convenzione di

<sup>12</sup> Oltre alla Convenzione sulla tratta delle bianche del 1904 sono state infatti concluse: la Convenzione sulla tratta delle bianche del 1910 che pone in essere una distinzione in parte rilevante ancor oggi tra giovani vittime (nei confronti delle quali il mezzo utilizzato per indurle alla prostituzione era irrilevante, fondandosi quindi l'incriminazione su una presunzione di vulnerabilità del soggetto passivo del reato) e vittime adulte; l'Accordo del 1921 che ha abbandonato la dizione *white slavery* in favore di un più ampio

Palermo del 2000, e successivamente con la Convenzione di Varsavia del Consiglio d'Europa e con la Direttiva 2011/36/UE, che la disciplina multilivello trova una sua precisa realizzazione, sganciandosi definitivamente dall'idea tardo ottocentesca della tratta delle donne ai fini di sfruttamento sessuale, per far proprio un moderno concetto di tratta maggiormente fluido e dinamico gestito da diversi attori criminali coinvolti in un articolato e complesso processo delittuoso.

La strategia di contrasto a livello internazionale si articola sulle cosiddette *Four Ps* (*Prevention, Protection, Prosecution and Partnership*), strutturandosi secondo un approccio olistico al problema che tiene in dovuta considerazione, almeno a livello teorico-astratto, tutte le diverse sfaccettature dell'azione di contrapposizione al delitto in commento. Pur nella consapevolezza della necessità di un tale approccio onnicomprensivo, nel prosieguo ci si concentrerà prevalentemente sulla normativa di stampo penalistico<sup>13</sup>.

Ad una siffatta vivacità del contesto normativo internazionale (e della prassi criminale) ha corrisposto un equivalente dinamismo domestico, che ha trovato

concetto i traffici immorali, sanzionando la tratta a scopi sessuali di vittime di entrambi i sessi; ed infine la Convenzione del 1933 che ha sostituito il concetto di prostituzione con quello più generale di scopi immorali, ampliando lo spettro delle ipotesi delittuose. Sul punto si rimanda a A.T.GALLAGHER, *The international law of human trafficking*, Cambridge University Press, 2010. Tra la letteratura di lingua italiana: A.ANNONI, *Gli obblighi internazionali in materia di tratta di esseri umani*, in AA.VV. *La lotta alla tratta di esseri umani. Fra dimensione internazionale e ordinamento interno* (a cura di) S.FORLATI, Napoli, 2013, p.1 e ss.

<sup>13</sup> Sulle diverse dimensioni della disciplina internazionale di contrasto si rimanda, tra gli altri, a V.MILITELLO, *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, p. 86 e s.

concretizzazione in cinque diverse modifiche legislative intervenute in un arco temporale particolarmente ristretto (dal 2003 al 2018)<sup>14</sup>. Le modifiche in commento hanno mutato notevolmente il volto della fattispecie che, abbandonata la scarna formulazione originaria – sanzionante chiunque commettesse tratta di persone in condizione analoga alla schiavitù -, conosce oggi una più che dettagliata descrizione normativa, che struttura la fattispecie sui tre diversi indici, di matrice internazionale, della condotta posta in essere, dei mezzi utilizzati e del fine illecito di sfruttamento.

## 2. *Bene giuridico tutelato*

Le modifiche normative di cui si è dato atto non hanno però influito sull'oggettività giuridica del reato in commento, che ha mantenuto la medesima *sedes materiae*. Il delitto di tratta, infatti, è posto all'interno del Titolo XII del Libro II del codice

<sup>14</sup> Le novelle in commento sono le seguenti: Legge n. 228/03 recante misure contro la tratta di persone. Legge n. 146/06 relativa alla Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale, adottati dall'Assemblea generale il 15 novembre 2000 ed il 31 maggio 2001. Legge n. 108/2010 in merito alla Ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani, fatta a Varsavia il 16 maggio 2005, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno. Decreto Legislativo n. 24/2014 relativa all'Attuazione della direttiva 2011/36/UE, relativa alla prevenzione e alla repressione della tratta di esseri umani e alla protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI. L'art. 601 c.p. è stato inoltre modificato dal recente d.lgs. 1° marzo 2018, n. 21, che ha aggiunto all'articolo in commento il terzo ed il quarto comma. Con tale modifica, il legislatore ha accentrato la disciplina in materia di tratta nel codice penale, riportando le disposizioni precedentemente contenute negli artt. 1152 e 1153 del codice della navigazione nel nuovo art. 601 c.p.

penale tra i delitti contro la persona, e nello specifico all'interno della Sezione I (delitti contro la personalità individuale) del Capo III (delitti contro la libertà individuale). Tale Sezione del codice, a dispetto del recente passato caratterizzato da una quasi desuetudine delle norme in essa contenute, ha conosciuto negli ultimi 20 anni una nuova giovinezza a seguito di numerose modifiche legislative volte ad ampliarne l'ambito di operatività. Nell'ottica quindi dell'assoluta centralità che la persona umana assume nell'ordinamento costituzionale italiano, le fattispecie in questione divengono utile baluardo avverso strumentalizzazioni della persona e lesioni della propria personalità e dignità.

In tale contesto si pone il delitto di tratta che ha quindi uno scopo di tutela prettamente individualistico: proteggere la persona umana avverso illegittime interferenze di terzi soggetti finalizzate a snaturarne l'essenza stessa per il tramite di condotte de-umanizzanti (quali schiavitù o sfruttamento), condotte che riducono il soggetto a mero mezzo, ledendo in tal modo la sua dignità di essere umano<sup>15</sup>.

### 3. *Soggetto attivo*

Tutte le fattispecie delittuose di cui all'art. 601 c.p. co. 1 e 2 possono essere commesse da chiunque. Sono quindi reati comuni. Diversamente avviene per i nuovi commi 3 e 4,

<sup>15</sup> Per una panoramica su tale categoria di delitti si rimanda a B.ROMANO, *Riflessioni penalistiche sulle misure contro la tratta di persone*, in *Ind. pen.*, 2006, p. 652 e ss.; G.FIANDACA – E.MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna, 2013, p. 135 e ss.; A.CONFALONIERI, *Delitti contro la libertà personale*, in *Diritto penale. Parte speciale, I, Tutela penale della persona* (a cura di D.PULITANÒ), Torino, 2014, p. 205 e ss.

aggiunti dal recente d.lgs. n. 21 del 2018, che riproducono il testo degli abrogati artt. 1152 e 1153 del codice della navigazione. Gli stessi costituiscono, rispettivamente, una circostanza aggravante legata alle qualifiche soggettive del soggetto attivo del reato (essere comandante o ufficiale della nave), e un'autonoma fattispecie delittuosa relativa a tutti i componenti dell'equipaggio, strutturata quindi, come si mostrerà in seguito, alla stregua di un reato proprio.

#### *4. Soggetto passivo*

Anche in relazione ai soggetti passivi del reato è necessaria qualche precisazione. Il primo comma dell'art. 601 c.p. prevede infatti due diverse fattispecie astratte che si differenziano per l'appunto per le qualità della vittima. La fattispecie di cui al primo periodo dell'art. 601 c.p. è volta a tutelare i soggetti che si trovano nelle condizioni di cui all'art. 600 c.p. (schiavitù o servitù); mentre il secondo periodo estende l'area del penalmente rilevante ad una platea assolutamente indiscriminata di soggetti.

In aggiunta, il secondo comma dell'articolo in commento prevede una diversa fattispecie delittuosa che si caratterizza per le peculiarità del soggetto passivo. In tale ipotesi, infatti, vittima del reato è un minore, qualifica che giustifica una conformazione diversa della fattispecie delittuosa.

#### *5. Le fattispecie astratte*

Come già in precedenza accennato, l'art. 601 c.p. contiene diverse fattispecie astratte, tutte miranti a sanzionare il fenomeno criminale della tratta di persone e oggetto di una dettagliata descrizione, in contrapposizione alla formulazione

antecedente al 2014 che si limitava a “rinviare” alle fonti sovranazionali per una compiuta rappresentazione della condotta.

La prima di tali ipotesi è individuata dal periodo iniziale della disposizione, che sanziona chiunque **recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce, trasporta, cede l'autorità o ospita** una o più persone che si trovano nelle condizioni descritte dall'art. 600 c.p. Ciò comporta che la condotta sarà penalmente rilevante ogniqualvolta sia rivolta contro un soggetto in condizioni di schiavitù o servitù.

Per la corretta individuazione di tali ultimi due concetti si deve però necessariamente fare riferimento alla disposizione precedente (l'art. 600 c.p.ii), che definisce la schiavitù come una situazione corrispondente all'esercizio del diritto di proprietà, e la servitù come uno stato di soggezione continuativa in capo alla vittima dalla quale deriva la costrizione al compimento di determinate attività illecite<sup>16</sup>. È bene precisare che la norma

<sup>16</sup> Anche l'articolo 600 è stato oggetto di numerose modifiche normative che hanno tentato di attualizzarne il contenuto e di specificarne il significato. La disposizione in commento scontava, sino alla fine del secolo scorso, una situazione di sostanziale quiescenza, per via di un atteggiamento della giurisprudenza eccessivamente rigido. Secondo infatti l'allora dominante orientamento, la fattispecie astratta mirava a sanzionare esclusivamente le condizioni di schiavitù di diritto, non configurabili nel nostro ordinamento, potendo quindi essere commesse esclusivamente in Stati esteri che ammettevano tale forma giuridica di proprietà, e successivamente perseguite in Italia per il tramite del combinato disposto con gli articoli 9 e 10 del codice penale. Le ipotesi di signoria di fatto su una persona ricadevano, secondo tale impianto interpretativo, sotto l'egida dell'articolo 603 c.p. (plagio). Tale ricostruzione ermeneutica, a seguito degli interventi legislativi e della Corte Costituzionale – che ha dichiarato l'illegittimità della fattispecie di plagio per contrasto con il principio di precisione/determinatezza -, è oggi del tutto abbandonata dalla giurisprudenza, che riconduce all'operatività del divieto di cui all'art. 600 c.p., e contestualmente a quelli derivanti dagli artt. 601 e 602,

sanziona il semplice compimento di una delle summenzionate condotte contro un soggetto che è già nelle condizioni di cui all'art. 600 c.p.; da ciò deriva che se il soggetto agente ha ridotto la vittima di tratta in stato di schiavitù o servitù risponderà non del delitto di tratta di persone ma del reato di cui al 600 c.p.

In relazione all'elemento oggettivo del reato, prima della riforma del 2014, era oggetto di disputa se la condotta presupponesse una struttura imprenditoriale dell'agire illecito; ciò perché la precedente formulazione riteneva la condotta penalmente rilevante qualora coinvolgesse una pluralità di soggetti passivi. Veniva così diversificato l'ambito di operatività della fattispecie in commento con il successivo art. 602 c.p.<sup>iii</sup>, che, rubricato *acquisto o alienazione di schiavi*, puniva con una pena inferiore le condotte di **acquisto**, **alienazione** e **cessione** di soggetti in condizioni di schiavitù e servitù. La disposizione, inoltre, conteneva (e contiene tuttora) una clausola di sussidiarietà rispetto all'art. 601 c.p.

Dato il tenore letterale delle previgenti versioni degli articoli in commento, la dottrina era solita risolvere il rapporto tra le due fattispecie, riconducendo l'attività "imprenditoriale" di tratta di persone sotto l'operatività della norma più grave (art. 601 c.p.), ed affidando alla sanzione più lieve dell'art. 602 c.p. la condotta realizzata senza tale tipo di organizzazione "aziendale"<sup>17</sup>.

Oggi la necessità di distinzione sembra rivestire un ruolo esclusivamente teorico poiché, come si evidenzierà meglio in

anche le ipotesi di soggezione materiale di una determinata persona. Sul punto Cfr. C. BERNASCONI, *La repressione penale della tratta di esseri umani nell'ordinamento italiano*, in AA.VV. *La lotta alla tratta di esseri umani*, op. cit., p. 69 e ss.

<sup>17</sup> APRILE, *I delitti contro la personalità individuale. Schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori*, 2005; PECCIOLI, "Giro di vite" contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone, in *dir. Pen. Proc.*, 2004, p. 103 e s.

seguito, è venuta meno ogni differenziazione sanzionatoria e, inoltre, l'art. 601 c.p. estende espressamente la punibilità della condotta anche laddove la stessa sia realizzata a danno di una sola persona. Sulla base di ciò oggi si ritiene che l'imprenditorialità dell'azione illecita di cui al delitto di tratta di persone non sia più elemento necessario per configurare la fattispecie, risultando tale elemento incompatibile con la sussistenza di una singola vittima<sup>18</sup>.

La possibilità di configurare il delitto di tratta anche in presenza di una sola vittima ha posto il problema dell'eventuale concorso di reati in presenza di una pluralità di soggetti passivi. Una prima impostazione teorica, dato l'elevato carattere personale del bene giuridico tutelato, ritiene in tale ipotesi sussistente una pluralità di delitti in concorso formale o in reato continuato a seconda del concreto atteggiarsi della condotta illecita<sup>19</sup>. Per converso, nonostante la dimensione del bene tutelato, vi è chi sostiene la configurabilità di un unico delitto di tratta in presenza di una condotta realizzata in un contesto storico fattuale unitario<sup>20</sup>.

Infine, l'elemento soggettivo del delitto è costituito dal dolo generico, non richiedendo la norma, almeno per l'ipotesi in commento, la sussistenza di un'ulteriore finalità in capo all'agente.

Tale ultimo elemento costituisce notevole punto di divergenza con l'ulteriore fattispecie prevista dalla disposizione

<sup>18</sup> Contrario a tale lettura VALSECCHI, *l'incriminazione delle moderne forme di schiavitù*, in PALAZZO, PALIERO (diretto da), *Trattato teorico pratico di diritto penale, Reati contro la persona e contro il patrimonio* (a cura di VIGANÒ, PIERGALLINI), 2015, p. 247 e s.

<sup>19</sup> PECCIOLI, *"Giro di vite" contro i trafficanti di esseri umani*, op. cit., p. 103 e s.

<sup>20</sup> MANTOVANI, *Diritto penale, parte speciale*, Vol. I, *i delitti contro la persona*, p. 288 e s.

in commento. Il secondo periodo del co. 1 dell'art. 601 c.p. individua un ulteriore delitto di tratta che risulta nella sua conformazione perfettamente sovrapponibile alle istanze sovranazionali in avvio richiamate. Questa seconda fattispecie astratta si struttura, infatti, secondo i tre indici della condotta, dei mezzi e del fine di sfruttamento individuati già a partire dal Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo. Ciò comporta che, oltre alle condotte richiamate dal primo periodo, il delitto di tratta sussisterà, se rivolto nei confronti di soggetti in stato di libertà, qualora le medesime condotte poc'anzi richiamate siano realizzate con strumenti costrittivi: **violenza e minaccia**, o induttivi: **inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità**, o ancora per il tramite di **dazione o promessa di denaro o altra utilità** alla persona che ha autorità sulla vittima. In presenza di queste specifiche modalità di realizzazione della condotta, il delitto di tratta troverà applicazione anche laddove rivolto contro soggetti liberi, purché l'azione sia sorretta dal dolo specifico di costringere o indurre la vittima a **prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o al sottoporsi al prelievo di organi**<sup>21</sup>.

<sup>21</sup> In giurisprudenza si è tentato di fornire una elaborazione precisa degli elementi del reato in commento. Per esempio, l'inganno può essere individuato nella falsa prospettazione di promesse di matrimonio o di lavoro nei confronti di persone straniere che, dopo essere state indotte a trasferirsi in un altro paese, vengano avviate alla prostituzione (Cass. 15/30988). Per l'abuso di autorità si richiede invece che l'autore del fatto criminoso eserciti una posizione autoritativa di carattere formale o pubblicistico, come l'autorità genitoriale (Cass. 16/15632).

Tali particolari modalità della condotta cedono nuovamente il passo, al comma successivo, a preminenti esigenze di tutela se soggetto passivo del reato diviene un minore. Nell'ipotesi in commento, in virtù della particolare vulnerabilità della vittima, il legislatore non richiede l'utilizzo di mezzi coercitivi particolari, estendendo la punibilità, secondo quanto previsto dal secondo comma dell'art. 601 c.p., a tutte le condotte individuate dal primo periodo dell'articolo anche se prive delle specifiche modalità di coercizione.

La tutela apprestata dall'ordinamento domestico avverso il delitto di tratta risulta quindi particolarmente ampia e rispondente al dettato internazionale poiché, da una parte, sanziona, con tre diverse fattispecie, l'intero ciclo della tratta e, dall'altra, delinea l'illecito in questione secondo una definizione che, per quanto dettagliata, risulta particolarmente estesa, nel tentativo di colpire le molteplici forme di manifestazione del reato. Lo stesso, infatti, da un punto di vista criminologico, conosce un'altamente diversificata dimensione fenomenica che varia dal contesto della grossa criminalità organizzata transnazionale sino al singolo trafficante che agisce in autonomia, passando per networks criminali fluidi e spesso inafferrabili.

Con l'obiettivo quindi di sanzionare tutte le possibili forme di partecipazione al variegato e diversificato agire illecito del commercio di esseri umani, il legislatore italiano accomuna sotto il medesimo ombrello sanzionatorio condotte tra loro profondamente divergenti, legate però a doppio filo dal fine di sfruttamento della persona che oggi, in ossequio alla Direttiva 2011/36/UE, non è più agganciato a contesti specifici di attività criminale ma trova concretizzazione piuttosto nel vago concetto

**del compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento**<sup>22</sup>.

La particolare rigidità della disciplina italiana la si evince altresì, oltre che dall'elevato trattamento sanzionatorio e dalle circostanze aggravanti che verranno tra breve richiamate, anche dalla peculiare disciplina del tentativo di delitto e dalle numerose ipotesi penali vigenti avverso lo sfruttamento della vittima.

Per quanto riguarda il primo aspetto, se in dottrina è pacifica la possibilità di tale forma di manifestazione del reato, la legislazione italiana conosce, sin dall'emanazione del codice della navigazione (R.D. n. 327/1942), una particolare ipotesi di tentativo eccettuato per i componenti dell'equipaggio di una nave destinata alla tratta. Per tali soggetti, la presenza del mero atto preparatorio di far parte dell'equipaggio di un'imbarcazione dedita al commercio di esseri umani è sufficiente per l'applicazione di una sanzione particolarmente elevata (reclusione compresa tra 3 e 10 anni), denotando la legge penale italiana di una peculiare anticipazione della soglia di tutela per il reato in commento.

L'incisività della normativa interna la si coglie però altresì se si analizzano le disposizioni penali regolatrici dei canonici "mercati" di riferimento del commercio di uomini. Nella consapevolezza che un efficace contrasto a tale fenomenologia criminale passa necessariamente da una riduzione della richiesta di merce umana, il legislatore italiano sanziona con fattispecie

<sup>22</sup> Sull'estensione del concetto di sfruttamento nel delitto di tratta e sulle problematiche che il dolo specifico può porre nella fattispecie in commento si rimanda a R.E. OMODEI, *L'impazienza del legislatore" dinanzi alle moderne sfide securitarie: il caso della tratta di persone*. In MILITELLO, SPENA (a cura di), *Mobilità, Sicurezza e Nuove frontiere tecnologiche*, cit., p. 143 s.

specifiche i tre principali mercati illeciti di riferimento (sfruttamento sessuale, lavorativo e prelievo di organi), prevedendo come reati non soltanto la condotta di chi pone la vittima in stato di soggezione continuativa costringendola a varie attività illecite (art. 600 c.p.), ma sanzionando altresì le forme di sfruttamento che sfuggono a tale penetrante situazione di controllo, punendo con specifiche disposizioni: lo sfruttamento della prostituzione (art. 3, n. 3-8 della L. n. 75/1958); il traffico di organi prelevati da persona vivente (art. 601 *bis* c.p.<sup>iv</sup>) e il c.d. capolarato (art. 603 *bis* c.p.)<sup>v</sup>.

Il quadro di tutela è quindi completo, sanzionando sia le attività prodromiche all'assoggettamento e sfruttamento della vittima, la vera e propria tratta di esseri umani, sia la reificazione del soggetto passivo. In merito alla repressione dei singoli mercati illeciti, la giurisprudenza ha individuato due elementi per la sussistenza dello stato di soggezione continuativa che caratterizza la fattispecie di cui all'art. 600 c.p., e che costituiscono il discrimine con le altre ipotesi delittuose appena richiamate. In primo luogo, si ritiene necessaria una **posizione di supremazia** dell'autore del reato tale da comportare una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della vittima<sup>23</sup>. A tal fine, viene spesso utilizzato il criterio delle valide alternative esistenziali in assenza delle quali la compromissione del volere del soggetto passivo si considera assoluta, con conseguente applicazione dell'art. 600 c.p. In aggiunta a tale elemento, i giudici di legittimità e di merito ritengono necessario altresì che lo stato di soggezione abbia una **durata apprezzabile nel tempo** tale da determinare lo stato di dipendenza della vittima.

<sup>23</sup> Per ultimo si rimanda a Cass. Pen., Sez. V, 31 ottobre, n. 44385.

In ultimo, al fine di comprendere tutte le possibili dimensioni del fenomeno criminale in commento, il legislatore italiano ha predisposto altresì una specifica disciplina sia in materia di criminalità organizzata sia di responsabilità degli enti. In relazione alla prima ipotesi, l'ordinamento domestico non ha dimenticato di dare rilievo alla dimensione associativa del delitto di tratta, prevedendo al co. 6 dell'art. 416 c.p. una specifica disciplina per il gruppo criminale dedito alla commissione dei reati di cui agli artt. 600, 601, 601 *bis* e 602. La previsione in commento, oltre a rappresentare uno dei non pochi punti di contatto con la disciplina dell'immigrazione clandestina – come si mostrerà in seguito –, impone una cornice edittale particolarmente severa rispetto all'ipotesi semplice di associazione a delinquere, avvicinando il disvalore del gruppo criminale alla più nota associazione a delinquere di stampo mafioso.

Sotto il diverso profilo della responsabilità degli enti, l'ordinamento italiano conosce dalla l. n. 228 del 2003 una specifica previsione (l'art. 25 *quinquies* D.Lgs n. 231/2001) sancente la responsabilità amministrativa dell'ente per i reati contro la personalità individuale commessi a vantaggio o nell'interesse della persona giuridica, da soggetti persone fisiche inquadrati nell'organizzazione aziendale. L'efficacia di tale sistema emerge dal peculiare quadro punitivo che, oltre al canonico sistema di sanzioni pecuniarie individuate per quote e di strumenti interdittivi temporanei, prescrive all'ultimo comma dell'art. 25 *quinquies* l'interdizione definitiva dall'esercizio dell'attività qualora l'ente o una sua unità sia stabilmente utilizzato allo scopo unico o prevalente di commettere il reato.

La previsione di una tal forma di responsabilità delle persone giuridiche assume un particolare valore di contrasto soprattutto se ci si pone sul piano criminologico/fenomenico, spesso

caratterizzato dalla copertura attraverso attività economiche fittizie (strutture alberghiere, compagnie di viaggi etc.) dell'agire illecito del sodalizio criminale.

## *6. Profili sanzionatori*

Come già anticipato, la complessa normativa italiana in materia di tratta si caratterizza per un elevato regime sanzionatorio che, sorprendentemente, colpisce con la medesima cornice edittale le diverse condotte che accedono al fenomeno delittuoso in commento. Nonostante, infatti, tra le ipotesi di cui agli artt. 601 co. 1 e 2, 602 e 600 c.p. sussista un rapporto di vera e propria progressione criminosa, rappresentando la tratta un'anticipazione di tutela rispetto al reato di servitù e schiavitù, tutte le ipotesi richiamate sono sanzionate con la pena della reclusione compresa tra gli 8 e i 20 anni, non trovando quindi il rapporto di progressione tra le fattispecie corrispondenza nella disciplina sanzionatoria. Tale normativa, dettata forse dall'apparentemente inarrestabile avanzata del fenomeno criminale, ha sollevato in dottrina dubbi di legittimità costituzionale sotto il profilo della proporzionalità, dubbi che in questa sede si intende condividere.

A tale contesto punitivo si devono aggiungere le pene particolarmente severe stabilite dal co. 6 dell'art. 416 c.p. che si concretizza nella reclusione compresa tra i 5 e i 15 anni per chi **promuove, costituisce o organizza** l'associazione; e tra i 4 e i 9 anni per chi vi **partecipa**.

Alle già elevate pene richiamate si applicano le numerose circostanze aggravanti ad effetto speciale previste dall'art. 602 *ter* c.p. commi 1,5,6 e 7. Le circostanze di cui al comma 1 comportano un aumento di pena compreso tra un terzo e la metà, mentre le ipotesi delineate dai commi 5,6 e 7 dalla metà a due

terzi. Tra le circostanze del primo gruppo rientrano, ad esempio, le ipotesi di vittima d'età compresa tra i 16 e i 18 anni, e il grave pericolo per la vita e l'integrità fisica; mentre nel secondo insieme l'età del soggetto passivo inferiore ai 16 anni e la peculiare qualifica dell'autore del reato in relazione alla vittima (ascendente, discendente, etc.).

In aggiunta, il comma 2 dell'art. 602 *ter* c.p. prevede che se i delitti di cui al titolo VII capo III del Libro II (Falsità in atti) sono commessi al fine di realizzare o agevolare i reati di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p., le pene per le falsità documentali sono aumentate da un terzo alla metà. Oltre all'entità dell'aumento di pena la rigidità della normativa la si evince altresì dall'ultimo comma dell'art. 602 *ter* c.p. che "blinda" le circostanze in parola sottraendole al giudizio di bilanciamento nell'eventuale concorso eterogeneo con attenuanti.

Ulteriore circostanza aggravante speciale (ma stavolta ad effetto normale) è contenuta nello stesso art. 601 c.p. che al terzo comma, riproducendo il precedente art. 1152 del codice della navigazione, prevede l'aumento fino a un terzo della pena per il comandante o l'ufficiale della nave che concorre nel delitto di tratta.

A un così variegato panorama sanzionatorio fa da contraltare uno scarno quadro normativo in riferimento alle circostanze attenuanti specifiche per i delitti in commento. Il codice penale, infatti, conosce la sola ipotesi contenuta all'art. 600 *septies*<sup>1</sup>, inserita dalla l. n. 172 del 2012, la quale prescrive uno sconto di pena compreso tra un terzo e la metà nei confronti del concorrente che si adopera per evitare che l'attività delittuosa venga portata a conseguenze ulteriori o che aiuti concretamente la pubblica autorità nella raccolta di prove decisive per l'individuazione o la cattura dei concorrenti.

La normativa codicistica dedica al fenomeno criminale della tratta due ulteriori disposizioni in materia di confisca e di pene accessorie. L'art. 600 *septies* prevede la confisca obbligatoria per i beni che costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo del reato. La stessa disposizione estende inoltre l'istituto della confisca per equivalente ai delitti in commento, permettendo al giudice di disporre la confisca dei beni di valore equivalente di cui il condannato abbia, anche per interposta persona, la disponibilità.

L'art. 600 *septies*<sup>2</sup> prescrive l'applicazione di numerose pene accessorie che discendono automaticamente dalla sentenza di condanna per qualsiasi dei delitti contro la personalità individuale. Tra queste sanzioni, espressive di una funzione di prevenzione speciale e di neutralizzazione del condannato, rientrano l'interdizione perpetua da qualsiasi ufficio attinente alla tutela, alla curatela o all'amministrazione di sostegno; l'interdizione perpetua dai pubblici uffici; la perdita della potestà genitoriale nonché la chiusura degli esercizi la cui attività risulta finalizzata alla commissione di tali delitti.

## *7. Il regime processuale*

La particolare rigidità della normativa penale di carattere sostanziale trova riscontro in sede processual-penale, poiché già dalla l. n. 228 del 2003 i delitti di tratta di esseri umani sono stati assoggettati, sia nella loro forma associativa sia nella loro forma

semplice, al sistema del doppio binario implicante numerose deroghe alla normale disciplina processuale<sup>24</sup>.

Tale peculiarità costituisce punto di contatto non indifferente con le normative italiane inerenti agli altri traffici illeciti oggetto del presente studio. Al regime del doppio binario sono infatti assoggettati (per il tramite del richiamo espresso dell'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p.) i procedimenti aventi ad oggetto i reati di associazione a delinquere dedita al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, finalizzata al traffico di stupefacenti e ancora al contrabbando di tabacchi lavorati esteri.

In virtù quindi del disposto dell'art. 51 co 3 *bis* c.p.p., i delitti di tratta di esseri umani, compreso il reato di associazione finalizzata al traffico di persone, sono attribuiti alla competenza delle procure distrettuali, sotto il coordinamento della Procura Nazionale Antimafia.

Di conseguenza muta l'intero regime processuale, intaccando, tra gli altri, la disciplina delle indagini preliminari, i mezzi di prova e le intercettazioni. Ciò comporta una durata massima delle indagini maggiore rispetto al procedimento ordinario (due anni), con possibilità di proroga senza la notifica alla persona sottoposta alle indagini; un particolare regime di tutela per le testimonianze c.d. vulnerabili e la possibilità di un più ampio ricorso allo strumento delle intercettazioni.

## 8. *La tutela delle vittime*

L'ordinamento italiano presenta profili di particolare interesse non soltanto per la legislazione penale repressiva - che,

<sup>24</sup> Sul punto si rimanda, tra gli altri, a C.FERRARA, *Il traffico e la tratta di esseri umani*, in MILITELLO – SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Torino, 2015.

come si è visto, si denota per una peculiare rispondenza agli stimoli internazionali agenti in materia - ma anche, e forse soprattutto, per la disciplina che la normativa interna detta in merito alla tutela delle vittime di tratta: si fa riferimento all'istituto di cui all'art. 18 del d. lgs. n. 286/98 (Testo Unico Imm.).

Tale strumento, che ha anticipato l'azione dell'Unione Europea successivamente dettata con la Direttiva del 2011, è preminentemente fondato su una *ratio* umanitaria, che pone innanzi agli interessi dello Stato i superiori bisogni della vittima. L'art. 18 TUIMM<sup>25</sup>, infatti, prevede la possibilità per il Questore di rilasciare un permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale, al fine di consentire all'interessato di sfuggire alla violenza ed alla soggezione dei propri aguzzini, e quindi per assicurare allo straniero vittima il pieno rispetto dei suoi diritti umani.

Tale istituto può essere azionato in presenza di determinati presupposti consistenti nella violenza o nello sfruttamento ai quali è soggetta la vittima e nell'attualità del pericolo a cui è sottoposta. Come si evince dall'immediata lettura della norma il

<sup>25</sup> Il primo comma prevede che “*Quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti di cui all'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, o di quelli previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, ovvero nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali, siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero, ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita ad uno dei predetti delitti o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, il questore, anche su proposta del Procuratore della Repubblica, o con il parere favorevole della stessa autorità, rilascia uno speciale permesso di soggiorno per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza ed ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza ed integrazione sociale.*”

maggior pregio della disposizione ex art. 18 TUIMM è rappresentato dalla sua natura prettamente umanitaria, sganciata da una qualsivoglia logica premiale. Ai fini del suo rilascio non è difatti necessaria alcuna partecipazione della vittima al procedimento penale ed alla repressione dei fenomeni criminali. Ma i punti di forza dell'istituto non si limitano esclusivamente alle sue finalità, abbracciando piuttosto l'intero impianto delineato dal legislatore, che ha saputo cogliere con cura e valorizzare tutte le problematiche inerenti alla fattispecie<sup>26</sup>.

In primo luogo, la normativa prevede in alternativa alla classica "strada" giudiziaria, la possibilità che il procedimento per la concessione del permesso di soggiorno in questione venga attivato su istanza di servizi sociali o ONG. In tal modo si vince la diffidenza della vittima ad entrare in contatto con le autorità di polizia per il tramite dell'intermediazione dei servizi socio-assistenziali. Si assicura in questo modo al soggetto passivo del reato una più comoda via di fuga dallo stato di soggezione in cui spesso le associazioni criminali pongono la vittima, ed al contempo una più efficace azione repressiva nei confronti dei trafficanti, avverso i quali può essere apportato un notevole aiuto da parte del beneficiario del permesso, una volta ricostituito nelle sue normali facoltà e libertà. In secondo luogo, l'ordinamento si premura di garantire che la valutazione del Questore non sia meramente discrezionale, ma sia sottoposta al controllo seppur eventuale e successivo della magistratura amministrativa.

<sup>26</sup> Per un'analisi della legislazione italiana in materia si rimanda, fra i tanti, a M.FERRERO – G.BARBABIOL, *Prime note sulla normativa italiana per la protezione delle vittime di tratta e di grave sfruttamento dopo l'attuazione della direttiva 2009/52/CE*, in *La lotta alla tratta di esseri umani, cit.*, p. 91 e ss.

Il permesso in commento ha una durata di 6 mesi e può essere rinnovato per un anno. Alla conclusione del periodo, inoltre, è prevista la possibilità di conversione dello stesso in permesso temporaneo per studio o lavoro, configurandosi quest'ultima figura come un forte incentivo all'emersione per la vittima di tratta. In aggiunta, lo strumento di cui all'articolo 18 si completa della previsione secondo la quale il rilascio dello stesso è subordinato all'adesione da parte della vittima ad un programma di integrazione e assistenza, e può essere tra l'altro integrato dalla procedura ex art. 13 l. n. 228/03<sup>27</sup> che prescrive, in favore delle vittime di tratta, l'offerta di servizi sociali integrati, frutto della collaborazione tra enti locali e organizzazioni *no profit*.

Gli strumenti di sostegno non si limitano però a quelli ora accennati, conoscendo l'ordinamento italiano un'ulteriore forma di protezione per le vittime di tratta. Conscio, infatti, della profonda correlazione che vi è tra tratta e lavoro nero, il legislatore italiano, su spinta della normativa comunitaria, ha introdotto nel 2012 una forma di protezione specifica all'art. 22 del TUIMM. Il co 12 *quater*<sup>28</sup> prevede la possibilità di concessione di un permesso di soggiorno per le vittime di grave sfruttamento lavorativo, ma struttura tale strumento in maniera profondamente diversa da quello sancito dall'art. 18 e poco sopra analizzato. Il permesso, infatti, non è di natura umanitaria ma di stampo premiale, poiché sottoposto alla collaborazione della vittima al procedimento penale; ed inoltre non prevede

<sup>27</sup> Sul punto M.FERRERO – G.BARBABIOL, *Prime note sulla normativa italiana per la protezione delle vittime di tratta*, cit., p. 101.

<sup>28</sup> Nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui al co.12 *bis*, è rilasciato dal questore, su proposta o con il parere favorevole del procuratore della Repubblica, allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro, un permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5 co 6.

alcuna forma di programma di assistenza e di integrazione sociale, rivelandosi quindi uno strumento scarsamente incisivo, poiché incapace di infrangere il muro di isolamento che accerchia le vittime di tratta. Come infatti riportato nel primo capitolo, lo sfruttamento lavorativo si configura come un settore all'interno del quale la vittima è ancor più isolata dal resto della comunità rispetto al mercato illecito della prostituzione, ciò comportando una maggiore difficoltà di denuncia del proprio sfruttatore ed un più marcato bisogno di sostegno per un'effettiva integrazione sociale; caratteri entrambi non presi debitamente in considerazione nello strumento di cui si discute.

È bene precisare, però, come la dottrina abbia già da tempo ovviato a tale problematica, rifiutando l'interpretazione restrittiva che limitava l'applicabilità dell'art. 18 TUIMM ai soli casi di sfruttamento sessuale, e abbia in concreto esteso lo strumento a tutte le forme di grave sfruttamento capaci di integrare fattispecie di riduzione in schiavitù e servitù, comprendendo quindi anche le ipotesi di sfruttamento lavorativo<sup>29</sup>.

Si deve dar atto, in conclusione, del recente intervento del legislatore italiano che, con il Decreto-Legge n. 113 del 2018 (c.d. Decreto Sicurezza), ha rimodulato la materia dei permessi per motivi umanitari. Si è quindi scelto di abbandonare la categoria del permesso umanitario di carattere generale in favore di una casistica specifica, volta ad individuare con maggiore precisione i casi all'interno dei quali non è possibile effettuare il rimpatrio dello straniero. La normativa si pone in linea di continuità con le politiche di chiusura nei confronti del fenomeno migratorio adottate dal Governo italiano ma, a parere

<sup>29</sup> Sul punto M.FERRERO – G.BARBABIOL, *Prime note sulla normativa italiana per la protezione delle vittime di tratta*, cit., p. 100.

di chi scrive, non sembra comportare un considerevole mutamento di disciplina ai fini della tutela delle vittime di tratta.

### *9. I rapporti con il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*

Da un punto di vista astratto formale, l'ordinamento italiano fa propria una netta differenziazione tra l'ipotesi delittuosa della tratta di persone ed il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Le divergenze si pongono già in sede di bene tutelato laddove nell'ipotesi di cui all'art. 12 del T.U.IMM. oggetto giuridico non è la persona ma il potere dello Stato di controllare i flussi migratori e i propri confini. Se quindi la tratta è un reato posto a tutela del singolo, il favoreggiamento guarda per converso agli interessi dell'apparato statale e all'esigenza di esercitare un controllo sui sempre più pressanti flussi migratori. Da ciò discende quindi un diverso ruolo del soggetto migrante: vittima del traffico di esseri umani, semplice oggetto del reato nel favoreggiamento dove sussiste, almeno inizialmente, il consenso del migrante al trasporto. In ultimo, il delitto di cui al T.U.IMM. è per sua natura un reato transnazionale, poiché involve il superamento del confine statale, mentre la tratta, seppur sovente dotata del carattere dell'internazionalità, può atteggiarsi altresì a fenomeno esclusivamente nazionale.

L'ordinamento italiano, almeno da un punto di vista storico, sembra quindi aver accolto una netta separazione tra i due fenomeni criminali che sono disciplinati in diversi *sedes materiae* e che mirano a tutelare beni giuridici assolutamente divergenti.

Tale distanza formale tra le fattispecie sembra però venir meno nella prassi criminale, dove sempre più sovente i due fenomeni si intrecciano, finendo talvolta per sovrapporsi del tutto. Di siffatta circostanza si ritrovano tracce anche nella legislazione domestica che, pur facendo propria la separazione accennata, sembra riconoscere seppur indirettamente la plurilesività del delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina per il tramite di un apparato di circostanze aggravanti volte a sanzionare con una pena più severa il reo che nel compimento dell'azione delittuosa ha esposto a pericolo la vita o l'incolumità fisica del migrante, o ancora ha sottoposto lo stesso a trattamento disumano e degradante.

Emerge quindi in controluce, nelle pieghe della legislazione, l'intreccio tra i due fenomeni criminali che però ancor oggi, nell'ordinamento italiano, rimangono oggetto di una rigida separazione. Quest'atteggiamento di marcata diversificazione è del tutto evidente se si analizza la giurisprudenza in materia di concorso tra i reati in questione. Al riguardo, i giudici di legittimità escludono l'assorbimento del delitto di cui al T.U.IMM. sulla base del diverso bene tutelato dalle norme, concludendo per il concorso effettivo tra le due fattispecie e risolvendo quindi l'oggettività giuridica del delitto di favoreggiamento nel solo diritto dello Stato al controllo dei flussi migratori<sup>30</sup>.

<sup>30</sup> Sul punto Cfr. Cass., sez. III, 8 ottobre 2015, n. 50561. Per una lettura critica di tale interpretazione giurisprudenziale si rimanda a V.MILITELLO, *La tratta di esseri umani*, cit., p. 105 e s.

10. *Appendice normativa*

**i Art 601 c.p. *Tratta di persone***

*E' punito con la reclusione da otto a venti anni chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600, ovvero, realizza le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi.*

*Alla stessa pena soggiace chiunque, anche al di fuori delle modalità di cui al primo comma, realizza le condotte ivi previste nei confronti di persona minore di età.*

*La pena per il comandante o l'ufficiale della nave nazionale o straniera, che commette alcuno dei fatti previsti dal primo o dal secondo comma o vi concorre, è aumentata fino a un terzo.*

*Il componente dell'equipaggio di nave nazionale o straniera destinata, prima della partenza o in corso di navigazione, alla tratta è punito, ancorché non sia stato compiuto alcun fatto previsto dal primo o dal secondo comma o di commercio di schiavi, con la reclusione da tre a dieci anni.*

**ii Art. 600 c.p. *Riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù***

*Chiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero*

*a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la reclusione da otto a venti anni.*

*La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona.*

**iii Art. 602 c.p. Acquisto e alienazione di schiavi**

*Chiunque, fuori dei casi indicati nell'articolo 601, acquista o aliena o cede una persona che si trova in una delle condizioni di cui all'articolo 600 è punito con la reclusione da otto a venti anni.*

**iv Art. 601 bis c.p. Traffico di organi prelevati da persona vivente**

*Chiunque, illecitamente, commercia, vende, acquista ovvero, in qualsiasi modo e a qualsiasi titolo, procura o tratta organi o parti di organi prelevati da persona vivente è punito con la reclusione da tre a dodici anni e con la multa da euro 50.000 ad euro 300.000.*

*Chiunque svolge opera di mediazione nella donazione di organi da vivente al fine di trarne un vantaggio economico è punito con la reclusione da tre a otto anni e con la multa da euro 50.000 a euro 300.000.*

*Se i fatti previsti dai precedenti commi sono commessi da persona che esercita una professione sanitaria, alla condanna consegue l'interdizione perpetua dall'esercizio della professione.*

**v Art. 603 bis c.p. Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro**

*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con la reclusione da uno a sei anni e con la multa da 500 a 1.000 euro per ciascun lavoratore reclutato, chiunque: 1) recluta manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento, approfittando dello stato di bisogno dei lavoratori; 2) utilizza, assume o impiega manodopera, anche mediante l'attività di intermediazione di cui*

*al numero 1), sottoponendo i lavoratori a condizioni di sfruttamento ed approfittando del loro stato di bisogno.*

*Se i fatti sono commessi mediante violenza o minaccia, si applica la pena della reclusione da cinque a otto anni e la multa da 1.000 a 2.000 euro per ciascun lavoratore reclutato.*

*Ai fini del presente articolo, costituisce indice di sfruttamento la sussistenza di una o più delle seguenti condizioni: 1) la reiterata corresponsione di retribuzioni in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o territoriali stipulati dalle organizzazioni sindacali più rappresentative a livello nazionale, o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato; 2) la reiterata violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie; 3) la sussistenza di violazioni delle norme in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro; 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza o a situazioni alloggiative degradanti.*

*Costituiscono aggravante specifica e comportano l'aumento della pena da un terzo alla metà: 1) il fatto che il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre; 2) il fatto che uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa; 3) l'aver commesso il fatto esponendo i lavoratori sfruttati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro.*

## *Capitolo III*

### *Il traffico di stupefacenti*

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale. – 2. Bene giuridico tutelato. – 3. La nozione di stupefacente. 4. Soggetto attivo. – 5. Soggetto passivo. – 6. Le fattispecie astratte. – 7. Profili sanzionatori. – 8. La rilevanza penale e/o amministrativa delle condotte di uso personale. – 9. Pene accessorie. – 10. La rilevanza della tossicodipendenza. – 11. Appendice normativa.

#### *1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale*

Il quadro normativo italiano in materia di stupefacenti trova la sua prima concretizzazione storica all'inizio del ventesimo secolo, nello specifico nella l. n. 396 del 1923 mirante a sanzionare il commercio non autorizzato di sostanze velenose aventi effetto stupefacente. Da allora, sino alle più recenti novelle, il sistema italiano si è evoluto in conformità al modello di tipo proibizionista delineato dai numerosi strumenti internazionali del settore.

A livello sovranazionale, infatti, sono molteplici i testi che mirano a delineare una strategia comune di contrasto particolarmente repressiva, che sanziona le differenti e variegate condotte afferenti al fenomeno delittuoso in commento in virtù della plurilesività delle stesse. La rigidità del sistema normativo multilivello emerge già dalla Convenzione dell'Aja sull'oppio

del 1912, per caratterizzare in modo ancor più marcato la Convenzione delle Nazioni Unite del 1988. Tale severità è riscontrabile altresì in sede europea dove, nonostante non si sanziona il mero consumo personale (differentemente dagli strumenti internazionali), la Decisione Quadro 2004/757/GAI, come modificata dalla Direttiva UE 2017/2103, invita gli Stati membri a punire un elenco di condotte particolarmente dettagliato per adottare una più efficace politica di contrasto avverso il florido traffico illecito di stupefacenti nello spazio comune europeo.

Nell'ottica internazionale, quindi, il contrasto al mercato degli stupefacenti non si denota per un paradigma di tutela squisitamente individualistico, incentrato sulla salute del singolo, ma semmai assume i caratteri della plurioffensività, essendo altresì finalizzato alla tutela di beni collettivi quali l'ordine pubblico e la sicurezza sociale.

Tali istanze di tutela hanno trovato concretizzazione nell'ordinamento italiano nel T.U. STUP. attualmente vigente (D.P.R. 309/1990) che sanziona infatti tutte le condotte afferenti al cd. "ciclo delle droghe", dalla fabbricazione alla diffusione dello stupefacente (art. 73 TU STUP.), sino al contrasto al traffico illecito gestito dalle organizzazioni criminali, attraverso la previsione di una disposizione incriminatrice ad hoc che punisce l'associazione per delinquere finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti (art. 74 TU STUP.).

Quanto alle due questioni cruciali da sempre al centro della riflessione sul controllo penale degli stupefacenti - vale a dire la rilevanza del consumo personale e la diversificazione della risposta sanzionatoria tra droghe leggere e droghe pesanti - l'ordinamento italiano ha da tempo abbandonato l'opzione politico-criminale di sanzionare penalmente la detenzione ai fini di uso personale, delegando in tal caso la funzione repressiva al

diritto amministrativo; e, al contempo, ha di recente ripristinato, a seguito di un intervento della Corte Costituzionale, il modello punitivo del doppio binario, che attribuisce una diversa illiceità penale alle condotte incriminate, a seconda della tipologia di sostanza che ne costituisce oggetto.

Su tale versante infatti, la differenziazione normativa tra droghe leggere e droghe pesanti, soppressa dal Decreto Legge n. 272/2005 (convertito nella Legge 21 febbraio 2006, n. 49), è stata reintrodotta nel 2014 su impulso della pronuncia n. 32/2014 con cui la Corte Costituzionale ha dichiarato l'illegittimità delle disposizioni del TU STUP. ivi inserite dal Decreto Legge n. 272/2005; tra le quali vi erano, per l'appunto, quelle che avevano disposto l'equiparazione del trattamento penale tra droghe pesanti e droghe leggere (artt. 4 bis e 4 vicies ter del Decreto Legge 272/2005).

Sebbene la suddetta declaratoria di incostituzionalità sia stata determinata da vizi formali riguardanti il procedimento di formazione dell'atto legislativo, piuttosto che da censure di merito sulla ragionevolezza della scelta politico-criminale di assegnare il medesimo trattamento penale a fatti riguardanti sostanze stupefacenti differenti, tuttavia, l'abolizione delle disposizioni illegittime è servita ad innescare un'inversione di rotta del modello punitivo, reintegrando l'originaria differenziazione di disvalore penale delle condotte punite in base al tipo - e dunque alla carica offensiva - delle sostanze stupefacenti implicate.

In particolare, a seguito della sentenza della Corte Costituzionale n. 32/2014, è tornata in vigore l'originaria formulazione dell'art. 73 TU STUP. che assegna un differente significato penale ai fatti aventi ad oggetto le droghe pesanti, rispetto a quelli concernenti le droghe leggere, in ragione del maggiore disvalore offensivo dei primi al confronto dei secondi.

## 2. *Bene giuridico tutelato*

L'intervento del giudice delle leggi ha inevitabilmente influito sul bene giuridico tutelato, per il quale oggi valgono le medesime considerazioni che a tal proposito erano state formulate in dottrina, sotto la vigenza della versione del TU precedente alla riforma del 2006.

In specie, sia la previsione dell'irrilevanza penale dell'uso personale, sia la scelta di riservare un trattamento penale meno severo alle condotte aventi ad oggetto le sostanze ritenute meno pericolose per la salute pubblica, e per questo annoverate tra le cd. "droghe leggere", non azzerano l'interesse pubblico a prevenire la diffusione del fenomeno della tossicodipendenza, ma al contrario avvalorano l'opzione di fondo della disciplina penale in materia, che consiste per l'appunto nell'obiettivo di contrastare il mercato illecito della droga, intervenendo a monte del problema; ossia, sanzionando penalmente coloro che gestiscono il traffico, ed affidando, a valle, al diritto amministrativo la sanzione a carico del singolo consumatore finale, vittima del traffico, della cui dipendenza però lo Stato si fa carico non soltanto in termini di repressione e contenimento del consumo, ma altresì attraverso la predisposizione di strumenti socio sanitari assistenziali di supporto.

Per tale ragione, nel quadro di una strategia di politica criminale di tipo differenziato che, da un lato, prevede misure assistenziali di tutela della salute per il sostegno e la rieducazione del consumatore, e dall'altro lato invece, reprime penalmente le condotte di produzione, trasporto e spaccio degli stupefacenti, i beni giuridici tutelati dalle singole fattispecie incriminatrici sono plurimi e possono individuarsi nella tutela sia della salute pubblica, sia dell'ordine pubblico, entrambi certamente messi in pericolo dal dilagare del fenomeno della

tossicodipendenza e delle attività che rientrano nel “ciclo della droga” (coltivazione, produzione, fabbricazione, cessione etc.<sup>1</sup>).

In conclusione, la dimensione plurioffensiva degli illeciti penali in materia è un requisito che caratterizza tanto le condotte punite all’art. 73 TU STUP., quanto la fattispecie associativa di cui all’art. 74 TU STUP., ove alla messa in pericolo dell’ordine pubblico – che è requisito costitutivo tipico di tutte le fattispecie incriminatrici di associazioni a delinquere – si affianca altresì l’offesa al bene giuridico della salute pubblica proveniente dalla specificità dei reati-scopo<sup>2</sup>.

### *3. La nozione di stupefacente*

Anche sotto il profilo della nozione di stupefacente l’ordinamento italiano si presenta particolarmente rispettoso del dettato internazionale, data l’assenza di una nozione generale e la conseguente adozione di un sistema tabellare. Tale approccio è dovuto altresì alla difficile proposizione di una definizione di sostanza stupefacente generalmente condivisa e valida sotto il profilo medico/giuridico. I diversi criteri di classificazione prospettati (criterio dell’origine del prodotto/ degli effetti/ della composizione chimica), data anche l’eterogeneità delle sostanze

<sup>1</sup> C. Cost., sent. 11.7.1991 n. 333, Cass. pen. 2.10.1998, n. 11782, Cass. pen., SU, 22.1.2009, n. 22676, Cass. pen., 12.11.2013, n. 22223, Cass. pen., 26.4.2013, n. 23874, Cass. pen., 15.7.2014, n. 32147

<sup>2</sup> In giurisprudenza, accanto a pronunce che individuano il bene giuridico tutelato dalla disposizione soltanto nella salute collettiva – Cass. pen. 14.3.1997 n. 4294, Cass. pen. 19.6.1998 n. 4071, Cass. pen. 29.11.1999 n. 5791, se ne rinvencono altre che invece ne valorizzano la natura plurioffensiva. Per tutte, Cass. pen. 12.5.1995 n. 9320.

oggetto del commercio illecito in questione, si sono rivelati infatti tutti estremamente insoddisfacenti.

Per tale ragione, l'identificazione della sostanza stupefacente nell'ordinamento italiano, sin dall'introduzione della prima disciplina organica, si basa non sull'identificazione di una nozione generale ma piuttosto sulla predisposizione di apposite tabelle; con la conseguenza che soltanto le sostanze indicate nelle stesse possono legalmente considerarsi droghe con la relativa applicazione della disciplina di cui al T.U.STUP.

Il sistema attualmente in vigore si fonda su cinque distinte tabelle, redatte secondo quanto stabilito dagli artt. 13 e 14 del T.U.STUP. La stesura, il completamento e l'aggiornamento delle tabelle avviene con decreto del Ministro della salute, sentiti il Consiglio superiore di sanità e l'Istituto superiore di sanità, ed è informato dai criteri stabiliti dall'art. 14 T.U.STUP. tra i quali spicca dall'obbligo di necessario adeguamento agli elenchi contenuti negli accordi e nelle convenzioni internazionali. Preme precisare in questa sede che meccanismo di adeguamento non comporta una modifica automatica delle tabelle domestiche alle controparti internazionali, data anche la diversa struttura e conformazione di queste ultime, ma si concretizza piuttosto in un obbligo di tempestivo intervento dell'organo a ciò deputato. Ciò comporta che una modifica degli elenchi internazionali, non seguita da una correzione degli atti amministrativi interni, non avrà effetti diretti sulle condotte penalmente rilevanti nell'ordinamento italiano.

Il sistema tabellare domestico, come già accennato, raggruppa le sostanze stupefacenti in diverse tabelle, in ragione delle caratteristiche e delle potenzialità di abuso. In particolare, sono soggette al controllo penale le sostanze considerate stupefacenti in quanto indicate nelle tabelle I, II, III e IV allegate al T.U. STUP.

Nelle tabelle I e III vengono espressamente indicati i criteri per l'inclusione delle sostanze nella categoria delle c.d. "droghe pesanti"; alle tabelle II e IV sono invece previsti i criteri di identificazione delle c.d. "droghe leggere".

Tale distinzione corrisponde al diverso trattamento sanzionatorio previsto per le condotte illecite aventi ad oggetto, rispettivamente le droghe pesanti e le droghe leggere.

L'ordinamento italiano, come già accennato, gradua infatti la risposta punitiva in relazione al diverso grado di pericolosità delle sostanze, stabilendo un trattamento meno severo in materia di droghe leggere, rispetto alle droghe pesanti.

Si tratta di un'opzione politico-criminale che era già presente nella versione originaria del Testo Unico, precedente alla riforma del 2005, e che è stata di recente reintrodotta con il Decreto Legge 21 marzo 2014 n. 36 (convertito dalla Legge 16 maggio 2014 n. 79). Quest'ultimo è infatti intervenuto a colmare il vuoto normativo generato dalla oramai celebre, e già più volte richiamata, sentenza della Corte Costituzionale 12 febbraio 2014 n. 32.

Ma la normativa italiana non si limita a sanzionare le sole sostanze stupefacenti, estendendo, nel rispetto dei dettami internazionali, l'azione di repressione penale anche alle "sostanze classificate o precursori di droghe". Per le stesse è prevista un'apposita disciplina penalistica (art. 70 T.U.STUP.) che verrà nel prosieguo analizzata, in questa sede preme soltanto precisare come anche per tali sostanze sia adottato il sistema tabellare, seppur diversamente strutturato. In tale ipotesi, infatti, il legislatore domestico ha optato per un rinvio mobile alla disciplina europea (Reg. CE n. 273/2004 e Reg. CE n. 111/2005), in accordo del quale quindi sono da considerarsi precursori di droghe le sostanze individuate e classificate negli appositi allegati delle normative eurocontinentali.

#### 4. *Soggetto attivo*

I delitti previsti in materia di stupefacenti si suddividono in due macro-categorie se si prende in considerazione il soggetto attivo del reato. Le medesime condotte, infatti, posso essere commesse o da un soggetto titolare di un'autorizzazione al trattamento di determinate sostanze, ed in tale ipotesi se la condotta avviene non rispettando i termini dell'autorizzazione avremo un reato proprio. Diversamente, le fattispecie del TU. STUP. si delineano di norma alla stregua di veri e propri reati comuni, realizzabili quindi da chiunque a prescindere dalla qualifica giuridica posseduta.

#### 5. *Soggetto passivo*

A seconda del bene giuridico che si intenderà leso dalle norme in commento, e quindi a seconda del principio di politica criminale che si assume fondante la strategia di contrasto al traffico di stupefacenti, il soggetto passivo del reato muta. Se infatti si considera specifico oggetto di tutela la salute collettiva ed il contrasto ai traffici illeciti, assumendo quindi come punto di riferimento un bene giuridico superindividuale, soggetto passivo sarà lo Stato. Per converso, se si considera, in un'ottica fortemente paternalistica, bene tutelato la salute del singolo, quest'ultimo diviene soggetto passivo del reato. Data però l'irrilevanza penale delle condotte di consumo personale, si può concludere che l'ordinamento italiano abbia optato per una strategia di contrasto al fenomeno criminale in commento strutturata sull'ottica di tutela collettiva.

## 6. *Le fattispecie astratte*

La disciplina penale italiana in materia di stupefacenti è contenuta nel Testo Unico delle Leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza (D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 30), al Titolo VIII, rubricato “*Della repressione delle attività illecite*”, Capo I “*Disposizioni penali e sanzioni amministrative*”. (artt. 72 – 103).

Con riferimento alle condotte punite dall’art. 73 TU STUP., occorre in primo luogo segnalare come sotto il profilo strutturale, la pluralità di condotte descritte dia luogo ad una pluralità di reati, quando la medesima condotta abbia contestualmente per oggetto *droghe leggere e droghe pesanti*; viceversa, ove vi siano più condotte aventi ad oggetto la medesima sostanza, si avrà un unico reato.

Così, i primi tre commi dell’art. 73 TU STUP. elencano tre fattispecie incriminatrici aventi ad oggetto le sostanze stupefacenti di cui alle tabelle I e III (c.d. *droghe pesanti*), ex art. 14 TU STUP, come modificato dal Decreto Legge 21 marzo 2014 n. 36 (convertito dalla Legge 16 maggio 2014 n. 79); il comma 4 dell’art. 73 TU STUP. invece, prevede tre ulteriori fattispecie che sanzionano le medesime condotte dei commi precedenti aventi però ad oggetto le sostanze elencate alle tabelle II e IV dell’art. 14 TU STUP. (c.d. “*droghe leggere*”). Ne consegue che ciascuna delle tre diverse fattispecie incriminate si sdoppia a seconda delle tabelle in cui è compresa la sostanza stupefacente che ne costituisce oggetto. Ne discendono sei titoli autonomi di reato che si differenziano soltanto per il diverso oggetto materiale.

Per quanto attiene alle fattispecie individuate dalla norma, Il comma 1 dell’art. 73 (e il comma 4 dello stesso articolo)

descrive 22 distinte condotte (coltivare, produrre, fabbricare, estrarre, raffinare, vendere, offrire o mettere in vendita, cedere, distribuire, commerciare, trasportare, procurare ad altri, inviare, passare o spedire in transito, consegnare per qualunque scopo), alternative tra di esse, sicché sussiste un unico reato nel caso di contestuale realizzazione di plurime condotte tipiche aventi ad oggetto la medesima sostanza stupefacente.

Si tratta di un reato comune e di pericolo astratto, che tutela tanto il bene giuridico della salute pubblica, quanto quello dell'ordine pubblico.

Le disposizioni incriminatrici in materia di stupefacenti anticipano la soglia di tutela penale rispetto all'effettiva lesione della salute collettiva, sanzionando la circolazione incontrollata e abusiva di sostanze stupefacenti e psicotrope, ossia il consumo che abbia luogo fuori da ogni controllo medico e per scopi non terapeutici.

Vengono in rilievo quattro macro-categorie di condotte:

le condotte attinenti alla **produzione** degli stupefacenti (coltivazione, produzione, fabbricazione, estrazione, raffinazione);

le condotte attinenti al **trasferimento** da o verso lo Stato degli stupefacenti (esportazione, importazione, passaggio o spedizione in transito);

le condotte attinenti alla **commercializzazione** degli stupefacenti (vendita, cessione, offerta in vendita, messa in vendita, commercio, consegna, distribuzione, invio, procacciamento);

le condotte attinenti alla semplice **disponibilità** degli stupefacenti ove questa è reputata illecita dall'ordinamento (acquisto, ricezione, trasporto e detenzione).

Le condotte attinenti alla **produzione** degli stupefacenti (coltivazione, produzione, fabbricazione, estrazione, raffinazione).

La **coltivazione** consiste nell'attività che va dalla semina delle sostanze alla loro raccolta. L'art. 73 TU STUP. non assegna una diversa rilevanza penale ai fatti incentrata sulla quantità delle sostanze coltivate. Di conseguenza, la coltivazione casalinga o domestica è normativamente equiparata a quella industriale o su larga scala (coltivazione in senso tecnico), poiché l'attività di coltivazione dello stupefacente è da ritenersi idonea ad incrementare i quantitativi di sostanze stupefacenti immesse in circolazione, e dunque di per sé pericolosa per la salute pubblica<sup>3</sup>.

Rimane pertanto valido - anche con riguardo al testo vigente dell'art. 73 TU STUP. -, l'orientamento espresso dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 360/1995, che ha escluso il contrasto con il principio di offensività della disposizione incriminatrice della coltivazione domestica, in ragione dell'impossibilità sia di stabilirne volta per volta la destinazione ad uso personale - data l'assenza di un nesso di immediatezza tra coltivazione e consumo - sia di prevedere la quantità di prodotto ricavabile dal ciclo di produzione avviato. In particolare, sarebbe proprio il profilo dell'indeterminatezza delle quantità ottenibili a rendere inaffidabile qualunque giudizio prognostico circa la destinazione delle sostanze all'uso personale, piuttosto che allo spaccio.

In relazione a tale condotta, è intervenuta la recente legge n. 242 del 2016 che ha sancito la liceità della coltivazione della canapa sativa, aderendo in tal modo a quanto prescritto dall'art.

<sup>3</sup> Cass. pen., SU, 24.4.2008, n. 28605; Cass. pen. SU 24/4/2008 n. 28606; orientamento oramai consolidato in giurisprudenza, come confermato da Cass. pen., 25.6.2012 n. 33176.

17 della direttiva 2002/53/CE. Al fine di ridurre l'impatto ambientale e il consumo dei suoli, si è optato per una piena valorizzazione di tale sostanza nella filiera agroindustriale e quindi di una liceità della coltivazione della stessa. Ciò ha però posto problemi in relazione alla rilevanza penale delle condotte di detenzione e cessione delle infiorescenze della canapa sativa, che non sono state oggetto del recente intervento legislativo.

La problematica è stata di recente oggetto di una decisione delle Sezioni Unite<sup>4</sup>. Sul punto erano infatti sorti in giurisprudenza due diversi e opposti orientamenti sui quali quindi è stato chiamato ad esprimersi il supremo collegio. Secondo un primo indirizzo<sup>5</sup> la liceità di tale tipo di cannabis sarebbe circoscritta alle sole condotte di coltivazione; le norme della legge n. 242/2016 sarebbero quindi norme eccezionali e in quanto tali non potrebbero derogare alle disposizioni del T.U.STUP. Da ciò discenderebbe la rilevanza penale delle condotte di detenzione e cessione. Un opposto filone interpretativo, invece, nato prima nella giurisprudenza di merito e fatto proprio di recente dalla Corte di Cassazione<sup>6</sup>, riconosce come corollario logico-giuridico della legge in questione la liceità delle condotte di commercializzazione della predetta coltivazione, che ha ad oggetto una sostanza dotata di un principio attivo talmente basso da non consentire un ragionevole divieto alla sua cessione e commercializzazione.

Con la recente decisione la Corte di Cassazione sembra aver aderito all'orientamento più restrittivo, in accordo del quale quindi la legge del 2016 avrebbe legalizzato le sole condotte di coltivazione ma non anche quelle di cessione e di detenzione.

<sup>4</sup> Cass. Pen., Sez. un., 30 maggio 2019, n. 30475.

<sup>5</sup> Cass. pen., Sez. VI, 27 novembre 2018, n. 56737.

<sup>6</sup> Cass., Sez. VI, 29 novembre 2018 (dep. 31 gennaio 2019), n. 4920.

La Corte ha però aggiunto che per la rilevanza penale di tali condotte dovrà inevitabilmente guardarsi all'effetto drogante delle stesse e quindi in presenza di un quantitativo di thc inabile ad assicurare l'effetto psicotropo, come avviene nel caso di tale tipo di cannabis, la cessione e la detenzione della stessa sarà lecita ai sensi dell'ordinamento italiano.

La **produzione** è condotta comprensiva di tutte le attività dirette a ricavare dalle piante la sostanza stupefacente (raccolta di foglie o delle piante, la loro lavorazione o frantumazione, etc.).

La **fabbricazione** è categoria residuale che comprende le attività non riconducibili alla produzione che siano comunque dirette ad ottenere sostanze stupefacenti (es. depurazione e trasformazione di sostanze in altre della stessa specie etc.).

L'**estrazione** è una fase della produzione in cui la sostanza pura viene separata e prelevata dal prodotto grezzo, dalla sostanza vegetale; la **raffinazione** indica l'attività con cui lo stupefacente viene purificato dalle scorie residue con metodi chimici o fisici.

Le condotte attinenti al **trasferimento** da o verso lo Stato degli stupefacenti (esportazione, importazione, passaggio o spedizione in transito);

Le condotte riguardanti il **trasferimento** da o verso lo Stato concernono sia l'importazione e l'esportazione, secondo la definizione fornita dalle fonti internazionali, ed in particolare dalla Convenzione di New York sugli stupefacenti del 1961 (trasporto dello stupefacente dal territorio di uno Stato verso il territorio di un altro o di altri Stati), sia il passaggio in transito o la spedizione in transito ossia il trasferimento dello

stupefacente da uno Stato estero ad un altro, con passaggio attraverso il territorio italiano<sup>7</sup>.

Le condotte attinenti alla **commercializzazione** degli stupefacenti (vendita, cessione, offerta in vendita, messa in vendita, commercio, consegna, distribuzione, invio, procacciamento).

Le condotte di **vendita, cessione e il fatto di procurare ad altri** si distinguono tra loro per le seguenti ragioni: vendere, implica la dazione della sostanza in cambio del correlativo prezzo in danaro o altra utilità; cedere comporta la semplice consegna della sostanza anche a titolo gratuito. Ai fini della cessione o della vendita, non occorre la consegna materiale della *res*, ma è sufficiente il semplice consenso delle parti contraenti sulla quantità e qualità della sostanza stupefacente oggetto dell'accordo negoziale.

La condotta del **procurare ad altri** riguarda il fatto del mandatario o dell'intermediario che procaccia la droga a terzi attingendo alle sue fonti di approvvigionamento senza la partecipazione personale o negoziale del destinatario.

Le condotte attinenti alla semplice **disponibilità** degli stupefacenti ove questa è reputata illecita dall'ordinamento (acquisto, ricezione, trasporto e detenzione).

L'**acquisto e la ricezione** sono condotte speculari, rispettivamente, della vendita e della cessione.

Il **trasporto** consiste nel trasferire lo stupefacente da un luogo ad un altro.

Si tratta di una condotta in genere giudicata assorbita nella condotta di detenzione, ad eccezione dei casi, per vero abbastanza rari nella prassi, del semplice "*corriere della*

<sup>7</sup> In genere tuttavia, in giurisprudenza, il passaggio in transito viene qualificato come importazione, Cass. pen. 13.6.2007 n. 236943.

*droga*”, ossia di chi, senza mai acquisire un autonomo potere di disponibilità sulla sostanza, si limiti a svolgere per conto di altri il trasporto di un certo quantitativo di droga dal luogo di provenienza a quello di destinazione.

La **detenzione** è condotta di chiusura che comprende tutti i casi in cui un soggetto abbia la disponibilità materiale o di fatto della sostanza.

L’acquisto, la ricezione e la detenzione sono sottratte alla sanzione penale e punite esclusivamente con sanzione amministrativa, quando finalizzate all’uso personale (art. 75 TU STUP.).

Prima di procedere con l’analisi della fattispecie di associazione finalizzata al traffico di sostanze stupefacenti, è necessario dar conto di altre due fattispecie di reato contenute nel TU STUP. che risultano utili per delineare il volto dell’impianto italiano di contrasto al traffico illecito in commento. L’ordinamento domestico, seppur improntato ad una rigida logica proibizionista, fonda prevalentemente la sua politica criminale sull’esigenza di contrastare il florido traffico illecito gestito dalla criminalità organizzata e quindi cerca di limitare le pene quasi draconiane previste alle sole ipotesi riconducibili al traffico di droga.

In primo luogo, come già accennato in precedenza, la strategia di contrasto domestica non si arresta alla sanzione delle condotte che hanno ad oggetto sostanze psicotrope, ma si estende altresì, nel rispetto dei canoni internazionali, alle condotte di *importazione*, *esportazione* ed *immissione nel mercato* dei c.d. precursori. Sul punto trova applicazione l’art. 70 TU STUP.<sup>ii</sup> che sottopone alla sanzione della reclusione le condotte su menzionate che abbiano ad oggetto composti essenziali per l’ottenimento della sostanza stupefacente. La sussistenza del reato, e l’applicazione della relativa pena, è però

in concreto slegata dalla destinazione del precursore alla produzione di sostanze stupefacenti, e risulta fondata per converso sulla mera violazione delle norme amministrative (un sistema di autorizzazioni previsto dallo stesso art. 70) che regolano le suddette attività, strutturando in tal modo il reato alla stregua di un vero e proprio delitto di pericolo presunto<sup>8</sup>, secondo logiche non perfettamente coerenti con il principio di necessaria lesività della condotta delittuosa.

Che lo spirito proibizionista del legislatore italiano sia rivolto prevalentemente a prevenire condotte di spaccio abili ad arrecare pregiudizio alla salute intesa in senso collettivo, emerge anche dalla disciplina del c.d. fatto di lieve entità ex art. 73 co. 5 TU STUP.

La disposizione in commento contiene una fattispecie autonoma di reato che sanziona con pene notevolmente inferiori le condotte di cui ai commi 1 e 4 del 73 TU STUP. quando per i mezzi utilizzati, le modalità o le circostanze dell'azione o ancora per la qualità e la quantità delle sostanze, il fatto debba considerarsi di lieve entità. L'ipotesi, considerata oggi vera e propria fattispecie autonoma e quindi sottratta al giudizio di bilanciamento delle circostanze, troverà applicazione salvo che il fatto costituisca più grave reato, e anche se le condotte contestate abbiano ad oggetto sostanze tra loro eterogenee appartenenti a diverse tabelle<sup>9</sup>.

Oltre alle fattispecie di reato di cui agli artt. 70 e 73, il TU STUP. prevede - all'art. 74 - l'incriminazione dell'associazione

<sup>8</sup> Sull'irrelevanza dell'illecita destinazione del precursore e sulla natura di reato presunto Cfr. ROMANO, *La disciplina dei precursori di droghe: l'art. 70 del d.p.r. n. 309 del 1990*, in INSOLERA-MANES (a cura di), *La disciplina penale degli stupefacenti*, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2012, 33.

<sup>9</sup> Sul punto da ultimo: Cass., Sez. un., sent. 27 settembre 2018 (dep. 9 novembre 2018), n. 51063.

per delinquere finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti.

Si tratta di una fattispecie associativa *ad hoc* che punisce le organizzazioni criminali dedite al narcotraffico e che trova la sua *ratio* giustificatrice nell'esigenza di riservare un trattamento penale particolarmente severo al fenomeno del monopolio della gestione del "ciclo della droga" da parte della criminalità organizzata.

A conferma delle istanze di politica criminale che ne hanno motivato la formulazione, nel 1997 la Corte di Cassazione ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 74 TU STUP.<sup>iii</sup> sotto il profilo della violazione dell'art. 3 Cost. per l'omessa previsione di un trattamento sanzionatorio differenziato a seconda del tipo di sostanza stupefacente oggetto del traffico cui è finalizzata l'associazione per delinquere, in ragione dell'intrinseco ed autonomo potenziale di pericolosità che l'associazione possiede, di per sé, e cioè a prescindere dallo specifico disvalore offensivo di ciascuno dei delitti scopo oggetto del sodalizio criminoso<sup>10</sup>.

Quanto alla natura di tale illecito, si tratta di un reato di pericolo astratto incentrato sull'anticipazione della soglia di tutela penale rispetto all'effettiva lesione dei beni giuridici tutelati, la quale si verifica invero al momento dell'attuazione del programma criminoso, ossia con la realizzazione dei singoli reati oggetto del sodalizio.

Con riguardo alle condotte punite dalla disposizione incriminatrice di cui **all'art. 74 TU STUP.**, il legislatore ha mantenuto l'impianto strutturale tipico delle fattispecie di tipo associativo, sanzionando la mera costituzione di un sodalizio

<sup>10</sup> Cass. pen. 17.12.1997 n. 2412.

criminoso tra una pluralità di soggetti, finalizzata alla commissione di una pluralità di reati-fine, la cui rilevanza penale prescinde dall'effettiva attuazione del programma criminoso.

Il tratto distintivo della fattispecie in questione, nel confronto con le omologhe previste nell'ordinamento - ed in particolare in rapporto all'associazione per delinquere semplice (art. 416 c.p.) o di stampo mafioso (art. 416 bis c.p.)-, si rinviene nella specifica natura dei reati-scopo i quali devono necessariamente consistere nei reati previsti all'art. 73 TU STUP., vale a dire nei delitti riconducibili alle attività di produzione, traffico e detenzione di sostanze stupefacenti o psicotrope.

La scelta del legislatore di riprendere la configurazione propria dei reati associativi, con conseguente mancata tipizzazione sia degli elementi strutturali del gruppo criminale organizzato sia delle condotte dei singoli compartecipi, ha inevitabilmente trasferito in sede giurisprudenziale l'opera di concretizzazione dei contorni delle condotte punite, assegnando un ruolo centrale all'esegesi interpretativa.

Ne è derivata una prassi giurisprudenziale in perenne equilibrio tra una tendenza alla flessibilizzazione dei contorni della fattispecie, utile ad allargarne il campo applicativo, e per altro verso, un'istanza di uniformazione ai principi di legalità ed offensività, che ha invece innescato spinte di senso contrario verso letture più stringenti dei requisiti costitutivi tipici del fatto<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> MILONE, *L'associazione finalizzata al traffico di illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope (art. 74 D.P.R. 9 ottobre 1990, n. 3099): un'indagine sugli aspetti più controversi della fattispecie nel diritto vivente, tra paradigmi teorici e prassi giurisprudenziale*, in MORGANTE (cur.), *Stupefacenti e diritto penale. Un rapporto di non lieve entità*, Torino, 2015, p. 231.

Così, tenuto conto che, come segnalato *retro*, ai fini della realizzazione dell'illecito, è sufficiente la mera costituzione dell'associazione finalizzata alla gestione del narcotraffico, indipendentemente dal compimento effettivo dei singoli reati-fine, esigenze ermeneutiche di conformità al principio di offensività hanno indotto tanto la dottrina, quanto la giurisprudenza a ritenere che sia elemento materiale costitutivo dell'illecito non soltanto il semplice accordo stabile di volontà tra più soggetti, ma anche la sussistenza di un *minimum* di struttura organizzativa adeguata alla realizzazione degli scopi dell'associazione<sup>12</sup>.

La giurisprudenza prevalente inoltre non ritiene necessaria la sussistenza di una struttura organizzativa di particolare complessità, né che questa disponga di ingenti disponibilità economiche, ma considera sufficiente l'esistenza di un'organizzazione minima, ossia di una, anche rudimentale, predisposizione di mezzi e uomini finalizzata al perseguimento dello scopo comune della realizzazione dei delitti di cui all'art. 73 TU STUP<sup>13</sup>.

Ciò che tuttavia deve caratterizzare l'organizzazione, seppur elementare, è l'idoneità della stessa a conseguire i fini dell'associazione che deve essere valutata alla stregua dei criteri

<sup>12</sup> Per tutti, AMATO, *Teoria e pratica degli stupefacenti*, Roma, 1996, p. 131; ID. *Puntualizzazioni giurisprudenziali in tema di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti*, in *Cass. pen.*, 1998, pag. 1793; AMBROSINI, *La riforma della legge sugli stupefacenti*, D.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309. *Profili penali, processuali e penitenziari*, Torino, 1991, pag. 80.

<sup>13</sup> Cass. pen. 12.5.1995 n. 9320; Cass. pen. 21.1.1997, n. 3277; Cass. pen., 26.9.2003, n. 2263; Cass. pen. 22.12.2009 n. 4967; Cass. pen. 8.9.2013 n. 43327, Cass. pen. 15. 9. 2014, n. 11779; Cass. pen., 27.3.2014 n. 16540; Cass. pen., 6.11.2015, n. 9457.

impiegati per determinare l'idoneità degli atti nel delitto tentato (ex art. 56 c.p.<sup>14</sup>).

Quanto alle caratteristiche del *pactum sceleris*, esso deve consistere in un accordo stabile e non meramente occasionale<sup>15</sup> che non è necessario assuma forme scritte o verbali, ma che può desumersi dalle modalità esecutive dei reati-scopo e dalla loro ripetizione, dai rapporti tra gli autori, dalla sussistenza della struttura organizzativa<sup>16</sup>.

Si può pertanto affermare che in sede giurisprudenziale vengono in genere indicati tre elementi costitutivi tipici dell'associazione per delinquere finalizzata al traffico di stupefacenti: 1) l'esistenza di un gruppo i cui membri siano consapevolmente aggregati per il compimento di una serie indeterminata di reati in materia di stupefacenti; 2) l'organizzazione di attività personali e di mezzi economici degli associati, anche semplici ed elementari, per il conseguimento del fine illecito comune e con l'obbligo per ciascun sodale di fornire un contributo per il perseguimento del progetto criminoso; 3) l'apporto individuale apprezzabile e non episodico di almeno tre associati, che integri un contributo alla stabilità dell'unione illecita<sup>17</sup>.

Anche con riguardo ai diversi ruoli degli affiliati all'interno del gruppo criminale organizzato, alla mancata indicazione legislativa dei requisiti tipici di ciascuna condotta di

<sup>14</sup> ANTONINI, *Le associazioni a delinquere nella legge penale italiana*, in *Giust. pen.*, 1985, p. 307.

<sup>15</sup> Cass. pen. 12.5.1995 n. 9320, Cass. pen. 5.11.1997 n. 11899, Cass. pen. 14.6.2011 n. 35992, Cass. pen. 7.7.2011 n. 30463.

<sup>16</sup> Cass. pen. 17.6.2009 n. 40505; Cass. pen. 10.1.2017, n. 27433; Cass. pen. 22.2.2018, n. 26280.

<sup>17</sup> Cass. pen. 22.3.1996, n. 8627; Cass. pen. 7.7.07. 2011, n. 30463; Cass. pen. 3/12/2013, n. 695; Cass. pen. 22.9.2015, n. 46614; Cass. pen. 6.04.2017, n. 28252 Cass. pen. 22.2.2018, n. 26280.

partecipazione ha tentato di porre rimedio la giurisprudenza, individuando i contorni di tali figure “tipiche”.

Così, **promotore** è colui che si fa iniziatore della *societas sceleris* o che provoca nuove adesioni di associazione già costituita<sup>18</sup>; **costitutore** è colui che partecipa alla fondazione dell’associazione; **dirigente** è colui che guida la società o una parte di essa, collocandosi in posizione di supremazia nei confronti degli altri associati<sup>19</sup>. **Organizzatore** è chi coordina in modo continuativo l’attività degli associati e assicura la funzionalità delle strutture organizzative dell’associazione<sup>20</sup>.

La condotta di **finanziamento** consiste nell’attività di chi investe capitali nell’associazione con la consapevolezza del fatto criminoso<sup>21</sup>, fornendo un aiuto economico sotto qualunque forma.

Tra le condotte tipiche degli associati, quella che crea maggiori problemi di tipizzazione è la condotta di **partecipazione** in forma libera. Sul versante dell’elemento soggettivo, è richiesto che il partecipe abbia la consapevolezza e la volontà di far parte dell’associazione<sup>22</sup>.

Non occorre che vi sia un atto di investitura formale<sup>23</sup>. In assenza di esso, la giurisprudenza tende a valorizzare gli

<sup>18</sup> Cass. pen. 12.12.1995, n. 5301; Cass. pen. 23.10.2008, n. 45018; Cass. pen. 29.10.2015, n. 45168.

<sup>19</sup> Cass. pen., sez. I, 24.3.1983; Cass. pen. 22.1.2015, n. 19753.

<sup>20</sup> Cass. pen. 16/01/1991, n. 403; Cass. pen. 23/10/2008, n. 45018; Cass. pen. 6.7.2016, n. 40348; Cass. pen. 5.10.2017, n. n. 53568; Cass. pen. 17.10.2017, n. 52137; Cass. pen. 22.02.2018, n. 26280.

<sup>21</sup> RONCO, *Stupefacenti*, in *Enc. giur. trecc.* 1993, p. 11; AMATO, *Droga e attività di polizia*, Roma, 1992, p. 163; in giurisprudenza, ; Cass. pen. 22.4.1985, n. 7462; Cass. pen., 16.1.1991, n. 403; Cass. pen., 21.5.2003, n. 36351; Cass. pen. 7.2.2015, n. 32704.

<sup>22</sup> Cass. pen. 8.10.2015, n. 45949.

<sup>23</sup> Cass. pen. 16.10.2013, n. 51716; Cass. pen. 29.4.2015 n. 22124.

elementi di fatto dai quali desumere la sussistenza di una condotta partecipativa, richiedendo che vi sia un apporto funzionale all'associazione, connotato da stabilità<sup>24</sup>.

In ultimo preme sottolineare come, nell'ambito della costante espansione dei reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti, nel 2009 si è inserito al D.Lgs. 231/2001 l'art. 24 *ter* il quale comporta la condanna dell'ente a sanzioni laddove uno dei soggetti di cui all'art. 5 dello stesso decreto abbia commesso l'illecito di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti.

### *7. Profili sanzionatori*

Dall'analisi dei profili sanzionatori delle diverse fattispecie emerge con ancor più vigore il volto del sistema repressivo italiano in materia di stupefacenti. Nonostante infatti l'ordinamento domestico sia, come già più volte ricordato, improntato ad una forte logica repressiva e proibizionista, il focus dell'azione di contrasto è fortemente incentrato sulla repressione del mercato della droga, fonte di ingenti profitti per la criminalità organizzata del settore. La disciplina quindi si contraddistingue per un impianto sanzionatorio caratterizzato da una generalizzazione di pene particolarmente severe che però lasciano spazio a trattamenti notevolmente più miti in presenza di illeciti che perdono la dimensione collettiva, attestandosi per converso su una connotazione quasi esclusivamente individuale.

<sup>24</sup> Cass. pen. 21.10.2008, n. 44102; Cass. pen. 7.4. 2011, n. 16563; ; Cass. pen. 16.10.2013, n. 51716; Cass. pen. 2.12.2014, n. 50965 ; Cass. pen., 9.4. 2015, n. 22124.

Data però la rilevanza che assume altresì il bene della salute collettiva, una prima importante differenziazione la si ha in merito al diverso oggetto della condotta illecita. Come già più volte ricordato, infatti, a seguito della legge n. 79/2014, le condotte aventi ad oggetto droghe c.d. leggere (art. 73 co. 4) sono sottoposte ad una sanzione notevolmente inferiore rispetto a quelle relative alle droghe c.d. pesanti (art. 73 co. 1), essendo prevista una pena compresa tra i due e i sei anni di reclusione. Per converso, la cornice edittale per i fatti aventi ad oggetto droghe pesanti è individuata tra gli 8 e i 20 anni di reclusione, ed è stata di recente oggetto di una declaratoria di incostituzionalità<sup>25</sup> che ne ha accertato il contrasto con i principi di uguaglianza, proporzionalità e ragionevolezza; intervenendo sul minimo edittale oggi ricondotto ai 6 anni di reclusione.

Il peculiare regime sanzionatorio appena descritto è ulteriormente irrigidito dalle numerose circostanze aggravanti speciali individuate all'art. 80 T.U.STUP.<sup>iv</sup> Tali circostanze aggravanti speciali comportano, nell'ipotesi di cui al primo comma, un aumento di pena compreso tra un terzo e la metà; incremento sanzionatorio che si spinge sino ai due terzi nell'ipotesi dell'ingente quantità di cui al secondo comma dello stesso articolo. Al riguardo, se all'ingente quantità si aggiunge la commistione o l'adulterazione delle sostanze psicotrope al fine di aumentarne la carica lesiva, la pena è di trenta anni di reclusione.

Le pene suddette sono notevolmente ridotte nell'ipotesi autonoma del c.d. fatto di lieve entità. In tale circostanza la sanzione prevista è la reclusione da 6 mesi a 4 anni unitamente alla multa compresa tra euro 1.032 e euro 10.329.

<sup>25</sup> Corte Cost. Sentenza n. 40 del 23 gennaio 2019 (dep. 8 marzo 2019).

A tale prospetto sanzionatorio si devono aggiungere le sanzioni di cui all'art. 74 TU.STUP. Quest'ultimo differenzia la responsabilità di ciascun partecipe a seconda della funzione da esso svolta in seno al sodalizio. In particolare, le condotte di chi promuove, costituisce, dirige, organizza e finanzia l'associazione sono punite con la reclusione non inferiore a venti anni. Un trattamento meno severo è invece previsto per il semplice compartecipe, punito con la reclusione non inferiore a dieci anni. Come già anticipato, nell'ipotesi in commento l'ordinamento italiano prevede una concorrente responsabilità amministrativa da reato dell'ente nel cui interesse o vantaggio si sia consumato il delitto, con conseguente applicazione di sanzioni amministrative sia interdittive sia pecuniarie dotate di una peculiare carica lesiva.

La normativa italiana in tema di stupefacenti prevede inoltre una particolarmente efficace disciplina in materia di attenuanti, che trae spunto dall'art. 5 della Direttiva 2004/757/GAI. La disciplina italiana, che trova concretizzazione al comma 7 dell'art. 73 TU STUP., prevede una c.d. attenuante di risultato<sup>26</sup> che si applica tutte le volte in cui il reo si *adoperi per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione di delitti.*

Al fine quindi di assicurare un più efficace contrasto avverso tali attività illecite, il legislatore interno ha scelto di incentivare il contributo degli autori e dei compartecipi nell'azione di repressione con un notevole sconto di pena (dalla metà a due terzi).

<sup>26</sup> G. AMATO, *Precisazioni sull'attenuante della collaborazione in materia di droga*, in *Cass Pen*, 2005, p. 2359.

La formulazione della norma ha però destato qualche perplessità. La stessa infatti configura l'ipotesi in commento secondo la duplice veste del ravvedimento sostanziale e della collaborazione processuale; e fa ciò con una dizione letterale che ha sollevato non pochi dubbi in giurisprudenza.

Secondo un primo orientamento, infatti, l'utilizzo della particella *anche* impone che per l'applicabilità dell'attenuante in parola sia necessario un duplice risultato: non sarebbe sufficiente evitare che l'attività delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze, dovendosi anche realizzare una rilevante sottrazione di risorse per la commissione di futuri delitti.

Un opposto e maggioritario indirizzo, invece, affida al termine *anche* un valore disgiuntivo, riconoscendo quindi che l'attenuante della collaborazione potrà essere riconosciuta in presenza del raggiungimento di uno solo dei predetti risultati.

La concorde e unanime giurisprudenza riconosce però la necessità della concretezza del contributo derivato dalla collaborazione, rappresentato da *fatti nuovi, oggettivamente utili e che costituiscono tutte le conoscenze a disposizione del dichiarante*<sup>27</sup>.

La disposizione di cui all'art. 73 non rappresenta l'unico esempio di attenuante speciale prevista in materia di stupefacenti. Il successivo art. 74, sanzionante come visto l'associazione dedita al traffico di stupefacenti, al comma 7 prevede una simile circostanza speciale, che prevede il medesimo sconto di pena (dalla metà sino ai due terzi) per chi si sia *efficacemente adoperato per assicurare le prove del reato o per sottrarre all'associazione risorse decisive per la commissione dei delitti*. L'ipotesi in commento, nonostante la il simile tenore letterale, ha però un differente ambito applicativo,

<sup>27</sup> Cass. Pen., Sez. VI, n. 15977, 24 marzo 2016.

trovando riscontro tutte le volte in cui l'autore abbia con la propria collaborazione interrotto non la singola azione delittuosa ma, piuttosto, l'attività illecita del sodalizio. Secondo, infatti, quanto affermato da recente giurisprudenza *“In tema di reati concernenti sostanze stupefacenti, il riconoscimento dell'attenuante del ravvedimento operoso di cui all'art. 73, comma 7, d.P.R. n. 309 del 1990, non comporta automaticamente anche quello dell'attenuante di cui all'art. 74, comma 7, d.P.R. 9 ottobre 1990 n. 309, non coincidendo i presupposti delle due circostanze, in quanto la prima riguarda l'assicurazione, "ex post", delle prove dei commessi reati e, ai fini della sua applicazione, è necessario che i dati forniti siano nuovi, oggettivamente utili e costituiscano tutte le conoscenze a disposizione del dichiarante, mentre per la concessione della seconda, è necessario che il contributo conoscitivo offerto dall'imputato, nel corso della consumazione del reato, sia utilmente diretto ad interrompere non tanto il traffico della singola partita di droga, bensì l'attività complessiva del sodalizio criminoso.”*<sup>28</sup>.

#### *8. La rilevanza penale e/o amministrativa delle condotte di uso personale*

L'ordinamento italiano articola la risposta sanzionatoria in tema di stupefacenti secondo un duplice *“doppio binario sanzionatorio”*.

Per un verso infatti, come già segnalato, nel quadro di una risposta *“penale”* agli illeciti commessi, riserva un diverso trattamento sanzionatorio ai fatti a seconda della tipologia di sostanza che ne costituisce oggetto; per altro verso invece, la

<sup>28</sup> Cassazione penale sez. III, 19/01/2018, n.23528.

legislazione italiana degrada l'illecito penale ad illecito amministrativo, laddove le condotte siano commesse al fine di realizzare un "*consumo personale*" dello stupefacente. Ciò a riprova del fatto che la normativa antidroga ha la prevalente finalità di tutela della salute collettiva e della pubblica sicurezza, messa in pericolo dal florido mercato delle sostanze stupefacenti.

L'art. 75 TU STUP.<sup>v</sup> Qualifica infatti illecito amministrativo le condotte di importazione, esportazione, acquisto, ricezione a qualsiasi titolo o comunque di detenzione di sostanze stupefacenti di cui alle tabelle I III II e IV per "*farne un uso personale*".

Benché la sentenza n. 32/2014 non abbia comportato la caducazione dell'art. 75 TU STUP. - che appunto qualifica come illecito amministrativo l'uso personale -, tuttavia, a seguito di essa si è reso necessario un adeguamento del contenuto alla ripristinata differenza tra droghe leggere e droghe pesanti.

In particolare, la L. n.79/2014 ha inserito nell'art. 75 TU STUP. il comma 1 bis - che ripropone il testo previgente del comma 1.bis dell'art. 73 TU STUP<sup>29</sup>. ed elenca una serie di

<sup>29</sup> Il suddetto comma 1 bis, introdotto dal Dl. 30.12.2005 n.272 conv. con mod. dalla L. 21.1.2006 n. 49 (c.d. "Legge Fini-Giovanardi"), descriveva gli elementi indicativi della finalità diversa dall'uso esclusivamente personale, che segnava il *discrimen* tra detenzione penalmente illecita e detenzione sanzionabile soltanto in sede amministrativa. Si trattava sia di indici riguardanti le modalità di presentazione e confezionamento della sostanza, sia di soglie quantitative massime il cui superamento serviva a fornire un parametro oggettivo di prova della destinazione della sostanza ad uso non esclusivamente personale. In particolare, con riferimento alle principali sostanze dell'unica tabella comprensiva tanto delle droghe pesanti, quanto delle droghe leggere, il DM 11.4.2006 aveva fissato per ciascuna sostanza anche una dose minima giornaliera (dose media singola) oltrepassata la quale doveva ritenersi esclusa la finalità di consumo personale.

*indici sintomatici* della destinazione della sostanza all'uso personale. Si tratta di indici che, al pari di quelli previsti nel vecchio comma 1 bis dell'art. 73 TU STUP., non costituiscono presunzioni assolute, ma meri indizi di prova, non tassativi, rilevanti in sede processuale<sup>30</sup>. Il superamento delle soglie quantitative previste non comporta dunque di per sé l'automatica esclusione della finalità di uso esclusivamente personale e la conseguente rilevanza penale del fatto, bensì fornisce al giudice un indice sintomatico dell'effettiva finalità della condotta che va comunque accertata in concreto<sup>31</sup>.

L'onere della prova della non destinazione della sostanza all'uso esclusivamente personale spetta all'accusa, in quanto non è la finalità di uso personale causa di non punibilità del fatto, ma al contrario è la destinazione della sostanza allo spaccio elemento costitutivo del reato di illecita detenzione<sup>32</sup>. La prova della finalità di spaccio inoltre si ritiene possa desumersi da qualunque elemento e dalle modalità concrete, oggettive e soggettive, del fatto.

L'approccio di tutela e al contempo di indifferenza (penalistica) dell'ordinamento italiano nei confronti del tossicodipendente o tossicofilo emerge però con ancor più chiarezza da un ormai consolidato orientamento

<sup>30</sup> Interpretazione conforme a quella formatasi sotto il vigore del previgente comma 1 bis dell'art. 73 TU STUP., Cass. pen. 21.5.2008, Frazzitta, CED 240855; Cass. pen., 1.10.2008, Marsilli, CED 241522; Cass. pen., 15.10.2009, n. 45916.

<sup>31</sup> Cass. pen. 11.1.2018, n. 7191: «... la valutazione in ordine alla destinazione della droga, ogni qualvolta la condotta non appaia indicativa della immediatezza del consumo, deve essere effettuata dal giudice di merito tenendo conto di tutte le circostanze oggettive e soggettive del fatto...»; in senso conforme, Cass. pen. 8.06.2016, n. 34834.

<sup>32</sup> Cass. pen. 8.6.2016, n. 26623.

giurisprudenziale volto a riconoscere irrilevanza penale alle condotte di c.d. “uso di gruppo”.

Tale ricostruzione dei giudici di legittimità, che ha resistito – seppur con qualche difficoltà – anche sotto la vigenza della disciplina più rigorosa figlia della riforma del 2006, riconduce all’operatività dell’art. 75 T.U.STUP. (e quindi all’illecito amministrativo) la casistica degli acquisti di gruppo, all’interno dei quali la sostanza viene ripartita pro quota per ciascun acquirente, permettendo quindi di non superare la soglia del consumo personale<sup>33</sup>.

Ciò anche quando l’acquisto sia stato realizzato da un solo soggetto, ma nell’interesse collettivo e sulla base di un vero e proprio mandato all’acquisto. Affinché possa riconoscersi l’uso di gruppo la giurisprudenza di legittimità ha enucleato una serie di requisiti, la cui sussistenza è necessaria per non far ricadere l’ipotesi in commento nell’ambito del penalmente rilevante. Al riguardo, la Sez. IV della Corte di Cassazione ha stabilito che *“occorre, quindi, in sostanza, che l’acquirente sia uno degli assuntori; che l’acquisto avvenga sin dall’inizio per conto degli altri componenti il gruppo, al cui uso personale la sostanza è destinata; che quindi sia certa sin dall’inizio l’identità di questi altri soggetti i quali abbiano in un qualunque modo manifestato la volontà sia di procurarsi la sostanza per mezzo di uno dei compartecipi sia di concorrere ai mezzi finanziari occorrenti all’acquisto”*<sup>34</sup>. Sussistendo tutti i requisiti suddetti la fattispecie ricadrà sotto l’egida dell’art. 75 TU STUP.

<sup>33</sup> Cass., Sez. IV, 1.3.1995, Cass. Pen., 1995, fasc. 9, 2.

<sup>34</sup> Cass., Sez. VI, n. 17391/2014

## 9. *Pene accessorie*

Oltre alle già gravose pene principali poc' anzi richiamate, la disciplina normativa specifica in materia di stupefacenti conosce un diversificato trattamento in materia di pene accessorie e misure di sicurezza. Secondo quanto disposto dall'art. 85 T.U.STUP.<sup>vi</sup>, infatti, il giudice, in presenza di sentenza di condanna per i reati di cui agli artt. 74, 74, 79 (*Agevolazione dell'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope*) e 82 (*Istigazione, proselitismo e induzione al reato di persona minore*) può disporre il divieto di espatrio e il ritiro della patente di guida.

A detta dell'ultimo comma del medesimo articolo è inoltre sempre disposta la confisca della sostanza stupefacente. La misura di sicurezza in questione non è però la sola ipotesi di confisca che può trovare applicazione per i reati di cui ci si occupa. Al riguardo, infatti, può trovare applicazione sia la confisca facoltativa del profitto o del prezzo del reato di cui all'art. 240 c.p., sia la confisca di cui al precedente art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992, oggi confluita nell'art. 240 *bis* c.p. (secondo quanto disposto dall'art. 85 *bis* T.U.STUP.<sup>vii</sup>).

In virtù di tale ultima disposizione, il giudice, in presenza di condanna o sentenza di patteggiamento di uno dei reati di cui all'art. 73 (escluso il delitto di cui al 5 comma), deve disporre la confisca *del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività commerciale.*

### *10. La rilevanza della tossicodipendenza*

L'ordinamento italiano non si limita però ad un approccio repressivo nei confronti della droga e delle sostanze stupefacenti nel loro complesso. Alla particolarmente severa risposta sanzionatoria che si è tentato di delineare nelle pagine che precedono, il legislatore domestico ha accostato ad inizio nuovo millennio (2005/2006) una strategia legislativa volta ad assicurare un pieno recupero del condannato/tossicodipendente.

Alle esigenze di repressione del fenomeno criminale in commento si accosta la tutela della salute del singolo che agli occhi dell'ordinamento non diviene più solo autore del reato ma altresì soggetto malato da sottoporre a recupero psicofisico. Al riguardo gli artt. 89 e 90 prevedono specifiche limitazioni, rispettivamente, per la concessione della custodia cautelare in carcere e per l'esecuzione della pena detentiva.

In modo del tutto speculare viene infatti assicurato che la pena detentiva (e la custodia in carcere) non ostacolino il recupero del tossicodipendente sottoposto a programma terapeutico, e a tal fine, da un lato, l'art. 89 sancisce, in assenza di eccezionali esigenze cautelari, la preferenza degli arresti domiciliari, pur in presenza dei presupposti per la custodia in carcere, laddove sia in corso un programma terapeutico di recupero e, dall'altro, l'art. 90 prevede la possibilità che il Tribunale di sorveglianza sospenda l'esecuzione della pena detentiva sino a cinque anni laddove il condannato si sia sottoposto con esito positivo a un programma socio-riabilitativo.

## 11. *Appendice normativa*

### **Art. 73 TUSTUP *Produzione, traffico e detenzione illeciti di sostanze stupefacenti o psicotrope***

*Chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, coltiva, produce, fabbrica, estrae, raffina, vende, offre o mette in vendita, cede, distribuisce, commercia, trasporta, procura ad altri, invia, passa o spedisce in transito, consegna per qualunque scopo sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alla tabella I prevista dall'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a venti anni e con la multa da euro 26.000 a euro 260.000.*

*1-bis. Con le medesime pene di cui al comma 1 è punito chiunque, senza l'autorizzazione di cui all'articolo 17, importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque illecitamente detiene: a) sostanze stupefacenti o psicotrope che per quantità, in particolare se superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute emanato di concerto con il Ministro della giustizia sentita la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento nazionale per le politiche antidroga, ovvero per modalità di presentazione, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato, ovvero per altre circostanze dell'azione, appaiono destinate ad un uso non esclusivamente personale; b) medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella II, sezione A, che eccedono il quantitativo prescritto. In questa ultima ipotesi, le pene suddette sono diminuite da un terzo alla metà.*

*2. Chiunque, essendo munito dell'autorizzazione di cui all'articolo 17, illecitamente cede, mette o procura che altri metta in commercio le sostanze o le preparazioni indicate nelle tabelle I e II di cui all'articolo 14, è punito con la reclusione da sei a ventidue anni e con la multa da euro 26.000 a euro 300.000.*

*2-bis. COMMA ABROGATO DAL D.LGS. 24 MARZO 2011, N. 50.*

*3. Le stesse pene si applicano a chiunque coltiva, produce o fabbrica sostanze stupefacenti o psicotrope diverse da quelle stabilite nel decreto di autorizzazione.*

4. Se taluno dei fatti preveduti dai commi 1,2 e 3 riguarda sostanze stupefacenti o psicotrope di cui alle tabelle II e IV previste dall'articolo 14, si applicano la reclusione da due a sei anni e la multa da euro 5164 a euro 77468.

5. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque commette uno dei fatti previsti dal presente articolo che, per i mezzi, la modalità o le circostanze dell'azione ovvero per la qualità e quantità delle sostanze, è di lieve entità', è punito con le pene della reclusione da sei mesi a quattro anni e della multa da euro 1.032 a euro 10.329.

5-bis. Nell'ipotesi di cui al comma 5, limitatamente ai reati di cui al presente articolo commessi da persona tossicodipendente o da assuntore di sostanze stupefacenti o psicotrope, il giudice, con la sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, su richiesta dell'imputato e sentito il pubblico ministero, qualora non debba concedersi il beneficio della sospensione condizionale della pena, può applicare, anziché le pene detentive e pecuniarie, quella del lavoro di pubblica utilità di cui all'articolo 54 del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274, secondo le modalità ivi previste. Con la sentenza il giudice incarica l'ufficio locale di esecuzione penale esterna di verificare l'effettivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità. L'ufficio riferisce periodicamente al giudice. In deroga a quanto disposto dal citato articolo 54 del decreto legislativo n. 274 del 2000, il lavoro di pubblica utilità ha una durata corrispondente a quella della sanzione detentiva irrogata. Esso può essere disposto anche nelle strutture private autorizzate ai sensi dell'articolo 116, previo consenso delle stesse. In caso di violazione degli obblighi connessi allo svolgimento del lavoro di pubblica utilità, in deroga a quanto previsto dal citato articolo 54 del decreto legislativo n. 274 del 2000, su richiesta del pubblico ministero o d'ufficio, il giudice che procede, o quello dell'esecuzione, con le formalità di cui all'articolo 666 del codice di procedura penale, tenuto conto dell'entità dei motivi e delle circostanze della violazione, dispone la revoca della pena con conseguente ripristino di quella sostituita. Avverso tale provvedimento di revoca è ammesso ricorso per cassazione, che non ha effetto sospensivo. Il lavoro di pubblica utilità può sostituire la pena per non più di due volte.

5-ter. La disposizione di cui al comma 5-bis si applica anche nell'ipotesi di reato diverso da quelli di cui al comma 5, commesso, per una sola volta, da persona tossicodipendente o da assuntore abituale di sostanze

*stupefacenti o psicotrope e in relazione alla propria condizione di dipendenza o di assuntore abituale, per il quale il giudice infligga una pena non superiore ad un anno di detenzione, salvo che si tratti di reato previsto dall'articolo 407, comma 2, lettera a), del codice di procedura penale o di reato contro la persona.*

*6. Se il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro, la pena è aumentata.*

*7. Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata a conseguenze ulteriori, anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella sottrazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti.*

*7-bis. Nel caso di condanna o di applicazione di pena su richiesta delle parti, a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, è ordinata la confisca delle cose che ne sono il profitto o il prodotto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile, fatta eccezione per il delitto di cui al comma 5, la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto.*

### **Art. 70 TUSTUP Precursori di droghe**

*1. Ai fini del presente articolo si intende per: a) sostanze suscettibili di impiego per la produzione di sostanze stupefacenti o psicotrope, di seguito denominate "sostanze classificate o precursori di droghe": tutte le sostanze individuate e classificate nelle categorie 1, 2 e 3 dell'allegato I al regolamento (CE) n. 273/2004 e dell'allegato al regolamento (CE) n. 111/2005, compresi miscele e prodotti naturali contenenti tali sostanze. Sono esclusi medicinali, preparati farmaceutici, miscele, prodotti naturali e altri preparati contenenti sostanze classificate, composti in modo tale da non poter essere facilmente utilizzati o estratti con mezzi di facile applicazione o economici; b) operatore: una persona fisica o giuridica che operi nell'attività di immissione sul mercato di sostanze classificate, nonché una persona fisica o giuridica che operi, secondo quanto previsto dai regolamenti (CE) n. 111/2005 e 1277/2005, nell'ambito dell'importazione o dell'esportazione di sostanze classificate nei confronti di paesi non comunitari o svolga attività di intermediazione ad esse relative, comprese le persone la cui attività autonoma consiste nel fare dichiarazioni in dogana per i clienti sia a titolo principale sia*

*titolo accessorio rispetto ad un'altra attività; c) immissione sul mercato: l'attività di fornire, a titolo oneroso o gratuito, sostanze classificate nella Comunità ovvero di immagazzinare, di fabbricare, di produrre, di trasformare, di commerciare, di distribuire o di intermediare tali sostanze, ai fini di fornitura nella Comunità.*

*[...]*

*4. Chiunque effettua, in relazione a sostanze classificate nella categoria 1 dell'allegato I al regolamento (CE) n. 273/2004 e dell'allegato al regolamento (CE) n. 111/2005, taluna delle operazioni di immissione sul mercato, importazione o esportazione indicate nel comma 1, ovvero comunque detiene tali sostanze, senza aver conseguito la licenza di cui al comma 3, è punito con la reclusione da quattro a sedici anni e con la multa da 15.000 euro a 150.000 euro. Se il fatto è commesso da soggetto titolare di licenza o autorizzazione relativa a sostanze diverse da quelle oggetto dell'operazione o della detenzione, ovvero da soggetto registratosi ai sensi del comma 5, la pena è della reclusione da sei a venti anni e della multa da 26.000 euro a 260.000 euro. In tali casi alla condanna consegue la revoca della licenza, nonché il divieto del suo ulteriore rilascio per la durata di sei anni. Con la sentenza di condanna, il giudice dispone inoltre la sospensione dell'attività svolta dall'operatore, con riferimento alle sostanze di cui alle categorie 2 e 3 dell'allegato I al regolamento (CE) n. 273/2004 e dell'allegato al regolamento (CE) n. 111/2005, per un periodo non inferiore a quarantacinque giorni e non superiore ad un anno e sei mesi.*

*[...]*

*6. Chiunque, in violazione dell'obbligo di registrazione di cui al comma 5, effettua taluna delle operazioni di immissione sul mercato, importazione o esportazione indicate nell'allegato II, è punito con la reclusione da tre a otto anni e con la multa da 6.000 euro a 60.000 euro, qualora si tratti di operazioni relative a sostanze classificate nella categoria 2, e con la reclusione fino a quattro anni e la multa fino a 2.000 euro, qualora si tratti di esportazione di sostanze classificate nella categoria 3. Se il fatto è commesso da soggetto titolare della licenza di cui al comma 3, ovvero da soggetto titolare di autorizzazione o registratosi per sostanze diverse da quelle oggetto dell'operazione, la pena è della reclusione da quattro a dieci anni e della multa da 9.000 euro a 90.000 euro qualora si tratti di operazioni relative a sostanze classificate nella categoria 2, e della reclusione fino a cinque anni e della*

*multa fino a 3.000 euro qualora si tratti di esportazione di sostanze classificate nella categoria 3. In tali casi, qualora si tratti di operazioni relative a sostanze classificate nella categoria 2, alla condanna consegue la revoca della licenza, nonché il divieto del suo ulteriore rilascio per la durata di cinque anni. Con la sentenza di condanna, il giudice dispone inoltre la sospensione dell'attività svolta dall'operatore, con riferimento alle sostanze di cui alle categorie 2 e 3 dell'allegato I al regolamento (CE) n. 273/2004 e dell'allegato al regolamento (CE) n. 111/2005, per un periodo non inferiore a quarantacinque giorni e non superiore ad un anno e sei mesi. Qualora si tratti di esportazione di sostanze classificate nella categoria 3, alla condanna consegue la revoca della licenza, nonché il divieto del suo ulteriore rilascio per la durata di quattro anni. Con la sentenza di condanna, il giudice dispone inoltre la sospensione dell'attività svolta dall'operatore, con riferimento alle sostanze di cui alle categorie 2 e 3 dell'allegato I al regolamento (CE) n. 273/2004 e dell'allegato al regolamento (CE) n. 111/2005, per un periodo non inferiore ad un mese e non superiore ad un anno.*

*[...]*

*10. Chiunque effettua operazioni di esportazione o importazione di sostanze classificate nella categoria 1 senza aver conseguito l'autorizzazione di cui al comma 9, è punito ai sensi del comma 4. Chiunque esporta sostanze classificate nelle categorie 2 e 3 senza aver conseguito l'autorizzazione di cui al comma 9, è punito ai sensi del comma 6.*

*[...]*

*15. Gli operatori che svolgono attività commerciali tra l'Italia e paesi dell'Unione europea, nonché attività di importazione, esportazione e transito tra l'Italia e Paesi extracomunitari, hanno l'obbligo di comunicare al Dipartimento della Pubblica sicurezza - Direzione centrale per i servizi antidroga del Ministero dell'interno, al più tardi al momento della loro effettuazione, le singole operazioni commerciali relative alle sostanze classificate nelle categorie 1 e 2 dell'allegato I al regolamento (CE) n. 273/2004 e dell'allegato al regolamento (CE) n. 111/2005, nonché le esportazioni delle sostanze appartenenti alla categoria 3 dell'allegato I qualora soggette al rilascio dell'autorizzazione di cui al comma 9. Gli operatori sono tenuti inoltre a inviare una volta l'anno entro il 15 febbraio al Ministero della salute una rendicontazione sintetica delle movimentazioni di sostanze classificate effettuate nel co*

*dell'anno precedente, secondo le modalità indicate nell'allegato III, in conformità e nei limiti di quanto disposto dai regolamenti (CE) n. 273/2004, n. 111/2005 e n. 1277/2005.*

*16. Il trasgressore degli obblighi di cui al comma 15 è punito, salvo che il fatto costituisca più grave reato, con l'arresto fino a un anno o con l'ammenda da 300 euro a 3.000 euro. Il giudice, con la sentenza di condanna, può disporre la revoca della licenza con divieto di ulteriore rilascio per un periodo di quattro anni, e la sospensione dell'attività svolta dall'operatore con riferimento alle sostanze classificate nelle categorie 2 e 3 per un periodo non inferiore a un mese e non superiore a un anno.*

*[...]*

*19. Salvo che il fatto costituisca più grave reato, è punito con l'arresto fino ad un anno o con l'ammenda da 300 euro a 3.000 euro chiunque, impedisce od ostacola lo svolgimento delle attività di vigilanza, controllo ed ispezione previste dal comma precedente. Il giudice, con la sentenza di condanna, può disporre la revoca della licenza con divieto di ulteriore rilascio per un periodo di quattro anni, e la sospensione dell'attività svolta dall'operatore con riferimento alle sostanze classificate nelle categorie 2 e 3 per un periodo non inferiore a un mese e non superiore a un anno.*

***iii Art. 74 TUSTUP Associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti o psicotrope***

*1. Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti tra quelli previsti dall'articolo 70, commi 4, 6 e 10, escluse le operazioni relative alle sostanze di cui alla categoria III dell'allegato I al regolamento (CE) n. 273/2004 e dell'allegato al regolamento (CE) n. 111/2005, ovvero dall'articolo 73, chi promuove, costituisce, dirige, organizza o finanzia l'associazione è punito per ciò solo con la reclusione non inferiore a venti anni.*

*2. Chi partecipa all'associazione è punito con la reclusione non inferiore a dieci anni.*

*3. La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più o se tra i partecipanti vi sono persone dedite all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope.*

*4. Se l'associazione è armata la pena, nei casi indicati dai commi 1 e 3, non può essere inferiore a ventiquattro anni di reclusione e, nel caso*

*previsto dal comma 2, a dodici anni di reclusione. L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la disponibilità di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.*

*5. La pena è aumentata se ricorre la circostanza di cui alla lettera e) del comma 1 dell'articolo 80.*

*6. Se l'associazione è costituita per commettere i fatti descritti dal comma 5 dell'articolo 73, si applicano il primo e il secondo comma dell'articolo 416 del codice penale.*

*7. Le pene previste dai commi da 1 a 6 sono diminuite dalla metà a due terzi per chi si sia efficacemente adoperato per assicurare le prove del reato o per sottrarre all'associazione risorse decisive per la commissione dei delitti.*

*7-bis. Nei confronti del condannato è ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e dei beni che ne sono il profitto o il prodotto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile, la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto.*

*8. Quando in leggi e decreti è richiamato il reato previsto dall'articolo 75 della legge 22 dicembre 1975, n. 685, abrogato dall'articolo 38, comma 1, della legge 26 giugno 1990, n. 162, il richiamo si intende riferito al presente articolo.*

#### **<sup>iv</sup>Art. 80 TUSTUP Aggravanti specifiche**

*1. Le pene previste per i delitti di cui all'articolo 73 sono aumentate da un terzo alla metà:*

*a) nei casi in cui le sostanze stupefacenti e psicotrope sono consegnate o comunque destinate a persona di età minore; b) nei casi previsti dai numeri 2), 3) e 4) del primo comma dell'art. 112 del codice penale;*

*c) per chi ha indotto a commettere il reato, o a cooperare nella commissione del reato, persona dedita all'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope;*

*d) se il fatto è stato commesso da persona armata o travisata;*

*e) se le sostanze stupefacenti o psicotrope sono adulterate o commiste ad altre in modo che ne risulti accentuata la potenzialità lesiva;*

*f) se l'offerta o la cessione è finalizzata ad ottenere prestazioni sessuali da parte di persona tossicodipendente;*

*g) se l'offerta o la cessione è effettuata all'interno o in prossimità di scuole di ogni ordine o grado, comunità giovanili, caserme, carceri, ospedali, strutture per la cura e la riabilitazione dei tossicodipendenti.*

*2. Se il fatto riguarda quantità ingenti di sostanze stupefacenti o psicotrope, le pene sono aumentate dalla metà a due terzi; la pena è di trenta anni di reclusione quando i fatti previsti dai commi 1, 2 e 3 dell'art. 73 riguardano quantità ingenti di sostanze stupefacenti o psicotrope e ricorre l'aggravante di cui alla lettera e) del comma 1.*

*3. Lo stesso aumento di pena si applica se il colpevole per commettere il delitto o per conseguirne per se' o per altri il profitto, il prezzo o l'impunità ha fatto uso di armi.*

*4. Si applica la disposizione del secondo comma dell'art. 112 del codice penale.*

***Art. 75 TUSTUP Condotte integranti illeciti amministrativi***

*Chiunque, per farne uso personale, illecitamente importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque detiene sostanze stupefacenti o psicotrope è sottoposto, per un periodo da due mesi a un anno, se si tratta di sostanze stupefacenti o psicotrope comprese nelle tabelle I e III previste dall'articolo 14, e per un periodo da uno a tre mesi, se si tratta di sostanze stupefacenti o psicotrope comprese nelle tabelle II e IV previste dallo stesso articolo, a una o più delle seguenti sanzioni amministrative:*

*a) sospensione della patente di guida, del certificato di abilitazione professionale per la guida di motoveicoli e del certificato di idoneità alla guida di ciclomotori o divieto di conseguirli per un periodo fino a tre anni;*

*b) sospensione della licenza di porto d'armi o divieto di conseguirla;*

*c) sospensione del passaporto e di ogni altro documento equipollente o divieto di conseguirli;*

*d) sospensione del permesso di soggiorno per motivi di turismo o divieto di conseguirlo se cittadino extracomunitario. 1-bis. Ai fini dell'accertamento della destinazione ad uso esclusivamente personale della sostanza stupefacente o psicotropa o del medicinale di cui al comma 1, si tiene conto delle seguenti circostanze:*

*a) che la quantità di sostanza stupefacente o psicotropa non sia superiore ai limiti massimi indicati con decreto del Ministro della salute, di concerto con il Ministro della giustizia, sentita la Presidenza del*

*Consiglio dei ministri - Dipartimento per le politiche antidroga, nonché della modalità di presentazione delle sostanze stupefacenti o psicotrope, avuto riguardo al peso lordo complessivo o al confezionamento frazionato ovvero ad altre circostanze dell'azione, da cui risulti che le sostanze sono destinate ad un uso esclusivamente personale;*

*b) che i medicinali contenenti sostanze stupefacenti o psicotrope elencate nella tabella dei medicinali, sezioni A, B, C e D, non eccedano il quantitativo prescritto*

*[...]*

**<sup>vi</sup>Art. 85 TUSTUP Pene accessorie**

*1. Con la sentenza di condanna per uno dei fatti di cui agli articoli 73, 74, 79 e 82, il giudice può disporre il divieto di espatrio e il ritiro della patente di guida per un periodo non superiore a tre anni.*

*2. Le stesse disposizioni si applicano nel caso di riconoscimento, effettuato a norma dell'art. 12 del codice penale, di sentenza penale straniera di condanna per uno dei delitti sopra indicati.*

*3. Il provvedimento che applica le sanzioni amministrative, nonché quello che definisce o sospende il procedimento ai sensi del presente testo unico, dispone comunque la confisca delle sostanze.*

**<sup>vii</sup>Art. 85 bis TUSTUP Ipotesi particolare di confisca**

*Nei casi di condanna o di applicazione della pena su richiesta a norma dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per taluno dei delitti previsti dall'articolo 73, esclusa la fattispecie di cui al comma 5, si applica l'articolo 240-bis del codice penale.*

## *Capitolo IV*

### *Il contrabbando di sigarette*

SOMMARIO: 1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale. – 2. Bene giuridico tutelato. – 3. Soggetto attivo. – 4. Soggetto passivo. – 5. Le fattispecie astratte. – 6. Profili sanzionatori. – 7. Il regime processuale. – 8. Sequestro della merce. – 9. Appendice normativa.

#### *1. Evoluzione normativa interna e disciplina internazionale*

L'ordinamento italiano riconosce alla merce tabacco una peculiare rilevanza all'interno della disciplina dedicata ai reati doganali. Il contrabbando di sigarette, o di tabacchi lavorati esteri (TLE) secondo la dizione domestica, trova infatti una specifica regolamentazione rispetto alle ipotesi generali di contrabbando, in una normativa che ne irrigidisce notevolmente il trattamento sanzionatorio. La differenza di trattamento è oggi resa ancor più netta e marcata da una novella del 2016, a seguito della quale le condotte di contrabbando di TLE possono oggi classificarsi alla stregua delle poche ipotesi di commercio illecito sanzionate penalmente.

Tale normativa si pone all'interno di un contesto sovranazionale silente in merito allo specifico settore del contrabbando di sigarette. A livello europeo, infatti, non sussiste

una disciplina penalistica specifica in materia di commercio illecito di tabacco, pur essendo intervenuti di recente i legislatori europei con la Direttiva 2014/40/UE. Tale disciplina ha però lo scopo esclusivo di ravvicinare le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri in materia di lavorazione, produzione e vendita dei prodotti del tabacco.

In sede europea si è deciso quindi di non occuparsi della materia penalistica, e di limitarsi piuttosto a porre l'accento sull'introduzione di un sistema continentale unico di tracciabilità che possa fungere da valido strumento di contrasto per l'illecito mercato dei tabacchi lavorati. Tale procedura potrebbe infatti assicurare, per il tramite di un sistema di controlli incrociati e di doveri reciproci, la tracciabilità dell'effettivo itinerario di trasporto del prodotto, dal fabbricante fino alla prima rivendita ed includendo altresì tutti i depositi utilizzati. Un siffatto sistema, che potrebbe costituire un considerevole ostacolo per il traffico illecito di tabacco, è inoltre sancito in altri testi internazionali rilevanti, come il Protocollo del WHO per l'eliminazione del traffico illecito di tabacco del novembre 2012, ma da solo non può costituire valido ed efficace strumento di contrasto avverso un mercato altamente dinamico e dalle proporzioni più che ragguardevoli.

La consapevolezza di un approccio penale al problema di cui si discute non è del tutto ignorata dagli atti sovranazionali maggiormente rilevanti. Si fa riferimento alla Convenzione e al Protocollo in materia di tabacco approvati dal WHO, che considerano in seno alla loro strategia di contrasto l'intervento penalistico. È infatti l'articolo 15 della Convenzione Quadro sul controllo del tabacco che, nel riconoscere l'importanza del contrasto a tali condotte illecite (il contrabbando, la contraffazione e la fabbricazione abusiva, etc.), invita gli Stati parte ad adottare misure legislative dissuasive ed efficaci non

solo di natura amministrativa; previsione ulteriormente specificata dal successivo Protocollo del 2012 che dedica la sua intera Parte IV (Articoli 14-19) alle misure di contrasto normativo, sostanziali e processuali, indirizzate altresì alle persone giuridiche, esortando le Parti contraenti ad intervenire con lo strumento maggiormente invasivo al fine di assicurare piena efficacia al predisposto quadro legislativo.

La necessità dello strumento penalistico nel settore di studio affiora altresì, seppur forse indirettamente, dalla sempre maggiore attenzione che l'Unione pone in merito alla tutela dei suoi interessi finanziari, esemplificata dalla recente Direttiva PIF (Direttiva 2017/1371 UE) che ha lo scopo specifico di *rafforzare la protezione contro reati che ledono gli interessi finanziari dell'Unione*.

Su tale cornice normativa multilivello si pone il contesto italiano che, come già accennato, assicura, in modo del tutto peculiare all'interno del contesto comparato, al contrabbando di tabacco una tutela di particolare rigidità sanzionatoria, tale da accostare la normativa in commento a quella predisposta per il traffico di stupefacenti.

La disciplina rilevante in tema di contrabbando di sigarette è contenuta nel D.P.R. n. 43 del 1973 (c.d. Testo Unico Doganale) che al Titolo VII, Capo I, regola i delitti di contrabbando. La collocazione all'interno del Testo Unico è figlia della legge n. 92 del 2001, che ha incluso la disciplina del contrabbando di TLE, dalla legge n. 50 del 1994, all'attuale *sedes materiae* (artt. 291 *bis* e s.), inserendola, nel rispetto di esigenze di carattere sistematico, nelle disposizioni in materia doganale. La novella del 2001 non si è però limitata a un trasferimento formale della normativa, intervenendo sostanzialmente nella stessa al fine di inasprire la risposta sanzionatoria dell'ordinamento italiano. Per garantire un più efficace contrasto al fenomeno delittuoso in

commento, il legislatore domestico di inizio nuovo millennio è infatti intervenuto altresì, come si mostrerà meglio nel prosieguo, sul regime delle circostanze aggravanti, in materia di associazione a delinquere

<sup>1</sup> e con modifiche rilevanti al codice di procedura penale e alla legge sull'ordinamento penitenziario.

Si è così delineato un sistema repressivo simile, sia da un punto di vista sostanziale sia processuale, a quanto predisposto per reati di criminalizzata organizzata normalmente destanti maggior allarme sociale (quali traffico di stupefacenti e associazione mafiosa), sistema che non trova riscontro negli altri ordinamenti analizzati.

Le peculiarità del contrabbando di sigarette, e la sua maggiore carica lesiva, emergevano già dalla normativa del 2001 che si denotava per un particolare livello di severità sanzionatoria rispetto alle ipotesi di contrabbando *tout court*, ma sono state ulteriormente enfatizzate con il D. Lgs n. 8 del 2016, che ha comportato un più marcato divario di disciplina.

A seguito della legge di depenalizzazione in commento, infatti, la gran parte degli illeciti contenuti all'interno del Testo Unico sono stati depenalizzati per effetto dell'art. 1 co. 1 del medesimo decreto. Come conseguenza di tale novella, oggi solo il contrabbando di TLE costituisce reato, mentre le altre ipotesi base di contrabbando rappresentano meri illeciti amministrativi. Queste ultime continuano a costituire reato solo nelle ipotesi delineate dalle circostanze aggravanti di cui all'art. 295 TU. Dog., le quali oggi, per effetto dell'art. 1 co. 2 del D. Lgs. n.

<sup>1</sup> Pur non costituendo un'assoluta novità all'interno dell'ordinamento italiano, data la previgenza di un reato di associazione contrabbandiera (Cfr. D.MONTINI, *contrabbando*, in NDI, III, 1938, p. 1127 ss), è alla novella del 2001 che si deve far risalire l'introduzione di una fattispecie volta a reprimere l'associazione a delinquere finalizzata al contrabbando di TLE.

8/2016, sono da considerarsi fattispecie autonome di reato. Una parziale depenalizzazione dei delitti di contrabbando era in realtà già stata realizzata dall'art. 25 della legge n. 507 del 1999 che prevedeva, in luogo della sanzione penale, l'applicazione di una sanzione amministrativa pecuniaria per le violazioni doganali il cui ammontare dei diritti di confine dovuti non superasse i 7 milioni di lire<sup>2</sup>, ma la decriminalizzazione in commento aveva un ambito limitato per valore, differentemente da quanto realizzato dalla novella del 2016, e soprattutto non coinvolgeva le ipotesi di contrabbando di TLE<sup>3</sup>.

Per converso, la più recente legge di modifica, applicandosi a tutti gli illeciti penali extra-codicistici sanzionati con la sola pena pecuniaria, ha avuto un effetto maggiormente dirimpante, depenalizzando tutte le fattispecie base di contrabbando ed intervenendo altresì sull'ipotesi di cui all'art. 291 *bis* T.U.Dog., per il tramite della creazione di un vero e proprio doppio binario sanzionatorio amministrativo/penale.

## 2. *Bene giuridico tutelato*

L'accorpamento nel medesimo *corpus* legislativo di tutte le ipotesi di contrabbando rimarca la simile oggettività giuridica delle fattispecie astratte in questione, tutte volte alla tutela *del diritto dello Stato alla puntuale e completa riscossione dei diritti di confine*<sup>4</sup>, interesse al quale si affianca, nel caso del commercio illecito di tabacco, la necessità di contrastare un

<sup>2</sup> Sul punto L.D. CERQUA, *Attuata la depenalizzazione dei reati minori e la riforma del sistema sanzionatorio (II)*, in *dir. Pen. Proc.*, 2000, p. 431 e s.

<sup>3</sup> *Ivi*, p. 435.

<sup>4</sup> FLORA, voce *contrabbando*, in *digesto discipline penalistiche*, 1989, p. 675.

fenomeno criminale particolarmente invasivo ed allarmante. La peculiarità del contrabbando di sigarette risiede altresì nella tutela della salute del consumatore, che non solo è messa in pericolo da un più facile (ed economico) accesso alla merce tabacco, contrariamente all'ottica di prevenzione delineata dagli strumenti internazionali poc'anzi richiamati, ma altresì dalla maggiore dannosità posseduta dalle sigarette di contrabbando<sup>5</sup>

### 3. *Soggetto attivo*

I delitti di cui agli artt. 291 *bis* e *quater* TU. Dog. sono veri e propri reati comuni, realizzabili quindi da chiunque a prescindere dalla relativa qualifica posseduta.

### 4. *Soggetto passivo*

Vista la dimensione collettiva del bene giuridico protetto, soggetto passivo dei delitti in commento sarà lo Stato o l'Unione Europea, dato che le entrate doganali costituiscono entrate dirette del bilancio dell'Unione.

### 5. *Le fattispecie astratte*

L'art. 291 *bis* TUD sanziona penalmente chiunque: **introduce, vende, trasporta, acquista o detiene** nel territorio dello Stato tabacco lavorato estero. Originariamente l'articolo

<sup>5</sup> Ciò è vero soprattutto per il fenomeno delle sigarette contraffatte all'origine e che quindi vengono prodotte non seguendo gli standard internazionali.

sanzionava due ipotesi che si differivano tra loro solo ed esclusivamente per il quantitativo di tabacco contrabbandato: il comma 2 sanzionava con la sola multa le condotte precedentemente delineate aventi ad oggetto un quantitativo di TLE inferiore ai 10 kg. Tale fattispecie, per effetto della D. Lgs. n. 8 del 2016, è stata depenalizzata; permane come illecito penale la fattispecie di cui al primo comma del 291 *bis*, per la quale le condotte di introduzione, vendita, trasporto, acquisto o detenzione di TLE costituiscono reato qualora interessino un quantitativo superiore ai 10 kg.

La norma fa riferimento al concetto normativo di grammo convenzionale di prodotto, per la cui determinazione si deve rimandare alla D.Lgs. n. 504 del 1995. Il Capo III-bis di tale normativa è infatti dedicato interamente ai Tabacchi lavorati esteri.

Al di là della soglia di punibilità individuata, più o meno consapevolmente, dal legislatore italiano, la norma in commento mira a sanzionare tutte le condotte che accedono al fenomeno contrabbandiero, colpendo con la medesima pena il ciclo criminale nella sua interezza: dall'origine (superamento dei confini nazionali) sino alla conclusione (cessione al consumatore finale). Qualora le medesime condotte vengano realizzate nello stesso contesto fattuale, trattandosi di norma a più fattispecie, saremo in presenza di un unico delitto; diversamente sussisterà un vero e proprio concorso materiale di reati.

Proprio come nella corrispondente disciplina in materia di stupefacenti, la nozione di detenzione è da intendersi in modo assolutamente a-tecnico indicando una relazione di fatto con la

*res*. Essa funge quindi da elemento di chiusura, *suscettibile di ricomprendere quanto esula dalle altre condotte*<sup>6</sup>

Sotto il profilo dell'elemento soggettivo, la fattispecie non richiede la sussistenza di un dolo specifico essendo sufficiente il mero dolo generico. Vigente la precedente formulazione della norma, l'atteggiamento della giurisprudenza di legittimità e di merito sul punto era particolarmente rigido, concretizzandosi in una sorta di presunzione di dolo (*dolus in re ipsa*), dovuta alla circostanza permanente di *manifesta e riconoscibile illegittimità*<sup>7</sup> dei tabacchi esteri contenuti in involucri sprovvisti del prescritto contrassegno.

La novella del 2001 non ha in concreto influito particolarmente sulla struttura della fattispecie di cui all'art. 291 *bis* TU. Dog., la cui conformazione è rimasta sostanzialmente immutata. Le maggiori novità sono invece sopraggiunte in sede di circostanze aggravanti (art. 291 *ter* TU. Dog.i) e associazione a delinquere (art. 291 *quater* TU Dog.ii).

Per quanto riguarda le prime, il legislatore del 2001 è intervenuto al fine di assicurare un inasprimento sanzionatorio avverso quelle condotte di contrabbando denotate da un particolare disvalore, presumibilmente perché espressive di una maggiore organizzazione del contesto criminale e quindi di una maggiore pericolosità. Rispetto alla precedente disciplina, risultano del tutto nuove le circostanze di cui alle lett. *d*) ed *e*) del comma secondo dell'articolo in commento, mentre sono pressoché inalterate le altre figure circostanziate. Ad esclusione del primo comma, le ipotesi individuate dall'art. 291 *ter* costituiscono vere e proprie circostanze indipendenti, che

<sup>6</sup> A.CERULO, *Commento art. 1 legge n. 92 del 2001*, in *legislazione penale*, 2001, p. 635.

<sup>7</sup> Cass. 27.11.1997, n. 2108.

comportano la sottoposizione ad una differente (e più grave) cornice edittale.

Oltre alla circostanza dell'utilizzo delle armi – o anche la mera detenzione delle stesse nell'esecuzione del reato - finalizzato all'assicurarsi il prezzo, il profitto, il prodotto o l'impunità, di particolare rilievo risulta essere l'ipotesi di nuovo conio di cui alla lettera e).

Quest'ultima, infatti, prevede l'applicazione della pena più grave nel caso in cui l'autore, nella commissione del reato, abbia utilizzato società di persone o capitali (o disponibilità finanziarie) costituite presso Stati che non hanno ratificato la Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio del 1990, i c.d. paradisi fiscali. Si decide quindi di sanzionare più gravemente una peculiare manifestazione del fenomeno criminale in commento che si caratterizza per la sua transnazionalità. La circostanza richiama inevitabilmente la fenomenologia delle associazioni criminali, capaci di ramificarsi all'estero, e che agiscono su scala internazionale, e sembra adattarsi meglio alla forma associativa del delitto in commento piuttosto che alla sua realizzazione monosoggettiva. Infatti, il successivo art. 291 *quater* estende l'applicabilità della circostanza di cui ci si occupa anche all'associazione a delinquere dedita al contrabbando di TLE.

Conscio della portata e della fenomenologia del contrabbando di sigarette, oggetto sovente del controllo da parte di ramificate organizzazioni anche internazionali, capaci di muovere grosse quantità di merci e di reinvestire gli ingenti profitti in ulteriori e maggiormente pericolose attività criminali, il legislatore ha quindi optato per la predisposizione di un modello associativo qualificato sulla falsariga di quanto già fatto per l'associazione mafiosa o il sodalizio dedito al traffico di stupefacenti. Al fine quindi di assicurare una più efficace

prevenzione del delitto di contrabbando di sigarette, ed un incisivo contrasto avverso tale specifico traffico illecito, il legislatore italiano ha deciso di individuare una specifica disposizione rispetto alla generica previsione di cui all'art. 416 c.p.

Ciò nonostante, le differenze di disciplina, almeno da un punto di vista sostanziale, non sono particolarmente rilevanti. Esse si limitano alla punizione espressa del ruolo del finanziatore, così come avviene nell'associazione di cui al TU. STUP. ma non nelle disposizioni codicistiche, e a un leggero aggravio di pena.

La specifica previsione ex art. 291 *quater* TU. Dog. acquista un notevole rilievo per converso in sede di disciplina processualistica. Tale forma di associazione a delinquere viene infatti del tutto accostata alle ipotesi di sodalizi normalmente distanti maggior allarme sociale, e sottoposta quindi ad una più rigida disciplina processual-penalistica.

## 6. *Profili sanzionatori*

Come già precisato il contrabbando di sigarette nell'ordinamento italiano è qualificato alla stregua di un doppio binario sanzionatorio, in accordo del quale se la condotta illecita ha ad oggetto un quantitativo al di sotto di una determinata soglia di punibilità (10 kg di tabacco convenzionale) la stessa sarà configurata alla stregua di un mero illecito amministrativo; al di sopra di tale soglia, per converso, saremo in presenza di un delitto sanzionato con la pena della reclusione compresa tra i 2 e i 5 anni, unitamente alla multa pari a 5 euro per ogni grammo convenzionale di prodotto.

Tale scelta di politica criminale è il frutto della depenalizzazione generalizzata di cui al D. Lgs. n. 8 del 2016,

che però non ha comportato la totale irrilevanza penale delle condotte aventi ad oggetto un quantitativo di prodotto al di sotto della soglia di punibilità individuata. In virtù dell'art. 1 co. 2 del Decreto legislativo in questione, infatti, le fattispecie aggravate di reato che comportano l'applicazione della reclusione alla sola pena pecuniaria sono oggi da considerarsi come fattispecie base di reato, e quindi le ipotesi di contrabbando di sigarette al di sotto della soglia di punibilità costituiscono ancora delitto se realizzate integrando una delle circostanze aggravanti di cui all'art. 291 *ter* co. 2, le quali comportano l'applicabilità della diversa cornice edittale della reclusione compresa tra i 3 e i 7 anni congiunta alla multa di euro 25 per ogni grammo convenzionale di tabacco.

Il regime sanzionatorio è inoltre reso più gravoso dalla disposizione di cui all'art. 291 *quater*, in accordo della quale, se il delitto di contrabbando è posto in essere all'interno di un contesto stabile di uomini e di mezzi dediti alla realizzazione di tale fattispecie delittuosa, alle pene precedentemente indicate si aggiungerà la reclusione compresa tra i 3 e gli 8 anni, nel caso di soggetto apicale dell'organizzazione, e tra 1 e 6 anni per il semplice partecipe.

In ultimo preme soffermarsi sulla circostanza attenuante ad effetto speciale delineata dall'ultimo comma dell'art. 291 *quater* TU. Dog. Lo stesso comporta una notevole diminuzione della pena (da 1/3 a 1/2), applicabile a tutti e tre gli articoli specifici sul contrabbando di TLE nei confronti del soggetto che *si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti.*

L'ipotesi, che si struttura secondo una duplice veste sostanziale/processuale, costituisce un considerevole punto di contatto tra la disciplina in commento e gli istituti predisposti avverso il traffico illecito degli stupefacenti.

### 7. *Il regime processuale*

L'art. 5 della legge n. 92/2001 ha modificato numerosi articoli del codice di procedura penale italiano, comportando l'assoggettamento del reato di cui all'art. 291 *quater* TU. Dog. al c.d. regime del doppio binario processuale. La novella in commento ha inciso sull'individuazione del giudice competente, sulla conduzione e gestione delle indagini e sulle misure cautelari irrogabili.

Ne scaturisce un quadro particolarmente severo, accostabile a quanto previsto per il delitto di associazione finalizzata al traffico di stupefacenti. Per quanto riguarda la competenza dell'organo giudicante è stata aggiunta la lettera i) *bis* all'art. 33 *bis* c.p.p., con la conseguenza che tutte le ipotesi di reato di cui all'art. 291 *quater* sono oggi sottoposte alla cognizione del tribunale collegiale.

In aggiunta è stato altresì modificato l'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p., con conseguente attribuzioni delle funzioni di PM alle Procure distrettuali antimafia. Ciò ha comportato l'applicazione di norme più gravose per l'indagato in tema di termine per lo svolgimento delle indagini, disposizione di intercettazioni ed effettuazione di perquisizioni<sup>8</sup>. A tale ampliamento dei poteri di indagine del pubblico ministero non ha però fatto seguito un'estensione degli strumenti investigativi degli organi di

<sup>8</sup> Sul punto si rimanda a B.VESTRI, *Commento all'art. 5 l. 19.3.2001 n. 92*, in *Legislazione penale 2001*, p. 667 e s.

polizia, ai quali non è quindi oggi concessa la possibilità di operazioni sotto-copertura, come ad esempio avviene in materia di stupefacenti (art. 97 T.U. STUP.) e più generalmente così come disciplinato dall'art. 9 della legge n. 146 del 2006.

Le modifiche non hanno però influito esclusivamente sulla normativa processual-penalistica, ma hanno coinvolto altresì le disposizioni penitenziarie. È stato infatti modificato l'art. 4 *bis* della legge sull'ordinamento penitenziario con conseguente preclusione per il condannato all'accesso alle misure premiali. La modifica in commento, a differenza delle precedenti, non si applica però solo alla fattispecie associativa, estendendosi anche alle ipotesi aggravate di contrabbando di TLE.

Nello specifico, i condannati per il reato di cui all'art. 291 *quater* TU. Dog. potranno accedere alle misure premiali solo se avranno dato prova dell'esclusione di qualsiasi attuale collegamento con la criminalità organizzata, mentre i condannati per il contrabbando di sigarette aggravato potranno accedere ai predetti benefici se non vi sono elementi da far ritenere la sussistenza di collegamenti con la criminalità organizzata.

## 8. *Sequestro della merce*

Disciplina particolare è inoltre dettata anche per quanto riguarda la custodia della merce sequestrata. La materia è stata oggetto di profonda revisione a seguito della riforma del 2001. Prima infatti di tale data i tabacchi sottoposti a vincolo giudiziario potevano essere oggetto di specifica procedura di alienazione per il tramite di gara internazionale indetta dal Ministro delle finanze. A seguito invece della legge n. 92/2001, il legislatore italiano ha riprodotto in materia di TLE un meccanismo di custodia che ricalca quanto previsto dal T.U.

STUP. agli art. 87 e 88, sottolineando ancora una volta l'accostamento normativo tra i due pur diversi traffici illeciti.

Secondo quanto disposto dall'art. 3 della legge n. 92/2001<sup>iii</sup>, una volta che il decreto di sequestro non è più assoggettabile a riesame, l'autorità giudiziaria ordina la distruzione del prodotto, dopo averne disposto il prelievo di uno o più campioni. Questi ultimi, con soluzione analoga a quanto previsto dall'art. 88 del T.U. STUP., possono essere consegnati, presumibilmente al fine di assicurare un maggior contrasto al mercato illecito, ai produttori nazionali ed esteri. In merito a tale procedura di custodia, e per assicurare un contenimento dei costi necessari al mantenimento dei reperti, nel 2006 è intervenuta una legge di riforma che ha aggiunto all'art. 3 il comma 1 *bis*, in accordo del quale si procede comunque con la distruzione del prodotto decorso un anno dal momento del sequestro.

## 9. *Appendice normativa*

### ***Art. 291 ter TUDOG Circostanze aggravanti del delitto di contrabbando di tabacchi lavorati esteri***

- 1. Se i fatti previsti dall'articolo 291-bis sono commessi adoperando mezzi di trasporto appartenenti a persone estranee al reato, la pena è aumentata.*
- 2. Nelle ipotesi previste dall'articolo 291-bis, si applica la multa di lire cinquantamila per ogni grammo convenzionale di prodotto e la reclusione da tre a sette anni, quando:*
  - a) nel commettere il reato o nei comportamenti diretti ad assicurare il prezzo, il prodotto, il profitto o l'impunità del reato, il colpevole faccia uso delle armi o si accerti averle possedute nell'esecuzione del reato;*

*b) nel commettere il reato o immediatamente dopo l'autore è sorpreso insieme a due o più persone in condizioni tali da frapporre ostacolo agli organi di polizia;*

*c) il fatto è connesso con altro reato contro la fede pubblica o contro la pubblica amministrazione;*

*d) nel commettere il reato l'autore ha utilizzato mezzi di trasporto, che, rispetto alle caratteristiche omologate, presentano alterazioni o modifiche idonee ad ostacolare l'intervento degli organi di polizia ovvero a provocare pericolo per la pubblica incolumità;*

*e) nel commettere il reato l'autore ha utilizzato società di persone o di capitali ovvero si è avvalso di disponibilità finanziarie in qualsiasi modo costituite in Stati che non hanno ratificato la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, fatta a Strasburgo l'8 novembre 1990, ratificata e resa esecutiva ai sensi della legge 9 agosto 1993, n. 328, e che comunque non hanno stipulato e ratificato convenzioni di assistenza giudiziaria con l'Italia aventi ad oggetto il delitto di contrabbando.*

*3. La circostanza attenuante prevista dall'articolo 62-bis del codice penale, se concorre con le circostanze aggravanti di cui alle lettere a) e d) del comma 2 del presente articolo, non può essere ritenuta equivalente o prevalente rispetto a esse e la diminuzione di pena si opera sulla quantità di pena risultante dall'aumento conseguente alle predette aggravanti*

***ii Art. 291 quater TUDOG Associazione per delinquere finalizzata al contrabbando di tabacchi lavorati esteri***

*1. Quando tre o più persone si associano allo scopo di commettere più delitti tra quelli previsti dall'articolo 291-bis, coloro che promuovono, costituiscono, dirigono, organizzano o finanziano l'associazione sono puniti, per ciò solo, con la reclusione da tre a otto anni.*

*2. Chi partecipa all'associazione è punito con la reclusione da un anno a sei anni.*

*3. La pena è aumentata se il numero degli associati è di dieci o più.*

*4. Se l'associazione è armata ovvero se ricorrono le circostanze previste dalle lettere d) od e) del comma 2 dell'articolo 291-ter, si applica la pena della reclusione da cinque a quindici anni nei casi previsti dal comma 1 del presente articolo, e da quattro a dieci anni nei casi previsti dal comma 2.*

*L'associazione si considera armata quando i partecipanti hanno la*

*disponibilità, per il conseguimento delle finalità dell'associazione, di armi o materie esplodenti, anche se occultate o tenute in luogo di deposito.*

*5. Le pene previste dagli articoli 291-bis, 291-ter e dal presente articolo sono diminuite da un terzo alla metà nei confronti dell'imputato che, dissociandosi dagli altri, si adopera per evitare che l'attività delittuosa sia portata ad ulteriori conseguenze anche aiutando concretamente l'autorità di polizia o l'autorità giudiziaria nella raccolta di elementi decisivi per la ricostruzione dei fatti e per l'individuazione o la cattura degli autori del reato o per la individuazione di risorse rilevanti per la commissione dei delitti.*

**<sup>iii</sup>Art. 3 l. 92/2001 Custodia di tabacchi lavorati esteri**

*Salvo il compimento delle operazioni previste dall'articolo 6, comma 2, del decreto-legge 30 dicembre 1991, n. 417, convertito, con modificazioni, dalla legge 6 febbraio 1992, n. 66, come sostituito dall'articolo 7 della presente legge, quando il decreto di sequestro o di convalida del sequestro di tabacchi lavorati emesso dall'autorità giudiziaria non è più assoggettabile a riesame, l'autorità giudiziaria ordina la distruzione del tabacco lavorato sequestrato e dispone il prelievo di uno o più campioni, determinandone l'entità, con l'osservanza delle formalità di cui all'articolo 364 del codice di procedura penale. La competente autorità giudiziaria può autorizzare la consegna di un campione ai produttori nazionali ed esteri.*

*1-bis. Al fine del contenimento dei costi necessari al mantenimento dei reperti, l'amministrazione competente alla custodia dei tabacchi lavorati, decorso un anno dal momento del sequestro, procede alla distruzione dei prodotti, previa campionatura da effettuare secondo modalità definite con decreto del Ministero dell'economia e delle finanze, di concerto con il Ministero della giustizia, da emanare entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente norma.*

*2. Sono abrogate le disposizioni di cui all'articolo 47-bis del decreto-legge 23 febbraio 1995, n. 41, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 marzo 1995, n. 85.*

## BIBLIOGRAFIA

### *Bibliografia*

Di seguito, senza pretesa alcuna di esaustività, indicazioni bibliografiche in merito alla disciplina italiana sui diversi traffici oggetto di studio.

#### Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina

AIMI, A., *Il “Decreto sicurezza” 2018: i profili penalistici*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2019, p. 135 s.;

BERNARDI S., *I (possibili) profili penalistici dell'attività di ricerca e soccorso in mare*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Cont.*, 1/2018; p. 134 s.;

CALANDUCCI E., *Art. 12 d.lgs. 25 luglio 1998, n. 286*, in COMMANDATORE – DI GAETANO (a cura di), *Codice dell'immigrazione, dell'asilo e della cittadinanza*, Roma, 2014, p. 174 s.;

CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, 2006;

CAVASINO E., *Diritti, sicurezza, solidarietà e responsabilità nella protezione delle persone migranti*, in

## BIBLIOGRAFIA

MILITELLO – SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Torino, 2018, p. 185;

CRUPI R., *Diritto penale d'autore, diritto penale del nemico e diritto penale del fatto: quale modello per la posizione dello straniero?*, in VERDE – GENNA (a cura di), *Immigrazione e garanzie dei diritto fondamentali*, Torino, 2012, p. 287 s.;

DI CHIARA G., *Traffico di migranti via mare, poteri di polizia nell'azione di contrasto e tutela della dignità della persona*, in *Dir. Proc. Pen.*, 2016, 5 s.;

DONINI M., *Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d'autore nel controllo penale dell'immigrazione*, in *Questione giustizia*, 2009, p. 119 s.;

ESCOBAR VEAS J., *Il fine del profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*; in *Riv. Trim. dir. Pen. Cont.*, 1/2018; p. 111 s.;

LA ROSA M., *I “Crimini contro l'ospitalità”*: vecchi e nuovi paradigmi del diritto penale, in *Criminalia*, 2008, p. 407 s.;

## BIBLIOGRAFIA

MASERA L., *La nuova disciplina penale in materia di contrasto allo sfruttamento del lavoro degli stranieri irregolari: l'inizio di una diversa politica criminale in materia di immigrazione?*, in *Dir. Imm. Citt.*, 2012, p. 15 s.;

MASERA L., *“Terra bruciata” attorno al clandestino: tra misure simboliche e negazione reale dei diritti*, in MAZZA – VIGANÒ (a cura di), *Il “pacchetto sicurezza” 2009*, Torino, 2009, p. 48 s.;

MILITELLO V., *La mobilità delle persone nel Mediterraneo: migranti irregolari e risposte di contrasto in Italia*, in MILITELLO – SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Torino, 2018;

MILITELLO – SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*. Torino, 2015;

ORLANDO S., *Problemi di giurisdizione nel contrasto al traffico di migranti via mare*, in *Riv. Trim. dir. Pen. Cont.*, 1/2018; p. 145 s.;

PECCIOLI A., *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Dir. Pen. Proc., Speciale Immigrazione*, 2009, p. 19 s.;

## BIBLIOGRAFIA

PELLISSERO M., *Immigrazione e diritto penale*, in *Critica del diritto*, 2011, p. 21 s.;

RENZETTI C., *Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in *Cass. Pen.*, 2012, p. 228 s.;

ROSI E., *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti: strumenti internazionali*, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 1986 s.;

ROSI E. – ROCCHI F. (a cura di), *Immigrazione irregolare e diritto penale. Un approccio interdisciplinare*, Napoli, 2013;

SICURELLA R., *Il controllo penale dell'immigrazione irregolare: esigenze di tutela, tentazioni simboliche e imperativi garantistici*, Milano, 2012;

SIRACUSA L., *L'espulsione del migrante e la "materia penale" tra punizione e prevenzione*, in MILITELLO – SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Torino, 2018, p. 109 s.

Tratta di esseri umani

## BIBLIOGRAFIA

DE RUBEIS A., *Qualche breve considerazione critica sul nuovo reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4/2017, p. 221 s.;

FERRARA C., *Il traffico e la tratta di esseri umani*, in MILITELLO – SPENA (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*. Torino, 2015, p. 141 s.;

FORLATI S. (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani. Fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Napoli, 2013;

GARGANI A., *Commento all'art. 4, l. 11.8.2003, n 228*, in *Leg. Pen.*, p. 672 s.;

MADEO A., *Il d. legisl. 4 marzo 2014, n. 24, di recepimento della direttiva 2011/36/UE, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Studium iuris*, 2014, p. 1105 s.;

MANCINI D., *Il cammino europeo nel contrasto alla tratta di persone*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2010, p. 7 s.;

MANCINI D., *L'identificazione, l'assistenza e l'audizione della vittima di tratta, violenza o grave sfruttamento*, Intervento al CSM, Roma, 26 gennaio 2009;

## BIBLIOGRAFIA

MILITELLO V., *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2018, p. 86 s.;

OMODEI R.E., *L'”impazienza del legislatore” dinanzi alle moderne sfide securitarie: il caso della tratta di persone*, in MILITELLO – SPENA (a cura di), *Mobilità, sicurezza e nuove frontiere tecnologiche*, Torino, 2018, p. 141 s.;

PECCIOLI A., *“Giro di vite” contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone*, in *Dir. Proc. Pen.*, 2004, p. 36 s.;

PICOTTI L., *Nuove forme di schiavitù e nuove incriminazioni penali fra normativa interna ed internazionale*, in *Ind. Pen.*, 2007, p. 25 s.;

PROVENZANO M., *La “nuova” nozione di schiavitù e il possibile concorso con il reato di maltrattamenti in famiglia*, in *Cass. Pen.*, 2007, p. 4574 s.;

## BIBLIOGRAFIA

RESTA F., *Neoschiavismo e dignità della persona*, in *Giur. Merito*, 2008, p. 1673 s.;

ROMANO B., *Riflessioni penalistiche sulle misure contro la tratta di persone*, in *Ind. Pen.*, 2006, p. 652 s.;

SALERNO F., *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano*, in *Studi in onore di G. Arangio-Ruiz*, Napoli, 2004, p. 2131 s.;

SCEVI P., *Nuove schiavitù e diritto penale*, Milano, 2014;

SPIEZIA F., *La tratta di esseri umani: gli strumenti investigativi di cooperazione internazionale*, Intervento al CSM, Roma, 14 Ottobre 2008;

SPIEZIA – FREZZA – PACE, *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani*, Milano, 2002;

VALLINI A., *Commento all'art. 1, l. 11.8.2003, n 228*, in *Leg. Pen.*, p. 623 s.;

VALSECCHI A., *L'incriminazione delle moderne forme di schiavitù*, in F. VIGANÒ (a cura di) *Reati contro la persona*, Torino, 2011, p. 210.

Traffico di stupefacenti

APRILE E., *Per la Consulta è illegittima la norma del d.p.r. n. 309 del 1990 che prevede speciali prescrizioni per le misure di prevenzione per i tossicodipendenti*, in *Cass. Pen.*, 2016, p. 2764 s.;

BRANCACCIO M., *Il reato di coltivazione di piante da stupefacenti*, in *Cass. Pen.*, 2017, p. 138 s.;

BRANCACCIO M., *Le Sezioni unite e il sistema tabellare in materia di stupefacenti. L'offerta di sostanza drogante*, in *Cass. Pen.*, 2016, p. 137 s.;

CAPUTO A. & FIDELBO G. (a cura di), *Reati in materia di immigrazione e di stupefacenti*, in *Trattato teorico pratico di diritto penale*, Torino, 2012;

CHIBELLI A., *La "ingente quantità" di stupefacenti: la "storia senza fine" di un'aggravante al bivio tra legalità "in the books" e legalità "in action"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2017, fasc. 2, p. 20 s.;

DE LILLO J., *La coltivazione di "cannabis" per uso personale alla luce dell' "id quod plerumque accidit"*.

## BIBLIOGRAFIA

*Ancora riflessioni a margine di Corte cost., 9 marzo 2016, n. 109, in Ind. Pen., 2017, p. 253 s.;*

GRANDE M., *La partecipazione ad associazione finalizzata al traffico di stupefacenti*, in *Cass. Pen.*, 2016, p. 3007 s.;

INSOLERA G., *La disciplina penale degli stupefacenti*, Milano, 2012;

LEPERA M., *Lo stato di tossicodipendenza: uno "stile di vita" rilevante ai fini dell'applicazione della disciplina del reato continuato*, in *Cass. Pen.*, 2017, p. 215 s.;

LO FORTE S., *L'effetto domino della dichiarazione di incostituzionalità della legge Fini-Giovanardi: illegalità della pena e rilevanza d'ufficio anche in caso di ricorso inammissibile*; in *Foro it.*, 2015, p. 717 s.;

MACRÌ S., *Detenzione di sostanze stupefacenti di natura diversa e fatto di lieve entità*, in *Cass. Pen.*, 2017, p. 4176;

MANICCIA A., *La non punibilità dell'agente provocatore nel contrasto al traffico di droga: soluzioni ancora a confronto, tra irrilevanza causale della condotta e difetto dell'elemento soggettivo*, in *Cass., Pen.*, 2017, p. 780 s.;

## BIBLIOGRAFIA

MILITELLO V., *Traffico di droga e strategie di intervento*, Palermo, 2014;

MILITELLO V., *Profili penali e problemi politico-criminali dell'intervento multilivello sugli stupefacenti. Un confronto fra Italia, Spagna e Unione Europea*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 2014, p. 85 s.;

MONGILLO V., *Sullo stato del principio di offensività nel quadro del costituzionalismo penale. Il banco di prova della coltivazione di "cannabis"*, in *Giur. Cost.*, 2016, p. 941 s.;

MORGANTE G. (a cura di), *Stupefacenti e diritto penale: un rapporto di non lieve entità*, Torino, 2015;

PALAZZO F., *Consumo e traffico di stupefacenti*, Padova, 1994;

PIETRIS C., *L'etero-integrazione della fattispecie penale tra riserva di legge e tassatività: le tabelle ministeriali nelle discipline degli stupefacenti e del "doping"*, in *Ind. Pen.*, 2017, p. 533;

RIONDATO S. (a cura di), *Commentario pratico sistematico al testo unico sugli stupefacenti*, Padova, 2006;

## BIBLIOGRAFIA

TORIELLO M., *Produzione e traffico di sostanze stupefacenti*, Milano, 2015;

TORIELLO M., *Le novità in materia di coltivazione (in forma personale e associata) di cannabis*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2016, p. 1561 s.;

VICOLI D., *L'illegittimità costituzionale della norma penale sanzionatoria travolge il giudicato: le nuove frontiere della fase esecutiva nei percorsi argomentativi della Sezioni Unite*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, p. 1006 s.;

ZACCHIA A., *Irrilevanza del grado di sviluppo della pianta da stupefacenti ai fini della punibilità della coltivazione non autorizzata*, in *Cass. Pen.*, 2015, p. 743 s.

### Contrabbando di sigarette

ARDITO F. – BIXIO I., *Illecita importazione di droga e contrabbando doganale*, in *Rass. Trib.*, 2003, p. 1449;

## BIBLIOGRAFIA

BEGHIN MAURO, *Il problema dell'interpretazione delle norme di esenzione in una fattispecie di contrabbando doganale in presenza di agevolazioni fiscali "per contingente"*, in *Riv. Dir. Trib.*, 2008, p. 559 s.;

BOLIS S., *Depenalizzazione del contrabbando e attenuate tutela degli interessi finanziari dell'Unione Europea*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it);

CERQUA L. D., *Attuata la depenalizzazione dei reati minori e la riforma del sistema sanzionatorio (d.lg. 30 dicembre 1999, n. 507). Reati di contrabbando*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2000, p. 431 s.;

CERQUA L. D., *Esclusa dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione la depenalizzazione del contrabbando doganale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 1996, p. 183 s.;

D'AMATO A., *La camorra. Dal contrabbando di sigarette al traffico internazionale di stupefacenti, fino alle infiltrazioni nei poteri pubblici*, in *Gnosis*, 2015, p. 93;

DELL'ANNO P., *In tema di confisca dei mezzi di trasporto strumentali al contrabbando nel caso di patteggiamento*, in *Cass. Pen.*, 2001, p. 970;

## BIBLIOGRAFIA

DI GIOVINE O., *D.lg. 30 dicembre 1999, n. 507 - Depenalizzazione dei reati minori e riforma del sistema sanzionatorio, ai sensi dell'art. 1 della l. 25 giugno 1999, n. 205*, in *Leg. Pen.*, 2001, p. 794 s.;

DI LORENZO M., *Il contrabbando e gli altri reati doganali*, Padova, 1956;

DI PAOLA S., *In tema di condotta di contrabbando di tabacchi lavorati esteri*, in *Foro it.*, 2012, p. 575;

DONELLI F., *L'abuso del diritto in una recente vicenda di diritto penale doganale*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Eco.*, 2015, p. 278;

DOVERE S., *Quale pena per il contrabbando di tabacco lavorato estero in quantità superiore a quindici chili*, in *Dir. Pen. Proc.*, 1999, p. 598 s.;

FONTANA E., *Il contrabbando di tabacchi esteri oltre i quindici chilogrammi è reato autonomo*, in *Giur. It.*, 1999, p. 134 s.;

MAZZA L., *Repressione del contrabbando ed uso delle armi alla frontiera tra dolo eventuale e colpa cosciente. I lati oscuri del diritto penale e le sentenze corsare*, in *Riv. Pol.*, 2015, p. 568 s.;

## BIBLIOGRAFIA

MAZZA L., *Profili del tentativo di contrabbando doganale*, Napoli, 1979;

MAZZACUVA F., *In tema di configurabilità del reato di contrabbando doganale anche per i mezzi di trasporto in temporanea importazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Econ.*, 2014, p. 1011 s.;

SAVONA, *Dai mercati illeciti all'economia legale: il portafoglio della criminalità organizzata in Europa. Rapporto finale del progetto OCP – Organised crime Portfolio*, 2105, p. 93 s.