1175 FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA DI UNA PROSTITUTA EXTRACOMUNITARIA

SEZ. III - UD. 7 LUGLIO 2011 (DEP. 14 NOVEMBRE 2011), N. 41404 - PRES. FERRUA - REL. PETTI - P.M. FODARONI (CONCL. DIFF.) - (251299)

STRANIERI - Favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di una prostituta extracomunitaria - Favoreggiamento della prostituzione della medesima - Concorso di reati - Esclusione.

(C.P. ARTT. 15, 81; L. 20 FEBBRAIO 1958, N. 75, ART. 3; D.LG. 25 LUGLIO 1998, N. 286, ART. 12)

Il reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina di una prostituta e quello di favoreggiamento della prostituzione della medesima (art. 3 l. 20 febbraio 1958, n. 75) non concorrono materialmente, in quanto, in virtù della clausola di riserva contenuta nell'art. 12, comma 5, del d.lg. 25 luglio 1998, n. 286, il primo deve ritenersi assorbito dal secondo. (In motivazione la Corte ha precisato che, diversamente, il concorso è configurabile tra il delitto di favoreggiamento della prostituzione e quello di sfruttamento della prostituzione in danno della medesima persona).

(Omissis). **IN DIRITTO** - I ricorsi sono in parte fondati e vanno accolti per quanto di ragione.

L'eccezione d'incompetenza territoriale va ancora una volta respinta. Ai fini della determinazione della competenza territoriale in procedimenti connessi, di cui uno riguardi il delitto di associazione per delinquere, della quale non sia possibile determinare il luogo di consumazione, la competenza va determinata tenendo conto della consumazione dei reati scopo anche se questi ultimi siano più di uno e commessi in luoghi diversi, dovendosi far riferimento al più grave di essi ed in caso di pari gravità o a quello commesso per primo (cfr. per tutte Sez. I, n. 29160 del 2008; n. 2269 del 2007, rv. 236300; n. 45388 del 2005, rv. 233359).

Nella fattispecie il reato fine più grave tra quelli contestati risulta commesso in XX.

Il ricorrente assume che in realtà il reato più grave commesso per primo sarebbe stato consumato in Genova come emergeva dalla misura cautelare. Il rilievo è stato legittimamente disatteso dai giudici del merito perché il fatto commesso in Genova non faceva parte di quelli oggetto del presente processo. Invero, in tema di competenza per connessione, al fine di stabilire quale sia il reato più grave deve farsi riferimento all'imputazione oggetto del giudizio e non a reati diversi da quelli oggetto del capo d'imputazione (cfr. Cass. n. 29187 del 2007; n. 16086 del 1990).

Ugualmente infondato è la seconda censura perché (secondo l'orientamento di questa Corte (cfr. per tutte Cass. n. 19334 del 2009), la diversità fra la data del fatto indicata nella imputazione e quella ritenuta nella sentenza di condanna non integra la nullità ai sensi dell'art. 522 c.p.p., qualora non abbia concretamente comportato una reale compromissione dei diritti difensivi. Nel caso in esame la data indicata nel capo d'imputazione relativamente al delitto associativo è quella della costituzione del vincolo mentre il successivo periodo preso in considerazione dai giudici del merito è quello relativo alla protrazione del vincolo per tutto l'arco temporale in cui erano stati commessi i delitti scopo. Appare quindi palese che non vi è stata alcuna violazione del principio di correlazione proprio perché l'associazione per delinquere ha natura permanente e la consumazione si protrae per tutta la durata del vincolo. D'altra parte dall'intero capo d'imputazione emergeva che il vincolo si era protratto ben oltre la data di costituzione della *societas sceleris*.

Infondato è anche il terzo motivo in quanto, come accertato dai giudici del merito, nel momen-

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

to in cui alcune cittadini cinesi vittime dello sfruttamento resero le loro dichiarazioni non era prevedibile la loro successiva irreperibilità proprio perché avevano chiesto ed ottenuto il permesso di soggiorno per ragioni di giustizia. L'irreperibilità è divenuta palese in un secondo momento allorché non si sono più presentate per ritirare il permesso di soggiorno. Divenuta palese l'irreperibilità era ormai sfumata la possibilità di chiedere l'incidente probatorio.

Siffatta valutazione dei giudici del merito non essendo manifestamente illogica si sottrae al sindacato di legittimità. D'altra parte, dall'irreperibilità del teste non si può desumere, in mancanza di altri elementi, la volontà di sottrarsi all'esame dell'imputato o del suo difensore in proposito da parte di questa Corte si è recentemente statuito (Cass. n. 21877 del 2010) che la sopravvenuta irreperibilità del soggetto che abbia reso dichiarazioni predibattimentali non ha il significato presuntivo della volontaria scelta di sottrarsi all'esame dibattimentale da parte dell'imputato o del suo difensore, sicché non esclude di per sé la situazione di sopravvenuta impossibilità di ripetizione che giustifica la lettura delle precedenti dichiarazioni. Il quarto e l'ottavo motivo sono inammissibili perché sotto l'apparente deduzione di un vizio di legittimità in realtà si risolvono in censure in fatto sull'apprezzamento delle prove da parte dei giudici del merito, i quali non hanno assolutamente confuso il concorso nei reati fine con l'associazione criminosa ed hanno individuato gli elementi in base ai quali emergeva la compartecipazione di J.B., non solo nel reato associativo, ma anche in quello di sfruttamento della prostituzione. Premesso che in caso di conferma la motivazione della sentenza d'appello si integra con quella di primo grado per formare un'unità inscindibile, si osserva che i giudici del merito hanno indicato le ragioni in base alle quali hanno ravvisato la costituzione di un valido vincolo associativo individuando i ruoli svolti da ciascun partecipante e segnatamente quello svolto dagli attuali ricorrenti. A tal fine si è sottolineato che trattasi di associazione che operava su tutto il territorio nazionale nella quale un ruolo di spicco era svolto proprio dagli attuali ricorrenti. La Y. reclutava le prostitute, sceglieva le case d'appuntamento e le prendeva in locazione, curava gli avvisi pubblicitari e riscuoteva i compensi. In tale attività era direttamente coadiuvata da J.B.

Come sottolineato dai giudici del merito sintomatiche sono la stessa trasferta in XX effettuata dagli attuali ricorrenti e le conversazioni sull'opportunità di aprire nuove case e sulle modalità di gestione delle prostitute e di riscossione dei proventi. D'altra parte, un sintomatico indizio della costituzione del vincolo associativo si desume proprio dalla reiterazione dei delitti scopo per un apprezzabile lasso temporale poiché non si possono commettere in concorso vari reati tra loro collegati su tutto il territorio nazionale se non si dispone di una stabile organizzazione criminosa Anche le attenuanti generiche sono state negate con una motivazione che non presenta profili d'incoerenza.

Infondata è pure la censura relativa alla presunta violazione di cui agli artt. 143, 144 e 571 c.p.p., di cui al punto nove per l'omessa traduzione della sentenza di condanna, non solo perché non risulta che l'imputato J.B. ignorasse la lingua italiana, ma anche perché secondo il consolidato orientamento di questa Corte la sentenza non rientra tra gli atti rispetto ai quali grava sull'autorità giudiziaria l'obbligo di traduzione nei confronti dello straniero che non comprenda la lingua italiana (Cass. n 44101 del 2008; conf. n. 48743 del 2004, rv. 230142; n. 48743 del 2004, rv. 230142; n. 5572 del 2008, rv. 239495, n. 28595 del 2008, rv. 240813).

D'altra parte, secondo l'orientamento di questa Corte (Cass. n. 6084 del 2009, n. 34830 del 2008, rv. 241106; n. 44101 del 2008, rv. 242227), l'omessa traduzione della sentenza emessa nei confronti dell'imputato alloglotta non è causa di nullità della stessa e determina soltanto il differimento del decorso dei termini per l'impugnazione al momento in cui l'imputato abbia cognizione del contenuto della sentenza stessa.

Nel caso in esame il prevenuto ha sempre ritualmente esercitato il diritto d'impugnazione per mezzo del proprio difensore e non ha mai manifestata la volontà di volere proporre personalmente l'impugnazione.

Fondati sono invece il quinto ed il sesto motivo.

Con riferimento al quinto motivo si rileva che l'accusa, per ogni prostituta clandestina sfrut-

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

tata, ha contestato oltre che il delitto di sfruttamento della prostituzione, anche quelli di favoreggiamento della prostituzione e di favoreggiamento della permanenza illegale in Italia della prostituta, questi ultimi due in concorso tra di loro e con il delitto di sfruttamento della prostituzione. Nel caso in esame però la condotta che ha integrato i due reati (favoreggiamento della prostituzione di cui alla l. n. 75 del 1958, art. 3, n. 8, e favoreggiamento della permanenza illegale in Italia della prostituta di cui al d.lg. n. 286 del 1998, art. 12, comma 5) sono stati posti in essere con la medesima condotta ossia mettendo a disposizione della prostituta un locale dove la stessa poteva dimorare e contemporaneamente prostituirsi. Orbene, allorché con una sola azione si violano diverse disposizioni di legge, si può verificare o un concorso formale eterogeneo di reati disciplinato dall'art. 81, comma 1, o un concorso apparente di norme che di solito viene risolto con il criterio della specialità di cui all'art. 15 c.p. Distinguere nella prassi il concorso formale eterogeneo dal concorso apparente di norme non sempre è agevole e non sempre il problema può essere risolto in base al mero criterio della specialità. Pertanto, anche da parte della giurisprudenza, si è fatto talvolta ricorso ai criteri della sussidiarietà ed a quello della consunzione detto anche dell'assorbimento.

Il principio della sussidiarietà opera quando il legislatore ha espressamente dichiarato che una determinata norma debba trovare applicazione solo nell'ipotesi in cui il fatto in essa previsto non sia contemplato e sanzionato in maniera più grave da altra norma. Il principio di sussidiarietà deve essere espressamente previsto perché solo la previsione espressa da parte del legislatore può consentire la deroga all'applicazione del principio del concorso formale eterogeneo. Con tale clausola di riserva il legislatore, da un lato, vuole che un determinato fatto concreto non resti impunito e quindi interviene per prevenire una lacuna, dall'altroché sia scongiurato il concorso di reati. Alcuni dottori ammettono la possibilità di un principio di sussidiarietà tacito desumibile in via interpretativa dallo scopo perseguito dalle due norme. In questi casi però il principio di sussidiarietà tacita finisce con l'identificarsi con quello della specialità o della consunzione. Quest'ultimo principio opera quando l'applicazione della sola norma che prevede la pena più grave esaurisce l'intero disvalore oggettivo e soggettivo del fatto. Appare quindi palese che tale principio si fonda su un apprezzamento di valore e, per tale ragione, non ha il medesimo grado di certezza del principio di specialità o di quello della sussidiarietà espressa e da sovente luogo a contrasti. In linea di massima si può affermare che quanto maggiore è la diversità dei beni giuridici in gioco, tanto minore è la possibilità di configurare l'assorbimento in luogo del concorso dei reati. Il principio della consunzione opera solitamente o nell'ipotesi del c.d. fatto tipico contestuale o fatto di accompagnamento (violenza privata che resta assorbita nella violenza sessuale allorché non si protrae oltre il tempo necessario alla consumazione del reato più grave) o nell'ipotesi della c.d. progressione criminosa in senso stretto (lesioni personali che sfociano poi nell'omicidio). Nella giurisprudenza di questa Corte si è fatto ricorso ad entrambi i criteri della sussidiarietà e della consunzione anche se talvolta la consunzione è stata considerata come sinonimo della sussidiarietà.

Richiamati, sia pure in materia telegrafica, i principi utilizzati per distinguere il concorso formale eterogeneo dal concorso apparente di norme, nel caso in esame, essendo unica la condotta, dal punto di vista storico e naturalistico, per l'espressa presenza della clausola di riserva, opera il principio della sussidiarietà e pertanto, per quanto concerne il concorso tra il delitto di favoreggiamento della prostituzione e quello di cui al d.lg. n. 286 del 1998, art. 12, comma 5, è configurabile solo il favoreggiamento della prostituzione, che è il reato più grave. Invero il d.lg. n. 286 del 1998, art. 12, comma 5, e successive modificazioni esordisce affermando che la norma trova applicazione solo se il fatto non costituisca più grave reato. Ora poiché lo stesso fatto di favoreggiamento della permanenza illegale commesso mettendo a disposizione della prostituta un alloggio dove dimorare e prostituirsi è stato anche considerato come favoreggiamento della prostituzione, è applicabile solo quest'ultimo reato che è più grave, pur essendo diversi i beni offesi. Nonostante la diversità dei beni offesi il concorso è escluso per la presenza di un'esplicita clausola di riserva.

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

Il principio di sussidiarietà con la conseguente esclusione del concorso di reati è stato già applicato da questa Corte. Ad esempio per la presenza della clausola di riserva contenuta nell'art. 323 c.p., si è escluso il concorso tra il delitto di falso e l'abuso d'ufficio allorché quest'ultimo reato sia stato commesso mediante un atto falso, a nulla rilevando l'offesa a beni giuridici diversi (per tutte e da ultimo Sez. I, n. 42577 del 2009). Più recentemente, proprio in materia di immigrazione clandestina ed in presenza di una clausola di riserva espressa, il reato di agevolazione dell'ingresso clandestino in Italia di cui al d.lg. n. 286 del 1998, art. 12, commi 3 e 3-*bis*, è stato ritenuto assorbito in quello di cui all'art. 601 c.p. (Cass. n. 20740 del 2010). Il riferimento alla sentenza n. 1823 del 2007 di questa stessa sezione, indicato dalla corte territoriale a sostegno del concorso di reati non è pertinente, in quanto nella fattispecie dianzi citata il reato di cui d.lg. n. 286 del 1998, art. 12, comma 5, concorreva con il delitto di sfruttamento della prostituzione che richiede una condotta diversa da quella del favoreggiamento della permanenza dell'immigrazione clandestina e, quindi, legittimamente è stato ritenuto il concorso, mancando il presupposto per l'applicazione del principio di sussidiarietà, ossia l'identità dell'azione tra sfruttamento della prostituzione e favoreggiamento dell'immigrazione. D'altra parte nella fattispecie dianzi citata il problema del concorso e della sussidiarietà non era stato posto e peraltro la Corte si è limitata a sottolineare che il fine di trarne profitto richiesto dal d.lg. n. 286 del 1998, art. 12, comma 5, non riguarda soltanto l'impiego dello straniero in attività lavorativa, ma qualsiasi utilizzazione dello stesso in attività illecita e quindi l'ingiusto profitto può consistere anche nello sfruttamento della prostituzione.

Nel caso in esame il concorso non è stato escluso con il reato di sfruttamento della prostituzione, che è stato posto in essere con un comportamento diverso (ricezione di denaro da parte della prostituta), da quello del favoreggiamento dell'immigrazione, ma solo con il reato di favoreggiamento della prostituzione per l'identità delle due condotte.

Diverso sembrerebbe invece l'orientamento espresso con la sentenza n. 6250 del 2004, nella quale l'operatività della clausola di riserva è stata esclusa perché l'inciso «salvo che il fatto costituisca più grave reato con cui si apre il testo del d.lg. n. 286 del 1998, art. 12, comma 1, presuppone, perché operi il meccanismo dell'assorbimento, che il reato più grave sia posto a tutela del medesimo interesse». L'assunto non va condiviso, sia perché si confonde il principio di sussidiarietà con quello dell'assorbimento o della progressione criminosa, sia perché l'operatività della clausola di riserva non presuppone, ad avviso di questo collegio e della prevalente giurisprudenza di questa Corte, assolutamente l'identità dell'interesse offeso.

Nelle altre decisioni in cui si è esclusa l'operatività della clausola di riserva (ad esempio Cass. n. 81 del 23 novembre del 2004-4 gennaio del 2005) le condotte erano diverse. Invece per l'operatività della clausola di riserva, come più volte sottolineato, ma è opportuno ribadire ancora una volta il concetto, è necessaria la coincidenza del fatto, assunto in una dimensione storica e naturalistica. Pertanto i delitti di favoreggiamento della permanenza nel territorio dello Stato di prostitute clandestine di cui ai capi 3, 5, 7, 9, 11 e 13 ed i corrispondenti delitti di favoreggiamento della prostituzione delle medesime persone, non concorrono tra loro essendo, per la clausola di riserva, configurabile solo il delitto di favoreggiamento della prostituzione delle medesime persone. Resta fermo, ovviamente il concorso tra il delitto di favoreggiamento della prostituzione e quello di sfruttamento della prostituzione in danno delle medesime persone.

Fondato è anche il sesto motivo perché i fatti di sfruttamento distintamente contestati ai capi 8 e 10 configurano un solo reato perché commessi senza soluzione di continuità nel medesimo arco temporale ed in danno della medesima prostituta, a nulla rilevando che la prostituta abbia esercitato il meretricio in luoghi diversi. I giudici del merito, pur dando atto che non v'era stata apprezzabile soluzione di continuità, hanno ritenuto sussistenti due distinti reati solo perché la vittima si era prostituita in due città diverse.

La tesi non va condivisa. Secondo l'orientamento di questa Corte il reato di sfruttamento della prostituzione previsto dalla l. n. 75 del 1958, art. 3, n. 8, può assumere la forma del reato istantaneo o quella del reato eventualmente abituale, diversamente dalla fattispecie di cui all'abrogato

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

art. 534 c.p., che configurava necessariamente un reato abituale. Quando assume la forma dell'abitualità viene realizzato con una pluralità di atti di sfruttamento che danno tuttavia luogo ad un unico reato, a nulla rilevando la diversità dei luoghi dove il soggetto sfruttato esercita la turpe attività invero il luogo in cui la prostituta esercita meretricio non è rilevante neppure ai fini della consumazione del reato che si considera commesso nel luogo in cui il soggetto attivo concretamente si avvantaggi dell'attività compiuta dalla vittima (così Cass. n. 14868 del 2007) ed *a fortiori* non è rilevante ai fin dell'unitarietà del reato. Quando il soggetto o i soggetti sfruttati sono gli stessi, per stabilire se si è in presenza di un unico reato, eventualmente aggravato dal numero delle persone, o di più reati abituali, si deve avere riguardo non al luogo dove il soggetto si prostituisce ma alla continuità dell'azione nel senso che, se l'attività si svolge senza apprezzabile soluzione di continuità, si è in presenza di un unico reato, se, viceversa, l'attività viene interrotta per un apprezzabile lasso temporale, per poi riprendere nuovamente in danno della medesima persona a seguito della cessazione della causa che aveva determinato l'interruzione della condotta e del dolo unitario, può essere configurabile il concorso.

Nella fattispecie secondo la contestazione e secondo gli accertamenti dei giudici del merito la condotta criminosa non ha subito alcuna apprezzabile interruzione. Pertanto il reato è unico. Alla stregua delle considerazioni svolte la sentenza impugnata va annullata senza rinvio, limitatamente ai reati di favoreggiamento della permanenza illegale in Italia di cittadine cinesi di cui ai capi 3, 5, 7, 9, 11 e 13 che devono ritenersi assorbiti nei corrispondenti delitti di favoreggiamento della prostituzione in danno delle medesime persone nonché relativamente ai fatti distintamente contestati ai capi 8) e 10) che configurano invece un solo reato, e con rinvio, per la sola determinazione della pena conseguente all'eliminazione di alcuni reati. Nel resto il ricorso va respinto.

P.Q.M. - La Corte letto gli artt. 616 ss. c.p.p., annulla senza rinvio la sentenza impugnata relativamente al concorso tra i delitti di favoreggiamento della permanenza nel territorio dello Stato di prostitute clandestine di cui ai capi 3, 5, 7, 9, 11 e 13 ed i corrispondenti delitti di favoreggiamento e sfruttamento della prostituzione delle medesime persone, essendo configurabili solo questi ultimi reati nonché con riferimento al concorso tra i delitti di cui ai capi 8 e 10 che configurano un unico reato. Rigetta nel resto e rinvia alla Corte d'appello di Reggio Calabria per la rideterminazione della pena.

OSSERVAZIONI

Nella sentenza che ci riguarda la suprema Corte si occupa del complesso fenomeno giuridico che va sotto il nome di «concorso o conflitto apparente di norme penali», molto interessante soprattutto ai fini pratici, viste le implicazioni in punto di pena derivanti dalla considerazione circa l'unità o la pluralità dei reati.

Come è noto, dinanzi alla proiezione di più norme verso uno stesso fatto occorre anzitutto stabilire la realtà o l'apparenza del concorso, ovvero se tutte le norme debbono essere applicate (concorso formale eterogeneo di reati) oppure se il fatto deve essere ricondotto ad una sola di esse (concorso apparente di norme). Una volta stabilita l'apparenza, il passaggio successivo sarà la scelta del criterio da adottare per cercare la norma prevalente da applicare.

In altre parole, si parla di concorso apparente di norme quando una situazione concreta sembra riconducibile a più norme, una sola delle quali è però applicabile (SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 1961, p. 2 ss.; per una considerazione precisa sui presupposti del concorso apparente di norme v. MANTOVANI, *Diritto*

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

penale. Parte generale, 3ª ed., Cedam, 1992, p. 468 ss.; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 3ª ed., Giuffrè, 2009, p. 429; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, 5ª ed., Zanichelli, 2007, p. 667).

Nella pronuncia in esame, la terza sezione annulla senza rinvio la sentenza impugnata accogliendo solo due dei numerosi motivi di ricorso dedotti dagli imputati Y.Q. e J.B.: il motivo che a noi interessa, e su cui si sofferma la decisione, riguarda l'inquadramento del caso specifico nel fenomeno giuridico oggetto d'esame, in luogo del concorso di reati.

La corte territoriale riteneva responsabili i due imputati, oltre che per il delitto di sfruttamento della prostituzione, anche per quello di favoreggiamento della stessa (art. 3, comma 2, n. 8 della legge n. 75 del 1958) e favoreggiamento della permanenza illegale in Italia (art. 12, comma 5, del d.lg. n. 286 del 1998), configurando un concorso formale eterogeneo di reati, *ex* art. 81, comma 1, c.p.

I supremi Giudici rigettano con fermezza la tesi della corte d'appello, mostrando come «non pertinenti» i precedenti giurisprudenziali indicati dalla corte territoriale a sostegno della sua tesi.

Entrando nel vivo del discorso, secondo i giudici della Corte, «poiché lo stesso fatto di favoreggiamento della permanenza illegale commesso mettendo a disposizione della prostituta un alloggio dove dimorare e prostituirsi è stato considerato come favoreggiamento della prostituzione, è applicabile solo quest'ultimo reato che è più grave, pur essendo diversi i beni offesi».

Lo strumento decisivo per sancire il concorso apparente fra norme, in luogo del concorso di reati, viene individuato nella clausola di riserva contenuta nel comma quinto dell'art. 12 del t.u. n. 286 del 1998 «salvo che il fatto non costituisca più grave reato».

In virtù di questa clausola, quindi, la Corte sostiene che il concorso apparente dovrà risolversi attraverso il "criterio di sussidiarietà", il quale opera laddove il legislatore abbia espressamente dichiarato che una determinata norma debba trovare applicazione solo se il fatto in essa previsto non sia contemplato in maniera più grave da altra norma.

Occorre precisare che la tematica del concorso apparente di norme costituisce uno dei capitoli più controversi del diritto penale e, benché la dottrina sembra ormai "assestata" su posizioni ben precise, seppur profondamente eterogenee, la giurisprudenza è caratterizzata da una estrema instabilità che rischia di ostacolare qualsiasi ricostruzione sistematica.

Nel nostro ordinamento la norma chiave (nonché l'unica) in tema di concorso di norme è l'art. 15 c.p., grazie al quale trova espresso riconoscimento nel sistema penale il principio di specialità: se due leggi si presentano entrambe idonee a regolare un medesimo caso e sono tra loro in un rapporto di genere a specie, la legge speciale deroga alla legge generale («salvo che sia altrimenti stabilito»).

L'ordinamento, in altri termini, opera la sua scelta a favore della legge che prevede il caso più da vicino, con un grado minore di astrazione e quindi maggiore aderenza di particolari (ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, vol. I, 3ª ed., Giuffrè, 2004, p. 174).

Intanto, volendo approntare un sintetico quadro sulle fondamentali tesi elaborate in dottrina, bisogna partire dall'opinione dominante. La dottrina italiana largamente prevalente è definita pluralistica poiché, sulle orme della dottrina tedesca, ritiene necessario ricorrere ad ulteriori criteri, oltre quello della specialità, per stabilire se il concorso è apparente o reale: tali criteri possono ridursi a quelli della consunzione, sussidiarietà e accessorietà (tra gli altri, cfr. PAGLIARO, voce *Concorso di norme*, in *Enc. dir.*, vol. VIII, Giuffrè,

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

1961, p. 545; PAGLIARO, *Relazioni logiche e apprezzamenti di valore nel concorso di norme penali*, in *Ind. pen.*, Cedam, 1976, p. 217; FROSALI, *Concorso di norme e concorso di reati*, Giuffrè, 1971, p. 532; GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, vol. I, Giuffrè, 1952, p. 415; MORO, *Unità e pluralità di reati*, Cedam, 1954, p. 65; ROMANO, *Il rapporto tra norme penali. Intertemporalità, spazialità, coesistenza*, Giuffrè, 1996, p. 257; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 668 ss.).

Su un secondo versante si colloca la dottrina che appoggia con fermezza, invece, la teoria monistica, secondo cui la natura apparente o meno del concorso di norme va identificata facendo applicazione del solo principio di specialità, direttamente previsto dal nostro ordinamento, ampliandone di fatto l'area di azione (cfr. tra gli altri: ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1948, p. 157; ANTOLISEI, *Concorso formale di reati e conflitto apparente di norme*, in *Giust. pen.*, vol. II, 1942, c. 611; DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1934, p. 104; CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, in *Nss. d.I.*, Utet, 1959, vol. III, p. 1007; SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, 1962, p. 2 ss.; NEPPI MODONA, *Manifestazioni e radunata sediziosa: concorso di reati o concorso apparente di norme*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 873).

Nel nostro caso i supremi Giudici aderiscono alla "teoria pluralistica" sostenendo il principio di sussidiarietà, il quale verrebbe in rilievo tra norme che prevedono stadi o gradi diversi di offesa di un medesimo bene giuridico, in modo tale che l'offesa maggiore assorbe la minore e, di conseguenza, l'applicabilità dell'una norma è subordinata alla non applicazione dell'altra (*lex primaria derogat legi subsidiariae*) (cfr., per tutti, GRISPIGNI, *Diritto penale italiano*, cit., p. 416 s.). Dal punto di vista della funzione, si sceglie di applicare quella delle norme concorrenti che, da sola, esaurisca l'intero disvalore del fatto.

Frequentemente è lo stesso legislatore ad indicare un rapporto di sussidiarietà tramite l'utilizzo di una "clausola di riserva", anche detta "clausola di sussidiarietà espressa" (cfr. FIORE, *Il sistema giuridico italiano. Diritto penale. Parte generale*, vol. II, Utet, 1998, p. 168), come quella dell' art. 12, comma 5 del d.lg. n. 286/1998, richiamata, nella pronuncia in commento.

In giurisprudenza è sovente accolto il principio di sussidiarietà come criterio regolatore del concorso di norme (cfr. alcuni precedenti richiamati in motivazione dalla Corte stessa: Sez. VI, 22 settembre 2009, n. 42577, in *C.E.D. Cass.*, n. 244944; Sez. V, 25 marzo 2010, n. 20740, *ivi*, n. 247658), anche se, come già premesso, la elaborazione giurisprudenziale in tema oscilla in modo costante e continuo tra i filoni più caratterizzanti. In questa situazione qualsiasi tentativo di indagine sistematica sui criteri di volta in volta richiamati nella prassi appare quasi vano.

In particolare sulla questione relativa alla utilizzabilità o meno, in sede di concorso apparente, dei criteri aggiuntivi rispetto a quello di specialità, si sono espresse più volte le Sezioni unite in senso spesso molto critico alle impostazioni pluralistiche.

Una prima fondamentale pronuncia risale al 2005 (Sez. un., 20 dicembre 2005, n. 47164, Marino, in *C.E.D. Cass.*, n. 232302), quando, nell'affrontare alcune questioni relative ai rapporti tra il reato di ricettazione ed altre fattispecie criminose (concludendo per il concorso reale), il supremo Consesso ha colto l'occasione per prendere posizione in materia ritenendo che gli unici criteri deputati a regolamentare il rapporto tra reati fossero quelli normativi e di tipo strutturale, e quindi, oltre alla specialità *ex* art. 15 c.p., la sussidiarietà laddove richiamata con espresse clausole di riserva.

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

La Corte sostenne che affidandosi a canoni "intuitivi" come quelli dell'assorbimento e della consunzione, secondo cui quando il disvalore oggettivo e soggettivo del fatto storico appare già compreso nella disposizione che prevede il reato più grave quest'ultima deve prevalere sull'altra (cfr. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., p. 184 ss.), sarebbe messo a dura prova una premessa essenziale: la determinatezza delle fattispecie incriminatrici. Ciò innanzitutto in quanto l'inciso finale dell'art. 15 c.p., «salvo che sia altrimenti stabilito», alluderebbe alle clausole di riserva previste dalle singole norme incriminatrici che possono derogare al principio di specialità prevedendo l'applicazione della norma generale anziché di quella speciale, ma che si riferiscono solo a «casi determinati, e non generalizzabili». In secondo luogo i criteri in parola, definibili "di valore", richiederebbero delle valutazioni intuitive da parte dell'organo giudicante tendenzialmente in contrasto con il principio di legalità, in particolare di tassatività. In altre parole, la mancanza di criteri legati a riferimenti normativi certi, con cui stabilire precisamente quali fattispecie siano applicabili, rende incompatibili tali criteri di valore con il principio di legalità.

A pochi mesi dalla citata pronuncia a Sezioni unite che ha ripudiato le teorie pluralistiche, la prima sezione aderisce espressamente al criterio di consunzione nei rapporti tra l'art. 423 c.p. e l'art. 434, comma 2, c.p. (Sez. I, 24 gennaio 2006, n. 7629, in *C.E.D. Cass.*, n. 233135).

Nella giurisprudenza successiva non sono mancate oscillazioni tra teoria monistica (e sue sottoteorie) e teorie pluralistiche (cfr. per tutte, Sez. V, 7 marzo 2007, n. 25548, in *C.E.D. Cass.*, n. 237702, riguardo la prima teoria; Sez. VI, 7 giugno 2006, n. 30150, *ivi*, n. 235429, a favore della seconda). Il dibattito, quindi, può dirsi tutt'altro che sopito.

In realtà, una impostazione si va affermando in giurisprudenza: due recenti pronunce delle Sezioni unite hanno ripetutamente ribadito l'adesione al solo criterio della specialità in astratto per risolvere il fenomeno del concorso di norme penali (Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1235, in *questa rivista*, 2011, p. 2501 ss., con nota di RUTA, *I rapporti tra frode fiscale e truffa ai danni dello Stato*; Sez. un., 28 ottobre 2010, n. 1963, *ivi*, 2011, p. 3844 ss., con nota di GIACONA, *Il concorso apparente di reati al vaglio delle Sezioni unite: due pronunzie ambigue*).

Il primo dei due interventi delle Sezioni unite richiamati è servito a dirimere il contrasto in relazione al rapporto intercorrente tra il reato di frode fiscale, *ex* artt. 2 e 8 d.lg. n. 74 del 2000, e la fattispecie di truffa aggravata ai danni dello Stato *ex* art. 640, comma 2, n. 1, c.p.

Attraverso il confronto strutturale tra le fattispecie la Corte ha ritenuto la frode fiscale *species* del più ampio *genus* "artifizi", escludendo inoltre che osti alla qualificazione in termini di specialità la considerazione degli altri due elementi della truffa, costituiti dal "danno" e dal "profitto", da ritenersi entrambi «presenti nella condotta incriminata dal reato di frode fiscale».

Specificamente, secondo la Corte, alla presentazione di una dichiarazione non veridica si accompagnerebbe normalmente il versamento di un minor tributo e ciò genera un'induzione in errore della amministrazione finanziaria con un danno immediato.

Nella seconda decisione le Sezioni unite sono state chiamate ad accertare se la condotta del custode di un veicolo oggetto di sequestro amministrativo che circoli abusivamente con lo stesso configuri la sola violazione amministrativa *ex* art. 213, comma 4, c. strad., oppu-

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

re anche il reato di sottrazione o danneggiamento di cose sottoposte a sequestro, di cui all'art. 334 c.p.

Il supremo Consesso ha definito anche in tale caso il contrasto interpretativo, stavolta attinente ai rapporti tra illecito penale e amministrativo, nel senso della "specialità" dell'illecito amministrativo, sia per la particolare natura della condotta di circolazione abusiva, sia per il tipo di sequestro.

Entrambe le pronunce, quindi, impostano la relazione di specialità attraverso il «confronto strutturale tra le fattispecie tipiche astratte rispettivamente configurate, mediante la comparazione degli elementi costitutivi che concorrono a definire le fattispecie stesse» (GAMBARDELLA, *Appunti per una teoria del diritto intertemporale e transitorio nel sistema penale*, in AA.VV., *Studi in onore di Franco Coppi*, vol. I, Giappichelli, p. 161).

Più in generale, tra le norme in rapporto di specialità vi sarebbe una relazione tale che l'efficacia di una norma si estende fin dove le fattispecie concrete non rientrano nella previsione di un'altra.

Tornando al caso che ci occupa, si può notare come la Corte stessa, in motivazione, non presti attenzione al confronto astratto tra fattispecie, e piuttosto, facendo riferimento ad ulteriori precedenti difformi mostra di voler giocare "d'anticipo", per prevenire possibili censure. In particolare, dichiara di non appoggiare una decisione analoga in tema di immigrazione clandestina laddove l'operatività della medesima clausola di riserva prevista dall'art. 12 (stavolta riguardante il comma 1) del d.lg. n. 286/1998 era stata esclusa perché l'operatività del meccanismo di assorbimento, si era detto, presuppone che il reato più grave sia posto a tutela del medesimo interesse (Sez. V, 21 gennaio 2004, n. 6250, in *C.E.D. Cass.*, n. 228087).

Difatti, seguendo tale approccio, nel caso di specie si dovrebbe escludere che il delitto di favoreggiamento della permanenza illegale in Italia possa essere assorbito nel più grave delitto di favoreggiamento della prostituzione: il primo sanziona il compimento di attività dirette a favorire la permanenza nel territorio dello Stato in violazione delle norme del testo unico sull'immigrazione; mentre il secondo tutela l'interesse statale al rispetto del buon costume e della pubblica moralità, prescindendo dall'interesse patrimoniale della prostituta.

Nella pronuncia in esame, invece, in modo molto sintetico (quasi lapidario), si ritiene che l'assunto sulla necessaria omogeneità di beni tutelati non vada condiviso per due ragioni: sia perché l'omogeneità sarebbe richiesta solo per il diverso principio dell'assorbimento; sia perché l'argomento non sarebbe neppure sostenuto dalla prevalente giurisprudenza (a sostegno della opposta interpretazione cfr. invece Sez. VI, 12 maggio 2009, n. 23063, in *C.E.D. Cass.*, n. 244180).

Ribadita la posizione della suprema Corte riguardo alla riconducibilità (nonostante la diversità di beni giuridici protetti) delle clausole di sussidiarietà espressa al concorso apparente di norme, non si può di certo tralasciare l'opzione dottrinale più critica al riguardo: alcuni autori, dinanzi ad una clausola quale quella che qui ci occupa, non trovano spazio per immaginare, neppure in astratto, un concorso di reati. L'obiezione si basa sul fatto che, attraverso tali clausole, sia la legge stessa ad indicare esplicitamente la disposizione da applicare (cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 16ª ed., aggiornata e integrata da L. Conti, Giuffrè, 2003, p. 152; ANTOLISEI, *Sul concorso apparente di norme*, in *Scritti di diritto penale*, Giuffrè, 1955, p. 254).

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

Provare a dare una personale conclusione al problema evidenziato nella pronuncia ad oggetto potrà apparire, a prima vista, complicato.

Di sicuro la strada più semplice da percorrere, ma al tempo stesso più rischiosa, sarebbe quella di "avvicinarsi troppo" all'una o all'altra teoria.

A parere di chi scrive, di fronte alla proliferazione di fattispecie incriminatrici, da un lato pare condivisibile la proposta di ricorrere a criteri di valore ulteriori e diversi dalla specialità contemplata dall'art. 15 c.p., per l'individuazione del concorso apparente di norme. D'altronde, utilizzando un'autorevole espressione, «si tratta di un'esigenza equitativa insopprimibile che gli stessi assertori della sufficienza della sola specialità recepiscono […]» (ROMANO, *Commentario*, cit., p. 179).

Il problema riguarderebbe dunque la ricerca del criterio (da far rientrare nell'art. 15 c.p.) con cui la legge, di volta in volta, risolve nel senso dell'apparenza il concorso di norme.

Invero i criteri sostanzialistici brevemente esaminati, della sussidiarietà e della consunzione, sono seriamente obiettabili per le insicurezze che caratterizzano un approccio fondato su valutazioni discrezionali. Le maggiori perplessità circa l'utilizzabilità dei criteri di valore, relative al carente fondamento normativo e all'accentuata discrezionalità interpretativa cui andrebbero incontro, non appaiono, difatti, facilmente superabili.

Gli approdi della Corte appaiono plausibili e, secondo chi scrive, fondati. Nel caso in esame, il legislatore ha espressamente escluso l'applicazione di una norma rispetto ad un'altra: è stata effettuata una scelta esplicita della disposizione che "non" dovrà prevalere, e, in casi come questi, non sorgono dubbi di attuazione nella pratica del diritto.

Ciò che non convince è il tortuoso *iter* logico che fa da premessa alla soluzione formulata.

In altri termini, si condivide la soluzione di un concorso solo apparente tra norme ma l'approdo alla sussidiarietà come criterio di supporto non risulta sostenibile in quanto mancano due elementi fondanti: il rapporto di specialità reciproca tra fattispecie, e l'assorbimento dell'interesse tutelato da una norma nell'interesse tutelato dall'altra.

Il primo requisito non sussiste poiché dire «la norma a contenuto più ampio prevale su quella a contenuto più ristretto» equivale a duplicare il principio di specialità e, in tal caso, accostando in linea astratta le fattispecie considerate ci si accorge che esse non si equivalgono minimamente dal punto di vista strutturale: una norma non può dirsi "contenente" tutti gli elementi dell'altra con l'aggiunta di elementi specificanti o additivi. Difatti, pur essendo entrambe figure criminose a forma libera, il reato di favoreggiamento della permanenza illegale, prevede come elemento di fattispecie il dolo specifico, ovvero il «fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero»; mentre per il delitto che chiude la serie delle previsioni criminose contenute nell'art. 3 della legge Merlin sarebbe sufficiente il dolo generico di favorire il "mercimonio". Quanto al secondo requisito, a questo punto non serve ribadire la diversa sfera d'ambito dell'interesse perseguito e tutelato dalle diverse normative.

Risulta logico che, laddove non può farsi riferimento alla specialità in astratto, il soggetto che ha messo a disposizione un alloggio alla prostituta clandestina per dimorarvi e, nello stesso tempo, favorirne la prostituzione, dovrebbe rispondere di entrambi i reati. Ma ritenere applicabili entrambe le norme condurrebbe alla violazione del *ne bis in idem* sostanziale.

Dunque la soluzione andrebbe ricercata all'interno delle teorie monistiche: l'unico cri-

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.

terio che appare pienamente convincente è quello della c.d. "specialità in concreto", sostenuta da alcuni autori, e secondo cui un rapporto di specialità (e quindi un concorso apparente di norme) sussiste ogniqualvolta il fatto in concreto commesso possa essere sussunto sotto due distinte previsioni incriminatrici, che pure non sono in rapporto di genere a specie (SINISCALCO, *Il concorso apparente di norme nell'ordinamento penale italiano*, cit., p. 105 ss.; DELITALA, *Concorso di norme e concorso di reati*, in *Raccolta degli scritti*, I, Giuffrè, 1976, p. 487 ss.; CONTI, voce *Concorso apparente di norme*, cit., p. 1013; LOZZI, *Profili di un'indagine sui rapporti fra "*ne bis in idem*" e concorso formale di reato*, Giuffrè, 1974, p. 176 ss.; NEPPI MODONA, *Manifestazioni e radunata sediziosa*, cit., p. 881 ss.; PETRONE, *Il principio di specialità nei rapporti tra millantato credito e truffa*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1963, p. 160 ss.).

Attraverso tale criterio vengono risolte nei termini del principio di specialità situazioni altrimenti ad esso non riconducibili. Nel caso ad oggetto della pronuncia, infatti, pare più logico sposare la tesi che, partendo dalla specialità in concreto, vede nell'inciso "stessa materia" dell'art. 15 c.p. non un rapporto bilaterale (specialità in astratto), bensì un rapporto triangolare tra due norme ed una medesima fattispecie concreta. Considerando le due norme confluenti sulla medesima fattispecie concreta, si può dire che una norma è speciale rispetto all'altra quando risulta più qualificante rispetto al fatto in questione (GALLO, *Appunti di diritto penale*, vol. I, *La legge penale*, Giappichelli, 1999, p. 222).

Questo principio interpretativo è appoggiato, seppur non univocamente, dalla Corte di cassazione: «Il principio di specialità è operante non solo nel caso che una figura delittuosa, considerata nella sua fattispecie legale, rientri necessariamente, in tutti i suoi elementi costitutivi, in un'altra, ma pure nel caso che un fatto concreto sia riconducibile, nelle sue modalità di attuazione, a due figure criminose, ancorché fra le stesse, in concreto, non sussista una relazione di genere a specie» (Sez. VI, 27 gennaio 1975, n. 5679, in *C.E.D. Cass.*, n. 130094).

È pur vero che anche tale impostazione si presta a critiche di mancata coerenza con il principio di legalità, specie sotto il profilo di necessaria tassatività della previsione legislativa, ma di sicuro ha un pregio: si lega alla realtà concreta, nel rispetto del *ne bis in idem*.

di
Giovanna Palmieri
—
Dottoressa in giurisprudenza

© Copyright Giuffrè Francis Lefebvre S.p.A. 2019. Tutti i diritti riservati.
Utente: unisb01 UNIV.DI SALERNO CENTRO ATENEO - www.iusexplorer.it - 31.07.2019