



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

DOTTORATO DI RICERCA IN SCIENZE GIURIDICHE

Curriculum in Teoria e Storia del diritto –

Teoria e Storia dei diritti umani

Ciclo XXXI

**Tra dignità e libertà:
la tratta di esseri umani e lo sfruttamento
lavorativo dei migranti**

Dottoranda

Dott.ssa Diana Genovese

Tutor

Prof. Emilio Santoro

Coordinatore

Prof. Alessandro Simoni

Anni 2015/2018

INDICE

INTRODUZIONE.....	9
-------------------	---

CAPITOLO I

L'evoluzione della definizione di tratta nel corso del XIX e del XX secolo

1. Premessa.....	13
1.1. La tratta degli schiavi: nel XIX secolo.....	13
1.2. La tratta delle bianche: nel XX secolo.....	14
1.3. La tratta di persone: oggi	16
1.4. ...stereotipo vs realtà.....	18
2. La tratta di esseri umani tra il XIX e il XX secolo.....	19
2.1. La tratta degli schiavi (« <i>black slavery</i> »).....	20
2.1.1. La schiavitù.....	22
2.1.2. Il lavoro forzato e la servitù.....	25
2.2. La tratta a fini di prostituzione (« <i>white slavery</i> »).....	29
3. La tratta alla fine del XX secolo: tra l'azione della Comunità Europea e quella delle Nazioni Unite.....	33
4. La Convenzione delle Nazioni Unite sul Crimine Transnazionale Organizzato...38	
4.1. I Protocolli annessi alla Convenzione di Palermo.....	39
4.1.1. Il Protocollo sullo <i>smuggling</i>	42
4.1.2. Protocollo sul <i>trafficking</i> : i lavori preparatori.....	46
5. Il Protocollo di Palermo sulla tratta di esseri umani.....	50

5.1. La definizione di <i>trafficking</i>.....	51
5.1.1. L'azione.....	52
5.1.2. I mezzi.....	53
5.1.3. Il consenso.....	55
5.1.4. Lo scopo.....	58
5.2. La protezione delle vittime di tratta.....	58
6. Conclusioni.....	61

CAPITOLO II

Il dibattito internazionale ed europeo sulla tratta: un difficile equilibrio tra schiavitù, sfruttamento e *smuggling*

1. Premessa.....	63
1.1. Il dibattito sulla definizione di tratta di esseri umani del Protocollo di Palermo.....	64
1.2. Un difficile equilibrio tra schiavitù, sfruttamento e <i>smuggling</i>.....	68
2. Gli sviluppi in ambito comunitario.....	69
2.1. La Decisione quadro 2002/629/GAI e la Direttiva 2004/81/CE.....	69
3. La Convenzione di Varsavia sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 2005 e la relazione esplicativa.....	77
4. La distinzione tra tratta e schiavitù: nuovi spunti per un antico dibattito.....	86
4.1. I casi giudiziari sulla schiavitù dei primi anni del XXI secolo.....	87
4.2. Diverse concezioni di schiavitù: <i>trafficking as modern slavery</i>?.....	94
4.3. La tratta di esseri umani nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (prima parte).....	100
5. La tratta di esseri umani a fini di sfruttamento lavorativo.....	105
5.1. Ma cosa si intende per sfruttamento lavorativo?.....	107
5.2. La Direttiva 2009/52/CE e le sanzioni nei confronti dei datori di lavoro che assumono alle loro dipendenze cittadini stranieri irregolari.....	110
5.3. La tratta di esseri umani a fini di sfruttamento lavorativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (seconda parte).....	113
6. L'adozione della Direttiva 2011/36/UE: innovazioni e raffronto con la disciplina previgente.....	120
7. Il labile confine tra <i>smuggling</i> e <i>trafficking</i> nel contesto delle nuove migrazioni.....	133

7.1. Consenso vs abuso della posizione di vulnerabilità.....	136
7.2. Lo sfruttamento in relazione al movimento.....	140

CAPITOLO III

La tratta di esseri umani in Italia: tra *smuggling* e schiavitù

1. I movimenti in Europa.....	145
1.2. La tratta di esseri umani in Italia: tra <i>smuggling</i> e schiavitù. Premessa.....	146
2. I primi passi verso la repressione dello <i>smuggling</i> nella normativa italiana sull'immigrazione.....	148
2.1. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e il suo rapporto con la condotta di <i>smuggling</i> del Protocollo di Palermo.....	149
3. <i>Smuggling</i> e <i>trafficking</i> nel T.U. Immigrazione: una difficile convivenza.....	158
3.1. La repressione del traffico di esseri umani... ..	158
3.2. ...e dello sfruttamento lavorativo mediante l'art. 12, co. 5, T.U.I.....	161
3.3. Lo sfruttamento nell'art. 22 T.U.I. e l'attuazione della direttiva 'sanzioni': impiego di lavoratori stranieri irregolari in condizioni di particolare sfruttamento.....	163
4. Il caso Prato.....	166
4.1. L'immigrazione clandestina dei cinesi a Prato: il fenomeno degli « <i>overstayers</i> » e le specificità dell'auto-sfruttamento lavorativo.....	166
4.2. Il rogo della Teresa Moda e l'applicazione dell'art. 12 T.U.I. per lo sfruttamento lavorativo.....	171
5. Il <i>Trafficking</i> nel codice penale italiano.....	176
5.1. La schiavitù.....	177
5.1.1. La soggezione continuativa.....	183
5.2. La tratta di esseri umani e l'inscindibile legame con il reato di schiavitù....	190
5.3. La riforma del 2014 e il nuovo art. 601 c.p.....	194
5.4. I rapporti tra gli artt. 600 e 601 prima e dopo la riforma del 2014.....	198

5.5. La vulnerabilità nei nuovi contesti della tratta di esseri umani.....	201
6. Un esempio di vulnerabilità connessa alla tratta: il caso Ragusa.....	203
7. La protezione delle vittime di tratta e grave sfruttamento nel Testo Unico Immigrazione.....	209
7.1. Le origini di una nuova strategia: l'art. 18 T.U.I.....	210
7.2. Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale nel contesto della sua adozione.....	212
7.3. L'art. 27 del Regolamento di attuazione del Testo Unico Immigrazione e la sua implementazione da parte delle questure.....	217
7.4. Il problema della qualificazione del reato che dà diritto alla protezione.....	219
8. L'identificazione delle vittime di tratta e di sfruttamento nei percorsi della protezione internazionale.....	222
8.1. Gli indicatori della tratta a fini di sfruttamento sessuale.....	227
8.2. Gli indicatori della tratta a fini di sfruttamento lavorativo.....	230
8.3. I meccanismi di emersione delle vittime di tratta di fronte alle CT e ai giudice delle Sezioni Specializzate.....	232
8.3.1. L'identificazione della vittima di tratta di fronte alla Commissione.....	235
8.3.2. ... e di fronte al giudice della Sezione Specializzata.....	237
8.4. Il riconoscimento della protezione internazionale per le vittime di tratta...	241

CAPITOLO IV

La repressione dello sfruttamento lavorativo in Italia

1. Premessa. Tra dignità e libertà.....	245
2. Il bene giuridico nel reato di sfruttamento lavorativo e i rischi del paternalismo penale.....	246
3. La repressione dello sfruttamento lavorativo nel codice penale prima... del reato di sfruttamento lavorativo.....	252
3.1. Più della dignità: il reato di schiavitù e di tratta.....	252
3.1.1. La vulnerabilità dei lavoratori sfruttati nel settore agricolo: il caso di Nardò.....	253
3.2. Meno della dignità: il reato di estorsione e quello di maltrattamenti contro i familiari.....	258
4. Il reato di caporalato.....	261
4.1. Il fenomeno del caporalato.....	261
4.2. Il caso Foggia.....	265
4.3. L'analisi del reato di caporalato.....	269
4.4. Le rare applicazioni del vecchio art. 603-bis c.p.	276
5. Il reato di sfruttamento lavorativo.....	281
5.1. Il nuovo art. 603-bis c.p.	281
5.1.1. Lo stato di bisogno.....	285
5.1.2. Gli indici dello sfruttamento.....	288
5.2. Un nuovo stimolo alla repressione dei casi di sfruttamento lavorativo: l'attività delle Procure italiane.....	292
6. Problemi di coordinamento tra reato di tratta di esseri umani e il reato di sfruttamento lavorativo.....	295

7. Una nuova concezione di dignità.....	301
8. L'art. 18 T.U.I. come strumento di neutralizzazione della vulnerabilità.....	305
BIBLIOGRAFIA.....	309
SITOGRAFIA.....	331
GIURISPRUDENZA RILEVANTE.....	335

INTRODUZIONE

La presente trattazione si propone di analizzare gli strumenti normativi di contrasto alle attuali forme di sfruttamento lavorativo in Italia, in una prospettiva che metta al centro del dibattito l'importanza dei valori da tutelare e le vittime da proteggere.

L'obiettivo finale è quello di ricostruire, a partire da un'approfondita analisi del panorama giuridico internazionale, come interpretato dalle Corti e dalle organizzazioni internazionali, i rapporti tra la tratta di esseri umani (in particolare, a fini di sfruttamento lavorativo) e lo sfruttamento lavorativo *tout court* nel quadro normativo interno in cui la distinzione si fa estremamente complessa, in considerazione dell'identità del bene giuridico tutelato da queste fattispecie, ossia la *dignità*.

Il primo capitolo analizza l'evoluzione a livello internazionale del concetto di tratta a partire dall'inizio del XX secolo fino alla sua cristallizzazione nel Protocollo addizionale alla Convenzione sul crimine transnazionale organizzato firmata a Palermo nel 2000, che ha distinto per la prima volta la tratta di esseri umani (Protocollo sul *trafficking*) dal traffico dei migranti (Protocollo sullo *smuggling*).

Tale premessa storica appare essenziale alla comprensione di come il concetto di tratta di esseri umani sia stato per molto tempo, e per certi versi continui ad essere – almeno nel discorso pubblico e nelle aule giudiziarie – un concetto fortemente legato alla schiavitù (tratta degli schiavi) e alla prostituzione (tratta delle bianche).

La tesi proposta è che la definizione adottata nel Protocollo sul *trafficking* di Palermo abbia svincolato la condotta sia dall'una che dall'altra, offrendo all'interprete una fattispecie potenzialmente capace di raggiungere tutte le più attuali e gravi forme di sfruttamento, in particolare, quello lavorativo.

Il secondo capitolo affronta, conseguentemente, il dibattito accademico e giurisprudenziale scaturito a livello internazionale dall'adozione del Protocollo sul *trafficking*. La definizione di tratta di esseri umani ivi accolta è stata, infatti, lodata per le sue innumerevoli potenzialità applicative e allo stesso tempo osteggiata per la sua limitatezza rispetto alla capacità di raggiungere le «*moderne forme di schiavitù*». Proprio il rapporto tra tratta di esseri umani e schiavitù si pone al centro delle riflessioni delle Corti internazionali, come vedremo analizzando, in particolare, le

decisioni del Tribunale penale internazionale per la Ex-Iugoslavia e della Corte europea dei diritti dell'Uomo.

Nel ripercorrere i temi essenziali di questo dibattito, si è reso necessario effettuare, parallelamente, una ricognizione delle innovazioni normative in ambito UE e a livello del Consiglio d'Europa, anche al fine di apprezzarne gli effetti sull'ordinamento giuridico italiano.

Dal punto di vista sociologico, i mutamenti che nel tempo hanno interessato le rotte e i metodi della tratta di esseri umani a livello internazionale sono, invece, analizzati mediante gli studi dell'UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*). Proprio partendo dall'interpretazione evolutiva della definizione di *trafficking* da quest'ultimo proposta, si tenterà di restituire l'attuale complessità di un quadro giuridico internazionale in cui la tratta di esseri umani finisce per identificarsi con lo *sfruttamento*, a prescindere dallo *spostamento* nello spazio della vittima che lo subisce. A tal fine, si è reso necessario scandagliare gli innumerevoli problemi sottesi alla fattispecie di tratta di esseri umani a fini di sfruttamento lavorativo: dalla nozione di sfruttamento lavorativo a quella di abuso di una posizione di vulnerabilità, quale mezzo della condotta più frequente nelle attuali modalità di reclutamento delle vittime.

In conclusione al secondo capitolo, si è ritenuto opportuno concentrarsi sulle ripercussioni di questo dibattito sulla, ormai sempre più labile, distinzione tra *trafficking* e *smuggling*. L'obiettivo è quello di problematizzare la netta separazione dei due concetti, che non trova spesso riscontro nei gli attuali contesti dei cosiddetti *mixed flows*, ove i trafficanti presentano sorprendenti capacità di adattarsi alle legislazioni esistenti, sfruttando nuovi fattori di vulnerabilità, fino ad intrecciarsi con i percorsi della protezione internazionale.

Il terzo e il quarto capitolo sono dedicati alla ricognizione del panorama legislativo italiano in tema di tratta di esseri umani e, in particolare, agli effetti dell'evoluzione giuridica internazionale sul piano ordinamentale interno.

Il terzo capitolo analizza come l'Italia abbia recepito i concetti di *trafficking* e *smuggling*, non senza confusioni o sovrapposizioni.

Da una parte, il notevole ritardo nell'attuazione della definizione internazionale di tratta di esseri umani, ha comportato, per molti anni, una sostanziale inapplicabilità dell'art. 601 c.p. (reato di tratta), rimasto ancorato alle incertezze applicative dell'art. 600 c.p. (reato di schiavitù). Dall'altra parte, il reato di *smuggling* è stato inserito

all'interno della normativa penale sull'immigrazione, con modalità per certi versi inedite rispetto al panorama normativo internazionale e comunitario. Si è, infatti, sganciata la punibilità del traffico di esseri umani dalla necessità dello scopo del profitto e, parallelamente, sono state configurate fattispecie aggravate, mediante l'innesto dell'elemento dello sfruttamento (della prostituzione e, più tardi, anche di quello lavorativo) su condotte di *smuggling*. Le ipotesi di sfruttamento lavorativo degli stranieri irregolari sono state, a loro volta, ricondotte ad un'ulteriore fattispecie del Testo Unico Immigrazione, volta a punire il favoreggiamento della permanenza irregolare degli stranieri sul territorio italiano. Viene presentato come emblematico di questa impostazione il caso di Prato e delle indagini svolte dalla Procura in seguito all'incendio di un'azienda di confezioni cinese.

Sul fronte del *trafficking*, il nostro ordinamento si è allineato alla definizione internazionale del Protocollo di Palermo solo nel 2014, con la recezione della Direttiva 2011/36/UE. Questa modifica ha consentito un definitivo allontanamento del reato di cui all'art. 601 c.p. da quello di cui all'art. 600 c.p., determinando una profonda trasformazione dei rapporti tra le due fattispecie, anche dal punto qualitativo. Come si cercherà di dimostrare prendendo in esame l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità e il dibattito internazionale analizzato nel secondo capitolo, le due fattispecie devono distinguersi, in primo luogo, per una diversa oggettività giuridica, essendo la schiavitù volta a tutelare lo *status liberatis*, e la tratta di esseri umani la dignità umana. Al fine di evidenziare le potenzialità applicative del nuovo reato di tratta di esseri umani (art. 601 c.p.), anche con riferimento all'introduzione, tra i mezzi della condotta, dell'abuso della posizione di vulnerabilità, si è deciso di soffermarci sul caso delle donne rumene sfruttate nella fascia trasformata di Ragusa. Un caso che appare paradigmatico della vulnerabilità connessa alla tratta di esseri umani.

L'ultima parte del terzo capitolo si concentra sulle forme di protezione per le vittime di tratta e di grave sfruttamento nel nostro ordinamento, dedicando particolare attenzione all'art. 18 T.U.I. e all'interpretazione che di questa norma si è data nella prassi amministrativa e giudiziaria. La tesi sostenuta, anche alla luce delle norme internazionali rilevanti, è che se si muove da una concezione di dignità umana, declinata in termini tali da non porsi in conflitto con la libertà di ciascuno, è necessario un utilizzo dell'art. 18 orientato ad individuare i più adeguati meccanismi di protezione delle vittime di sfruttamento lavorativo, a prescindere dalla qualificazione giuridica e dalla rilevanza penale dello sfruttamento cui è sottoposta la vittima

bisognosa di protezione. Il tema della protezione è, infine, collegato a quello dell'identificazione delle vittime di tratta e di sfruttamento, in particolare, nell'ambito dei percorsi della protezione internazionale, dove le Commissioni Territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale e i Giudici della Sezione specializzata in materia di protezione internazionale sono chiamati ad implementare delle corrette procedure di *referral*.

Il quarto e ultimo capitolo prende in considerazione le innovazioni alla normativa in materia di contrasto allo sfruttamento lavorativo, su un piano prettamente interno, apportate dal decreto legge n. 138/2011 e dalla legge n. 199/2016.

Quest'ultima modifica, in particolare, ha introdotto il reato di sfruttamento lavorativo in Italia (art. 603-*bis* c.p.), imponendo una necessaria ridefinizione dei rapporti con le altre norme penali esistenti, in particolare con l'art. 601 c.p.

Le potenzialità offerte dal nuovo reato di sfruttamento lavorativo, che verranno evidenziate mediante l'analisi di alcune sentenze di merito e di legittimità e delle inchieste avviate prima e dopo la legge n. 199/2016, saranno messe a confronto con l'attuale realtà fenomenologica del caporalato e dello sfruttamento lavorativo in alcune Province del Sud Italia, prima fra tutte, quella di Foggia.

CAPITOLO I

L'evoluzione della definizione di tratta nel corso del XIX e del XX secolo

1. Premessa

Le storie che seguono hanno lo scopo di mostrare l'evoluzione attraverso i secoli del concetto di tratta di persone che verrà affrontata in questo primo capitolo.

Come il mutamento della realtà globale, sociale ed economica abbia influenzato nel corso della storia i connotati della definizione legale a livello internazionale e sovranazionale della tratta è, pertanto, delegato, in queste prime pagine, al tenore evocativo delle narrazioni qui riportate.

1.1. La tratta degli schiavi: nel XIX secolo

Questo racconto è tratto dallo scritto di Joseph N'Diaye, conservatore della casa degli schiavi dell'Isola di Gorée, in Senegal, uno dei più importanti snodi commerciali della «tratta negriera»¹. Oggi, questo edificio, costruito nel 1776, è diventato il Museo della schiavitù.

«Ndioba resta rinchiusa con altri bambini in un angolo scuro della casa degli schiavi di Gorée. Una volta al giorno i guardiani portano loro un piatto di fave, sempre lo stesso. I più piccoli hanno pianto a lungo ma hanno finito per tacere, con gli occhi smarriti e l'aria abbattuta. Non hanno più lacrime. Via via che passa il tempo, sprofondano nel nulla. Si lasciano morire, lentamente, inesorabilmente. Ogni nuova giornata li vede più deboli e più immobili. I più grandi cercano di capire... si ricordano dei racconti sentiti al villaggio. Gli uomini bianchi bevono il sangue dei bambini neri, afferma un ragazzo. Per questo la loro pelle ha quella strana tinta chiara! Presto, non c'è da dubitarne, verranno a prenderli per rubare il loro sangue

¹ N'DIAYE J., *Il fut un jour à Gorée... L'esclavage raconté à nos enfants*, Michel Lafon, 2006, trad. it., *La schiavitù spiegata ai nostri figli*, Epoché, Milano, 2008.

rosso, la loro forza vitale, il segno degli spiriti che circolano nel loro corpo. Ndioba trema. In effetti vengono a prenderli, ma non per rubare il loro sangue. Si limitano a farli correre e saltare davanti a un tipo grassoccio vestito con uno strano abito che sembra fatto di fili d'ora scintillanti sotto il sole. Il volto smorto dell'uomo è illuminato da un sorriso soddisfatto. Adesso trascinano Ndioba e gli altri bambini verso un fuoco acceso un po' più lontano. Un marinaio arroventa una sbarra metallica. Probabilmente è il Padrone delle fiamme, e la ragazzina deve inginocchiarsi davanti a lui. Un dolore violento alla schiena le strappa un urlo: Ndioba sente la propria pelle lacerarsi sotto la violenza di un artiglio che la stringe e la trafigge. Con un ferro incandescente hanno impresso sulla sua pelle nera la forma di un trifoglio, il simbolo del suo proprietario. Ora i bambini stretti gli uni agli altri imboccano un lungo corridoio scuro. In fondo, brilla la luce. Quando Ndioba varca la porta aperta sulla discesa blu, scorge davanti a sé una lunga passerella che si erge sul mare. Da entrambe le parti degli uomini armati formano due colonne interminabili che conducono a una grande imbarcazione con le vele bianche. Una nave talmente grande che sembra poter accogliere nel suo ventre tutti i popoli dell'Africa. Non è facile salire a bordo arrampicandosi su una scala di corda che oscilla al movimento delle onde. Ma bisogna farlo sotto le grida e le frustrate. I bambini vengono messi nella stiva di prua e il rollio regolare fa capire preso a Ndioba che l'imbarcazione ha lasciato le rive della sua Africa».

1.2. La tratta delle bianche: nel XX secolo

La storia di Alice B., realmente accaduta, è tratta dall'inchiesta sul «*white slavery trade*» pubblicata a puntate da Thomas William Stead nell'estate 1885 sul quotidiano inglese Pall Mall Gazette intitolata *The Maiden Tribute of Modern Babylon*².

² Il racconto è tratto dall'inchiesta sul «*white slavery trade*» pubblicata a puntate da Thomas William Stead (5.7.1849 – Naufragio del Titanic, 15.4.1912) nell'estate 1885 sul quotidiano inglese Pall Mall Gazette intitolata *The Maiden Tribute of Modern Babylon*. Il reportage di William Thomas Stead è interamente consultabile sul sito <http://www.attackingthedevil.co.uk/>. Si tratta di un'inchiesta pubblicata a sostegno della campagna di Josephine Butler per l'abrogazione dei *Contagious Diseases Acts*, con il quale Stead intendeva denunciare il commercio di donne, per lo più minorenni, avviate alla prostituzione nei bordelli di Londra. La peculiarità dell'indagine condotta da Stead fu quella di 'inscenare' lui stesso l'acquisto di Eliza Armstrong, la figlia tredicenne di uno spazzacamino, per dimostrare la veridicità delle sue tesi. La rilevanza della campagna *Maiden Tribute* fu tale da ispirare George Bernard Shaw nella scrittura del suo *Pigmalione* e nel dare il nome di Eliza al suo personaggio principale.

«Alice B., a Devonshire girl of twenty years of age, came to London to service on the death of her father. She was seduced when in service by a doctor who lodged in the house; but after he left she kept company with an apparently respectable young man. She was engaged to be married, and all seemed to be going well, when one Sunday afternoon (sic), as they were enjoying their Sunday walk, he proposed to call and see his aunt, who lived, he said, at No. – Queen's-road, St. John's Wood. This house, local rumour asserts, is a fashionable brothel, patronized among others by at least one Prince and one Cabinet Minister. Of that she knew nothing. Together with her sweetheart she entered the house and had tea with his supposed aunt. After tea she was asked if she would not like to wash her hands, and she was taken upstairs to a handsomely furnished bedroom and left alone. She first discovered her situation by hearing the key turn in the lock. For three weeks she was never allowed to leave the room, but was compelled to receive the visits of her first seducer, who seems to have employed her sweetheart to lure her into this den. She implored her captor to release her, but although he took her to the theatre and the opera, dressed her in fine clothes, and talked of marrying her abroad, he never allowed her to escape. When he was not with her she was kept under lock and key. When he was with her, she was a captive under surveillance. This went on for six or seven weeks. The girl was well fed and cared for, and had a maid to wait on her; but she fretted in captivity, dreaming constantly of escape, but being utterly unable to get out of the closely guarded house. At last one morning she was roused by an unusual noise. It was the sweep brushing the chimney. Her door had to be opened to allow him to enter the adjoining room. She rose, dressed herself in her old clothes -which fortunately had not been removed—and fled for her life. She found a little side door at the bottom of the back stairs open, and in a moment she was free, She had neither hat nor bonnet, nor had she a penny she could call her own. Her one thought was to get as far away as possible from the hated house. For three or four days she wandered friendless and helpless about the street, not knowing where to go. The police were kind to her and saved her from insult, but she was nearly starved when by a happy inspiration she made her way to a Salvation Army meeting at Whitechapel, where she fell into good hands. She was passed on to their Home and then to the Rescue Society, by whose agency she found a situation, where she is at the present moment».

1.3. La tratta di persone: oggi ...

La storia di Kate (16 anni) nata a Benin City, in Nigeria, è stata raccolta dagli operatori dell'OIM (Organizzazione Internazionale per le migrazioni), che svolge attività di assistenza diretta presso i luoghi di sbarco³.

«Kate è stata affidata alla nonna in tenerissima età, dopo la morte del padre. Frequenta le scuole elementari e vede di rado la madre che, nel frattempo, si è risposata. Nel 2009 viene affidata a una signora che vive a Warry, che inizialmente si offre di prendersi cura di lei e farle continuare gli studi, ma che la tratta come una domestica per circa quattro anni. Nel 2013 Kate ritorna a casa della nonna. Nel 2016, la madre e il patrigno si recano da quest'ultima e spiegano a Kate di avere trovato qualcuno disposto ad aiutarla ad andare in Europa (in aereo). La coppia chiede a Kate di prepararsi per questo viaggio. La minore si oppone e dice di volere rimanere a Benin City per occuparsi della nonna, ma la madre le spiega che dall'Europa, inviando i soldi in Nigeria, avrebbe aiutato non solo la nonna ma tutta la famiglia, considerato che avrebbe continuato a studiare e trovato un buon lavoro. Kate quindi accetta la proposta, prepara il suo bagaglio e saluta la nonna in lacrime, che le chiede se lei sia in grado di fare l'amore con gli uomini. La ragazza non comprende il senso di questa domanda, abbraccia la nonna e le dice che l'aiuterà per sempre. Quella stessa notte, la madre e il patrigno accompagnano Kate a casa di uno sciamano dove si trova già un'altra ragazza, Mary. Kate è impaurita, tuttavia si mostra sottomessa e, indossato un vestito bianco, come indicatole, mentre il native doctor recita formule magiche, giura di pagare la somma di 35.000 euro alla persona che l'aiuterà a raggiungere l'Europa. Durante il rituale, la minore non beve tutta la pozione offerta dallo sciamano, per questo la madre interviene e insieme ad altri collaboratori dello sciamano bendano la ragazza costringendola a bere interamente l'infuso. Concluso il rituale voodoo, la madre e il patrigno accompagnano Kate a casa di una donna, che si ritiene avere organizzato il viaggio. L'indomani Kate parte con Mary ed un boga. I tre, da Benin City,

³ Il racconto è stato trasfuso nel rapporto OIM, *La tratta di esseri umani attraverso la rotta del mediterraneo centrale: dati, storie e informazioni raccolte dall'organizzazione internazionale per le migrazioni*, 2018, reperibile sul sito: https://italy.iom.int/sites/default/files/news-documents/RAPPORTO_OIM_Vittime_di_tratta_0.pdf. L'OIM ha stimato che nel 2016 la nazionalità con maggior numero di arrivi via mare è stata la Nigeria, con un particolare aumento di donne e di minori (rispettivamente 11.009 e 3.040 nel 2016, rispetto a circa 5.000 donne e 900 minori non accompagnati nel 2015). Rispetto al 2014 il numero delle donne nigeriane arrivate via mare è aumentato del 600 per cento (da 1.500 nel 2014 a 11.000 nel 2016). Secondo l'organizzazione, circa l'80% di queste ragazze sono potenziali vittime di tratta a scopo di sfruttamento sessuale.

prendono un bus di linea verso Abuja, continuano verso Kano e infine con un mezzo privato raggiungono il confine con il Niger. Ad attenderli c'è un complice del boga che li ospita a casa propria. Nella notte, il gruppo viene accompagnato da alcuni trafficanti ad attraversare il confine su delle motociclette (quattro persone su ognuna) evitando i controlli della polizia di frontiera. Giunti in Niger, il gruppo viene fatto salire su un camion verso Agadez, dove si ferma alcuni giorni. Qui Kate chiede al boga quando prenderanno l'aereo verso l'Europa ma l'uomo la zittisce e le ordina di non fare domande inutili. Dopo qualche giorno, al mattino presto, il boga offre alle due ragazze una bottiglietta di acqua e consiglia loro di custodirla come fosse oro. Il gruppo sale su un camion insieme a una trentina di altri migranti. Kate capisce dopo poco l'importanza dell'acqua che ha con sé quando vede alcuni migranti assetati bere un composto di urine e polvere di cacao. Il gruppo giunge infine a Sabha (Libia) e viene ospitato in un appartamento di una coppia di altri complici nigeriani del boga. Dopo alcune settimane, il gruppo si muove, in auto privata, verso Zuara, dove il boga lascia Kate e Mary in un ghetto, dicendo loro che sarebbero partite presto. Nell'attesa della partenza (circa due settimane), Kate spiega di aver sentito dei racconti relativi al fatto che le ragazze "sponsorizzate" dalla Nigeria fossero destinate alla prostituzione in Europa ma di non averci creduto. Inoltre scopre che per arrivare in Italia sarà costretta a salire su un lapalapa e attraversare il mare. Una notte, Kate viene svegliata dalle urla dei trafficanti libici che con i fucili in mano ordinano ad un centinaio di migranti di salire sul lapalapa. Kate scoppia a piangere quando vede un gommone molto piccolo, perché non sa nuotare. Sale sul gommone che alle prime luci dell'alba viene tratto in salvo da una nave di grandi dimensioni. Kate ricorda che il boga durante il viaggio le aveva consigliato, una volta sbarcata in Italia, di dichiarare di essere nata nel 1996 e di contattare la persona che l'attende in Italia tramite il numero telefonico fornitole. Una volta arrivata in Italia, dopo aver parlato con gli operatori dell'OIM, Kate trova invece il coraggio di dichiarare la sua vera età e la sua storia. Tuttavia è terrorizzata dalle ripercussioni che potrebbe subire come conseguenza della violazione del voodoo e spiega di volere il consenso da parte della madre in questa sua scelta. Kate contatta la madre in Nigeria che invece la incita a lasciare il centro in cui si trova per onorare l'accordo».

1.4. ...stereotipo vs realtà

Cosa debba intendersi, oggi, per tratta di esseri umani (*trafficking in persons*) è questione quanto mai controversa.

Questo concetto è comunemente evocato, come vedremo nel prossimo capitolo, per indicare un crimine transnazionale, una moderna forma di schiavitù, un'ipotesi di traffico di esseri umani (*smuggling*) ovvero di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

La sua connotazione muta, in effetti, a seconda di dove si decida di porre l'accento: sul *processo* o sul *fine*.

L'ultima storia riportata nel precedente paragrafo rappresenta un tipico caso di tratta di donne reclutate nel proprio Paese di origine (attualmente, per lo più, in Nigeria), al fine di essere sfruttate sessualmente in Europa.

È l'ipotesi di tratta di esseri umani, oggi, indubbiamente più evidente, almeno per quanto concerne l'Italia e, in generale, l'Europa occidentale e meridionale⁴. Ciò è dovuto, tra gli altri motivi, alla sua maggiore riconoscibilità, presentando le principali caratteristiche entro le quali siamo abituati ad immaginare la tratta: reclutamento nel Paese di origine – coinvolgimento di un'organizzazione transnazionale – attraversamento dei confini transnazionali – sfruttamento (ai fini della prostituzione o sessuale) nel Paese di destinazione.

L'organizzazione che negli ultimi anni più si è impegnata in una capillare indagine volta ad identificare cosa, oggi, debba considerarsi tratta di persone è l'UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*), un'agenzia delle Nazioni Unite che si occupa di assistere gli Stati nella lotta contro la droga e il crimine.

L'ultimo rapporto sulla tratta di esseri umani pubblicato dall'agenzia ci svela – al pari di quanto già rilevato da quello del 2016 – la netta prevalenza della tratta interna o 'domestica' rispetto a quella transnazionale⁵. Il 58% delle vittime sono, infatti, oggetto di tratta all'interno del proprio Paese e il 28% all'interno della propria sub-regione (ad esempio tra i paesi del Nord America o all'interno dell'Africa Sub-

⁴ Cfr. UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2018*, United Nations, New York, 2018, pp. 21-29, reperibile sul sito http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GloTIP2018_BOOKLET_2_Conflict.pdf. Il rapporto precisa, tuttavia, che per quanto concerne l'Europa Occidentale e meridionale sebbene il trend numericamente più significativo di vittime di tratta riguardi lo sfruttamento sessuale, in Belgio e nel Regno Unito si riscontrano più vittime di tratta identificate per sfruttamento lavorativo che per sfruttamento sessuale.

⁵ Ivi, p. 41.

Sahariana)⁶. L'entità di tale percentuale è dovuta, tra gli altri fattori, ad una concezione della tratta radicata sullo *sfruttamento* piuttosto che sul *movimento* («*trafficking is rooted in the exploitation of victims, and not necessarily their movement*»)⁷. Tale sfruttamento, poi, non coinvolge più necessariamente un'organizzazione criminale transnazionale, ma può essere perpetrato anche da singoli individui, o addirittura dagli stessi familiari della vittima, con la conseguenza che la tratta di esseri umani può ben verificarsi anche all'interno di un contesto familiare («*most of the time, the trafficking is not committed by highly organized criminal networks, but rather by family members, acquaintances and neighbours*»)⁸. Si tratta di una presa di posizione estremamente significativa che costituirà il punto di partenza dell'analisi proposta nei prossimi capitoli.

Ciò che si intende dimostrare è, infatti, come l'UNODC abbia promosso, negli ultimi anni, un'interpretazione evolutiva della definizione di tratta di esseri umani cristallizzata nel Protocollo sul *trafficking*, annesso alla Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine transnazionale organizzato, firmato a Palermo nel 2000⁹.

2. La tratta di esseri umani tra il XIX e il XX secolo

La tratta di esseri umani è un processo storicamente legato sia alla schiavitù che alla prostituzione di donne e bambini.

⁶ Ciò, secondo il rapporto, potrebbe essere dovuto in parte ad un generale rafforzamento dei controlli alle frontiere per quanto riguarda i paesi che sono tipicamente oggetto di tratta transnazionale, ovvero, per i paesi di origine, il miglioramento dei controlli alle frontiere potrebbe anche aver comportato l'intercettazione di un maggior numero di vittime durante il processo di trasferimento all'estero. Tale aumento potrebbe però da altra parte essere spiegato anche in termini di un aumento della consapevolezza tra le autorità dell'esistenza della tratta interna o in termini di estensione giurisprudenziale.

⁷ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2018*, cit., p. 13.

⁸ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2016*, United Nations, New York, 2016, p. 61, reperibile sul sito: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf. Cfr. altresì: International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), *Targeting vulnerabilities: The Impact of the Syrian War and Refugee Situation on Trafficking in Persons*, Vienna, 2015, reperibile sul sito: https://www.icmpd.org/fileadmin/ICMPD-Website/Anti-Trafficking/Targeting_Vulnerabilities_EN_SOFT_.pdf.

⁹ United Nations, *United Nations Convention against Transnational organized crime and the protocols thereto*, 12.12.2000. La Convenzione è corredata da tre Protocolli addizionali, di cui il primo sulla tratta di persone (*Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children*), il secondo sullo 'smuggling' dei migranti (*Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*) e il terzo sulla manifattura e il commercio illecito di armi (*Protocol against the Illicit Manufacturing of and Trafficking in Firearms, Their Parts and Components and Ammunition*).

Si tratta di due binari che, sul piano giuridico internazionale, viaggiarono parallelamente e attraversarono tutto il XX secolo per approdare nel 2000 ad punto di convergenza, rappresentato dal richiamato Protocollo sul *trafficking*, firmato a Palermo, dove una nuova definizione di tratta di esseri umani ha consentito per la prima volta di slegare il *processo* dal *fine* dello sfruttamento. In tale nuova definizione, il fine della condotta è esplicito in maniera tale che sia la schiavitù che la prostituzione rappresentano solo due delle possibili forme dello sfruttamento finale e non lo sbocco o la necessaria premessa della tratta.

Per analizzare l'evoluzione di questi concetti a livello internazionale, sarà opportuno, dunque, in questo primo capitolo, ripercorrere i passaggi essenziali del dibattito e di quanto ne è scaturito nei più importanti strumenti giuridici internazionali che hanno segnato il ventesimo secolo in questo ambito.

2.1. La tratta degli schiavi («*black slavery*»)

A livello internazionale, il divieto di tratta degli schiavi si affermò prima del divieto di schiavitù. Ciò è testimoniato dal fatto che nel XIX ci si concentrò quasi esclusivamente sulla tratta degli schiavi, mentre nel XX secolo quest'ultima venne messa in secondo piano rispetto alla schiavitù e alle altre forme di sfruttamento.

In questo periodo, la preoccupazione degli Stati occidentali era concentrata, in particolare, sulla tratta dei neri d'Africa. Già nel Congresso di Vienna del 1815, in effetti, molto tempo prima che si affermasse – sul piano internazionale – l'obbligo di abolire e reprimere la schiavitù, con il divieto di tratta si intese impedire che su di essa si lucrasse¹⁰.

Più precisamente, va rammentato che tutti gli Stati di Vienna, all'epoca, avevano già interiorizzato nei propri ordinamenti il divieto di schiavitù, perciò il problema della tratta si pose in quanto fenomeno di rilevanza internazionale. Questo rende evidente come fosse più impellente l'esigenza di occuparsi, a livello convenzionale, della tratta degli schiavi, piuttosto che della schiavitù.

¹⁰ Dichiarazione relativa all'abolizione a livello universale della tratta di schiavi, Congresso di Vienna, atto XV, 8 febbraio 1815, allegato 15 dell'Atto finale, *Dichiarazione contro la tratta dei negri*. Per un commento, si veda: SAULLE M.R., Voce: *Schiavitù* (diritto internazionale), in *Enciclopedia del diritto*, XLI, 1989, pp. 641 e ss. Cfr. in generale: PICCIONI A., *In catene. Storia della tratta degli schiavi*, Firenze, 1993 e BRASIELLO T., *Personalità individuale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, 1939, p. 1042.

La definizione di tratta degli schiavi («*slave trade*») fece ingresso in una convenzione internazionale, accanto alla schiavitù, solo nel 1926, con l'approvazione da parte della Società delle Nazioni della Convenzione di Ginevra¹¹:

*«the slave trade includes all acts involved in the capture, acquisition or disposal of a person with intent to reduce him to slavery; all acts involved in the acquisition of a slave with a view to selling or exchanging him; all acts of disposal by sale or exchange of a slave acquired with a view to being sold or exchanged, and, in general, every act of trade or transport in slaves»*¹².

Sebbene dalla lettura dei lavori preparatori della Lega delle Nazioni, non si evinca alcuna informazione utile ai fini dell'interpretazione di tale fattispecie¹³, appare piuttosto chiaramente come la definizione di tratta degli schiavi fosse equiparata all'atto, oneroso o gratuito, del commercio degli schiavi. La connotazione in termini dinamico/commerciali della tratta, perciò, in questo momento storico, non sembrò aggiungere né modificare granché in termini di disvalore alla fattispecie di schiavitù, che verrà definita, a livello internazionale, per la prima volta, nella stessa Convenzione¹⁴. La schiavitù costituisce, qui, sia lo scopo che la premessa del reato di tratta e ciò rappresenta la differenza più rilevante, come vedremo, rispetto alla definizione di tratta che verrà adottata nel 2000, dove la condizione di schiavitù è menzionata unicamente come uno dei possibili fini della condotta di tratta¹⁵.

Il divieto di tratta degli schiavi venne ribadito in vari successivi documenti internazionali. Un obbligo di repressione della tratta degli schiavi fu, infatti, sancito

¹¹ Società delle Nazioni, Convenzione relativa alla schiavitù adottata a Ginevra il 25 settembre 1926, entrata in vigore il 9 marzo 1927. L'Italia ratificò questa convenzione il 25 agosto del 1928 (l'ordine di esecuzione è contenuto nel r.d. 26 aprile 1928, n. 1723).

¹² Tr. It: «*la tratta degli schiavi include qualunque atto di cattura, di acquisto o di cessione d'un individuo allo scopo di ridurlo in schiavitù; qualunque atto di cessione mediante vendita o cambio di uno schiavo acquistato per essere venduto o cambiato, così come, in generale, qualunque atto di commercio o di trasporto di schiavi*»

¹³ ALLAIN J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martin Nijhoff Publishers, Leiden, 2013, p. 79.

¹⁴ Sulla distinzione tra *slavery* e *slave trade*, si veda anche: VAN DER WILT H.G., *Trafficking in human beings: a modern form of slavery or a transnational crime?*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 2014, 13, reperibile sul sito: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393338. L'Autore ritiene che l'art. 1 (contenente entrambe le definizioni) faccia una distinzione «*between a static situation in which a person is reduced to a mere commodity and a dynamic process, enumerating all those commercial acts which are inherent to legal ownership*».

¹⁵ Come si vedrà, analizzando la normativa italiana, la definizione di tratta accolta dal nostro codice penale è sempre stata e tuttora è ancora al tradizionale paradigma che vede la schiavitù sia come premessa che come scopo della condotta.

dalla Convenzione di Ginevra del 1958 sull'alto mare, dalla Convenzione di Tokyo del 1963 sull'aviazione civile internazionale e dalla Convenzione di Montego Bay del 1982¹⁶. In tali Convenzioni, la tratta è ancora fortemente legata alla schiavitù. A conferma di ciò sembra militare l'art. 99 della Convenzione di Montego Bay, in base al quale la semplice circostanza che uno schiavo si rifugi a bordo di una nave impone allo Stato di bandiera di renderlo libero *ipso facto*. Nella misura in cui si impone l'obbligo di ricostituire lo *status libertatis* della persona, la Convenzione appare escludere tutte le altre situazioni nelle quali l'essere umano, per quanto oggetto di indebito sfruttamento, mantenga la propria formale capacità giuridica¹⁷.

In presenza di una prassi internazionale, così costante, in ordine al divieto di tratta, vi è stato addirittura chi ha sostenuto che si fosse venuta a creare una norma consuetudinaria di diritto internazionale¹⁸.

2.1.1. La schiavitù

«Poiché non è né uomo né bestia, né straniero né autoctono, né morto né vivo, lo schiavo finisce per svolgere un'importante funzione per il padrone e per la società che lo domina. Ma è comunque il padrone con la sua autorità che lo mette in contatto con il mondo dei vivi a pieno titolo, e gli consente di esistere» (Pino Arlacchi, *Schiavi*, 1999)

Alla luce di tali premesse, risulta essenziale analizzare il dibattito sviluppatosi intorno alla nozione di schiavitù, essendo la stessa determinante ai fini dell'individuazione della portata del concetto di tratta in questo periodo storico¹⁹.

È proprio all'interno del dibattito abolizionista, ed in particolare nel XIX secolo, che si cominciò a formare, in seno agli Stati coloniali europei, un interesse per la questione della schiavitù.

¹⁶ Convenzione di Montego Bay sul diritto del mare del 10 dicembre 1982 (entrata in vigore nel 1994), che ha sostituito, nei rapporti fra gli Stati contraenti, le precedenti Convenzioni di Ginevra del 1958 sul mare territoriale e la zona contigua, sull'alto mare, sulla piattaforma continentale e sulla pesca; Convenzione concernente le infrazioni e taluni altri atti commessi a bordo di aeromobili conclusa a Tokio il 14 settembre 1963.

¹⁷ SALERNO F., *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004, p. 2113.

¹⁸ BRASIELLO T., *Personalità individuale*, cit., p. 1043. Una simile opinione vedremo che è fermamente smentita dalla ricostruzione di chi ritiene che, oggi, la tratta di esseri umani e la schiavitù siano da intendersi come due crimini totalmente distinti.

¹⁹ Cfr. altresì: LENZERINI F., *L'evoluzione contemporanea del concetto di schiavitù nel diritto internazionale consuetudinario*, in *Studi senesi*, 2000, p. 485.

Il tema della schiavitù fu preso in considerazione, a livello internazionale, per la prima volta nel 1922, quando l’Etiopia presentò domanda di ammissione alla Società delle Nazioni. Il Governo italiano, dopo uno scambio di vedute con quello britannico, decise di non opporsi all’ingresso di questa nella Società delle Nazioni, a condizione, però, che il Governo etiopico si fosse impegnato con una dichiarazione ad aderire alle previsioni in materia di abolizione della schiavitù e di regolamentazione del commercio delle armi e delle munizioni, secondo i principi consacrati dalla Convenzione di Saint-Germain del 10 settembre 1919²⁰. Si trattava, sostanzialmente, di fornire un atto di dimostrazione del raggiungimento da parte dello Stato africano di un «*higher degree of civilisation*».

La discussione sulla schiavitù emerse, dunque, a livello internazionale, durante l’era coloniale europea, per essere utilizzata contro quei Paesi che non si riteneva avessero raggiunto lo *standard* di civiltà determinato dai membri della Lega delle Nazioni²¹.

Come sostenuto da alcuni studiosi di quel periodo storico, fu, infatti, l’impegno contro la schiavitù a fornire alle potenze coloniali una giustificazione morale per la conquista dell’Africa: in altre parole, la fine della schiavitù e del commercio degli schiavi rappresentò il pretesto per la colonizzazione dell’Africa da parte delle potenze europee²².

Il 12 giugno 1924 l’Assemblea della Società delle Nazioni costituì una Commissione temporanea sulla schiavitù (*Temporary Slavery Commission*), incaricata di predisporre un progetto di convenzione che ponesse le basi per una progressiva abolizione della schiavitù. La Convenzione che ne scaturì, infatti, non proibì la schiavitù in sé, ma stabilì un generico impegno da parte degli Stati a «*prosequire la soppressione completa della schiavitù sotto tutte le sue forme, in modo progressivo e al più presto possibile*».

La Convenzione del 1926, di cui si è già detto in ordine al divieto di tratta degli schiavi, fu, però, il primo trattato internazionale a contenere una definizione di schiavitù; la stessa venne formulata nei seguenti termini:

²⁰ ALLAIN J., *The Legal Definition of Slavery into the Twenty-First Century*, in ALLAIN J. (a cura di), *The Legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary*, Oxford University Press, Oxford, 2012, pp. 200-201.

²¹ Ivi, p. 206.

²² QUIRK J., *Ending Slavery in all Its Forms: Legal Abolition and Effective Emancipation in Historical Perspective*, in *The International Journal of Human Rights*, 2008, 12(4), pp. 529-539.

«slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised»²³.

Con l'uso di tale espressione, apparve subito chiaro che la Lega delle Nazioni avesse inteso operare una distinzione tra lo *status* e la *condizione*, al fine di comprendere, nella nozione, non solo le ipotesi di schiavitù *de jure*, ma anche quelle *de facto*²⁴. La rilevanza di una tale precisazione si rinvenne nella circostanza per cui, all'epoca, come si è accennato, la maggioranza degli Stati parte della Lega delle Nazioni aveva già abolito formalmente la schiavitù all'interno dei propri ordinamenti.

Le indicazioni più importanti a livello internazionale su cosa costituissero «*esercizio degli attributi del diritto di proprietà*» («*powers attaching to the right of ownership*») furono fornite dal Segretario Generale delle Nazioni Unite solo nel 1953, mediante un elenco di indicatori relativi all'esercizio del diritto di proprietà²⁵. Si tratta, in particolare, di sei caratteristiche – la cui soddisfazione non è richiesta cumulativamente – del potere il cui esercizio può dar luogo ad una situazione di schiavitù:

- «1) The individual may be made an object of purchase;*
- 2) the master may use the individual, in particular his or her capacity to work, in an absolute manner;*
- 3) the products of the individual's labour become the property of the master without any compensation commensurate to the value of the labor;*
- 4) the ownership of the individual can be transferred to another person;*
- 5) the status/condition of the individual is permanent in the sense that it cannot be terminated at the will of the individual;*
- 6) the status/condition is inherited/inheritable».*

Queste specificazioni, tra cui, in particolare, quelle relative all'utilizzo del lavoro di una persona in maniera sostanzialmente illimitata, nonché al diritto ad ottenere i frutti di tale attività, senza una compensazione commisurata al valore del lavoro prestato, ci danno la misura del tentativo del Segretario Generale di adottare un'impostazione

²³ Trad. It.: «*lo stato o la condizione di un individuo sul quale si esercitano gli attributi del diritto di proprietà o taluni di essi*».

²⁴ ALLAIN J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, cit., pp. 121-122.

²⁵ UN Economic and Social Council, *Slavery, the Slave Trade and Other Forms of Servitude: Report of the Secretary-General*, UN Doc. E/2357, 27 January 1953.

sostanzialistica alla questione della schiavitù, andando ad individuare in concreto i possibili esiti, su un piano strettamente fattuale, di questa grave forma di sfruttamento²⁶.

2.1.2. Il lavoro forzato e la servitù

La scelta della Società delle Nazioni di limitarsi a fornire la definizione di schiavitù, trascurando di prendere in considerazione le ulteriori, e pur esistenti, gravi forme di sfruttamento dell'essere umano, pose, negli anni successivi, l'esigenza di adottare a livello internazionali nuovi strumenti giuridici, necessari a fornire la definizione di quei concetti, come il lavoro forzato e la servitù, di cui la Convenzione di Ginevra del 1926 si era – volutamente – disinteressata.

In particolare, l'inserimento del lavoro forzato all'interno della Convenzione del 1926 fu una delle questioni più dibattute nel corso delle negoziazioni. Vi fu, infatti, una forte resistenza da parte degli Stati coloniali ad assoggettare le proprie pratiche di lavoro alla regolazione internazionale.

L'art. 5 della Convenzione del 1926, pur non definendo il lavoro forzato, acconsentì ad un suo ricorso, statuendo che esso potesse «*essere esatto solo per scopi pubblici*» e richiedendo agli Stati Parte di prendere tutte le misure necessarie per prevenire che il lavoro forzato o obbligatorio mutasse in lavoro prestato in condizioni analoghe alla schiavitù. Il risultato fu, dunque, quello di occuparsi del lavoro forzato solo nell'ottica di evitare che lo stesso degenerasse in schiavitù²⁷. Se da una parte, la schiavitù poteva dirsi inaccettabile in ogni caso, alle medesime conclusioni non si giunse con riguardo al lavoro forzato.

Il lavoro forzato costuiva, infatti, all'epoca, l'oggetto di interesse dei governi coloniali, i quali, per poter continuare ad usufruirne, tracciarono una distinzione ben precisa tra lavoro forzato estorto da un privato e quello estorto da un pubblico potere, legittimando solo in quest'ultimo caso il ricorso ad esso²⁸.

²⁶ Sebbene ciò non possa considerarsi determinante per individuare il contenuto sostanziale del divieto internazionale della schiavitù. In tal senso, cfr.: GALLAGHER A. T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, pp. 183-184.

²⁷ GIAMMARINARO M.G., *La servitù domestica. Spunti per una definizione giuridica*, in CARCHEDI F., MOTTURA G., PUGLIESE E. (a cura di), *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, Franco Angeli, Milano, 2003, p. 155.

²⁸ Figlio di questa impostazione è anche l'art. 4 della Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma il 4.11.1950 dai 12 stati al tempo membri del Consiglio d'Europa (Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia,

La questione venne poco dopo presa in considerazione dall'ILO (*International Labour Organization*) che nel 1930 adottò la Convenzione sul lavoro forzato²⁹.

La Convenzione, tuttora in vigore sebbene sia stata oggetto di modifiche, definisce all'art. 2 il lavoro forzato o obbligatorio come

«all work or service which is exacted from any person under the menace of any penalty and for which the said person has not offered himself voluntarily»³⁰.

Lo stesso articolo, tuttavia, al par. 2, prevede una serie di eccezioni, nel senso che il lavoro non può definirsi forzato o obbligatorio quando questo è prestato per fini od interessi che possono definirsi *pubblici*³¹. Anche in questo caso non fu stabilito un divieto ma l'impegno degli Stati *«ad abolire nel più breve tempo possibile l'impiego del lavoro forzato o obbligatorio in tutte le sue forme»*.

Il diverso atteggiamento degli Stati nei confronti della schiavitù e del lavoro forzato trova giustificazione, come si è accennato, nel contesto coloniale dell'epoca: se da una parte la schiavitù era riferita alla cosiddetta *«african slavery»*, praticata dalle

Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia). L'art. 4 della CEDU, con riguardo al lavoro forzato, traccia, invero, quella stessa distinzione pubblico/privato: «2. Nessuno può essere costretto a compiere un lavoro forzato od obbligatorio. 3. Non è considerato «lavoro forzato od obbligatorio» ai sensi del presente articolo: (a) il lavoro normalmente richiesto a una persona detenuta alle condizioni previste dall'articolo 5 della presente Convenzione o durante il periodo di libertà condizionale; (b) il servizio militare o, nel caso degli obiettori di coscienza nei paesi dove l'obiezione di coscienza è considerata legittima, qualunque altro servizio sostitutivo di quello militare obbligatorio; (c) qualunque servizio richiesto in caso di crisi o di calamità che minacciano la vita o il benessere della comunità; (d) qualunque lavoro o servizio facente parte dei normali doveri civici».

²⁹ ILO, *Convention concerning Forced or Compulsory Labour (No. 29)*, adottata il 28 giugno 1930 a Ginevra ed entrata in vigore il 1° maggio 1932. È interessante notare che l'adozione venne dalla presente Convenzione venne preceduta da uno studio delle leggi e delle prassi adottate nelle colonie con riguardo al lavoro forzato.

³⁰ Trad. It.: «ogni lavoro o servizio estorto ad una persona sotto minaccia di una punizione o per il quale detta persone non si sia offerta spontaneamente».

³¹ Art. 1, par. 2, *Convention concerning Forced or Compulsory Labour*: «Nevertheless, for the purposes of this Convention, the term forced or compulsory labour shall not include: (a) any work or service exacted in virtue of compulsory military service laws for work of a purely military character; (b) any work or service which forms part of the normal civic obligations of the citizens of a fully self-governing country; (c) any work or service exacted from any person as a consequence of a conviction in a court of law, provided that the said work or service is carried out under the supervision and control of a public authority and that the said person is not hired to or placed at the disposal of private individuals, companies or associations; (d) any work or service exacted in cases of emergency, that is to say, in the event of war or of a calamity or threatened calamity, such as fire, flood, famine, earthquake, violent epidemic or epizootic diseases, invasion by animal, insect or vegetable pests, and in general any circumstance that would endanger the existence or the well-being of the whole or part of the population; (e) minor communal services of a kind which, being performed by the members of the community in the direct interest of the said community, can therefore be considered as normal civic obligations incumbent upon the members of the community, provided that the members of the community or their direct representatives shall have the right to be consulted in regard to the need for such services».

popolazioni indigene africane, dall'altra parte il lavoro forzato era riferito alla domanda di lavoro da parte dei governi coloniali.

La distinzione riflette anche differenti obblighi, in quanto la schiavitù doveva essere progressivamente abolita, mentre il lavoro forzato per effetto della Convenzione dell'ILO del 1930 fu legittimato in tutta una serie di circostanze, tutte connotate da un interesse pubblico.

Dunque, da una prospettiva storica la differenza tra lavoro forzato e schiavitù non rifletteva una diversa gravità di abusi, ma una distinzione pubblico/privato, nel senso che il primo fu considerato legittimo quando richiesto da un soggetto pubblico.

Solo con l'affermarsi della discussione sui diritti umani, come si vedrà, tale distinzione assumerà una connotazione sia qualitativa che quantitativa: in tale ambito, infatti, si tende a percepire la differenza tra i due concetti come un diverso *vulnus* e, dunque, per il diverso grado di offesa ai diritti fondamentali dell'individuo. Con la Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali adottata dal Consiglio d'Europa nel 1950, tuttavia, si ripropose la medesima impostazione, volta ad escludere la sussistenza di un «*lavoro forzato*» quando richiesto da un soggetto pubblico³².

La lapidaria, quanto lacunosa, definizione di schiavitù contenuta nella Convenzione permise agli attivisti per l'abolizione della schiavitù, come vedremo nel prossimo capitolo, di dare nel tempo al concetto un'interpretazione molto ampia, per farvi rientrare molte delle (attuali) forme di sfruttamento non caratterizzate dall'esercizio di poteri corrispondenti al diritto di proprietà³³.

Nel senso di un ampliamento del campo di applicazione della Convenzione del 1926, passi avanti furono compiuti solo con la Convenzione supplementare del 1956³⁴, la quale ebbe come obiettivo principale quello di prendere in considerazione le istituzioni e le pratiche simili alla schiavitù individuate, in particolare, nel *debt bondage* (servitù da debito), nel *serfdom* (servaggio, ossia l'istituto che richiama

³² Cfr. nota n. 28.

³³ Sul punto, si approfondirà nel successivo capitolo. Qui, è sufficiente osservare che la correttezza di tale operazione è stata smentita da Jean Allain, il quale, provvedendo ad analizzare meticolosamente i *travaux préparatoires* della Convenzione, ha messo in luce la volontà degli Stati firmatari di limitare in maniera estremamente restrittiva l'ambito di applicazione della proibizione, non estendendola, ad esempio, alle ipotesi di servitù. Si veda in proposito: ALLAIN J., *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Conventions*, Martiuns nijhoff, Leiden, 2008, pp. 50-60.

³⁴ Organizzazione delle Nazioni Unite, *Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery*, firmata a Ginevra il 7 settembre del 1956, venne recepita e resa esecutiva in Italia con la legge n. 1304 del 20 dicembre 1957.

quello storico della servitù della gleba), nelle forme servili di matrimonio, nello sfruttamento dei bambini, nonché nella tratta degli schiavi.

La Convenzione del 1956 nacque con l'intento di occuparsi della servitù, non inclusa nella Convenzione del 1926, in quanto – al pari del lavoro forzato – non era considerata un problema a connotazione internazionale. Tuttavia, durante i lavori preparatori della Convenzione Supplementare, il cambiamento di terminologia venne caldeggiato dai rappresentanti dell'Unione Sovietica che proposero l'utilizzo dell'espressione «*istituzioni o pratiche simili alla schiavitù*» al posto di quella di servitù incontrando alcune difficoltà linguistiche con riferimento a quest'ultimo concetto³⁵.

Il concetto di «*servitù*» si affermò, all'interno del sistema delle Nazioni Unite, solo dopo la Seconda Guerra mondiale, quando se ne percepì l'utilità nel campo dei diritti umani. Esso fu introdotto, per la prima volta, nella Dichiarazione Universale dei diritti dell'uomo del 1948³⁶ e, successivamente, dalla Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali³⁷, ma venne – successivamente – abbandonato nella Convenzione supplementare del 1956 che, come si è detto, preferì utilizzare la terminologia *istituzioni o pratiche simili alla schiavitù*.

Sebbene menzionato, all'interno delle convenzioni sopra richiamate, il concetto della servitù non trova, ancora oggi, una definizione a livello internazionale.

Come si vedrà nel prossimo capitolo, la Corte Europea dei diritti dell'uomo³⁸ ha tentato, negli ultimi anni, di dare contenuto al concetto.

Oggi, si ritiene, comunque, che la servitù – a livello internazionale – coincida con le quattro forme di stato servili contenute nella Convenzione del 1956 (*debt bondage, serfdom, servile marriage e child trafficking*)³⁹ di cui quest'ultima fornisce una puntuale definizione. In particolare, appare interessante la definizione di *debt bondage* ivi cristallizzata:

«debt bondage, that is to say, the status or condition arising from a pledge by a debtor of his personal services or of those of a person under his control as security for a debt, if the value of those services as reasonably assessed is not applied towards

³⁵ ALLAIN J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, cit., pp. 146-147.

³⁶ Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo, adottata il 10 dicembre 1948, art. 4: «*Nessun individuo potrà essere tenuto in stato di schiavitù o di servitù*».

³⁷ Art. 4, par. 1, CEDU: «*Nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù*».

³⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Siliadin c. Francia*, sentenza del 26 luglio 2005.

³⁹ ALLAIN J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, cit., pp. 160 e ss.

the liquidation of the debt or the length and nature of those services are not respectively limited and defined»⁴⁰.

Come si vedrà nel prossimo capitolo, un rinnovato interesse per la questione della schiavitù si associò alla costituzione nel 1993 e nel 1994 – rispettivamente – dei tribunali penali *ad hoc* per la Ex Jugoslavia e il Rwanda, e in seguito alle negoziazioni per lo Statuto della Corte penale internazionale.

In effetti, al momento dell'adozione dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale⁴¹, tra i crimini contro l'umanità venne inserita anche la riduzione in schiavitù⁴². In particolare, la riduzione in schiavitù viene qui definita come:

«l'esercizio su una persona di uno o dell'insieme dei poteri inerenti al diritto di proprietà, anche nel corso del traffico di persone, in particolare di donne e bambine a fini di sfruttamento sessuale».

La prima parte della definizione di *enslavement* riprende, dunque, quella contenuta nella Convenzione del 1926, mentre la seconda parte non estende né modifica tale definizione, ma si limita ad evidenziare il fatto che il fenomeno in questione può verificarsi anche nel contesto della tratta.

2.2. La tratta a fini di prostituzione («white slavery»)

A differenza della tratta degli schiavi, del lavoro forzato, della schiavitù e della servitù, che hanno tutti origine nel movimento abolizianista della tratta transatlantica degli schiavi (*Transatlantic Slave Trade*), la tratta, intesa come riferita a tutti gli esseri umani in generale (*trafficking in persons*), rinviene le proprie origini in un diverso ambito.

⁴⁰ Trad. it: «la servitù per debiti, ossia lo stato o la condizione di chi, essendo debitore, si è obbligato a fornire, a garanzia d'un debito i suoi servizi o quelli di persona soggetta alla sua autorità, qualora il valore di questi servizi, valutato in termini ragionevoli, non sia destinato all'estinzione del debito, ovvero se la durata degli stessi non sia determinata oppure la loro natura non sia definita».

⁴¹ Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, concluso a Roma il 17 luglio 1998, approvato dall'Assemblea federale il 22 giugno 2001 e ratificato con strumenti depositati dalla Svizzera il 12 ottobre 2001. Entrato in vigore per la Svizzera il 1° luglio 2002.

⁴² Art. 7, par. 1-2, lett. c), Statuto di Roma della Corte penale internazionale, U.N. Doc, A/CONF.183/9, firmato il 17 luglio 1998.

Essa è entrata nel linguaggio internazionale all'inizio del ventesimo secolo in relazione alla schiavitù bianca («*white slavery*»): termine usato per riferirsi al reclutamento forzato o fraudolento ai fini della prostituzione⁴³.

Il concetto di «*white slavery*» fu elaborato, in particolare, dagli attivisti impegnati nella lotta alla prostituzione in Europa⁴⁴. Serviva, da una parte, per distinguere la schiavitù sessuale delle donne dalla schiavitù degli africani durante il diciannovesimo secolo, dall'altra parte, a mettere a confronto, su un piano morale, i due tipi di sfruttamento⁴⁵.

La diffusione internazionale del fenomeno della «*white slavery*» finì per diventare il pretesto per adottare misure contro (tutta) la prostituzione nel mondo. Le nuove campagne abolizioniste emularono sia la retorica che le tattiche della precedente campagna anti-schiavitù, forgiando una coalizione altrettanto ampia con i gruppi evangelici che svolsero in tal senso un ruolo di primo piano⁴⁶. Venne, infatti, intrapresa una crociata morale contro la prostituzione – utilizzando l'immagine della donna bianca, giovane e innocente costretta o ingannata a lavorare nella *sex industry* in terre straniere⁴⁷ – che andò progressivamente ad alimentare una generale offensiva contro tutte le forme di sessualità extraconiugale e non riproduttiva⁴⁸.

Dalla seconda metà del diciannovesimo secolo, il concetto di «*white slavery*» fu, invero, associato sia alla prostituzione in sé (con o senza licenza), sia al reclutamento ai fini della prostituzione, anche noto come «*white slave trade*» o «*trafficking*»⁴⁹.

All'interno di questo dibattito scomparve, dunque, ogni riferimento alla tratta degli schiavi, che al massimo venne menzionata per affermare che la «*white slavery*» era molto peggio della «*black slavery*» del passato. Le due questioni nel corso del Novecento vennero, pertanto, trattate separatamente, da differenti organizzazioni, in differenti strumenti internazionali e perseguite attraverso differenti canali

⁴³ GALLAGHER A. T., *The International Law of Human Trafficking*, cit., p. 13.

⁴⁴ Ivi, p. 55.

⁴⁵ Cfr. IRWIN M.A., *White Slavery' as Metaphor: Anatomy of a Moral Panic*, in *Ex-Post Facto: the History Journal*, 1996, 5.

⁴⁶ QUIRK J., *Trafficked into Slavery*, in *Journal of Human Rights*, 2007, 6, p. 188.

⁴⁷ BINDMAN J. E. DOEZEMA J., *Redefining Prostitution as Sex Work on the International Agenda*, in *Anti-Slavery International and NSWP*, 1997, p. 2.

⁴⁸ Cfr.: NADELMANN E.A., *Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society*, in *International Organization*, 1990, 44(4), pp. 479-526; WALKOWITZ J.R., *Male vice and feminist virtue: Feminism and the Politics of the prostitution in nineteenth century Britain*, in *History Workshop*, 1982, 13, pp. 77-94.

⁴⁹ BRUCHE E., *Models Wanted: The Search for an Effective Response to Human Trafficking*, in *Stanford Journal of International Law*, 2004, 1, pp. 7-11.

istituzionali. Come si è accennato, la piena integrazione dei due aspetti nell'ambito del problema della tratta verrà realizzata solo alla fine del ventesimo secolo.

La prima convenzione contro la «*white slavery*» fu adottata nel 1904 con l'intento di sopprimere il traffico criminale delle donne e delle ragazze coattivamente reclutate per scopi che venivano, all'epoca, definiti come 'immorali' (quali prostituzione e dissolutezza).

Nel 1910 fu concluso un secondo accordo che estese il suo campo di applicazione anche alle situazioni di adescamento e reclutamento non necessariamente coinvolgenti l'uso della forza, nonché verificatesi all'interno dei confini nazionali⁵⁰.

Il terzo e quarto accordo (1921 e 1933) furono conclusi sotto gli auspici della Lega delle Nazioni, che era stata incaricata di sovrintendere all'esecuzione degli accordi riguardanti il traffico di donne e bambini.

L'accordo del 1921 (Soppressione del traffico delle donne e dei bambini) evitò ogni riferimento alla «*white slavery*» e applicò una nuova nozione di «*immoral trafficking*», nei casi concernenti individui (sia donne che uomini) sotto i ventuno anni ovvero le donne con più di ventuno anni che fossero state costrette o ingannate.

Il termine «*white slavery*» fu successivamente superato e sostituito con il termine traffico di donne («*traffic in women*»). Ciò è dimostrato dall'adozione della Convenzione del 1933 (Soppressione del traffico delle donne di tutte le età), la quale incluse tra gli scopi della tratta tutti quelli sessuali e immorali, e non solo la prostituzione. È interessante notare che in quest'ultima convenzione venne meno l'elemento della coercizione, con la conseguenza che veniva punito il reclutamento anche qualora la donna coinvolta avesse prestato il proprio consenso⁵¹.

Nel 1949, le Nazioni Unite adottarono la Convenzione per la soppressione del traffico delle persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui⁵².

Tale Convenzione non fornì alcuna definizione del traffico o della tratta e l'assenza di lavori preparatori rende impossibile ogni analisi del significato di questa omissione⁵³. Dalla lettura delle disposizioni della Convenzione si evince che la stessa

⁵⁰ GALLAGHER A. T., *The International Law of Human Trafficking*, cit., p. 57.

⁵¹ Ivi, p. 14.

⁵² ONU, Convenzione sulla soppressione del traffico di persone e lo sfruttamento della prostituzione altrui, 1949, adottata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con risoluzione 317 (IV) del 2 dicembre 1949, aperta alla firma il 21 marzo 1950 ed entrata in vigore il 25 luglio 1951, reperibile in lingua originale al sito: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/TrafficInPersons.aspx>. La Convenzione è stata resa esecutiva in Italia con legge 23 novembre 1966 n. 1173.

⁵³ GALLAGHER A. T., *The International Law of Human Trafficking*, cit., p. 59.

non proibì l'atto della prostituzione in sé, né chiese la sua criminalizzazione, ma impose agli Stati parte di adottare misure economiche e sociali atte a prevenire la prostituzione. All'art. 1, gli Stati parte convennero di

«punire qualsiasi persona che, per soddisfare le passioni altrui: 1) procura, adesca o rapisca al fine di avviare alla prostituzione un'altra persona anche se consenziente; 2) sfrutta la prostituzione di un'altra persona anche se consenziente».

Nonostante la tratta non venne menzionata nel testo, il titolo della Convenzione ci induce a pensare che l'art. 1 non sia altro che l'espressione di ciò che all'epoca veniva percepito come tratta di persone. Occorre dar conto, a questo punto, che solo qualche anno dopo venne adottata, come si è visto, la Convenzione Supplementare sulla schiavitù in cui si operò una parziale modifica della definizione di tratta degli schiavi contenuta nella Convenzione del 1926:

«ogni atto di cattura, acquisto o cessione di persona per ridurla in schiavitù; ogni atto d'acquisto d'uno schiavo per venderlo o barattarlo; ogni atto di cessione mediante vendita o baratto d'una persona acquistata per venderla o barattarla e, in generale, ogni tanto di commercio o di trasporto di schiavi, qualunque sia il mezzo impiegato per il trasporto»⁵⁴.

Il confronto tra queste due disposizioni rende evidente quanto si è detto in ordine alla totale mancanza di comunicazione tra l'ambito della tratta degli schiavi e quello della tratta a fini di sfruttamento sessuale o della prostituzione. Negli stessi anni, vennero, infatti, adottate – a livello internazionale e dalla stessa organizzazione (Nazioni Unite) – due definizioni completamente diverse di tratta.

La Convenzione del 1949 presenta, indubbiamente, caratteri di innovatività: essa sembra configurare la prostituzione, sia volontaria che forzata, come materia di regolamentazione internazionale, a prescindere dalla sussistenza di un precedente movimento dell'individuo.

⁵⁴ Sebbene il contenuto essenziale della definizione non fosse mutato, a differenza della Convenzione del 1926 dove si parlava sempre e solo di «schiavo», nel 1956 si fece riferimento anche alla «persona», con l'effetto di ampliare il campo di applicazione della previsione.

In altre parole, la disposizione di cui all'art. 1 non riguardò il processo in sé della tratta, ma il mero sfruttamento della prostituzione⁵⁵. Ciò che venne punito fu, dunque, lo sfruttamento, quale unico elemento su cui sembra incentrarsi il disvalore della fattispecie, a prescindere dallo spostamento della persona.

Considerato che la Convenzione del 1949 non faceva distinzione tra la prostituzione volontaria e quella forzata, si è sostenuto che il documento avesse concepito la prostituzione in sé come forma di sfruttamento⁵⁶.

Inoltre per la prima volta non si fa riferimento al sesso delle persone coinvolte, indirizzandosi, la Convenzione, alla prostituzione sia degli uomini che delle donne.

Tale documento internazionale fu oggetto, solo qualche decennio più tardi, di rilevanti critiche da parte dell'UN *Special Rapporteur* sulla violenza sulle donne, il quale affermò che tale Convenzione non propendeva per un approccio basato sui diritti umani, né forniva misure di protezione alle donne, ma si limitava a considerare quest'ultime come dei soggetti vulnerabili che andavano salvati dal 'male della prostituzione'⁵⁷. Ciò nonostante, la Convenzione è sopravvissuta come l'unico trattato internazionale specializzato sulla tratta per più di mezzo secolo.

3. La tratta alla fine del XX secolo: tra l'azione della Comunità Europea e quella delle Nazioni Unite

Gli anni Novanta hanno segnato un cambiamento importante nel quadro normativo internazionale sulla tratta, anche in considerazione del mutato contesto politico, sociale ed economico generato dalla caduta del blocco comunista che aprì i confini ad una massa di persone in movimento in cerca di nuove opportunità.

Se, fino ad ora, la tratta era considerata un problema marginale, di basso profilo, e relegato esclusivamente al sistema dei diritti umani, nei primi anni dell'ultimo decennio del Novecento questo fenomeno ha assunto la rilevanza di un tema di interesse nazionale ed internazionale⁵⁸.

⁵⁵ Cfr.: QUIRK J., *Trafficked into Slavery*, cit., p. 192.

⁵⁶ STOYANOVA V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, pp. 21-22.

⁵⁷ Ivi, p. 61.

⁵⁸ GALLAGHER A. T., *The International Law of Human Trafficking*, cit., p. 16.

In tale periodo, un generale interesse per il tema della tratta di esseri umani si riscontrò anche da parte delle Istituzioni dell'allora Comunità Europea.

In una nota relazione sul traffico di esseri umani della Commissione per le libertà pubbliche e gli affari interni⁵⁹, presentata da Maria Paolo Colombo Scevi il 14 dicembre 1995, con cui si sottoponeva al Parlamento europeo una proposta di risoluzione, la tratta di esseri umani venne definita come

«l'atto illegale di chi, direttamente o indirettamente, favorisce l'entrata o il soggiorno di un cittadino proveniente da un paese terzo ai fini del suo sfruttamento utilizzando l'inganno o qualunque altra forma di costrizione o abusando di una situazione di vulnerabilità o incertezza amministrativa»⁶⁰.

L'ampiezza di tale definizione la rese estremamente innovativa rispetto al panorama dell'epoca: in un certo senso – si può dire oggi – che abbia preconizzato gli elementi chiave del dibattito che di lì a poco si sarebbe svolto, in seno alle Nazioni Unite, in vista dell'elaborazione del Protocollo sul *trafficking*.

Non solo, tale definizione rende palese come fino agli anni Novanta non vi fosse una chiara distinzione tra il *trafficking* e lo *smuggling*, che verrà sancita – a livello internazionale – soltanto nel 2000.

Nonostante lo sforzo di dettagliare le condotte e le modalità della tratta, nella motivazione alla proposta di risoluzione si precisò che il fenomeno della tratta riguardava (ancora) prioritariamente le donne e che, in tale contesto, dovesse essere considerata come qualsiasi atto o attività volta ad indurre una persona alla prostituzione, alla pornografia o a un lavoro degradante ovvero a mantenerla in siffatta condizione ricorrendo eventualmente al trasferimento in ambito nazionale o internazionale con il consenso della persona interessata ovvero usando inganni, minacce, strumenti coercitivi o di altro tipo.

Nelle tipologie di sfruttamento esplicitate nella proposta vennero elencati – tra gli altri – anche il lavoro forzato dei migranti clandestini, l'accattonaggio nelle strade, la vendita di droga da parte di stranieri, la pornografia e la prostituzione di donne.

⁵⁹ Parlamento europeo, *Relazione sul traffico di esseri umani della Commissione per le libertà pubbliche e gli affari interni del Parlamento europeo*, Relatrice On. Maria Paola Colombo Svevo, del 14 dicembre 1995, A4 0326/95.

⁶⁰ Ivi, p. 8, n. 1.

Nel febbraio del 1996, la Risoluzione sulla tratta di esseri umani venne adottata nella versione proposta.

Nello stesso anno la Commissione inviò una comunicazione al Consiglio e al Parlamento europeo sul traffico di donne a scopo di sfruttamento sessuale⁶¹, in cui, analizzando il contesto, definì il traffico come un crimine organizzato internazionale, concernente il trasporto di donne da Paesi terzi verso l'Unione europea a scopo di sfruttamento sessuale.

Pochi mesi dopo, il 24 febbraio 1997, il Consiglio dell'Unione europea adottò, nell'ambito dell'allora terzo pilastro dell'Unione, l'Azione comune 97/154/GAI⁶² per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini.

Con tale atto si invitavano sostanzialmente gli Stati a rivedere le proprie normative penali in materia di tratta e collaborazione giudiziaria, al fine di procedere all'armonizzazione delle stesse. Anche tale atto considera la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, ancora una volta, come un crimine organizzato internazionale.

Apprezzabile appare in tale documento lo sforzo di concepire separatamente le due definizioni di *trafficking* e di *sexual exploitation*.

La definizione di tratta di cui alla parte A del Titolo I si palesò piuttosto scarna e sovrapponibile al traffico di migranti:

«qualsiasi comportamento che agevola l'ingresso, il transito e il soggiorno nel territorio di uno Stato membro, nonché l'uscita da esso per uno degli scopi menzionati nel titolo I, parte B, lettere b) e d)», ossia «b) tratta a scopo di lucro di persone diverse dai bambini, finalizzata allo sfruttamento sessuale, alle condizioni di cui alla lettera a); (...) d) tratta di bambini finalizzata allo sfruttamento o all'abuso sessuali».

La definizione di tratta adottata dall'Azione comune fu, infatti, decisamente più ristretta rispetto a quella proposta dal Parlamento europeo, in quanto pose più forte enfasi sugli aspetti migratori e lo sfruttamento sessuale fu configurato come l'unico possibile obiettivo del movimento.

⁶¹ COM (1996) 567 def. del 20 novembre 1996.

⁶² Azione comune 97/156/GAI 24 febbraio 1997 adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del trattato sull'Unione europea per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, in GUCE L 63/2 del 4.3.1997.

Seguendo la linea già tracciata a livello internazionale durante la seconda parte del Novecento, anche la Comunità europea confermò, con l’Azione comune, un approccio alla tratta di esseri umani come fenomeno principalmente finalizzato allo sfruttamento sessuale di donne e bambini. L’Azione comune definiva lo sfruttamento sessuale in riferimento ad un adulto in maniera potenzialmente molto ampia, precisando che esso comprende «*almeno lo sfruttamento ai fini di prostituzione*».

Per quanto concerne la protezione delle vittime, l’Azione GAI si occupò esclusivamente dei testimoni dimostrando di voler promuovere un sistema premiale basato su una tutela a fini processuali. L’approccio repressivo dell’epoca al fenomeno della tratta si evince proprio da tale sistema, volto ad agevolare la testimonianza di quelle vittime a conoscenza di elementi utili ai fini dell’esercizio dell’azione penale, mediante la contropartita di un permesso di soggiorno provvisorio.

Se il dibattito interno alla Comunità europea dimostrò di volere collegare il problema della tratta di esseri umani a quello della criminalità organizzata e dell’immigrazione irregolare, un approccio simile sembrò emergere, nello stesso periodo, anche in seno alle Nazioni Unite. Quest’ultime, parallelamente alla gestione della tratta ai fini di prostituzione, intesero ben presto fronteggiare quelle che consideravano le nuove minacce internazionali, quali lo *smuggling* dei migranti e il crimine internazionale organizzato⁶³.

L’intersezione tra i concetti della tratta e dell’immigrazione illegale è dimostrata anche dal fatto che, a quel tempo, non vi era una terminologia specifica per distinguere questi due fenomeni: pertanto, inizialmente, venivano utilizzate indifferentemente le espressioni *illegal trafficking* e *human smuggling*⁶⁴. Entrambi, inoltre, erano considerati come problemi di rilevanza internazionale e, più precisamente, come crimini transnazionali. Ciò costituì la base, come si vedrà tra poco, per l’elaborazione dei rispettivi protocolli sotto l’ombrello della Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine transnazionale organizzato.

Solo la Convenzione delle Nazioni Unite, infatti, nell’ambito di uno strumento finalizzato al controllo dell’immigrazione e al contrasto del crimine transnazionale finì per tracciare una distinzione tra tratta di esseri umani e traffico di esseri umani

⁶³ STOYANOVA V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States’ Positive Obligations in European Law*, cit., p. 68.

⁶⁴ Si veda in proposito: UN, Measures to Combat Alien-Smuggling, Doc A/49/350, 30 agosto 1994; Cfr. STOYANOVA V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States’ Positive Obligations in European Law*, cit., p. 23.

che, nonostante la sua attuale problematicità, si è oggi radicata a livello internazionale⁶⁵.

La confusione tra i concetti sopra richiamati era, in particolare, testimoniata da una risoluzione delle Nazioni Unite del 1994 in cui si fece riferimento a

«the illicit and clandestine movement of persons across national and international borders...with the end goal of forcing women and girl-children into sexually or economically oppressive and exploitative situations for the profit of recruiters, traffickers, crime syndicates as well as other illegal activities related to trafficking such as forced domestic labour, false marriage, clandestine employment and forced adoption»⁶⁶.

Un anno dopo, il Segretario Generale delle Nazioni Unite in un rapporto indirizzato alle Nazioni Unite sviluppò questa discussione esaminando il nesso esistente tra la tratta e l'immigrazione illegale. In tale rapporto, nello specifico, si mise in luce, da una parte, la possibilità che la tratta potesse avere come scopo anche attività diverse dallo sfruttamento sessuale; dall'altra parte, si ammise che, nella realtà, le persone trafficate, sebbene inizialmente consenzienti, avrebbero potuto non acconsentire ad alcuni segmenti della tratta, durante lo spostamento⁶⁷.

La definizione del Segretario Generale, a differenza di quella espressa un anno prima dalla risoluzione dell'Assemblea generale, sembrò andare nella direzione di identificare la tratta con un 'processo', piuttosto che con un 'risultato'⁶⁸.

L'incertezza sull'esatto significato da dare al termine *trafficking* era d'altronde generalizzata. A tal proposito, non stupisce che la definizione proposta dall'IOM (*International Organization for Migration*) negli anni novanta fosse ancora fortemente legata all'atto del 'commercio' delle donne:

«any illicit transporting of migrant women and/or trade in them for economic or other personal gain»⁶⁹.

⁶⁵ Ivi, p. 31.

⁶⁶ Assemblea generale ONU, *Traffic in Women and Girls*, UN Doc, A/RES/49/166, 23 dicembre 1994.

⁶⁷ Assemblea Generale ONU, *Traffic in Women and Girls: Report of the Secretary-General*, UN Doc. A/50/369, 24 agosto 1995.

⁶⁸ GALLAGHER A. T., *The International Law of Human Trafficking*, cit., p. 18.

⁶⁹ IOM, *International Response to Trafficking in Migrants and the Safeguarding of Migrant Rights*, 1994, dove si afferma che i movimenti migratori internazionali vengono considerati «trafficking» se presentano le seguenti cinque condizioni: 1) scambio di denaro; 2) coinvolgimento di un facilitatore;

4. La Convenzione delle Nazioni Unite sul Crimine Transnazionale Organizzato

L'idea di una Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine transnazionale organizzato si affacciò, per la prima volta, nell'ambito della Conferenza ministeriale mondiale sulla criminalità organizzata, svoltasi a Napoli nel novembre del 1994, dove si evidenziò che le organizzazioni criminali stavano espandendo i loro affari in differenti Paesi, tanto da poter parlare di 'crimine multi-nazionale'⁷⁰.

Sull'onda di questo incontro, numerose sessioni di studio vennero organizzate dalla Commissione delle Nazioni Unite sulla prevenzione del crimine e la giustizia criminale, tanto che nel 1997, l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite istituì un gruppo intergovernativo di esperti al fine di preparare un disegno preliminare per una Convenzione contro il crimine transnazionale organizzato.

Il gruppo venne successivamente sostituito – per effetto della risoluzione dell'Assemblea generale 53/111 del 9 dicembre 1998 – da un Comitato *ad hoc*. Questo stesso giorno, con la risoluzione 53/114, l'Assemblea generale incaricò il neo-istituito comitato *ad hoc* di preparare, congiuntamente al testo della Convenzione, gli ulteriori strumenti internazionali contro la tratta di persone, il traffico di migranti e il traffico di armi⁷¹.

Nell'ottobre del 2000, il Comitato – dopo 11 sessioni – concluse i suoi lavori e dal 12 al 15 dicembre 2000 venne convocata la Conferenza politica dedicata alla firma della Convenzione a Palermo, città scelta per il valore altamente simbolico che essa rappresentava per il riscatto della società civile contro la criminalità organizzata.

Degna di nota fu la scelta di selezionare i temi del *trafficking* e dello *smuggling* per i Protocolli addizionali. In particolare, è stato sottolineato come, mentre le preoccupazioni relative ai diritti umani fornirono una spinta all'azione collettiva degli Stati, furono quelle legate ai temi della sovranità e della sicurezza – che la tratta e il

3) attraversamento di un confine internazionale; 4) ingresso illegale; 5) movimento volontario. Cfr. altresì: IOM, *Trafficking in Women to Italy for Sexual Exploitation*, 1996, reperibile sul sito: https://childhub.org/en/system/tdf/library/attachments/iom_1996_trafficking_in_wo2.pdf?file=1&type=node&id=16371.

⁷⁰ Cfr. McCLEAN D., *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford University Press, Oxford, 2007, p. 3.

⁷¹ MICHELINI G. e POLIMENI G., *Il fenomeno crimine transnazionale e la Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale*, in ROSI E. (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La convenzione ONU di Palermo*, Ipsoa, Milano, 2007, pp. 17 e ss.

traffico di migranti ponevano (e pongono) in quanto crimini di particolare gravità e diffusione – ad aver fatto da vera forza trainante⁷².

Il processo di stesura fu molto partecipato: vi presero parte oltre 100 Stati membri delle Nazioni Unite, osservatori di altre organizzazioni del sistema dell'ONU, organizzazioni intergovernative e organizzazioni non governative. In particolare, per quanto riguarda il Protocollo sul *trafficking*, il livello di partecipazione della società civile fu senza precedenti: come vedremo, l'interesse delle NGOs riguardò, soprattutto, la questione della prostituzione e il modo in cui essa doveva essere posta all'interno della definizione di tratta.

La Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale costituisce un *corpus* normativo organico; si tratta essenzialmente di uno strumento di cooperazione internazionale, il cui scopo è quello di promuovere la cooperazione tra gli Stati al fine di combattere il crimine organizzato che presenti caratteri di transnazionalità in modo più efficace. Nello specifico, contiene l'obbligo di incriminazione nelle legislazioni nazionali dei reati di partecipazione ad un'organizzazione criminale, di riciclaggio, di corruzione e di ostruzione alla giustizia.

In merito alla relazione tra la Convenzione e i Protocolli, va osservato che fu espressamente previsto che gli Stati potessero diventare 'parte' dei Protocolli solo se lo erano già della Convenzione; tutti e quattro i documenti, poi, ai fini della loro applicazione, dovevano essere interpretati sistematicamente, prendendo in considerazione gli scopi di ciascuno di essi⁷³.

4.1. I Protocolli annessi alla Convenzione di Palermo

L'Assemblea Generale delle Nazioni Unite adottò, come si è detto, insieme alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità Organizzata Transnazionale, tre protocolli concernenti, separatamente, la tratta di esseri umani, il traffico di migranti e il traffico di armi da fuoco.

⁷² GALLAGHER A., *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, in *Human Rights Quarterly*, 2001, 23, p. 976.

⁷³ Art. 37.

I Protocolli sono qualificati come ‘supplementari’ (o ‘addizionali’) alla Convenzione, nel senso che essi hanno l’obiettivo di estendere l’applicazione delle misure contenute nella Convenzione stessa ai reati specifici in essi previsti.

La redazione di Protocolli avvenne, inizialmente, su un terreno di scontro, placato solo dal successivo raggiungimento di un compromesso. All’origine, infatti, gli Stati membri delle Nazioni Unite erano nettamente divisi in due fazioni: da una parte, vi erano quelli che miravano all’elaborazione di una convenzione che riguardasse la criminalità organizzata *tout court* e, dall’altro, quelli che aspiravano ad una convenzione il cui campo di applicazione fosse circoscritto ad una serie di categorie specifiche di reato⁷⁴.

Vi è chi ha sottolineato, a tal proposito, come il nesso tra queste categorie di reato e il crimine organizzato fu importante per raggiungere un più ampio supporto per la stessa adozione dei Protocolli sul *trafficking* e sullo *smuggling*: l’esistenza di tale nesso va presa in considerazione, non solo per capire le motivazioni sottostanti la creazione di un quadro giuridico internazionale in tema di tratta, ma anche per meglio comprendere gli elementi stessi della definizione di tratta⁷⁵.

Da parte italiana, nel corso delle trattative, ci si dichiarò a favore di una convenzione generale sulla criminalità organizzata, in piena adesione all’atteggiamento tradizionale del nostro paese; nello stesso tempo, l’Italia si adoperò, come vedremo, a favore del protocollo sul traffico di migranti in considerazione dello speciale interesse al contrasto di tale specifico reato⁷⁶.

Per ciò che concerne i primi due protocolli, la proposta iniziale fu quella di considerare lo *smuggling* e il *trafficking* come un’unica questione: si propose di creare, infatti, un reato combinato di «*illegal trafficking and transport of migrants*»⁷⁷.

⁷⁴ POLIMENI G., *I protocolli supplementari alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, in AA. VV., *Criminalità transnazionale tra esperienze europee e risposte penali globali*, Atti del III Convegno Internazionale, promosso dal Centro Studi Giuridici “Francesco Carrara”, Lucca, 24-25 maggio 2002, p. 374. Cfr. altresì: McCLEAN D., *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, cit., p. 14, il quale fa notare come, durante le negoziazioni dei Protocolli addizionali «*[t]here was often a tension [...] between those who wished to address the special topics of trafficking, migrant smuggling [...] on their own terms and those who pointed to the overall context of transnational organized crime*».

⁷⁵ STOYANOVA V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States’ Positive Obligations in European Law*, cit., p. 25. Cfr. altresì: POLIMENI G., *I protocolli supplementari alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, cit., p. 379.

⁷⁶ *Ivi*, p. 377.

⁷⁷ HATHAWAY J.C., *The Human Rights Quagmire of Human Trafficking*, in *Virginia Journal of International Law*, 2008 (49), 1, p. 26.

La proposta sottoscritta da Italia e Austria durante la prima sessione del comitato *ad hoc*, in particolare, prevedeva che

«qualunque persona che intenzionalmente procuri, per il suo profitto, ripetutamente e in maniera organizzata, l'ingresso illegale di una persona in un altro Stato di cui quest'ultima non è cittadino o residente permanente commette il crimine di 'illegal trafficking and transport of migrants'»⁷⁸.

Da tale definizione, emerge chiaramente la volontà di criminalizzare l'attività in questione soltanto qualora fosse stato raggiunto un certo grado di sistematicità e strutturazione, tali da suggerire il coinvolgimento di un'organizzazione criminale. Successivamente i due problemi vennero affrontati separatamente. Secondo alcuni, si trattò di una feconda intuizione che consentì di distinguere le forme più gravi di sfruttamento ed individuare le misure volte alla protezione delle vittime; nonostante ciò, come vedremo nel prossimo capitolo, il *trafficking* è rimasto «una sorta di costola dello *smuggling*»⁷⁹.

La proposta di un protocollo sulla tratta di esseri umani fu, inizialmente, ben accolta dalla maggioranza degli Stati partecipanti ai negoziati, poiché la natura del crimine presentava convergenti interessi repressivi, propri sia dei Paesi di origine delle vittime che dei Paesi di destinazione.

Altrettanto non si poté dire per il protocollo sul traffico dei migranti (*smuggling*). I paesi di emigrazione erano, in effetti, restii al progetto di un protocollo *ad hoc*, in quanto temevano che ciò potesse costituire l'occasione per criminalizzare il fenomeno dell'emigrazione in sé⁸⁰. Ciò, tuttavia, venne, in parte, evitato attraverso la previsione – come si vedrà – dell'esclusione della punibilità del migrante trafficato per la condotta di *smuggling* perpetrata dal trafficante.

⁷⁸ Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, A/AC.254/4/Add.1, del 15 dicembre 1998.

⁷⁹ GIAMMARINARO M.G., *Verso una nuova strategia contro la tratta e lo sfruttamento*, in E. NOCIFORA (a cura di), *Quasi schiavi: paraschiavismo e super-sfruttamento nel mercato del lavoro del 21° secolo*, Santarcangelo Romagna, Maggioli, 2014, p. 126.

⁸⁰ POLIMENI G., *I protocolli supplementari alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, cit., p. 381.

4.1.1. Il Protocollo sullo *smuggling*

Le origini del Protocollo sullo *smuggling* possono essere rintracciate nell'iniziativa del governo austriaco (il quale continuò, anche dopo, a giocare un ruolo fondamentale nell'elaborazione del protocollo), che nel settembre del 1997 propose una convenzione sul traffico dei migranti irregolari e spiegò le sue ragioni in una lettera indirizzata al Segretario Generale, nella quale rappresentava il fenomeno in questione come una minaccia internazionale⁸¹. Allo stesso tempo, il Governo italiano, nel tentativo di affrontare il crescente problema dell'immigrazione irregolare proveniente dall'Albania, si era rivolta all'*International Maritime Organization* (IMO) con una proposta di direttive riguardanti la tratta dei migranti via mare.

Vista la decisione dell'IMO, che trasferì la questione a una propria commissione con una nota che affermava che la tratta era fuori dall'ambito di interesse dell'organizzazione, l'Italia decise, successivamente, di unire le forze con l'Austria per sviluppare uno strumento legale contro lo *smuggling*⁸² all'interno del contesto dei lavori della Commissione contro il crimine transnazionale internazionale⁸³.

L'originario mandato al comitato *ad hoc* non utilizzava il termine *smuggling* ma «*illegal trafficking in and transporting of migrants, including by sea*»; solo la Commissione sulla prevenzione del crimine e la giustizia criminale decise, nella sua ottava sessione, che il Protocollo avrebbe dovuto utilizzare la parola *smuggling* per differenziarla più chiaramente dal termine *trafficking*⁸⁴.

Una questione chiave durante tutte le negoziazioni fu quella relativa alla necessità di incorporare la prospettiva dei diritti umani in un documento le cui origini si ravvisavano in uno strumento di cooperazione giudiziaria e di polizia. Il bilanciamento non fu semplice, anche perché vi erano differenti politiche migratorie tra gli Stati parte: in particolare, vi erano disparità nel concepire il rapporto tra immigrazione irregolare e movimenti di rifugiati.

⁸¹ McCLEAN D., *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, cit., pp. 21 e ss.

⁸² Si rammenta che, all'epoca, l'Italia aveva già approvato una serie di norme volte a punire l'ingresso irregolare degli stranieri sul proprio territorio, in virtù degli obblighi a lei derivanti dall'Accordo di Schengen, di cui si parlerà nel prossimo capitolo.

⁸³ Si veda in proposito anche: GALLAGHER A., *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, cit., p. 983.

⁸⁴ A/AC.254/4/Add.1/Rev.2.

Le lacune nel diritto internazionale, relativa alla mancanza di una definizione di *smuggling*, all'assenza dell'obbligo di criminalizzare a livello nazionale lo *smuggling*, nonché alla mancanza dell'obbligo di estradare o perseguire gli autori di tale crimine⁸⁵, facilitavano, infatti, i movimenti non autorizzati di migranti.

In linea con gli obiettivi dell'originaria proposta di Italia e Austria, l'essenziale strategia dietro il Protocollo in questione fu quella di richiedere a tutti gli Stati parte di criminalizzare nelle proprie legislazioni nazionali la violazione delle norme sul controllo dell'immigrazione negli altri Stati parte.

L'intenzione di trasferire l'attenzione sul controllo dei confini, piuttosto che sulle vie legali di accesso, si rinviene anche nell'evoluzione – nel corso dei lavori preparatori – della figura del migrante trafficato⁸⁶. Sebbene, infatti, nelle prime bozze si parlò di migrante come 'vittima' del traffico, lasciando intendere che dal fatto del traffico potesse derivare anche un danno alla persona, le pressioni della delegazione italiana ad espungere il riferimento alla 'vittima' portarono ad una nuova definizione della figura del migrante all'interno dello *smuggling*.

La nozione di *victim of smuggling* venne, così, ad essere sostituita nel testo definitivo con quella più ambigua di *object of smuggling*, con la conseguenza che, fermo restando la non punibilità del migrante trafficato per complicità con il trafficante, si esclude la possibilità che anche in tale reato (al pari di quello sul *trafficking*) potesse venire in gioco una vittima. La presenza o meno di una vittima costituisce, infatti, una delle principali differenze tra *trafficking* e *smuggling*.

L'attuale formulazione dell'art. 3 del Protocollo in questione definisce il «traffico di migranti» come

«il procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente».

Il primo elemento della fattispecie consiste nell'intento specifico di realizzare l'ingresso illegale del migrante in uno Stato in cui questi non sia cittadino o residente

⁸⁵ GALLAGHER A. T., *The International Law of Human Trafficking*, cit., p. 90.

⁸⁶ Tali suggestioni sono state tratte dal dattiloscritto dell'Università Superiore Sant'Anna (anno accademico 2017-2018) di ROSSI R., *(S)oggetti di traffico. Aspetti di vittimizzazione, oggettivamente e criminalizzazione del migrante trafficato a livello internazionale ed europeo in prospettiva comparata*, pp. 14 e ss.

a titolo permanente. Il secondo elemento fondamentale consiste nello scambio di benefici tra trafficante e migrante: il profitto per il trafficante e l'ingresso illegale nello Stato per il migrante. Entrambi i soggetti della fattispecie agiscono, dunque, volontariamente per raggiungere i propri scopi.

Il bene giuridico protetto dalla fattispecie, a ben vedere, non risiede tanto nel rispetto dei diritti fondamentali della vittima, piuttosto nell'interesse dello Stato a decidere chi far entrare sul proprio territorio.

Nonostante l'offesa del reato non sia, dunque, incentrata sulla lesione dei diritti del migrante trafficato, il Protocollo contempla alcune disposizioni che impongono agli Stati uno *standard* minimo di trattamento nei suoi confronti⁸⁷. In particolare, sono previsti: la non imputabilità del migrante per il reato di *smuggling*, l'obbligo di proteggere il diritto alla vita del migrante e il suo diritto a non subire tortura o altri trattamenti inumani e degradanti. Non sono, tuttavia, previste forme di assistenza del migrante, né la possibilità di permanere sul territorio dello Stato ovvero di richiedere una riparazione per l'eventuale danno subito⁸⁸, salva la necessità di prendere «*le misure opportune per fornire ai migranti un'adeguata tutela che può essere loro inflitta, sia da singoli individui che dal gruppo*»⁸⁹. Si tratta, a dire il vero, di una precisazione di non poco conto, ma che contempla la possibilità che forme di violenza e coercizione possano verificarsi anche all'interno di un contesto di *smuggling*, come qualche anno dopo evidenzierà l'UNODC. Nell'intento di porre rimedio alla carenza di disposizioni volte alla tutela dei diritti dei migranti trafficanti, il *Model Law*⁹⁰ dell'UNODC, ha, in effetti, preso in considerazione il fatto che il migrante trafficato, pur non potendo essere considerato vittima di *smuggling* all'interno della condotta del reato in questione, avrebbe comunque potuto essere vittima di un'altra serie di abusi derivanti

⁸⁷ PALMISANO G., *Profili di rilevanza giuridica internazionale del traffico di migranti*, in PALMISANO G. (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti. Nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Giuffrè, Milano, 2008, p. 62.

⁸⁸ Si tratta di alcune delle conseguenze derivanti dalla mancata qualificazione del migrante *smuggled* come vittima. Cfr. CARLING J., GALLAGHER A. e HORDWOOD C., *Beyond Definitions. Global migrants and the smuggling-trafficking nexus*, Regional Mixed Migration Secretariat, Discussion Paper n. 2, 2015, pp. 4-6.

⁸⁹ Art. 16, par. 2, Protocollo sullo *smuggling*.

⁹⁰ UNODC, *Model Law against the Smuggling of Migrants*, United Nations, New York, 2010, reperibile sul sito: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model_Law_Smuggling_of_Migrants_10-52715_Ebook.pdf. Il *Model Law* è uno strumento volto ad assistere negli Stati parte nell'implementazione delle norme relative al Protocollo sullo *smuggling* (uno apposito è stato elaborato con riferimento al Protocollo sul *trafficking*).

dal rapporto asimmetrico che frequentemente si sviluppa durante il viaggio tra trafficante e trafficato⁹¹.

In generale, tale documento sembra rispondere alle critiche che si levarono, nell'immediatezza della stesura finale del Protocollo sulla compatibilità di tali ultime disposizioni con gli obiettivi complessivi del Protocollo⁹². Tali obiettivi, esplicitati dall'art. 2, sono, in particolare: la prevenzione e la lotta dei comportamenti riconducibili al traffico di migranti, la cooperazione internazionale a questo scopo, «*tutelando al contempo*» i diritti dei migranti oggetto di traffico. L'ambigua formulazione con riferimento ai diritti dei migranti, la cui tutela sembrerebbe più incidentale che uno degli obiettivi principali del Protocollo, è stata, tuttavia, chiarita dall'UNODC, specificando che la protezione dei diritti del migrante rientra senza alcun dubbio all'interno della legislazione in tema di *smuggling*, tanto da porsi, tra gli obiettivi della stessa, con precedenza anche rispetto a quello di cooperazione⁹³.

Si sottolinea, infine, che il Protocollo sullo *smuggling* assunse una posizione neutrale sull'opportunità di qualificare come reato la mera immigrazione irregolare.

A questo proposito, varie interpretazioni sono state formulate sul rapporto tra l'art. 5, che prevede la non punibilità dei migranti per essere stati oggetto di *smuggling*⁹⁴, e l'art. 6, par. 4, secondo cui nessuna disposizione del Protocollo impedisce ad uno Stato Parte di prendere misure nei confronti di una persona la cui condotta costituisce reato ai sensi del suo diritto interno. L'opinione maggioritaria ritiene che, sebbene debba escludersi la criminalizzazione del migrante per concorso nello *smuggling* a causa del consenso prestato, nessun norma pone al riparo i migranti da altri reati, tra cui l'eventuale reato di ingresso e soggiorno irregolare.

Al riguardo, le note interpretative dell'UNHCR (*United Nations High Commissioner for Refugees*) sembrano propendere per una lettura dell'art. 5 volta ad affermare la non punibilità dei migrati relativamente a tutte le conseguenze inscindibilmente connesse all'essere stato oggetto di traffico, come l'ingresso o il soggiorno irregolari⁹⁵. Nello stesso senso sembrano esprimersi anche alcune delegazioni

⁹¹ Ivi, pp. 19-20.

⁹² Cfr. BHABHA J., *Lone Travelers: Rights, Criminalization and the Transnational Migration of Unaccompanied Children*, in *University of Chicago Law School Roundtable*, 2000, 7, p. 292.

⁹³ UNODC, *Model Law against the Smuggling of Migrants*, cit., p. 5.

⁹⁴ Art. 5, Protocollo sullo *smuggling*: «*I migranti non diventano assoggettati all'azione penale fondata sul presente Protocollo per il fatto di essere stati oggetto delle condotte di cui all'articolo 6*».

⁹⁵ RODRIGUEZ OCONITRILLO P., *Non-criminalization of smuggled migrants. Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*, UNHCR, Ginevra, 2014, pp. 19-21.

impegnate nei lavori preparatori del Protocollo sullo *smuggling*, in seno al quale si affermò che

«the goal of the Protocol was to function as an instrument that would enable States to prosecute smugglers effectively. In that context, it was evident that criminalization of the migrant would not be intended or desirable»⁹⁶.

Non si tratterebbe, allora, di una scelta totalmente rimessa alla discrezionalità degli Stati: laddove, infatti, la criminalizzazione dell'immigrazione irregolare contrastasse con la necessità di un'effettiva lotta al traffico di migranti, si porrebbe in violazione, oltre che dell'art. 5 del Protocollo, anche con gli obiettivi di cui all'art. 2.

4.1.2. Protocollo sul *trafficking*: i lavori preparatori

Occorre premettere che il Protocollo sul *trafficking*, come si è accennato, al pari di quello sullo *smuggling*, nasce nel contesto di una Convenzione ispirata dall'intento di reprimere il crimine transnazionale organizzato⁹⁷ e, pertanto, alla luce di questo intento, va letta la definizione che risulterà all'esito dei lavori.

Le sue origini si rintracciano nel particolare interesse dimostrato dall'Argentina al tema della tratta dei minori e nella sua insoddisfazione legata alla lentezza del processo di negoziazione del Protocollo addizionale alla Convenzione sui diritti del fanciullo riguardante la prostituzione dei minori e la pedopornografia⁹⁸. Si precisa, a tal proposito, come l'Argentina ritenesse necessario che la tratta fosse presa in considerazione all'interno di uno strumento contro il crimine transnazionale organizzato, piuttosto che in uno incentrato sulla tutela dei diritti umani.

⁹⁶ Cfr. UNODC, *Travaux Préparatoires of the Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*, United Nations, New York, 2006, p. 482, nota 20, reperibile sul sito: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/travaux-preparatoires.html>. Nel 2006 sono stati pubblicati, a cura dell'UNODC, i *Travaux préparatoires* della Convenzione e dei tre Protocolli nonché le note interpretative, ossia commenti esplicativi riguardanti le singole disposizioni normative.

⁹⁷ JANSSON D. B., *Modern Slavery. A comparative Study of the Definition of Trafficking in Persons*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015, p. 73.

⁹⁸ Si veda in tal senso: GALLAGHER A., *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, cit., p. 982.

L'iniziale proposta dell'Argentina per una nuova convenzione contro la tratta di minori fu discussa nella sessione del Commissione sulla prevenzione del crimine e la giustizia criminale nel 1997⁹⁹.

I lavori preparatori del Protocollo sul *trafficking* riportano come, inizialmente, si svolse un dibattito sull'opportunità di adottare un Protocollo unicamente incentrato sulla tratta delle donne e dei bambini ovvero incentrato sulla tratta delle persone in generale¹⁰⁰. Nonostante, il mandato conferito al comitato *ad hoc* dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite riguardasse unicamente il traffico delle donne e dei bambini, tale mandato venne successivamente esteso, proprio al fine di rispondere alla volontà generale degli Stati di adottare un atto che riguardasse la tratta di tutti gli esseri umani¹⁰¹.

Il Protocollo di Palermo aveva tre obiettivi: criminalizzare la tratta di esseri umani negli ordinamenti penali nazionali, promuovere la cooperazione internazionale, offrire protezione e assistenza alle vittime di tratta¹⁰². Nella versione definitiva del Protocollo, il primo obiettivo fu espresso in termini obbligatori, mentre gli altri due in termini facoltativi.

Durante le negoziazioni gli Stati e le NGOs che parteciparono spinsero per elaborare una definizione che fosse sganciata sia dalla prostituzione che dalla schiavitù, nonché dall'immigrazione illegale¹⁰³.

Le NGOs, al loro interno, si distinsero per la loro capacità di esprimere almeno tre differenti prospettive: *migration perspective*, a *criminal law perspective* e *human rights perspective*¹⁰⁴.

⁹⁹ *Measures to Prevent Trafficking in Children*, Report of the Secretary General, U.N. Doc. E/CN.15/1997/12.

¹⁰⁰ UNODC, *Travaux Préparatoires of the Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*, cit., p. 334. In particolare, la discussione originava dalle due opposte visioni espresse nelle prime proposte di protocollo presentate da Argentina e Stati Uniti d'America, basate, la prima, solo sulla tratta di donne e bambini e, la seconda, sulla tratta delle persone. Si veda diffusamente: McCLEAN D., *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, cit.

¹⁰¹ Assemblea Generale delle Nazioni Unite, Risoluzione A/AC.254/30 (E/CN.15/2000/4), par. 34.

¹⁰² JANSSON D. B., *Modern Slavery. A comparative Study of the Definition of Trafficking in Persons*, cit., p. 77

¹⁰³ POTTS L. G Jr., *Global Trafficking in Human Beings: Assessing the Success of the United Nations Protocol to Prevent Trafficking in Persons*, in *George Washington International Law Review*, 2003, 35, p. 237.

¹⁰⁴ JANSSON D. B., *Modern Slavery. A comparative Study of the Definition of Trafficking in Persons*, cit., p. 74.

All'interno dei gruppi che rappresentavano la cosiddetta *human rights perspective*, vi fu, sin da subito, un acceso dibattito, soprattutto, su come affrontare, all'interno della definizione di tratta, il controverso tema della prostituzione¹⁰⁵.

Come si è visto, la nozione di tratta di esseri umani nel diritto internazionale precedente al 2000 era stata per quasi un secolo inestricabilmente legata (oltre che alla schiavitù) alla prostituzione.

Durante i lavori preparatori, si contrapposero due differenti punti di vista.

Il primo gruppo, *the Human Rights Caucus*, guidato dalla *Global Alliance Against Trafficking in Women* (GAATW) e l'*International Human Rights Law Group* (IHLRG), sosteneva un'ampia definizione di tratta, volta a coprire tutte le sue forme, come il lavoro forzato e la servitù a prescindere dalla natura del lavoro o del servizio prestato o del genere della persona trafficata. Tale punto di vista riteneva, infatti, il *sex work* un lavoro legittimo, quando fosse oggetto di un accordo consensualmente stipulato tra due adulti, mentre la tratta una condotta illegittima, poiché implicante la coercizione o l'inganno¹⁰⁶. Tale gruppo, durante le negoziazioni, si schierò per la rimozione dell'espressione «sfruttamento sessuale» dalla definizione di tratta, in quanto lo considerava troppo vago e controverso¹⁰⁷.

Il secondo gruppo, rappresentato dalla *Coalition against Trafficking in Persons* (CATW) e i suoi partner, tra cui, *the European Women's Lobby* (EWL) e *the International Abolitionist Federation* (IAF), considerava, al contrario, tutta la prostituzione alla stregua della tratta di esseri umani e, dunque, una violazione di per sé dei diritti delle donne che avrebbe dovuto essere abolita. Secondo questo gruppo nessun adulto è, infatti, ritenuto in grado di prestare sinceramente consenso alla prostituzione; pertanto, tutta la prostituzione – così come gli altri lavori sessuali – dovevano farsi rientrare nella definizione della tratta, poiché la prostituzione di per sé è sfruttamento, indipendentemente dal volere della prostituta¹⁰⁸. Si tratta di un'impostazione che ricalca, sostanzialmente, quella della Convenzione del 1949,

¹⁰⁵ Si veda in proposito: WIJERS M., *Purity, Victimhood and Agency: Fifteen years of the UN Trafficking Protocol*, in *Anti-Trafficking Review*, 2015, 4, pp. 58-59, reperibile sul sito: www.antitraffickingreview.org.

¹⁰⁶ Cfr. DITMORE M. e WIJERS M., *The Negotiations on the UN Protocol on Trafficking in Persons. Moving the focus from morality to actual conditions*, in *Nemesis*, 2003, p. 79.

¹⁰⁷ Cfr. POTTS L.G. Jr, *Global Trafficking in Human Beings: Assessing the Success of the United Nations Protocol to Prevent Trafficking in Persons*, cit., pp. 237-238.

¹⁰⁸ Cfr. STOYANOVA V., *The crisis of a Definition: Human Trafficking in Bulgarian Law*, in *Amsterdam Law Forum*, 2013, 51, p. 69.

dove prostituzione volontaria e prostituzione forzata sono equiparate alla tratta, in quanto forme di sfruttamento.

Secondo il GAATW, la tratta riguardava la manipolazione criminale delle persone che vogliono o hanno bisogno di sperare di un futuro migliore: la tratta sarebbe infatti il risultato della combinazione del desiderio della vittima di migrare, del crimine organizzato e delle leggi restrittive sull'immigrazione dei paesi di destinazione.

Nella versione definitiva del Protocollo appare evidente che il comitato sia giunto ad elaborare una chiara distinzione tra tratta e prostituzione: in quanto lo «*sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale*» deve essere accompagnato dalla presenza dei mezzi elencati dalla definizione. Secondo le note interpretative allegate ai lavori preparatori del Protocollo i termini «sfruttamento della prostituzione altrui» e «sfruttamento sessuale» sono privi di definizione, poiché l'intenzione era quella di lasciare ai singoli Stati la libertà di regolare la prostituzione nel diritto interno come meglio ritenevano opportuno¹⁰⁹. Come è stato notato, questa formulazione della definizione di tratta ha portato ad interpretare lo sfruttamento sessuale come nettamente separato dallo sfruttamento lavorativo, con ciò sottintendendo che il *sex work* non potesse essere considerato un lavoro e che il lavoro forzato stesso non potesse esistere nell'industria del sesso¹¹⁰. In realtà, non è la prostituzione in sé, ma il suo sfruttamento ad essere considerato un caso specifico di sfruttamento sessuale.

Vedremo a breve, comunque, che i redattori del Protocollo decisero di non focalizzarsi esclusivamente sullo scopo dello sfruttamento della prostituzione o dello sfruttamento sessuale, ma presero in considerazione, menzionandole, più pratiche all'interno dello scopo dello sfruttamento.

¹⁰⁹ United Nations Office on Drugs and Crime, *Travaux Préparatoires*, cit., p. 347 (Note Interpretative): «*The protocol addresses the exploitation of the prostitution of others and other forms of sexual exploitation only in the context of trafficking in persons. The terms "exploitation of the prostitution of others" or "other forms of sexual exploitation" are not defined in the protocol, which is therefore without prejudice to how States parties address prostitution in their respective domestic laws*».

¹¹⁰ WIJERS M., *Purity, Victimhood and Agency: Fifteen years of the UN Trafficking Protocol*, cit., p. 68.

5. Il Protocollo di Palermo sulla tratta di esseri umani

Il Protocollo esplicita i suoi scopi all'art. 2:

- «a) prevenire e combattere la tratta di persone, prestando particolare attenzione alle donne e ai bambini;*
- b) tutelare e assistere le vittime di tale tratta nel pieno rispetto dei loro diritti umani;*
- c) promuovere la cooperazione fra gli Stati Parte al fine di realizzare detti obiettivi».*

Il riferimento alla protezione delle vittime venne aggiunto solo molto dopo l'avvio dei lavori preparatori, alla nona sessione, su richiesta di alcune delegazioni¹¹¹.

L'ambito di applicazione del Protocollo è specificato, poi, dall'art. 4, secondo cui questo si applica, salvo disposizione contraria, alla prevenzione, alle attività di indagine e al perseguimento dei reati stabiliti ai sensi dell'articolo 5, nel caso in cui tali reati siano di natura transnazionale e coinvolgano un gruppo criminale organizzato, nonché alla tutela delle vittime di tali reati.

Sebbene la lettura della norma sembri suggerire la necessità che il reato di tratta si componga degli elementi della transnazionalità e del gruppo criminale organizzato, la guida legislativa della Convenzione di Palermo e dei protocolli addizionali approvata dall'UNODC nel 2004¹¹² ha precisato che la previsione incriminatrice interna degli Stati può totalmente prescindere dalla presenza di questi elementi¹¹³. La loro presenza è, infatti, richiesta solo ai fini dell'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli.

Questa precisazione sembra definitivamente scindere la tratta di esseri umani dal traffico di esseri umani, nonostante, fino a pochi anni prima, essi fossero percepiti come un unico ampio problema. Venuta meno la necessità dell'elemento transnazionale nel *trafficking*, risulta, infatti, evidente la distinzione con lo *smuggling*,

¹¹¹ McCLEAN D., *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, cit., p. 314.

¹¹² UNODC, *Legislative guides For the implementation of the United Nations convention against Transnational organized crime and the protocol thereto*, United Nations, New York, 2004, reperibile sul sito: http://www.unodc.org/pdf/crime/legislative_guides/03%20Legislative%20guide_Trafficking%20in%20Persons%20Protocol.pdf.

¹¹³ UNODC, *Legislative guides*, cit., par. 25.

dove, invece, il disvalore della fattispecie si incentra proprio nell'attraversamento irregolare dei confini nazionali.

5.1. La definizione di *trafficking*

La versione finale del Protocollo definisce, all'art. 3, come «*trafficking in persons*»

«il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi».

La definizione rappresenta un momento di sintesi essenziale: dopo cinquant'anni le Nazioni Unite riescono a prendere in considerazione gli elementi centrali delle precedenti convenzioni, quello della prostituzione (1949) e quello della schiavitù (1926/1956) e ad andare oltre, spingendosi verso la repressione anche di altre forme di sfruttamento.

Il testo finale dell'art. 3 è il risultato di un'ampia e complessa discussione, basata essenzialmente sulla proposta, più breve e sintetica, presentata dagli Stati Uniti d'America¹¹⁴, mutuando alcuni elementi inclusi nella proposta dell'Argentina¹¹⁵.

La proposta degli Stati Uniti era, da una parte, più ampia nella misura in cui si riferiva alla tratta di tutte le persone, mentre quella dell'Argentina contemplava solo le donne e i bambini; quest'ultima, dall'altra parte, prevedeva una definizione volta a coprire la pornografia, il turismo sessuale, gli atti collegati al matrimonio e alla rimozione di organi.

Va evidenziato, come si dirà, che nell'ottica di ottenere il più ampio consenso, i redattori del Protocollo lasciarono intenzionalmente vaghi alcuni elementi chiave

¹¹⁴ *Draft Protocol to Combat International Trafficking in Women and Children Supplementary to the United Nations Convention on Transnational Organized Crime*, proposal submitted by USA, A/AC.254/4/Add. 3, 25 november 1998.

¹¹⁵ McCLEAN D., *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, cit., p. 319.

della definizione di tratta¹¹⁶. In particolare, il protocollo non fornisce una definizione dei termini schiavitù, lavoro forzato e pratiche simili alla schiavitù e alla servitù. A tal fine, si ritenne di dover rinviare alle definizioni generalmente accettate e contenute negli altri documenti internazionali, già richiamati nelle precedenti bozze del protocollo¹¹⁷.

La definizione di tratta di esseri umani offerta dal Protocollo si caratterizza, sostanzialmente, per la coesistenza di tre elementi: azione, mezzi e scopo.

Occorre precisare, prima di passare in rassegna i singoli elementi, che, qualche anno dopo l'approvazione del Protocollo di Palermo, la guida legislativa dell'UNODC ha specificato che l'obbligo di criminalizzazione per gli Stati riguarda solo il reato di tratta come definito all'art. 3 del Protocollo: in particolare, tale obbligo concerne una combinazione di elementi costitutivi (azione, mezzo, scopo) e non gli elementi in quanto tali, rilevando ad esempio come non sia richiesta la criminalizzazione dello sfruttamento della prostituzione.

5.1.1. L'azione

L'azione si articola in cinque 'atti': la formulazione, ripresa dalla proposta degli Stati Uniti, rimase la stessa durante tutto il processo di negoziazione e non fu oggetto di discussione.

Il reclutamento riguarda semplicemente l'atto di attirare una persona in un processo; il trasporto e il trasferimento implicano, invece, un movimento, ma il secondo può anche comportare un passaggio di controllo effettivo sulla persona interessata; l'ospitare copre la previsione di una sistemazione e l'accogliere, in questo contesto, è il correlativo del trasferimento¹¹⁸.

¹¹⁶ GALLAGHER A., *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analyses*, cit., pp. 984 e ss. Il clima di compromesso in cui venne adottato il Protocollo di Palermo, la cui definizione ha influenzato tutti i successivi strumenti legali, anche a livello europeo, ha in effetti contribuito alla formulazione di concetti suscettibili di svariate interpretazioni. Sul punto si veda anche: GALLAGHER A., *The international legal definition of "trafficking in persons": scope and application*, in KOTISWARAN P. (a cura di), *Revisiting the law and governance of trafficking, forced labor and modern slavery*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, p. 87.

¹¹⁷ GALLAGHER A., *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analyses*, cit., p. 987.

¹¹⁸ McCLEAN D., *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, cit., p. 323.

L'azione della tratta ricomprende, dunque, il movimento, la preparazione del movimento e l'atto di ricevere una persona dopo il movimento.

Queste cinque azioni, come è stato notato, si riferiscono alla rimozione delle persone dal loro ambiente domestico per essere sfruttate al fine del guadagno di altri in un altro luogo¹¹⁹.

Il reclutamento, in particolare, sembra evocare l'atto di ricercare le persone, incoraggiarle e persuaderle a partecipare ad un'attività, ma può anche coprire situazioni dove le potenziali vittime cercano strade per migrare e desiderano essere reclutate¹²⁰. Se le azioni di trasporto e trasferimento riguardano la facilitazione del movimento e della migrazione delle vittime, l'alloggio di persone è stato interpretato come «*accomodare o alloggiare in qualsiasi modo, sia durante il loro viaggio o la loro destinazione finale o nel luogo dello sfruttamento*», mentre l'azione di 'accogliere' (*receipt*) è riferita a ricevere migranti nei Paesi di destinazione. Potenzialmente, come si vedrà nel prossimo capitolo, 'ospitare' ed 'accogliere' sono concetti che possono espandere la nozione di tratta, per ricomprendervi situazioni di *sfruttamento* scollegate da un precedente *processo*.

5.1.2. I mezzi

Il *trafficking* è un reato a forma vincolata, poiché la sua configurazione è condizionata all'utilizzo di certi mezzi. La minaccia, uso della forza o delle altre forme di coercizione coprono qualunque forma di pretesa ingiustificata. L'uso della minaccia non richiede necessariamente che questa sia esplicita: l'uso del termine comprende, infatti, tutte le forme di intimidazione, come la creazione da parte del trafficante di una situazione oggettivamente minacciosa, tale da incutere timore¹²¹.

Il rapimento è uno dei mezzi normalmente utilizzati nei confronti di persone soggette alla tratta, e può verificarsi anche con la violenza e la minaccia. La frode e l'inganno in certi contesti possono essere sinonimi ed implicano una falsa rappresentazione della realtà.

¹¹⁹ KRIEG S., *Trafficking in Human Beings: The EU Approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights*, in *European Law Journal*, 2009, 15(6), p. 779.

¹²⁰ STOYANOVA V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, cit., p. 34.

¹²¹ McCLEAN D., *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, cit., p. 423.

Con riferimento al dare o al ricevere denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona su cui si ha l'autorità, la nozione di «*avere l'autorità su un'altra persona*» è fattuale e non legale: in molti casi di tratta, in effetti, le persone sono di fatto sotto il controllo di altre persone e la loro posizione di vulnerabilità crea una sovrapposizione con il relativo mezzo¹²².

Il concetto che ha destato sicuramente maggiori problematiche interpretative è stato quello dell'«*abuso di una posizione di vulnerabilità*». Si tratta di un'espressione, accolta nel testo del Protocollo in una delle ultime sessioni del comitato, che rappresenta il più significativo allargamento della fattispecie.

Il suo inserimento venne proposto per la prima volta dal Belgio, il quale suggerì la seguente definizione del concetto:

*«abuse of the particular vulnerability of an alien due to that person's illegal or precarious administrative status, or through the exercise of other forms of pressure or abuse of authority such that the person has no real or acceptable choice but to submit to such pressures or abuse of authority»*¹²³.

La definizione di tale concetto verrà ufficialmente accolta nell'ambito del sistema delle Nazioni Unite, tuttavia, solo nel 2006, in seguito alla pubblicazione delle note interpretative e dei lavori preparatori del Protocollo: dalla lettura di questi, si evince che l'abuso della posizione di vulnerabilità ricorre quando la persona non ha nessuna effettiva ed accettabile alternativa se non sottomettersi all'abuso di cui è vittima¹²⁴.

La definizione sembra contemplare la situazione per cui molte vittime trafficate sono semplicemente agli ordini di altre persone loro vicine e potrebbero per ragioni culturali o legali non avere la possibilità di rifiutare di soggiacere all'abuso.

Si dice, tuttavia, che le intenzioni dei redattori del Protocollo riguardo all'abuso della posizione di vulnerabilità della vittima siano poco chiare, poiché non sembra esserci alcuna spiegazione del perché il concetto sia stato incluso, apparentemente all'ultimo minuto, ad ottobre 2000, nella sessione in cui venne ultimata la formulazione dell'art. 2 del Protocollo¹²⁵. In un recente saggio sull'abuso della posizione di vulnerabilità,

¹²² Ivi, p. 325.

¹²³ A/AC.254/5/Add.19.

¹²⁴ UNODC, *Travaux Préparatoires*, cit., A/55/383/Add. 1, par. 63.

¹²⁵ JANSSEN D. B., *Modern Slavery. A comparative Study of the Definition of Trafficking in Persons*, cit., p. 83. Al momento della ratifica della Convenzione di Palermo e dei suoi Protocolli, non venne fornita alcuna indicazione sull'interpretazione e l'applicazione del concetto. Solo con la guida

Anne Gallagher, che partecipò al processo di redazione del Protocollo, ricorda come tale dizione fu, in realtà, il frutto di un compromesso politico: da una parte, questo tentava di garantire una definizione sufficientemente ampia sì da ricomprendere la miriade di mezzi di coazione attraverso i quali le persone vengono sfruttate; dall'altra parte, rappresentava un *escamotage* per superare l'estenuante dibattito sulla tratta a fini di prostituzione, lasciando liberi gli Stati di regolare, a livello interno, il fenomeno come meglio ritenevano¹²⁶.

5.1.3. Il consenso

Tradizionalmente, la questione del consenso assume rilevanza nel Protocollo sul *trafficking*, perché la previsione della sua irrilevanza permette di proteggere la vittima coartata a fini di sfruttamento (nello stereotipo, la donna trattata a fini di sfruttamento sessuale); al contrario, il consenso non è in questione nel protocollo sullo *smuggling*, perché qui lo stereotipo è quello del maschio migrante economico che ha soppesato le sue opzioni e ha scelto di migrare per ottenere migliori opportunità economiche senza avere il controllo dei trafficanti una volta raggiunta la sua destinazione¹²⁷.

Come si è accennato, durante i lavori preparatori, una questione centrale e strettamente connessa a quella della definizione di tratta fu proprio quella del consenso. Durante le negoziazioni, il GAATW tentò, infatti, di esercitare delle pressioni affinché il processo di redazione non assumesse un punto di vista paternalista ed eccessivamente protettivo.

In particolare, tale gruppo proponeva di distinguere

«between adults who freely agree to travel (within or across borders) and who are fully informed about the type and conditions of work or services they are expected to perform and adults who do not consent at all or whose apparent, implied or express consent is vitiated by the use of deception, coercion, or debt bondage. [This definition] respects the right of adults to make decisions about their lives, including

legislativa e i successivi strumenti internazionali, nonché le indicazioni dell'UNODC del 2012 hanno fornito dei criteri in tal senso.

¹²⁶ GALLAGHER A.T., Mc ADAM M., *The Abuse of the Position of Vulnerability within the Definition of Trafficking Persons*, in PIOTROWICZ R., RIJKEN C., Uhl B.H. (eds.), *Routledge Handbook of Human Trafficking*, Routledge, 2018, p. 187, reperibile sul sito: https://works.bepress.com/anne_gallagher/69/.

¹²⁷ ABRAMSON K., *Beyond Consent, Towards Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, 44, p. 473.

the decision that working under abusive or exploitative conditions is preferable to other available options»¹²⁸.

Si tratta di una distinzione che mira, evidentemente, a preservare la scelta di persone adulte di accettare condizioni lavorative anche in situazioni di abuso.

La proposta iniziale prevedeva che all'interno della definizione di tratta di cui all'art. 3, dopo «*a fini di sfruttamento*», fosse inserita l'espressione «*indipendentemente dal consenso della persona*».

Durante la nona sessione del comitato *ad hoc*, vi fu una lunga discussione sull'inserire o meno un riferimento al consenso delle vittime nella definizione di tratta e, nel caso, su come inserirlo, perché vi era chi riteneva non necessario statuire esplicitamente l'irrelevanza del consenso e chi dall'altro lo riteneva essenziale, anche al fine di evitare che la possibile presenza di un consenso fosse utilizzata come eventuale difesa per il trafficante¹²⁹.

La maggior parte delle delegazioni era d'accordo sul fatto che il consenso della vittima non dovesse essere preso in considerazione per determinare se la persona era stata vittima di tratta. Tuttavia, molte delegazioni espressero la possibilità che, escludendo ogni riferimento al consenso, si potessero porre problemi giuridici visto che molti dei mezzi elencati dall'art. 3, per loro natura, quanto meno viziavano l'autenticità del consenso della vittima. Altri sostennero che sarebbe stato difficile provare l'assenza di consenso perché il consenso della vittima o la sua attitudine a consentire possono spesso cambiare durante la commissione del crimine: nel caso della tratta, è frequente che il consenso iniziale della vittima cambi o sia viziato in ragione dell'evoluzione ulteriore della situazione.

Alla nona sessione, considerato il mancato raggiungimento di un accordo, le delegazioni vennero invitate a considerare alcune opzioni.

La soluzione finale fu quella di inserire tale inciso dopo la definizione:

¹²⁸ Global Alliance Against Traffic in Women et al., *Human Rights Standards for the Treatment of Trafficked Persons: Commentary to Access to Justice*, January 1999, p. 5 reperibile sul sito: <http://www.hrlawgroup.org/resources/content/IHRLGTraffickingStandards.pdf>.

¹²⁹ JANSSON D. B., *Modern Slavery. A comparative Study of the Definition of Trafficking in Persons*, cit., p. 86.

«il consenso di una vittima della tratta di persone allo sfruttamento di cui alla lettera a) del presente articolo è irrilevante nei casi in cui qualsivoglia dei mezzi usati di cui alla lettera a) è stato utilizzato».

L'utilizzo di uno dei mezzi elencati nella disposizione rende, perciò, irrilevante ogni consenso, eventualmente, prestato. Per utilizzare le parole dell'UNODC, l'irrilevanza del consenso significa che qualora sia provato l'utilizzo di uno dei mezzi indicati nella definizione, ogni difesa o allegazione riguardante la sussistenza del consenso è irrilevante¹³⁰, sebbene ciò non comporti un'inversione dell'onere della prova che rimane pur sempre in capo alla pubblica accusa.

Mentre nel caso del Protocollo sullo *smuggling*, come si è detto, si dà per scontato che il consenso sia stato prestato da un maschio migrante economico che agisce in totale autonomia e senza l'esercizio di un controllo da parte di altri, nella tratta anche se vi è stato un consenso al proprio reclutamento alla prostituzione questo viene considerato irrilevante.

Occorre, tuttavia, tener presente che anche gli *smugglers* prendono di mira persone vulnerabili: non sempre le scelte di queste persone sono in effetti volontarie. Le persone acconsentono a viaggiare in condizioni pericolose e talvolta, se non hanno i soldi per il viaggio, si indebitano con i trafficanti che una volta giunti nel paese di destinazione li obbligano a ripagare il debito lavorando in condizioni simili alla schiavitù (*debt bondage*). I migranti clandestini potrebbero essere altrettanto vulnerabili ai rischi e allo sfruttamento potenzialmente letali delle vittime della tratta. Mentre la definizione di *smuggling* riflette un maschio migrante razionale che ha la capacità di agire (*agency to act*), le parole «*by means of*» nella definizione di tratta suggeriscono che la vittima non è solo privata della libertà di scegliere ma anche della sua capacità di agire¹³¹.

¹³⁰ UNODC, *Model Law against Trafficking in Persons*, cit., pp. 34-35.

¹³¹ JANSSON D. B., *Modern Slavery. A comparative Study of the Definition of Trafficking in Persons*, cit., p. 88.

5.1.4. Lo scopo

Il dolo specifico (*mens rea*) del reato di tratta riguarda lo stato mentale dell'autore del reato.

Sono possibili tre forme di *mens rea*: intenzione, conoscenza, incoscienza. Per come è formulata, la definizione di tratta di esseri umani sembra richiedere l'intenzione.

Da una prima lettura della norma confezionata dal Protocollo di Palermo, emerge chiaramente che non vi sia alcun obbligo di reprimere lo sfruttamento di un individuo, quando la condotta non sia stata posta in essere mediante quelle *azioni* e quei *mezzi* espressamente richiamati nell'art. 3¹³².

La lista degli scopi di sfruttamento non è esaustiva, ma tendenzialmente lasciata aperta alle interpretazioni nazionali, e all'evoluzione stessa dei fenomeni di tratta che potrebbero verificarsi in futuro: lo sfruttamento, infatti, non viene definito, ma è esplicito mediante l'indicazione di ciò che comprende nel 'minimo':

«exploitation shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs».

Tale inciso deve essere interpretato nel senso che il concetto di sfruttamento è qualcosa di più ampio rispetto alle forme ivi esplicitate e potrebbe, perciò, includere abusi che potenzialmente comportano un livello inferiore di danno.

Il problema della concettualizzazione dello sfruttamento dovrà essere pertanto risolto a livello interno, perché il diritto internazionale non offre una soluzione in tal senso.

Come si è accennato, il Protocollo non definisce, peraltro, nemmeno le singole forme di sfruttamento menzionate.

5.2. La protezione delle vittime di tratta

Le principali critiche rivolte al Protocollo sulla tratta riguardarono, nell'imminenza della sua approvazione, l'assenza di un corpo sufficientemente soddisfacente di disposizioni rivolte alla protezione e all'assistenza delle vittime della tratta di esseri

¹³² HATHAWAY J.C., *The Human Rights Quagmire of Human Trafficking*, cit.; STOYANOVA V., *The crisis of a Definition: Human Trafficking in Bulgarian Law*, cit., p. 66.

umani. Tale considerazione era accompagnata dall'idea che il Protocollo – e la Convenzione all'interno della quale era inquadrato – fossero caratterizzati da un approccio sostanzialmente repressivo e non fondato sui diritti umani.

È stato rilevato, in effetti, come la seconda parte del Protocollo relativa alla protezione delle persone trafficate contenga molto poco in termini di previsioni obbligatorie¹³³.

Tra quest'ultime, vi è il par. 2 dell'art. 6, il quale esplicita che ogni Stato parte deve fornire alle vittime della tratta tutte le informazioni sui procedimenti giudiziari e amministrativi pertinenti, nonché l'assistenza giudiziaria, affinché le proprie preoccupazioni siano esaminate nelle fasi del procedimento penale. Inoltre, il par. 4 del medesimo articolo impone agli Stati di assicurare che il proprio sistema giuridico interno contenga misure che offrano alle vittime della tratta di persone la possibilità di ottenere un risarcimento per il danno subito.

Le altre disposizioni della seconda parte sono, invece, formulate in termini facoltativi, ad esempio, per quanto riguarda la possibilità di fornire un alloggio adeguato, l'assistenza medica, psicologica e materiale, ovvero opportunità di impiego o educative. È previsto che ogni Stato assicuri l'incolumità fisica delle vittime della tratta mentre queste si trovano sul territorio dello Stato stesso, nonché di adottare misure legislative che consentano alle vittime di restarvi a titolo permanente o temporaneo.

Nonostante la maggior parte delle NGOs spingessero per l'inserimento di una previsione sulla protezione delle vittime, volta ad evitare il rischio che queste potessero essere perseguite per i crimini riguardanti l'immigrazione, tale linea non ebbe successo. Fu confermata, infatti, l'impostazione repressiva del Protocollo, tesa alla persecuzione dei trafficanti piuttosto che all'identificazione e alla protezione delle vittime.

L'art. 8, riguardante il rimpatrio delle vittime di tratta,¹³⁴ prevede che lo Stato, di cui la persona è cittadina o in cui aveva il diritto di risiedere a titolo permanente al

¹³³ GALLAGHER A., *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, cit., pp. 990-991.

¹³⁴ Art. 8, Protocollo sul trafficking: «Lo Stato Parte di cui la vittima della tratta di persone è cittadina, o in cui la persona aveva il diritto di risiedere a titolo permanente al momento del suo ingresso nello Stato Parte d'accoglienza, facilita e accetta, tenendo debitamente conto dell'incolumità di questa persona, il ritorno di quest'ultima senza ingiustificato motivo o irragionevole ritardo. Quando uno Stato Parte fa ritornare una vittima della tratta di persone in uno Stato Parte di cui questa persona è cittadina o in cui questa aveva, all'epoca del suo ingresso nel territorio dello Stato Parte d'accoglienza, il diritto di risiedere a titolo permanente, questo ritorno è assicurato tenendo debitamente conto dell'incolumità della persona, nonché dello stato del procedimento penale connesso al fatto che quella persona è vittima della tratta di persone, ed è preferibilmente volontario».

momento del suo ingresso nello Stato ricevente, facilita e accetta, tenendo debitamente conto dell'incolumità di questa persona, il ritorno di quest'ultima senza ingiustificato motivo o irragionevole ritardo. Gli Stati parte di destinazione dovrebbero, inoltre, assicurare che il ritorno avvenga avuto riguardo alla sicurezza della persona trafficata e allo stato in cui si trova il procedimento correlato al fatto che la persona è stata vittima di tratta.

L'art. 8 deve, comunque, essere letto in combinato disposto con l'art. 14 che prevede una clausola di salvezza per l'applicazione del principio di *non-refoulement*¹³⁵. Laddove l'art. 8 promuove l'adozione di una serie di tutele, affinché il rimpatrio della vittima di tratta avvenga in condizioni di sicurezza e che, possibilmente, avvenga in maniera volontaria, lascia intendere che un simile onere non rivesta un carattere cogente per gli Stati. Tuttavia, nell'adottare queste misure, gli Stati sono obbligati a tenere in considerazione quanto meno l'art. 14 del Protocollo, secondo cui, *in nessun caso*, l'applicazione delle disposizioni internazionali può comportare una violazione dei principi della Convenzione di Ginevra del 1951 sullo *status* di rifugiato. Evidentemente, allora, la clausola di salvaguardia di cui all'art. 14 non può subire deroghe per il solo fatto che le disposizioni relative al rimpatrio della vittime sono formulate in termini facoltativi.

Nel senso di una maggior protezione delle vittime di tratta, degno di nota risultò lo sforzo dell'Alto Commissariato per i diritti umani dell'ONU (UNHCHR) nell'elaborazione di alcuni principi e linee guida¹³⁶ due anni dopo la formale adozione della Convenzione di Palermo. Pur trattandosi di uno strumento di *soft law*, non idoneo, dunque, a sostituire o ad integrare il Protocollo, tale iniziativa ebbe il merito di valorizzare e promuovere la tutela dei diritti umani all'interno del sistema tracciato dal Protocollo sulla tratta¹³⁷.

¹³⁵ Art. 14, Protocollo sul *trafficking*: «Nessuna disposizione del presente Protocollo pregiudica i diritti, gli obblighi e le responsabilità degli Stati ed individui ai sensi del diritto internazionale, compreso il diritto internazionale umanitario e il diritto internazionale dei diritti umani e, in particolare, laddove applicabile, la Convenzione del 1951 e il Protocollo del 1967 relativi allo Status dei Rifugiati e il principio di non allontanamento. Le misure di cui al presente Protocollo sono interpretate ed applicate in modo non discriminatorio alle persone sulla base del fatto che sono vittime della tratta di persone. L'interpretazione e l'applicazione di tali misure è coerente con i principi internazionalmente riconosciuti della non discriminazione».

¹³⁶ UN High Commissioner for Human Rights, *Recommended Principles and Guideline on Human Rights and Human Trafficking*, UN Doc. E/2002/68 Add. 1, 20 maggio 2002. Tali principi e linee guida vennero presentati al Consiglio economico e sociale da Mary Robinson (High Commissioner for Human Rights).

¹³⁷ GALLAGHER A., *Two Cheers for the Trafficking Protocol*, in *Anti-Trafficking Review*, 2015, 4, pp. 19-20, reperibile sul sito: www.antitraffickingreview.org.

Il documento è costituito di 17 principi e 11 linee guida che enfatizzano l'importanza dei diritti umani delle vittime di tratta, la necessità di proteggerle e assisterle e garantire loro adeguate misure legali. Sebbene non siano giuridicamente vincolanti, costituiscono una fonte di *standard* minimi che gli Stati potrebbero adottare per la protezione dei diritti delle vittime di tratta.

Tra le disposizioni più importanti, ve ne sono alcune volte a chiarificare le disposizioni del protocollo sui rimedi nazionali per le vittime di tratta in ordine agli obblighi previsti dal diritto internazionale¹³⁸. Il documento articola, inoltre, per la prima volta il principio – che verrà recepito anche da successivi strumenti internazionali e sovranazionali in materia – della non criminalizzazione delle vittime in relazione ai reati commessi come risultato dell'essere state trafficate¹³⁹.

Alcuni commentatori hanno apprezzato tale tentativo di sviluppare un diritto internazionale sulla tratta che tenesse insieme diritti umani e diritto penale internazionale.

Lo sforzo dell'Altro commissariato per i diritti umani di elaborare tali principi, come si vedrà, ha influenzato la successiva evoluzione del panorama giuridico europeo, il quale riprenderà frequentemente i concetti e il linguaggio già utilizzati nel 2002.

6. Conclusioni

Da questa prima panoramica sul tema della tratta e sui reiterati tentativi delle comunità internazionale di offrirne una definizione in linea con l'evoluzione storica del fenomeno stesso si possono tracciare alcune direttrici che hanno da sempre caratterizzato, e tuttora caratterizzano, il dibattito sulla tratta. Il rapporto tra tratta e schiavitù, quello tra tratta e prostituzione, e la distinzione tra *smuggling* e *trafficking*.

¹³⁸ Linea guida 9, E/2002/68 Add. 1: «*Ensuring that victims of trafficking have an enforceable right to fair and adequate remedies, including the means for as full a rehabilitation as possible. These remedies may be criminal, civil or administrative in nature. Providing information as well as legal and other assistance to enable trafficked persons to access remedies. The procedures for obtaining remedies should be clearly explained in a language that the trafficked person understands. Making arrangements to enable trafficked persons to remain safely in the country in which the remedy is being sought for the duration of any criminal, civil or administrative proceedings*».

¹³⁹ Linea guida 1, n. 5, E/2002/68 Add. 1: «*Ensuring that trafficked persons are not prosecuted for violations of immigration laws or for the activities they are involved in as a direct consequence of their situation as trafficked persons*».

Queste tre tematiche, soprattutto per quanto concerne la prima e la terza, torneranno ciclicamente nelle pagine che seguiranno, perché intorno ad essi si gioca la problematica tratteggiatura dei confini del concetto di tratta di esseri umani.

Oggi, più che mai, la tratta di esseri umani è qualcosa di estremamente complicato da definire, venendo il più delle volte evocato, all'interno del discorso politico, come sinonimo di traffico di migranti (*smuggling*), altre volte come moderna forma di schiavitù («*modern form of slavery*»), molto spesso nota alle cronache e soprattutto all'attività giudiziaria nazionale per i casi di sfruttamento sessuale e della prostituzione perpetrati ai danni di donne per lo più provenienti dalla Nigeria.

Nonostante gli sforzi compiuti dal Protocollo di Palermo per l'adozione di una definizione ampia e il più rispondente possibile alle peculiarità del fenomeno dell'epoca, si vedrà nel prossimo capitolo, come lo stesso sia stato criticato da più parti, ora per la sua limitatezza ora per la sua ambiguità.

Quello che si cercherà di dimostrare, invece, è come tale definizione rappresenti uno strumento estremamente all'avanguardia: una definizione potenzialmente capace di coprire tutte le più gravi forme di sfruttamento degli esseri umani nel mondo. Non bisogna dimenticare, peraltro, come i contenuti del Protocollo di Palermo abbiano successivamente influenzato tutti gli strumenti normativi internazionali e sovranazionali in tema di tratta, con la conseguenza di uniformare le legislazioni degli Stati rispetto ad unica e rilevante definizione di tratta di esseri umani, lo si ripete, potenzialmente molto ampia.

CAPITOLO II

Il dibattito internazionale ed europeo sulla tratta: un difficile equilibrio tra schiavitù, sfruttamento e *smuggling*

1. Premessa

Dall'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine transnazionale organizzato scaturì un ampio dibattito sul tema della tratta di esseri umani.

Come si è visto, poco dopo l'approvazione del Protocollo di Palermo sulla tratta l'Alto Commissariato per i diritti umani dell'ONU (UNHCHR) elaborò alcuni principi e linee guida volte a rafforzare la protezione delle vittime, andando a sopperire – sebbene solo a livello di *soft law* – alle carenze della normativa internazionale appena adottata.

La contrapposizione tra *law enforcement approach* e *rights-based approach* che aveva caratterizzato le negoziazioni del Protocollo di Palermo si ripropose, ben presto, oltre che nel dibattito politico e accademico internazionale, anche nel contesto europeo e comunitario¹⁴⁰. L'apice di questa tensione si rinviene, come vedremo, tanto nell'adozione della Convenzione sulla lotta alla tratta di esseri umani del Consiglio d'Europa del 2005, ove l'impianto di disposizioni rivolte alla protezione ed assistenza delle vittime raggiunge la sua massima espansione, quanto nell'evoluzione del quadro normativo comunitario, ove l'adozione di un approccio olistico alla questione della tratta si è realizzata unicamente con l'approvazione della direttiva n. 36 nel 2011.

¹⁴⁰ Cfr. KRIEG S.H., *Trafficking in Human Beings: The EU Approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights*, cit., p. 776.

1.1. Il dibattito sulla definizione di tratta di esseri umani del Protocollo di Palermo

La firma del Protocollo di Palermo aprì, inevitabilmente, le porte ad un intenso dibattito sulla definizione di tratta in esso contenuta.

Il Protocollo di Palermo fu, innanzitutto, criticato da molti in quanto, pur configurandosi come il principale strumento a livello internazionale contro lo sfruttamento, era stato sviluppato al di fuori di una convenzione incentrata sui diritti umani ed incorporato in una volta a favorire la cooperazione tra gli Stati nell'ottica di una più efficace repressione del crimine organizzato transnazionale¹⁴¹.

Nonostante ciò, vi è ancora una delle maggiori studiose del diritto anti-tratta, Anne Gallagher, che continua a difenderne i numerosi aspetti positivi.

In particolare, l'autrice ricorda come il Protocollo sia servito in primo luogo a cristallizzare la definizione di un fenomeno che per troppo tempo era stato lasciato 'convenientemente' indefinito e non regolato. Le critiche in ordine al fatto che il Protocollo di Palermo sarebbe incentrato sulla repressione penale e non sui diritti umani appaiono alla Gallagher ingenua, in quanto l'impostazione del problema dalla prospettiva incentrata sui diritti umani non avrebbe mai raggiunto il supporto politico necessario all'adozione di uno strumento di una tale portata internazionale. Configurare la tratta come un crimine transnazionale ha, comunque, consentito di inserire all'interno dell'impianto normativo anche una serie di misure di protezione¹⁴², seppur minoritarie.

In realtà, tale contrasto (tra approccio repressivo e approccio basato sui diritti umani) involge il più ampio tema delle funzioni proprie del diritto penale, che qui non è possibile approfondire. Sia sufficiente rammentare che, secondo Luigi Ferrajoli il diritto penale è uno strumento di *tutela dei diritti fondamentali*, i quali ne definiscono normativamente gli ambiti e i limiti in quanto *beni* che non è giustificato offendere né con i delitti né con le punizioni¹⁴³. In breve, se si volesse adottare un tale approccio

¹⁴¹ Cfr. HATHAWAY J.C., *The Human Rights Quagmire of Human Trafficking*, cit.

¹⁴² Si veda anche: GALLAGHER A. T., *The right to an effective remedy for victims of trafficking in persons: A Survey of International Law and Policy*, Paper submitted for the expert consultation convened by the UN Special Rapporteur on Trafficking in Persons, especially women and children, Ms Joy Ngozi Ezeilo on «*The right to an effective remedy trafficked persons*», Bratislava, Slovakia, 22-23 November 2010.

¹⁴³ FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza (X ed.), Bari, 2011, pp. 329 e ss. Il corsivo nel testo è dello stesso autore. Si tratta, in breve, di ciò che l'autore intende per «garantismo penale».

garantista, diventa paradossale sostenere che il diritto penale possa svilupparsi al di fuori di un sistema che non metta al centro i diritti fondamentali delle persone.

Vi è sull'altro fronte chi ha criticato la decisione delle Nazioni Unite di concentrarsi sulla tratta di esseri umani piuttosto che sulla schiavitù in tutte le sue forme contemporanee: secondo Hathaway, non più del 3% dei «*modern slaves*» soddisfa la definizione di *trafficking* di cui al Protocollo di Palermo¹⁴⁴. Secondo questa opinione, il fatto che la definizione del Protocollo non abbia preso in considerazione la stragrande maggioranza dei moderni schiavi, contemplando solo la proibizione di forme che conducono o facilitano la tratta, rappresenterebbe una sostanziale ritirata rispetto alle Convenzioni internazionali già esistenti. Il difetto principale consisterebbe allora nella mancanza, all'interno del Protocollo, di un obbligo di criminalizzazione riguardante la semplice condizione di sfruttamento.

Secondo Anne Gallagher, nonostante la definizione di tratta contenuta nel Protocollo non possa considerarsi perfetta¹⁴⁵, considerarlo un documento statico vorrebbe dire fraintendere le intenzioni dei suoi redattori. Parallelamente al mutare del crimine di tratta, l'interpretazione del Protocollo dovrebbe, infatti, evolversi nel senso di far fronte alle nuove sfaccettature del fenomeno.

Come è stato rilevato, la definizione del Protocollo consente di spostare il centro dell'attenzione dalla criminalizzazione del *processo* di tratta alla criminalizzazione dello *sfruttamento*, ossia il fine stesso della tratta. Gallagher sostiene, in tal senso, che:

«[...] it is difficult to identify a 'contemporary form of slavery' that would not fall within its [the definition of human trafficking] generous parameters. Because the definition encompasses both the bringing of a person into exploitation as well as the maintenance of that person in a situation of exploitation, it is equally difficult to identify an exploiter who would not be caught within its scope»¹⁴⁶.

Non solo, la specifica previsione – tra le azioni – delle condotte di '*harbouring*' e '*receipt*' dovrebbe portare ad includere nella definizione di tratta situazioni di

¹⁴⁴ HATHAWAY J.C., *The Human Rights Quagmire of Human Trafficking*, cit., pp. 4-5.

¹⁴⁵ Per motivi di raggiungimento del consenso, i redattori del protocollo hanno lasciato intenzionalmente vaghi gli aspetti chiave della definizione legale di tratta. Cfr. sul punto: GALLAGHER A., *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, cit., pp. 984-986.

¹⁴⁶ GALLAGHER A., *Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground - A Response to James Hathaway*, in *Virginia Journal of International Law*, 2009, 49(4), p. 814.

sfruttamento nelle quali non vi è stato un precedente trasferimento¹⁴⁷: a questo proposito, Gallagher fa l'esempio di un ambiente di lavoro che muta da accettabile a sfruttamento coercitivo, nel quale le persone coinvolte non sono *trasferite in* una situazione di sfruttamento, ma sono *accolte allo scopo di* sfruttamento.

Questa posizione è stata, tuttavia, criticata da chi ritiene che in tal modo tutte le pratiche di sfruttamento incluse nell'elemento dello scopo, tra cui la schiavitù, la servitù e il lavoro forzato dovrebbero essere etichettate come *human trafficking*, sulla base della sola interpretazione di due azioni (*harbouring* e *receipt*)¹⁴⁸. Il risultato sarebbe, pertanto, quello di una completa convergenza tra il concetto di tratta e quelli di schiavitù, servitù e lavoro forzato. Una tale interpretazione non terrebbe peraltro conto del contesto internazionale legale nel quale il Protocollo di Palermo è stato adottato, ossia all'interno della Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine organizzato. Tutti gli obblighi derivanti agli Stati da questa Convenzione sono orientati al contrasto della tratta di esseri umani, al rafforzamento dei controlli alle frontiere e riguardano per lo più movimenti transnazionali, in cui viene in rilievo un attraversamento dei confini. Occorre, dunque, non perdere di vista lo scopo per il quale la definizione di tratta di esseri umani è stata adottata, ossia la standardizzazione del concetto di tratta al fine di facilitare la cooperazione penale internazionale in questa materia¹⁴⁹. Il Protocollo non aveva, infatti, certo l'obiettivo di reprimere lo sfruttamento all'interno degli Stati membri.

È stato sostenuto che uno dei fondamentali problemi di questa definizione è l'attenzione posta al modo (*rectius* l'azione) che conduce le vittime alla situazione di lavoro forzato o di sfruttamento simile alla schiavitù¹⁵⁰.

Un uso della definizione che ponesse eccessivamente l'accento sul movimento potrebbe, infatti, condurre a misure discriminatorie, in quanto priverebbe alcune persone della libertà di movimento, per il solo rischio che possano essere trafficate, mentre escluderebbe dall'ambito applicativo della tratta altre perché soggette a lavoro forzato o pratiche schiavistiche in assenza di un precedente movimento. Ciò, tuttavia, non esclude che tali pratiche possano essere ricondotte ad altri, più specifici, reati.

¹⁴⁷ Ivi, pp. 789-814.

¹⁴⁸ STOYANOVA V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, cit., p. 38.

¹⁴⁹ Ivi, p. 40.

¹⁵⁰ WIJERS M., *Purity, Victimhood and Agency: Fifteen years of the UN Trafficking Protocol*, cit., pp. 70-71. In tal senso cfr. HATHAWAY J.C., *The Human Rights Quagmire of Human Trafficking*, cit., p. 10.

Secondo tale ultima prospettiva, dunque, non dovrebbe rilevare tanto il percorso effettuato per arrivare nella situazione di sfruttamento, ma la situazione di sfruttamento in sé. Come rilevato da Vladislava Stoyanova, focalizzarsi sul *processo*, come azione avvenuta nel passato, devia l'attenzione rispetto alle attuali condizioni di sfruttamento¹⁵¹.

Come è stato efficacemente notato, il trasferimento della persona non è, però, rilevante in quanto tale, ma perché strumentale al condizionamento e all'asservimento della vittima: sradicare la persona dal suo ambiente sociale e dai suoi legami familiari, condurla in un ambiente estraneo e spesso ostile, costringerla all'isolamento linguistico e culturale significa accrescerne la vulnerabilità e privarla della possibilità di contare su qualunque tipo di aiuto¹⁵².

Il rapporto dell'UNODC del 2016¹⁵³ affronta proprio questo peculiare legame tra *displacement* e *vulnerability* che caratterizza le attuali forme di tratta di esseri umani. Prendendo in considerazione la situazione di chi scappa dalle persecuzioni e dai conflitti, l'UNODC sottolinea come il processo di tratta inizi proprio nel Paese di asilo dove le persone si sono trasferite per ottenere protezione: in queste situazioni, infatti, i trafficanti si avvantaggiano della vulnerabilità derivante dallo spostamento.

Il problema relativo alla necessità o meno del 'movimento' all'interno del fenomeno della tratta appare, peraltro, fortemente ridimensionato dalle considerazioni del *Global Report on Trafficking in Persons* dell'UNODC del 2018, secondo cui oggi si assiste ad una netta prevalenza della tratta interna o 'domestica' rispetto a quella transnazionale¹⁵⁴. Il 58% delle vittime sono infatti oggetto di tratta all'interno del proprio Paese e il 28% all'interno della propria sub-regione (ad esempio tra i Paesi del Nord America o all'interno dell'Africa Sub-Sahariana).

Secondo l'UNODC, ciò potrebbe essere dovuto in parte ad un generale rafforzamento dei controlli alle frontiere per quanto riguarda i Paesi che sono tipicamente oggetto di

¹⁵¹ STOYANOVA V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, cit., pp. 310 e ss.

¹⁵² GIAMMARINARO M.G., *Il Protocollo sulla tratta degli esseri umani*, in ROSI E. (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La convenzione ONU di Palermo*, cit., p. 421.

¹⁵³ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2016*, United Nations, New York, 2016, p. 61, reperibile al sito: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf

¹⁵⁴ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2018*, United Nations, New York, 2018, p. 41, reperibile al sito http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GloTIP2018_BOOKLET_2_Conflict.pdf. In realtà, si tratta di una considerazione già presente nel rapporto precedente (2016).

tratta transnazionale; per i Paesi di origine, invece, il miglioramento dei controlli alle frontiere potrebbe aver comportato l'intercettazione di un maggior numero di vittime durante il processo di trasferimento all'estero. Tale aumento potrebbe però essere spiegato anche in termini di un aumento della consapevolezza tra le autorità dell'esistenza della tratta interna ovvero in termini di estensione giurisprudenziale della definizione di tratta.

Invero, il fatto che il numero delle vittime di tratta più significativo a livello mondiale sia quello delle vittime di tratta domestica

«also shows trafficking is rooted in the exploitation of victims, and not necessarily their movement, although victims detected in their own countries may have been destined for exploitation elsewhere»¹⁵⁵.

Si tratta di una presa di posizione estremamente significativa, perché radica la tratta sullo sfruttamento della vittima a prescindere dal fatto che vi sia stato un movimento, invitando esplicitamente gli Stati a prendere progressiva consapevolezza dell'aumento della natura nazionale del problema della tratta.

1.2. Un difficile equilibrio tra schiavitù, sfruttamento e *smuggling*

Le considerazioni appena svolte mettono in luce come i parametri intorno ai quali è costituita la nozione di tratta non siano reificati, ma necessitino di adattarsi al mutato contesto sociale e all'evolversi del fenomeno stesso.

Come vedremo nel prosieguo, il dibattito successivo all'approvazione del Protocollo di Palermo si è sviluppato principalmente su due fronti.

Da una parte, la potenziale ampiezza della definizione di tratta – che ha destato non poche preoccupazioni¹⁵⁶ – ha condotto a fare, di tutto lo sfruttamento, tratta di esseri umani, anche in assenza di un movimento, portando gli studiosi a parlare di una «*exploitation creep*»¹⁵⁷.

¹⁵⁵ Ivi, p. 13.

¹⁵⁶ GALLAGHER A. e EZEILO J.N., *The UN Special Rapporteur on Trafficking: A Turbulent Decade in Review*, in *Human Rights Quarterly*, 2015, 37, pp. 930 e 931.

¹⁵⁷ CHUANG J., *Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law*, in *American Journal of International Law*, 2014, 108, pp. 609 e ss.

Dall'altra parte, la ritenuta ristrettezza o incompletezza della definizione di tratta ha indotto molti studiosi a preferire il riferimento all'espressione «*modern slavery*» o «*contemporary form of slavery*» per identificare le più gravi forme contemporanee di sfruttamento, all'interno delle quali ricondurre anche il fenomeno della tratta di esseri umani.

La complessità di questo dibattito è ulteriormente accentuata dallo scenario delle attuali migrazioni, dove i fenomeni di *trafficking* si mescolano a quelli *smuggling*, rendendo molto difficile distinguere i casi in cui vi sono vittime da quelli in cui vi siano soggetti consenzienti¹⁵⁸.

2. Gli sviluppi in ambito comunitario

2.1. La Decisione quadro 2002/629/GAI e la Direttiva 2004/81/CE

I primi anni del nuovo millennio hanno costituito l'occasione per l'adozione di nuovi strumenti di contrasto alla tratta di esseri umani anche in seno alla Unione europea. Nel precedente capitolo, ci eravamo interrotti all'analisi dell'Azione comune 97/154/GAI, le cui note critiche si sostanziavano nell'essere la stessa ancora strettamente legata ad una concezione di tratta finalizzata unicamente allo sfruttamento sessuale e alla prostituzione, nonché nel prevedere una protezione delle vittime solo 'incidentale' rispetto all'accertamento delle responsabilità penali, mediante il rilascio di un permesso di soggiorno in cambio della collaborazione giudiziaria.

L'adozione da parte delle Nazioni Unite del Protocollo sul *trafficking*, unitamente al fatto che il 1° maggio del 1999 era entrato in vigore il Trattato dell'Unione europea firmato ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, condusse le Istituzioni europee a rivedere i propri atti normativi in materia di tratta di esseri umani.

¹⁵⁸ CARLING J., GALLAGHER A. T. e HORWOOD C., *Beyond Definitions, Regional Mixed Migration Secretariat*, cit. Gli autori evidenziano come il limite della distinzione legale tra *migrant smuggling* e *human trafficking*. Molti migranti che finiscono in una situazione di tratta sono prima 'trafficati' attraverso i confini nazionali: «*smugglers are increasingly taking on the role of trafficker: using their clients for extortion, compelling them into situations of sexual enslavement; selling them for forced labour. Even when they have paid for their journey, migrants can remain in debt to those who founded their trip, makin them highlt vulnerable to exploitation in the country of destination*».

Occorre dar conto che con la firma del nuovo Trattato, l'Unione europea ottenne la possibilità di utilizzare lo strumento normativo delle decisioni quadro, atti simili alle direttive ma privi della idoneità a produrre effetti diretti.

Proprio nell'ottica di andare verso una maggiore armonizzazione delle legislazioni nazionali, in ordine alle sanzioni penali da comminare e alla necessità di stabilire definizioni comuni del fenomeno in ambito comunitario e all'interno dei diversi Stati membri, nel luglio 2002 venne adottata la Decisione quadro 2002/629/GAI¹⁵⁹.

Per molti l'iniziativa di una decisione quadro avrebbe fornito l'opportunità perfetta per l'UE di dimostrare l'impegno, spesso dichiarato, di voler proteggere i diritti delle vittime della tratta e delle loro famiglie, così come quello di affrontare le cause alla base del movimento e della domanda che lo nutre¹⁶⁰. Nonostante l'incoraggiamento proveniente da una vasta gamma di agenzie e organizzazioni, la decisione quadro del 2002 non accolse tale sfida.

Il risultato fu uno strumento che, da un lato, dimostrò di essere enormemente influente nel garantire la massima uniformità tra gli Stati membri per quanto riguarda tale forma di crimine¹⁶¹, dall'altro, in tema di diritti delle vittime e prevenzione della tratta, la decisione quadro offrì molto poco e, in effetti, può essere vista come un sostanziale arretramento rispetto agli impegni precedenti dell'Unione europea, come quelli contenuti nell'Azione comune sulla tratta di esseri umani del 1997 che fu abrogata per effetto dell'entrata in vigore della decisione quadro.

Essa rappresentò, peraltro, un passo indietro anche rispetto allo stesso Protocollo di Palermo, che comunque prevede una serie di norme relative all'assistenza e alla protezione delle vittime, seppure in via meramente opzionale, nonché ai principi e linee guide adottati dall'Alto Commissariato per i diritti umani.

¹⁵⁹ Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, in GUCE L 203 del 1° agosto 2002. Si rammenta che prima di questa decisione, 19 maggio del 2000, il Comitato dei Ministri del Consiglio europeo adottò una raccomandazione sulla tratta che includeva la seguente definizione di *trafficking*: «*the procurement by one or more natural or legal persons and/or the organisation of the exploitation and/or transport or migration – legal or illegal – of persons, even with their consent, for the purpose of their sexual exploitation, inter alia, by means of coercion, in particular violence or threats, deceit, abuse of authority or a position of vulnerability*», Raccomandazione n. (2000) 11.

¹⁶⁰ Cfr. GALLAGHER A., *Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking*, in *European Journal of Migration and Law*, 2006, 8, pp. 163 e ss. e GALLAGHER A.T., *The international law of human trafficking*, cit., p. 99.

¹⁶¹ La decisione quadro richiese l'adozione di disposizioni comuni su scala europea relative alla definizione di fattispecie criminose, sanzioni, circostanze aggravanti, competenza e condizioni di estradizione.

La definizione di tratta della decisione quadro accolse gli elementi fondamentali di quella contenuta nel Protocollo di Palermo¹⁶², riconoscendola come un reato contro la persona a scopo di sfruttamento¹⁶³.

La condotta di tratta di esseri umani, descritta nella decisione quadro, riguardava qualsiasi forma di reclutamento, trasporto, trasferimento, il dare ricovero alla persona e la successiva accoglienza finalizzata allo sfruttamento di manodopera o sessuale, con l'utilizzo di determinati mezzi. In particolare, il consenso della vittima si considerava irrilevante quando si fosse riscontrato l'uso di coercizione, violenza o minaccia, compreso il rapimento, l'uso di inganno o frode, l'abuso di autorità o di una posizione di vulnerabilità ovvero l'offerta di pagamenti o benefici.

A differenza del Protocollo di Palermo, scomparve ogni riferimento al coinvolgimento di un'organizzazione criminale e alla transnazionalità del crimine. Tale scelta fu accolta con favore, poiché confermava la volontà in seno alla Unione europea di non volere aderire allo stereotipo della tratta di esseri umani¹⁶⁴.

Fu, inoltre, punita la partecipazione alla tratta, più o meno indiretta, quando la stessa si fosse identificata nelle azioni di istigazione, favoreggiamento, complicità e tentativo¹⁶⁵.

In ordine alle pene, la decisione non definì un minimo e un massimo edittale, ma impose agli Stati membri di adottare le misure necessarie affinché adottassero sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive. Occorre, tuttavia, sottolineare che fu previsto, in certi casi¹⁶⁶, l'obbligo di adottare una pena non inferiore nel massimo

¹⁶² Art. 1, par. 1, Decisione 2002/629/GAI, cit.: «Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i seguenti atti siano puniti come reato: il reclutamento, il trasporto, il trasferimento di una persona, il darle ricovero e la successiva accoglienza, compreso il passaggio o il trasferimento del potere di disporre di questa persona, qualora: a) sia fatto uso di coercizione, violenza o minacce, compreso il rapimento; oppure b) sia fatto uso di inganno o frode; oppure c) vi sia abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità tale che la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima; oppure d) siano offerti o ricevuti pagamenti o benefici per ottenere il consenso di una persona che abbia il potere di disporre di un'altra persona a fini di sfruttamento del lavoro o dei servizi prestati da tale persona, compresi quanto meno il lavoro o i servizi forzati o obbligatori, la schiavitù o pratiche analoghe alla schiavitù o alla servitù oppure a fini di sfruttamento della prostituzione altrui o di altre forme di sfruttamento sessuale, anche nell'ambito della pornografia».

¹⁶³ Considerando n. 3, Decisione 2002/629/GAI, cit.: «La tratta degli esseri umani costituisce una grave violazione dei diritti e della dignità dell'uomo e comporta pratiche crudeli quali l'abuso e l'inganno di persone vulnerabili, oltre che l'uso di violenza, minacce, sottomissione tramite debiti e coercizione».

¹⁶⁴ KRIEG S.H., *Trafficking in Human Beings: The EU Approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights*, cit., p. 779.

¹⁶⁵ Art. 2, Decisione 2002/629/GAI, cit.

¹⁶⁶ Ai sensi dell'art. 3, gli Stati dovevano rendere punibili tali reati con la pena della reclusione in carcere non inferiore nel massimo ad anni otto in presenza, ossia quando l'autore del reato avesse messo

ad otto anni: tra questi, vi rientrò l'ipotesi in cui il reato fosse stato commesso contro una vittima particolarmente vulnerabile. Quest'ultima fu considerata tale quando:

«non [avesse] raggiunto l'età della maturità sessuale ai sensi della legislazione nazionale e quando il reato [fosse] stato commesso ai fini di sfruttamento della prostituzione altrui o di altre forme di sfruttamento sessuale, anche nell'ambito della pornografia»¹⁶⁷.

Tale indicazione destò, inevitabilmente, alcune perplessità, in quanto in primo luogo non si comprese perché si includesse, ai fini dell'operare della circostanza aggravante, una vulnerabilità rivolta unicamente allo sfruttamento sessuale e non anche inclusiva di altre tipologie di sfruttamento, in special modo quello lavorativo. In secondo luogo, apparve del tutto incongrua – di fronte al tentativo di armonizzazione operato con la decisione – la specificazione che per «minore» si dovesse intendere *«qualsiasi persona di età inferiore ai diciotto anni»*, facendo, al contempo, un sostanziale rinvio ai singoli sistemi nazionali per stabilire il periodo iniziale della maturità sessuale.

È opportuno, comunque, evidenziare che tale nozione di vulnerabilità, per così dire soggettivizzata, nel senso di riferita a singole specificità soggettive di alcuni soggetti, si contrappone alla definizione di *«abuso di una posizione di vulnerabilità»* contenuta nella definizione del reato di cui all'art. 1¹⁶⁸. Si tratta della medesima definizione presa in considerazione durante i lavori preparatori del Protocollo di Palermo che, al contrario di quanto detto sinora, contempla un nozione in termini oggettivi della vulnerabilità, non riferita o legata dunque alle condizioni personali di un individuo ma ad una situazione in cui potrebbe ritrovarsi qualunque persona.

Gli aspetti di maggior innovazione nella decisione quadro in commento sono probabilmente le norme che estendono compiutamente la responsabilità civile e penale per i reati di tratta anche alle persone giuridiche, richiedendo al contempo agli Stati la fissazione di sanzioni adeguate¹⁶⁹.

in pericolo la vita della vittima, qualora fosse stato commesso contro una vittima particolarmente vulnerabile oppure ricorrendo a violenza grave o avesse provocato un danno particolarmente grave alla vittima e, infine, qualora il reato rientrasse tra le attività di un'organizzazione criminale.

¹⁶⁷ Art. 3, par. 2, lett. b), Decisione 2002/629/GAI, cit.

¹⁶⁸ Art. 1, par. 1, lett. c.), Decisione 2002/629/GAI, cit.: *«(...) vi sia abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità tale che la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima»*.

¹⁶⁹ Artt. 4 e 5, Decisione 2002/629/GAI, cit.

Rispetto a quanto detto sin qui, è evidente che la decisione quadro si concentrò quasi esclusivamente sulla necessità di ricostruire un nucleo di previsioni penali in grado di criminalizzare una vasta gamma di reati connessi alla tratta, anche qualora commessi da persone giuridiche.

In effetti, l'atto trascurò, se non tralasciò del tutto, di disciplinare la protezione di cui le vittime della tratta avrebbero dovuto beneficiare nello Stato Membro: soltanto un articolo di questa decisione concerne la protezione e l'assistenza alle vittime, mentre le sole due previsioni sostanziali sul punto riguardano, entrambe, unicamente i minori¹⁷⁰.

Numerose critiche furono mosse alla decisione 2002/629/GAI per la mancata introduzione di un sistema adeguato di protezione dei diritti e degli interessi delle vittime, nonché per l'assenza di previsioni in materia di rimpatrio, di prevenzione e contenimento del fenomeno criminale in questione¹⁷¹.

La battuta d'arresto dell'Unione europea rispetto ai diritti delle vittime avvenuta con la decisione 2002/629/GAI fu possibile in parte attraverso le vaghe ma frequenti promesse delle istituzioni europee¹⁷², secondo cui queste questioni sarebbero state

¹⁷⁰ Art. 7, Decisione 2002/629/GAI, cit.: «*Gli Stati membri dispongono che le indagini o l'azione penale relative a reati contemplati dalla presente decisione quadro non dipendano da una denuncia o accusa formulate da una persona oggetto del reato in questione, almeno nei casi in cui si applica l'articolo 6, paragrafo 1, lettera a). I bambini che siano vittime di un reato di cui all'articolo 1 dovrebbero essere considerati vittime particolarmente vulnerabili ai sensi dell'articolo 2, paragrafo 2, dell'articolo 8, paragrafo 4 e dell'articolo 14, paragrafo 1, della decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale. Se la vittima è un minore, ciascuno Stato membro adotta tutte le misure in suo potere per garantire un'appropriata assistenza alla sua famiglia. In particolare, ciascuno Stato membro, se possibile ed opportuno, applica alla famiglia in questione l'articolo 4 della decisione quadro 2001/220/GAI*».

¹⁷¹ RIJKEN C., *The External Dimension of EU Policy on Trafficking in Human Beings*, in CREMONA M., MONAR J. e POLI S. (eds.), *The External Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice*, P.I.E. Peter Lang, 2011, p. 212.

¹⁷² Risoluzione del Parlamento europeo A2-52/89 del 14 aprile 1989, GU C 120 del 16.05.1989, pp. 352 e ss. specialmente il punto 8.2; risoluzione del Parlamento europeo B3-1264, 1283 e 1309/93 del 16 settembre 1993, GU C 268 del 4.10.1993, pp. 141 e ss., specialmente i punti 2 e 10; risoluzione del Parlamento europeo A4-0326/95 del 18 gennaio 1996, GU C 32 del 5.02.1996, pp. 88 e ss., specialmente il punto 25. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul traffico di donne a scopo di sfruttamento sessuale, 20 novembre 1996, COM(96) 567 def. Risoluzione del parlamento europeo sulla comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo sul traffico di donne a scopo di sfruttamento sessuale, A4-0372/1997 del 16 dicembre 1997; Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo per ulteriori azioni nella lotta contro la tratta di donne, COM(1998) 726 del 9 dicembre 1998. Dichiarazione ministeriale dell'Aia del 26 aprile 1997. Infine, la proposta legislativa di adozione di una direttiva concernente il rilascio di un titolo di soggiorno alle vittime di tratta venne annunciata nella comunicazione della Commissione su una politica comune in materia d'immigrazione illegale, COM(2001) 672 def., specialmente il punto 4.7.2.

trattate in un successivo strumento volto a regolare il rilascio di un permesso di soggiorno temporaneo per le vittime della tratta¹⁷³.

Ed in effetti, a tal fine, due anni dopo, venne adottata la direttiva 2004/81/CE¹⁷⁴ riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani: tale direttiva, tuttavia, ancora una volta, non realizzò appieno quanto sperato.

Il meccanismo disegnato dalla richiamata direttiva, tuttora vigente per certi aspetti, prevedeva che un titolo di soggiorno venisse rilasciato, solo al termine di un cosiddetto «periodo di riflessione», a seguito del quale lo straniero avesse deciso di accettare di collaborare attivamente alle indagini e sempre che lo Stato avesse valutato, a sua volta, l'opportunità presentata dalla proroga del soggiorno della vittima sul territorio nazionale ai fini delle indagini o del procedimento giudiziario, nonché la rottura di ogni legame con i presunti autori dei reati.

La direttiva stabilì, comunque, che durante il periodo di riflessione fossero assicurate alle vittime risorse sufficienti a garantire un livello di vita in grado di permettere la sussistenza e l'accesso alle cure mediche urgenti, nonché per aiutarle a ritrovare l'autonomia materiale e psicologica. Successivamente al rilascio del permesso di soggiorno, tra le altre previsioni, fu altresì garantito l'accesso a programmi volti a favorire «*la ripresa di una vita sociale normale, compresi, eventualmente, corsi intesi a migliorare la loro capacità professionale, oppure la preparazione al ritorno assistito nel paese di origine*»¹⁷⁵.

Sebbene le misure di assistenza e protezione costituissero un importante passo avanti nella tutela dei diritti delle vittime di tratta, la portata innovatrice della direttiva apparve del tutto vanificata dalla subordinazione del rilascio del permesso di soggiorno ad un'effettiva e proficua collaborazione giudiziaria, lasciando privi di qualsivoglia tutela coloro che non avessero potuto o non avessero voluto collaborare con le autorità degli Stati membri.

In altre parole, l'approccio adottato rifletteva una scelta opportunistica degli Stati membri, fondata sostanzialmente su un meccanismo premiale, che subordinava la permanenza della vittima sul territorio dell'Unione europea alla cooperazione con le

¹⁷³ GALLAGHER A. T., *The international law of human trafficking*, cit., p. 100.

¹⁷⁴ Direttiva 2004/81/CE del Consiglio del 29 aprile 2004 riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti, in GUUE L 261 del 6 agosto 2004.

¹⁷⁵ Art. 12, Direttiva 2004/81/CE, cit.

autorità dello Stato nei procedimenti a carico degli autori dei reati di tratta o di favoreggiamento dell'immigrazione illegale¹⁷⁶.

Anche nella regolazione dello strumento attraverso il quale l'Unione europea avrebbe potuto assicurare una qualche protezione alle vittime della tratta, l'approccio adottato dalla Commissione, dunque, già nella proposta di direttiva, si rivelò estremamente restrittivo, per aver limitato la concessione di questo tipo di permesso unicamente ai casi di collaborazione delle vittime nelle indagini o più in generale nel procedimento penale.

Già nella proposta della Commissione era evidente, infatti, che lo scopo della direttiva non fosse quello di proteggere le vittime, ma di concedere loro permessi di soggiorno di breve durata, in cambio della loro collaborazione nella fase investigativa e nei procedimenti penali contro i loro presunti trafficanti e sfruttatori¹⁷⁷.

L'intento della Commissione risiedeva evidentemente nella volontà di scoraggiare un abuso opportunistico del permesso di soggiorno ovvero nell'intento di evitare di aggravare il problema dell'immigrazione illegale nell'Unione europea¹⁷⁸.

Tali obiezioni vennero prese in considerazione solo diversi anni dopo, nel giugno del 2009, quando il Gruppo di esperti sulla tratta di esseri umani, istituito dalla Commissione nel 2007¹⁷⁹, rese nota una dettagliata opinione sulla possibilità di procedere alla revisione della direttiva in questione, a causa del fatto che il sistema

¹⁷⁶ SCARPA S., *La tutela dei diritti delle vittime di tratta di esseri umani e il sistema premiale previsto dalla direttiva comunitaria 2004/81/CE*, in *Diritto Immigrazione e cittadinanza*, 2005, p. 45.

¹⁷⁷ Ivi, p. 60. La Commissione europea nel suo memorandum esplicativo dichiarava infatti che: «La presente proposta di direttiva riguarda un titolo di soggiorno, e ne definisce il regime. A questo titolo, e nei limiti entro i quali alcune disposizioni relative alle condizioni di soggiorno costituiscono misure protettive (a cominciare dal titolo di soggiorno stesso, che de facto "protegge" dall'allontanamento), può sembrare che la presente proposta di direttiva miri a proteggere le vittime. Ma non è così: la presente proposta di direttiva prevede il rilascio di un titolo di soggiorno e non riguarda la protezione, né dei testimoni né delle vittime. Non è questo il suo obiettivo, né è questo il suo fondamento giuridico» (COM (2002) 71 def. – CNS 2002/0043, in GUCE C 126E del 28 maggio 2002).

¹⁷⁸ Il fondamento e la ratio di simile meccanismo trova peraltro conferma in una precedente dichiarazione dei governi degli Stati Membri, di alcuni Stati terzi e delle Istituzioni europee, preoccupati nella gestione del possibile effetto 'attrattore' prodotto dall'eventuale previsione di un permesso di soggiorno per le vittime di tratta: European Conference in Preventing and Combating Trafficking in Human Being, *Recommendations, Standards and Best Practices Brussels*, in *Declaration on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings – Global Challenge for the 21st Century*, Brussels, Sept. 18-20, 2002: «The implementation of such a residence permit must be carefully monitored and evaluated to prevent the incidence of 'procedure shopping' whereby the capacity to accommodate and support genuine trafficked victims is eroded by the claims of fraudulent victims».

¹⁷⁹ Decisione della Commissione europea del 17 ottobre 2007 che istituisce il gruppo di esperti sulla tratta di esseri umani (2007/675/CE), in GUUE L 277 del 20 ottobre 2007.

così come configurato rischiava di essere inefficace rispetto agli obiettivi proposti¹⁸⁰. In tale occasione, si affermò che rimettere al centro delle misure nella lotta contro la tratta i diritti umani implicava necessariamente creare un sistema adeguato di protezione per la vittima. Il Gruppo propose, inoltre, che l'ambito della direttiva fosse ampliato fino a ricomprendervi tutte le vittime e non solo quelle provenienti dai Paesi terzi: trattandosi, infatti, di una direttiva fondante la propria base giuridica sull'art. 63, n. 3, TCE, riguardante l'immigrazione dei cittadini di Paesi terzi, la stessa escludeva automaticamente dalla tutela i cittadini degli Stati membri dell'Unione europea.

Occorre ricordare, a questo proposito, che, dopo il 1° Maggio 2004, molti Paesi da cui originano fenomeni di tratta divennero parte dell'Unione europea; di conseguenza le vittime, che erano cittadini di questi Stati rimasero privi di protezione, in quanto non più appartenenti ai Paesi terzi. La direttiva stessa sembrava, inoltre, escludere dal suo raggio applicativo i cittadini di Paesi terzi soggiornanti in uno Stato membro con un valido permesso di soggiorno¹⁸¹.

Ancora oggi, tuttavia, le sollecitate modifiche, non sembrano essere state prese in considerazione dal legislatore europeo, che sebbene con la direttiva 2011/36/UE¹⁸², come si vedrà, abbia deciso di estendere l'assistenza e il sostegno anche alle vittime che non desiderino collaborare con le autorità, per quanto concerne il rilascio del titolo di soggiorno continua a fare riferimento al meccanismo premiale previsto dalla direttiva 2004/81/CE.

¹⁸⁰ Opinion No. 4/2009 of the Group of Experts on Trafficking in Human Beings set up by the European Commission On a possible revision of Council Directive 2004/81/EC of 29 April 2004 on the residence permit issued to third-country nationals who are victims of trafficking in human beings or who have been the subject of an action to facilitate illegal immigration, who cooperate with the competent authorities 16 June 2009: «*The current Directive insufficiently addresses the legitimate needs and rights of victims to support and assistance. In particular, the granting of the residence permit and the related assistance is made necessarily conditional on cooperation of the victim in relevant national proceedings. Furthermore, there are insufficient guarantees concerning a possible right to remain on the territory after relevant national proceedings have been completed, as well as with regard to assistance to victims. Consequently, victims may be reluctant to give evidence, given that such an act may expose them or third parties to further risk*».

¹⁸¹ MIDDLEBURG A. e RIJKEN C., *The EU Legal Framework on Combating Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation*, in RIJKE C. (ed), *Combating Trafficking in Human Beings for Exploitation*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011, p. 379.

¹⁸² Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GUUE L 101 del 15 aprile 2011.

3. La Convenzione di Varsavia sulla lotta contro la tratta di esseri umani del 2005 e la relazione esplicativa

Nei primi anni duemila, anche il Consiglio d'Europa pose le basi per l'adozione di uno strumento normativo riguardante la tratta. La rilevanza di tale iniziativa, che merita di per sé un approfondito esame, si apprezza oggi per il fatto che la Convenzione che ne è scaturita costituisce il primo e più avanzato sistema di promozione e protezione dei diritti umani a livello regionale.

Il contesto in cui si inserisce la Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani¹⁸³ si distingue nettamente da quello in cui si colloca il Protocollo di Palermo. Quest'ultimo, come si è visto, è stato adottato nell'ambito di un'azione più generale volta alla repressione del crimine transnazionale organizzato. Inoltre, si rammenta che la CEDU e la stessa Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ne garantisce il rispetto e l'applicazione, sono istituiti con lo scopo di affermare la responsabilità degli Stati, mentre la legge penale nazionale, introdotta per effetto delle obbligazioni internazionali derivanti dalla Convenzione di Palermo, è applicata per statuire sulle responsabilità individuali.

Il problema della tratta attrasse l'attenzione del Consiglio d'Europa già nei primi anni Novanta, quando la questione rivestiva ancora un'importanza marginale per le organizzazioni internazionali e i governi nazionali¹⁸⁴. Fino agli anni 2000, le raccomandazioni adottate dal Comitato dei Ministri apparvero, tuttavia, ancora strettamente legate allo sfruttamento delle donne e bambini a fini sessuali¹⁸⁵. Nonostante una certa influenza esercitata dai negoziati del Protocollo sul *trafficking*, il Consiglio d'Europa continuò, per alcuni anni, ad avere una visione molto più ristretta della tratta, limitata allo sfruttamento sessuale e, quindi, alle sole donne e ragazze. Basti pensare che la proposta di una convenzione sulla tratta emerse nell'ambito del Consiglio d'Europa per mezzo di una raccomandazione

¹⁸³ Convenzione del Consiglio d'Europa sull'azione contro la tratta di esseri umani, adottata a Varsavia il 16 maggio 2005, ed entrata in vigore il 1° febbraio 2008.

¹⁸⁴ Cfr. GALLAGHER A., *Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments*, cit., pp. 170-171.

¹⁸⁵ Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, Raccomandazione n. (2011) 11 sull'azione contro la tratta di esseri umani per lo scopo dello sfruttamento sessuale, 19 maggio 2000; Consiglio d'Europa, Comitato dei Ministri, Raccomandazione n. (2001)16 sulla protezione dei bambini contro lo sfruttamento sessuale, 31 ottobre 2001.

dell'Assemblea Parlamentare, in cui si prese in considerazione solo la tratta delle donne per sfruttamento sessuale¹⁸⁶.

Successivamente, la discussione prese una direzione diversa quando, nell'aprile del 2002, fu organizzato dal Consiglio d'Europa un incontro volto ad apprezzare la possibilità di adottare una Convenzione che rappresentasse uno sviluppo rispetto al Protocollo di Palermo e non una rottura. In tale ottica, evidentemente, configurare la tratta al solo scopo dello sfruttamento sessuale avrebbe costituito una limitazione notevole rispetto ai passi avanti compiuti a livello internazionale.

L'omogeneità del contesto europeo consentì al Consiglio d'Europa, come vedremo, di sviluppare un approccio olistico alla questione della tratta, migliorando alcuni aspetti, in particolare quelli relativi alla prevenzione e alla protezione delle vittime, trascurati dal Protocollo di Palermo sul *trafficking*.

Il processo legislativo cominciò nell'aprile del 2003 con la formale istituzione, da parte del Comitato dei Ministri, di un *Ad Hoc Committee on Action against Trafficking in Human Beings* (CAHTEH), incaricato specificamente di preparare una Convenzione europea sulla tratta. I lavori preparatori durarono circa un anno e, a differenza del Protocollo di Palermo, il processo di redazione della Convenzione del Consiglio d'Europa fu un affare relativamente privato, con un significativo controllo interno¹⁸⁷, in quanto gli incontri erano formalmente chiusi. Soltanto dopo le ripetute insistenze da parte di Amnesty International e Anti-Slavery International, il CAHTEH accettò la presenza di alcuni rappresentanti delle NGOs, ma senza la possibilità di essere sentiti pubblicamente in assemblea.

La Convenzione del Consiglio d'Europa fu aperta formalmente alla firma degli Stati il 16 maggio 2005 a Varsavia e risulta attualmente in vigore.

L'approccio del Consiglio d'Europa al problema della tratta si distingue da quello del Protocollo di Palermo: se quest'ultimo, infatti, si concentra sulla repressione e sulla prevenzione del crimine, il primo pone l'accento sui diritti umani e sulla protezione delle vittime. Ciò si evince, in particolare, dal preambolo della Convenzione nonché dall'art. 39 in cui si afferma espressamente che l'obiettivo è quello di rafforzare le disposizioni del Protocollo dedicate alla protezione delle vittime.

¹⁸⁶ Consiglio d'Europa, Assemblea parlamentare, Raccomandazione n. 1545 (2002) sulla campagna contro la tratta di donne, adottata il 21 gennaio 2002. Cfr.: GALLAGHER A.T., *The international law of human trafficking*, cit., p. 111.

¹⁸⁷ GALLAGHER A., *Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking*, cit., pp. 172-173.

La definizione di *human trafficking* contenuta nella Convenzione riprende quella dell'art. 3 del Protocollo delle Nazioni Unite, ma svincola la sua applicazione dal tradizionale ancoraggio al crimine transnazionale organizzato: ai sensi dell'art. 2, infatti, la Convenzione si applica a tutte le forme di tratta di esseri umani sia nazionali che transnazionali e connesse o non connesse al crimine organizzato. Come enunciato dalla stessa Relazione esplicativa della Convenzione, l'intento è quello di estendere l'ambito di applicazione del Protocollo di Palermo in materia di tratta di esseri umani¹⁸⁸.

L'elemento dell'azione, al pari del Protocollo di Palermo, intende comprendere l'intera sequenza di atti che portano allo sfruttamento delle vittime¹⁸⁹. Sebbene l'art. 2 chiarifichi, dunque, che la tratta di esseri umani non necessariamente debba configurarsi mediante l'attraversamento dei confini internazionali, implicando che tutti gli elementi possano verificarsi all'interno dei confini di un singolo Stato, l'elemento dell'azione non può comunque venire meno del tutto. Al fine di meglio comprendere tale precisazione, si può pensare ad uno spostamento o ad un trasferimento della vittima, mediante l'utilizzo di certi 'mezzi', all'interno di uno stesso Stato, ma in un luogo *non familiare*, dove la persona, non avendo un'opportuna rete di contatti sociali, può trovarsi fortemente disorientata ed isolata.

Rispetto ai mezzi, la relazione esplicativa, specifica che la frode e l'inganno sono comportamenti frequentemente usati dai trafficanti, ad esempio nel caso in cui facciano credere alle vittime che otterranno un contratto di lavoro regolare e soddisfacente, quando invece sono destinate ad essere sfruttate.

Di rilievo appare il tentativo di offrire una spiegazione dell'espressione «*abuso di una condizione di vulnerabilità*».

La definizione di tale concetto non viene inserita nella Convenzione, dove è unicamente menzionata tra i mezzi della condotta, ma specificata dalla relazione esplicativa¹⁹⁰. Qui si ribadisce, innanzitutto, che si tratta dell'abuso di qualsiasi situazione in cui la persona coinvolta non ha altra scelta reale ed accettabile che quella

¹⁸⁸ Consiglio d'Europa, *Relazione esplicativa della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani*, reperibile sul sito: <https://rm.coe.int/168047cd71>.

¹⁸⁹ Ivi, par. 78.

¹⁹⁰ Come si è visto nel capitolo I, nelle prime versioni dell'atto durante i lavori preparatori al Protocollo di Palermo, fu proposto di inserire la definizione di abuso di posizione di vulnerabilità, ma questa venne omessa nella versione finale ed inserita nelle note interpretative del Protocollo pubblicate nel 2006. Nel prosieguo, si vedrà, come solo la direttiva 2011/36/UE contenga, oggi, la definizione dell'abuso di posizione di vulnerabilità all'interno dell'atto normativo.

di soggiacere all'abuso (così come definita dai lavori preparatori del Protocollo di Palermo). In particolare, la relazione precisa che può trattarsi di

«qualsiasi tipo di vulnerabilità, che può essere fisica, psicologica, affettivo, familiare, sociale od economica. Questa situazione potrebbe, ad esempio, essere una situazione amministrativa precaria o illegale, una situazione di dipendenza economica o uno stato di salute fragile. In breve, si tratta dell'insieme delle situazioni di estrema difficoltà che possono indurre un essere umano ad accettare di essere sfruttato. Gli individui che abusano di tale situazione commettono una flagrante violazione dei diritti della persona umana ed un oltraggio alla sua dignità ed alla sua integrità, alle quali non è possibile rinunciare in nessun caso»¹⁹¹.

La vulnerabilità della vittima potrebbe, dunque, essere dovuta ad una molteplicità di motivi, compresa la mancanza di opportunità economiche o difficoltà finanziarie che potrebbero fungere da fattore persuasivo alla partenza, fino a poter acconsentire al trasporto e in qualche modo al conseguente sfruttamento.

Nella stessa relazione, in materia di consenso, si esplicita inoltre che:

«L'articolo 4 (b) precisa che il consenso di una vittima della "tratta di esseri umani", allo sfruttamento previsto, nel senso di cui alla lettera (a) dell'art.4, è indifferente laddove sia stato usato uno qualsiasi dei mezzi indicati nella lettera (a). La questione del consenso non è semplice e non è facile determinare dove finisce la libera scelta e dove inizia la coercizione. Nella tratta, alcune persone non sanno affatto quello che le aspetta, altre sanno perfettamente che si tratta, ad esempio, di prostituirsi. Comunque, anche se una persona desidera trovare un lavoro, ed eventualmente prostituirsi, ciò non significa che essa voglia acconsentire a subire abusi di ogni tipo. Per questa ragione, l'articolo 4 (b) prevede che esiste tratta di esseri umani sia quando la vittima acconsente sia quando non acconsente ad essere sfruttata»¹⁹².

Particolare rilievo assume, dunque, la corretta definizione dei confini entro i quali possa ravvisarsi l'abuso di una posizione di vulnerabilità, considerato che attualmente è il mezzo più utilizzato dai *traffickers*. Si tratta, in particolare, di condizioni di *'debt*

¹⁹¹ Consiglio d'Europa, *Relazione esplicativa*, cit., par. 83.

¹⁹² Ivi, par. 97.

bondage' e/o di dipendenza multipla in presenza delle quali la vittima è indotta a credere di non avere altra scelta effettiva se non quella di accettare lo sfruttamento para-schiavistico. Si è affermato, a tal proposito, che i fattori di vulnerabilità possono riguardare

«l'isolamento sociale, la mancata o scarsa conoscenza della lingua e della legislazione locale, l'analfabetismo, la giovane età, talvolta la disabilità, il background familiare che può essere caratterizzato da violenza domestica, il background culturale che è spesso caratterizzato da sfiducia nelle istituzioni e in particolare nelle forze dell'ordine, la precarietà legata allo status di migrante irregolare»¹⁹³.

Molti di questi fattori (isolamento sociale, scarsa o mancata conoscenza della lingua e della legislazione locale, il *background* familiare e quello culturale), letti nel loro complesso, potrebbero avvalorare quell'idea, espressa in premessa al presente capitolo, secondo cui il *displacement*, inteso come decontestualizzazione della persona, crea vulnerabilità.

L'approccio olistico della Convenzione si evince dalle numerose disposizioni dedicate alla protezione e all'assistenza delle vittime, che sembrano proseguire il percorso già tracciato dai principi e dalle linee guida dell'Alto commissariato per i diritti umani delle Nazioni Unite del 2002, secondo cui la protezione e l'assistenza alle vittime deve considerarsi un elemento talmente importante da non potere essere previste solo in via facoltativa.

Per quanto concerne le disposizioni rivolte all'identificazione e protezione delle vittime di tratta, è previsto, innanzitutto, che appena l'autorità abbia un *ragionevole motivo* di credere che la persona sia stata vittima di tratta, debba fornirle l'assistenza necessaria, nonché la possibilità di rimanere sul territorio¹⁹⁴. Non si richiede, pertanto, una certezza assoluta in ordine all'identificazione della persona come vittima di tratta, per fornirle la necessaria assistenza: ciò evidentemente per evitare un eventuale

¹⁹³ GIAMMARINARO M.G., *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, 4, p. 17.

¹⁹⁴ Art. 10, par. 2, Convenzione, cit.: «Ciascuna delle Parti si assicura che, se le autorità competenti hanno ragionevoli motivi per credere che una persona sia stata vittima della tratta di esseri umani, quella persona non venga allontanata dal proprio territorio finché la procedura d'identificazione, che la vede vittima di un reato previsto dall'articolo 18 della presente Convenzione, sia stata completata dalle autorità competenti e si assicura che la persona riceva l'assistenza di cui all'articolo 12, commi 1 e 2».

allontanamento della vittima nelle more del processo di identificazione, che spesso si rivela molto lungo e complesso.

Come rilevato dalla relazione esplicativa, la mancata corretta identificazione di una vittima della tratta,

«significherà probabilmente che alla vittima continueranno ad essere negati i suoi diritti fondamentali e priverà l'accusa dei testimoni necessari per ottenere la condanna degli autori della tratta di esseri umani. Attraverso la procedura di identificazione, le autorità competenti cercano e valutano le varie circostanze, in relazione alle quali possono considerare che una persona è vittima della tratta»¹⁹⁵.

Si tratta evidentemente di un punto cruciale, essenziale alla messa in protezione delle vittime, che sarà valorizzato, come si vedrà, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Rantsev*¹⁹⁶ e oggetto di particolare attenzione negli ultimi anni soprattutto con riguardo ai richiedenti la protezione internazionale, rispetto ai quali sono stati sviluppati appositi meccanismi di *referral*, mediante i quali affidare ad enti dotati di specifiche competenze in materia il compito di procedere all'identificazione delle vittime di tratta.

Circa le misure di assistenza, si prevede che dovrebbero essere garantiti quanto meno un alloggio adeguato, l'assistenza psicologica e materiale, l'accesso alle cure mediche d'urgenza, l'aiuto in materia di traduzione e interpretariato e l'accesso all'istruzione per i minori.

In linea con quanto previsto dalla direttiva 2004/81/CE, alla vittima è, inoltre, garantito un periodo di recupero e di riflessione di almeno trenta giorni, affinché possa ristabilirsi e scegliere se intende o meno collaborare con le autorità competenti. Durante questo periodo la persona non potrà essere espulsa e beneficerà delle forme di assistenza prevista dalla Convenzione¹⁹⁷. Si tratta, dunque, di misure che non sono

¹⁹⁵ Consiglio d'Europa, *Relazione esplicativa*, cit., par. 127.

¹⁹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rantsev c. Cipro e Russia*, sentenza del 7 gennaio 2010.

¹⁹⁷ Art. 13, Convenzione, cit.: «1. Ciascuna delle Parti prevede nella sua legislazione nazionale un periodo di recupero e di riflessione di almeno 30 giorni, quando sussistano ragionevoli motivi per credere che la persona in questione sia una vittima. Tale periodo dovrà avere durata sufficiente perché la persona in questione possa ristabilirsi, sfuggire dall'influenza dei trafficanti e/o prendere consapevolmente delle decisioni sulla sua collaborazione con le autorità competenti. Durante questo periodo non sarà possibile mettere in atto alcun ordine d'espulsione contro di essa. Questa norma non pregiudica le attività avviate dalle autorità competenti in tutte le fasi della procedura nazionale applicabile ed in particolare non pregiudica l'attività investigativa ed il perseguimento dei fatti criminosi. Durante questo periodo le Parti autorizzano il soggiorno della persona in questione sul loro

condizionate alla volontà della vittima di cooperare nel procedimento penale e peraltro più ampie di quelle previste dalla decisione quadro 2002/629/GAI adottata in ambito comunitario.

Ai sensi dell'art. 14 della Convenzione, il permesso di soggiorno alle vittime di tratta può esser rilasciato in due ipotesi alternative:

«a. l'autorità competente considera che la loro permanenza sia necessaria in ragione della loro condizione personale; b. l'autorità competente considera che il loro soggiorno sia necessario in ragione della loro collaborazione con le autorità competenti ai fini dell'inchiesta o del procedimento penale».

Tale previsione si distingue da quella della decisione quadro del 2002, ove la condizione per il rilascio del permesso di soggiorno era unicamente quella della collaborazione con le autorità, a prescindere dalle condizioni personali in cui versava la vittima.

Con specifico riguardo al rimpatrio delle vittime di tratta, la Convenzione si ispira in parte alla previsione contenuta nel Protocollo di Palermo. L'art. 16 concerne allo stesso tempo il ritorno volontario e quello non volontario, sebbene i redattori abbiano specificato che gli Stati dovrebbero preferire sempre la prima modalità di rientro. Si è voluto precisare che, in ogni caso, il ritorno della vittima debba avvenire tenendo in debito conto i diritti, la sicurezza e la dignità della persona. Tali diritti includono, in particolare, il diritto a non essere oggetto di trattamenti disumani o degradanti, il diritto alla protezione della vita privata e familiare e la protezione della propria identità. Vi è un chiaro riferimento, dunque, agli artt. 3 e 8 della CEDU che impongono rispettivamente il rispetto di tali diritti da parte degli Stati del Consiglio d'Europa, anche in caso di rimpatrio, estradizione ovvero rinvio in un altro Stato¹⁹⁸.

Ai sensi dell'art. 18 della Convenzione, ciascuna delle Parti adotta le misure legislative e le altre misure necessarie a configurare come 'reato' la fattispecie di cui

territorio. 2. Durante questo periodo, le persone di cui al comma 1 di questo articolo beneficiano delle misure contenute nell'articolo 12, commi 1 e 2».

¹⁹⁸ Nel caso *Soering c. Regno Unito* (sentenza del 7 luglio 1989), ad esempio, nel contesto dell'extradizione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha stimato che «una tale decisione poteva sollevare un problema in relazione all'articolo 3 e di conseguenza impegnare la responsabilità di quello Stato in rapporto alla Convenzione, se c'erano motivi sostanziali e verificati per credere che la persona in oggetto, se estradata allo Stato richiedente, colà avrebbe corso un rischio reale di essere soggetta a tortura o a pene o a trattamenti degradanti».

all'art. 4 della Convenzione, se commessi intenzionalmente. In ordine a questa disposizione, la relazione esplicativa chiarisce che

«il reato di cui all'art. 18 si concretizza in una fase molto precoce: una persona non deve essere stata necessariamente sfruttata perché si configuri il reato di tratta di esseri umani. È sufficiente che sia stata oggetto di uno degli atti che vengono indicati nella definizione come mezzi finalizzati allo sfruttamento. La tratta di esseri umani si realizza quindi prima del reale sfruttamento della persona»¹⁹⁹.

Le portata potenzialmente estensiva della Convenzione si evince, inoltre, dalla disposizione di cui all'art. 19, secondo cui le Parti devono prevedere che venga considerato come reato l'utilizzo consapevole dei servizi di una vittima della tratta. La principale ragione dell'inserimento di una simile previsione era quella di scoraggiare la domanda di persone da sfruttare, considerato che ciò favorisce a sua volta la tratta di esseri umani²⁰⁰. Appare interessante a tal proposito l'esemplificazione offerta dalla relazione esplicativa in ordine ai casi che potrebbero configurarsi come reati negli ordinamenti nazionali:

«(...) ad esempio, potrebbe essere penalmente responsabile, in applicazione di questa disposizione, l'imprenditore che ricorresse, avendone la consapevolezza, a mano d'opera – vittima di tratta di esseri umani – resa disponibile da un trafficante. In un caso tale, l'imprenditore potrebbe essere considerato come responsabile in base all'articolo 18, anche se non ha lui stesso reclutato le vittime della tratta (questo atto è stato compiuto dal trafficante) e non ha usato nessuno dei mezzi indicati nella definizione di tratta, ma sarebbe responsabile in applicazione dell'articolo 19».

Si tratta, a ben vedere, di un'ipotesi che è stata recentemente presa in considerazione dal legislatore italiano che con la legge n. 199 del 2016 ha riformato l'art. 603-bis c.p. Nel campo di applicazione di quest'ultima norma, potrebbero, infatti, rientrarvi i casi di prestazioni lavorative rese – in condizioni di sfruttamento – da persone vittime di

¹⁹⁹ Consiglio d'Europa, *Relazione esplicativa*, cit., par. 225.

²⁰⁰ Ivi, par. 230.

tratta²⁰¹: nella norma interna la consapevolezza da parte del datore di lavoro non è neppure espressamente richiesta.

Tra le disposizioni più innovative, vi rientra, infine, la clausola di non punibilità per le persone trafficate che abbiano commesso un reato in dipendenza della loro condizione di vittime. Al di là delle apparenze, la norma è espressa in forma vincolante²⁰² e riguarda tipicamente le ipotesi di uso di documenti falsi o di ingresso illegale, nei paesi di destinazione in cui la condotta sia penalmente rilevante. Come si rammenterà, una disposizione di questo tenore, sebbene unicamente di *soft law*, era già stata inserita tra i principi e linee guida dell'Alto commissariato per i diritti umani delle Nazioni Unite del 2002.

La Convenzione, infine, mediante l'istituzione del GRETA (Gruppo di esperti sulla lotta contro la tratta di esseri umani)²⁰³, oltre ad aver previsto un meccanismo di controllo sull'applicazione da parte degli Stati delle norme della Convenzione, ha anche consentito di adottare nel tempo un approccio flessibile alla Convenzione, nonché di dare corpo a quelle norme che sono ancora vaghe o incomplete.

²⁰¹ COM(2016) 719 final. *Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio che valuta l'impatto sulla prevenzione della tratta di esseri umani, della legislazione nazionale vigente che incrimina l'utilizzo di servizi che costituiscono oggetto dello sfruttamento legato alla tratta, in conformità all'articolo 23, paragrafo 2, della direttiva 2011/36/UE*, 2 dicembre 2016, reperibile sul sito:

[http://www.parlamento.it/web/docuorc2004.nsf/b02bc7eed0eda6e2c12576ab0041cf0c/cb8e3f4b22e457c3c125807d005d7a25/\\$FILE/ST-15198-2016-INIT-IT.pdf](http://www.parlamento.it/web/docuorc2004.nsf/b02bc7eed0eda6e2c12576ab0041cf0c/cb8e3f4b22e457c3c125807d005d7a25/$FILE/ST-15198-2016-INIT-IT.pdf). Nella parte dedicata a «Stati membri che non hanno adottato disposizioni di legge nazionali esplicite o che contemplano una forma di reato limitata e selettiva una incriminazione limitata e selettiva dell'utilizzo di servizi di vittime di tratta di esseri umani», si legge: «Sebbene IT non disponga di tali disposizioni esplicite, questo Stato membro segnala che l'intermediazione illecita e lo sfruttamento del lavoro in generale costituiscono reato ai sensi dell'articolo 603-bis del codice penale italiano».

²⁰² Nel senso che, all'interno dell'ordinamento nazionale, deve essere previsto un meccanismo, almeno nel corso dell'accertamento giudiziario, che consenta di non punire le vittime che hanno commesso reati, qualora costrette. Art. 26 Convenzione, cit.: «Ciascuna delle Parti stabilisce, in conformità con i principi fondamentali del proprio sistema giuridico nazionale, la possibilità di non comminare sanzioni penali alle vittime che sono state coinvolte nelle attività illecite, quando ne siano state costrette». Il Governo italiano ha, dunque, ritenuto che il 603-bis c.p. rientrasse tra le misure previste dall'art. 18 (rubricato Prevenzione), par. 4, Direttiva 2011/36/UE, che recita: «Per far sì che la prevenzione e il contrasto della tratta di esseri umani diventino più efficaci scoraggiando la domanda, gli Stati membri valutano la possibilità di adottare misure che dispongano che costituisca reato la condotta di chi ricorre consapevolmente ai servizi, oggetto dello sfruttamento di cui all'articolo 2, prestati da una persona che è vittima di uno dei reati di cui al medesimo articolo».

²⁰³ Il GRETA è un meccanismo di controllo istituito dalla Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani: un gruppo di esperti indipendenti che valuta e monitora l'applicazione del testo da parte degli Stati.

4. La distinzione tra tratta e schiavitù: nuovi spunti per un antico dibattito

Il rinnovato interesse per la tratta di esseri umani, la sua prima definizione a livello internazionale nel Protocollo di Palermo e la discussione ed elaborazione giuridica che da essa sono scaturite, come si è visto, anche in ambito europeo, posero all'inizio del nuovo millennio non pochi problemi nei suoi rapporti con il concetto di schiavitù: un concetto con il quale la tratta – lo si ricorda – si è legata per più di un secolo.

Nonostante la chiara distinzione dei due concetti che si era andata profilando con l'adozione del Protocollo di Palermo, nei primi anni del 2000, nelle prassi degli organi di controllo del Patto delle Nazioni Unite sui diritti civili e politici è invalso un orientamento interpretativo teso ad equiparare la tratta alla schiavitù: in tal senso, il Comitato per i diritti umani ha più volte affermato che la tratta costituisce una violazione di diversi diritti umani «*including the right under article 8 to be free from slavery and servitude*»²⁰⁴.

Oggi il discorso pubblico, tra politici, organizzazioni internazionali, giuristi e accademici, tende sempre di più a definire la tratta di esseri umani come «*slavery*» o come «*a modern form of slavery*»²⁰⁵, con l'obiettivo più o meno velato di contribuire ad innescare l'indignazione e a galvanizzare il sostegno politico per le moderne campagne contro la schiavitù²⁰⁶.

L'etichetta di schiavitù porta, in effetti, un peso politico ed emotivo che può aggiungere considerevole forza persuasiva alla discussione ed allo stesso tempo può trasmettere il messaggio secondo cui la schiavitù non è un concetto che appartiene solo al passato ma qualcosa che può riemergere sotto nuove forme.

L'immaginario della schiavitù, secondo alcuni, è stato utilizzato proprio per distillare il complesso fenomeno della tratta in una semplice narrativa del crimine perpetrata da individui e organizzazioni malvagi e sofferta dalle vittime che (come gli schiavi

²⁰⁴ Cfr.: ANNONI A., *Gli obblighi internazionali in materia di tratta degli esseri umani*, in FORLATI S. (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Jovene, Napoli, 2013, p. 8.

²⁰⁵ Cfr. tra gli altri: GALLAGHER A.T., *Using International Human Rights Law to Better Protect Victims of Trafficking: The Prohibitions on Slavery, Servitude, Forced Labour and Debt Bondage*, in SADAT L. e SCHARF M.P. (a cura di), *The Theory and Practice of Internazionale Criminal Law: Essays in Honour of M. Cherif Bassiouni*, 2008, 397; SCARPA S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

²⁰⁶ CHUANG J., *The Challenges and Perils of Reframing Trafficking as 'Modern-Day Slavery'*, in *Anti-Trafficking Review*, 2015, 5, pp. 146 e ss., reperibile sul sito: www.antitraffickingreview.org.

transatlantici del XVIII secolo) sono state rapite o altrimenti portate nei paesi di destinazione contro la loro volontà²⁰⁷.

Secondo altri, configurare la schiavitù come il prodotto del comportamento deviante di singoli individui e assimilare la tratta ad una forma di schiavitù rischia, tuttavia, di depoliticizzare il discorso sulla tratta e ad assolvere lo Stato da ogni responsabilità concernente la creazione di strutture che consentono, se non incoraggiano, lo sfruttamento dei lavoratori, specialmente stranieri.

Peraltro, gli stessi che sono contrari all'equiparazione tra la schiavitù e la tratta, evidenziano, come si dirà, che dalla definizione di tratta del Protocollo di Palermo e della Convenzione di Varsavia si evincerà chiaramente che la schiavitù e le pratiche simili alla schiavitù costituiscono solo una delle forme di sfruttamento che sono lo scopo della tratta; ciò dovrebbe, pertanto, suggerire l'idea che la tratta sia un concetto legale più ampio della schiavitù, di cui quest'ultima costituisce solo un sottoinsieme²⁰⁸.

Come rilevato da Anne Gallagher, che partecipò al processo di redazione della Convenzione e dei suoi Protocolli²⁰⁹, un'attenta lettura dei lavori preparatori pubblicati nel 2006 confermano che il concetto di tratta considerato fu (solo) uno: quello riguardante i casi in cui gli individui sono trasferiti e/o mantenuti in una situazione di grave sfruttamento mediante dei mezzi estremamente abusivi. Non sussistono altre indicazioni nei lavori preparatori che lasciano intendere la volontà dei redattori di equiparare la tratta alla schiavitù o al lavoro forzato²¹⁰.

4.1. I casi giudiziari sulla schiavitù dei primi anni del XXI secolo

Emblematici sono, all'interno di questo dibattito, i primi due casi giudiziari del nuovo millennio (*Kunarac* e *Siliadin*), uno discusso di fronte al Tribunale Penale

²⁰⁷ Ivi, p. 147.

²⁰⁸ VAN DER WILT H., *Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts*, cit., pp. 303-304.

²⁰⁹ Anne Gallagher ha partecipato ai lavori preparatori della Convenzione sul crimine transnazionale organizzato e dei suoi Protocolli durante il periodo 1998-2000 come rappresentante dell'Alto Commissariato per i diritti umani delle Nazioni Unite e come leader del gruppo di agenzie interne delle Nazioni Unite include UNHCR, UNICEF e IOM.

²¹⁰ GALLAGHER A., *The international legal definition of "trafficking in persons": scope and application*, in KOTISWARAN P. (a cura di), *Revisiting the law and governance of trafficking, forced labor and modern slavery*, cit., p. 87.

Internazionale per la Ex-Iugoslavia²¹¹ e l'altro di fronte alla Corte europea dei diritti umani²¹². L'interesse per l'esame di queste decisioni risiede sostanzialmente nel fatto che le due Corti, interpretando la definizione di schiavitù della Convenzione del 1926, giungono, nell'arco di pochi anni a distanza di una dall'altra, a risultati diametralmente opposti.

Nel caso *Prosecutor v. Kunarac* di fronte al Tribunale Penale Internazionale per la Ex-Iugoslavia l'accusa era di riduzione in schiavitù come crimine contro l'umanità. Si tratta della prima decisione giudiziaria sulla schiavitù emessa in epoca contemporanea: essa si riferisce agli episodi di sistematica detenzione e stupro di donne da parte delle forze dell'ordine serbe nella città di Foca (Bosnia-Erzegovina) nel 1992.

Come si è visto nel precedente capitolo, l'ampiezza della definizione di schiavitù costituisce la premessa logica sottostante la valutazione giuridica compiuta dal Tribunale per la Ex-Iugoslavia.

In effetti, quest'ultimo si trovò, per la prima volta, da quando aveva iniziato a svolgere la propria funzione, a dover giudicare imputati accusati di riduzione in schiavitù, reato che, a norma dell'art. 5, lett. c), dello Statuto, è incluso tra i crimini contro l'umanità oggetto della giurisdizione del Tribunale. Tuttavia, non contenendo tale articolo una sua propria definizione che qualificasse la fattispecie da esso perseguita, e non rinviando ad alcuno strumento convenzionale pertinente, il Tribunale dovette accertare il contenuto della norma di diritto internazionale consuetudinario che proibisce la schiavitù²¹³. Nel procedere a tale operazione, che implica il compito di individuare un principio giuridico non scritto, può assumere un ruolo fondamentale partire dalla norma scritta fornita da uno strumento convenzionale caratterizzato da un alto numero di ratifiche o adesioni²¹⁴.

Per verificare se gli imputati avessero potuto essere effettivamente condannati per riduzione in schiavitù, i giudici furono, infatti, costretti ad accertare se il contenuto della fattispecie definita dall'art. 1 della Convenzione del 1926 coincidesse o meno con la corrispondente norma di diritto internazionale consuetudinario.

²¹¹ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Kunarac et als.*, Case No. IT-96-23 T and IT-96-23/1, Judgment of Trial Chamber II, 22 february 2001.

²¹² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Siliadin c. Francia*, cit.

²¹³ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Kunarac et als.*, cit., par. 515.

²¹⁴ LENZERINI F., *La definizione internazionale di schiavitù secondo il Tribunale per la Ex-Iugoslavia: un caso di osmosi tra consuetudine e norme convenzionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, 4, pp. 1026 ss.

Tale coincidenza venne confermata dalla sentenza del Tribunale mediante l'esame della prassi internazionale in materia di schiavitù a partire dall'adozione della Convenzione del 1926.

Un argomento particolarmente rilevante utilizzato dai giudici riguardò il fatto che la Convenzione supplementare del 1956 ribadisce la definizione di schiavitù con formulazione identica a quella del 1926, dimostrando come già all'epoca si fosse cristallizzato, in senso alla comunità internazionale, un consenso generale sulla corrispondenza di tale definizione all'effettiva connotazione sostanziale della schiavitù.

Ulteriore dimostrazione in tal senso si evinse dalle statuizioni del Tribunale militare di Norimberga, il quale, in mancanza di un'autonoma definizione di schiavitù nell'art. 6, lett. c), dello Statuto, ritenne che il concetto di schiavitù applicabile ai sottoposti alla giurisdizione del Tribunale di Norimberga fosse proprio quello della norma di diritto internazionale.

Alla luce di tali constatazioni, e della prassi ormai ampiamente consolidatasi, il Tribunale per la Ex-Iugoslavia affermò la coincidenza tra la definizione di schiavitù enunciata dalle convenzioni pertinenti e quella che costituisce il nucleo della norma di diritto internazionale consuetudinario relativa al medesimo fenomeno. In altre parole, secondo i giudici, la definizione del 1926 è divenuta norma di diritto internazionale consuetudinario.

La sentenza precisò, inoltre, che anche il lavoro forzato – quando non rispetti i limiti legali per potersi dire lecito – potesse rientrare nella definizione di schiavitù, a patto, però, che le modalità di costrizione fossero tali da integrare gli elementi costitutivi della stessa definizione, all'interno della quale sono inclusi gli elementi della schiavitù e della proprietà, nonché della restrizione, del controllo dell'autonomia individuale, della libertà di scelta o della libertà di movimento²¹⁵. Quest'ultimi, in particolare, costituiscono degli indicatori importanti per individuare la sussistenza di una situazione di schiavitù.

La sentenza emessa in primo grado venne confermata in appello²¹⁶. Qui il Tribunale sembrò operare una distinzione tra la schiavitù di diritto (*de jure*), a cui si riferiva con

²¹⁵ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Kunarac et als.*, cit., parr. 542-543: «*the 'control of someone's movement, control of physical environment, psychological control, measures taken to prevent or deter escape*».

²¹⁶ International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, *Kunarac et als.*, Case No. IT-96-23 T and IT-96-23/1, Judgment on Appeal, 12 June 2002.

l'espressione *chattel slavery* e la schiavitù di fatto (*de facto*), rispetto alla quale preferì parlare di forme contemporanee di schiavitù, in cui

«the victim is not subject to the exercise of the more extreme rights of ownership associated with chattel slavery but in all cases as a result of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership, there is some destruction of the juridical personality; the destruction is greater in the case of chattel slavery but the difference is one of degree»²¹⁷.

Tale operazione stabilì una sorta di gerarchia tra le forme di schiavitù, distinguendole secondo il grado di distruzione della personalità giuridica che esse comportano, essendo maggiore nei casi di schiavitù tradizionale (*chattel slavery*) e minore nei casi più attuali.

Con riferimento agli indici della schiavitù, la sentenza di appello integrò quella di primo grado, precisando che la lista da quest'ultima stilata non potesse considerarsi esaustiva, includendo, oltre a

«the control of someone's movement, control of physical environment, psychological control, measures taken to prevent or deter escape», anche «force, threat of force or coercion, duration, assertion of exclusivity, subjection to cruel treatment and abuse, control of sexuality and forced labour».

Il Tribunale così facendo elaborò alcuni indici della condizione di schiavitù che verranno successivamente utilizzati da altre Corti (*Special Court for Sierra Leone, Community Court of the Economic Community of West Africa State* e Corte europea dei diritti dell'uomo)²¹⁸.

Qualche anno più tardi, sulla stessa linea tracciata del Tribunale penale internazionale della Ex-Iugoslavia la Suprema Corte australiana rese un'altra rilevante decisione sul tema, nel caso *Queen c. Tang*²¹⁹. I giudici australiani, distinguendo i concetti di status e condizione menzionati dalla definizione di schiavitù contenuta nella Convenzione del 1926, affermarono che lo status è un concetto legale, mentre la condizione implica

²¹⁷ Ivi, par. 117; Cfr. ALLAIN J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, cit., p. 269.

²¹⁸ Si veda, in proposito: ALLAIN J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, cit., pp. 119-120.

²¹⁹ High Court of Australia, *Queen v. Tang*, sentenza del 28 agosto 2008.

un chiaro riferimento anche alle ipotesi di schiavitù di fatto, e non solo quelle di diritto. Tale tesi – secondo cui la definizione di schiavitù del 1926 comprenderebbe anche le ipotesi di schiavitù *de facto* – sarebbe, inoltre, rafforzata dalla considerazione per cui, già nel 1926 in molti Stati facenti parte della Convenzione, lo stato legale della schiavitù non esisteva più²²⁰.

La Suprema Corte australiana si interrogò, inoltre, su cosa si dovesse intendere per «*powers attaching to the right of ownership*», richiamando, a differenza del caso *Kunarac*, il Memorandum del 1953 del Segretario Generale delle Nazioni Unite, già citato nel precedente capitolo. In particolare, gli elementi valorizzati dalla Corte australiana per affermare la sussistenza della schiavitù furono: il fatto che i denunciati erano stati oggetto di acquisto; che, per la durata dei contratti, i proprietari avevano la capacità di utilizzare i denunciati e la manodopera dei denunciati in maniera sostanzialmente illimitata; e che i proprietari avevano diritto ai frutti del lavoro dei denunciati senza un compenso adeguato.

Secondo Jean Allain, la Suprema Corte australiana ha fornito l'esame più approfondito e convincente della nozione di schiavitù all'interno del diritto internazionale, in quanto, prendendo le distanze dal Tribunale iugoslavo, statuì che:

«[p]owers of control, in the context of an issue of slavery, are powers of the kind and degree that would attach to a right of ownership if such a right were legally possible, not powers of a kind that are no more than an incident of harsh employment, either generally or at a particular time or place»²²¹.

Nell'ambito del Consiglio d'Europa, mentre i rappresentanti degli Stati erano impegnati nella stesura della Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo rese la sua prima decisione applicando l'art. 4 della CEDU ad un caso che, secondo alcuni, sarebbe potuto rientrare nella definizione di tratta di cui all'art. 4 della Convenzione di Varsavia, ma che i giudici di Strasburgo ritennero, all'epoca, di analizzare unicamente sotto i profili della schiavitù, della servitù e del lavoro forzato²²².

²²⁰ Cfr. ALLAIN J., *The Queen v. Tang: Clarifying the Definition of 'Slavery' in International Law*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2009, 10, pp. 246-257, reperibile sul sito: https://www.researchgate.net/publication/286456369_The_Queen_v_Tang_Clarifying_the_Definition_of_'Slavery'_in_International_Law.

²²¹ High Court of Australia, *Queen v. Tang*, cit., p. 16.

²²² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Siliadin c. Francia*, cit.

Occorre premettere che, nonostante sia assente nella Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU) uno specifico divieto concernente la tratta di esseri umani, ciò non ha impedito alla Corte di ricavare, in via interpretativa, un divieto in tale senso nell'art. 4 della CEDU.

Il primo caso di applicazione dell'art. 4 ad un'ipotesi di lavoro forzato originò da una vicenda riguardante una giovane ragazza di origine togolese affidata dai genitori all'età di quindici anni ad una conoscente perché fosse condotta in Francia con l'accordo che la giovane avrebbe ricevuto un'istruzione e, con i suoi propri servizi domestici, avrebbe restituito il denaro anticipato dalla sua accompagnatrice per l'acquisto del biglietto aereo e la regolarizzazione della sua posizione di migrante. Una volta in Francia, tuttavia, la ragazza venne privata dei documenti e costretta a lavorare come domestica senza retribuzione, dapprima nella casa della propria accompagnatrice e poi presso un'altra famiglia. La giovane togolese lavorò per oltre quattro anni, quattordici ore al giorno e sette giorni a settimana, in condizioni di clandestinità. Il procedimento penale, avviato in seguito alla denuncia della ragazza, si concluse, tuttavia, con un'assoluzione in quanto la legge penale francese non contemplava il reato di riduzione in schiavitù, servitù o lavoro forzato. Ciò indusse la giovane a fare ricorso alla Corte europea dei diritti dell'uomo lamentando la violazione dell'art. 4, in combinato disposto con l'art. 1 della CEDU.

Nell'affrontare il caso di specie, la Corte precisò, innanzitutto, che l'art. 4 consacra uno dei valori fondamentali delle società democratiche e che il divieto di cui al paragrafo n. 1 secondo cui «nessuno può essere tenuto in condizioni di schiavitù o di servitù» non è ritenuto suscettibile di deroga.

In questa sentenza, la Corte tentò di tracciare una distinzione tra le tre situazioni rilevanti ai sensi dell'art. 4 alla luce del panorama normativo internazionale.

La Corte rinvenne la nozione di schiavitù, come era prevedibile, dalla Convenzione del 1926.

In ordine al lavoro forzato o obbligatorio, la Corte specificò che lo stesso evocava l'idea di un costringimento fisico o morale, cioè di un lavoro che si esige sotto la minaccia di una pena qualsiasi e contraria alla volontà dell'interessato, per il quale non si è offerto volontariamente. Anche qui, i giudici di Strasburgo dovettero rifarsi al panorama normativo internazionale, prendendo 'in prestito' la definizione contenuta nella Convenzione ILO sul lavoro forzato del 1930 secondo cui, come si è visto, il «*termine lavoro forzato o obbligatorio indica ogni lavoro o servizio estorto*

a una persona sotto minaccia di una punizione o per il quale detta persona non si sia offerta spontaneamente»

Maggiori problemi pose, invece, la servitù, in ordine alla quale, come si è visto, non esisteva all'epoca (e non esiste nemmeno oggi) un'univoca definizione a livello internazionale, ma solo specificazioni concrete di tale concetto (ad esempio nella Convenzione Supplementare del 1956). In assenza di riferimenti precisi – e sta proprio qui la portata innovativa della pronuncia – la Corte tentò di elaborare lei stessa una definizione di servitù, affermando che la stessa implicherebbe l'obbligo di fornire ad altri certi servizi, l'obbligo di vivere sulla proprietà altrui e l'impossibilità di cambiare la propria condizione²²³. Tale statuizione rimase, tuttavia, priva ulteriori precisazioni. In questo caso, infatti, la Corte si limitò a stabilire, in maniera pressoché lapidaria, che la situazione in cui era venuta a trovarsi la ricorrente si inquadrava nel lavoro forzato e nella servitù, ma non nella schiavitù.

La motivazione della Corte sembra, però, formulata in termini negativi, nel senso che si concentra più sulle ragioni che indussero i giudici ad escludere la sussistenza della schiavitù, e meno sulle motivazioni per cui il caso di specie fu fatto rientrare nella servitù o nel lavoro forzato. La Corte affermò, infatti, che la situazione della giovane donna non era assimilabile alla schiavitù in senso proprio perché la coppia di coniugi presso cui viveva e lavorava non aveva esercitato su di lei un vero e proprio diritto di proprietà. I giudici interpretarono la definizione di schiavitù contenuta nella Convenzione del 1926 come unicamente legata alla schiavitù di diritto (*chattel slavery*), richiedendo, ai fini della sua configurabilità, un «*genuine right of legale ownership*».

In conclusione, la Corte, in applicazione dell'art. 4 della CEDU, condannò la Francia per non aver previsto all'interno del proprio ordinamento penale la servitù e il lavoro forzato.

Come si è accennato, sebbene il caso concreto posto all'attenzione della Corte configurasse una chiara ipotesi di tratta – perpetrata attraverso il mezzo dell'inganno

²²³ Ivi, par. 123: «*With regard to the concept of "servitude", what is prohibited is a "particularly serious form of denial of freedom" (see Van Droogenbroeck v. Belgium, Commission's report of 9 July 1980, Series B no. 44, p. 30, §§ 78-80). It includes, "in addition to the obligation to perform certain services for others ... the obligation for the 'serf' to live on another person's property and the impossibility of altering his condition". In this connection, in examining a complaint under this paragraph of Article 4, the Commission paid particular attention to the Abolition of Slavery Convention (see also Van Droogenbroeck v. Belgium, no. 7906/77, Commission decision of 5 July 1979, DR 17, p. 59)*». Cfr. altresì: *Van Droogenbroeck v. Belgium*, Commission's Report of 9 July 1980, Series B no. 44, p. 30, parr. 78-80.

– a fini di servitù domestica, la fattispecie non fu analizzata sotto tale profilo. In altre parole, nonostante fossero presenti – nel caso della ragazza di origini togolesi – tutti gli elementi della tratta di esseri umani, come definita dal Protocollo di Palermo e dalla stessa Convenzione di Varsavia, i giudici di Strasburgo preferirono lasciare sullo sfondo il problema del *trafficking*, non espressamente menzionato dall’art. 4 della CEDU.

4.2. Diverse concezioni di schiavitù: *trafficking as modern slavery*?

Il nutrito dibattito scaturito dalle sentenze sopra richiamate, di cui si darà brevemente conto nelle pagine che seguono, appare estremamente significativo nel tracciare i contenuti e i limiti della nozione di schiavitù rilevante in ambito internazionale. Non solo, il tentativo di fornire indicazioni circa l’esatta portata di tale concetto ha posto, fin da subito, la necessità di individuarne i confini rispetto alla più ampia e nuova definizione di tratta di esseri umani adottata dal Protocollo di Palermo.

Secondo l’analisi della sentenza resa nel caso *Siliadin* proposta da Jean Allain, nella parte in cui i giudici di Strasburgo hanno escluso la sussistenza della fattispecie di schiavitù, vi sarebbe una potenziale scissione tra il diritto penale internazionale e il sistema dei diritti umani. A differenza del primo, le dichiarazioni dei diritti umani legano generalmente la proibizione della schiavitù con quella della servitù e del lavoro forzato, creando in tal modo una gerarchia di severità tra i vari concetti. L’esistenza di alternative meno gravi, in particolare la servitù, consentirebbe, come è successo nel caso in questione, di elevare la soglia della servitù indentificandola con ciò che – altrove – è stato riconosciuto come schiavitù, ad esempio nel caso *Kunarac*²²⁴. In tal senso, è stato rilevato come la Corte abbia adottato una nozione troppo ristretta di schiavitù rispetto a quanto coperto dalla proibizione internazionale: laddove, infatti, i giudici di Strasburgo hanno richiesto l’attuale esercizio del diritto di proprietà hanno

²²⁴ Cfr. ALLAIN J., *The Definition of “Slavery” in General International law and the Crime of Enslavement within the Rome Statute*; discorso tenuto all’interno di una serie di conferenze degli ospiti dell’Ufficio del Procuratore della Corte penale internazionale, 26 aprile 2007; Cfr. altresì GALLAGHER A., *Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground? A Response to James Hathaway*, cit., p. 809, nota n. 82.

privato la proibizione stessa di ogni utilità, precludendo la possibilità di inserirvi anche la schiavitù di fatto²²⁵.

Secondo alcuni, la definizione del 1926 sarebbe un efficace strumento per identificare e perseguire anche i casi più moderni di schiavitù²²⁶. Si tratta, in effetti, di una definizione estremamente ampia, confermata dall'utilizzazione dell'aggettivo «*any*», il quale implica che, al fine del perfezionamento della fattispecie di riduzione in schiavitù, non è indispensabile la contestuale presenza di tutti i poteri che compongono il diritto di proprietà, ma è sufficiente l'effettiva fruizione, da parte dell'esecutore materiale del crimine, di uno solo di tali poteri, a patto che si verifichi l'effetto della sottrazione della libertà personale del soggetto passivo dell'illecito²²⁷. Tale circostanza consente, in linea di principio, all'area applicativa della definizione in esame di comprendere tutte le fattispecie di sfruttamento dell'essere umano che, pur mantenendo un'identità concettuale autonoma rispetto alla concezione tradizionale di schiavitù, causano comunque la produzione degli effetti tipici previsti dalla stessa. La definizione è stata, infatti, considerata abbastanza ampia da ricoprire molte delle pratiche contemporanee tra cui «*serfdom, forced labour, bonded-labour/debt-bondage, the exploitation of migrant workers, trafficking in persons, forced prostitution and sexual slavery, forced marriages etc (...)*»²²⁸.

A rafforzamento di tale tesi, si potrebbe utilizzare anche l'argomentazione di chi, leggendo i lavori del Sesto Comitato dell'Assemblea della Società delle Nazioni, ha sostenuto come alcune pratiche assimilabili alla schiavitù

«fossero già insite nella definizione di schiavitù contenuta nel primo articolo e che non fosse necessaria nessuna ulteriore proibizione in termini specifici. Essa si applica non solo alla schiavitù domestica, ma a tutte le condizioni menzionate dalla Commissione Temporanea per la schiavitù (...) come la servitù da debito, la

²²⁵ CULLEN H., *Contemporary International Legal Norms on Slavery. Problems of Judicial Interpretation and Application*, in ALLAIN J. (a cura di), *The Legal Understanding of Slavery. From Historical to the Contemporary*, cit., pp. 308-309.

²²⁶ ALLAIN J. e HICKEY R., *Property and the definition of Slavery*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, 61(04), pp. 930 ss.

²²⁷ LENZERINI F., *L'evoluzione contemporanea del concetto di schiavitù nel diritto internazionale consuetudinario*, cit., pp. 487-488. In definitiva, l'autore, volendo provare a sviluppare il concetto espresso dall'art. 1 della Convenzione del 1926 e dall'art. 7 di quella del 1956, conclude nell'affermare che, in base al diritto internazionale, costituisce schiavitù «ogni situazione di disposizione e/o godimento della persona altrui implicante uno stato di costrizione ragionevolmente idoneo a privare la vittima della propria capacità di autodeterminazione».

²²⁸ LENZERINI F., *Suppressing Slavery Under Customary International Law*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2000, 10, pp. 145-180.

riduzione in schiavitù di persone spacciata per adozione di bambini o l'acquisto di ragazze in cambio di un corrispettivo camuffato come pagamento di una dote»²²⁹.

Il tal senso, allora, la Convenzione Supplementare del 1956 serviva di fatto a forzare le resistenze di quanti cercavano di mettere in dubbio che la definizione del 1926 «abbracciasse tutti i tipi di status servile la cui abolizione (...) doveva essere promossa dalle Nazioni Unite» ed evitare che gli stessi ne limitassero la portata in mancanza di una previsione specifica in tal senso²³⁰. Si tratta, a ben vedere, di un'impostazione che tende ad equiparare schiavitù e servitù (*rectius* istituzioni o pratiche analoghe alla schiavitù). A tal proposito, si noti che sebbene i concetti si differenzino dal punto di vista terminologico, una loro distinzione non produrrebbe alcuna conseguenza sul piano giuridico, essendo anche le pratiche analoghe alla schiavitù – ormai equiparate al concetto di servitù – ricondotte al divieto generale di riduzione in schiavitù accolto dalla comunità internazionale nel suo complesso²³¹. Sul piano internazionale, pertanto, non vi sarebbero ragioni per mantenere tale distinzione.

Estremamente rilevante appare, inoltre, il dibattito scaturito dall'ampia interpretazione della nozione di schiavitù nel caso *Kunarac*.

In particolare, in molti hanno tratto dalle statuizioni del Tribunale penale per la Ex-Yugoslavia supporto nel sostenere un'equiparazione tra la tratta di esseri umani e la schiavitù²³².

Vi è chi ha sostenuto, infatti, che la tratta di persone potrebbe essere inclusa nella definizione di schiavitù di cui alla Convenzione del 1926, qualora fossero integrati gli elementi elencati dalla ICTY, in particolare, quelli del controllo e della proprietà²³³.

²²⁹ Cfr. *Records of the Seventh Ordinary Session of the Assembly*, in *League of Nations Official Journal, Special Supplement*, 44, p. 416. Si veda per un'analisi più approfondita sul punto: LENZERINI F., *L'evoluzione contemporanea del concetto di schiavitù nel diritto internazionale consuetudinario*, in *Studi senesi*, 2000, pp. 518-520.

²³⁰ Si veda: GUTTERIDGE J. A. C., *Supplementary Slavery Convention 1956*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1957, 6, pp. 449-471

²³¹ LENZERINI F., *L'evoluzione contemporanea del concetto di schiavitù nel diritto internazionale consuetudinario*, cit., pp. 527-528.

²³² Cfr. OBOKATA T., *Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, 54, p. 449; SCARPA S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, cit.; VAN DER WILT H., *Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts*, cit., p. 314.

²³³ SCARPA S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, cit., pp. 80-82.

Tali conclusioni sono, tuttavia, oggi criticate da molti autori²³⁴, tra cui Jean Allain il quale, prendendo a riferimento la definizione di tratta del Protocollo di Palermo, sottolinea come la schiavitù sia menzionata come esempio di sfruttamento: la tratta, pertanto, non può essere una forma di schiavitù, perché la schiavitù stessa è solo un esempio delle otto componenti dello sfruttamento, che a sua volta è uno degli elementi della definizione di tratta²³⁵. Se la tratta fosse una forma di schiavitù, allora anche gli altri esempi di sfruttamento dovrebbero essere considerati come assorbiti dalla definizione di schiavitù.

La definizione di *trafficking* contenuta nel Protocollo di Palermo non sembra, dunque, lasciare spazio alla possibilità che la tratta si identifichi con una forma di schiavitù. Inoltre, come si è visto, le tipologie di sfruttamento tradizionalmente collegate alla tratta, come lo sfruttamento sessuale e il lavoro forzato, sono menzionate separatamente rispetto alla schiavitù e alle pratiche simili alla schiavitù, perciò non ci sarebbe alcun margine per una sovrapposizione dei differenti concetti²³⁶. Tuttavia, il fatto che la schiavitù e le pratiche simili alla schiavitù siano richiamate nella definizione di tratta è prova del legame sostanziale tra i due concetti, anche in virtù del processo storico che li accomuna.

Quelli appena esposti sono, d'altronde, gli stessi argomenti, cui si è accennato sopra, utilizzati per negare la qualificazione della tratta di esseri umani come «*modern form of slavery*».

Tale equiparazione è divenuta un tema centrale a partire dagli anni duemila parallelamente al rinnovato interesse, dimostrato da alcuni autori, per la questione della schiavitù.

Uno dei più noti sociologi della schiavitù, militante dell'Anti-Slavery International, Kevin Bales, si è spinto ad affermare, secondo una stima ormai divenuta popolare,

²³⁴ Cfr. STOYANOVA V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, cit., p. 292; VAN DER WILT H.G., *Trafficking in human beings: a modern form of slavery or a transnational crime?*, cit.; GALLAGHER A. T., *The International Law of Human Trafficking*, cit., p. 190. In particolare, entrambi gli autori, pur ammettendo che il caso Kunarac abbia reso più incerti i confini tra schiavitù e tratta di esseri umani, escludono che quest'ultima possa qualificarsi come crimine contro l'umanità. Gallagher afferma in tal senso che: «(...) despite indications that legal conceptions of slavery have expanded to embrace practices that go beyond chattel slavery, it is difficult to sustain an absolute claim that trafficking, in all its modern manifestations, is included in the customary and ius cogens norm prohibiting slavery and slave trade» (Cfr. GALLAGHER A. T., *The International Law of Human Trafficking*, cit., p. 190).

²³⁵ ALLAIN J., *Book review: Silvia Scarpa, Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, in *European Journal of International Law*, 2008, 20, pp. 454-455.

²³⁶ SCARPA S., *Contemporary forms of slavery*, Study requested by the DROI committee, European Parliament, december 2018, p. 189

che gli schiavi presenti nel mondo contemporaneo ammonterebbero a 27 milioni²³⁷. Pur trattandosi di una stima informale – per ammissione dello stesso autore e relativa ad un numero «*che corrisponde alla [sua] definizione di schiavitù in senso stretto*», le conclusioni dell'autore appaiono paradigmatiche del rilievo assunto dal concetto di schiavitù agli albori del nuovo millennio. Bales evidenzia, peraltro, come la maggior parte di questi ventisette milioni – all'incirca dai quindici ai venti – sia rappresentata da *bonded labor*.

La progressiva importanza della tratta di esseri umani, acquisita per l'effetto della Convenzione delle Nazioni Unite del 2000 ha, poi, incoraggiato gli attivisti a fondere il moderno fenomeno della tratta di esseri umani con la più antica nozione di schiavitù²³⁸.

Joel Quirk ritiene, ad esempio, che il riferimento alle forme contemporanee di schiavitù possa aiutare a distinguere le questioni correnti da quelle del passato «*while harnessing the evocative imagery of slavery to prioritize cases of acute exploitation and abuse*»²³⁹.

Su altro fronte, Michael Dottridge ritiene, invece, che il termine «*modern form of slavery*» non dovrebbe essere utilizzato, innanzitutto, per l'assenza di una definizione legale²⁴⁰.

La qualificazione della tratta come *modern slavery* è giudicata, inoltre, ambigua da coloro che vedono nell'uso dell'aggettivo 'moderno', un maldestro tentativo di comparare un fenomeno contemporaneo con un istituto del passato, con il rischio di attribuire al primo «*l'oblio e conseguenze sul piano giuridico del secondo*»²⁴¹.

²³⁷ Cfr. BALES K., *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, University of California Press, Berkeley, 1999, trad. it., BALES K., *I nuovi Schiavi. La Merce umana nell'economia globale*, Feltrinelli, Milano, 2000.

²³⁸ WONG W. H., *Is Trafficking Slavery? Anti-Slavery International in the Twenty-first Century*, in *Human Rights Review*, 2011, 12, p. 317. Cfr. DAVIDSON J.O'C., *New Slavery, Old Binaries: Human Trafficking and the Borders of Freedom*, in *Global Networks*, 2010, 2, p. 244-261. Cfr., in particolare, BALES K. e TRODD, Z., *Addressing Contemporary Forms of Slavery in EU External Policy*, European Parliament, Brussels, 2013, p. 4 secondo cui il concetto di schiavitù di cui alla convenzione del 1926 dovrebbe essere interpretato come «*control over a person by another such as a person might control a thing*». Si tratta di un'interpretazione che corrisponde all'approccio promosso dagli esperti e accademici che hanno redatto le Bellagio-Harvard Guidelines on the Legal Parameters of Slavery (*The Bellagio-Harvard Guidelines on the Legal Parameters of Slavery*, reperibili al sito: <http://www.law.qub.ac.uk/schools/SchoolofLaw/FileStore/Filetoupload,651854,en.pdf>).

²³⁹ QUIRK J., *Unfinished Business: A Comparative Survey of Historical and Contemporary Slavery*, UNESCO, Paris, 2008, pp. 32-33.

²⁴⁰ DOTTRIDGE M., *Eight reasons why we shouldn't use the term modern slavery*, Open Democracy, 2017.

²⁴¹ VAN DER WILT H., *Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts*, cit., p. 314.

Come è stato evidenziato, le espressioni *contemporary*, *modern*, o *modern-day slavery* vengono utilizzate per lo più come «*umbrellas*» di una molteplicità di manifestazioni o pratiche, affinché si possa evitare un rigido scrutinio della loro riconducibilità negli incerti confini della schiavitù di cui alla Convenzione del 1926²⁴².

L'uso di tali espressioni, a dire il vero, sebbene si possa giustificare nel contesto di un dibattito politico e/o mediatico²⁴³, appaiono assolutamente scorrette – se non ultronee – all'interno di un ambito accademico che dispone, senza dubbio, di tutti gli strumenti normativi a livello internazionale per inquadrare correttamente le attuali e più gravi forme di sfruttamento dell'essere umano.

In tal senso sembra esprimersi anche l'Agenzia delle Nazioni Unite, che trova la sua missione nella lotta al crimine internazionale. Il concetto di «*modern slavery*», secondo l'UNODC,

*«has an important advocacy impact and has been adopted in some national legislation to cover provisions related to trafficking in persons, however the lack of an agreed definition or legal standard at the international level results in inconsistent usage»*²⁴⁴.

Potendo la tratta di per sé implicare schiavitù, pratiche simili alla schiavitù e lavoro forzato, l'UNODC ritiene di potersi efficacemente occupare di queste forme contemporanee di asservimento dell'uomo all'interno del quadro generale della tratta,

²⁴² SCARPA S., *The Nebulous Definitions of Slavery: A Critique of the Interpretations of the 1926 Slavery Convention's Definition and of Some Recent Sociological Proposals*, in WINTERDYK J e JONES J. (a cura di), *The Palgrave International Handbook on Human Trafficking*, 2019, forthcoming.

²⁴³ Cfr. VAN DER WILT H., *Trafficking in Human Beings, Enslavement, Crimes Against Humanity: Unravelling the Concepts*, cit., p. 298, secondo cui l'espressione è stata utilizzata nelle seguenti occasioni: «*Deputy Secretary General of the Council of Europe, Maud de Boer-Buquicchio, in her address to the Ad Hoc Committee on Action Against Trafficking in Human Beings (CAHTEH), during its meeting of 15 September 2003, said: "... trafficking in human beings is a new form of slavery affecting the whole of Europe."* Maud de Boer-Buquicchio, *Deputy Secretary General of the Council of Europe, Address at the First Meeting of CAHTEH (15 September 2003)*. In similar terms spoke Mrs. Myria Vassiliadou, *EU's anti-trafficking co-ordinator, addressing a special committee on crime at the European Parliament on 19 February 2013: "Human trafficking is the slavery of our times."* EuropaNU (www.europa-nu.nl/id/vj7awgbzejzq/nieuws/europese_commissie_vergelijkt?ctx (accessed 26 August 2013)). See Secretary of State Hillary Clinton, *US State Department Trafficking in Persons Report, 2009* (www.gvnet.com/humantrafficking (last visited on 20 September 2013)): «*This [Trafficking in Human Beings] is modern slavery, a crime that spans the globe, providing ruthless employers with an endless supply of people to abuse for financial gain.*» See also Polaris Project on *Human Trafficking* (www.polarisproject.org/human-trafficking/overview (accessed 20 September 2013)): «*Human trafficking is a form of modern-day slavery where people profit from the control and exploitation of others.*»».

²⁴⁴ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2016*, cit., p. 16.

senza fare ricorso ad espressioni che potrebbero ingenerare più confusione che chiarezza.

Il punto più convincente, tuttavia, appare essere un altro. Se si assume che l'Anti-Slavery International ritiene che la *modern slavery* includa le pratiche di «*forced labour, debt bondage or bonded labour, trafficking in persons, descent-based slavery, child slavery as well as early and forced marriages*»²⁴⁵, non si vede quale sia l'utilità di ricorrere ad una categoria a sé, per fenomeni che sono già autonomamente definiti (*forced labour; trafficking in persons*) ovvero assimilati, per effetto di convenzioni internazionali, a concetti predefiniti come la schiavitù (*debt bondage/child slavery/forced marriages*).

Lo stesso *debt bondage* (o *bonded labor*), pratica quanto mai attuale e preoccupante (come ricordato da Bales), non solo trova definizione nella Convenzione Supplementare del 1956, per effetto della quale, viene assimilata alla schiavitù²⁴⁶, ma è oggi considerata una pratica che potrebbe rilevare ai fini della configurabilità della tratta, rappresentando un elemento di dipendenza potenzialmente sintomo dell'abuso della posizione di vulnerabilità della vittima²⁴⁷.

Il problema dell'utilità delle suddette espressioni rimane, oggi, sostanzialmente aperto.

4.3. La tratta di esseri umani nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (prima parte)

Il secondo caso di applicazione dell'art. 4 da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo, a differenza della vicenda *Siliadin*, si è posto più in linea con la Convenzione del 1926 e con la giurisprudenza del Tribunale penale Internazionale dell'Ex-Iugoslavia nel caso *Kunarac*²⁴⁸.

Si tratta della prima sentenza ad affrontare, e a ricondurre sotto l'art. 4 della CEDU, il fenomeno della tratta di esseri umani.

²⁴⁵ Cfr. SCARPA S., *Contemporary forms of slavery*, cit.

²⁴⁶ Cfr. sul punto anche: BRHANE M.O., *Trafficking in Persons for Ransom and the Need to Expand the Interpretation of Article 3 of the UN Trafficking Protocol*, in *Anti-Trafficking Review*, 2015, 4, p. 134, reperibile sul sito www.antitraffickingreview.org

²⁴⁷ Si veda: GIAMMARINARO M.G., *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, cit., p. 17.

²⁴⁸ CHAUDARY S., *Trafficking in Europe: an Analysis of the Effectiveness of European Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 2011-2012, 77, p. 88.

Nel caso *Rantsev c. Cipro e Russia*²⁴⁹, il ricorrente è il padre di una giovane ragazza russa (Rantseva) che si era recata a Cipro con un visto da artista per lavorare come ballerina in un locale notturno. Dopo pochi giorni si allontanò dalla casa dove abitava, e il datore di lavoro la denunciò per ritorsione alla polizia. Una volta convocata dalla polizia, la ragazza venne rimandata a casa insieme al datore di lavoro ma durante la notte la ragazza morì in circostanza mai chiarite.

In ordine all'art. 3 della CEDU, la Corte non ha ritenuto sussistente la violazione in quanto non vi era alcuna prova che la ragazza fosse mai stata sottoposta a trattamenti inumani o degradanti prima del suo decesso. La Corte precisa a tal proposito che, in assenza di allegazioni specifiche di trattamenti inumani o degradanti, se la vittima fosse stata sottoposta a tali trattamenti, questi sarebbero intrinsecamente legati alla tratta e allo sfruttamento allegato. Pertanto, conclude che non è necessario esaminare separatamente la denuncia sotto il profilo dell'art. 3, ma che le questioni sollevate dal contesto devono essere inquadrare unicamente sotto quello dell'art. 4.

Quest'ultima considerazione, sebbene non abbia un peso rilevante per la decisione del caso esaminato dalla Corte, sembra aprire alla possibilità che la tratta e lo sfruttamento possano rilevare anche sotto il profilo dell'art. 3, e non solo sotto quello dell'art. 4. Si tratta di una prima apertura alla riconduzione del fenomeno della tratta sotto l'art. 3, che è stata ribadita più recentemente, come si vedrà, anche nel caso *J. e altri c. Austria*. Sull'applicazione dell'art. 4 al caso di specie, la Corte precisa, innanzitutto, che tale disposizione non menziona la tratta di esseri umani, e ciò in quanto la CEDU, nel momento della sua emanazione si ispirò alla Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 che non fa menzione della tratta di esseri umani in quanto tale, ma unicamente della tratta degli schiavi²⁵⁰. Allo stesso tempo, i giudici affermano però che la CEDU è un testo che richiede un'interpretazione evolutiva, che tenga conto dei fenomeni più attuali. La tratta rappresenta, infatti, un fenomeno che si è sviluppato a livello mondiale in maniera significativa, ed in Europa è stata in gran parte facilitata dal crollo del blocco comunista.

Secondo la Corte, per il fatto stesso della sua natura e del suo scopo, consistente nello sfruttare altre persone, la tratta di esseri umani riposa sull'esercizio dei poteri che si collegano al diritto di proprietà. In questo sistema, gli esseri umani sono trattati come

²⁴⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Rantsev c. Cipro e Russia*, cit.

²⁵⁰ Art. 4, Dichiarazione Universale dei diritti umani: «Nessun individuo potrà essere tenuto in stato di schiavitù o di servitù; la schiavitù e la tratta degli schiavi saranno proibite sotto qualsiasi forma».

dei beni che si possono vendere e comprare e sono sottomessi a lavoro forzato, che esercitano spesso per poco o nulla denaro.

Questo inciso sembra, dunque, configurare la tratta di esseri umani come forma moderna del commercio degli schiavi. Si tratta di una precisazione che, in qualche modo, rappresenta un passo indietro rispetto agli sforzi compiuti sia a livello internazionale che a quello del Consiglio d'Europa per sganciare la tratta dalla schiavitù e ampliarne il raggio di applicazione.

Dopo aver precisato che la tratta comporta una lesione della dignità umana e delle libertà fondamentali delle sue vittime, in ordine all'obbligo di interpretare la Convenzione alla luce del mutato contesto attuale, la Corte prosegue nel suo ragionamento, precisando come non ritenga necessario determinare se i trattamenti oggetto delle denunce del ricorrente costituiscano schiavitù, servitù o lavoro forzato o obbligatorio. I giudici di Strasburgo si limitano, infatti, ad asserire che la tratta, così come definita dal Protocollo di Palermo e dalla Convenzione di Varsavia, rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 4, dal quale discendono una serie di obblighi per gli Stati che non comprendono esclusivamente la necessità di porre in essere un sistema legislativo adeguato a fronteggiare la schiavitù, la servitù, e il lavoro forzato o obbligatorio ma anche la tratta di esseri umani.

Letto, dunque, l'art. 4 alla luce del quadro normativo internazionale, che impone un approccio globale al fenomeno della tratta di esseri umani, sugli Stati ricade altresì, in certe circostanze, l'obbligo di proteggere le vittime effettive o potenziali della tratta di esseri umani.

In applicazione di questi principi, la Corte ritiene che il sistema legislativo cipriota, non avendo offerto alla vittima un'adeguata protezione dalla tratta e dallo sfruttamento, abbia in tal modo integrato una violazione dell'art. 4 della CEDU. Nel caso concreto, infatti, la polizia cipriota avrebbe commesso una serie di errori, tra i quali, quello di non aver verificato immediatamente se la ragazza fosse stata vittima di tratta, e quello di non aver posto in essere le misure di protezione previste dalla legislazione nazionale. La mancata identificazione deriverebbe, in particolare, dal mancato rispetto dell'obbligo – previsto dall'art. 19 del Protocollo di Palermo sul *trafficking* – di addestrare le proprie forze di polizia a confrontarsi con il fenomeno della tratta²⁵¹.

²⁵¹ Cfr. altresì: ANNONI A., *La tratta di donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Deportate, esuli, profughe*, 2011, 16, pp. 96-97.

La questione degli obblighi imposti dalla Convenzione in riferimento alle misure operative di protezione era già stata affrontata dalla Corte di Strasburgo nel caso *Osman c. Regno Unito*²⁵², da cui traggono origine gli *standard* di tutela del c.d. *Osman test*. Secondo tale test, perché eventuali obblighi positivi possano ritenersi esigibili nei confronti delle autorità nazionali in un caso specifico, deve essere verificato che le autorità sapevano o avrebbero dovuto sapere in un dato momento che una determinata persona era minacciata in maniera reale ed imminente nella sua vita e deve essere constatato che tali autorità non abbiano adottato, nell'ambito dei loro poteri, le misure che, in base a un giudizio di ragionevolezza, avrebbero ovviato a tale rischio.

Nel caso *Rantsev*, la Corte aggiunge un ulteriore elemento all'*Osman test*: affinché sorga un obbligo positivo di porre in essere delle misure di protezione occorre verificare se vi fossero le circostanze per dar vita ad un *credibile sospetto*. La Corte non specifica quali dovrebbero essere gli *standard* di questo credibile sospetto, tuttavia, tale inciso sembra proprio richiamare la Convenzione sulla lotta contro la tratta di esseri umani del Consiglio d'Europa che impone l'adozione di una serie di misure di protezione quanto le competenti autorità hanno *ragionevoli motivi* di credere che una persona sia stata vittima di tratta²⁵³.

Sebbene la Corte, dunque, non espliciti da dove tragga questo elemento è evidente l'influenza esercitata dalla Convenzione di Varsavia, adottata solo pochi anni prima²⁵⁴. Peraltro, parlando di credibile sospetto la Corte sembra andare oltre la suddetta Convenzione e richiedere uno *standard* inferiore per l'applicazione di misure di protezione, preconizzando in qualche modo quanto sarà previsto da lì ad un anno dalla Direttiva 2011/36/UE²⁵⁵.

Le statuizioni della Corte con riferimento alle violazioni poste in essere dal sistema di Cipro attengono, dunque, essenzialmente alle carenze relative al sistema di identificazione delle vittime di tratta ed, in particolare, al mancato rispetto da parte della legislazione dell'obbligo, previsto dall'art. 10 del Protocollo di Palermo di

²⁵² Corte europea dei diritti dell'uomo, *Osman c. Regno Unito*, sentenza del 28 ottobre 1998.

²⁵³ Art. 10, par. 2, CEDU: «(...) Ciascuna delle Parti si assicura che, se le autorità competenti hanno ragionevoli motivi per credere che una persona sia stata vittima della tratta di esseri umani, quella persona non venga allontanata dal proprio territorio finché la procedura d'identificazione, che la vede vittima di un reato previsto dall'articolo 18 della presente Convenzione, sia stata completata dalle autorità competenti e si assicura che la persona riceva l'assistenza di cui all'articolo 12, commi 1 e 2».

²⁵⁴ Cfr. STOYANOVA V., *Dancing on the Borders of Article 4. Human Trafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev case*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012, 30(2), pp. 192-193.

²⁵⁵ Art. 11, par. 2, Direttiva 2011/36/UE, cit.

addestrare le proprie forze di polizia a confrontarsi con il fenomeno della tratta²⁵⁶, nonché con le previsioni della Convenzione di Varsavia sull'identificazione delle vittime di tratta. In effetti, secondo la Corte, proprio la condotta tenuta dagli agenti di polizia ciprioti è ciò che non ha consentito di identificare la giovane donna come vittima di tratta e, dunque, ha permesso di riconsegnare la vittima ai propri aguzzini. Per quanto riguarda la Russia, la Corte ha ritenuto, invece, che le circostanze del caso di specie non avessero fatto nascere un obbligo positivo per le autorità russe di prendere delle misure positive per proteggere la ragazza.

La sentenza della Corte ha sollevato una serie di critiche per aver mancato nello sforzo di un'adeguata distinzione tra la tratta di esseri umani e la schiavitù²⁵⁷.

Secondo Jean Allain, in particolare, la Corte avrebbe mancato di cogliere la vera natura della previsione di cui all'art. 4 della CEDU, che è lo sfruttamento degli esseri umani. La Corte estende l'ambito di applicazione dell'art. 4 senza, tuttavia, ritenere necessario individuare nel caso di specie sotto quale situazione, tra quelle specificamente menzionate dall'art. 4, rientri il caso della Rantseva. Nel momento in cui la Corte afferma che la «*tratta di esseri umani riposa sull'esercizio di poteri che si collegano al diritto di proprietà*», sembra, però, affermare che la tratta è basata sulla schiavitù, in quanto la definizione utilizzata corrisponde alla stessa contemplata dalla Convenzione del 1926²⁵⁸. Così statuendo, la Corte sembra avvalorare la percezione internazionalmente condivisa della tratta come «*modern form of the old worldwide slave trade*»²⁵⁹.

Le considerazioni della Corte appaiono, allora, riproporre un vecchio paradigma normativo secondo cui la definizione di tratta di esseri umani nasce e sviluppa nel medesimo contesto di quella relativa alla schiavitù. Le conclusioni della sentenza non sembrano, infatti, prendere adeguatamente in considerazione gli sforzi effettuati dal Protocollo di Palermo per giungere ad una definizione esplicativa della tratta di esseri umani che per la prima volta si emancipasse dal concetto di schiavitù. Sebbene la Corte non si avventuri in una completa sovrapposizione dei due concetti omette di

²⁵⁶ ANNONI A., *La tratta di donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, cit., 2011, 16, pp. 96-97.

²⁵⁷ ALLAIN J., *Rantsev v. Cyprus and Russia. The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, in *Human Rights Law Review*, 2010, 10, 3, pp. 546-557.

²⁵⁸ Dello stesso parere Vladislava Stoyanova: STOYANOVA V., *Irregular Migrants and the Prohibition of Slavery, Servitude, Forced Labour & Human Trafficking under Article 4 of the ECHR*, 26 aprile 2017, reperibile al sito: <https://www.ejiltalk.org/irregular-migrants-and-the-prohibition-of-slavery-servitude-forced-labour-human-trafficking-under-article-4-of-the-echr/>.

²⁵⁹ ANNONI A., *Gli obblighi internazionali in materia di tratta degli esseri umani*, cit., p. 9.

spiegare in che modo la tratta di esseri umani rientri sotto l'ambito applicativo dell'art. 4 della CEDU, se non collegando tale nozione a quella di schiavitù; ciò lo si evince anche dal passaggio in cui si dice che la tratta può essere definita come una forma attuale del commercio di schiavi.

Quello della Corte sembrerebbe, allora, un *escamotage* per analizzare il caso sotto il profilo dell'art. 4 della CEDU, più che una chiara presa di posizione circa i rapporti tra tratta di esseri umani e schiavitù.

Tra le critiche che hanno colpito la sentenza in commento, riguardanti la mancata concettualizzazione della tratta²⁶⁰, si leva anche la voce di Vladislava Stoyanova, secondo cui la Corte avrebbe potuto utilizzare l'argomento della schiavitù, non sovrapponendolo al concetto di tratta, ma valorizzando, da una parte, il meccanismo del visto per artisti che comporta il deposito bancario da parte dei *managers* che vogliono portare degli artisti a Cipro: tale deposito, infatti, induce i *managers* a comportarsi come se fossero proprietari degli artisti che fanno venire a Cipro²⁶¹. Dall'altra parte, tra i poteri legati all'esercizio del diritto di proprietà di cui alla Convenzione del 1926, si sarebbe potuto valorizzare quello dello spostamento nello spazio della Rantseva.

In realtà, l'autrice, più che porsi in contrapposizione con gli esiti della sentenza, sembra inserirsi nel solco già tracciato dalla Corte che, per far rientrare la tratta di esseri umani nell'art. 4 della CEDU, la assimila al concetto di schiavitù.

A parere di chi scrive, gli elementi valorizzati da Stoyanova potrebbero, allo stesso tempo, rilevare anche sotto il profilo della tratta di esseri umani: sia per lo spostamento che per il deposito bancario, il quale sembra avere degli elementi collimanti con l'ipotesi del *debt bondage*.

5. La tratta di esseri umani a fini di sfruttamento lavorativo

Nonostante i progressi compiuti con l'adozione di un'ampia definizione del concetto di tratta cristallizzata nel Protocollo di Palermo del 2000, i rapporti internazionali sottolineano come nell'immaginario collettivo vi sia una certa resistenza ad affrontare

²⁶⁰ STOYANOVA V., *Dancing on the Borders of Article 4. Human TRafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev case*, cit., pp. 163-194.

²⁶¹ Ivi, pp. 188-190.

e configurare la tratta di esseri umani a fini di sfruttamento lavorativo, a differenza di quanto accade per la tratta a fini di sfruttamento sessuale²⁶².

Occorre dare conto che nel 2014, l'ILO ha adottato un Protocollo relativo alla Convenzione sul lavoro forzato del 1930, chiarificando la relazione tra lavoro forzato e tratta di esseri umani, e statuendo che le previsioni del trattato includono una specifica azione incentrata sulla lotta contro la tratta di esseri umani a scopo di lavoro forzato. Il Protocollo è, inoltre, accompagnato alla raccomandazione n. 203 (*Supplementary Measures*). Tali documenti sembrano confermare che il diritto internazionale sulla schiavitù è ormai obsoleto e che il diritto internazionale sulla tratta di esseri umani costituisce oggi, invece, il più recente e globale quadro, entro il quale ricondurre lo sfruttamento lavorativo, anche nelle sue forme più gravi, quali il lavoro forzato²⁶³.

Sebbene lo sfruttamento lavorativo non sia definito nel contesto della tratta, esso vi rientra per mezzo della precisazione che lo sfruttamento comprende – *at minimum* – il lavoro forzato o prestazioni forzate, la schiavitù o le pratiche analoghe e l'asservimento.

Il settimo *General Report* di GRETA sottolinea come le interpretazioni restrittive delle Corti nazionali su cosa costituisce tratta a fini di sfruttamento lavorativo può spesso condurre ad assoluzioni ovvero al riconoscimento di violazioni del diritto del lavoro o sfruttamento che non implicano la tratta di esseri umani²⁶⁴. Ciò dipende, in primo luogo, dal fatto che le legislazioni interne degli Stati definiscono e concepiscono in maniera diversa lo stesso concetto di sfruttamento lavorativo.

²⁶² Si veda in proposito: RIJKEN C., *Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation: Cooperation in an Integrated Approach*, in *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, 2013, 21, p. 34.

²⁶³ ILO, *Protocollo relativo alla Convenzione sul lavoro forzato del 1930*, 11.6.2014, reperibile sul sito: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-rome/documents/normativeinstrument/wcms_247574.pdf; Cfr. SCARPA S., *Contemporary forms of slavery*, cit., pp. 23-24; SCARPA S., *The Nebulous Definitions of Slavery: A Critique of the Interpretations of the 1926 Slavery Convention's Definition and of Some Recent Sociological Proposals*, in WINTERDYK J e JONES J., *The Palgrave International Handbook on Human Trafficking*, cit.

²⁶⁴ GRETA, *7th General Report on Greta's Activities* (covering the period from 1 January to 31 December 2017), Consile of Europe, March 2018 pp. 34-35, reperibile sul sito: <https://rm.coe.int/greta-2018-1-7gr-en/16807af20e>.

5.1. Ma cosa si intende per sfruttamento lavorativo?

Le maggiori difficoltà che si riscontrano nel configurare la tratta ai fini di sfruttamento lavorativo sono dovute, in primo luogo, alla complessità di definire lo sfruttamento lavorativo e, ancor prima di esso, lo sfruttamento *tout court*.

Come evidenziato da Alan Wertheimer

«although we frequently claim that some act, practice or transaction is exploitative, the concept of exploitation is typically invoked without much analysis or argument»²⁶⁵.

In realtà, nonostante il concetto di sfruttamento sia spesso invocato come un concetto ovvio, non vi è un generale consenso sul suo significato.

Esistono, in particolare, due definizioni di sfruttamento: una tecnica e una normativa²⁶⁶. Nel primo senso, lo sfruttamento può riferirsi, in modo neutro, a fare uso di qualcosa o a trarre beneficio da una cosa o da una situazione (esempio una risorsa). Nel secondo senso, esso si concentra nella relazione tra persone, dando una connotazione negativa alla relazione consistente nel ricevere vantaggio da qualcuno (o dalle sue caratteristiche o dalla sua situazione) per i fini di qualcun'altro.

L'*International Organization of Migration* (IOM) definisce lo sfruttamento come

«the act of taking advantage of something or someone, in particular the act of taking unjust advantage of another for one's own benefit»²⁶⁷.

Sul piano dello sfruttamento lavorativo, si riscontrano, peraltro, differenti comprensioni all'interno delle legislazioni penali degli Stati.

Ad esempio il Belgio e la Francia all'interno della propria normativa penale fanno riferimento al concetto di dignità. Il primo definisce lo sfruttamento lavorativo all'interno del conteso della tratta come *«the intent to put somebody to work or*

²⁶⁵ MUNRO V. E., *Exploring Exploitation: Trafficking in Sex, Work and Sex Work*, in MUNRO V. e DELLA GIUSTA M. (a cura di), *Demanding Sex: Critical Reflections on the Regulation of Prostitution*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2008, p. 83.

²⁶⁶ Ivi, p. 84. Cfr. altresì: UNODC, *The concept of exploitation in the trafficking in Persons Protocol*. Issue Paper, United Nations, Vienna, 2015, p. 21, reperibile sul sito: https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/Human_Trafficking/UNODC_2015_Issue_Paper_Exploitation.pdf.

²⁶⁷ IOM, *Glossary on Migration. International Migration Law*, 2nd edition, 2011, p. 35.

permitting the person to be put into work where conditions are contrary to human dignity»²⁶⁸. La seconda specifica, invece, che uno degli scopi della tratta è «*the imposition of living or working conditions inconsistent with human dignity*»²⁶⁹.

È evidente che, sebbene non appaia di immediata e lampante utilità tentare di definire un concetto indeterminato (sfruttamento) attraverso il richiamo ad un concetto ancora più indefinito e controverso (dignità), ciò, invece, può aiutare l'interprete nell'individuazione del bene giuridico sotto cui sottendere l'incriminazione dello sfruttamento lavorativo²⁷⁰.

Ancora, in Germania il codice penale definisce la tratta per fine di sfruttamento lavorativo riferendosi a «*working conditions that show a crass disparity to the working conditions of other employees performing the same or comparable tasks*»²⁷¹. Tale definizione sembra richiamare piuttosto chiaramente la stessa definizione (l'unica rinvenibile a livello di UE) adottata dall'Unione europea in sede di approvazione della Direttiva 2009/52/CE riguardante le sanzioni nei confronti dei datori di lavoro che assumono alle loro dipendenze cittadini di Paesi terzi che non siano in regola con le norme relative al soggiorno sul territorio di uno Stato membro²⁷². Nell'ambito della definizione unionale ritorna, come vedremo a breve, il riferimento al concetto di dignità umana.

La definizione di sfruttamento tramite il riferimento a parametri comparativi è indubbiamente una tecnica che tende ad oggettivizzare la definizione di sfruttamento, prescindendo dalle percezioni personali che i singoli lavoratori possono avere in ordine alle condizioni lavorative cui sono sottoposti. Quest'ultimo è un rischio potenzialmente enorme rispetto all'emersione del fenomeno dello sfruttamento lavorativo, potendo questo dipendere dalle diverse concezioni del lavoro rilevanti nelle varie culture di riferimento.

²⁶⁸ Art. 433-*quinquies*, Belgium Act to Amend Several Provision with a View to Combating More Effectively Trafficking of Human Beings and the Practices of Abusive Landlords, 2005.

²⁶⁹ Art. 225-4-1, codice penale francese.

²⁷⁰ Questo tema sarà più ampiamente sviluppato, con riferimento alle modifiche che hanno interessato l'ordinamento penale italiano, nel IV capitolo.

²⁷¹ Art. 231, codice penale tedesco. Qui, sebbene non vi sia un riferimento diretto alla dignità nella fattispecie penale, occorre rammentare che questa assume preminente rilevanza costituzionale, essendo inserita all'interno dell'art. 1 della Costituzione tedesca: «*La dignità dell'uomo è intangibile. È dovere di ogni potere statale rispettarla e proteggerla*».

²⁷² Direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009 che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, in GU L 168/24 del 30.6.2009.

In ogni caso, proprio perché lo sfruttamento lavorativo rimane un fenomeno giuridicamente e sociologicamente di difficile definizione, vi sono numerosi tentativi di precisarne i contenuti mediante l'utilizzo di indicatori²⁷³.

Vi è, inoltre, chi ha identificato nello sfruttamento lavorativo un processo dinamico (c.d. *continuum of exploitation*) che si sviluppa tra due estremi, uno rappresentato dal lavoro dignitoso e l'altro dal lavoro forzato²⁷⁴.

La libertà di scelta significa che il lavoratore possiede potere di contrattazione ed è capace di negoziare con il datore di lavoro sui termini e le condizioni di impiego senza affrontare alcuna punizione. In una situazione di lavoro forzato, secondo quanto statuito a livello internazionale dalla Convenzione dell'ILO del 1930, il potere del datore di lavoro di imporre condizioni e regole è assoluto e il lavoratore non può rifiutare senza affrontare altre punizioni.

Queste considerazioni ci forniscono un primo dato: la distinzione tra lavoro forzato e sfruttamento lavorativo. Nello sfruttamento lavorativo non c'è nessuna minaccia o pena se si lascia il lavoro: manca semplicemente il potere di contrattazione delle condizioni lavorative, che vengono accettate semplicemente per la situazione di vulnerabilità o bisogno del lavoratore.

Cosa si intende per lavoro dignitoso (*decent work*) ce lo dice ancora una volta l'ILO²⁷⁵, individuando delle caratteristiche minime per poterlo definire tale: diritti sul lavoro (*rights at work*); occupazione (*employment*); protezione sociale (*social protection*); dialogo sociale (*social dialogue*). Secondo l'ILO, l'essenza del lavoro dignitoso è massimizzare le sinergie tra queste quattro componenti²⁷⁶.

²⁷³ Come si vedrà nel prossimo capitolo, l'ILO ha elaborato alcuni indicatori operativi nell'ambito della tratta di esseri umani anche a fini di sfruttamento lavorativo: ILO, *Operational indicators of trafficking in human beings*. Results from a Delphi survey implemented by the ILO and the European Commission First published in March 2009, reperibile sul sito: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_105023.pdf.

²⁷⁴ SKRIVANKOVA K., *Between Decent Work and Forced Labour: Examining the Continuum of Exploitation*, paper for the Joseph Rowntree Foundation, November 2010, reperibile on-line al sito: <https://www.jrf.org.uk/report/between-decent-work-and-forced-labour-examining-continuum-exploitation>.

²⁷⁵ ILO, *Decent Work: Objectives and Strategies*, Edited by Dharam Ghai, Geneva, 2006, reperibile sul sito: <http://nap.psa.gov.ph/nsm/23rdNSM/decentghai.pdf>. Il primo riferimento al lavoro dignitoso lo si deve all'ILO Director-General, Juan Somavia, che nel suo primo rapporto International Labour Conference, nel giugno 1999, ha affermato che: «*The primary goal of the ILO today is to promote opportunities for women and men to obtain decent and productive work, in conditions of freedom, equality, security and human rights*» (ILO, 1999, p.3).

²⁷⁶ Ivi, p. 27. Secondo un diverso approccio utilizzato da alcuni analisti il lavoro dignitoso può essere classificato, invece, in undici categorie: «*employment opportunities, acceptable work, adequate earnings and productive work, decent hours, stability and security of work, balancing work and family*

Il c.d. *continuum of exploitation*, sebbene non valga a sopperire all'assenza di una definizione di sfruttamento lavorativo, offre uno strumento per individuare quei casi in cui un lavoratore viene a trovarsi in una situazione diversa da un lavoro dignitoso. Ciò che, tuttavia, non appare chiaro in questa ricostruzione, secondo alcuni, è dove il lavoro dignitoso si trasforma in una forma di sfruttamento e quando, e se solo una violazione dei diritti del lavoro è una forma di sfruttamento e/o deve essere considerata lavoro forzato²⁷⁷.

5.2. La Direttiva 2009/52/CE e le sanzioni nei confronti dei datori di lavoro che assumono alle loro dipendenze cittadini stranieri irregolari

Sul fronte europeo, uno strumento di prevenzione della tratta di esseri umani si rinviene nell'adozione della direttiva 2009/52/CE che, nelle intenzioni del legislatore unionale, avrebbero dovuto scoraggiare la tratta a scopo di sfruttamento lavorativo e il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

Si aggiunga, a tal proposito, che la lotta al traffico di esseri umani a livello di Unione europea si è andata proprio sviluppando congiuntamente ad una politica europea di controllo sugli ingressi derivanti dai flussi migratori, poiché quest'ultima è considerata un'interfaccia necessaria nelle politiche repressive del crimine organizzato transnazionale.

La direttiva in questione si propone, in particolare, di predisporre una serie di misure per un efficace contrasto dello sfruttamento di lavoratori di Paesi terzi privi di titolo di soggiorno, imponendo agli Stati di configurare come reato i casi in cui l'assunzione dello straniero irregolare sia accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento, definite come quelle condizioni, incluse quelle risultanti da discriminazione di genere e di altro tipo, in cui vi sia una palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente, che incide ad esempio sulla salute o sicurezza della persona.

Si tratta dell'unico strumento normativo europeo adottato nella lotta allo sfruttamento lavorativo che, tuttavia, oltre a prendere in considerazione il fenomeno solo quando

life, fair treatment in employment, safe work environment, social protection, social dialogue and workplace relations, and the economic and social context of decent work».

²⁷⁷ RIJKEN C., *Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation: Cooperation in an Integrated Approach*, cit., p. 12.

lo stesso riguarda un cittadino di un Paese terzo non in regola con le norme relative al soggiorno dello Stato membro, risulta costruito meramente in chiave sanzionatoria e repressiva, attraverso la previsione di numerose sanzioni nei confronti dei datori di lavoro, finalizzate per lo più – se non esclusivamente – a scoraggiare l’immigrazione irregolare nell’Unione europea, escludendo dal raggio di azione i cittadini comunitari e gli stranieri in posizione regolare vittime di fenomeni di sfruttamento.

Tale finalità è, peraltro, manifestata dallo stesso preambolo della direttiva 2009/52/CE che al considerando n. 2 precisa che

«un fattore fondamentale di richiamo dell’immigrazione illegale nell’Unione europea è la possibilità di trovare lavoro pur non avendo lo status giuridico richiesto» con la conseguenza che è ritenuto opportuno «che l’azione contro l’immigrazione e il soggiorno illegali comporti misure per contrastare tale fattore di richiamo».

In particolare, la direttiva impone agli Stati un obbligo di criminalizzazione laddove l’assunzione di cittadini di Paesi terzi avvenga in particolari circostanze:

«a) la violazione prosegue oppure è reiterata in modo persistente; b) la violazione riguarda l’impiego simultaneo di un numero significativo di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare; c) la violazione è accompagnata da condizioni lavorative di particolare sfruttamento; d) la violazione è commessa da un datore di lavoro che, pur non essendo accusato o condannato per un reato di cui alla decisione quadro 2002/629/GAI, ricorre al lavoro o ai servizi del un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare nella consapevolezza che lo stesso è vittima della tratta di esseri umani; e) la violazione riguarda l’assunzione illegale di un minore».

Ciò che preme sottolineare è che, al punto d), la direttiva impone agli Stati membri di comminare sanzioni penali al datore di lavoro che ricorre al lavoro e ai servizi della vittima di tratta. Tale disposizione è formulata, chiaramente, in termini obbligatori e conferma quella intenzione delle Istituzioni dell’UE di predisporre, con la direttiva 2009/52/CE, adeguate misure, oltre che per scoraggiare l’immigrazione irregolare, anche volte a prevenire la tratta di esseri umani a fini di sfruttamento lavorativo. Questa previsione, passata decisamente in sordina nel 2009, non trova adeguato coordinamento con quanto verrà disposto – solo due anni dopo – con la direttiva

2011/36/UE che, abrogando e sostituendo la decisione quadro 2002/629/GAI, ha previsto, in termini del tutto facoltativi, la possibilità di adottare misure affinché costituisca reato la condotta di chi ricorre ai servizi di una persona che è vittima di tratta²⁷⁸.

Considerato che la direttiva 2009/52/CE è tuttora in vigore e non risulta essere stata abrogata da nessun altro atto successivo, una simile incongruenza tra queste disposizioni non potrà che essere risolta affermando che, quanto meno nelle ipotesi di sfruttamento lavorativo, la criminalizzazione del datore di lavoro che ricorre al lavoro o ai servizi della vittima di tratta debba intendersi obbligatoria, comunitariamente necessaria, e non rimessa alla libera valutazione degli Stati.

Come si è accennato, la direttiva 2009/52/CE fornisce, altresì, un'apposita definizione delle «*condizioni lavorative di particolare sfruttamento*», specificando che per esse si intende

«condizioni lavorative, incluse quelle risultanti da discriminazione di genere e di altro tipo, in cui vi è una palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente, che incide, ad esempio, sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori ed è contraria alla dignità umana»²⁷⁹.

Il richiamo, in via comparativa, alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti regolarmente consente, con tutta evidenza, una certa discrezionalità agli Stati membri nel determinare i contenuti essenziali dello sfruttamento lavorativo, anche in virtù delle differenti sensibilità nazionali rispetto al fenomeno. Dall'altro lato, il riferimento – ancora una volta – alla dignità umana segna uno *standard* minimo di tutela comune alle tradizioni costituzionali europee, la cui centralità nel sistema europeo si rinviene, innanzitutto, nell'art. 1 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea²⁸⁰.

Sebbene la direttiva si preoccupi di prevedere alcune tutele nei confronti del lavoratore irregolare, quali il pagamento delle retribuzioni arretrate e dei contributi previdenziali, le stesse appaiono, nel complesso dell'intervento legislativo, del tutto

²⁷⁸ Art. 18, par. 4, Direttiva 2011/36/UE, cit.: «*Per far sì che la prevenzione e il contrasto della tratta di esseri umani diventino più efficaci scoraggiando la domanda, gli Stati membri valutano la possibilità di adottare misure che dispongano che costituisca reato la condotta di chi ricorre consapevolmente ai servizi, oggetto dello sfruttamento di cui all'articolo 2, prestati da una persona che è vittima di uno dei reati di cui al medesimo articolo*».

²⁷⁹ Art. 2, lett. i), Direttiva 2009/52/CE, cit.

²⁸⁰ Art. 1, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea «*La dignità umana è inviolabile. Essa deve essere rispettata e tutelata*».

insufficienti: in effetti, queste rivelano, ad un'attenta lettura, il reale intento di dissuadere il datore di lavoro dall'assumere cittadini in condizione irregolare sotto la minaccia di pesanti sanzioni economiche, anziché di tenere indenne il lavoratore sfruttato. Sotto questo profilo, è opportuno sottolineare che la direttiva impone agli Stati membri di addebitare al datore di lavoro anche il pagamento dei costi di rimpatrio dei cittadini di paesi terzi assunti illegalmente, legando di fatto della sanzione del datore di lavoro all'allontanamento dello straniero dal territorio europeo.

L'approccio sostanzialmente repressivo della direttiva 2009/52/CE si contrappone, come vedremo meglio tra poco, a quello protettivo della direttiva 2011/36/UE, che incentrando il disvalore della fattispecie di tratta di esseri umani sullo sfruttamento, amplia il suo campo di applicazione anche alle ipotesi in cui i lavoratori sfruttati sono cittadini di Paesi terzi in regola con le norme relative al soggiorno o cittadini dell'Unione europea e contempla numerose disposizioni idonee ad assicurare una tempestiva protezione e assistenza per le (anche solo *presunte*) vittime di tratta.

Questa contrapposizione è, peraltro, evidente proprio per il diverso approccio dimostrato nei confronti della condotta di chi ricorre ai servizi della vittima di tratta, perché nella direttiva del 2009 si prevede un obbligo di criminalizzazione, mentre in quella del 2011 la punibilità è rimessa alla valutazione discrezionale degli Stati.

5.3. La tratta di esseri umani a fini di sfruttamento lavorativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (seconda parte)

Negli ultimi anni, sono state rese due importanti sentenze da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla tratta di esseri umani che rappresentano alcuni passi avanti nella comprensione degli obblighi derivanti agli Stati parte del Consiglio d'Europa.

Nel primo caso²⁸¹, le ricorrenti sono tre cittadine delle Filippine, due delle quali furono reclutate da un'agenzia di Manila per lavorare come domestiche in una famiglia di Dubai, l'altra si recò invece a Dubai per lo stesso scopo sotto consiglio di una delle altre due ricorrenti senza la mediazione di un'agenzia di reclutamento. Le ricorrenti lamentano di aver subito dei maltrattamenti a Dubai, di essere state sfruttate senza ricevere il loro salario e di essere state costrette a lavorare per orari estremamente pesanti, sotto la minaccia di subire ulteriori sevizie. Nel 2010 le ricorrenti

²⁸¹ Corte europea dei diritti dell'Uomo, *J e altri c. Austria*, sentenza del 17 gennaio 2017.

accompagnarono i loro datori di lavoro in Austria per un breve soggiorno, e in questa occasione riuscirono a scappare aiutate dalla comunità filippina di Vienna. Dopo qualche mese le ricorrenti decisero di rivolgersi alle autorità austriache per denunciare le condizioni in cui erano state costrette a vivere. Il procuratore, tuttavia, decise di archiviare l'indagine, in quanto le infrazioni denunciate erano state commesse all'estero da cittadini stranieri e non coinvolgevano gli interessi dell'Austria. Nonostante la domanda delle ricorrenti di riprendere l'azione penale, il Tribunale regionale di Vienna respinse la domanda ritenendo che lo stesso non avesse giurisdizione sui fatti di causa. Le ricorrenti decisero, pertanto, di adire la Corte europea sotto il profilo della violazione dell'art. 3 e dell'art. 4 della CEDU.

Analizzando il caso sotto il profilo dell'art. 4, la sentenza rinvia, innanzitutto, ai suoi precedenti e, in particolare, rammenta che tale disposizione consacra uno dei valori fondamentali delle società democratiche. Richiamando il caso *Rantsev*, la Corte riafferma, in particolare, che la tratta di esseri umani è spesso qualificata come una forma di schiavitù e che costituisce un attentato alla dignità umana, rilevando nel campo di applicazione di cui all'art. 4 della CEDU, senza che sia necessario determinare se essa debba essere qualificata come schiavitù, servitù o lavoro forzato. In ordine al rispetto degli obblighi positivi da parte dell'Austria concernenti l'identificazione delle ricorrenti come vittime di tratta e l'obbligo di fornire loro adeguata assistenza, la Corte ritiene che non ci sia stata alcuna violazione da parte dell'Austria. Le ricorrenti sono state, infatti, sentite da agenti di polizia specializzati, hanno ottenuto un permesso di soggiorno e di lavoro per regolarizzare il loro soggiorno in Austria nonché l'assistenza e la rappresentanza legale.

In ordine all'obbligo positivo di perseguire gli autori della tratta di esseri umani, la Corte ritiene – ugualmente – che non ci sia stata violazione, in quanto l'obbligo di condurre indagini attiene ai soli fatti che coinvolgono gli interessi austriaci e cessa quando il presunto reato di tratta sia stato commesso all'estero da soggetti che non sono suoi cittadini²⁸². Il quadro normativo internazionale ed europeo, in effetti, non stabilisce una giurisdizione universale per la repressione dei reati di tratta.

Le ricorrenti hanno censurato – oltre alla violazione dell'art. 4 – anche quella dell'art. 3, ritenendo che i trattamenti di cui erano state vittime, vista la loro gravità, potevano rientrare nel divieto di cui alla suddetta norma.

²⁸² Par. 114.

La Corte, ritenendo che tale lamentela sia connessa a quella precedentemente esaminata di cui all'art. 4, ritiene ricevibile il ricorso anche sotto il profilo dell'art. 3. I giudici, a questo proposito, affermano che il regime degli obblighi derivanti per lo Stato dal lato procedurale dell'art. 3 è molto simile a quello degli obblighi che gli incombono sul terreno dell'art. 4, che sono stati già esaminati. Per gli stessi motivi, in sostanza identici, la Corte conclude per la non violazione da parte dello Stato degli obblighi positivi derivanti dall'art. 3.

Sebbene la Corte non accolga il ricorso sotto il profilo dell'art. 3 della CEDU sembra, dunque, confermarne l'astratta applicabilità ad un caso di tratta di esseri umani, aprendo le porte alla possibile configurazione di detto fenomeno come trattamento disumano e degradante idoneo a ledere la dignità umana. A parere di chi scrive, l'art. 3 della CEDU sembrerebbe, infatti, meglio attagliarsi ai casi di tratta di esseri umani, il cui dato caratterizzante è lo sfruttamento, e ciò soprattutto laddove questo non raggiunga la gravità della schiavitù, della servitù o del lavoro forzato. Le ragioni sottese ad una simile conclusione si identificano essenzialmente nel diverso bene giuridico tutelato dall'art. 3 e dall'art. 4 della CEDU. Il bene giuridico protetto dell'art. 3 è quello della dignità umana, mentre quello posto a tutela dell'art. 4 è la libertà (intesa come *status libertatis*), essendo – quest'ultimo – espressamente incentrato sulla schiavitù, sulla servitù e sul lavoro forzato. Nonostante la Corte più volte tenda a richiamare il bene della dignità anche quando affronta le violazioni sotto il profilo dell'art. 4 della CEDU (come si è visto nel caso *Rantsev*), ciò non dovrebbe ingenerare confusioni, essendo senz'altro la dignità una componente della libertà degli individui.

Alla sentenza della Corte segue l'opinione concordante del giudice Pinto de Albuquerque (a cui si unisce anche il giudice Tsotsoria).

L'opinione concorda con le conclusioni cui è giunta la Corte, ma è in disaccordo con il ragionamento seguito per due ragioni: da un parte perché la Corte non si è dilungata sulla questione degli elementi costitutivi della tratta di essere umani e delle particolarità che la distinguono dalla schiavitù, servitù e lavoro forzato, dall'altra perché non ha correttamente analizzato gli obblighi gravanti sullo Stato resistente.

Nel caso *Rantsev* la Corte ha rilevato che la tratta di esseri umani rientra nell'art. 4 della CEDU, senza tuttavia specificare se rientra nel campo di applicazione del paragrafo 1 (inderogabile) o del paragrafo 2 (derogabile). Allo stesso tempo, però, la Corte afferma che l'art. 4 non prevede delle restrizioni e in forza dell'art. 15 par. 2

non soffre alcuna deroga, nemmeno in caso di pubblico pericolo che minaccia la vita della Nazione. Questa interpretazione, secondo Pinto de Albuquerque, comporta il rifiuto della Corte di stabilire una gerarchia, una differenza di regime tra le due disposizioni (parr. 1 e 2 dell'art. 4 della CEDU). Questo approccio si ispira (senza citarlo) all'interpretazione del CDH dell'ONU nella sua osservazione generale n. 29, alla luce della recente codifica dei crimini contro l'umanità effettuata con lo Statuto di Roma, dove figurano la riduzione in schiavitù, il lavoro forzato e la tratta di esseri umani.

Particolarmente interessante nel mostrare lo stretto legame esistente tra la tratta di esseri umani e lo sfruttamento è la decisione della Corte di Strasburgo nel caso *Chowdury* ove la stessa è stata per la prima volta chiamata a pronunciarsi su un caso di sfruttamento lavorativo nel settore agricolo²⁸³.

La vicenda coinvolge quarantadue cittadini del Bangladesh impiegati nella raccolta di fragole in una fattoria di Manolada, una località del Peloponneso nota appunto per essere una delle capitali elleniche della produzione intensiva di fragole, per la raccolta delle quali vengono impiegati lavoratori stagionali. Nel caso di specie i ricorrenti erano stati reclutati ad Atene e, dopo aver lavorato per alcuni mesi senza ricevere il compenso pattuito, scatenarono una reazione violenta contro i datori di lavoro rivendicando il pagamento delle retribuzioni.

Come è stato efficacemente rilevato, in questo caso la Corte ha riconosciuto l'esistenza del lavoro forzato separatamente dalla servitù, instaurando una stretta interrelazione tra lavoro forzato e tratta di esseri umani²⁸⁴.

La Corte con il caso *Chowdury* si pone in continuità rispetto alla linea già tracciata in *Rantsev*, sostenendo che la tratta di esseri umani cade nell'ambito di applicazione dell'art. 4 della CEDU, nonostante non sia da esso espressamente menzionata. Si tratta di un'estensione giurisprudenziale che, come si è già visto, è stata motivata alla luce di un'interpretazione evolutiva della Convenzione.

La sentenza, analizzando la situazione in cui erano venuti a trovarsi i lavoratori bengalesi, rileva, innanzitutto, che questa non poteva essere qualificata come servitù, in quanto l'elemento caratterizzante quest'ultimo concetto, rispetto al lavoro forzato

²⁸³ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chowdury e altri c. Grecia*, sentenza del 30 marzo 2017.

²⁸⁴ ASTA G., *The Chowdury Case before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, 8, pp. 196-197.

o obbligatorio, consiste nel sentimento delle vittime che la loro condizione è immutabile e che la situazione non è suscettibile di evolvere. I ricorrenti non avrebbero potuto provare un simile sentimento poiché erano tutti lavoratori stagionali reclutati (esclusivamente) per la raccolta di fragole. Questa specificazione della Corte, sebbene finalizzata unicamente ad escluderne la sussistenza, contribuisce a dare contenuto all'incerta nozione di servitù. Come si è visto, già nel caso *Siliadin*, la Corte aveva tentato di fornire una definizione, che non brillava certo per chiarezza.

Qui, invece, i giudici di Strasburgo, per meglio evidenziare l'essenza della nozione di servitù, tracciano un confine con la fattispecie di lavoro forzato, facendo dipendere la sussistenza della servitù quasi da una percezione soggettiva, da una consapevolezza o meno della vittima di poter mutare la propria condizione.

Analizzando la fattispecie concreta sotto il profilo del lavoro forzato, la Corte richiama, come già in passato aveva fatto, la Convenzione ILO n. 29 del 1930, adottando nel caso di specie una nozione estensiva del consenso richiesto affinché non si abbia lavoro forzato, chiarendo che il consenso prestato dal lavoratore non è sufficiente ad escludere la qualifica di lavoro forzato e che, in ogni caso, ha valore relativo e deve essere valutato alla luce di tutte le circostanze del caso concreto²⁸⁵. Nella sentenza *Van der Musselle*²⁸⁶, la Corte aveva precisato che lo svolgimento del lavoro sotto minaccia di una pena non fosse comunque sufficiente a denotare una situazione di lavoro forzato, dovendosi altresì tenere conto della natura e del volume delle attività in questione, che devono essere tali da configurare un *disproportionate burden* per la vittima. Anche tale valutazione – dell'onere sproporzionato imposto alla vittima – doveva essere tale per cui non si potesse ragionevolmente esigere tale lavoro, alla luce dell'insieme delle circostanze del caso concreto. Applicando tale principio al caso *Chowdury*, la Corte ha riconosciuto che sussistessero le condizioni di lavoro estreme e, dunque, l'onere eccessivo imposto alle vittime, senza tuttavia chiarire con precisione in cosa consistesse tale «eccessività».

I fatti, secondo la Corte, dimostrano chiaramente che le condizioni lavorative dei ricorrenti costituissero sia tratta di esseri umani, rientrando nella definizione del Protocollo sul *trafficking*, che lavoro forzato. Nell'argomentazione della sentenza, la Corte utilizza spesso le due fattispecie, anche in alternativa tra loro, tanto da

²⁸⁵ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chowdury e altri c. Grecia*, cit., par. 90.

²⁸⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Van der Musselle c. Belgio*, sentenza del 23 novembre 1983.

confonderne i confini²⁸⁷. Così facendo, i giudici di Strasburgo dimostrano che queste forme di abuso possono verificarsi allo stesso tempo ovvero, in un medesimo contesto, l'una dopo l'altra. Questa intrinseca relazione, sebbene non costituisca una vera e propria sovrapposizione, non viene, tuttavia, adeguatamente sviluppata nella sentenza, che si limita ad affermare una loro possibile compresenza²⁸⁸. In alcuni passaggi della sua argomentazione, la Corte menziona unicamente la tratta di esseri umani e in altri anche lo sfruttamento lavorativo *per se*, senza distinguerlo dal lavoro forzato e dalla servitù²⁸⁹.

Secondo Vladislava Stoyanova, in tali passaggi argomentativi la Corte sembra 'lottare' con l'apparato concettuale dell'art. 4 della CEDU, ingenerando una confusione eccessiva nella distinzione delle differenti fattispecie considerate da tale norma, acuita ancor di più dall'avervi inserito anche la tratta di esseri umani²⁹⁰. Altri commentatori, hanno sottolineato che la Corte abbia nel tempo concepito il lavoro forzato in due modi differenti: da una parte come lavoro forzato in sé, cioè come offesa autonoma, altre volte come elemento costitutivo della tratta di esseri umani²⁹¹. Nel caso *Chowdury*, la Corte non ha, tuttavia, indicato in quale di queste situazioni rientrerebbe la vicenda: sebbene, infatti, qui i giudici sembrano intendere il lavoro forzato in questo ultimo senso²⁹², ossia come fine della tratta, essi avrebbero dovuto quanto meno verificare se fossero presenti gli altri elementi della tratta.

L'unico elemento valorizzato, in tal senso, è quello della vulnerabilità dei ricorrenti²⁹³. Si tratta di una vulnerabilità legata, da una parte, al fatto che i lavoratori erano migranti

²⁸⁷ Cfr. in tal senso: CORCIONE E., *Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani: lo sfruttamento dei braccianti nel caso Chowdury*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, 2, pp. 516-522.

²⁸⁸ STOYANOVA V., *Irregular Migrants and the Prohibition of Slavery, Servitude, Forced Labour & Human Trafficking under Article 4 of the ECHR*, cit. e STOYANOVA V., *Sweet Taste with Bitter Roots. Forced Labour and Chowdury and Others v. Greece*, in *European Human Rights Law Review*, 2018, 1, p. 71.

²⁸⁹ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chowdury e altri c. Grecia*, cit., par. 88-93.

²⁹⁰ STOYANOVA V., *Irregular Migrants and the Prohibition of Slavery, Servitude, Forced Labour & Human Trafficking under Article 4 of the ECHR*, cit.

²⁹¹ ASTA G., *The Chowdury Case before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking*, cit., p. 198.

²⁹² Cfr. altresì: STOYANOVA V., *Sweet Taste with Bitter Roots. Forced Labour and Chowdury and Others v. Greece*, cit., pp. 71-72.

²⁹³ Si tratta di un aspetto che è considerato centrale anche dall'intervento dell'Anti-Slavery International. Corte europea dei diritti dell'uomo, *Chowdury e altri c. Grecia*, cit., par. 83: «La tesi principale dell'intervento è la seguente: anche il riconoscimento e la classificazione delle nozioni contenute nell'articolo 4 della Convenzione si sono evoluti col tempo, la caratteristica comune di tutte le forme di sfruttamento descritte consiste nell'abuso della vulnerabilità. Per l'interveniente, questa nozione dovrebbe essere il punto di partenza dell'esame da parte della Corte della forma di sfruttamento in questione, ai sensi dell'articolo 4 della Convenzione» (trad. non ufficiale).

irregolari senza risorse e, dall'altra parte, alle loro gravi condizioni di lavoro. Nonostante la sentenza faccia riferimento alla situazione di vulnerabilità dei migranti, non riconosce esplicitamente che i datori di lavoro si siano avvantaggiati di questa condizione per sfruttarli. La Corte, dunque, non valorizza la vulnerabilità per identificarvi il mezzo della tratta, né fa accenno alcuno all'azione concretamente esercitata per compiere il reato. La Corte di Strasburgo si limita, come nei precedenti casi, ad aggiungere la tratta, come definita nel Protocollo di Palermo e nella Convenzione di Varsavia, all'apparato concettuale dell'art. 4 della CEDU.

Nel caso di specie, la Corte sottolinea, poi, come la violazione dell'art. 4, par. 2, della CEDU derivi dal fatto che la Grecia sia venuta meno ai propri obblighi positivi risultanti da questa disposizione consistenti nel prevenire la situazione di tratta di esseri umani, nel proteggere le vittime e reprimere efficacemente le infrazioni commesse, sanzionando i responsabili della tratta.

La sentenza rileva, in merito alla prevenzione, che prima dell'incidente del 17 aprile 2013 la situazione relativa ai campi di fragole della Mandola era ben nota alle autorità, sia per la presenza di rapporti di organizzazioni che di articoli di stampa. Inoltre, le autorità di polizia del territorio erano state messe al corrente del rifiuto dei datori di lavoro di versare i salari ai lavoratori. Ciò si evince, in particolare, dalla testimonianza di uno dei poliziotti nel processo di fronte alla Corte di Assise che ha dichiarato che certi operai si erano presentati al commissariato per lamentarsi di questo rifiuto. Per affermare la violazione della Grecia in ordine alla mancata implementazione di misure operative a prevenire il fenomeno, la Corte utilizza una 'versione' meno impegnativa del c.d. *Osman test* rispetto a quella applicata nel caso *Rantsev*: la sentenza ritiene, infatti, sufficiente che le autorità nazionali sapessero o avrebbero dovuto sapere che quei lavoratori erano a rischio di sfruttamento o tratta²⁹⁴.

La Corte sottolinea, da una parte, come le indagini del Procuratore non siano state svolte in maniera completa, dall'altra, che non sia stata realmente esaminata la posizione di vittime di tratta dei lavoratori coinvolti, almeno per ciò che concerne i ricorrenti che non parteciparono al processo di fronte alla Corte d'Assise. Per quanto riguarda tale processo, la sentenza rileva come i giudici ellenici abbiano rigettato l'accusa di tratta di esseri umani considerando che gli operai non si trovavano nell'impossibilità assoluta di auto-proteggersi, e che la loro libertà di movimento non

²⁹⁴ ASTA G., *The Chowdury Case before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking*, cit., p. 205.

era stata compromessa, in quanto questi erano liberi di lasciare il loro lavoro. In ordine a questa considerazione, la Corte censura la stretta interpretazione di tratta di esseri umani operata dalla sentenza, in quanto fondata su elementi propri della servitù e non della tratta. In effetti, una situazione di tratta può sussistere anche a dispetto della libertà di movimento della vittima. Tuttavia, l'affermazione viene utilizzata unicamente per condannare l'operato delle Corti nazionali, senza che a ciò sia seguito un coerente sforzo interpretativo e definitorio²⁹⁵.

La Corte ha censurato, inoltre, il rifiuto del Procuratore di ricorrere in Cassazione contro la sentenza e di non aver adeguatamente esaminato l'accusa di tratta di esseri umani.

Lo sviluppo della giurisprudenza della Corte di Strasburgo sotto il profilo dell'art. 4 rende sempre più evidente come le vicende di cui è chiamata ad occuparsi riguardino cittadini di Paesi terzi. Proprio gli abusi sui migranti sembrano, infatti, aver "ravvivato" la questione su come schiavitù, servitù e tratta debbano essere definiti nel contesto del diritto penale e dei diritti umani²⁹⁶.

La vulnerabilità dei migranti sui territori di destinazione è legata a doppio filo al fenomeno della tratta di esseri umani e, più in generale, a quello dello sfruttamento lavorativo, chiamando inevitabilmente in causa le politiche migratorie di questi Stati. Ciò è dimostrato anche dal fatto che, ai sensi delle leggi penali nazionali, gli abusi contro i migranti sono principalmente concettualizzati con riferimento al processo di migrazione²⁹⁷.

6. L'adozione della Direttiva 2011/36/UE: innovazioni e raffronto con la disciplina previgente

Nel corso degli anni, la limitatezza delle scelte effettuate a livello europeo vennero presto riconosciute dalle stesse Istituzioni europee, le quali si adoperarono per uno sviluppo virtuoso della disciplina in materia di tratta di esseri umani.

²⁹⁵ CORCIONE E., *Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani: lo sfruttamento dei braccianti nel caso Chowdury*, cit., p. 518.

²⁹⁶ STOYANOVA V., *Article 4 of the ECHR and the Obligation of Criminalising Slavery, Servitude, Forced Labour and Human Trafficking*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014, (3)2, p. 410.

²⁹⁷ Ivi, p. 429.

In questo contesto, come accennato sopra, la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla tratta di esseri umani fu sicuramente fonte di ispirazione per un'inversione di tendenza nella normativa anti-tratta dell'Unione europea.

La valutazione e il monitoraggio degli atti adottati a livello dell'Unione in materia di tratta, compiuti nel periodo 2006-2008 misero in luce la presenza di numerosi difetti, che vennero esplicitati dalla stessa Commissione sul finire dell'anno 2008:

«(...) On the other hand, figures show that in countries where there are a significant number of assisted victims, statistics on criminal proceedings are higher. This implies that a human rights-centred approach is needed not only to protect victims' rights but also in the interest of justice. The Commission is considering revising the Framework Decision on trafficking, also with a view to ensuring more effective victims' support mechanisms»²⁹⁸.

In particolare, ciò che era lampante era la differenza tra il numero di procedimenti penali e le vittime assistite rispetto alle stime del fenomeno: in effetti, nonostante i dati numerici indicassero un *trend* in crescita più o meno costante, si confermava una perdurante difficoltà di emersione dei fatti di tratta a livello investigativo, specie se le cifre dei procedimenti venivano rapportate alle cifre globali sull'alto numero delle vittime reso noto da molti documenti internazionali.

Successivamente l'Unione europea, adottando il protocollo di Stoccolma valevole per il periodo 2010-2014, dava atto che la tratta di esseri umani e il traffico di clandestini costituiscono reati molto gravi che comportano violazioni dei diritti umani e della dignità umana, non tollerabili dall'Unione. Il Consiglio europeo invitava pertanto le Istituzioni europee a prendere in considerazione l'istituzione di un Coordinatore Anti-Tratta dell'Unione (UE CAT) e l'adozione di una nuova normativa sulla lotta alla tratta di esseri umani e sulla protezione delle vittime.

Alla luce delle considerazioni e dei nuovi obiettivi da raggiungere, nel Marzo del 2009, la Commissione adottò e sottopose al Consiglio dell'Unione europea una proposta per una nuova decisione-quadro sulla tratta²⁹⁹; tuttavia la decisione non

²⁹⁸ European Commission, Staff document, *Evaluation and monitoring of the implementation of the EU Plan on best practices, standards and procedures for combating and preventing trafficking in human beings*, COM (2008) 657 final, oct. 17, 2008.

²⁹⁹ Proposta di decisione quadro del Consiglio concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, che abroga la decisione quadro 2002/629/GAI, COM (2009) 136 def. del 25 marzo 2009.

venne adottata prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, avvenuta il 1° dicembre 2009.

In effetti, nonostante prima di tale data il Consiglio avesse espresso sulla proposta della Commissione un largo consenso³⁰⁰, sotto il nuovo procedimento di adozione degli atti in materia di tratta di esseri umani che, ai sensi dell'art. 83 TFUE par. 1, devono essere deliberati sia dal Consiglio che dal Parlamento europeo, la discussione dovette ripartire.

Per effetto dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona che, abolendo la 'struttura a pilastri'³⁰¹, ha ricondotto il settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'ambito del modello comunitario, è venuta meno la previsione di un regime speciale per gli atti adottabili dall'Unione in tale settore³⁰².

Ciò ha comportato la possibilità di utilizzare anche per tali materie, tra le quali è compresa la tratta, i meccanismi decisionali ordinari. A tal fine, la tratta è stata infatti annoverata tra quei reati a dimensione transnazionale rispetto ai quali il Parlamento europeo ed il Consiglio possono adottare direttive di armonizzazione penale (art. 83, par. 1, TFUE).

La Commissione presentò pertanto una nuova proposta di direttiva sull'argomento nel Marzo 2010³⁰³, senza apportare alcuna modifica al testo della precedente proposta di decisione quadro presentata appena un anno prima.

Il processo che portò all'elaborazione della nuova proposta della Commissione in materia di tratta si dimostrò significativamente più aperto rispetto a quello della precedente decisione del 2002, grazie anche alla previsione di incontri con gli Stati

³⁰⁰ Documento del Consiglio n. 15011/09 del 23 ottobre 2009.

³⁰¹ La cosiddetta 'struttura a pilastri' trae origine dal Trattato sull'Unione europea firmato a Maastricht il 7 febbraio 1992, il quale sancisce la nascita dell'Unione europea, quale entità articolata in una nuova struttura fondata su tre pilastri: 1) il primo composto dalle tre Comunità, la CEE che muta la sua denominazione in Comunità europea o CE; la CECA e l'Euratom; 2) il secondo pilastro, riferito ai settori della politica estera e della sicurezza (PESC) e 3) il terzo pilastro, riguardante i settori della giustizia e degli affari interni (GAI). I pilastri si differenziavano in particolare per il metodo di funzionamento: mentre il primo pilastro era governato dal metodo comunitario, il secondo e il terzo erano regolati da una logica di cooperazione tra gli Stati, secondo il modello intergovernativo, fondato sull'adozione di azioni comuni, che postula la permanenza delle materie nella competenza esclusiva degli Stati membri.

³⁰² La versione precedente al Trattato di Lisbona di cui all'art. 34, par. 2, TUE individuava tra le tipologie di atti adottabili in tale settore: le posizioni comuni, le decisioni quadro, le decisioni e le convenzioni.

³⁰³ Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, che abroga la decisione quadro 2002/629/GAI, COM (2010) 95 def. del 29 marzo 2010.

membri, tecnici esperti e ONG comprensive di rappresentanti dei gruppi di supporto delle vittime³⁰⁴.

La proposta della Commissione stabiliva in primo luogo all'art. 1 gli obiettivi della direttiva, la quale

«mira a stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore della tratta degli esseri umani. Essa mira altresì a introdurre disposizioni comuni per rafforzare la prevenzione dei reati e la protezione delle vittime»³⁰⁵.

Con tale atto, veniva ampliata la definizione di tratta, non solo avvicinandola a quella contenuta nel Protocollo delle Nazioni Unite, ma anche estendendola per mezzo di una lista aperta di pratiche che possono essere incluse nello sfruttamento come «l'accattonaggio» e più in generale «le attività illecite»³⁰⁶.

Ancora, occorre ricordare che nella decisione quadro del 2002 a fronte della commissione dei reati era previsto un generale obbligo per gli Stati membri di stabilire sanzioni penali «effettive, proporzionate e dissuasive»³⁰⁷. Nella proposta della Commissione tale obbligo è rimasto solo per i reati previsti dall'art. 3 (Istigazione, favoreggiamento, concorso e tentativo), mentre per i reati principali la pena dovrebbe essere non inferiore nel massimo a cinque anni e, in presenza di circostanza aggravate, non inferiore a dieci anni nel massimo.

Le circostanze aggravanti previste inizialmente dalla Commissione furono ampliate includendo tra esse anche il caso in cui il reato fosse stato commesso da pubblico ufficiale, nonché attraverso l'estensione del concetto di 'vittima particolarmente

³⁰⁴ Queste consultazioni, insieme alla ricerca della Commissione, confermarono che i criminali generalmente non venivano assicurati alla giustizia, che le vittime non ricevevano adeguata assistenza, protezione o compensazione, che vi erano delle misure insufficienti per la prevenzione e che la situazione di per sé era poco monitorata. Cfr. European Commission Staff, *Working Document accompanying document to the Proposal for a Council Framework Decision on preventing and combating trafficking in human beings, and protecting victims, repealing Framework Decision 2002/629/JHA*, Impact Assessment, SEC (2009) 358 del 25 march 2009, pp. 11-14.

³⁰⁵ Art. 1, COM (2010) 95 def., cit.

³⁰⁶ Art. 2, par. 3, COM (2010) 95, def., cit.: «Lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite, o il prelievo di organi». L'estensione in questione avrebbe dovuto, infatti, secondo la Commissione facilitare il lavoro degli interpreti e dei legislatori nazionali (Impact Assessment, SEC (2009) 358, cit., p. 24).

³⁰⁷ Art. 3, Decisione quadro 2002/629/GAI, cit.: «Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie affinché i reati di cui agli articoli 1 e 2 siano punibili con sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive che possono comportare l'estradizione».

vulnerabile'. Secondo la Commissione, infatti, ai fini della repressione del reato in questione, vittime vulnerabili dovevano essere considerate, oltre ai minori, anche gli adulti che si potevano definire tali per motivi di salute, per una disabilità o una gravidanza³⁰⁸.

Con la proposta è stata, inoltre, introdotta una forma di tutela per le vittime della tratta affinché nel caso in cui siano state costrette a compiere delle attività criminale non vengano perseguite o comunque non vengano loro applicate sanzioni³⁰⁹.

Furono inserite dalla Commissione alcune previsioni per garantire l'effettività delle indagini e del perseguimento dei crimini, anche estendendo in alcuni casi il periodo di tempo per l'esercizio dell'azione penale³¹⁰.

A differenza della decisione-quadro, la quale obbligava gli Stati membri ad adottare le misure necessarie a stabilire la propria giurisdizione unicamente per i reati commessi sul proprio territorio, la proposta della Commissione ambiva alla possibilità che gli Stati perseguissero anche tutti gli atti compiuti dai propri cittadini o residenti in ogni parte del mondo³¹¹.

Come segno del rinnovato approccio della Commissione alla materia della tratta di esseri umani, il testo della proposta è costituito da una corposa parte precipuamente rivolta all'assistenza e al sostegno della vittima della tratta³¹², ponendosi in discontinuità rispetto alla precedente decisione quadro, nella quale solo un articolo era dedicato alla protezione delle vittime e due previsioni sostanziali riguardavano unicamente i minori.

³⁰⁸ Art. 4, lett. b), COM (2010) 95 def., cit. Si ricorda che nella decisione quadro 2002/629/GAI (art. 3, lett. b) per «vittima particolarmente vulnerabile» si doveva intendere quella che non avesse raggiunto l'età della maturità sessuale ai sensi della legislazione nazionale, ovvero qualora il reato fosse stato commesso a fini di sfruttamento della prostituzione altrui o di altre forme di sfruttamento sessuale, anche nell'ambito della pornografia.

³⁰⁹ Art. 7, COM (2010) 95 def. cit.

³¹⁰ Art. 8, COM (2010) 95 def., cit.: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché le indagini o l'azione penale relative ai reati di cui agli articoli 2 e 3 non siano subordinate alle dichiarazioni o all'accusa formulate dalla vittima e il procedimento penale possa continuare anche se la vittima ritratta le proprie dichiarazioni. Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i reati di cui agli articoli 2 e 3 possano essere perseguiti per un congruo periodo di tempo dopo che la vittima abbia raggiunto la maggiore età».

³¹¹ Art. 9, COM (2010) 95 def., cit.

³¹² COM (2010) 95 def., cit., artt. 10-14.

Nel Giugno del 2010 il Consiglio, in formazione Giustizia e Affari Interni (GAI),³¹³ approvò un ‘Orientamento generale’ (*‘generale approach’*) sul testo presentato dalla Commissione europea³¹⁴.

In primo luogo il Consiglio intervenne sull’estensione delle circostanze aggravanti come si configuravano nella proposta della Commissione. Venne meno, subito, l’idea che gli adulti potessero essere considerati vittime particolarmente vulnerabili per le loro condizioni di salute gravidanza o disabilità. Inoltre il Consiglio, nonostante ritenesse appropriato configurare come aggravante la commissione del reato da parte di un pubblico ufficiale, non ritenne essenziale prevedere un minimo alla sua condanna nei reati di questo genere.

Per quanto concerne le disposizioni in materia di assistenza alle vittime, il Consiglio limitò l’obbligo di provvedere al sostegno della vittima ai casi in cui vi fosse un *ragionevole* motivo di ritenere che nei suoi confronti fosse stato compiuto un reato, aggiungendo l’aggettivo *«ragionevole»*, non presente nella proposta della Commissione³¹⁵.

Il termine per l’attuazione della direttiva in questione venne, inoltre, esteso a due anni e mezzo, invece di due, e quello per la revisione da quattro a cinque anni.

A seguito della posizione espressa dal Consiglio, le Commissioni LIBE/FEMM³¹⁶ del Parlamento europeo adottarono un progetto di modifica durante una votazione tenutasi il 2 settembre 2010. Successivamente il Presidente, in nome del Consiglio, avviò i negoziati con i rappresentanti del Parlamento e della Commissione con l’intento di raggiungere un accordo in prima lettura.

Occorre a questo punto rammentare che nel settore della lotta alla tratta di esseri umani (art. 79, par. 2, lett. d), TFUE) il Parlamento europeo e il Consiglio deliberano secondo la procedura legislativa ordinaria, attualmente disciplinata dall’art. 294 TFUE³¹⁷.

³¹³ Il Consiglio dell’Unione europea è un’entità giuridica autonoma ma si riunisce in diverse “formazioni” a seconda della materia da trattare. Il Consiglio Giustizia e Affari Interni elabora politiche comuni e di cooperazione su vari aspetti transfrontalieri, al fine di realizzare uno spazio di giustizia a livello di UE.

³¹⁴ Documento del Consiglio n. 10845/10 del 10 giugno 2010.

³¹⁵ Ivi, art. 10, par. 2. Cfr. COM (2010) 95 def., cit., art. 10, par. 2: *«Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché una persona riceva assistenza e sostegno non appena le autorità competenti hanno motivo di ritenere che nei suoi confronti sia stato compiuto uno dei reati di cui agli articoli 2 e 3»*.

³¹⁶ Si tratta di due commissioni permanenti del Parlamento europeo. LIBE è l’acronimo di “Civil Liberties, Justice and Home Affairs” (Libertà civili, Giustizia e Affari Interni) e FEMM di “Women’s Rights and Gender Equality” (diritti della donna e Eguaglianza di Genere).

³¹⁷ Le principali tappe di questo procedimento possono riassumersi nel modo seguente: la Commissione invia al Consiglio e al Parlamento europeo la proposta legislativa, se il Parlamento adotta una posizione sull’atto e il Consiglio l’approva senza modificarla, l’atto è adottato in prima lettura; se il Consiglio

In realtà questa procedura è raramente seguita: infatti, nella recente prassi, si fa più volentieri ricorso ai cosiddetti ‘triloghi’ informali (*informal ‘trilogues’*), ossia delle riunioni tra i rappresentanti del Consiglio, della Commissione e del Parlamento europeo, al fine di trovare un accordo sulle differenti posizioni e giungere ad un testo di compromesso da adottare direttamente in ‘prima lettura’. Si tratta di negoziazioni informali che, sebbene molto più efficienti dell’*iter* ordinario, finiscono per incidere sulla trasparenza dell’intero procedimento.

Tale è stata la procedura seguita anche per la direttiva in materia di tratta, i cui ‘triloghi’ vennero inaugurati il 14 Settembre 2010.

A seguito dei suddetti incontri informali, il Consiglio ha presentato una versione consolidata del testo come ultimo compromesso raggiunto con il Parlamento europeo³¹⁸.

Da tale documento è possibile, in particolare, cogliere la strategia di negoziazione del Consiglio, determinato a resistere almeno su quattro punti rispetto all’orientamento del Parlamento europeo³¹⁹: sul livello delle sanzioni (il Consiglio insistette affinché queste non fossero superiori nel massimo a cinque per la fattispecie principale e dieci anni per le fattispecie aggravata)³²⁰; sulla giurisdizione (rispetto alla quale non ritenne di potere dare il proprio consenso all’obbligo di perseguire i fatti compiuti fuori dal proprio territorio dai residenti abituali); sulla criminalizzazione del ricorso ai servizi delle vittime di sfruttamento³²¹, nonché sullo specifico riferimento al coordinatore anti-tratta.

Nell’ottica di raggiungere un compromesso in tempi relativamente brevi, il Consiglio si dichiarava tuttavia disposto a cedere sulla disposizione concernente il Coordinatore Anti-Tratta (*Anti-Trafficking Coordinator* o ATC)³²², ma il Parlamento europeo,

non approva la posizione del Parlamento, può adottare una sua posizione e trasmetterla al Parlamento. Nel caso in cui non vi sia accordo nemmeno in seconda lettura può essere convocato un comitato di conciliazione che approva un progetto comune, che dovrà essere in seguito votato a maggioranza dal Consiglio e dal Parlamento europeo.

³¹⁸ Documento del Consiglio n. 16156/10 del 15 novembre 2010.

³¹⁹ *Ivi*, p. 2.

³²⁰ Al contrario il Parlamento europeo insisteva affinché fossero elevate rispettivamente, per reati principali e fattispecie aggravate, a 6 e a 12.

³²¹ Art. 15, par. 4, doc. 10845/10: «*Gli Stati membri valutano la possibilità di adottare misure affinché costituisca reato ricorrere consapevolmente ai servizi, oggetto dello sfruttamento di cui all'articolo 2, prestati da una persona che è vittima di uno dei reati di cui allo stesso articolo*».

³²² Tale figura era stata prevista per la prima volta dal Programma di Stoccolma del 2009. Programma di Stoccolma – Un’Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, punto 4.4.2: «*Il Consiglio europeo invita pertanto il Consiglio a prendere in considerazione l'istituzione di un coordinatore antitratta dell'Unione (UE CAT) e, ove decida in tal senso, a stabilire le relative modalità affinché tutte*

nell'intento di garantirne l'istituzione, insisteva affinché venisse introdotta nella direttiva al fine di creare una base legale.

Il Consiglio ha proposto, dunque, di inserire un articolo che facesse preciso riferimento al Coordinatore anti-tratta³²³, al quale gli stati Membri avrebbero dovuto trasmettere le informazioni raccolte attraverso i relatori nazionali o meccanismi equivalente.

Il documento su menzionato, espressione del compromesso finale, sottolinea i cambiamenti che il Consiglio ha apportato al proprio 'orientamento generale' sotto la spinta delle richieste del Parlamento europeo³²⁴. In particolare, si nota l'introduzione tra gli obiettivi della direttiva della 'prospettiva di genere', nuove previsioni in tema di sequestro e confisca dei proventi delle attività illecite, la possibilità per le vittime di fare domanda di protezione internazionale, l'accesso diretto alla consulenza e all'assistenza legale senza ritardo, un riferimento più ampio ed efficace a diritti dei minori, nonché una nuova e dettagliata previsione sui minori non accompagnati vittime della tratta di esseri umani. Si è provveduto, inoltre, ad inserire una nuova disposizione in materia di risarcimento dei danni, a chiarificare il contenuto delle previsioni sulla prevenzione della tratta, ad attribuire ai relatori nazionali il compito di raccogliere le statistiche sul fenomeno della tratta e, infine, come ricordato, a istituire il coordinatore europeo anti-tratta.

Nell'intento di raggiungere un accordo con il Parlamento europeo, il Consiglio acconsentì, inoltre, a ridurre a due anni il termine per l'attuazione della direttiva e a quattro anni per la sua revisione, diversamente da quanto inizialmente proposto nel suo orientamento generale.

Pertanto, nonostante il Parlamento europeo non fosse riuscito ad avere la meglio sulla tre previsioni in materia di giurisdizione, criminalizzazione del ricorso ai servizi delle vittime nonché per ciò che concerne il massimo della pena edittale per tali reati, esso riuscì comunque ad apportare alla direttiva una serie di importanti modifiche, a partire dalla protezione delle vittime, soprattutto minori, e ad assicurare una nuova strategia

le competenze dell'Unione possano essere sfruttate al meglio per realizzare una politica dell'Unione coordinata e consolidata contro la tratta di esseri umani».

³²³ Ora, art. 20 Direttiva 2011/36/UE, cit.

³²⁴ PEERS S., *Legislative Update EU Immigration and Asylum Law 2010: Extension of Long Term Residence Rights and Amending the Law on Trafficking in Human Beings*, in *European Journal of migration and law*, 2011, 2, p. 216 ss.

di coordinamento tra gli Stati membri attraverso la previsione del coordinatore europeo anti-tratta.

Il 14 dicembre 2010, il Parlamento adottò in prima lettura la sua posizione sulla proposta di direttiva in conformità rispetto al compromesso raggiunto con il Consiglio.

La nozione di tratta, scaturita dal descritto procedimento legislativo, appare strutturata nei medesimi termini del Protocollo di Palermo. La stessa è, infatti, egualmente suddivisa nei tre elementi caratterizzanti la condotta di tratta penalmente rilevante a livello internazionale: gli atti dolosi («*il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone*»), le modalità coercitive («*con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento*») e gli scopi illeciti perseguiti («*lo sfruttamento comprende, come minimo, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, compreso l'accattonaggio, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù, lo sfruttamento di attività illecite o il prelievo di organi*»)³²⁵.

Da notare, al pari di quanto già avvenuto nel Protocollo di Palermo, che l'accento posto sul possibile abuso della posizione di vulnerabilità e il riferimento all'irrelevanza del consenso in presenza di uno dei mezzi indicati dalla norma appaiono smorzare lo stretto legame intercorrente con il fenomeno della schiavitù, ricomprendendo all'interno della tratta anche forme più *blande* di sfruttamento lavorativo, non richiedenti un totale assoggettamento della vittima per mezzo dell'uso della forza.

Volendo tracciare alcune linee di confronto con la previgente decisione quadro 2002/629/GAI, occorre considerare innanzitutto che la nuova direttiva si caratterizza per essere un atto molto più sostanziale rispetto al suo predecessore, adottando espressamente un «*approccio globale, integrato e incentrato sui diritti umani nella lotta contro la tratta di esseri umani*»³²⁶. Si tratta, infatti, del primo caso in cui l'Unione europea ha adottato una prospettiva olistica al contrasto del fenomeno

³²⁵ Art. 2, parr. 1 e 3, Direttiva 2011/36/UE, cit.

³²⁶ Considerando n. 7, Direttiva 2011/36/UE, cit.

criminale, volta non solo alla repressione penale degli autori degli illeciti ma anche alla prevenzione e alla tutela delle vittime³²⁷.

Inoltre, è da notare, come già disposto dalla Convenzione di Varsavia, che la direttiva in questione non richiede necessariamente il trasferimento della vittima da uno Stato all'altro, rendendosi, pertanto, applicabile anche alle ipotesi di tratta interna, ove le vittime sono gli stessi cittadini dell'Unione europea, reclutati/spostati/accolti all'interno del proprio paese o in un altro Stato membro. La necessità di punire anche queste ipotesi è stata infatti indubbiamente sollecitata dall'aumento dei numeri dei cittadini europei (nella maggior parte provenienti da Romania, Bulgaria, Polonia e Ungheria) coinvolti da questo fenomeno³²⁸.

Venuta meno l'essenzialità dell'elemento transnazionale, il disvalore della fattispecie finisce per concentrarsi principalmente sulla finalità di sfruttamento, le cui forme, a differenza della decisione quadro, sono ora oggetto di più dettagliata specificazione. È, infatti, proprio lo scopo di sfruttamento – sessuale, lavorativo, l'asservimento, l'accattonaggio o il prelievo di organi – ad identificare il *quid* che permette di individuare il reato di tratta degli esseri umani³²⁹.

Inoltre se la definizione di tratta della direttiva appare riproporre quella modellata dalla decisione quadro 2002/629/GAI, tuttavia essa non ripropone la bipartizione dei reati accolta nella disciplina previgente secondo le due più frequenti forme di sfruttamento, preferendo attenersi ad una definizione di più ampio respiro internazionale, come quella del Protocollo di Palermo sulla tratta.

Nella direttiva 2011/36/UE assume, peraltro, rilievo centrale la condizione soggettiva della vittima: tra le modalità coercitive si fa riferimento all'abuso della condizione di particolare vulnerabilità.

La definizione dell'abuso della condizione di particolare vulnerabilità della vittima riprende quella già adottata a livello internazionale e sovranazionale, esplicitata nei

³²⁷ GIAMMARINARO M.G., *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, cit., p. 15.

³²⁸ Nella Comunicazione della Commissione, *La strategia dell'UE per l'eradicazione della tratta degli esseri umani (2012-2016) del 19 giugno 2012*, si afferma che secondo i dati provenienti da molti Stati membri, nella maggior parte dei casi le vittime di tratta provengono dall'Unione europea (essenzialmente Romania, Bulgaria, Polonia e Ungheria).

³²⁹ FERRERO M. e BARBAIOL G., *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 FORLATI S. (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani. Tra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., p. 92.

lavori preparatori al Protocollo di Palermo e dalla Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005.

A differenza della previgente decisione quadro del 2002, la posizione di vulnerabilità viene, però, definitivamente slegata dal concetto di maturità sessuale o dalla circostanza che il reato sia stato commesso per finalità di sfruttamento sessuale.

L'oggettivizzazione del concetto della condizione di vulnerabilità viene affiancata, nella stessa direttiva, dall'esemplificazione di concetti o situazioni che possono di per sé rappresentare un fattore di vulnerabilità: nel considerando n. 12, la direttiva precisa, infatti, che *«fra le persone vulnerabili dovrebbero essere compresi almeno i minori»*, mentre tra i fattori che potrebbero essere utilizzati ai fini della vulnerabilità della vittima rientrano, ad esempio, *«il sesso, la gravidanza, lo stato di salute e la disabilità»*.

Si tratta, a ben vedere, di fattori che incidono sulla vulnerabilità soggettiva, andando ad integrare, nei singoli casi, quella nozione di abuso della posizione di vulnerabilità (oggettiva), riguardante la situazione in cui la persona non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima.

Al pari del testo della previgente decisione, e degli altri strumenti internazionali, nella nuova direttiva si ribadisce che in tutti i casi in cui sia stata posta in essere la condotta di tratta, secondo le modalità coercitive previste dall'art. 2, par. 1, compreso l'abuso della posizione di vulnerabilità, il consenso della vittima debba considerarsi irrilevante. La presenza di uno di questi mezzi coercitivi non è inoltre necessaria nei casi in cui nella tratta siano stati coinvolti dei minori.

Ai fini della punibilità del reato in questione, è sufficiente che la condotta abbia ad oggetto una sola vittima, anche se questa spesso coinvolge una pluralità di soggetti passivi. Tale precisazione non è priva di rilievo se si pensa al fenomeno dello sfruttamento delle badanti 'accolte' nelle case italiane.

Per quanto concerne l'elemento soggettivo, la fattispecie richiede la sussistenza del dolo specifico, in quanto il soggetto attivo deve agire al fine dello sfruttamento della vittima. Con riferimento al principio di offensività, alcuni ritengono di poter parlare di dolo specifico di ulteriore offesa in quanto *«nella finalità di sfruttamento si concentra un'offesa aggiuntiva rispetto a quella già insita nell'evento perfezionativo»*³³⁰.

³³⁰ VENTUROLI M., *La direttiva 2011/36/UE: uno strumento "completo" per contrastare la tratta degli esseri umani*, in *Indice Penale*, 2013, 1, pp. 206-207.

Novità rilevanti si registrano inoltre sotto il profilo sanzionatorio: da una parte, si è passati infatti dalla semplice richiesta di prevedere sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive ad un'indicazione specifica dei livelli edittali da prevedere all'interno di ciascun Stato membro³³¹. Dall'altra sono state ampliate le circostanze aggravanti, includendo tra le altre tutte le vittime minori e non solo quelle che non hanno raggiunto la maturità sessuale secondo la legislazione nazionale³³².

Le disposizioni più innovative attengono, però, all'assistenza e alla protezione delle vittime: la direttiva stabilisce l'importante principio per il quale le vittime devono ricevere assistenza non solo durante il procedimento penale, ma anche prima, e per un congruo periodo di tempo anche dopo la sua conclusione³³³. Si riconosce, infatti, che l'assistenza deve essere assicurata immediatamente, laddove le autorità competenti abbiano, come si è già visto, un *ragionevole motivo* di ritenere che nei confronti della persona interessata sia stato commesso il reato di tratta.

Tale norma ha una rilevante portata sistematica rispetto ai vigenti strumenti internazionali se si pensa che anticipa la tutela della vittima anche rispetto alla Convenzione del Consiglio d'Europa³³⁴.

Inoltre, la previsione di cui all'art. 11, par. 3, la quale specifica che l'assistenza e il sostegno prescindano dalla volontà della vittima di collaborare nelle indagini penali, nel procedimento giudiziario e nel processo costituisce un decisivo passo avanti nella lotta contro la tratta di esseri umani, facendo venire meno la subordinazione della protezione della vittima alla volontà di collaborare attivamente con le autorità statale. Ciò evidentemente pone non pochi problemi di coordinamento con la direttiva 2004/81/CE che, come si è visto, subordinava l'assistenza e le misure di protezione

³³¹ Il minimo del massimo edittale è stato fissato a cinque anni nell'ipotesi semplice e a dieci anni nell'ipotesi circostanziata.

³³² Art. 4, Direttiva 2011/36/UE, cit.: «*Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i reati di cui all'articolo 2 siano punibili con la reclusione della durata massima di almeno dieci anni, laddove tale reato: a) sia stato commesso nei confronti di una vittima particolarmente vulnerabile, compresi, nel contesto della presente direttiva, almeno i minori; b) sia stato commesso nel contesto di un'organizzazione criminale ai sensi della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio, del 24 ottobre 2008, relativa alla lotta contro la criminalità organizzata; c) abbia messo in pericolo la vita della vittima intenzionalmente o per colpa grave; oppure d) sia stato commesso ricorrendo a violenze gravi o abbia causato alla vittima un pregiudizio particolarmente grave*».

³³³ Art. 11, par. 1, Direttiva 2011/36/UE, cit.

³³⁴ Art. 10, Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani: «*(...) Ciascuna delle Parti si assicura che, se le autorità competenti hanno ragionevoli motivi per credere che una persona sia stata vittima della tratta di esseri umani, quella persona non venga allontanata dal proprio territorio finché la procedura di identificazione, che la vede vittima di un reato previsto dall'art. 18 della presente Convenzione, sia stata completata dalle autorità competenti e si assicura che la persona riceva l'assistenza di cui all'art. 12, co. 1 e 2*».

alla volontà di cooperare con le autorità competenti, e che tuttora deve ritenersi operante ai fini del rilascio di un titolo di soggiorno³³⁵.

La particolare attenzione nei confronti delle vittime emerge con evidenza anche dall'introduzione della specifica clausola in ordine alla necessità di non perseguire le vittime della tratta per i reati che sono state costrette a commettere³³⁶.

In netta discontinuità rispetto alla previgente decisione, si registra l'introduzione di un apposito articolo in tema di prevenzione del fenomeno che invita gli Stati ad adottare misure volte a ridurre la domanda, fonte di tutte le forme di sfruttamento correlate alla tratta, in particolare attraverso l'istruzione e la formazione. Si dispone, inoltre, che gli Stati membri svolgano campagne di informazione e sensibilizzazione volte a minimizzare il rischio di vittimizzazione e che assicurino la formazione dei funzionari che possono entrare in contatto con vittime attuali o potenziali³³⁷.

Come si è visto durante l'esame della direttiva 2009/52/CE, sempre in tema di prevenzione, è stata inserita la previsione secondo cui

«gli Stati membri valutano la possibilità di adottare misure che dispongano che costituisca reato la condotta di chi ricorre consapevolmente ai servizi, oggetto dello sfruttamento di cui all'articolo 2, prestati da una persona che è vittima di uno dei reati di cui al medesimo articolo»³³⁸.

La norma sembra, dunque, rimettere agli Stati la valutazione della possibilità di adottare sanzioni nei confronti di chi ricorre ai servizi della vittima di tratta. Come si è detto, con la direttiva 2009/52/CE, in realtà, si è introdotto un vero e proprio obbligo di incriminare il datore di lavoro che ricorre al lavoro o ai servizi della persona vittima di tratta³³⁹.

³³⁵ Art. 11, par. 3, Direttiva 2011/36/UE, cit.: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché l'assistenza e il sostegno alla vittima non siano subordinati alla volontà di quest'ultima di collaborare nelle indagini penali, procedimento giudiziario o nel processo, fatte salve la direttiva 2004/81/CE o norme nazionali analoghe».

³³⁶ Art. 8, Direttiva 2011/36/UE, cit.: «Gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente ai principi fondamentali dei loro ordinamenti giuridici, per conferire alle autorità nazionali competenti il potere di non perseguire né imporre sanzioni penali alle vittime della tratta di esseri umani coinvolte in attività criminali che sono state costrette a compiere come conseguenza diretta di uno degli atti di cui all'articolo 2».

³³⁷ Art. 18, Direttiva 2011/36/UE, cit.

³³⁸ Art. 18, par. 4, Direttiva 2011/36/UE, cit.

³³⁹ Art. 9, Direttiva 2009/52/CE, cit.: «Gli Stati membri garantiscono che la violazione del divieto di cui all'articolo 3, se intenzionale, costituisca reato in ciascuno dei seguenti casi, come previsto dalla legislazione nazionale: (...) d) la violazione è commessa da un datore di lavoro che, pur non essendo accusato o condannato per un reato di cui alla decisione quadro 2002/629/GAI, ricorre al lavoro o ai

In conclusione, si può affermare che alla direttiva 2011/36/UE sottenda una nuova consapevolezza della complessità del traffico e della necessità di adottare politiche più efficaci e lungimiranti, non esclusivamente incentrate sulla repressione penale, ma che tengano conto anche dei risvolti sociali dell'azione di contrasto, chiamando in causa la responsabilità di coloro che si avvantaggiano dei servizi prestati dalle vittime di tratta.

7. Il labile confine tra *smuggling* e *trafficking* nel contesto delle nuove migrazioni

Le difficoltà in ordine all'esatta comprensione del concetto di tratta di esseri umani, di cui si è dato conto nel presente capitolo, si ripercuotono anche sulla distinzione tra *trafficking* e *smuggling*.

Se alla fine degli anni '90 la distinzione tra *trafficking* e *smuggling* rispondeva all'esigenza di distinguere condotte che si sviluppavano all'interno di percorsi separati, gestiti da soggetti che avevano attività criminali orientate a specializzazioni diverse, oggi il riferimento offerto dalla normativa internazionale sembra, invece, costituire una forzatura e il mantenimento di una tale dicotomia può apparire talvolta artificiale alla luce della realtà attuale dei percorsi migratori³⁴⁰.

È innegabile che, attualmente, la tratta di persone si realizzi in buona misura attraverso gli stessi canali e con gli stessi meccanismi utilizzati per il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (*rectius smuggling*). Secondo Anne Gallagher, agli Stati è stato chiesto in un certo qual modo di ignorare come la tratta e il traffico siano processi spesso interconnessi che coinvolgono quasi sempre spostamenti, flussi, sovrapposizioni e transizioni: un individuo può essere trafficato un giorno e oggetto

servizi del un cittadino di un paese terzo il cui soggiorno è irregolare nella consapevolezza che lo stesso è vittima della tratta di esseri umani»

³⁴⁰ Si veda: GALLAGHER A. T., *The International Law of Human Trafficking*, cit., p. 52, secondo cui la distinzione tra trafficking e smuggling è «*an oversimplification of a much more complicated reality*». Cfr. altresì sul punto: BROLAN C., *An Analysis of the Human Smuggling Trade and the Protocol Against The Smuggling of Migrants By Land, Air and Sea (2000) from a Refugee Protection Perspective*, in *International Journal of Refugee Law*, 2002, 14, p. 561; McCREIGHT M.V., *Smuggling of Migrants, Trafficking in Human Beings and Irregular Migration on a Comparative Perspective*, in *European Law Journal*, 2006, 12, p. 106; BUCKLAND B.S., *Human Trafficking & Smuggling: Crossover & Overlap*, in FRIESENDORF C. (a cura di), *Strategies Against Human Trafficking: The Role of the Security Sector*, 2009, 132.

di tratta il giorno dopo³⁴¹. In molti casi, nemmeno gli individui coinvolti, nella fase del ‘movimento’, sarebbero capaci di classificare la loro precisa situazione con certezza.

Questo dato è particolarmente evidente con riferimento ai movimenti migratori dei soggetti richiedenti la protezione internazionale che utilizzano concretamente le stesse rotte e le stesse organizzazioni criminali che offrono servizi di *smuggling* agli altri migranti.

Per la prima volta dalla fine della seconda guerra mondiale, il numero dei rifugiati, richiedenti asilo e sfollati interni in tutto il mondo ha raggiunto la cifra record di sessanta milioni di persone a fine 2014. È quanto denuncia il rapporto dell’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) pubblicato nel giugno 2015³⁴². Si tratta di un numero enorme di persone in movimento che si ripercuote inevitabilmente sulle capacità di accoglienza e assorbimento dei Paesi di destinazione. Allo stesso tempo, si tratta anche di una massa di persone che appare particolarmente vulnerabile al traffico di esseri umani³⁴³.

La progressiva instaurazione nei Paesi europei di politiche sempre più restrittive nei confronti della possibilità per gli stranieri di accedervi legalmente ha agevolato, in effetti, negli ultimi anni il ricorso a modalità di viaggio sempre più estreme, caratterizzate dal passaggio inevitabile da situazioni di violenza e sfruttamento.

Gli attuali scenari di c.d. *mixed flows* mettono, pertanto, in crisi la tradizionale distinzione tra *smuggling* e *trafficking*³⁴⁴ che, come si è visto, è fondata sulla presenza del consenso nel primo e su quello dello sfruttamento nel secondo. Tali elementi sono, oggi, sempre più frequentemente mescolati ed impongono uno sforzo interpretativo alla luce del mutato contesto fenomenico.

La miglior analisi di questo scenario è offerta dalle stesse parole dell’UNODC³⁴⁵:

³⁴¹ GALLAGHER A. T., *The International Law of Human Trafficking*, cit., p. 52.

³⁴² UNHCR, *Global Trends Forced Displacement in 2015*, 2015, reperibile sul sito: <https://www.unhcr.org/576408cd7.pdf>.

³⁴³ POZZI A., *Mercanti di schiavi. Tratta e sfruttamento nel XXI secolo*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo, 2016, p. 28.

³⁴⁴ Tale sovrapposizione è evidente anche linguaggio mediatico. Il 5th General Report on Greta’s Activities del GRETA evidenzia come «*media coverage of the refugee and migrant crisis used the terms “trafficking” and “smuggling” interchangeably*» (GRETA, 5th General Report on Greta’s Activities. Covering the period from 1 October 2014 to 31 December 2015, Council of Europe, Printed at the Council of Europe, February 2016, p. 33, reperibile sul sito: <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168063093c>).

³⁴⁵ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2016*, cit., p. 13.

«There is a clear link between the broader migration phenomenon and trafficking in persons. It is true that trafficking victims are not always migrants and, according to the legal definition, victims do not need to be physically moved to be considered as having been trafficked. The stories of victims of trafficking, however, often start as brave attempts to improve their life, as is also the case with many migration stories. Those who end up in the hands of traffickers often envisioned a better life in another place; across the border, across the sea, in the big city or in the richer parts of the country. Traffickers, whether they are trafficking organizations, legally registered companies, 'loners' acting on their own or family members of the victim, often take advantage of this aspiration to deceive victims into an exploitative situation. Trafficking in persons is driven by a range of factors, many of which are not related to migration. At the same time, some people who migrate and refugees escaping from conflict and persecution are particularly vulnerable to being trafficked. The desperation of refugees can be leveraged by traffickers to deceive and coerce them into exploitation. War and conflict can exacerbate trafficking in persons: not only may those who escape violence turn to traffickers in their hope of finding a safe haven, but armed groups also exploit victims for various purposes in conflict areas».

La descrizione offerta dall'UNDOC, così come dalla più recente letteratura sulla tratta, mostra un quadro nel quale, oltre alla difficile emersione di elementi di differenziazione, è sempre più blando, se non assente, l'elemento principale della distinzione tra *smuggling* e *trafficking*, ossia il consenso.

Molti migranti, inclusi quelli che potrebbero essere definiti come vittime di tratta³⁴⁶, acconsentono, infatti, ad essere trasportati, accettando il rischio di essere sfruttati: un progetto, dunque, iniziato come *smuggling* è molto probabile che finisca per la persona che lo ha intrapreso – durante le tappe che la conducono al Paese di destinazione – nel circuito tipico della tratta. Vi possono essere, infatti, diversi livelli di vittimizzazione e sfruttamento sia durante il processo di migrazione, che una volta raggiunto il paese di destinazione.

Nelle prossime pagine, si cercherà di mettere in luce come il differente atteggiarsi degli elementi del consenso e dello sfruttamento renda ardua la categorizzazione dei singoli processi.

³⁴⁶ Cfr. ARONOWITZ A. A., *Smuggling and Trafficking in human beings: the phenomenon, the markets that drive it and the organisations that promote it*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2001, 9(2), pp. 163-195. Aronowitz osserva che «Often both smuggled and trafficked individuals leave a country of origin willingly».

7.1. Consenso vs abuso della posizione di vulnerabilità

Come si è visto nel precedente capitolo, durante la redazione dei Protocolli sul *trafficking* e sullo *smuggling*, uno dei principali elementi di distinzione delle due condotte venne individuato nel consenso, assente nel primo e presente nel secondo.

La transazione sottesa al fenomeno dello *smuggling* tra trafficante e trafficato non richiede, infatti, la violazione del consenso o dell'autonomia del migrante: il loro accordo, almeno in astratto, è destinato ad apportare benefici reciproci, una parte riceve vantaggi economici e/o materiali, l'altra, l'ingresso illegale nello Stato straniero³⁴⁷. Nel caso dello *smuggling*, la posta in gioco è, dunque, l'ingresso illegale in un Paese, mentre nel caso del *trafficking* la posta in gioco è il controllo su un essere umano: nel primo caso l'offesa è contro lo Stato, nel secondo è principalmente contro una persona³⁴⁸.

La differenza sta, inoltre, nel livello di intervento e partecipazione del migrante. Nello *smuggling*, il migrante può raccogliere informazioni e fare una scelta rispetto all'organizzazione cui affidarsi per il viaggio, e ciò sebbene, spesso, si tratti di decidere tra alternative poco attraenti. Nel caso della tratta, il potere di intervento del migrante non dovrebbe esistere: non ci dovrebbe essere alcuna scelta.

Occorre, tuttavia, calare tale affermazione nella realtà dei fenomeni, ove spesso è difficile distinguere il consenso prestato – quale elemento della condotta di *smuggling* – dall'abuso della posizione di vulnerabilità – come mezzo della condotta di *trafficking* – in presenza del quale il consenso deve ritenersi irrilevante.

Come evidenziato da Don Herzog – molti anni prima della redazione dei Protocolli di Palermo – il ricorso al consenso, nel processo di identificazione della vittima, non può essere difeso senza un attento esame nel merito delle circostanze in cui esso viene prestato: tale consenso potrà, infatti, dirsi realmente valido ed efficace solo in presenza di un'alternativa ragionevole a trattenerlo³⁴⁹.

³⁴⁷ JONES S.V., *Human Trafficking Victim Identification: Should Consent Matter?*, in *Indiana Law Review*, 2012, 45, p. 493. Cfr. KING S., *Human Trafficking: Addressing the International Criminal Industry in the Backyard*, in *University of Miami International and Comparative Law Review*, 2007-2008, 15, pp. 369 e ss.

³⁴⁸ Cfr. CAMPANA C. e VARESE F., *Exploitation in Human Trafficking and Smuggling*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2015, 22, pp. 89-105.

³⁴⁹ DON HERZOG, *Happy Slaves: A Critique of Consent Theory*, Chicago University Press, Chicago, 1989, p. 225.

L'autore propone un paradigma giurisprudenziale che riconosca il consenso come prerequisito necessario per rispettare la dignità umana: sebbene, l'approccio liberale salvaguardi la preminenza del consenso e la dignità, questi – per essere effettivi – necessitano, tuttavia, di un'attenta valutazione della disponibilità di alternative ragionevoli e della sequenza di scelte che ha dato luogo alla mancanza di alternative appetibili³⁵⁰.

Tali affermazioni appaiono ancor più rilevanti se si considera che l'abuso della posizione di vulnerabilità è stato definito, prima dai lavori preparatori del Protocollo di Palermo sulla tratta e poi dai successivi strumenti internazionali e sovranazionali, come l'abuso della situazione in cui la persona non ha altra scelta «*effettiva*» ed «*accettabile*» se non quella di cedere all'abuso stesso.

La problematicità di una tale definizione ha indotto, qualche anno fa, l'UNODC a licenziare un rapporto tematico sull'abuso della posizione di vulnerabilità³⁵¹, in cui si precisa, innanzitutto, che l'oggetto dello studio è la vulnerabilità come *mezzo* non come *condizione personale* che rende il soggetto suscettibile al traffico. Si tratta di una considerazione importante perché il concetto di vulnerabilità può potenzialmente condurre ad un ampliamento della nozione di tratta: in particolare, non inquadrare l'abuso della posizione di vulnerabilità come elemento della condotta (*mezzo*), ma dare rilievo alla mera posizione di vulnerabilità comporta il rischio di individuare in quest'ultima un indizio se non addirittura la prova della tratta stessa³⁵². L'«*abuso della posizione di vulnerabilità*», allora, non può essere confuso con la «*posizione di vulnerabilità*»: senonché i fattori che aumentano la suscettibilità alla tratta sono giudizialmente rilevanti nella misura in cui consentono l'accertamento della vulnerabilità stessa.

Dall'altro lato, l'analisi comparativa delle legislazioni e dell'applicazione giurisprudenziale degli Stati parte, operata dall'UNODC nel suo rapporto tematico sul consenso³⁵³, ha svelato come in molti Stati esaminati la misura in cui il consenso è

³⁵⁰ Ivi. Cfr. JONES S.V., *Human Trafficking Victim Identification: Should Consent Matter?*, cit., p. 511.

³⁵¹ UNODC, *Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons*, Issue paper, United Nations, New York, 2013, reperibile sul sito: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf.

³⁵² Ivi, p. 15.

³⁵³ UNODC, *The role of 'consent' in the Trafficking Persons Protocol*, Issue Paper, United Nations, Vienna, 2014, reperibile sul sito: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2014/UNODC_2014_Issue_Paper_Consent.pdf.

pertinente in un caso particolare sembra dipendere largamente dai mezzi utilizzati per compiere la condotta e dal modo in cui tali mezzi vengono posti in essere³⁵⁴. A tal proposito, viene notato come l'abuso di una posizione di vulnerabilità è la modalità di vittimizzazione più diffusa nei casi di tratta in cui il consenso delle vittime è indicato o asserito dalla difesa. Ciò, in parte, non sorprende, in quanto sarebbe contro-intuitivo affermare la sussistenza del consenso a fronte dell'utilizzo di mezzi di coercizione più evidenti, come la forza, l'inganno o la frode.

Tali considerazioni ci restituiscono proprio il quadro di quel labile confine tra consenso e abuso della posizione di vulnerabilità, considerato che sono sempre meno frequenti le modalità di reclutamento attuate mediante l'utilizzo della forza o di altri mezzi coercitivi, e sempre più presenti modalità che utilizzano (*rectius* abusano) la posizione di vulnerabilità della vittima per convincerla a partire. I migranti che sono d'accordo a pagare per essere trasportati sono, peraltro, di frequente, comparativamente in una situazione di vulnerabilità rispetto a quella dello *smuggler*. Come evidenziato dal rapporto sulla tratta degli esseri umani dell'UNODC, la maggior parte dei *traffickers*, per attirare le vittime, sfrutta un elemento di vulnerabilità consistente il più delle volte nella condizione socio-economica in cui versano e nella speranza di una vita migliore cui esse aspirano³⁵⁵. In effetti, nonostante l'abuso della posizione di vulnerabilità riguardi l'esistenza di situazioni oggettive, non si può non tenere conto della valutazione soggettiva della vittima rispetto alla scelta praticabile. C'è chi ha sostenuto, a tal proposito, che la convinzione di non avere altra «*reale ed accettabile alternativa*» deve essere esaminata dal punto di vista della persona vittima di tratta, secondo parametri di normalità sociale che tengano conto del retroterra socio-culturale della persona, nonché del fatto che essa deve confrontarsi con situazioni estreme³⁵⁶.

A questa tesi si contrappone quanto statuito dall'UNODC solo qualche anno prima nel *Model Law*³⁵⁷, dove si invitano gli Stati ad indagare le intenzioni del *reo*, piuttosto

³⁵⁴ Ivi, p. 10.

³⁵⁵ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2016*, cit., p. 41.

³⁵⁶ GIAMMARINARO M.G., *Il Protocollo sulla tratta degli esseri umani*, cit., p. 424.

³⁵⁷ UNODC, *Model Law against Trafficking in Persons*, United Nations, Vienna, 2009, p. 10, reperibile sul sito: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/model_law_against_trafficking_in_persons_1.pdf. Il *Model Law* è stato adottato dall'UNODC per assistere gli Stati nell'implementazione della Convenzione delle Nazioni Unite sul crimine transnazionale organizzato. Nelle intenzioni dell'organizzazione, vi è il desiderio di fornire delle indicazioni, il più possibile adatte ai bisogni di ogni singolo Stato e secondo le proprie condizioni e tradizioni culturali, sociali, economiche e geografiche.

che la percezione della *vittima*³⁵⁸: è, infatti, in tal senso raccomandata, nell'obiettivo di tutelare le vittime, l'adozione di una definizione di abuso della posizione di vulnerabilità incentrata sull'autore del reato e sulla sua intenzione di approfittarsi della situazione della vittima.

Si tratta di due differenti punti di vista dal quale valutare la posizione di vulnerabilità: entrambi propendono per una valutazione soggettiva, ma in un caso si guarda alla vittima e nell'altro all'autore del reato.

La tematica del consenso si lega, poi, a quella dello sfruttamento: come rilevato dalla ricerca dell'UNODC sul consenso, esiste, infatti, uno stretto collegamento tra il tipo di sfruttamento, la sua gravità e il consenso. In alcune giurisdizioni, mentre il ricorso di una modalità tipizzata della condotta può essere sufficiente per stabilire l'irrelevanza del consenso nei casi di tratta a fini di sfruttamento sessuale, in casi di tratta per sfruttamento lavorativo, la prova della modalità tipizzata della condotta potrebbe richiedere di essere integrata da prove che attestino come lo sfruttamento sofferto fosse particolarmente grave³⁵⁹.

È evidente che le posizioni dei singoli Stati sul consenso sono influenzate dai valori fondamentali posti a base della società di riferimento. Ad esempio, il valore della dignità umana può essere utilizzato per sostenere diversi approcci alla prostituzione e, dunque, alla possibilità di acconsentirvi liberamente.

In alcuni casi sembra che i valori e gli atteggiamenti intorno a ciò che è accettabile o meno all'interno di diversi ambiti di attività possano svolgere un ruolo importante nel determinare la pertinenza del consenso in situazioni particolari. Generalmente è, dunque, richiesta una soglia di sfruttamento più bassa per dimostrare lo sfruttamento sessuale (dato che il contesto sessuale è spesso considerato sfruttatore in sé e per sé), rispetto a quella del lavoro (dove il lavoro si svolge in un contesto altrimenti 'normale'). A causa dei fattori sopra descritti, il consenso può essere considerato diversamente da Tribunali in casi di tratta per sfruttamento lavorativo e in casi di tratta per sfruttamento sessuale³⁶⁰. Tale distinzione si riflette, infine, sulle risposte di genere al problema della tratta³⁶¹. Nella maggior parte degli Stati analizzati, il consenso è

³⁵⁸ Ciò infatti potrebbe essere più facile da provare e non richiederebbe di indagare lo stato mentale della vittima, ma solo la consapevolezza da parte del reo della vulnerabilità della vittima e della sua intenzione di avvantaggiarsi di questa. Questo approccio, in effetti, potrebbe rivelarsi maggiormente protettivo delle vittime.

³⁵⁹ UNODC, *The role of 'consent' in the Trafficking Persons Protocol*, cit., p. 11.

³⁶⁰ Ivi, p. 88.

³⁶¹ Ivi, p. 89.

considerato meno rilevante quando si tratta di donne rispetto ai casi che coinvolgono uomini. Inoltre, la severità dello sfruttamento si lega al consenso nel senso che più grave è lo sfruttamento, meno il consenso diventa rilevante.

7.2. Lo sfruttamento in relazione al movimento

Oltre al consenso, l'elemento fondante il discrimine tra *smuggling* e *trafficking* è lo sfruttamento della persona. Mentre la tratta e lo sfruttamento sono strettamente collegati dal fatto che il secondo costituisce il fine della prima, la relazione tra lo *smuggling* e lo sfruttamento è meno forte. Diversamente, lo sfruttamento diventa rilevante quando allo *smuggling* fa seguito il *debt bondage*³⁶².

In molti casi, infatti, lo *smuggling* può condurre al *trafficking*, in presenza di circostanze che facilitino questo processo. La complessità di questa relazione (tra *smuggling* e *trafficking*) è resa evidente in alcune ipotesi: 1) quando i migranti sono oggetto di tratta e sfruttati nel Paese di destinazione, poiché obbligati a ripagare il prezzo del viaggio; 2) quando i migranti sono oggetto di tratta per fini di sfruttamento sessuale, lavoro forzato o traffico di droga durante il transito, spesso da parte di trafficanti che diventano *traffickers* e ciò, in particolare, laddove varie restrizioni abbiano reso più difficile l'attraversamento della frontiera; 3) quando la necessità dei migranti in transito, e in particolare di migranti in difficoltà, li spinga a trovare modi per coprire i loro bisogni di base e finanziare il loro viaggio; ciò, infatti, può renderli vulnerabili alla tratta e allo sfruttamento, in quanto gli stessi possono scegliere volontariamente di lavorare e, solo più tardi, rendersi conto che vengono sfruttati³⁶³.

Un esempio, in tal senso, è rappresentato dalla rotta dei Balcani, dove l'accentuarsi di politiche migratorie restrittive e la mancanza di alternative per spostarsi³⁶⁴, gioca a favore delle organizzazioni criminali che offrono servizi di *smuggling* e che usano questa opportunità per perpetrare la tratta e altre forme di sfruttamento, approfittando della situazione di vulnerabilità dei migranti³⁶⁵.

³⁶² CAMPANA C. e VARESE F., *Exploitation in Human Trafficking and Smuggling*, cit., pp. 89-105.

³⁶³ Cfr. TRIANDAFYLIDOU A. e MAROUKIS T., *Migrant smuggling: Irregular migration from Asia and Africa to Europe*, Palgrave Macmillan, London, 2012.

³⁶⁴ Cfr. BRUNOSKIS A. e SURTEES R., *Vulnerability and exploitation along the Balkans route: Identifying victims of human trafficking in Serbia*, FAFO, Nexus, Atina & CYI, Oslo, 2017, reperibile sul sito: <http://apmigration.ilo.org/resources/vulnerability-and-exploitation-along-the-Balkans-route-identifying-victims-of-human-trafficking-in-serbia>.

³⁶⁵ International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), *Trafficking along Migration Routes to Europe. Bridging the Gap between Migration, Asylum and Anti-Trafficking*, European Union,

Altrettanto paradigmatica è l'attuale realtà del Nord Africa, ove si evince molto bene l'intricata natura delle migrazioni e il progressivo smussamento della distinzione tra *smuggling* e *trafficking*. All'interno di questa regione, i migranti sono trafficati per essere riscattati (*trafficking for ransom*), rapiti, presi come ostaggi e torturati fino a che amici o parenti non pagano il riscatto.

La tratta di persone è stata, in particolare, documentata nel contesto del conflitto armato in Libia³⁶⁶, ove l'assenza di un effettivo governo centrale ha creato una situazione di estrema insicurezza³⁶⁷. I migranti e i rifugiati che attraversano la Libia sono costantemente presi di mira da gruppi armati e criminali che vedono in loro una potenziale fonte di profitto. Diversi gruppi sono coinvolti nella tratta *in e attraverso* la Libia, nel senso che, spesso, le reti criminali transnazionali organizzate hanno base in Libia e nello stesso tempo contatti con intermediari nei Paesi di origine delle vittime; di conseguenza, le potenziali vittime di tratta vengono intercettate all'uscita del proprio Paese di origine, prima ancora di raggiungere la Libia. Quando questi raggiungono il Nord Africa, poi, sono detenuti, venduti o usati per estorcere denaro ai parenti. La *United Nations Support Mission* in Libia riporta l'esistenza di centri, in qualche modo sotto il controllo delle milizie locali, dove migranti e rifugiati sono incarcerati. È documentato come le milizie e i criminali costringano queste persone a forme di lavoro forzato, servitù domestica ovvero schiavitù sessuale. In effetti, il collasso dello Stato e l'inesistenza di un sistema giudiziario realmente operante hanno fatto sì che si imponesse un'economia fondata sulla schiavitù, fatta di sequestri finalizzati a estorsioni, sfruttamento sessuale e lavorativo, rivendita di esseri umani³⁶⁸.

2018, p. 65, reperibile sul sito: https://www.icmpd.org/fileadmin/1_2018/Bridging_the_Gap_between_Migration_Asylum_and_Anti-Trafficking.pdf. Lo studio affronta nello specifico l'incidenza della tratta di esseri umani o i fattori di rischio della stessa all'interno della rotta balcanica e nei paesi di destinazione. In particolare, in questo senso viene evidenziato come la tratta di esseri umani si leghi al fenomeno del traffico di esseri umani, quando la vittima rimane in debito con il trafficante o quando lo stesso chiede più soldi per i propri servizi. Il rapporto fa notare come in Macedonia la stessa presenza di un debito costituisca indice di sfruttamento.

³⁶⁶ La Libia è un paese di transito chiave per i '*smuggled migrants*' dove alcuni sono stati forzati in situazioni di sfruttamento nel loro tentativo di raggiungere le sponde europee Cfr. UNODC, *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*, United Nations, New York, 2018 reperibile sul sito: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glosom/GLOSOM_2018_web_small.pdf.

³⁶⁷ UNODC, *Trafficking in persons in the context of armed conflict 2018*, New York, 2018, p. 23, reperibile al sito http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GloTIP2018_BOOKLET_2_Conflict.pdf.

³⁶⁸ VEGLIO M., *Introduzione*, in VEGLIO M. (a cura di), *L'attualità del male. La Libia dei lager è verità processuale*, Edizioni SEB27, Torino, 2018, p. 13. L'autore riporta come l'85% dei migranti sbarcati in Italia tra il 2014 e il 2017 ha subito atti di tortura in Libia. È del novembre del 2017 il reportage di Nima Elbagir per la CNN che ha svelato l'agghiacciante realtà delle aste di schiavi in

Tutto questo comporta che la maggior parte delle persone che sbarcano sulle coste meridionali dell'Europa e che provengono dalla Libia hanno, di frequente, un trascorso di tratta: sono, cioè, già state vittime di tratta nel Continente o negli Stati di provenienza o di transito e, alle volte, anche 'costrette' alla partenza dalle coste libiche, senza che il loro viaggio verso l'Europa fosse stato preventivato.

Si riportano qui due esempi emblematici offerti da richiedenti la protezione internazionale, in occasione della narrazione del proprio percorso migratorio. Va evidenziato che i luoghi di ascolto di tali storie sono principalmente le Commissioni Territoriali (CT) per il riconoscimento della protezione internazionale e le aule di giustizia, ove, sebbene sempre più raramente, il racconto del viaggio e del transito dalla Libia emerge in tutta la sua efferatezza³⁶⁹.

«Mio fratello ucciso era colui che manteneva la famiglia e lavorava come commerciante anche se aveva pure imparato il mestiere di saldatore e così siamo andati in Mali dove siamo rimasti un mese. Da lì abbiamo sentito che si poteva andare in Libia e così abbiamo fatto. Quando siamo arrivati a Tripoli volevo proteggere mio fratello: lavoravo solo io e gli portavo da mangiare. Quando guadagnavo un po' di più spedivo ciò che potevo a mia madre. Vivevo in un appartamento con tutti migranti, nigeriani, maliani, senegalesi e tutti insieme pagavamo l'affitto. Dopo due anni e due mesi due banditi sono arrivati in casa e hanno portato tutti noi in prigione. E da lì ci hanno spiegato che chi voleva uscire di prigione doveva pagare i parenti per ottenere una sorta di riscatto. Tutte le persone che avevano la possibilità di pagare hanno chiamato i loro parenti e li hanno fatti uscire. Io non avevo questa possibilità e sono rimasto otto mesi in carcere. Io non potevo non chiamare nessuno. Dentro questa prigione non ci davano da mangiare. Questa situazione ci ha portato ad avere delle malattie e mio fratello è morto dentro la prigione. Non potevo fare nulla, perché dentro questa prigione ci picchiavano ogni giorno. Non so che fine abbia fatto il corpo di mio fratello, alla fine forse si sono resi conto che non avevo nessuna possibilità per pagare. Un giorno

Libia, disponibile sul sito: <https://edition.cnn.com/videos/world/2017/11/29/libya-slave-trade-cnntalk-lon-orig-mkd.cnn>.

³⁶⁹ VEGLIO M., *In principio era il corpo*, in VEGLIO M. (a cura di), *L'attualità del male. La Libia dei lager è verità processuale*, cit., p. 69: «Il dialogo con gli stranieri portatori di mondi spesso irriducibili a categorie comuni, è frequentemente pregiudicato da un'impassa linguistica e culturale. Che cos'è la storia di un migrante? A cosa è adatta? Soprattutto, a cosa deve adattarsi? La risposta va cercata in primo luogo nei luoghi dell'ascolto dei richiedenti asilo. Le audizioni dei richiedenti ignorano regolarmente quanto accaduto in Libia, perché frettolosamente giudicato irrilevante ai fini della decisione».

eravamo fuori, la guardia si era allontanata e tante persone sono scappate. Durante la corsa ho visto un posto dove c'erano dei senegalesi e sono entrato lì. Ho parlato con dei senegalesi e mi hanno detto che c'era il rischio che mi riprendessero e mi riportassero in carcere. Eravamo a Sabratha, in una zona dove spingono le persone a imbarcarsi. Ho aspettato là due mesi, ad un certo punto è arrivato un libico con il suo gommone che dava ordini, in mezzo alla confusione sono riuscito ad imbarcarmi sul gommone»

(Audizione del XX.8.2018, CT di Firenze)

«So solo quello che mi è stato raccontato da quest'uomo: durante la guerra in Sierra Leone tutte le famiglie fuggivano ed io sono stato trovato da solo, quindi lui mi ha portato via – da Koidu a Krakuema (entrambe località della Sierra Leone). Mi aveva visto piangere; sua moglie è stata la prima a trovarmi ed a proporre di aiutarmi, cercando i miei genitori. Entrambi erano gambiani, lui lavorava in Sierra Leone vendendo diamanti. Avevo circa 4 anni, era il 1991. Dei miei genitori naturali non so nulla, ed è comunque difficile per me pensarci. Non so se ho sorelle o fratelli. Non sapevo che non fossero i miei genitori (...) facevano tutto per me: abitavamo a Bassé, nel Tumana District (...). Dopo la morte di questo signore, nel 2007, che ho scoperto vedendo che tutti piangevano: aveva fatto un incidente. Abitavo insieme a suo figlio. Poi ho avuto problemi in famiglia e la cicatrice che ho sull'occhio sinistro ne è la prova: mi hanno mandato via da casa, era quasi la fine del 2007. La signora era già morta di malattia. L'uomo era ricco, aveva delle macchine – lavorava come agricoltore: un giorno ne ha usata una, quando sono tornato ho iniziato a litigare con gli altri suoi figli, i quali dicevano che non avrei potuto prendere quella macchina. ... mi hanno bastonato sulla testa, poi è venuto un medico a curarmi. Da quel momento mi hanno detto che non potevo restare ... Pertanto, sono tornato in Sierra Leone a Kono nel 2008... Sono partito da Kono District il 5 settembre 2012 raggiungendo Free Town, da lì sono arrivato a Pamalap in Guinea, Guinea-Conakry, Kanga, Mali (Koromali), Burkina Faso, Niger, Libia dove sono arrivato il 15 settembre 2012. Sono andato in Libia perché ho saputo che lì avrei potuto ricevere aiuto... Quando sono arrivato in Libia avevo un po' di soldi con i quali all'inizio mi sono mantenuto, ma non era un Paese tranquillo, c'era la guerra. Dopo tre mesi i soldi sono finiti quindi ho cercato un lavoro, vivevo a Tripoli. Mentre cercavo lavoro sono stato fermato dalla polizia: poiché non avevo documenti mi hanno portato in prigione, non ricordo quale fosse il nome perché era scritto in arabo... sono stato detenuto per sette mesi. Ci davano pochissimo cibo. Eravamo in

sei, una notte la polizia ci ha fatto imbarcare. Non ho pagato nulla, del resto non avevo soldi – anche il giorno che mi hanno arrestato avevo solo venti dinari».

(Audizione del XX.12.2013, CT di Torino – Sezione distaccata di Bologna)

Queste narrazioni mostrano il labile confine tra *smuggling* e *trafficking* e la complessità di una loro netta distinzione. La situazione è ulteriormente resa complessa dai casi in cui al momento della partenza viene contratto un debito, il cui riscatto sarà determinato dallo sfruttamento nel Paese di destinazione.

Nonostante ciò, vi è ancora, comunque, chi depone per l'utilità di una tale distinzione: Campana e Varese sostengono, ad esempio, che solo se i due concetti sono considerati distinti si può parlare di una transizione dall'uno all'altro e, dunque, spiegare come un'operazione partita come *smuggling* possa trasformarsi in una di *trafficking*³⁷⁰.

Tale affermazione, a parere di chi scrive, può valere ai fini di un'analisi sociologica dei fenomeni, ma non per l'accertamento giudiziale degli stessi. In quest'ultimo ambito, diventa fondamentale verificare se l'elemento dello *sfruttamento* c'è stato, a prescindere dalle modalità con cui questo si è realizzato rispetto al *movimento*.

Se la tratta si radica sullo sfruttamento – come afferma l'UNODC³⁷¹ – allora diventa essenziale accertarne l'esistenza anche quando si realizza esclusivamente nel Paese di destinazione e a prescindere da un collegamento diretto con lo spostamento. Semmai, la presenza di un precedente percorso di *smuggling* potrebbe venire in rilievo nell'ottica di accertare quell'effetto di *displacement*, di cui si è detto in apertura al presente capitolo, e da cui origina la posizione di vulnerabilità.

È chiaro che, così argomentando, l'effetto di *displacement* possa considerarsi come una componente ineliminabile ad ogni migrazione, più o meno forzata. Tuttavia, come si dirà nei prossimi capitoli, la distinzione tra tratta e sfruttamento *tout court* costituisce oggi una delle principali sfide dell'interprete, soprattutto italiano, a seguito dell'introduzione del reato di sfruttamento lavorativo³⁷².

³⁷⁰ CAMPANA C. e VARESE F., *Exploitation in Human Trafficking and Smuggling*, cit., pp. 89-105.

³⁷¹ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2018*, cit., p. 13.

³⁷² Legge 29 ottobre 2016, n. 199 Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo (GU Serie Generale n.257 del 03-11-2016).

CAPITOLO III

La tratta di esseri umani in Italia: tra *smuggling* e schiavitù

1. I movimenti in Europa

A partire dagli anni Ottanta, in Europa si assiste ad un progressivo mutamento dell'atteggiamento nei confronti degli spostamenti verso e al di fuori di essa. Il periodo è quello prossimo e successivo alla caduta del muro di Berlino, simbolo della crisi delle tradizionali frontiere erette, fisicamente ed ideologicamente, a partire dal secondo dopo guerra. La disgregazione dei blocchi politici contrapposti d'Europa segna, in effetti, l'inizio di un significativo incremento delle migrazioni provenienti da Paesi terzi³⁷³.

Con l'adozione dell'Accordo di Schengen in data 14 giugno 1985³⁷⁴, parallelamente all'apertura delle frontiere interne tra alcuni Stati europei e successivamente tra quelle interne alla Comunità europea³⁷⁵, si innalzarono quelle con gli Stati terzi. Proprio la 'fortezza' in cui si rinchiude l'Europa con l'adozione di tale accordo caratterizzerà le politiche migratorie di tutti gli Stati membri³⁷⁶.

Dell'influenza di questo clima ha risentito, inevitabilmente, anche l'Italia, considerata la sua tempestiva decisione di aderire alla Convenzione di Schengen. In effetti, proprio da tale contesto politico presero le mosse i successivi tentativi del nostro Paese di regolare i flussi migratori.

Ancor prima della formale adozione della Convenzione di Palermo delle Nazioni Unite, in Europa si sentì l'esigenza di distinguere le migrazioni volontarie da quelle

³⁷³ Si veda: DAVID F. e GALLAGHER A., *The international Law of migrant smuggling*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.

³⁷⁴ Successivamente all'Accordo venne siglata la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen nel 19 giugno 1990, che ebbe come primi firmatari i tre Stati del Benelux, la Germania e la Francia. Alla convenzione hanno aderito, poco dopo, diversi Stati membri dell'Unione europea: Italia (1990), Spagna e Portogallo (1991), Grecia (1992), Austria (1995), Danimarca, Finlandia e Svezia (1996).

³⁷⁵ Il Trattato di Amsterdam, entrato in vigore il 1° maggio 1999, ha incorporato il sistema Schengen nell'ambito dell'Unione europea; con la decisione 1999/435/CE del Consiglio dell'Unione europea del 20 maggio 1999 è stato adottato quindi l'elenco degli elementi che compongono l'*acquis* di Schengen.

³⁷⁶ Sul tema: GUILD E. e VAN SELM J. (a cura di), *International migration and security: opportunity and challenges*, Taylor & Francis Ltd, London, 2005.

forzate, deputando loro discipline differenti. L'attuale contesto di c.d. *mixed flows*, come si è visto in conclusione al precedente paragrafo, dimostra che sempre più frequentemente fare questa distinzione nella pratica diventi molto difficile. Al di là delle distinzioni normative, *trafficking* e *smuggling* non sono due fenomeni rigorosamente diversi, ma manifestazioni diverse di uno stesso fenomeno, che per lo più si intersecano sino a diventare difficilmente distinguibili³⁷⁷: episodi di traffico si trasformano *in itinere* in casi di tratta. Accade, spesso, che il migrante inizi il viaggio all'interno di un'operazione di *smuggling*, ma una volta arrivato nel Paese straniero rischi di diventare vittima di forme di sfruttamento personale fino alla schiavitù. La complessità della distinzione sta anche nel fatto, come si è detto, che le condizioni sociali e personali da cui il migrante si vuole allontanare rappresentano la spinta a partire, rendendo estremamente arduo distinguere i casi in cui vi è *consenso* da quelli in cui vi è un *abuso della posizione di vulnerabilità*.

A ciò va aggiunto che nell'attuale contesto della globalizzazione, il mercato del lavoro appare segnato da modalità inedite e differenziate di sfruttamento della manodopera, facilitate anche da politiche economiche e dell'immigrazione che, aprendo alla possibilità di selezione e ricambio della forza lavoro senza precedenti, hanno compresso i diritti di tutti i lavoratori e penalizzato gravemente quelli in condizioni di maggior debolezza, quali sono sovente i lavoratori migranti³⁷⁸.

Nel comprendere, tuttavia, quali siano attualmente le modalità con cui l'interprete deve rapportarsi alle complessità dei fenomeni di sfruttamento, sarà opportuno ripercorrere mediante un *excursus* cronologico le tappe che hanno condotto in Italia alla repressione dei reati di *smuggling* e *trafficking*.

1.2. La tratta di esseri umani in Italia: tra *smuggling* e schiavitù. Premessa.

La disciplina della tratta di esseri umani, nel contesto italiano, ha vissuto un'evoluzione molto più lenta di quanto non è accaduto a livello internazionale. Per svariati anni, anche dopo l'adozione del Protocollo di Palermo, l'ordinamento italiano

³⁷⁷ Cfr. MILITELLO V., *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, 1, pp. 86 e ss.

³⁷⁸ Cfr. MEZZADRA S. e NEILSON B., *Border as Method, or, the Multiplication of Labour*, Duke University Press, Durham, 2013.

ha continuato a mantenere una fattispecie di tratta (art. 601 c.p.) totalmente schiacciata sulla schiavitù (art. 600 c.p.). Solo con l'attuazione della direttiva 2011/36/UE, avvenuta con d.lgs. 24/2014³⁷⁹, l'art. 601 c.p. si è allineato alla definizione generalmente accolta a livello internazionale, e ciò è avvenuto nonostante fosse già stato modificato nel 2003³⁸⁰.

Come si vedrà, il ritardo nelle modifiche al reato di tratta e la difficile applicazione del reato di schiavitù, costruito per mezzo di una definizione estremamente problematica, sono circostanze che, almeno fino all'entrata in vigore del nuovo art. 603-bis c.p. che ha introdotto una normativa *ad hoc*³⁸¹, hanno reso controversa la punibilità dello sfruttamento in Italia.

Ai nostri fini, tali premesse appaiono essenziali all'analisi del reato di sfruttamento lavorativo che verrà sviluppata nel prossimo capitolo.

Lo sfruttamento lavorativo è stato, infatti, per molti anni per lo più ricondotto a svariate fattispecie penali spesso inadeguate a cogliere le sfumature del fenomeno, alcune delle quali – come si vedrà – strettamente legate al tema dell'immigrazione, quasi a voler ammettere che i principali protagonisti dello sfruttamento lavorativo in Italia sono proprio gli stranieri. In questo senso, l'incriminazione del favoreggiamento dell'immigrazione irregolare (*rectius smuggling*) ha costituito l'occasione per incriminare anche lo sfruttamento ad essa, direttamente o indirettamente, collegato. Questo utilizzo confuso delle fattispecie penali da parte della giurisprudenza ha portato non solo ad oscurare il bene giuridico sotteso al reato di sfruttamento lavorativo, ma anche a distorcere la portata applicativa di reati posti a presidio di altri beni giuridici.

³⁷⁹ Decreto Legislativo 4 marzo 2014, n. 24 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 (GU Serie Generale n.60 del 13-03-2014).

³⁸⁰ Legge 11 agosto 2003, n. 228 Misure contro la tratta di persone (GU Serie Generale n.195 del 23-08-2003).

³⁸¹ Legge 29 ottobre 2016, n. 199.

2. I primi passi verso la repressione dello *smuggling* nella normativa italiana sull'immigrazione

La progressiva trasformazione che, a partire dagli anni Ottanta, iniziò ad interessare l'Italia, mutandola da paese di emigrazione a paese di immigrazione, rese necessario un approccio diverso da quello del T.U.L.P.S.³⁸² che mirava a garantire un generale controllo sugli ingressi. Quest'ultima normativa prevedeva, in effetti, all'art. 142, l'obbligo per lo straniero di presentazione all'autorità di pubblica sicurezza per effettuare la dichiarazione di soggiorno, entro tre giorni dall'ingresso.

Il primo intervento legislativo – la legge 30 dicembre 1986 n. 943 – recante «*norme in materia di collocamento e di trattamento dei lavoratori extracomunitari immigrati e contro le immigrazioni clandestine*» – introdusse una fattispecie incriminatrice volta a punire chiunque compiesse

«in violazione della presente legge, attività di intermediazione di movimenti illeciti o comunque clandestini di lavoratori migranti ai fini dell'occupazione in provenienza, o a destinazione del proprio territorio o in transito attraverso lo stesso»; con la stessa pena la disposizione puniva anche l'impiego di lavoratori immigrati extracomunitari «*in condizioni illegali al fine di favorirne lo sfruttamento*» (art. 12).

L'esigenza di un simile intervento normativo era quella di dare attuazione alla Convenzione OIL n. 143 del 24 giugno 1975³⁸³.

Questa norma conferma come, in questo periodo, non vi fosse una chiara distinzione tra *smuggling* e *trafficking*, cristallizzata con la Convenzione di Palermo solo nel 2000.

L'interesse suscitato da tale fattispecie si rinvenne, in particolare, nella sua capacità di mettere in luce un intrinseco legame tra l'immigrazione (in questo caso irregolare) e lo sfruttamento lavorativo dei migranti, che già a quel tempo stava assumendo una certa rilevanza, sia in Europa che in Italia. La normativa rifletteva, invero, un dato evidente all'epoca della sua emanazione, ossia che il fenomeno dello sfruttamento

³⁸² Regio Decreto 18 giugno 1931, n. 773 Approvazione del Testo Unico delle Leggi di Pubblica Sicurezza (GU n. 146 del 26/06/1931).

³⁸³ CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 47.

lavorativo riguardasse soprattutto gli stranieri irregolari e che tale sfruttamento fosse il risultato ovvero l'effetto dello spostamento attraverso i confini nazionali.

L'intento legislativo, tuttavia, sembra suggerire che il bene giuridico sotteso alla norma penale fosse non tanto quello di proteggere la dignità dei migranti/lavoratori sfruttati, quanto quello di scoraggiare – mediante un generico interesse al controllo delle frontiere – l'immigrazione irregolare e sanzionare l'impiego di manodopera non in regola con le norme sul soggiorno da parte dei datori dei lavori. In questo senso, la norma sembra anticipare l'art. 22 del Testo Unico Immigrazione (T.U.I.) modificato nel 2012 per effetto del recepimento della direttiva 2009/52/CE.

2.1. Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e il suo rapporto con la condotta di *smuggling* del Protocollo di Palermo

L'art. 12 della legge n. 943/1986 anticipò nell'ordinamento italiano quella che solo qualche anno dopo divenne la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.

In effetti, con il D.l. 30 dicembre 1989, n. 416, convertito in l. 28.2.1990 n. 39 (c.d. Legge Martelli), – la quale per la prima volta prevede un impianto di norme penali tese a sanzionare le condotte di favoreggiamento delle migrazioni – venne introdotto all'art. 3, comma 8, il reato volto a punire con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a due milioni di lire

«chiunque compie attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello stato in violazione delle disposizioni del presente decreto».

Furono, poi, previste due circostanze aggravanti ad effetto speciale riguardanti il dolo specifico di lucro e il numero di concorrenti che sancivano un notevole innalzamento della pena.

Con il reato di favoreggiamento dell'ingresso illegale venne, dunque, sanzionata penalmente qualsiasi condotta agevolatrice, o meglio, diretta all'agevolazione di un fatto in sé penalmente irrilevante poiché l'ingresso *contra ius* rivestiva natura giuridica di mero illecito amministrativo³⁸⁴.

³⁸⁴ Ivi, p. 48.

La dottrina rilevò immediatamente l'ampiezza della sfera incriminatrice e le tensioni sul piano del rispetto del principio costituzionale di determinatezza della fattispecie³⁸⁵. Il primo vero tentativo di disciplinare i flussi migratori illegali fu costituito, però, dalla legge 6 marzo 1998 n. 40³⁸⁶ (c.d. Legge Turco-Napolitano), le cui disposizioni sono poi confluite nel vigente d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286.

Come chiarito dalla relazione di presentazione del disegno di legge alla Camera dei deputati, l'obiettivo di riforma, tra gli altri, era quello di tener fede agli impegni assunti per la partecipazione dell'Italia a Schengen e potenziare l'azione di contrasto delle immigrazioni clandestine anche attraverso norme sanzionatorie più severe e articolate sul piano penale e amministrativo³⁸⁷.

In effetti, la legge n. 40 del 1998, all'art. 3, comma 2, faceva riferimento agli obblighi internazionali del nostro paese ed, in particolare, a quelli derivanti dall'adozione della Convenzione di Schengen del 19 giugno 1990 di applicazione dell'Accordo del 14 giugno 1985 relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni, il quale non consente l'attraversamento delle frontiere esterne, comuni ai Paesi contraenti, e pertanto l'ingresso e il soggiorno, se non in presenza di determinate condizioni³⁸⁸.

³⁸⁵ MENEGHELLO M. e RIONDATO S., *Sub artt. 2,3,4. Profili penalistici*, in NASCIMBENE B. (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero*, Cedam, Padova, 1997, p. 237.

³⁸⁶ A tal proposito la relazione di presentazione alla Camera dei Deputati del disegno di legge n. 3240, avvenuta il 19 febbraio 1997, afferma innanzitutto che: «Essenziale è innanzitutto mostrare consapevolezza della necessità di un atteggiamento positivo, realistico, aperto verso l'immigrazione – alieno da velleità di chiusura e da complessi di timore e di rifiuto. Si tratta di comprendere fino in fondo come la spinta migratoria verso l'Italia e verso gli altri Paesi più sviluppati dell'Europa occidentale rispecchi una realtà mondiale segnata da profondi squilibri di crescita e di benessere, in particolare nel bacino del Mediterraneo. Tali squilibri non possono certo essere affrontati soltanto attraverso l'assorbimento e inserimento, nei Paesi più progrediti, di extracomunitari in cerca di lavoro, ma esigono politiche complesse e lungimiranti di cooperazione, capaci di ridurre disuguaglianze e di accrescere chances di partecipazione, anche per le aree più popolose e arretrate, a un processo di globalizzazione e sviluppo dell'economia mondiale. Ma anche se oggi l'intero Occidente non può assorbire annualmente che una modesta quota dell'eccedenza demografica dei Paesi meno sviluppati, è importante aprirsi a un flusso migratorio il più possibile programmato e regolato».

³⁸⁷ Si veda in proposito: NASCIMBENE B., *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione sulla condizione dello straniero. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 1998, 4, pp. 421 e ss.

³⁸⁸ Art. 27, Convenzione di Schengen: «Le Parti contraenti si impegnano a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione della legislazione di detta Parte contraente relativa all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri». Cfr. sul punto: VENTRELLA e Mc CREIGHT M., *Crimes of assisting illegal immigration and trafficking in human beings in Italian law: illegal immigration between administrative infringement and criminal offence*, in GUILD E. e MINDERHOUD P. (a cura di), *Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006, pp. 141 e ss.

Come è noto, l'Italia ha aderito alla Convenzione di Schengen nel 1990 e l'ha ratificata con legge n. 388/1993, dunque, diversi anni prima dell'adozione della legge n. 40/1998, successivamente trasfusa nel Testo Unico Immigrazione (d.lgs. 2816/1998).

Come di lì a poco sarà rilevato dalla Corte di Cassazione,

«la legge 40/1998 aveva ulteriormente marcato alcuni caratteri peculiari rilevabili già nella legge 943/86, sicché le finalità di ordine pubblico, di sicurezza e di razionalizzazione, di controllo e di regolamentazione della presenza e dell'attività dei cosiddetti extracomunitari, venivano filtrate attraverso i principi di pari opportunità e trattamento, di regolazione del mercato del lavoro al di fuori degli schemi della pubblica sicurezza, di generale impegno degli stati aderenti alle convenzioni internazionali e comunitarie di cui è attuazione per combattere le migrazioni clandestine, l'occupazione illegale ed i responsabili dei traffici illegali mediante la predisposizione di misure di politica attiva ed attraverso strumenti sanzionatori di vario tipo»³⁸⁹.

Al momento dell'approvazione del Testo Unico Immigrazione, l'art. 12 descriveva la condotta di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare negli stessi termini della precedente Legge Martelli:

«Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico è punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino a lire trenta milioni»³⁹⁰.

Al comma terzo dell'art. 12, venivano, inoltre, aggiunti due gruppi di circostanze aggravanti oltre a quelle già previste all'art. 3 della Legge Martelli: quelle del primo gruppo, che si riferivano al numero degli stranieri agevolati nell'ingresso e alle modalità delle condotte di favoreggiamento, indicative di una maggiore pericolosità

³⁸⁹ Cass. pen., sentenza 28.11.2002-23.1.2003, n. 3162

³⁹⁰ La norma riproduce quanto era previsto dall'art. 3, comma 8, della le. 39/1990: «Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque compie attività dirette a favorire l'ingresso degli stranieri nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente decreto punito con la reclusione fino a due anni o con la multa fino a lire due milioni. Se il fatto commesso a fine di lucro, ovvero da tre o più persone in concorso tra loro, la pena della reclusione da due a sei anni e della multa da lire dieci milioni a lire cinquanta milioni».

degli agenti; quelle del secondo gruppo integrate «*se il fatto (...) riguarda l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento*» e da un'ipotesi di dolo specifico riguardante la destinazione dei migranti alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione.

Emerge chiaramente dalla fattispecie di cui al primo comma che il fatto era punito anche nel caso in cui l'ingresso illegale non si fosse verificato³⁹¹: in effetti, già sotto la vigenza della Legge Martelli era stato notato che la norma, essendo incentrata sul riferimento letterale alla direzione dell'atto, pareva prescindere dalla valutazione in concreto dell'idoneità agevolatrice, richiedendo solo la direzione soggettiva dell'atto ovvero, ammettendo il requisito dell'idoneità concreta, collocandosi sul piano del pericolo del bene tutelato³⁹². Secondo gli stessi commentatori, il reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare, mediante una formulazione che combina elementi del reato a consumazione anticipata con quelli del reato di agevolazione, sembrava reprimere meri atti preparatori di un concorso in un illecito non penale³⁹³.

È evidente, dunque, che il legislatore intendeva garantire una tutela rafforzata all'interesse dello Stato a regolare liberamente gli accessi sul proprio territorio da parte di cittadini extracomunitari, anticipando la punibilità alla soglia del pericolo³⁹⁴. Affiancando al delitto di favoreggiamento dell'ingresso *contra ius* la nuova figura di reato di favoreggiamento della permanenza illegale (art. 12, comma 5, T.U.I.)³⁹⁵, il Testo Unico abrogò espressamente sia la fattispecie delittuosa di cui all'art. 12 della legge n. 943/1986 sia l'art. 3 della legge Martelli.

³⁹¹ Cass. pen., sentenza 9.6.2000, n. 1744, CED 216423.

³⁹² MENEGHELLO M. e RIONDATO S., *Sub artt. 2,3,4. Profili penalistici*, cit., pp. 237 e ss.

³⁹³ Nonostante la giurisprudenza da tempo richieda anche per i delitti di attentato i requisiti della idoneità e direzione non equivoca degli atti, che andrebbero pertanto accertati anche nei casi di cui all'art. 12 T.U.I., la giurisprudenza di legittimità sembra richiedere qualcosa di meno. In effetti, Cass. 19.5.2005 (in *Guida al diritto*, 2005, 43, p. 93) laddove afferma che la fattispecie di favoreggiamento è già integrata dall'accordo diretto al reclutamento degli stranieri da far entrare in Italia, estende la condotta ad un fatto che di per sé non presenta quei caratteri di idoneità e univocità necessari per attingere la soglia di rilevanza penale.

³⁹⁴ URBAN F., *La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale ed internazionale anti-smuggling e anti-trafficking*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo trimestrale*, 2018, 1, p. 130.

³⁹⁵ Si noti che la formulazione della condotta di cui all'art. 12, comma 5, T.U.I. a partire dall'approvazione del Testo Unico non è mai stata modificata: «*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*».

Come è stato rilevato, la disposizione si connotò per le medesime ambiguità dell'illecito di agevolazione dell'ingresso e, dunque, per l'incidenza della condotta criminosa su di un fatto penalmente non rilevante³⁹⁶.

Tuttavia, come si vedrà, nonostante questa similitudine, tra le due ipotesi esiste un'importante differenza, relativa all'elemento soggettivo richiesto ai fini della loro configurabilità. Mentre, infatti, per il delitto di favoreggiamento dell'ingresso clandestino sono sufficienti la consapevolezza e la volontà di compiere attività dirette a trasgredire le norme del T.U.I., il reato di favoreggiamento della permanenza illegale prevede come elemento essenziale della fattispecie il «*fine di trarre un ingiusto profitto dalla condizione di illegalità dello straniero*». Il fine dell'ingiusto profitto, su cui ci si concentrerà nelle prossime pagine, rileva sotto il profilo dell'elemento soggettivo ed è configurato in termini di dolo specifico. Al momento è sufficiente rilevare che la norma pone una correlazione tra l'ingiustizia del profitto e la condizione di illegalità dello straniero, ma che tale correlazione, attenendo al dolo specifico, si sviluppa su un piano tutto soggettivo, relativo alle finalità dell'agente. Lo 'sfruttamento' dello straniero non riguarda, dunque, una componente oggettiva del fatto tipico, ma la proiezione teleologica dell'agente³⁹⁷.

In ordine alla tipologia di reato, ci si è chiesti se la fattispecie di cui al comma 5, al pari di quella di cui al comma 1, possa essere considerata quale reato di pura condotta, a dispetto della terminologia utilizzata. La giurisprudenza, sul punto, ha confermato la natura di reato di pura condotta, nel senso che assumono rilevanza penale tutte le attività che si pongono in direzione della permanenza, senza che questo aspetto assurga ad elemento costitutivo di fattispecie³⁹⁸. Vi è chi ha rilevato che la tesi che individua nel delitto in esame un reato di mera condotta svaluterebbe la lettura della disposizione che esige un risultato, ossia un evento, quale effettivo contributo agevolatore dell'agente alla permanenza dello straniero³⁹⁹. Tale interpretazione sarebbe, peraltro, più conforme ad una lettura costituzionalmente orientata dalla norma rispetto al principio di offensività: ciò consentirebbe di ridurre i rischi connessi

³⁹⁶ Sul punto e per approfondimenti si veda: LANZA E., *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, ottobre 2001, reperibile sul sito: <https://www.diritto.it/articoli/penale/lanza.html>.

³⁹⁷ CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit, p. 98.

³⁹⁸ Trib. Monza, sentenza 6-13.12.1999, in *Diritto immigrazione e cittadinanza* 2000, 3, pp. 156-157.

³⁹⁹ Cfr. CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit, p. 94.

all'indubbia vaghezza con cui è stato formulato il precetto, evitando di anticipare eccessivamente la soglia della punibilità⁴⁰⁰.

Con l'entrata in vigore del Testo Unico si posero fin da subito problemi di coordinamento con le norme previgenti, in particolare, con l'art. 12 della legge n. 943/1986 riguardante l'impiego di lavoratori migranti extracomunitari in condizioni illegali al fine di favorirne lo sfruttamento e il delitto di favoreggiamento della permanenza illegale *ex art. 12, comma 5, del T.U.I.* All'orientamento inizialmente favorevole alla tesi della mera successioni di leggi nel tempo è, poi, subentrata nella giurisprudenza della Corte di Cassazione la ricostruzione in termini di *abolitio criminis* a motivo del fatto che diversa è da ritenersi la finalità della nuova norma incriminatrice funzionale a regolamentare i flussi di immigrazione nel territorio italiano, laddove la disposizione abrogata aveva essenzialmente lo scopo di tutelare le condizioni dello straniero lavoratore⁴⁰¹.

L'introduzione della fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare nell'ordinamento italiano avvenne, dunque, ben due anni prima rispetto alla formale adozione del Protocollo sullo *smuggling* nell'ambito della Convenzione di Palermo che, come si è visto, ha imposto agli Stati parte di punire il traffico di migranti⁴⁰².

Un attento esame della fattispecie interna, tuttavia, mostra come la definizione del reato non fosse (e tuttora non sia) esattamente corrispondente a quella contenuta nel Protocollo (neanche dopo le modifiche del 2002⁴⁰³ e del 2009⁴⁰⁴).

Chi ha analizzato il processo di criminalizzazione intrapreso dagli Stati parte della Convenzione di Palermo ha, in effetti, rilevato come questo abbia avuto sviluppi e risultati diversi nei vari ordinamenti nazionali⁴⁰⁵.

Mentre in Sud America gli Stati hanno introdotto il reato di traffico di migranti descrivendolo in termini quasi identici a quelli usati nel Protocollo sullo *smuggling*, la maggioranza degli Stati dell'Unione europea ha previsto e introdotto nei rispettivi ordinamenti giuridici solo un reato di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare.

⁴⁰⁰ Ivi, p. 96.

⁴⁰¹ Cass. pen., sentenza 20.11.2001 – 16.2.2002 n. 6487, in *Cass. pen.*, 2002, n. 1329; Cfr. altresì: CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit., p. 53.

⁴⁰² Secondo l'art. 3 del Protocollo sullo *smuggling*, il «traffico di migranti» indica il procurare, al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale, l'ingresso illegale di una persona in uno Stato Parte di cui la persona non è cittadina o residente permanente.

⁴⁰³ Legge 30 giugno 2002, n. 189 (c.d. Legge Bossi-Fini).

⁴⁰⁴ Decreto Legge 15 luglio 2009, n. 94 (c.d. Pacchetto sicurezza).

⁴⁰⁵ VEAS ESCOBAR J., *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo trimestrale*, 2018, 1, p. 112.

Secondo la ricostruzione offerta da tale autore, la fattispecie di favoreggiamento, tuttavia, non può dirsi coincidente con lo specifico reato di traffico di migranti (*smuggling*).

Il caso paradigmatico di tale imprecisa sovrapposizione sarebbe proprio l'Italia, in quanto questo Paese avrebbe previsto l'elemento del profitto non come elemento costitutivo della fattispecie, ma come circostanza aggravante⁴⁰⁶.

Come si è visto nel primo capitolo, l'art. 3 del Protocollo sullo *smuggling* richiede che l'autore del reato ponga in essere la condotta «*al fine di ricavare, direttamente o indirettamente, un vantaggio finanziario o materiale*». Questo requisito aveva lo scopo – secondo le intenzioni degli estensori del Protocollo – di non sanzionare la condotta di familiari, affiliati ad organizzazioni non governative, gruppi religiosi, o di altre persone che per ragioni non lucrative aiutassero il migrante ad entrare nello Stato di destinazione⁴⁰⁷.

Si tratta di una definizione, dunque, non sovrapponibile a quella contemplata nella fattispecie semplice, non aggravata, di cui al primo comma dell'art. 12 T.U.I.

Occorre considerare che, già prima del 2000, la legislazione europea aveva adottato un modello simile a quello contenuto nel Protocollo della Convenzione di Palermo. L'art. 27 della Convenzione di Schengen, infatti, aveva introdotto un obbligo di criminalizzazione del delitto di traffico di migranti esprimendosi negli stessi termini di cui al successivo Protocollo di Palermo sullo *smuggling*⁴⁰⁸, ossia richiedendo lo scopo di lucro tra gli elementi della condotta da criminalizzare.

Come si è visto, però, l'Italia, nel 1990, quando introduce la fattispecie di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina non inserisce il fine del profitto.

L'approccio italiano, a dire il vero, sebbene si discosti da quanto richiesto dalla Convenzione di Schengen, ha successivamente influenzato l'evoluzione del panorama normativo a livello unionale.

⁴⁰⁶ Art. 12, comma 3, T.U.I.

⁴⁰⁷ GALLAGHER A., *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis*, cit., p. 996 e UNODC, *Travaux Préparatoires of the Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*, cit., parr. 88 e 92.

⁴⁰⁸ Art. 27, par. 1, Convenzione di applicazione dell'accordo di Schengen del 14 giugno 1985 tra i governi degli Stati dell'Unione economica Benelux, della Repubblica federale di Germania e della Repubblica francese relativo all'eliminazione graduale dei controlli alle frontiere comuni: «*Le Parti contraentes se impegnano a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione della legislazione di detta Parte contraente relativa all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri*».

Qualche anno dopo l'adozione della Convenzione di Palermo, furono promulgate la Decisione quadro 2002/946/GAI⁴⁰⁹ e la Direttiva 2002/90/CE⁴¹⁰, che insieme costituiscono il c.d. *Facilitators Package*, ossia il quadro delle disposizioni in tema di favoreggiamento dell'immigrazione irregolare. Qui, in linea con le previsioni dell'ordinamento italiano, si impone agli Stati di adottare sanzioni nei confronti del facilitatore anche se la condotta non è compiuta a scopo di lucro; tale ultima finalità è, infatti, prevista come mera circostanza aggravante e non rientra tra gli elementi costitutivi della fattispecie⁴¹¹. A parziale temperamento di tale rigore, la direttiva precisa che gli Stati possano non adottare sanzioni nei confronti della condotta compiuta senza scopo di lucro, se posta in essere per ragioni umanitarie⁴¹².

La normativa italiana sembra, pertanto, aver fatto da traino alla legislazione europea sotto questo profilo; in effetti, le successive modifiche all'art. 12 T.U.I. non mutarono l'impianto originario della norma.

La legge n. 189/2002 (c.d. Legge Bossi-Fini), sostituendo l'espressione «attività dirette a favorire l'ingresso» con quella «atti diretti a procurare l'ingresso»⁴¹³, sembra esprimere, tuttavia, il tentativo di rendere il sistema nazionale più possibile conforme agli strumenti internazionali e in particolare al Protocollo di Palermo sullo *smuggling*⁴¹⁴.

La legge Bossi-Fini ha, inoltre, trasformato alcune circostanze aggravanti in autonome fattispecie di reato: in particolare, il comma terzo prevede che il delitto di

⁴⁰⁹ Decisione quadro del Consiglio del 28 novembre 2002 relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali in GUCE L 328 del 5.12.2002.

⁴¹⁰ Direttiva 2002/90/CE del Consiglio del 28 novembre 2002 volta a definire il favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali in GUCE L 328/17 del 5.12.2002.

⁴¹¹ Ivi, art. 1, par. 1: «Ciascuno Stato membro adotta sanzioni appropriate: a) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti una persona che non sia cittadino di uno Stato membro ad entrare o a transitare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa all'ingresso o al transito degli stranieri; b) nei confronti di chiunque intenzionalmente aiuti, a scopo di lucro, una persona che non sia cittadino di uno Stato membro a soggiornare nel territorio di uno Stato membro in violazione della legislazione di detto Stato relativa al soggiorno degli stranieri».

⁴¹² Ivi, art. 1, par. 2: «Ciascuno Stato membro può decidere di non adottare sanzioni riguardo ai comportamenti di cui al paragrafo 1, lettera a), applicando la legislazione e la prassi nazionali nei casi in cui essi abbiano lo scopo di prestare assistenza umanitaria alla persona interessata».

⁴¹³ Sul punto si veda: CERASE M., *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini" – Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 11, p. 1347. L'autore ritiene che l'avvento della legge n. 189/2002 abbia determinato una successione di leggi *ex art. 2, co. 3, c.p.* e non un fenomeno di *abolitio criminis*; tuttavia, la nuova formulazione esprimerebbe una più rilevante dimensione lesiva del fatto materiale, in quanto richiede che la condotta dell'agente integri una concreta agevolazione dell'ingresso *contra ius*.

⁴¹⁴ CASADONTE A., *Profili penalistici*, in NASCIMBENE B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004, p. 656.

favoreggiamento dell'immigrazione clandestina sia punito con una più grave sanzione qualora la condotta tipica sia connotata da dolo specifico di trarre profitto anche indiretto⁴¹⁵. Alcuni hanno notato come il riferimento al profitto indiretto abbia comportato un notevole ampliamento della finalità perseguita⁴¹⁶.

La riforma del 2002 ha, altresì, comportato numerose modifiche anche all'impianto delle circostanze aggravanti dell'art. 12, prevedendo due tipi di aggravamento sanzionatorio ricollegati, in un caso, ad alcune circostanze aggravanti ad effetto comune (comma 3-*bis*) e, nell'altro, ad una serie di circostanze aggravanti ad effetto speciale (comma 3-*ter*).

Le prime si applicano sia alla condotta di favoreggiamento dell'immigrazione e dell'emigrazione clandestina che a quella, rimasta immutata e disciplinata nel comma 5 dell'art. 12 T.U.I, di favoreggiamento della permanenza. Si riferiscono al numero di stranieri favoriti, cinque o più, ovvero all'esposizione degli stessi al pericolo di vita o comunque a pericolo per la loro incolumità, così come alla loro eventuale sottoposizione a trattamenti inumani o degradanti.

La seconda serie di circostanze si riferisce, invece, esclusivamente ai fatti, già aggravati rispetto alla fattispecie base, contemplati al comma 3 dell'art. 12 TUI, mentre nella disciplina precedente tali circostanze si riferivano al fatto di cui al comma 1 dell'art. 12: esse attengono, da un canto, al profilo soggettivo costituito dal fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale e, dall'altro, all'elemento misto, oggettivo-soggettivo, dato dalla qualità di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento delle persone di cui si procura l'ingresso.

Si noti che, mentre la finalità di lucro costituisce un elemento essenziale nella fattispecie di favoreggiamento della permanenza illegale, non lo è in quella di ingresso. Come si è detto, in aderenza alla normativa internazionale rilevante, tale elemento dovrebbe essere necessario anche in quest'ultima condotta. Tuttavia, vi è

⁴¹⁵ Art. 12, comma 3, D.lgs. 286/1998 (nella formulazione introdotta dalla legge n. 189/2002): «*Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, al fine di trarre profitto anche indiretto, compie atti diretti a procurare l'ingresso di taluno nel territorio dello Stato in violazione delle disposizioni del presente testo unico, ovvero a procurare l'ingresso illegale in altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona. La stessa pena si applica quando 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.*»

⁴¹⁶ SAITO V., *I riflessi della legge 30.7.2002 n. 189 sul processo penale*, relazione svolta all'Incontro di studio sul tema "La condizione giuridica dello straniero" promosso dal CSM e tenutosi a Roma nei giorni 3-5 febbraio 2003.

chi ha sottolineato come, a livello pratico, la fattispecie base di favoreggiamento dell'ingresso clandestino – priva della finalità di profitto indiretto – sia un'ipotesi piuttosto marginale, visto che il reato si configura nella stragrande maggioranza dei casi per la presenza di ingenti ritorni economici per i trafficanti⁴¹⁷.

3. *Smuggling* e *trafficking* nel T.U. Immigrazione: una difficile convivenza

Si è già accennato di come la difficoltà di tracciare una distinzione tra *smuggling* e *trafficking* fosse già evidente prima dell'adozione del Testo Unico Immigrazione. Ciò è in parte dovuto al fatto che all'epoca di emanazione del Testo Unico Immigrazione il Protocollo di Palermo non era ancora stato oggetto di ratifica da parte degli Stati.

3.1. La repressione del traffico di esseri umani ...

Come si è detto, l'intreccio tra i concetti di *smuggling* e *trafficking* è evidente, in particolare, dal tenore dell'art. 12 T.U.I. e dalle modifiche che per molti anni hanno interessato questa norma.

Nella versione del 1998, l'art. 12 prevedeva, al comma terzo, un aumento di pena qualora il fatto fosse stato

«commesso al fine di reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione ovvero riguarda l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento».

Tale norma sembrava trovare il proprio riferimento nella Convenzione del 1949, la quale, sebbene rivolta a disciplinare la tratta di persone, si concentrava unicamente sulla prostituzione e sullo sfruttamento della prostituzione, facendo coincidere, sostanzialmente, la tratta con quest'ultime.

⁴¹⁷ URBAN F., *La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale ed internazionale anti-smuggling e anti-trafficking*, cit., p. 131.

La condotta di cui all'art. 12, primo comma, combinata a quella di cui al terzo comma, a ben vedere, prevede una fattispecie in cui all'ingresso sul territorio si lega il successivo sfruttamento, molto simile a quella di *trafficking* che di lì a poco sarà accolta nell'ambito della Convenzione ONU firmata a Palermo. Addirittura la norma italiana utilizza l'espressione «*reclutamento*», un termine che venne utilizzato per definire la condotta di tratta a livello internazionale nel Protocollo del 2000, ma non presente nella Convenzione del 1949⁴¹⁸.

Nel 1998, anno di adozione del T.U.I., si introduce, all'interno di un quadro di norme volte a punire lo *smuggling*, la condotta di tratta a fini di sfruttamento sessuale (art. 12, co. 3, T.U.I.: «*se il fatto è commesso al fine di reclutamento di persone da destinare alla prostituzione o allo sfruttamento della prostituzione...*»). Tale fattispecie, nei suoi elementi costitutivi, ricalca una delle condotte che di lì a poco verranno inserite nella definizione del crimine di tratta di esseri umani di cui al Protocollo sul *trafficking*. Questa disposizione, a ben vedere, si distingue dalla condotta di tratta cristallizzata nel reato di cui all'art. 601 c.p. nella versione *ante* riforma del 2003, rivolta unicamente a punire la tratta degli schiavi («*chiunque commette tratta o comunque fa commercio di schiavi o di persone in condizione analoga alla schiavitù...*»).

Con la legge n. 189/2002 la disposizione, come si è visto, viene rimaneggiata ulteriormente in un comma *3-ter*, dove si prevede un aumento di pena se i fatti di cui al comma 3 (caratterizzati dal fine di lucro)

«sono compiuti al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento».

Le modifiche della legge del 2002, successive alla Convenzione di Palermo del 2000, sembrano, tuttavia, creare una certa confusione quando innesta lo sfruttamento su una condotta di *smuggling*, contemplando allo stesso tempo le forme di sfruttamento riportate nel Protocollo sul *trafficking* (sfruttamento sessuale).

Con il “pacchetto sicurezza” del 2009, poi, il comma *3-ter* è stato ulteriormente modificato prevedendo anche lo sfruttamento lavorativo e assottigliando

⁴¹⁸ Cfr. art. 3, Protocollo sul *trafficking*.

definitivamente la differenza tra favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e *trafficking* attraverso una circostanza “cuscinetto”⁴¹⁹, alla lett. a):

«se i fatti di cui ai commi 1 e 3: a) sono commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento».

Questa circostanza tende, ancora una volta, a riflettere quella sovrapposizione giuridica tra le diverse tipologie di traffico di migranti, intese sia come *smuggling* che come *trafficking*⁴²⁰.

Più precisamente, in Italia, vengono configurate delle fattispecie di *smuggling* che sono costruite mediante l'aggiunta della finalità dello *sfruttamento*. Ciò, tuttavia, non viene a creare una completa coincidenza con la condotta di *trafficking* di cui al Protocollo di Palermo, in quanto nell'art. 12 T.U.I. manca la specificazione della modalità della condotta (l'elemento del *mezzo*). La condotta di *smuggling* presupporrebbe, infatti, il consenso della persona oggetto del traffico, mentre nel *trafficking* il consenso della vittima è viziato e, dunque, estorto mediante l'utilizzo di uno dei mezzi indicati dall'art. 3 del Protocollo. La differenza con l'art. 601 c.p., in particolare nella versione della norma come modificata dalla legge n. 228/2003, che ha sostituito anche la rubrica dell'articolo⁴²¹, sta dunque nella coartazione della volontà, presente nella fattispecie codicistica e assente nella normativa speciale.

⁴¹⁹ PELISSERO M., *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in MILITELLO V. e SPENA A. (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 115.

⁴²⁰ Merita, comunque, evidenziare che anche nelle ipotesi aggravate, il bene giuridico protetto dal delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina rimanga, pur sempre, quello dell'interesse dello Stato al controllo dei flussi migratori. Tale conclusione è stata recentemente avvalorata da Cass. pen., sentenza 8.10.2015, n. 50561 secondo cui *«la protezione dei migranti non costituisce l'oggetto specifico e diretto della tutela penale, con riferimento alla ratio dell'incriminazione, ma costituisce piuttosto l'oggetto di una tutela rilevante ma riflessa».*

⁴²¹ Art. 601 (Tratta di persone): *«Chiunque commette tratta di persona che si trova nelle condizioni di cui all'articolo 600 ovvero, al fine di commettere i delitti di cui al primo comma del medesimo articolo, la induce mediante inganno o la costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno, è punito con la reclusione da otto a venti anni».*

3.2. ...e dello sfruttamento lavorativo mediante l'art. 12, comma 5, T.U.I.

Occorre, a questo punto, rilevare che l'art. 12 T.U.I. è stato spesso utilizzato dalla giurisprudenza di merito e di legittimità per reprimere casi di sfruttamento lavorativo di stranieri irregolari. Ma ciò non è avvenuto utilizzando le fattispecie sinora analizzate, previste al comma 3-ter, ma attraverso la fattispecie di cui al comma 5, tesa a reprimere il favoreggiamento della permanenza irregolare sul territorio, e ciò anche laddove si potesse dimostrare la sussistenza di elementi di collegamento con il traffico di migranti, configurabile più propriamente nelle fattispecie di cui ai commi 1 e 3.

L'utilizzo dell'art. 12, comma 5, T.U.I., è stato essenziale nella repressione dello sfruttamento lavorativo degli immigrati irregolari prima della riforma operata nel 2009 e risulta(va) così formulato:

«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».

Prima di allora, infatti, la giurisprudenza inquadrava, talvolta, tale fenomeno nella condotta di favoreggiamento dell'immigrazione illegale, quando l'agevolazione fosse stata caratterizzata dalla finalità di trarre profitto dalla condizione di illegalità: per esempio, l'assunzione in nero da parte del datore di lavoro di lavoratori omettendo il pagamento degli oneri contributivi e imponendo loro condizioni di lavoro discriminatorie e disumane⁴²². Nell'ipotesi in cui non risultasse dimostrata la finalità del datore di lavoro di trarre profitto dalla condizione di illegalità si sarebbe configurato, invece, il reato di impiego di cittadini stranieri irregolari *ex art. 22, comma 12, T.U.I.*⁴²³

⁴²² Cfr. PECCIOLI A., *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Diritto penale e processo*, 2009, 8 (all. 1), pp. 19 e ss.

⁴²³ Art. 22, co. 12, T.U.I.: *«Il datore di lavoro che occupa alle proprie dipendenze lavoratori stranieri privi del permesso di soggiorno previsto dal presente articolo, ovvero il cui permesso sia scaduto e del quale non sia stato chiesto, nei termini di legge, il rinnovo, revocato o annullato, è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa di 5000 euro per ogni lavoratore impiegato».*

L'operazione di ricondurre lo sfruttamento lavorativo degli stranieri irregolari alla fattispecie di favoreggiamento – al fine di ingiusto profitto – della permanenza illegale di cui al comma 5 dell'art. 12, successivamente, si è andata consolidando.

A tal proposito, appare interessante la ricostruzione della nozione di «ingiusto profitto» operata dalla giurisprudenza. Come verrà approfondito nel prosieguo, affrontando il caso di Prato, tale nozione acquista peculiarità del tutto inedite.

Secondo la giurisprudenza di legittimità

«il fine di ingiusto profitto, che qualifica l'elemento soggettivo del reato, sussiste nel caso di impiego di cittadini extracomunitari in condizioni disumane, tali da poter essere accettate solo per effetto della mancanza di ogni forza contrattuale»⁴²⁴.

Secondo tale giurisprudenza, infatti, il fatto del favoreggiamento della permanenza illegale ben può essere realizzato assumendo al lavoro stranieri irregolari, ma l'ingiustizia del profitto non potrà ricollegarsi ad un normale svolgimento del rapporto sinallagmatico di prestazione d'opera: occorrerà un *quid pluris* tale da connotarlo, come ad esempio l'impiego in attività illecite ovvero l'imposizione di condizioni gravose o discriminatorie di orario e di retribuzione⁴²⁵.

Il comma 5 dell'art. 12 T.U.I., in alternativa alla sussistenza del dolo specifico di ingiusto profitto, incrimina il favoreggiamento della permanenza illegale «*nell'ambito delle attività punite a norma del presente articolo*». Parte della dottrina, prima delle modifiche del 2009, aveva ritenuto che l'inciso dovesse essere riferito alle attività di sfruttamento della prostituzione o comunque sessuale e di sfruttamento di minori di cui all'art. 12, comma 3-ter, T.U.I. (formulazione *ante* 2009)⁴²⁶. Altri, invece, hanno sostenuto che l'inciso si riferisse alle attività di favoreggiamento dell'ingresso *contra ius* finalizzate alla realizzazione di tali attività. Secondo quest'ultima opinione, pertanto, tale elemento potrà essere integrato qualora la condotta favoreggiatrice della permanenza si inserisca nelle attività di sfruttamento della prostituzione, di sfruttamento sessuale e di impiego di minori in attività illecite funzionali al loro sfruttamento di uno straniero il cui ingresso sia stato illecitamente⁴²⁷. Sempre, tuttavia,

⁴²⁴ Cass. pen., sentenza 9.12.2009, n. 48826.

⁴²⁵ Cass. pen., sentenza 28.6.2000-25.10.2000, n. 4700, in *Giurisprudenza Italiana*, 2001, 2, p. 1006; Cfr. altresì: Cass. pen., sentenza 8.3.2001-20.4.2001, n. 16064, rv. 219508.

⁴²⁶ BAIMA BOLLONE L., *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in AA. VV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione*, Ipsoa, Milano, 2003, p. 220.

⁴²⁷ CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit, pp. 98-99.

che l'autore della condotta favoreggiatrice della permanenza non sia concorso nel delitto di favoreggiamento dell'ingresso *contra ius*.

Tali conclusioni dovrebbero ritenersi valide anche dopo le modifiche apportate all'art. 12 T.U.I. dalla riforma del 2009 che non hanno coinvolto, come si è detto, la fattispecie di cui al comma 5.

L'applicazione della fattispecie di cui all'art. 12, comma 5, sotto questo profilo appare, tuttavia, di portata estremamente residuale rispetto ai casi di favoreggiamento della permanenza ai fini di ingiusto profitto, in quanto sarebbe estremamente difficile configurare delle ipotesi di sfruttamento in cui non vi sia un profitto.

3.3. Lo sfruttamento nell'art. 22 T.U.I. e l'attuazione della direttiva 'sanzioni': impiego di lavoratori stranieri irregolari in condizioni di particolare sfruttamento

Le modifiche più rilevanti, apportate da d.lgs. 109/2012 in tema di sfruttamento lavorativo, riguardano l'art. 22 d. lgs. 286/1998, al quale sono stati aggiunti alcuni commi dopo il dodicesimo (da 12-*bis* a 12-*quinqüies*).

In particolare, con il comma 12-*bis*, il legislatore integra la fattispecie principale di cui al comma precedente con delle nuove fattispecie aggravanti, le quali considerano i casi di occupazione di lavoratori stranieri irregolarmente soggiornanti caratterizzati da sfruttamento.

Le circostanze in questione, definite dal comma 12-*quater* come «*di particolare sfruttamento*» lavorativo, determinano un aumento da un terzo alla metà della pena prevista, e sono:

«a) il caso in cui i lavoratori impiegati (in simili condizioni) siano più di tre; b) il caso in cui vengano scoperti lavoratori occupati che sono in realtà minori in età non lavorativa; c) l'ipotesi in cui i lavoratori occupati sono soggetti a «condizioni lavorative di particolare sfruttamento».

È interessante notare come, invece di tentare di elaborare una nozione esplicativa di tali condizioni – di cui al punto c) –, il legislatore del 2012 abbia scelto di operare una definizione delle stesse 'per rinvio' al terzo comma dell'art. 603-*bis* c.p., dedicato alle circostanze aggravanti ad effetto speciale del reato di intermediazione illecita

(formulazione *ante* riforma del 2016), le quali comportano l'aumento della pena da un terzo alla metà quando: 1) il numero di lavoratori reclutati sia superiore a tre; 2) uno o più dei soggetti reclutati siano minori in età non lavorativa; 3) il fatto sia stato commesso esponendo i lavoratori intermediati a situazioni di grave pericolo, avuto riguardo alle caratteristiche delle prestazioni da svolgere e delle condizioni di lavoro. Posto che le lettere a) e b) del comma 12-*bis* corrispondono alle circostanze di cui ai numeri 1) e 2) del comma terzo, l'unica ipotesi aggravata che si ritiene debba essere aggiunta in forza del richiamo, è quella in cui il datore abbia esposto il lavoratore clandestino ad una generica «*situazione di pericolo*» nello svolgimento delle mansioni affidategli (art. 603-*bis*, co. 3, n. 3, c.p.).

Come si è visto, prima dell'introduzione di questo insieme di circostanze si riteneva che, l'elemento dello sfruttamento, in quest'ambito, determinasse l'applicazione dell'articolo 12, co. 5, d. lgs. 286/1998, ovvero il delitto di favoreggiamento della permanenza clandestina dello straniero irregolare «*al fine di trarne un ingiusto profitto*».

L'art. 22 riguardava, invece, i soli casi di impiego di tale individuo, a prescindere dal *modus*. Con la novella, venendo meno tale criterio distintivo degli ambiti applicativi delle due fattispecie, i problemi di coordinamento tra le due fattispecie sono senza dubbio aumentati. Ad oggi, l'utilizzo a fini lavorativi di stranieri non in regola con il soggiorno è sempre riconducibile all'articolo 22 del d. lgs. 286/1998. Se ricorrono, poi, modalità d'impiego vessatorie, particolarmente gravose e/o discriminatorie, troveranno spazio le ipotesi di cui al comma 12-*bis* dello stesso articolo, più gravemente sanzionate.

Si rammenta, inoltre, che con la riforma del 2012, è stato previsto che qualora sussistano le situazioni di particolare sfruttamento lavorativo, così come definite dal combinato disposto delle due norme citate, il comma 12-*quater* dell'art. 22 prevede che il questore, su proposta o con il parere favorevole del Procuratore della Repubblica, possa provvedere al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari ai sensi dell'articolo 5, comma 6, d. lgs. 286/1998⁴²⁸, in favore di quello straniero che abbia presentato denuncia e collabori nel procedimento istaurato nei confronti del datore di lavoro. Tuttavia, proprio il concetto di «*particolare*

⁴²⁸ Recentemente abrogato per effetto dell'entrata in vigore (5 ottobre 2018) del d.l. n. 113 del 2018, convertito con modificazioni nella legge n. 132 del 2018 (c.d. Decreto Salvini), il quale ha introdotto la categoria dei permessi di soggiorno «per casi speciali».

sfruttamento lavorativo», come disegnato dalla riforma operata dal d.lgs. 109/2012, ha destato le maggiori perplessità, soprattutto in ordine alla discrasia aperta con la formulazione adottata dal legislatore europeo che all'art. 13 della direttiva 2009/52/CE, come si è visto, definisce di «*particolare sfruttamento*» quelle

«condizioni lavorative, incluse quelle risultanti da discriminazioni di genere e di altro tipo, in cui vi è una palese sproporzione rispetto alle condizioni di impiego dei lavoratori assunti legalmente, che incide, ad esempio, sulla salute e sulla sicurezza dei lavoratori ed è contraria alla dignità umana»⁴²⁹.

Tale nozione non sembra infatti coincidere con le fattispecie aggravate di cui all'art. 603-*bis*, co. 3, n. 3), c.p. richiamate dal comma 12-*bis* dell'art. 22 d.lgs. 286/1998. Ma ciò che appare ancor più paradossale è la mancata menzione, ai fini della ricostruzione del concetto di «*particolare sfruttamento lavorativo*», degli indici di cui al comma secondo dell'art. 603-*bis* c.p., che, come si vedrà nel prossimo capitolo, appaiono indubbiamente più specifici e significativi per l'individuazione dei casi di sfruttamento lavorativo, sebbene limitati ad operare nella suddetta fattispecie del codice penale.

Si noti, comunque, come a seguito della riforma dell'art. 603-*bis* c.p. ad opera della legge n. 199/2016, il problema del coordinamento con la fattispecie di cui all'art. 22, comma 12-*bis*, T.U.I. risulti fortemente ridimensionato, anche in virtù della clausola di sussidiarietà «*salvo che il fatto costituisca più grave reato*» dell'art. 603-*bis* c.p. In effetti, la fattispecie di sfruttamento lavorativo di cui all'art. 603-*bis* c.p. è punita più gravemente, con la conseguenza che le ipotesi di particolare sfruttamento prima rientranti nell'art. 22, comma 12-*bis*, lettera c), c.p., sono oggi assorbite nella norma del codice penale⁴³⁰. Allo stesso tempo, le pene previste dal nuovo art. 603-*bis* c.p. non raggiungono il livello di gravità di quelle della fattispecie di cui all'art. 12, comma 3-*ter*, T.U.I., con la conseguenza che – stante la clausola di sussidiarietà – il reclutatore (che agisca da solo o in accordo con lo *smuggler*) di stranieri irregolari a

⁴²⁹ FERRERO M. e BARBAIOL G., *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 FORLATI S. (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani. Tra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., pp. 107 e ss.

⁴³⁰ Come vedremo, la fattispecie base dell'art. 603-*bis* c.p. è, infatti, punita con una pena da uno a sei anni, mentre l'art. 22 T.U.I., nell'ipotesi aggravata di cui al comma 12-*bis*, contempla una pena che va da 8/9 mesi a 4/4 anni e mezzo (sono aumentate da un terzo alla metà).

fini di sfruttamento è punito più gravemente del reclutatore di stranieri regolari (art. 603-*bis* c.p.).

4. Il caso Prato

Quello di Prato appare un caso paradigmatico per dare concretezza a quanto detto sino ad ora. Le peculiarità del legame tra migrazioni e sfruttamento lavorativo che si rinvergono, ancora oggi, in ciò che rimane del distretto tessile pratese⁴³¹ appaiono, infatti, costituire un privilegiato punto di osservazione delle norme sopra analizzate.

La situazione di clandestinità dei soggetti interessati dallo sfruttamento ha, infatti, dato la stura ad un utilizzo massiccio delle norme relative al Testo Unico Immigrazione ed, in particolare, all'art. 12 T.U.I.

Non solo, il peculiare atteggiarsi del consenso dei lavoratori (cinesi) ha indotto a ritenere 'più naturale' ricondurre tali casi nell'ambito delle disposizioni relative al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 T.U.I.), piuttosto che a quelle di tratta di esseri umani ovvero ad altre fattispecie incriminatrici del codice penale. Nonostante l'esperienza dei lavoratori cinesi sia caratterizzata, come si vedrà, da momenti di sfruttamento, questi condividono una comune visione di futuro benessere economico e percepiscono questa organizzazione del lavoro come il modo migliore e più veloce per diventare imprenditori di successo⁴³².

4.1. L'immigrazione clandestina dei cinesi a Prato: il fenomeno degli «overstayers» e le specificità dell'auto-sfruttamento lavorativo

L'unicità del caso di Prato in Italia è rappresentata dal fatto che l'immigrazione cinese ha assunto le dimensioni di un «*fenomeno*».

⁴³¹ Per un'approfondita analisi del concetto 'distretto' si veda: BRACCI F., *Oltre il distretto. Prato e l'immigrazione cinese*, Aracne, Ariccia, 2016, pp. 103-147.

⁴³² CECCAGNO A. e RASTRELLI R., *Ombre cinesi? Dinamiche migratorie della diaspora cinese in Italia*, Carrocci Editore, Roma, 2008; cfr. altresì: MUNRO V. E., *Exploring Exploitation: Trafficking in Sex, Work and Sex Work*, in MUNRO V. e DELLA GIUSTA M. (a cura di), *Demanding Sex: Critical Reflections on the Regulation of Prostitution*, cit., p. 122.

Secondo i dati del Comune di Prato, al 31.12.2018, Prato è la città italiana con la maggior presenza di stranieri, rappresentando il 20,83% sul totale della popolazione residente, di cui più della metà di origine cinese⁴³³.

L'iscrizione all'anagrafe della popolazione residente, tuttavia, non restituisce in termini effettivi la presenza di cittadini cinesi sul territorio, i quali ammontano, secondo stime informali, ad almeno 15.000 unità in più se si contano anche gli irregolari⁴³⁴.

Alla luce della ricostruzione delle fattispecie sopra analizzate, occorre brevemente dare conto di quelle che sono le modalità di ingresso e di permanenza dei cittadini cinesi nel/sul territorio italiano e, in particolare, a Prato.

Il fenomeno dell'ingresso di cittadini cinesi in Italia si caratterizza principalmente per la richiesta di un visto, alla scadenza del quale, non viene meno la permanenza sul territorio (*overstayers*).

Nonostante questa sia la modalità principale di arrivo, non sono da escludersi anche casi di *trafficking* e *smuggling*.

Secondo Ceccagno e Rastrelli, che per anni hanno lavorato al Centro Ricerche e Servizi per l'Immigrazione di Prato, la tratta sarebbe per lo più una categoria da escludere, in quanto chi organizza il viaggio, più che essere un'organizzazione criminale, è un «*facilitatore*»⁴³⁵. Si tratta il più delle volte di strutture, assimilabili a delle agenzie di viaggio, che offrono un servizio flessibile ed efficiente per arrivare a destinazione.

La tratta (intesa come *trafficking*) a fini di sfruttamento lavorativo potrebbe eventualmente configurarsi in casi sporadici, laddove vi sia uno stretto collegamento tra gli organizzatori del trasporto e gli imprenditori, e una condizione protratta di debito da parte dell'immigrato irregolare come *condicio sine qua non* per il loro inserimento lavorativo, tale per cui essi vengono messi in attesa o comunque a

⁴³³ Dati relativi alla città di Prato: abitanti - 194.590; stranieri – 40.536 (20,83% su totale popolazione residente); presenza di cittadini cinesi pari a 22.897. Fonte: statistiche del Comune di Prato, reperibili sul sito: <http://statistica.comune.prato.it/?act=f&fid=6370>.

⁴³⁴ Si tratta di una stima contenuta nella relazione del procuratore Giuseppe Nicolosi in occasione dell'apertura dell'anno giudiziario 2018: <https://iltirreno.gelocal.it/prato/cronaca/2018/01/30/news/la-procura-stima-68-000-stranieri-in-provincia-di-prato-1.16411128>.

⁴³⁵ CECCAGNO A. e RASTRELLI R., *Ombre cinesi? Dinamiche migratorie della diaspora cinese in Italia*, cit., pp. 39-65.

disposizione delle attività economiche dell'imprenditore fino all'estinzione del debito (ipotesi di *debt bondage*)⁴³⁶.

La logica prevalente è, però, come accennato, quella dello *smuggling*: i cinesi che arrivano in Italia giungono volontariamente⁴³⁷, aiutati da facilitatori legati a reti familiari o comunque a gruppi non assimilabili alle organizzazioni criminali⁴³⁸.

Analizzate le modalità di ingresso sul territorio, bisogna capire qual è il progetto migratorio, il comparto produttivo in cui si inseriscono i cinesi nonché le modalità lavorative con cui si attua quello che viene definito un autosfruttamento.

L'attuale presenza di aziende cinesi sul territorio di Prato appare, in effetti, un dato da cui partire per ripercorrere a ritroso le tappe che hanno condotto all'ascesa dell'imprenditoria cinese.

Al 30.9.2015, Prato detiene il valore più alto in percentuale delle imprese straniere presenti in Italia: al 30.12.2015 le imprese cinesi rappresentano, in particolare, il 67,3% di esse⁴³⁹ e il settore imprenditoriale di prevalenza è quello tessile.

La presenza di aziende cinesi sul territorio di Prato risale ai primi anni '90 con l'apertura di laboratori terzisti essenzialmente dipendenti dalla committenza italiana. Fin da subito, il modello di lavoro delle imprese cinesi si rivela estremamente redditizio per la rapidità dei tempi produttivi, il basso costo del lavoro e la flessibilità organizzativa⁴⁴⁰.

⁴³⁶ Cfr. BECUCCI S., *La criminalità cinese in Italia*, in *Quaderni di Sociologia*, 2011, 57. Secondo l'autore, le relazioni che intercorrono tra i trafficanti e gli imprenditori che impiegano i clandestini come forza lavoro sono contingenti e non organicamente strutturate. Si tratta per lo più di imprenditori che, sapendo quali sono gli *shetou* ('le teste di serpente' coinvolte nell'immigrazione illegale), fanno affidamento su di loro per procurarsi i lavoratori. Cfr. altresì: ABRAMSON K., *Beyond Consent, Towards Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol*, cit., p. 479 dove l'autore ritiene le caratteristiche dello sfruttamento dei cittadini cinesi legata alla loro migrazione clandestina negli Stati Uniti sebbene rientri nella definizione di *trafficking* di cui al Protocollo di Palermo è spesso inquadrata nel fenomeno dello *smuggling*.

⁴³⁷ Cfr. PIEKE N.F., NYÍRI P., THUNØ M., CECCAGNO A., *Transnational Chinese. Fujianese Migrants in Europe*, Stanford University Press, Stanford, 2004. La spinta a migrare dei cittadini cinesi, secondo gli autori, proviene da modelli culturali profondamente introiettati; la migrazione rappresentata l'opportunità di giungere ad un veloce arricchimento per poi approdare ad un'attività imprenditoriale.

⁴³⁸ In alcuni casi, tuttavia, queste strutture di servizio, cui i migranti si affidano, assumono la veste di organizzazioni criminali, dedite anche a metodi violenti o di assoggettamento. Cfr. Operazione 'Nuova Era' dei carabinieri dei ROS delle Marche (2002-2005) e CECCAGNO A. e RASTRELLI R., *Ombre cinesi? Dinamiche migratorie della diaspora cinese in Italia*, cit., pp. 51 e ss.

⁴³⁹ Elaborazioni Ufficio Studi CCIAA di Prato, 2017. Al 31.12.2017 risultano, in particolare, 4.400 aziende cinesi relative ad attività manifatturiere (Fonte: Elaborazioni Ufficio Studi CCIAA di Prato, 2018, reperibile sul sito: <http://www.po.camcom.it/servizi/datistud/stmovi.php>).

⁴⁴⁰ Cfr. CECCAGNO A., *The Economic Crisis and the Restrictions on Imports: The Chinese in Italy at a Crossroads*, in THUNØ M. (a cura di), *Beyond Chinatown: Contemporary Chinese Migrants and China's Global Expansion*, Nias Press, Copenhagen, 2007, pp. 101-22.

Solo tra la fine degli anni '90 e l'inizio dei 2000 si assiste ad un incremento delle attività produttive e all'apertura dei primi pronto moda⁴⁴¹, che a loro volta si affidano a laboratori terzisti sostituendosi di fatto alla committenza italiana.

Il modello organizzativo del pronto moda si svolge ad alta velocità e consente di ottenere grandi quantitativi di capi di abbigliamento di qualità medio-bassa in tempi molto ridotti; grazie, inoltre, ad un'articolatissima rete di terzisti cinesi sono garantiti tempi di lavorazione e di commercializzazione molto più ridotti rispetto ai concorrenti italiani⁴⁴².

Il passaggio da terzisti a imprenditori finali ha, peraltro, favorito per molti lavoratori cinesi di sfuggire dalla posizione di subordinazione rispetto all'imprenditoria locale⁴⁴³.

Molto è stato scritto sulle possibili ragioni del successo dell'imprenditoria cinese. Non potendo soffermarci, qui, su tutte le ipotesi formulate, appare, tuttavia, interessante dare conto di una recente tesi sviluppata da Ceccagno.

Antonella Ceccagno rinviene nel regime di *sleeping agreement* una delle principali chiavi di successo delle aziende cinesi: con tale termine ci si riferisce alla pratica dei datori di lavoro di fornire ai lavoratori cinesi il posto letto (spesso in dormitori interni alle fabbriche o in abitazioni poste nelle vicinanze) e i pasti, tutto ciò al fine di massimizzare la flessibilità del lavoro, i tempi e di conseguenza i profitti⁴⁴⁴. Tale regime permette evidentemente alle imprese cinesi di sviluppare un modello estremamente competitivo e difficile da replicare per le aziende italiane. L'altro fattore che ha comportato dei vantaggi estremamente competitivi per le aziende cinesi, sempre secondo tale opinione, sarebbe poi rappresentata dalla mobilità degli operai. In particolare, questa consiste nella disponibilità dei lavoratori cinesi, anche perché pagati a cottimo, a spostarsi da un laboratorio ad un altro anche per brevi periodi, al fine di massimizzare i profitti⁴⁴⁵.

⁴⁴¹ Si tratta di un modello produttivo che consente di passare dall'ideazione alla vendita del prodotto in tempi estremamente rapidi, con possibilità di ricollocare modelli in produzione e dunque con agevole capacità di riassortimento.

⁴⁴² CECCAGNO A., *Nuovi scenari della moda a Prato: le ditte finali cinesi nell'era della moda istantanea*, in JOHANSON G., SMITH R., FRENCH R. (a cura di), *Oltre ogni muro*, Pacini, Pisa, 2010, pp. 51-79.

⁴⁴³ BRACCI F., *Oltre il distretto. Prato e l'immigrazione cinese*, cit., p. 160.

⁴⁴⁴ CECCAGNO A., *L'etnicizzazione della forza lavoro nella moda italiana*, in CHIGNOLA S. e SACCHETTO D. (a cura di), *Le reti del valore. Migrazioni, produzione e governo della crisi*, DeriveApprodi, Roma, 2017, p. 128.

⁴⁴⁵ Ivi, pp. 129-130. L'autrice parla di una riorganizzazione estrema dello spazio lavorativo e di vita dei migranti definendolo come «*regime mobile*»: questo consiste in un inedito uso della mobilità dei

Ora, molte delle caratteristiche del modello organizzativo e produttivo cinese sono considerate degli elementi di un sistema complesso di sfruttamento lavorativo.

La descrizione delle condizioni lavorative, che si rinvencono per mezzo degli accessi dell'Ispettorato del Lavoro, Asl, indagini della Procura e inchieste giornalistiche, ci restituiscono un quadro tendenzialmente ricorrente: contratti di lavoro irregolari in tutto o in parte; presenza di lavoratori irregolari per lo più per il mancato rinnovo del permesso di soggiorno; irregolarità in materia di sicurezza e di misure anti-infortunistica; irregolarità nell'erogazione della retribuzione e nel versamento dei contributi, spesso fatti pagare ai lavoratori; mancato rispetto della normativa in materia di orario di lavoro, pause e ferie⁴⁴⁶.

Ciò che contraddistingue il caso delle imprese cinesi a Prato è che più che di sfruttamento si tende a parlare di autosfruttamento.

Dopo il primo decennio della presenza dei lavoratori cinesi a Prato, dove il rapporto di lavoro era caratterizzato da sfruttamento e dipendenza – il ché ha causato non pochi conflitti e una serie di atti rivendicazione di diritti da parte dei lavoratori – sembra esserci stata un'evoluzione, dove il modello dell'autosfruttamento viene considerato come la via più sicura e più rapida per il raggiungimento dei propri obiettivi⁴⁴⁷.

Quella dell'autosfruttamento si presenta come una sorta di passaggio obbligato per l'ascesa sociale: i lavoratori sono disposti a sottostare a condizioni estremamente dure e degradanti di lavoro, perché aspirano essi stessi a raggiungere la posizione di datore di lavoro.

La fase attuale, tuttavia, presenta degli scostamenti da questo modello. La difficoltà di raggiungere una posizione apicale sembra aver messo in crisi quel patto sociale tra operai e imprenditori cinesi.

La difficoltà di reperire manodopera cinese ha portato le aziende cinesi a 'reclutare' lavoratori tra i 'nuovi' vulnerabili, che a Prato, come in molte zone d'Italia, sono i richiedenti asilo ovvero i titolari di una qualche forma di protezione internazionale o umanitaria.

lavoratori e della loro stasi intra-laboratorio al fine di rendere possibile una drastica riconfigurazione dello spazio produttivo della produzione.

⁴⁴⁶ Cfr. per una ricognizione degli accessi ispettivi degli ultimi anni: *Forme di sfruttamento lavorativo a Prato*, ricerca per CAT (cooperativa sociale Onlus Firenze) in collaborazione con il Comune di Firenze e SATIS (sistema anti-tratta toscano interventi sociali), 2018.

⁴⁴⁷ CECCAGNO A. e RASTRELLI R., *Ombre cinesi? Dinamiche migratorie della diaspora cinese in Italia*, cit., pp. 86-87.

Un recente studio ha rilevato addirittura la possibile presenza di ‘intermediari’ all’interno dei centri di accoglienza del territorio⁴⁴⁸, oltre ad un più comune passaparola⁴⁴⁹.

Questa ‘apertura’ del sistema imprenditoriale cinese alla manodopera straniera (non cinese) rischia, tuttavia, di creare conflittualità e discriminazioni, che prima potevano essere scongiurate da un sistema essenzialmente ‘chiuso’⁴⁵⁰. Venuto meno il sistema dello *sleeping agreement*, sembra, infatti, aprirsi una crisi capace di condurre a forme di sfruttamento più gravi di quelle del passato.

In tal senso, appare fortemente preoccupante la recente scoperta di un’impresa a conduzione cinese di Montemurlo avente un sistema di pagamento dei salari differenziato secondo la nazionalità di provenienza, che sembra sacrificare in ultima istanza i lavoratori di origine africana⁴⁵¹.

4.2. Il rogo della Teresa Moda e l’applicazione dell’art. 12 T.U.I. per lo sfruttamento lavorativo

È il primo dicembre del 2013 quando alle prime luci dell’alba, a Prato, in Via Toscana, si verifica un incendio nel capannone industriale dell’azienda «*Teresa Moda di LI Jianli*», situato nella zona del c.d. Macrolotto, uno dei tanti dove si svolge attività di confezione nel settore dell’abbigliamento.

All’arrivo delle forze di polizia, la scena rivela un quadro ben noto alle autorità, quello che non ci si aspettava era il rinvenimento dei cadaveri di sette cittadini cinesi, irriconoscibili per effetto dell’avanzato stato di carbonizzazione in cui versavano.

Le gravi e numerose violazioni della normativa antincendio, rappresentate dalla mancanza di vie d’uscita tali da garantire un abbandono dell’immobile in sicurezza, anche in considerazione del fatto che il percorso risultava ostacolato dalla presenza di materiale tessile, aveva reso pressoché impossibile per gli operai mettersi in salvo.

⁴⁴⁸ *Forme di sfruttamento lavorativo* a Prato, cit.

⁴⁴⁹ Le informazioni sono state tratte dai colloqui con numerosi operatori di uno dei CAS gestiti dalla Fondazione Opera Santa Rita nella città di Prato, che hanno raccontato come molti loro ospiti lavorino per aziende cinesi in condizioni di pseudo-sfruttamento.

⁴⁵⁰ Si veda le recenti proteste dei lavoratori pachistani costretti a lavorare per un’azienda cinese a Montemurlo per 2,50 euro al giorno, 7 giorni su 7: http://iltirreno.gelocal.it/prato/cronaca/2018/11/17/news/lavorano-nell-azienda-cinese-per-una-paga-di-2-50-euro-l-ora-1.17472760?refresh_ce.

⁴⁵¹ Si rinvia al Tirreno di Prato che ha riportato la notizia: <http://iltirreno.gelocal.it/prato/cronaca/2016/05/19/news/le-aziende-cinesi-pagano-in-base-alla-nazionalita-1.13497211>.

Le indagini⁴⁵² hanno permesso di accertare che, al pari di quanto accadeva in molti altri capannoni dediti all'attività di confezionamento di materiali tessili nella zona di Prato, l'edificio in cui è divampato l'incendio veniva utilizzato sia per l'attività lavorativa sia per uso civile, grazie ad una serie di dormitori, di modestissime dimensioni, in pessime condizioni igieniche, realizzati con strutture in legno e suddivisi tra loro con pannelli di cartongesso. Era presente, altresì, un ambiente adibito a cucina e consumazione pasti.

Per ciò che qui interessa, tra le varie contestazioni formulate dal PM⁴⁵³, risulta meritevole di approfondimento quello di cui al capo b), «*del delitto di cui agli artt. 110 c.p. e 12 d.lgs. 25 luglio 1998*», in particolare nell'ipotesi contemplata dal comma 5.

Come rilevato dalla sentenza *ex art. 438 ss. c.p.*, pronunciata all'esito del giudizio immediato richiesto dal PM e depositata in data 22.5.2015 (Dott.ssa Silvia Isidori), le indagini hanno accertato come tutti gli operai della ditta Teresa moda – clandestini e non – lavorassero in condizioni di sfruttamento.

È emerso con chiarezza, e purtroppo senza stupore, visto che la situazione di sfruttamento dei cittadini cinesi era ben nota da molti anni, che l'attività lavorativa si protraesse ininterrottamente per almeno tredici ore al giorno, anche in orario notturno e capitava che non fosse previsto alcun tipo di riposo settimanale. L'incessante orario era favorito, tra l'altro, dal fatto che anche tutti gli operai mangiavano e dormivano presso il capannone. Come la memoria del PM osserva, infatti, la continuità dell'attività lavorativa era proprio consentita dall'uso quotidiano e promiscuo degli ambienti lavorativi per svolgere tutte le altre attività.

La sentenza precisa, inoltre, «*sotto il profilo retributivo, certamente, la remunerazione non era proporzionata all'impegno lavorativo ed erano applicate forme di pagamento a cottimo*» con oscillazioni dai 700 ai 2.300 euro al mese, ma con sensibili variazioni a seconda delle esigenze della produzione.

La perdurante presenza nei luoghi del capannone ha consentito agli imputati di poter

⁴⁵² La ricostruzione delle indagini e dello svolgimento del processo è stata possibile grazie al prezioso contributo del materiale di indagine e del processo, gentilmente offerto dalla Procura della Repubblica di Prato, nella persona del Procuratore Capo di Prato, Dott. Nicolosi, e dal Sostituto Procuratore incaricato delle indagini, Dott. Lorenzo Gestri.

⁴⁵³ Le contestazioni del PM riguardavano il delitto di cui agli artt. 110, 437, comma 1 e 2, c.p., il delitto di cui agli artt. 110 c.p. e 12 d.lgs. 286/1998, il delitto di cui agli artt. 61 n.3), 41, 110, 449, comma 1, in relazione all'art. 423 c.p. il delitto di cui agli artt. 41, 110, 589, comma 1, 2, 4, 590 comma 1, 3 c.p.

«fare leva sulla contingente condizione personale degli operai, ossia sullo stato di clandestinità, consapevoli che esso avrebbe loro impedito di trovare autonomamente un luogo ove dimorare».

Venendo all'analisi, in diritto, dell'art. 12 T.U.I. offerta dalla sentenza, si rammenta che il favoreggiamento della permanenza irregolare si configura come reato a condotta libera per la cui consumazione non è richiesta la verifica dell'evento dato dalla permanenza effettiva dello straniero sul territorio. Sotto il profilo dell'elemento psicologico, il fine dell'ingiusto profitto non può essere individuato nel mero impiego dello straniero come mano d'opera senza il rispetto delle norme sul lavoro subordinato, occorrendo la sussistenza, come si è visto, di un *quid pluris* che distingua tale fattispecie da quella di cui all'art. 22 T.U.I. La sentenza richiama la giurisprudenza della Cassazione orientata nel senso di riconoscere che tale specifica finalità perseguita dal datore di lavoro (ingiusto profitto) può ritenersi sussistente in presenza di determinate condizioni, ovvero ogniqualvolta ai cittadini extra-comunitari siano imposte condizioni gravose e discriminatore, diverse e ulteriori rispetto al mancato pagamento dei contributi, come qualora siano impiegati in condizioni disumane, tali da poter essere accettate solo per la mancanza di ogni forza contrattuale⁴⁵⁴.

Nel caso di specie, ritiene il giudice che appare con tutta evidenza come i dipendenti della Teresa Moda svolgessero la propria attività lavorativa in condizioni di sfruttamento e, dunque,

«nella assoluta violazione delle prerogative loro riconosciute dall'ordinamento, in termini retributivi, di orario di lavoro, di diritto al godimento del periodo di riposo, previdenziale assicurativo, senza ovviamente, richiamare nuovamente la normativa antinfortunistica e, dunque, in ambienti di lavoro (e residenziali) assolutamente inadeguati a consentire condizioni sicure».

Nelle argomentazioni della sentenza, così come nella stessa contestazione del PM, l'ingiusto profitto è rappresentato dalle condizioni di particolare sfruttamento lavorativo in cui vengono a trovarsi le vittime. Si afferma, nella sentenza come la condotta fosse mossa dal fine dei datori di lavoro di trarre un vantaggio economico

⁴⁵⁴ Cass. pen., sentenza n. 48826/09 e Cass. pen., sentenza n. 6068/2008.

che non avrebbero conseguito se fosse stata applicata la normativa cogente che disciplina il rapporto di lavoro.

Tale impostazione è stata confermata anche nei gradi successivi e, in particolare, nella sentenza della Corte di Cassazione che, in coerenza con il proprio consolidato orientamento, ha ritenuto corretta la sussunzione della fattispecie concreta nell'art. 12, comma 5, D.lgs. 286/1998 così motivando:

«L'approfittamento delle condizioni di clandestinità di almeno una parte dei dipendenti della ditta, in base al quale venivano imposte condizioni di lavoro ed economiche comunque ben al disotto del normale sinallagma, integra in effetti il dolo specifico del fine di trarre un ingiusto profitto dallo stato di illegalità dei cittadini stranieri, situazione questa che si realizza quando l'agente, approfittando di tale stato, imponga condizioni particolarmente onerose; e non è escluso dal fatto che analoghe condizioni sarebbero state praticate anche nei confronti di dipendenti in regola con il permesso di soggiorno (...) Il fatto che venissero oggettivamente sfruttati anche gli operai regolari sul territorio (...) significa unicamente che vi era identico, disumano trattamento tra tutti i lavoratori operanti nel capannone e che, tra le ragioni che concorrevano a consentire alle imputate di praticare condizioni retributive e contrattuali estremamente onerose, e che inducevano i lavoratori ad accettare tali condizioni»⁴⁵⁵.

La conclusione della vicenda giudiziaria legata al caso Teresa Moda suscita non pochi interrogativi.

Merita partire da un dato che ci appare palese: l'art. 12, comma 5, T.U.I. non è un reato posto a tutela della dignità dei lavoratori.

Come rilevato già all'epoca della riforma del 2002, sebbene nella fattispecie di cui al quinto comma rientrano solo le attività propriamente finalizzate allo «sfruttamento» (che si desume, come si è visto, sia dal dolo specifico dell'ingiusto profitto che dal riferimento alle «attività punite» dall'art. 12 T.U.I.), ciò non determina uno slittamento del bene giuridico dell'art. 12 T.U.I., volto essenzialmente a tutelare l'ordine pubblico: secondo tale opinione, l'interesse alla protezione dello straniero da condotte finalizzate al suo sfruttamento non sembra, infatti, assurgere a rango di bene giuridico protetto⁴⁵⁶.

⁴⁵⁵ Cass. pen., sentenza 6.2.2018, n. 12643.

⁴⁵⁶ CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit, pp. 133 e ss.

Rileva a questo proposito l'assenza nell'art. 12 T.U.I. di strumenti di protezione dello straniero dai fenomeni di sfruttamento e traffico di migranti⁴⁵⁷. Fatta eccezione per il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale di cui all'art. 18 T.U.I., nonché del permesso per motivi di giustizia di cui all'art. 11, comma 1, lett. *c-bis*), D.P.R. n. 394/1999, il destino del migrante è di regola quello dell'espulsione. Non solo, l'estraneità della protezione del lavoratore dalla sfera dell'oggettività giuridica dell'art. 12 T.U.I. appare confermata anche dalla scelta del legislatore di punire solo le condotte favoreggiatrici della permanenza degli stranieri irregolarmente presenti sul territorio, sebbene tali condotte siano spesso frequenti anche con riferimento agli stranieri regolari.

Quest'ultimo dato appare senz'altro decisivo per affermare che il bene giuridico della fattispecie incriminatrice risiede nell'interesse pubblico al contrasto dell'immigrazione irregolare.

Una simile interpretazione consentirebbe, peraltro, di individuare in termini unitari l'interesse tutelato dalle diverse fattispecie incriminatrici di cui all'art. 12 T.U.I., ossia l'ordine pubblico⁴⁵⁸, il che appare in linea con l'approccio fortemente repressivo della normativa sull'immigrazione. L'oggetto giuridico dei delitti di favoreggiamento delle migrazioni illegali può essere definito attraverso il riferimento al controllo dello Stato sull'immigrazione, ossia in termini che sembrano assecondare l'antica vocazione della difesa dell'ordine pubblico a tradursi nella protezione dei principi e delle istituzioni «*alla cui continuità e immutabilità si vuole sia affidata la sopravvivenza della comunità organizzata*»⁴⁵⁹.

Svolte queste necessarie premesse, occorre perciò chiedersi che ruolo possa assumere in questo contesto normativo lo sfruttamento lavorativo.

Come si è visto, nella fattispecie di cui all'art. 12, co. 5, T.U.I., nonché nella ricostruzione della vicenda concreta offerta dal PM, dal GIP e dalla stessa Suprema Corte, lo sfruttamento lavorativo acquista rilievo in quanto *mezzo* attraverso il quale trarre un *ingiusto profitto*.

⁴⁵⁷ Si rammenta che nel primo capitolo si è visto come il Protocollo sullo *smuggling*, pur non prevedendo specifiche misure di assistenza e protezione per il migrante *oggetto* del traffico, impone agli Stati di tutelare adeguatamente i migranti contro le violenze che possono essere loro inflitte (art. 16, par. 2, Protocollo sullo *smuggling*).

⁴⁵⁸ Sulla nozione «*proteiforme e inafferrabile*» di ordine pubblico si veda: FIORE C., voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980, p. 1103.

⁴⁵⁹ Ivi, p. 1093. Cfr. per un'ampia ricostruzione del bene giuridico protetto dalle fattispecie di cui all'art. 12 T.U.I.: CAPUTO A., *Diritto e procedura penale dell'immigrazione*, cit, pp. 124 3 ss.

Lo sfruttamento viene, dunque, punito indirettamente, per la sua idoneità a stabilizzare una situazione di permanenza irregolare sul territorio e ciò, come si è visto nel caso di Prato, anche laddove non tutti i lavoratori impiegati siano irregolari. Ma la connotazione in termini negativi dello sfruttamento passa anche per l'indebito arricchimento che il datore di lavoro acquisisce per effetto del mancato rispetto della normativa sul lavoro. Da tale impostazione sembra trasparire una concezione 'economica' dello sfruttamento, nel senso che il risultato derivante dall'attività di sottoposizione del lavoratore a condizioni di sfruttamento si connota esclusivamente in termini di guadagno per il datore di lavoro.

Una simile impostazione tralascia totalmente di occuparsi delle conseguenze umane dello sfruttamento lavorativo, in termini di ripercussione sulle vite delle persone coinvolte da quello sfruttamento e sul danno ad esse procurato.

Non si tratta di considerazioni di poco conto se si assume che lo sfruttamento lavorativo è un fenomeno dilagante, capace di abbassare – per tutti i lavoratori – gli *standard* minimi del lavoro dignitoso.

Ciò che rimane incompreso è perché si sia deciso di applicare l'art. 12, comma 5, T.U.I., invece, della disposizione di cui all'art. 22 T.U.I., già modificata per effetto dell'attuazione della direttiva 2009/52/CE e, più propriamente riguardante le ipotesi di *particolare sfruttamento* degli stranieri irregolari, oltretutto più gravemente sanzionate (art. 22, co. 12-*bis*, lett c), T.U.I.).

5. Il *Trafficking* nel codice penale italiano

La definizione di *trafficking* del Protocollo è stata recepita nel nostro ordinamento, come si è detto, con notevole ritardo, solo in occasione dell'attuazione direttiva 2011/36/UE.

La norma di cui all'art. 601 c.p., come si vedrà, sino al 2014, sia per la sua formulazione che per un'interpretazione eccessivamente restrittiva della giurisprudenza, è stata legata a doppio filo al reato di schiavitù di cui all'art. 600 c.p. Peraltro, come si è visto, anche l'art. 12, comma 3, T.U.I., innestando lo sfruttamento (sessuale e della prostituzione) su una fattispecie di *smuggling*, incideva – restringendolo – l'ambito di applicazione dell'art. 601 c.p.

Si tratta, evidentemente, del risultato di un processo storico che per più di un secolo ha legato tratta e schiavitù, come binomio caratterizzante sia l'elaborazione giuridica internazionale ed europea che il discorso pubblico, tuttora orientato, come si è avuto modo di dire approfonditamente nel precedente capitolo, ad appiattare la tratta di esseri umani sulla tratta degli schiavi.

Una disamina del reato di schiavitù e della giurisprudenza di legittimità che si è formata su di esso è pertanto essenziale alla comprensione del reato di tratta (art. 601 c.p.), e della sua evoluzione in funzione del primo.

5.1. La schiavitù

«Non vi è peggiore schiavitù di quella che si ignora»

(Ignazio Silone, *Uscita di sicurezza*, Longanesi, Milano, 1971)

Nella versione originaria del codice penale del 1939, l'art. 600 c.p. puniva la schiavitù, senza tuttavia definirla, mediante l'utilizzo di tale formulazione:

«Chiunque riduce una persona in schiavitù o in una condizionale analoga alla schiavitù è punito con la reclusione da cinque a quindici anni».

Occorre dare atto che per quasi cinquant'anni la norma è rimasta priva di applicazione, considerato che le prime pronunce giurisprudenziali risalgono agli anni Ottanta⁴⁶⁰.

La norma si presentava evidentemente lacunosa, vista la totale assenza nell'ordinamento interno di una definizione dei concetti di schiavitù e di condizione analoga alla schiavitù.

Nelle intenzioni del legislatore del Codice Rocco appare abbastanza chiaro che la norma si rivolgesse a condizioni di diritto, dovendo fare da *pendant* a tale disposizione, la norma sul plagio (di cui all'art. 603 c.p.) da intendersi come riguardante le condizioni di fatto⁴⁶¹.

In assenza di una definizione legislativa interna del concetto di schiavitù, occorre rifarsi, in via interpretativa, soprattutto a livello giudiziale, all'art. 1 della

⁴⁶⁰ CIAMPA G., *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù*, Jovene editore, Napoli, 2008, p. 132.

⁴⁶¹ Si veda: SALTELLI C. e ROMANO DI FALCO E., *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, col. II, pt. II, Roma, 1930; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano, Delitti contro la persona*, IX edizione, Utet, Torino, 1951.

Convenzione di Ginevra del 1926 e, con riferimento alla condizione analoga alla schiavitù, alla Convenzione Supplementare di Ginevra nel 1956.

Come è stato rilevato, facendo la norma riferimento a situazioni di diritto, il reato avrebbe potuto realizzarsi soltanto all'estero, con la conseguenza che il reato fu destinato all'oblio per molti anni⁴⁶².

Una tale interpretazione, tuttavia, appare tradire apertamente le Convenzioni internazionali cui fa riferimento la norma. Come si è avuto modo di vedere, sia al momento della loro adozione, che successivamente per effetto dell'elaborazione giurisprudenziale, i concetti di schiavitù e di istituzioni o pratiche simili alla schiavitù (cui sembra richiamare l'inciso condizione analoga), rispettivamente definiti nella Convenzione del 1926 e in quella del 1956, facevano chiaramente riferimento sia a condizioni di *diritto* che a condizioni di *fatto*⁴⁶³. Con l'evidente conseguenza, di rendere assolutamente inutile la previsione del reato di plagio. E fu proprio il venir meno di tale fattispecie a ricondurre il quadro normativo ad una certa chiarezza.

L'infelice formulazione del reato di plagio (art. 603 c.p. «*Chiunque sottopone una persona al proprio potere, in modo da ridurla in totale stato di soggezione, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni*») si prestava, infatti, a così tante e diverse interpretazioni da porsi sin da subito in contrasto con i principi di tassatività e determinatezza in materia penale⁴⁶⁴. A seguito della vicenda Braibanti⁴⁶⁵, che scosse l'opinione pubblica ed interrogò numerosi giuristi su quali dovessero essere gli esatti confini del reato, alla prima occasione utile che si ripresentò, venne sollevata la questione di legittimità costituzionale⁴⁶⁶.

⁴⁶² L'impossibilità di realizzare la condotta di cui all'art. 600 c.p. sul territorio italiano ha portato alcuni a parlare di 'precetto impossibile'. Si veda in proposito: DI MARTINO A., *Servi sunt, immo homines, Schiavitù e condizione analoga nell'interpretazione di una corte di merito*, in *Foro Italiano*, 1994, II, pp. 298 e ss.

⁴⁶³ CIAMPA G., *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù*, cit., pp. 137 e ss.

⁴⁶⁴ Per una ricognizione sintetica dei casi in cui venne contestato il reato di plagio si veda: CIAMPA G., *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù*, cit., pp. 144-145. In dottrina si veda: BENASSI P., *Alcune note in tema di plagio*, in *Indice penale*, 1979, p. 97; NUVOLONE P., *Considerazioni sul delitto di plagio*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, tomo terzo, Giuffrè, Milano, 1972, p. 1283; FILCK G. M., *La tutela della personalità nel delitto di plagio*, Giuffrè, Milano, 1972, p. 87.

⁴⁶⁵ Per una ricostruzione della vicenda processuale si veda: FERLUGA G., *Il processo Braibanti*, Zamorani, Torino, 2003.

⁴⁶⁶ La questione di legittimità costituzionale venne sollevata dal giudice istruttore presso il Tribunale di Roma con ordinanza emessa il 2.11.1978, edita in *Giur. Cost.*, 1979, II, col. p. 666.

Il reato di plagio venne dichiarato costituzionalmente illegittimo nel 1981 per contrasto con il principio di tassatività in materia penale⁴⁶⁷. La sentenza della Corte Costituzionale si rivela, ai nostri fini, particolarmente interessante nella parte in cui, sebbene soltanto con un *obiter dictum*, si spinse ad affermare che le situazioni di schiavitù di fatto potessero trovare adeguata collocazione nell'art. 600 c.p.

La dichiarata incostituzionalità dell'art. 603 c.p. determinò, infatti, il naturale riespandersi della portata dell'art. 600 c.p. alle ipotesi prima ritenute escluse, vale a dire alle situazioni di schiavitù di fatto, superando in tal modo la fragilità della precedente interpretazione sistematica della previsione normativa.

La prima sentenza di condanna per art. 600 c.p. fu pronunciata in Italia nel 1986 dalla Corte d'Assise di Milano⁴⁶⁸ in un caso riguardante i c.d. minori argati, ossia bambini o minori di quattordici anni, dunque non imputabili, acquistati in seguito a contratto di concessione stipulato con i genitori da nomadi slavi in Jugoslavia, allo scopo di asservirli e sfruttarli nel nostro Paese per la commissione di reati contro il patrimonio o per l'accattonaggio. Valorizzando le previsioni di cui alla Convenzione del 1956, e ponendosi in discontinuità rispetto alla giurisprudenza e dottrina precedente, i giudici milanesi ritennero che

«tutte le situazioni analoghe alla schiavitù, di diritto o di fatto, contemplate nelle convenzioni internazionali rientrano nella previsione dell'art. 600 c.p.»⁴⁶⁹.

Ulteriori passi avanti vennero mossi dalla giurisprudenza di merito negli anni Novanta.

Partendo dalla definizione di schiavitù della Convenzione del 1926, quale definizione fondata su elementi costitutivi di carattere prettamente sostanziale, in cui la fattispecie proibita dalla norma si perfezionava ogniqualvolta si verificasse l'evento della

⁴⁶⁷ Corte Costituzionale, sentenza 9.4.1981-8.6.1981, n. 96, in G.U. 10.6.1981, n. 158. Si veda in proposito anche: VALLINI A., *Art. 1 – Modifica dell'articolo 600 del codice penale. L. 11.8.2003 n. 228 – Misure contro la tratta di persone (Commenti articolo per articolo)*, in *Legislazione Penale*, 2004, 4, p. 641 e COVIELLO A., *Lo stato di soggezione: dal plagio alla riduzione in schiavitù*, Nota a Cass. sez V, 27.9.2013, n. 8370, in *Rivista di Polizia*, 2015, 8-9, pp. e 796 ss.

⁴⁶⁸ Ass. Milano, sez. I, 27.10.1986, *Ahmet Iskender*, in *Indice Penale*, 1987, p. 113.

⁴⁶⁹ Il caso dei minori argati si ripropose in molte altre decisioni, anche di legittimità (cfr. Cass. pen., sentenza 7.12.1987, *Izet*, in *Foro Italiano*, 1990, II, col. p. 369). Più recentemente si veda: Cass. pen., sentenza 1.7.2002, *Dimitrijevic*, in *Guida al diritto*, 2002, 44, p. 79. È stato sottolineato che l'importanza della decisione in questione va colta nel fatto che la stessa Corte di Cassazione applicò il reato di riduzione in schiavitù a fatti commessi in un ordinamento, cioè la Jugoslavia, che non riconosceva giuridicamente la schiavitù. Sul punto si veda: PICOTTI L., *I delitti di tratta e schiavitù. Novità e limiti della legislazione italiana*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2007, 1, p. 46.

soggezione di un individuo ad un diritto di proprietà effettivamente esercitato da un'altra persona, la Corte d'Assise di Firenze si spinse ad affermare che l'individuazione delle situazioni concrete suscumbibili nella definizione legale deve essere rimessa al giudice⁴⁷⁰. La produzione di tale evento, secondo i giudici fiorenti, non presuppone, quindi, l'attuazione di determinate modalità della condotta del soggetto agente; al contrario, qualsiasi tipo di comportamento è astrattamente idoneo a dare luogo all'illecito, a condizione che esso conduca effettivamente a determinare l'evento definito dalla norma in esame. L'irrilevanza del *modus operandi* e l'ampia interpretazione del reato di schiavitù che ne scaturì, come puntualizzate dalla Corte D'Assise di Firenze, trovarono avvallo non solo in dottrina⁴⁷¹, ma ben presto anche nella giurisprudenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite⁴⁷².

Anche nel caso sottoposto all'attenzione delle Sezioni Unite, si trattava di decidere su una vicenda non specificamente tipizzata dalla Convenzione del 1956. Si partì, pertanto, con l'affermare che la Convenzione del 1926 contemplava sia situazioni di diritto che di fatto, per il riferimento – oltre che allo stato – anche alla condizione, e si finì per definire la condizione analoga alla schiavitù come un concetto

«determinativamente percepito dai destinatari del precetto penale, come descrittivo della condizione di un individuo che – per via dell'attività esplicata da altri sulla sua persona – venga a trovarsi (pur conservando normalmente lo status di soggetto dell'ordinamento giuridico) ridotto nell'esclusiva signoria dell'agente, il quale materialmente ne usi, ne tragga frutto o profitto e ne disponga, similmente al modo in cui – secondo le conoscenze storiche, confluite nell'attuale patrimonio socio-culturale dei membri della collettività – il “padrone”, un tempo, esercitava la propria signoria sullo schiavo».

L'interpretazione estensiva, ai limiti dell'analogia in *malam partem*, che vedeva la schiavitù, in particolare la condizione analoga, in ogni forma di esercizio di un potere simile al diritto di proprietà, a prescindere da qualsivoglia riferimento al diritto

⁴⁷⁰ Assise Firenze, sentenza 23.3.1993, *Tahiri ed altri*, in *Foro Italiano*, 1994, 2, pp. 298 e ss. Cfr. anche: LENZERINI F., *La definizione internazionale di schiavitù secondo il Tribunale per la Ex-Yugoslavia: un caso di osmosi tra consuetudine e norme convenzionali*, cit., pp. 1026 ss.

⁴⁷¹ DI MARTINO A., *Servi sunt, immo homines, Schiavitù e condizione analoga nell'interpretazione di una corte di merito*, cit.

⁴⁷² Cass. pen., Sez. Un., sentenza 20.11.1996, *Ceric*, in *Foro Italiano*, 1997, II, col., p. 313.

positivo destò non poche preoccupazioni per la tenuta del principio di determinatezza in materia penale⁴⁷³.

Nel solco di tale esegesi normativo-sociale, si pose anche la successiva giurisprudenza di legittimità, rilevando che la definizione di schiavitù di cui alla Convenzione del 1926 implica una situazione

*«che la mutevole realtà può presentare con connotati volta a volta diversi ma fondamentalmente identici nell'ambito dei rapporti interpersonali, nei quali un individuo ha un potere pieno e incontrollato su un altro, assoggettato appunto al suo dominio»*⁴⁷⁴.

Ebbene, alla luce del quadro tratteggiato, appare evidente come la riforma operata con la legge n. 228/2003 «*Misure contro la tratta di persone*», fosse imposta da una parte dal dovere dell'ordinamento italiano di conformarsi agli strumenti internazionali in materia, tra cui la decisione 2002/629/GAI, dall'altra dalla necessità di far fronte dell'esigenza di superare l'eccessiva indeterminatezza delle tre formulazioni originarie in materia (artt. 600, 601, 602 c.p.), in aperta tensione con i principi costituzionali di determinatezza e tassatività della norma penale, che ne avevano comportato una rara applicazione⁴⁷⁵.

In particolare, tale riforma conferì nuova vitalità ai reati contro la personalità individuale, che fino ad allora avevano rivestito, come si è visto, per lo più una funzione simbolica⁴⁷⁶, considerata la loro sostanziale inapplicabilità.

L'art. 1 della l. 228/2003 introduce una norma a più fattispecie: la 'riduzione o mantenimento in schiavitù' e la 'riduzione o mantenimento in servitù'⁴⁷⁷:

⁴⁷³ Cfr. RESTA F., «Nuove» schiavitù? *I delitti contro la personalità individuale, alla luce delle leggi 269/1998 e 228/2003*, in *Diritto & formazione*, 2006, 1, pp. 68-80; GOISIS L., *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, cit.

⁴⁷⁴ Cass. pen., sentenza 24.9.1999, in *Gazzetta Giuridica Giuffrè ItaliaOggi*, 1999, 39, pp. 52 e ss.

⁴⁷⁵ FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*, Bologna, 2007, p. 117.

⁴⁷⁶ MAZZI G., *Commento all'art. 600 c.p.*, in PADOVANI T. (a cura di) *Codice penale*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 4142.

⁴⁷⁷ VALLINI A., *Art. 1 – Modifica dell'articolo 600 del codice penale. L. 11.8.2003 n. 228 – Misure contro la tratta di persone (Commenti articolo per articolo)*, cit., p. 628. In proposito, si esprime anche la giurisprudenza della Cassazione, definendo la norma di cui all'art. 600 c.p. come «*delitto a fattispecie multipla*»: Cass pen., sentenza 20.12.2004, *Galiceanu*, in *Guida al diritto*, 2005, 9, p. 1472; Cass. pen., sentenza 10.9.2004, *Braidich*, in *Cass. pen.*, 2005, p. 2545.

«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 a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento, è punito con la reclusione da otto a venti anni».

La prima condotta è descritta come l'«*esercizio su una persona dei poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà*». La locuzione in questione è evidentemente mutuata dalla Convenzione del 1926 e mira a risolvere i precedenti contrasti dottrinali formati prima della riforma, ove le opinioni si dividevano tra chi considerava la schiavitù come condizione di diritto e chi faceva riferimento anche a situazioni di mero fatto. L'espressione «*corrispondenza dei poteri*» sembra, tuttavia, formulata in modo tale da contenere allo stesso tempo le situazioni di fatto e quelle di diritto⁴⁷⁸. Un legislatore che avesse voluto intendere la condotta come rivolta alla creazione o al mantenimento di una condizione di diritto avrebbe, infatti, fatto riferimento all'esercizio del diritto di proprietà, e non all'esercizio di poteri corrispondenti al diritto di proprietà⁴⁷⁹.

Con tale formulazione, il legislatore italiano sembra, dunque, aver definitivamente superato i problemi della precedente dizione dell'art. 600 c.p., che si riteneva realizzabile solo all'estero e perseguibile in Italia ai sensi dell'art. 600 c.p., in combinato disposto con gli artt. 604 e 7, n. 5, c.p.

Un'incongruenza rispetto alla definizione internazionale si rinviene laddove la norma pattizia richiede l'esercizio di «*alcuno o di tutti*» («*any or all*») i poteri corrispondenti all'esercizio della proprietà; mentre la disposizione interna parla solo di «*esercizio di poteri*». A tal proposito, vi è chi sostiene come un'interpretazione improntata alla ragionevolezza imponga in realtà di ritenere realizzata l'ipotesi della riduzione in schiavitù anche laddove *non* siano integrati *tutti* i poteri corrispondenti al diritto di proprietà⁴⁸⁰. Tale interpretazione sarebbe, peraltro, più in linea – come si è visto – con l'esegesi della Convenzione del 1926.

⁴⁷⁸ FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*⁴, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 140.

⁴⁷⁹ CIAMPA G., *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù*, cit., p. 244.

⁴⁸⁰ Ivi, p. 150.

5.1.1. La soggezione continuativa

La seconda forma di condotta, che costituisce la vera novità della riforma, facendo riferimento ad una diversa accezione di schiavitù di *fatto*, sanziona la ‘riduzione o il mantenimento in servitù’, definita dall’attuale art. 600 c.p. come una «*soggezione continuativa, che costringe a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all’accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportano lo sfruttamento*».

A differenza della ‘riduzione o mantenimento in schiavitù’ che si sostanzia in un reato di mera condotta, tale seconda fattispecie si delinea come reato di evento ‘a forma vincolata’, in quanto, lo stato di soggezione deve essere, a sua volta, il frutto di

«violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità» ovvero, ancora, frutto di *«promessa o di dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona»*.

Tra le descritte modalità di realizzazione del fatto, maggiormente ‘inedita’ appare l’ipotesi di *«approfittamento di una situazione di necessità»*, che sembra fare riferimento ad un bisogno tanto estremo – tanto di difficile elusione – di una qualsivoglia forma di assistenza altrui, tale da rendere soggettivamente obbligata la scelta di consegnarsi al proprio futuro padrone.

Sul punto, è opportuno precisare che, negli anni successivi alla riforma, la giurisprudenza di legittimità ha affermato che il riferimento alla necessità deve essere interpretato non nel senso dell’art. 54 c.p., ma avuto riguardo allo *«stato di bisogno»* secondo l’accettazione utilizzata nel delitto di usura aggravata (art. 644, comma 5, n. 3, c.p. o allo *«stato di bisogno»* di cui all’istituto della rescissione del contratto per lesione (art. 1448 c.c.)⁴⁸¹. Ad avviso del più recente orientamento della Suprema Corte, peraltro, lo stato di bisogno nel reato di usura aggravata deve intendersi non come uno stato di necessità tale da annientare in modo assoluto qualunque libertà di scelta, ma come un impellente assillo che, limitando la volontà del soggetto, lo induca a ricorrere al credito a condizioni usurarie, non assumendo alcuna rilevanza né la

⁴⁸¹ *Ex multis*: Cass. pen., sentenza 25.1.2007, n. 2841.

causa di esso, né l'utilizzazione del prestito usurario⁴⁸². In sostanza, la giurisprudenza è per lo più orientata nell'identificare lo stato di bisogno in quelle situazioni in cui la persona offesa, pur non essendo completamente indigente, manchi, comunque, dei mezzi idonei a fronteggiare le esigenze primarie di vita, relative a beni per chiunque essenziali.

La questione della rilevanza dei mezzi della condotta si pone in particolare per la condizione dei migranti⁴⁸³, in merito alla quale la Corte di Cassazione ha affermato, che integra il reato di riduzione in schiavitù, mediante approfittamento dello stato di necessità altrui, la condotta di chi approfitta della mancanza di alternative esistenziali di un immigrato da un paese povero, imponendogli condizioni di vita abnormi e sfruttandone le prestazioni lavorative al fine di conseguire il saldo del debito da questi contratto con chi ne ha agevolato l'immigrazione clandestina⁴⁸⁴. Secondo questa giurisprudenza, un effettivo condizionamento della volontà nell'accettare condizioni lavorative, quali quelle descritte dalla sentenza appena menzionata, non può essere ravvisato nella mera esigenza di prestare un lavoro per ottenere sostentamento, identificabile nella generalità delle situazioni personali e non corredata da connotati qualitativi ulteriori negli stranieri regolarmente o irregolarmente entrati nel territorio nazionale alla ricerca di migliori condizioni di vita; occorrendo che a detta condizione si aggiungano fattori di ulteriore e più stringente incidenza sulla libertà personale e di circolazione della vittima quali, a titolo di esempio, quella individuata dalla stessa Corte di Cassazione nella necessità di saldare il debito contratto con i soggetti che abbiano agevolato l'immigrazione clandestina dello straniero.

Sul punto, merita rammentare che anche le Linee guida dell'ILO sulla tratta di esseri umani e lo sfruttamento del lavoro forzato⁴⁸⁵ indicano come situazione di lavoro

⁴⁸² Cass. pen., sentenza 11.11.2010 n. 43713, in *CEDCass.*, 2010, rv. 248974; Cass. pen., sentenza 25.3.2014, n. 18778, in *CEDCass.*, 2014, rv. 259962; Cass. pen., sentenza 16.12.2015, n. 10795, in *CEDCass.*, 2016, m. 266162.

⁴⁸³ GADALETA L., *Schiavitù e sfruttamento lavorativo nel diritto penale*, in BUFFA F., GADALETA L. e RIVERSO R., *Sfruttamento lavorativo*, Key Editore, Vicalvi, 2017, p. 38

⁴⁸⁴ Cfr. Cass. pen., sentenza 13.11.2008, n. 46128, in *CEDCass.*, 2008, rv. 241999.

⁴⁸⁵ ILO, *Human Trafficking and Forced Labour Exploitation Guidelines for Legislation and Law Enforcement. Special Action Programme to Combat Forced Labour*, 2005, reperibile al sito: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_081999.pdf.

forzato quella del *debt bondage*⁴⁸⁶. In particolare, l'ILO avverte che la situazione si trova al confine tra il lavoro forzato e la schiavitù, ed implica che l'individuo lavori in parte od esclusivamente per ripagare il debito contratto per fornire l'alloggio o il vitto ovvero per il reclutamento o il trasporto.

Come vedremo nel prosieguo, in una recente sentenza la Corte di Cassazione è ritornata sul tema, chiarendo che, ai fini della sussistenza del delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o in servitù, ciò che risulta determinante è la

«situazione di debolezza o di mancanza materiale o morale del soggetto passivo, adatta a condizionarne la volontà personale, in accordo con quanto disposto nella decisione-quadro UE 2002/629/GAI sulla lotta alla tratta degli esseri umani (di cui la legge n. 228/03 è attuazione), laddove intende tutelare le posizioni di vulnerabilità; nozione, quest'ultima, che deve essere tenuta ben presente al fine di interpretare l'art. 600 c.p.», costituendo essa una condizione capace di compromettere *«radicalmente la libertà di scelta della vittima, che non ha altra scelta se non quella di sottostare all'abuso»*⁴⁸⁷.

Con riguardo alla secondo modalità di compimento del reato di cui all'art. 600 c.p., la Corte di Cassazione ha, a più riprese, affermato che l'evento di riduzione o mantenimento in stato di soggezione richiede una significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della persona offesa, anche indipendentemente da una totale privazione della libertà personale. La Suprema Corte ha precisato, infatti, che nel caso dello sfruttamento delle prestazioni altrui, la condotta criminosa non si ravvisa nell'offerta di lavoro implicante gravose prestazioni in condizioni ambientali disagiate a fronte di un compenso inadeguato, poi neanche versato, se la persona *«si determina liberamente ad accettare lo scambio»* e può sottrarvisi una volta rilevato il disagio concreto che ne consegue⁴⁸⁸. La condizione sussiste, invece, quando si impedisce alla persona di determinarsi liberamente nelle sue scelte esistenziali, per via od in costanza di una situazione di soggezione come sopra definita.

⁴⁸⁶ Si tratta della definizione contenuta nell'art. 1(a) della Convenzione aggiuntiva delle Nazioni Unite sull'abolizione della schiavitù, della tratta degli schiavi e delle pratiche analoghe alla schiavitù adottata a Ginevra il 7 settembre 1956.

⁴⁸⁷ Cass. pen., sentenza 17.6.2016, n. 31647, in banca dati *DeJure*.

⁴⁸⁸ Cass. pen., sentenza 4.4.2011, n. 13532, in *Cass.Pen.*, 2012, pp. 1388 e ss.

Tale orientamento, ormai consolidato nella giurisprudenza di legittimità⁴⁸⁹, ritiene, dunque, a titolo di elemento necessario, ai fini della configurazione del reato in questione, la mancanza di libertà di autodeterminazione. Pertanto, la soggezione imposta da chi esercita il controllo deve essere tale da *condizionare* la *scelta* del soggetto, al punto di privarlo della possibilità di sottrarsi alla situazione di sfruttamento cui è sottoposto. Il mero lavoro sotto-pagato ovvero la violazione dei diritti del lavoratore non può, dunque, di per sé configurare una riduzione in schiavitù, dovendo i diversi indici di sfruttamento innestarsi in una complessa vicenda esistenziale caratterizzata dal totale e continuo asservimento della vittima al proprio ‘aguzzino’⁴⁹⁰.

Il discrimine è tracciato insomma dalla impossibilità per il soggetto di sottrarsi liberamente alla condizione in cui versa, in quanto la *ratio* della norma si rinviene nella tutela di due libertà fondamentali costituzionalmente garantite: la libertà di autodeterminazione e la libertà personale (artt. 2 e 13 Cost.)⁴⁹¹.

Ma, affinché tali libertà siano effettivamente garantite, sarà necessario che la scelta di sottoporsi allo sfruttamento avvenga a certe condizioni.

La posizione della Corte di Cassazione, espressa nella sentenza citata, quando afferma la non configurabilità del reato di schiavitù se la persona «*si determina liberamente ad accettare lo scambio*» sembra ipotizzare la sussistenza di un consenso scriminante, nonostante sia noto che in tema di reati contro la personalità individuale e, in particolare, contro lo *status libertatis*, il consenso non possa spiegare alcuna efficacia scriminante. Il senso di una tale affermazione va allora rinvenuto, come si è detto, nella necessità di tutelare, ancor prima della libertà personale, la libertà di autodeterminazione della persona, evitando un approccio eccessivamente paternalistico.

La questione involge il più ampio tema della legittimità, o meglio, dell’opportunità di proibire la stipula di contratti volontari di schiavitù.

⁴⁸⁹ *Ex multis*: Cass. pen., sentenza 14.10.2014, n. 49594, in *CEDCass.*, 2014, rv. 261345; Cass. pen., sentenza 5.11.2013, n. 25408, in *CEDCass.*, 2014, rv. 260230.

⁴⁹⁰ La Suprema Corte ha a questo proposito precisato che «*le condizioni inique di lavoro, alloggio incongruo e la situazione di necessità dei lavoratori, non configurano il reato di schiavitù disciplinato dall’art. 600 c.p., a patto che il soggetto rimanga libero di determinarsi nelle proprie scelte essenziali*» (Cass. pen., sentenza 10.2.2011-4.4.2011, n. 13532, in *Cass.Pen.*, 2012, pp. 1388 e ss.). Sul punto si veda anche: VALLINI A., *Reati di sfruttamento lavorativo*, in www.altrodiritto.it

⁴⁹¹ Cfr. FEDERICI M.A., *Sugli elementi costitutivi del delitto di riduzione in schiavitù*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, 11, pp. 2334-2335.

Quella della Corte di Cassazione è un'impostazione che affonda le proprie radici in alcuni paradigmi fondativi della cultura giuridica moderna, a partire da quelli che si sono sedimentati fin dai tempi dell'Illuminismo. La letteratura illuministica, in ragione del progressivo strutturarsi dei paradigmi legati ai diritti dell'uomo, ha da un lato individuato come fonti storiche della schiavitù soltanto atti di forza e di violenza, dall'altro ha escluso categoricamente, sul piano stesso del diritto, la possibilità logico-giuridica che la schiavitù derivasse da contratto. Il rilievo assiologico riconosciuto ai diritti dell'uomo e alla loro inalienabilità portava, per chi si collocava nell'orizzonte ideale e culturale fondato su tali paradigmi, ad una comprensibile e logica contrazione dei fenomeni riconducibili alla schiavitù, sì da renderla di fatto introvabile e invisibile in quella esclusiva forma nella realtà europea⁴⁹².

La sintesi delle problematicità di tali considerazioni si rinviene nelle parole di John Stuart Mill, il quale affermando «*the principle of freedom cannot require that he should be free not to be free. It is not freedom to be allowed to alienate his freedom*»⁴⁹³, ammetteva che la libertà stessa non potesse implicare anche la libertà di stipulare contratti di schiavitù.

Vi è, in proposito, chi ha tentato dimostrare che vi sono fondati e coerenti argomenti liberali e antipaternalisti per proibire la stipula volontaria di contratti di schiavitù⁴⁹⁴. Tale opinione sostiene che l'intervento dello Stato volto ad impedire che i soggetti stipulino volontariamente contratti di schiavitù non ha necessariamente una giustificazione paternalista, perché si tratta non tanto di tutelare gli interessi del soggetto contro la sua volontà, ossia la volontà di divenire schiavo di qualcun altro, ma di evitare che altri acquisiscano un beneficio economico in un modo ritenuto moralmente inaccettabile o ingiusto. In realtà ciò che dimostra l'autore, attraverso la formulazione di esempi concreti particolarmente paradigmatici, è che l'intervento per impedire la stipula di tali contratti sta nell'ampliamento dell'insieme delle opzioni realmente disponibili: offrire a chi si trova in condizioni di estrema difficoltà economica, sociale nonché esistenziale, la tutela effettiva dei diritti fondamentali (quali, ad esempio, il diritto ad una casa fornita di alcuni servizi essenziali, come acqua corrente, elettricità, il diritto ad un sussidio in caso di disoccupazione

⁴⁹² JANNARELLI A., *Osservazioni preliminari per una definizione giuridica delle forme contemporanee della schiavitù*, in *Rivista di diritto privato*, 2014, 3, pp. 347 e ss.

⁴⁹³ Cfr. MILL J.S., *Saggio sulla libertà*, 1895, Trad. da On Liberty, Il Saggiatore, Milano, 1997.

⁴⁹⁴ Per una più compiuta analisi del tema si rinvia a: MANIACI G., *I contratti di schiavitù e il lato oscuro dell'antipaternalismo*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2013, 13, pp. 538 e ss.

involontaria, o di invalidità, il diritto a determinate prestazioni sanitarie gratuite, il diritto ad un lavoro dignitoso) vuol dire ampliare lo spettro delle alternative disponibili.

L'intervento dello Stato, in questo senso, non è paternalista perché non costringe il soggetto vulnerabile a scegliere un tipo di vita, ma gli offre un'alternativa che fino ad allora non aveva potuto considerare.

Tali considerazioni appaiono ancor più rilevanti se si pensa che con la riforma del 2014, che ha attuato la direttiva 2011/36/UE, l'art. 600 c.p. è stato riformulato inserendo tra i mezzi della condotta di cui alla seconda parte del primo comma l'«*approfittamento della situazione di vulnerabilità*».

Come si è visto nelle precedenti pagine, tale locuzione ha il pregio di prendere in considerazione quelle situazioni in cui la vittima non ha a disposizione altre scelte effettive ed accettabili se non sottoporsi all'abuso, allo sfruttamento.

Il consenso, allora, potrebbe dirsi effettivamente scriminante in tali contesti solo laddove si accerti giudizialmente che la persona disponesse di altre scelte di vita realmente percorribili e che, nonostante ciò, abbia deciso di accettare *liberamente* la schiavitù.

Il tema verrà più diffusamente affrontato nel prossimo capitolo, ove si cercherà di dimostrare che proprio la presenza di tali alternative rappresenta l'unico strumento in grado di tutelare in maniera effettiva la dignità umana.

Per il momento, è sufficiente constatare come, nonostante gli sforzi della Suprema Corte, il concetto di *costante assoggettamento* (*rectius* soggezione continuativa) appare intriso di un elevato portato di indeterminatezza, che di volta in volta non può che essere riempito di contenuto se non andando a vedere il singolo caso di specie in cui lo sfruttamento si è consumato⁴⁹⁵.

In effetti, il riferimento allo stato di soggezione di cui all'art. 600 c.p. ha riproposto, inevitabilmente, gli stessi dubbi e limiti che hanno caratterizzato la breve vita del reato

⁴⁹⁵ Sul punto si veda: *Report by Maria Grazia Giammarinaro*, OCSE Special Representative and Coordinator for Combating Trafficking in Human Beings, following her visit to Italy from 18-19 June and 15-19 July 2013. La Rappresentante dell'OCSE, a seguito delle perplessità sollevate da alcuni Procuratori della Repubblica, in occasione della sua visita, in ordine all'applicazione degli artt. 600 e 601 c.p. a casi di sfruttamento lavorativo, sottolinea che la «soggezione continuativa» potrebbe essere difficile da riconoscere e provare, specialmente nei casi di tratta a fini di sfruttamento lavorativo, dove la soggezione può essere raggiunta attraverso situazioni di debt bondage e/o manipolazione psicologica.

di plagio⁴⁹⁶. Come è stato notato, tuttavia, l'art. 600 c.p. non allude ad un «*totale* stato di soggezione», al pari di quanto avveniva nel reato di plagio, e sebbene il requisito della *continuatività* presupponga pur sempre una significativa compressione della capacità di autodeterminazione, questo non appare incompatibile con la concessione di (pseudo) spazi di libertà⁴⁹⁷.

A fronte del rischio di perdita di precisione della fattispecie, sia la dottrina che la giurisprudenza hanno cercato negli ultimi anni di valorizzare la nozione di sfruttamento precisando che la *soggezione continuativa* rilevante ai sensi dell'art. 600 c.p. è quella realizzata mediante una condotta costringitiva il cui risultato sfoci nello sfruttamento. In altre parole, il disvalore di evento della fattispecie andrebbe ravvisato nella

«sinergia funzionale tra lo sfruttamento coattivo della persona e la sua condizione di assoggettamento continuativo, tale da ridurla a strumento di produzione di un utile, che ne annulla la libertà di autodeterminazione e ne nega in radice la libertà quale divieto di strumentalizzazione della persona per fini che la trascendono»⁴⁹⁸.

In particolare, laddove il legislatore sembra evidenziare i due momenti della fattispecie cumulativamente considerati, ossia lo sfruttamento coattivo di una persona e la condizione di costante assoggettamento del soggetto sfruttato, vi è chi ne ha tratto un argomento per affermare la natura di reato complesso dell'art. 600 c.p.: sarebbe, infatti, solo dalla sinergia di queste due condizioni che si verrebbe a determinare una vera e propria reificazione della persona⁴⁹⁹. Ne deriva che assume rilevanza non già un qualsiasi asservimento, ma solo quello il cui contenuto intrinseco di coartazione appaia strutturalmente indirizzato verso lo sfruttamento.

⁴⁹⁶ BERNASCONI C., *La repressione penale della tratta di esseri umani nell'ordinamento italiano*, in FORLATI S. (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani. Tra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., p. 74.

⁴⁹⁷ RESTA F., *I Delitti contro la personalità individuale, alla luce delle recenti riforme*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2006, 4, p. 1048.

⁴⁹⁸ RESTA F., *Schiavitù e sfruttamento. L'art. 600 c.p. tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giurisprudenza di Merito*, 2011, 11, p. 2844.

⁴⁹⁹ VALLINI A., *Art. 1 – Modifica dell'articolo 600 del codice penale. L. 11.8.2003 n. 228 – Misure contro la tratta di persone (Commenti articolo per articolo)*, cit., pp. 634-635.

La finalità dello sfruttamento integrerebbe, dunque, il vero tratto distintivo della fattispecie di cui all'art. 600 c.p. rispetto ad ogni altra forma di inibizione della libertà personale⁵⁰⁰.

Peraltro, proprio la previsione della condotta in forma vincolata servirebbe a recuperare la determinatezza della fattispecie nel momento in cui la condotta e il risultato dell'assoggettamento si accompagnano a modalità funzionali alla compressione della libertà di autodeterminazione del soggetto passivo⁵⁰¹. Tale tecnica di redazione dovrebbe mettere a riparo la fattispecie da interpretazioni soggettivizzanti, in chiave di assoggettamento psichico e manipolazione della personalità individuale, che contrassegnarono l'esperienza del reato di plagio. Sebbene, infatti, la seconda parte dell'art. 600 c.p. presenti una certa somiglianza con la fattispecie dichiarata costituzionalmente illegittima⁵⁰², la previsione dei mezzi della condotta nonché la centralità dello sfruttamento consentono all'art. 600 c.p. di sfuggire a quel rischio di indeterminatezza che condusse alla dichiarazione di incostituzionalità del reato di plagio.

5.2. La tratta di esseri umani e l'inscindibile legame con il reato di schiavitù

Come anticipato, prima di analizzare le modifiche apportate nel 2014 al reato di tratta, è necessario ripercorrere le problematiche sottese alla previgente formulazione della norma, anch'essa interessata dalla riforma del 2003.

Occorre premettere che ancor prima della riforma del 2003, nella sua versione originaria, il reato di cui all'art. 601 c.p., sulla falsariga di quello di riduzione o mantenimento in schiavitù (art. 600 c.p.), era formulato in maniera tautologica, senza alcuna descrizione della condotta:

«chiunque commette tratta o comunque fa commercio di schiavi o di persone in condizione analoga alla schiavitù è punito con la reclusione da cinque a venti anni».

⁵⁰⁰ Cass. pen., sentenza 12.12.2006, in *Cass.pen.*, 2007, 12, 4572 ss., con nota di PROVENZANO M., *La "nuova" nozione di schiavitù e il possibile concorso con il reato di maltrattamenti in famiglia*, ivi, 4574 ss.

⁵⁰¹ Cass. pen., sentenza 10.9.2004, n. 39044, in *Cass. Pen.*, 2007, pp. 160 e ss. Sul punto si veda anche: VALLINI A., *Art. 1 – Modifica dell'articolo 600 del codice penale. L. 11.8.2003 n. 228 – Misure contro la tratta di persone (Commenti articolo per articolo)*, cit., p. 635, il quale sostiene che è dalla sinergia tra lo sfruttamento della persona e la condizione di costante assoggettamento del soggetto sfruttato che si determina la definitiva reificazione.

⁵⁰² RESTA F., *I Delitti contro la personalità individuale, alla luce delle recenti riforme*, cit., p. 1049.

In assenza di indicazioni, la dottrina aveva rinvenuto il tratto qualificante della fattispecie nella finalità di lucro, facendovi rientrare anche le condotte riguardanti soggetti non ancora ridotti in schiavitù⁵⁰³.

In difetto di applicazione della norma, tuttavia, non risultano precedenti della giurisprudenza da poter esaminare.

Per le stesse ragioni che condussero alla riforma dell'art. 600 c.p., nel 2003 venne riformulato anche l'art. 601 c.p., prevedendo due distinte fattispecie: la *tratta di schiavi*, ravvisabile nell'atto di colui che 'commette la tratta' in danno di persona che già versi nelle condizioni di cui all'articolo 600 c.p. e la *tratta o cattura a scopo schiavistico*, realizzata da chi, con una serie di mezzi e di modalità espressamente indicate, costringe la vittima ad immigrare in o ad emigrare da un certo territorio nazionale o a soggiornarvi, con l'obiettivo ultimo di commettere uno dei reati di cui all'articolo 600 c.p.⁵⁰⁴

Anche l'art. 601 c.p. – al pari dell'art. 600 c.p. – assue la forma di 'norma a più fattispecie', immediatamente distinguibili nel diverso valore assunto dalla condizione o stato di schiavitù/servitù. Nel primo caso, infatti, esso rappresenta un presupposto della condotta tipica, in quanto la persona offesa si trova già nella situazione di asservimento; diversamente, nella seconda ipotesi, dove il presupposto è lo stato di libertà della vittima, l'apprensione schiavistica del soggetto è lo scopo della condotta, ovvero l'elemento che va ad integrare e definire il dolo specifico.

Tuttavia, neppure la nuova formulazione offrì una definizione chiara e circoscritta di tratta: da una parte, si può ritenere che l'intervento abbia inteso rinunciare a fornire tale definizione, accettando implicitamente la nozione di tratta che emerge complessivamente dai diversi strumenti internazionali e comunitari dell'epoca (nello

⁵⁰³ CALLAIOLI A., *Art. 2 - Modifica dell'articolo 601 del codice penale. L. 11.8.2003 - Misure contro la tratta di persone (Commenti articolo per articolo)*, in *Legislazione penale*, 2014, 4, p. 653.

⁵⁰⁴ Art. 601 c.p. (secondo la formulazione di cui alla legge n. 228/2003): «*Chiunque commette tratta di persona che si trova nelle condizioni di cui all'articolo 600 ovvero, al fine di commettere i delitti di cui al primo comma del medesimo articolo, la induce mediante inganno o la costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno, è punito con la reclusione da otto a venti anni. La pena è aumentata da un terzo alla metà se i delitti di cui al presente articolo sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo di organi*».

specifico, dall'articolo 1, n. 2, della Convenzione di Ginevra sulla schiavitù del 25 settembre 1926, dall'articolo 3 del Protocollo di Palermo sulla tratta e infine dalla decisione quadro 2002/629/GAI). Dall'altra, potrebbe invece concludersi che la *tratta di schiavi* e la *tratta o cattura a scopo schiavistico* descrivano due aspetti di un identico fenomeno e perciò, di un'unica fattispecie. Quest'ultima soluzione, seppure consentirebbe di superare alcuni dubbi circa la tassatività/determinatezza della disposizione codicistica, contrasta con la ricostruzione proposta in ordine alla previsione di due fattispecie distinte e in rapporto di incompatibilità reciproca.

Elemento tipico della fattispecie in esame era la cosiddetta *abductio*, ovvero il trasferimento spaziale della vittima, mentre non furono considerati rilevanti ai fini del perfezionamento della fattispecie né la presenza di una seppur minima organizzazione imprenditoriale delle suddette attività illecite, né la plurisoggettività dei destinatari in senso passivo delle stesse.

Il reato di tratta venne in sostanza ad atteggiarsi quale reato comune, solo eventualmente abituale e pure eventualmente monosoggettivo.

Un aspetto che tendeva a distinguere in modo leggermente più significativo le due presunte fattispecie dell'art. 601 c.p. fu l'elemento soggettivo del reato: il dolo (solo eventualmente specifico nella prima ipotesi (in cui il fine è identificato alternativamente o nello scopo di vendere o scambiare l'individuo asservito ovvero in quello di lucro affermato dalla dottrina *ante-reformatio*) e il dolo specifico nella seconda.

Rispetto a quanto detto sin qui, alcuni autori hanno sostenuto che la riforma del 2003 avrebbe in qualche modo rovesciato la configurazione dei rapporti tra tratta e schiavitù, come risultante tradizionalmente dalle numerose fonti internazionali. In tali testi, e da ultimo nella decisione quadro 2002/629/GAI, la riduzione in schiavitù o in una condizione analoga viene concepita come frutto di condotte di tratta, mentre il legislatore del 2003 è intervenuto disegnando una nuova fattispecie del delitto di tratta che presuppone, almeno in una delle due tipologie di condotte, un soggetto passivo già ridotto in condizione di schiavitù o servitù⁵⁰⁵.

⁵⁰⁵ CALLAIOLI A., *Art. 2 - Modifica dell'articolo 601 del codice penale. L. 11.8.2003 - Misure contro la tratta di persone (Commenti articolo per articolo)*, cit., p. 656. Secondo l'autore la formulazione dell'art. 601 c.p. quanto meno nella sua prima parte «ribalta il rapporto facendo della condizione d'esclavage un prius rispetto al verificarsi della tratta».

La legge n. 228/2003 ha, inoltre, modificato la fattispecie, confinante con quella di tratta delle persone, prevista all'art. 602 del c.p.⁵⁰⁶, lasciando tuttavia aperti numerosi interrogativi in ordine alle relazioni reciproche tra le due fattispecie penali.

In tale sede è possibile omettere una più approfondita analisi di questa figura delittuosa, in quanto pur contenendo un'espressa clausola di applicazione sussidiaria rispetto ai casi di tratta («fuori dei casi indicati dall'articolo 601»), essa è priva di un reale ambito applicativo, effettivamente autonomo rispetto alla norma che la precede. Nonostante, in passato, la distinzione fra i suddetti reati fosse ricavata, sotto un profilo quantitativo, dalla diversa consistenza numerica delle vittime coinvolte – considerando la tratta come reato necessariamente plurisoggettivo e l'art. 602 c.p. applicabile ai casi di offesa a singola persona – con la novella del 2003, quest'ultimo elemento distintivo viene definitivamente a cadere, ritenendo la maggioranza della dottrina applicabile la fattispecie di tratta anche in presenza di un unico soggetto passivo. Inoltre, l'identità di pena tra le due fattispecie evoca una parità di disvalore sociale dei fatti che vanifica qualsivoglia funzione sussidiaria dell'art. 602 c.p.⁵⁰⁷

Alla luce di queste considerazioni, è stato rilevato che la fattispecie di cui all'art. 602 c.p. si presenta sostanzialmente 'inutile', mancando di fatto di uno spazio applicativo autonomo nei confronti della fattispecie di cui all'art. 601 c.p.⁵⁰⁸

Va, infine, considerato che il contesto in cui fu emanata la legge n. 228/2003 è quello dell'adozione del Protocollo di Palermo, dove la tratta venne configurata come fattispecie che – sebbene non li richieda come elementi costitutivi – assume spesso una dimensione organizzata, non di rado transnazionale⁵⁰⁹, strutturalmente caratterizzato dalla cooperazione e la connessione tra diverse organizzazioni criminali a livello internazionale⁵¹⁰. Al momento della riforma in materia di schiavitù e tratta del 2003, ci si limitò, tuttavia, ad introdurre un'aggravante speciale del delitto di associazione a delinquere contemplato all'art. 416 c.p., applicabile laddove

⁵⁰⁶ Art. 3, l. 228/2003: «L'articolo 602 del codice penale è sostituito dal seguente: ART. 602 - (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. La pena è aumentata da un terzo alla metà se i fatti di cui al primo comma sono commessi in danno di minore degli anni diciotto o sono diretti allo sfruttamento della prostituzione o al fine di sottoporre la persona offesa al prelievo degli organi».

⁵⁰⁷ SCEVI P., *Nuove schiavitù e diritto penale*, Giuffrè, collana Università degli Studi di Bergamo, Milano, 2014, p. 73.

⁵⁰⁸ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 281.

⁵⁰⁹ Cfr. SPIEZIA F., FREZZA F. e PACE N.M., *Il traffico e lo sfruttamento degli esseri umani*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 33 e ss.

⁵¹⁰ GARGANI A., *Commento all'art. 4, l. 11.8.2003, n. 228, in Legislazione penale*, 2004, 4, p. 674.

l'associazione sia diretta a commettere uno dei delitti di cui agli artt. 600, 601, 602 c.p., nonché di cui all'art. 12, co. 3-bis, del d.lgs. 286/1998.

In effetti, sebbene alcune proposte vennero avanzate per l'elaborazione di una fattispecie associativa *ad hoc* (disegno di legge De Zulueta), andava consolidandosi quello orientamento che osteggiava la proliferazione dei reati associativi⁵¹¹. La configurazione come circostanza aggravante e non come fattispecie autonoma, evidentemente, comporta una serie di conseguenze sul piano sanzionatorio, prima fra tutte, quello rendere possibile il bilanciamento con altre eventuali circostanze aggravanti. Il bilanciamento, infatti, per i casi in cui sia stato commesso uno dei delitti di cui agli artt. 600, 601 e 602 c.p. non è escluso, a differenza di quanto accade per le circostanze aggravanti in tema di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, espressamente sottratte al giudizio di comparazione.

Tale modifica all'art. 416 c.p. ha comportato indubbiamente un potenziamento del controllo penale⁵¹², ad esempio per quanto concerne il raddoppio dei termini di prescrizione *ex art.* 157, co. 6, c.p., nonché per la possibilità di dare sfogo agli istituti processuali tipici del doppio binario, pensato in origine per la criminalità mafiosa⁵¹³.

5.3. La riforma del 2014 e il nuovo art. 601 c.p.

Come si cercherà di dimostrare, le modifiche apportate all'art. 601 c.p. dal d.lgs. n. 24/2014, che ha attuato la Direttiva 2011/36/UE⁵¹⁴ sulla tratta di esseri umani, hanno fatto del reato in questione un interessante strumento a disposizione dell'interprete nell'ottica della repressione penale dello sfruttamento lavorativo.

⁵¹¹ BERNASCONI C., *La repressione penale della tratta*, in FORLATI S. (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, cit., p. 71.

⁵¹² URBAN F., *La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale ed internazionale anti-smuggling e anti-trafficking*, cit., p. 121 ss.

⁵¹³ Si veda in proposito: CONZO G. e DE MARCO M., *Riduzione in schiavitù e tratta degli esseri umani*, in BARGI A. (a cura di), *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 215.

⁵¹⁴ Il reato di tratta di persone (art. 601 c.p.) è stato riformulato nei seguenti termini: «È 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».

Il nuovo art. 601 c.p., riprendendo la definizione di cui all'art. 2 della direttiva del 2011⁵¹⁵, ha ampliato la portata applicativa della fattispecie, dettagliando – finalmente – le condotte con cui si realizza la tratta di esseri umani.

A ben vedere la norma non punisce più necessariamente un «trasporto» o un trasporto attraverso i confini nazionali, ma anche il fatto di reclutare, «spostare» sul territorio nazionale, cedere od ospitare la vittima del reato.

Va tenuto presente che alcuni dubbi sono stati sollevati⁵¹⁶ sulla traduzione dell'inglese «*receipt*» con l'italiano «*accoglienza*» presente nel testo italiano della direttiva (e traslato in «*ospita*» nell'art. 601 c.p.), in quanto il termine inglese avrebbe una portata più vasta ricomprendendo anche le ipotesi nelle quali il datore di lavoro o l'intermediario accettino la prestazione (lavorativa) pur consapevoli della «*situazione di coercizione connaturata al traffico*», sebbene non coinvolti direttamente con lo stesso. Tale terminologia, così interpretata, ha evidentemente il fine di prendere in considerazione quelle ipotesi in cui la tratta di essere umani e il suo consequenziale sfruttamento non siano riconducibili ad un'unica condotta ma a più azioni riferibili anche a soggetti diversi. Una simile lettura avrebbe l'effetto di recepire la direttiva 2011/36/UE nella parte in cui rimette agli Stati la valutazione circa la possibilità di adottare sanzioni nei confronti di chi sfrutta consapevolmente i servizi della persona vittima di tratta⁵¹⁷. Va, però, rilevato che tale condotta è configurata in termini diversi rispetto a quella di *trafficking* di cui all'art. 2 della direttiva 2011/36/UE. Se il legislatore unionale avesse voluto ricomprendere l'ipotesi in questione nella condotta di tratta non ne avrebbe rimesso la punibilità alla libera discrezionalità degli Stati.

La nuova formulazione dell'art. 601 c.p. appare più ampia di quella precedente, laddove sembra sganciare, almeno parzialmente, la fattispecie in questione da quella di cui all'art. 600 c.p. Secondo alcuni autori, infatti, non è più necessario che la vittima del reato sia già ridotta nelle condizioni previste dall'art. 600 c.p., né che la stessa sia destinata ad esserlo⁵¹⁸. Se, infatti, ci limitassimo ad interpretare la disposizione come

⁵¹⁵ Art. 2, par. 1, Direttiva 2011/36/UE, cit.: «*Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché siano punibili i seguenti atti dolosi: il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'alloggio o l'accoglienza di persone, compreso il passaggio o il trasferimento dell'autorità su queste persone, con la minaccia dell'uso o con l'uso stesso della forza o di altre forme di coercizione, con il rapimento, la frode, l'inganno, l'abuso di potere o della posizione di vulnerabilità o con l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra, a fini di sfruttamento*».

⁵¹⁶ GIAMMARINARO M.G., *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, cit., p. 18.

⁵¹⁷ Art. 18, par. 4, Direttiva 2011/36/UE, cit.

⁵¹⁸ VALLINI A., *Reati di sfruttamento lavorativo*, cit.

riguardante solo chi sia già stato ridotto in schiavitù o chi sia destinato ad esserlo, non avremmo recepito la direttiva europea, in quanto le condotte erano già punibili sotto la previgente disciplina⁵¹⁹.

La definizione di tratta proposta di recente dalla direttiva 2011/36/UE è costituita dalla presenza simultanea dei tre tipi di elementi costitutivi della fattispecie criminosa (atti, mezzi, fini), mentre non menziona la tratta delle persone in condizione di schiavitù, che, pertanto, costituisce una particolarità propria del nostro ordinamento, con possibili rischi di discrasia rispetto alla linearità della fattispecie europea. L'unico legame con la riduzione in schiavitù ricavabile dalla direttiva sembra il riferimento, contenuto nel paragrafo 3 dell'art. 2, ai «*lavori o servizi forzati*», inciso che non è stato riprodotto nella nuova fattispecie di cui all'art. 601 c.p.⁵²⁰

La giurisprudenza di legittimità, a proposito della novella di cui al d.lgs. n. 24/2014, ha affermato che questa, lungi dal modificare sostanzialmente la disciplina della fattispecie delittuosa di cui all'art. 601, ha semplicemente precisato in dettaglio le modalità attraverso le quali si realizza la tratta di esseri umani⁵²¹. Questa tesi è condivisa da quella parte di dottrina che propende per un'interpretazione dell'art. 601 c.p. ancora fortemente ancorata all'art. 600 c.p. e sostiene che la seconda parte del reato sia, al pari della precedente formulazione, diretta alla finalità di commettere il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù, avendo il legislatore mutato unicamente il modo di enunciarla, facendo attualmente riferimento al suo contenuto⁵²².

⁵¹⁹ L'art. 601, rubricato «Tratta di persone», nel testo antecedente al d.lgs. n. 24/2014: «*Chiunque commette tratta di persona che si trova nelle condizioni di cui all'articolo 600 ovvero, al fine di commettere i delitti di cui al primo comma del medesimo articolo, la induce mediante inganno o la costringe mediante violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante promessa o dazione di somme di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, a fare ingresso o a soggiornare o a uscire dal territorio dello Stato o a trasferirsi al suo interno, è punito con la reclusione da otto a venti anni*».

⁵²⁰ Ai sensi dell'art. 2, par. 3, Direttiva 2011/36/UE, il lavoro forzato è menzionato solo nel definire lo sfruttamento, il quale costituisce il fine della tratta e non il suo presupposto, a differenza dell'art. 601 c.p. nella formulazione introdotta dalla legge n. 228/2003.

⁵²¹ Cass. pen., sentenza 1.10.2015, n. 39797, in *Rivista Penale*, 2015, pp. 1075 e ss.

⁵²² MADEO A., *Il D.lgs 04/03/2014, 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, 10, p. 1107. Si veda anche in proposito: SCEVI P., *Nuove schiavitù e diritto penale*, cit., p. 81. L'autrice, nel delineare le modifiche apportate dalla riforma all'art. 601 c.p., afferma che, in considerazione della sostanziale omogeneità dell'obiettività giuridica e della struttura del reato, sussiste una continuità normativa tra le fattispecie incriminatrici in materia di tratta di esseri umani.

Un'interpretazione del reato di tratta ancora legato a quello di schiavitù appare però in contrasto con la normativa dall'Unione europea che, come accennato, un simile riferimento non contiene.

Di fronte al problema dell'interpretazione del nuovo articolo 601 c.p. sono state prospettate due differenti soluzioni a seconda del significato che si decida di attribuire all'*ovvero*⁵²³: in particolare, ci si chiede se la norma, così riformulata, debba essere intesa quale norma a fattispecie unica o a fattispecie bipartita. Chi sostiene la continuità tra nuova e vecchia formulazione considera la norma a fattispecie unica. Secondo questa tesi, il reato di tratta verrebbe a realizzarsi quando siano poste in essere le condotte tipiche previste nella prima parte del comma primo, con il contestuale ricorso ai mezzi ricompresi nella seconda parte del comma e per i fini indicati dallo stesso.

Dovendo necessariamente interpretare l'articolo 601 c.p. in senso conforme all'articolo 2, par. 1, della direttiva, appare più convincente la via suggerita dall'interpretazione "storico-letterale", nonché sistematica. Secondo questa chiave di lettura, il legislatore, con la riforma in esame, non si è limitato a recepire l'intervento comunitario ma è andato oltre esso, disegnando una fattispecie bipartita e ben più ampia di quella delineata nell'art. 2 della direttiva. Nel nuovo testo, secondo questa interpretazione, le condotte consistenti nel reclutare, introdurre nel o trasferire al di fuori del territorio dello Stato, trasportare, cedere l'autorità sulla persona, accogliere od ospitare le persone sottoposte alle condizioni di cui all'articolo 600 c.p. sarebbero oggetto di considerazione autonoma nell'ordinamento penale, a prescindere dai mezzi con cui sono perpetrate. Più precisamente, sarebbero punibili anche se poste in essere con mezzi diversi da quelli elencati dallo stesso art. 601, co. 1, seconda parte, c.p. La sussistenza di tali mezzi andrebbe, invece, ad integrare la fattispecie tipizzata nella seconda parte del comma, costituita dalle medesime condotte e rivolta ad assoggettare e sfruttare le prestazioni fornite dai soggetti trafficati, slegandosi definitivamente dalla sussistenza di una condizione di schiavitù/servitù della vittima e concentrandosi esclusivamente sul dato dello sfruttamento.

⁵²³ Si rinvia sul punto a GENOVESE D., *La direttiva europea sulla tratta di esseri umani. Problematiche applicative nell'ordinamento italiano*, in *L'altro diritto Rivista*, 2015, reperibile sul sito: <http://www.adir.unifi.it/rivista/2015/genovese/index.htm>.

Immaginare l'art. 601 c.p. come fattispecie bipartita non si pone certo in contrasto con la direttiva 2011/36/UE la quale, prevedendo una soglia minima di tutela, non vieta l'apporto di una tutela maggiore. L'interpretazione proposta sembra, peraltro, avvalorata dalla circostanza che la direttiva 2011/36/UE, nel definire la tratta, afferma che essa comprende «*come minimo*» anche lo sfruttamento del «*lavoro e dei servizi forzati*», mentre l'art. 601 c.p. nella seconda parte fa un riferimento generico allo sfruttamento di «*prestazioni lavorative*».

Del resto la fattispecie interna sembra ampliare quella della direttiva anche laddove estende l'ambito applicativo della norma facendo riferimento, oltre alla costrizione, anche all'induzione («*al fine di indurle*») allo svolgimento di prestazioni lavorative. Tale aggiunta, rispetto all'intervento comunitario, rappresenta indubbiamente un miglioramento, andando a ribadire la non necessarietà dell'uso della coercizione e rendendo di fatto sufficiente un semplice *convincimento* della vittima a prestare un determinato lavoro.

Questa interpretazione, se recepita dalla giurisprudenza, potrebbe ampliare la portata applicativa del reato di tratta e rappresentare un efficace strumento nella lotta alla tratta di esseri umani, finalizzata – nel caso che ci interessa – allo sfruttamento lavorativo, come richiesto dall'Unione europea.

Un'attenta ricostruzione delle modifiche in questione pone, tuttavia, immediatamente il problema di tracciare i confini del nuovo reato di tratta con quelli *ex artt.* 600 e 603-*bis* c.p. La sfida appare estremamente ardua soprattutto, come si vedrà nel prossimo capitolo, con riferimento alla nuova fattispecie di sfruttamento lavorativo.

5.4. I rapporti tra gli artt. 600 e 601 prima e dopo la riforma del 2014

Ricostruita l'evoluzione delle fattispecie di schiavitù e di tratta, merita spendere qualche parola sui rapporti tra le due norme.

Prima della riforma del 2014, la dottrina era concorde nel ritenere che il reato di cui all'art. 601 c.p. non concorresse mai con quello dell'art. 600 c.p. Rispetto alla prima ipotesi delittuosa sulla tratta, tale *status* costituiva, infatti, un presupposto nella struttura della fattispecie successiva, e perciò, un antifatto non punibile; nella seconda ipotesi dell'art. 601 c.p., lo *status* o condizione di schiavitù/servitù rappresentava,

invece, lo scopo ultimo della condotta descritta (il dolo specifico), e quindi un *post factum non punibile*⁵²⁴.

Come è stato rilevato, le condotte di alienazione, acquisto⁵²⁵ o trasferimento da un luogo all'altro, costituiscono un esercizio delle facoltà tipicamente spettanti al proprietario, con la conseguenza che, rientrando tra quelle costituenti la serie abituale del delitto di riduzione in schiavitù, rimanevano assorbite da quest'ultimo⁵²⁶. Al più, le fattispecie di cui agli artt. 601 e 602 c.p. avrebbero potuto operare solo laddove non si fosse ancora realizzato un effettivo assoggettamento della vittima o perché non era stata ancora posta in essere la serie minima di condotte di sfruttamento o di esercizio di poteri corrispondenti al diritto di proprietà.

Alla luce della richiamata disciplina, è evidente che nella formulazione del 2003, gli artt. 600 e 601 c.p. risultavano inscindibilmente connessi: l'applicazione dell'art. 601 c.p. dipendeva, infatti, *in toto* dal contenuto e dai limiti dell'art. 600 c.p.

Non solo, l'art. 601 c.p., in tale contesto, sembrava avere come solo scopo ed effetto quello di ampliare la punibilità rendendo sanzionabili condotte che altrimenti sarebbero state eventualmente punibili solo a titolo di tentativo. Ciò poneva i rapporti tra le norme di cui agli artt. 600 e 601 c.p. come differenziati unicamente su un piano per così dire *temporale*, punendo frammenti diversi di una medesima condotta criminosa.

La riformulazione del reato di cui all'art. 601 c.p., operata con il D.lgs. n. 24/2014, ne ha sensibilmente mutato la portata e reso problematico soprattutto il suo rapporto con il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù (art. 600 c.p.).

In effetti, sino ad ora, lo stretto collegamento con l'art. 600 c.p. ha fortemente compromesso la portata applicativa del reato di tratta di persone. A questa marginalizzazione del reato di tratta ha contribuito, da una parte, la severità edittale

⁵²⁴ MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale. Delitti contro la persona*, cit., p. 274.

⁵²⁵ Sul punto anche: Cass. pen., sentenza 1.4.2015 (udienza 13.2.2015) con nota di TREGLIA S., *Art. 600 c.p.: nuova dimensione del bene giuridico protetto e profili di "incidentale" attualità anche alla luce del recente caso Castaro c. Italia*, in *Archivio Penale*, 2015, 3, pp. 12 e ss. Secondo questa pronuncia della Suprema Corte, integra il delitto di cui all'art. 600 c.p. colui che procede alla vendita ad altri di un essere umano, atteso che, in tal modo, egli esercita sullo stesso un potere corrispondente al diritto di proprietà. Inoltre, lo stato di soggezione continuativo, necessario per la sussistenza della fattispecie, deve essere rapportato all'intensità del vulnus arrecato all'altrui libertà di autodeterminazione, nel senso che esso non può essere escluso qualora si verifichi una qualche limitata autonomia della vittima, tale da non intaccare il contenuto essenziale della posizione di supremazia del soggetto attivo del reato.

Ne discende, che è proprio in tali termini di rigida e protratta rivendicazione di un dominio sulla persona che va colta la continuità della soggezione, al di là di astratte predeterminazioni di durata del vincolo.

⁵²⁶ CIAMPA G., *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù*, cit., pp. 371-373.

identica a quella del delitto di cui all'art 600 c.p., dall'altra, la necessità di ravvisare uno stato di schiavitù/servitù preesistente per quanto riguarda la prima parte dell'art. 601 c.p. ovvero il dolo specifico della riduzione in schiavitù/servitù per quanto riguarda la seconda parte dell'art. 601 c.p.⁵²⁷

Tale ultima considerazione, tuttavia, va rivista alla luce delle recenti modifiche che, sembrano sancire un (almeno) parziale allontanamento del reato di tratta di persone da quello di schiavitù. Continuare a concepire il reato di tratta, come ancora inescindibilmente connesso all'art. 600 c.p. e dunque alla condizione di schiavitù – o allo stato di soggezione continuativa – in cui necessariamente deve versare la vittima, appare fortemente anacronistico rispetto alle attuali modalità di reclutamento degli esseri umani che partono dal proprio Paese, magari volontariamente, ma finiscono per essere sfruttati una volta giunti a destinazione. Tale consapevolezza permetterebbe, infatti, di utilizzare le modifiche di cui all'art. 601 c.p. per colpire tutti quei nuovi fenomeni di tratta di esseri umani che attualmente il nostro ordinamento non riesce a raggiungere, in quanto ancora legato ad una concezione 'classica' della tratta, intesa come tratta degli 'schiavi' oltre i confini nazionali.

La riforma del 2014, slegando definitivamente il concetto della tratta dalla sua configurazione di condotta precedente o successiva alla riduzione in schiavitù, sembra aver ridisegnato in termini totalmente nuovi i suoi rapporti con l'art. 600 c.p. La differenza non si pone, infatti, più su un piano di scansione *temporale* delle azioni di una medesima condotta, ma su un piano *qualitativo*, contribuendo anche a chiarificare le rispettive oggettività giuridiche tutelate dalle due norme.

⁵²⁷ Con particolare riferimento al problema dell'applicazione dell'art. 601 c.p. a casi di sfruttamento lavorativo si veda: MOTTA C., *Sulla disciplina di contrasto al grave sfruttamento lavorativo e alla intermediazione illecita nel lavoro: profili storici e interventi di riforma*, in *Rivista di diritto agrario*, 2017, 1, p. 76. L'autore rammenta come le modifiche intervenute agli artt. 600 e 601 c.p. per effetto della l. n. 228/2003 si rivelarono inadeguate alla repressione delle condotte a danno di coloro che venivano costretti a prestazioni lavorative che ne comportavano lo sfruttamento. A differenza di quanto accadeva per i casi di sfruttamento sessuale, le maggiori difficoltà riscontrate nell'applicazione degli artt. 600 e 601 c.p. ai casi di sfruttamento lavorativo riguardavano la mancanza dello stato di soggezione continuativa: mentre questo era facilmente ravvisabile nel caso di giovani donne private della libertà di autodeterminazione al fine di sfruttarne la prostituzione, era difficilmente riscontrabile nel caso di prestazioni di lavoro in condizione di grave sfruttamento. Tali riflessioni sono legate, evidentemente, ad una concezione del reato di tratta di persone ancora strettamente dipendente dal reato di cui all'art. 600 c.p., e andrebbero, dunque, riviste alla luce della recepimento della Direttiva 2011/36/UE.

5.5. La vulnerabilità nei nuovi contesti della tratta di esseri umani

L'interpretazione sostenuta nelle ultime righe del precedente paragrafo potrebbe rivelarsi una notevole apertura verso l'utilizzo dell'art. 601 c.p. anche a situazioni di sfruttamento lavorativo. Il suo ambito di applicazione nel contrasto di questo fenomeno verrebbe, in particolare, a dipendere dalla definizione di «*abuso di una situazione di vulnerabilità*» che, come si è accennato, in occasione del recepimento della Direttiva 2011/36/UE, il d.lgs. n. 24/2014 ha introdotto come mezzo della condotta, sia nell'art. 600 c.p., che nell'art. 601 c.p.

Appare, dunque, fondamentale soffermarsi brevemente sul concetto di vulnerabilità, il quale si è legato, sin dalla sua origine, come si è visto nel precedente capitolo, ad una riflessione tutta europea ed internazionale volta a riempire di contenuto quella definizione che a partire dalla Decisione quadro 2002/629/GAI si è diffusa in tutti i successivi testi normativi internazionali ed europei in tema di tratta di esseri umani. Si tratta, infatti, di una nozione che, già prima della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani (c.d. Convenzione di Varsavia) e della Direttiva 2011/36/UE, trovava espressa menzione nel Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, firmata a Palermo nel 2000.

Attualmente l'art. 2 della Direttiva 2011/36/UE, in continuità rispetto a quanto già prevedevano la Decisione quadro del 2002 e la Convenzione di Varsavia, definisce la posizione di vulnerabilità come la «*situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima*». Come si è visto, anche prima del recepimento della Direttiva del 2011, la giurisprudenza di legittimità si era basata su questi testi e sulla definizione di vulnerabilità in essi contenuta per definire lo stato di necessità (*rectius* stato di bisogno) di cui all'art. 600 c.p.⁵²⁸

È stato, inoltre, notato che nonostante l'abuso della posizione di vulnerabilità riguardi l'esistenza di situazioni oggettive, vi è chi ritiene – come si è visto – che non si possa non tenere conto della valutazione soggettiva della vittima rispetto alla scelta

⁵²⁸ Cass. pen., sentenza 25.1.2007, n. 2841, reperibile sul sito dell'Osservatorio anti-tratta: http://www.osservatoriointerventitratta.it/files/giurisprudenza/Cass.n.2841_2006.pdf

praticabile⁵²⁹. Una prospettiva soggettivistica pura, tuttavia, potrebbe condurre a risultati incompatibili con l'ordinamento penale italiano, laddove si delegasse la vittima nel «*compito di selezionare in astratto i fatti punibili*»⁵³⁰.

Per evidenziare quelle che sono le riflessioni più recenti sul concetto di vulnerabilità anche alla luce delle nuove modalità di manifestazione della tratta di esseri umani, appare utile richiamare il rapporto sulla tratta degli esseri dell'UNODC (*United Nations Office on Drugs and Crime*) del 2016⁵³¹.

Secondo le ricostruzioni del fenomeno ivi offerte, la maggior parte dei trafficanti di esseri umani, come si è accennato, per attirare le vittime, sfrutta un elemento di vulnerabilità consistente il più delle volte nella condizione socio-economica in cui versano e nella speranza di una vita migliore.

Il rapporto affronta, inoltre, il peculiare legame tra *displacement* e *vulnerability* che caratterizza le attuali forme di tratta di esseri umani. Prendendo in considerazione la situazione di chi scappa dalle persecuzioni e dai conflitti, l'UNODC sottolinea come il processo di tratta inizi proprio nel Paese di asilo dove le persone si sono trasferite per ottenere protezione: in queste situazioni, infatti, i trafficanti si avvantaggiano della vulnerabilità derivante dallo spostamento⁵³².

Ora, è evidente che se si vuole dare un significato a questo «spostamento» («*displacement*») non lo si può interpretare solo in un senso fisico. Esso andrebbe, piuttosto, inteso come decontestualizzazione, indotta da un isolamento che può essere anche solo linguistico, sociale ed economico. Portare una persona *fuori* dal suo contesto e privarla della propria rete di contatti sociali, familiari o semplicemente culturali può, infatti, contribuire a creare quella vulnerabilità suscettibile di «*approfittamento*». Come confermano gli studi sul *trafficking*, il trasferimento della persona non è rilevante in quanto tale, ma perché strumentale al condizionamento e all'asservimento della vittima: sradicare la persona dal suo ambiente e costringerla all'isolamento linguistico e culturale significa, infatti, accrescerne la vulnerabilità⁵³³. I fattori di dipendenza (*rectius* vulnerabilità) spesso, infatti, discendono dalla scarsa

⁵²⁹ GIAMMARINARO M.G., *Il Protocollo sulla tratta degli esseri umani*, cit., p. 424.

⁵³⁰ Per una disamina delle contrapposte prospettive nell'interpretazione del concetto di vulnerabilità si veda, più approfonditamente: DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Archivio Penale*, 2019, in corso di pubblicazione.

⁵³¹ UNDOC, *Global Report on Trafficking in Persons 2016*, cit.

⁵³² Ivi, pp. 61 e ss.

⁵³³ GIAMMARINARO M.G., *Il protocollo sulla tratta degli esseri umani*, cit., 421.

conoscenza della lingua italiana, dallo spaesamento dovuto all'inserimento in un contesto sociale e culturale del tutto nuovo ovvero dal trauma spesso subito durante il viaggio che li ha condotti in Europa. Ciò spiegherebbe, peraltro, perché l'UNODC veda nei richiedenti asilo le più probabili vittime della tratta di esseri umani.

Non a caso, i principali protagonisti dello sfruttamento, soprattutto lavorativo, in Italia sono i richiedenti protezione internazionale, rifugiati o titolari di un permesso per motivi umanitari.

6. Un esempio di vulnerabilità connessa alla tratta: il caso Ragusa⁵³⁴

«Ha deciso di ritornare in un'altra campagna, a condizioni lavorative più o meno come quelle. Lei sosteneva che la situazione era diversa perché la casa era abitabile, perché il "padrone", come lo chiamava lei, era gentile, perché quei pochi soldi che le dava per lei erano necessari (...). Le avevamo prospettato di andare in una struttura protetta da un'altra parte d'Italia e avviare un percorso con i suoi figli, ma non c'è una fiducia totale nell'affidarsi alle nostre realtà. Non hanno tutti i torti a credere che non troveremo un'alternativa. Negli ultimi due anni facciamo una fatica infinita a trovare un lavoro per loro».

Intervista a Ausilia Cosentini (Cooperativa Proxima)⁵³⁵

La teorizzazione del concetto di vulnerabilità proposta nelle pagine precedenti appare estremamente sfuggente se non la si confronta con la realtà dello sfruttamento nel nostro paese.

⁵³⁴ Un merito allo squarcio del velo di omertà sulla vicenda di sfruttamento (lavorativo e sessuale) delle donne rumene nella fascia trasformata del ragusano va ad Alessandra Sciarba, la cui ampia ricerca sul tema ha prodotto numerosi contributi scientifici, a cui si rinvia per approfondimenti: SCIURBA, A., *La scelta di Sofia: come incidono le migrazioni femminili sui diritti dei minori 'Left behind'?*, in ZAGATO, L., DE VIDO S. (a cura di), *Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani o degradanti nelle migrazioni*, Cedam, Padova 2012, pp. 325-344; SCIURBA A., *Diritti umani violati nel mercato del lavoro domestico e della cura migrante*, in *Nuove Autonomie. Rivista di diritto pubblico*, Editoriale Scientifica, Palermo, 2013; SCIURBA A., *Doppiamente assenti per prestare "cura". Donne migranti nel mercato del lavoro familiare in Italia*, in GRASSO M., *Razzismi, discriminazioni, confinamenti*, Ediesse, Roma 2013; SCIURBA A., *La cura servile, la cura che serve*, Pacini Editore, collana *Quaderni de L'altro diritto*, Pisa, 2015. In seguito alla ricerca condotta da Sciarba la questione ha assunto rilevanza mediatica grazie alla pubblicazione di un articolo su L'Espresso firmato da Antonello Mangano: <http://espresso.repubblica.it/inchieste/2014/09/15/news/violentate-nel-silenzio-dei-campi-a-ragusa-il-nuovo-orrore-delle-schiave-rumene-1.180119>.

⁵³⁵ L'intervista è tratta da: SCIURBA A., *La cura servile, la cura che serve*, cit., p. 144.

Si è scelto, pertanto, di analizzare da vicino alcune situazioni che appaiono rappresentative della situazione di fragilità e marginalità che connotano l'assenza di quella scelta, di quella alternativa effettiva ed accettabile necessaria a sottrarsi allo sfruttamento. L'intento è quello di mostrare le potenzialità della normativa internazionale, europea e nazionale in materia di tratta nell'afferrare le pieghe complesse dell'attuale fenomeno di sfruttamento in Italia. È un caso paradigmatico di «*displacement*» inteso come decontestualizzazione, in assenza di uno spostamento od un trasporto.

Il caso analizzato⁵³⁶ è quello relativo alle condizioni di vita e di lavoro cui sono sottoposte le donne migranti provenienti dalla Romania, che lavorano nelle serre della c.d. fascia trasformata del ragusano. Si tratta di quel territorio della Provincia di Ragusa, delimitato dalle cittadine di Vittoria, Santa Croce Camerina e Marina di Acate, dove ormai da molti anni le colture stagionali sono state sostituite da quelle intensive nelle serre. Già questo primo dato ci restituisce una presenza sul territorio non limitata ad una stagione, ma costante.

Per descrivere il lavoro nelle serre è stata utilizzata l'espressione «*fabbriche di plastica*», considerata particolarmente efficace nel sottolineare quella peculiare combinazione di elementi tipici del lavoro in fabbrica con quello tradizionale nelle campagne. Il lavoro nelle serre è, infatti, rigidamente organizzato come in una catena di montaggio con ritmi di produzione che subiscono una sostanziale accelerazione, in quanto il prodotto standardizzato e destagionalizzato deve essere immediatamente consumato.

Il sistema è per lo più popolato da aziende agricole di medie e piccole dimensioni: si tratta di imprese a conduzione familiare, che più difficilmente vengono sottoposte a controlli, con un numero di dipendenti inferiori a cinque. Le giornate lavorative sono di dieci/dodici ore al giorno e si svolgono a temperature altissime, senza protezioni e senza rispettare le regole previste dalla normativa sulla sicurezza nei luoghi di lavoro, nonostante l'esposizione costante a fitofarmaci e diserbanti dannosi.

⁵³⁶ L'analisi descritta è il frutto di una ricerca condotta nel territorio di Ragusa grazie ai contatti intrattenuti con la Cooperativa Sociale Proxima (Ente accreditato, ex artt. 52 e ss. D.P.R. 394/1999, alla realizzazione di programmi di assistenza e integrazione sociale per le vittime di tratta), Alessandra Sciarba e Letizia Palumbo. Molte delle informazioni sono state tratte dal meeting «*Romania Andata e Ritorno*» tenutosi dal 2 al 5 dicembre 2015 presso Palazzo Cosentini a Ragusa, organizzato dalla Cooperativa Sociale Proxima, con il Patrocinio del Dipartimento delle Pari Opportunità, del Comune di Ragusa, dell'Ordine degli Psicologi, dell'Associazione L'altro diritto del Dipartimento di Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Firenze, della Flai-Cgil di Vittoria, dell'Arco di Siracusa e della Casa Evangelica Valdese di Vittoria.

Il salario è di gran lunga inferiore a quanto previsto dai contratti collettivi del lavoro (dai 15 ai 30 euro al giorno). Nella maggior parte dei casi non vi sono contratti regolari di lavoro, e ciò non permette di avere una dimensione reale della presenza dei lavoratori sul territorio.

Le stime più verosimili parlano di circa 15 o 20 mila persone non italiane attive nelle serre, a fronte degli 11.845 regolarmente registrati nella Provincia di Ragusa come operai agricoli alla fine del 2011⁵³⁷. Si consideri che dal 2007, con l'ingresso della Romania nell'Unione europea, in tale zona – che fino ad allora era stata interessata per lo più da immigrazione proveniente dalla Tunisia – la principale componente soggettiva di lavoratori impiegati è di nazionalità rumena, con l'ovvio beneficio che i datori di lavoro non rischiano più di incorrere in responsabilità penale per favoreggiamento dell'immigrazione (o sfruttamento di manodopera) irregolare.

L'immigrazione dalla Romania porta con sé un dato comune alle immigrazioni dall'Est Europa, ossia quello di riguardare essenzialmente le donne. La progressiva femminilizzazione delle migrazioni, rilevata già a partire dagli anni Ottanta, ha raggiunto il suo apice nel 2010, quanto l'International Labour Office ha stimato che il 51,6% di tutta la popolazione migrante su scala globale appartiene al sesso femminile, scardinando una volta per tutte il paradigma del maschio *breadwinner*. Ciò è dovuto, in particolare, a due ragioni: la richiesta in costante crescita del lavoro di cura, che continua a essere svolto soprattutto dalle donne, e la prosperità che alcuni paesi dell'Asia stanno acquisendo rapidamente e che richiede sempre più lavoro riproduttivo⁵³⁸.

La situazione delle donne dell'Est è, inoltre, peculiare in quei Paesi che fino al 1990 facevano parte dell'URSS e i cui sistemi di *welfare* sono venuti a collassare dopo la disgregazione del blocco sovietico. È proprio in questi paesi, infatti, che la donna sembra essersi fatta carico delle esigenze economiche della famiglia, sfidando i tradizionali ruoli di genere. La spiegazione di questo fenomeno sarebbe dovuto ad una complessa combinazione di dinamiche familiari e di genere che si intrecciano con le peculiari pieghe del sistema sociale e lavorativo dei Paesi dell'Est dopo la caduta del

⁵³⁷ Cfr. Caritas/Migrantes, *Dossier Statistico Immigrazione 2012*, XII Rapporto, Edizioni Idos, Roma 2012, p. 261. Sul punto si veda anche SCIURBA A., *Effetto serra. Le donne rumene nelle campagne del ragusano*, in *L'altro diritto Rivista*, 2013, reperibile sul sito: <http://www.adir.unifi.it/rivista/2013/ragusa.htm>.

⁵³⁸ FERRARI R., *Donne, migrazioni, confini*, in MEZZADRA S. e RICCIARDI M. (a cura di), *Movimenti indisciplinati Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Ombre Corte, Verona, 2013, pp. 30-32.

muro di Berlino⁵³⁹. Non solo, in Romania, una delle principali occupazioni delle donne è proprio quella delle operaie agricole, perciò non deve stupire la decisione di partire per andare a fare un lavoro che le stesse svolgono anche in patria. Non tutte le donne, infatti, sono occupate nel lavoro di cura.

Se queste donne partono, poi, con la consapevolezza di andare a lavorare in campagne, non è chiaro se esse prima di partire siano a conoscenza, fino in fondo, anche delle condizioni lavorative che incontreranno e al grado di violenza cui dovranno sottostare⁵⁴⁰.

All'interno di questo sistema non si riscontra la presenza di caporalato, poiché trattandosi di piccole imprese generalmente il datore di lavoro non ricorre ai servizi di un intermediario ai fini del reclutamento o del trasporto dei lavoratori. Quest'ultimi, infatti, abitano nelle stesse aziende agricole dove lavorano, in *ex* depositi attrezzi o baracche, dove i muri sono senza intonaco, i pavimenti in terra battuta e a volte i servizi sono all'esterno. Sono luoghi che non rispettano i criteri minimi di abitabilità ed assolutamente isolati. Proprio l'isolamento è uno dei principali fattori su cui si fonda la vulnerabilità dei lavoratori della «fascia trasformata».

Alcune indagini etnografiche condotte tra i lavoratori e le lavoratrici della fascia trasformata hanno sottolineato la particolare condizione di *seclusione*, data dalla sovrapposizione tra spazi e tempi di lavoro e spazi e tempi di non-lavoro: si tratta di

«una sistemazione spaziale che rafforza la sovrapposizione di lavoro, tempo libero, riposo e più in generale la riproduzione della vita quotidiana di un individuo o di un gruppo di un unico luogo, dal quale essi siano formalmente liberi di uscire in determinati periodi del giorno o, più spesso, della settimana»⁵⁴¹.

Si assiste, infatti, ad una progressiva espansione dell'ambiente lavorativo a danno di quello domestico nelle campagne del ragusano, dove le donne rumene subiscono un'invasione nella sfera intima, in particolare, da parte del datore di lavoro che tende ad insinuarsi nella loro vita personale con richieste e minacce.

⁵³⁹ BEZZI C., *Romania: lo stigma sulle madri migranti*, in *Osservatorio Balcani e Caucaso*, 2014, reperibile sul sito: <https://www.balcanicaucaso.org/aree/Romania/Romania-lo-stigma-sulle-madri-migranti-147542>. Cfr. altresì: PALUMBO L. e SCIURBA A., *Vulnerability to Forced Labour and Trafficking: The case of Romanian women in the agricultural sector in Sicily*, in *Anti-Trafficking Review*, 2015, 5, pp. 89-103, reperibile sul sito: www.antitraffickingreview.org.

⁵⁴⁰ SCIURBA A., *Effetto serra. Le donne rumene nelle campagne del ragusano*, cit.

⁵⁴¹ GAMBINO F., *Migranti nella tempesta. Avvistamenti per l'inizio del nuovo millennio*, Ombre Corte, Verona, 2003, pp. 104-105.

Alla segregazione rurale si accompagna, inoltre, una segregazione urbana, data dalla lontananza delle serre, dove lavorano le donne rumene, dai centri abitati e dall'assenza di idonei collegamenti mediante mezzi pubblici tra le campagne e il centro urbano. L'isolamento genera una condizione di invisibilità, degrado e segregazione tale che in alcuni casi, allo sfruttamento lavorativo, per le donne, si è aggiunto il ricatto sessuale dei datori di lavoro che, approfittando del loro stato di assoggettamento, pretendono prestazioni sessuali, in cambio della soddisfazione di beni e servizi essenziali, oltre che al trasporto in città per fare la spesa, ricaricare il credito del cellulare ovvero accompagnare i figli a scuola.

Non mancano, infatti, donne che non sapendo a chi affidare i propri figli, li portano con sé a vivere nelle serre, con il rischio, tuttavia, che proprio i bambini diventino il principale strumento di ricatto da parte dei datori di lavoro.

Al fine di affrontare la dimensione dell'isolamento cui sono destinate tali lavoratrici, la Cooperativa Sociale Proxima si è fatta carico dell'organizzazione di un servizio di mobilità specificamente volto a consentire lo spostamento delle lavoratrici dalle campagne alle città per il soddisfacimento di primarie necessità⁵⁴². La possibilità di intrattenere contatti e relazioni con il mondo esterno alle serre costituisce un indispensabile presupposto per far fronte alla posizione di vulnerabilità delle lavoratrici rumene.

La specifica vulnerabilità delle lavoratrici rumane a Ragusa è pertanto multifattoriale, nel senso che si lega ad una molteplicità di fattori tra cui la nazionalità, il sesso, l'età, il contesto di provenienza oltre che al tipo di dipendenza che lentamente si sviluppa nei confronti dei propri datori di lavoro, che non è solo economica (come per quasi tutti i migranti impiegati nel settore agricolo) ma spesso esistenziale, perché dallo sfruttatore dipende qualunque possibilità di soddisfare i propri bisogni di vita individuale, familiare e sociale.

Una delle peculiarità all'interno della posizione di vulnerabilità in cui si trovano le donne rumene nella Provincia di Ragusa, ma in generale tutte le donne migranti, impiegate anche in altri settori, come quello della cura, starebbe nel fatto che le stesse

⁵⁴² Il progetto Novavita realizzato dalla Cooperativa Proxima realizza molti servizi tra cui attività di primo contatto, collaborazione con il Numero Verde Nazionale Anti-tratta, accoglienza abitativa, sanitaria e assistenza legale. Tra questi, il servizio Solidal Trasfert, attivato in collaborazione con la Flai-Cgil di Vittoria, oltre a rispondere alle esigenze di mobilità delle persone che vivono e lavorano in zone agricole totalmente isolate, è finalizzato a costruire con loro relazioni di fiducia: in particolare, la cooperativa organizza un servizio di trasporto che effettua la spola tra le zone rurali periferiche e i centri urbani.

sono costrette a quella che Kittay ha definito la «*scelta di Sofia*». L'espressione richiama un noto film, tratto dall'omonimo libro⁵⁴³, in cui la protagonista, deportata insieme ai due figli ad Auschwitz, fu costretta da un ufficiale nazista a scegliere quale dei due figli salvare. La scelta della donna di abbandonare alla morte la figlia femmina per salvare il figlio maschio, secondo l'autrice, è paragonabile all'impossibile scelta che le donne migranti si trovano a dover fare: la scelta di abbandonare i propri affetti, la propria famiglia, i propri figli per cercare un lavoro e consentire a quest'ultimi, rimasti in patria, di avere una vita «*decente*»⁵⁴⁴. Decidere di rinunciare a crescere i propri figli per permettere loro di studiare e soddisfare dignitosamente le proprie esigenze di vita rappresenta il bivio davanti al quale si trovano moltissime tra le donne che emigrano per prestare lavoro, non solo nel mercato della cura ma anche in quello agricolo.

Lo sguardo appena rivolto alle donne rumene della fascia trasformata del ragusano rende palese come tale forma di assoggettamento e sfruttamento, in tutte le sue sfumature, sia perfettamente riconducibile alla definizione di tratta fornita dalla Direttiva 2011/36/UE, sia con riferimento alla condotta che con riguardo ai mezzi utilizzati.

Come si è visto, infatti, è sufficiente «*l'accoglienza*», concetto che, se correttamente interpretato, consente di reprimere anche l'atto di ricevere una prestazione di lavoro a fini di sfruttamento.

È evidente, inoltre, l'utilizzo del mezzo dell'abuso della posizione di vulnerabilità, che sembra rispecchiare tutte quelle situazioni presenti a Ragusa, in cui il confine tra la costrizione e il consenso appare estremamente labile e la mancata accettazione di certe condizioni di lavoro comporta, come alternativa più verosimile, la perdita del lavoro e dell'alloggio. Un potere negoziale pressoché nullo, a fronte della assoluta necessità di guadagnare, spesso legata alla presenza di familiari in patria che attendono le loro rimesse per poter vivere, appare sufficiente a configurare un abuso della posizione di vulnerabilità, idonea a rendere irrilevante qualunque tipo di consenso prestato. Nel caso di Ragusa, trattandosi di cittadine comunitarie, la loro posizione di vulnerabilità non potrà evidentemente essere neutralizzata sulla base del

⁵⁴³ Dal romanzo è stato tratto il film, *Sophie's Choice*, diretto da Alan J. Pakula nel 1982.

⁵⁴⁴ Si va in proposito: KITTAY E.F., *The Global Heart Transplant and Caring across National Boundaries*, in *Southern Journal of Philosophy*, 2008, 46 (Supplement), pp. 138 e ss; KITTAY E.F., *Il danno morale del lavoro di cura migrante: per un diritto globale alla cura*, 2009, testo reperibile sul sito: www.sifp.it.

solo rilascio di un permesso di soggiorno. In questi casi, potrebbe pertanto rivelarsi utile, come si dirà più avanti, l'accesso al percorso di protezione sociale di cui all'art. 18 T.U.I., in quanto precipuamente rivolta a sostenere economicamente e socialmente la persona nel periodo occorrente a sottrarsi allo sfruttamento per inserirsi in un percorso lavorativo maggiormente accettabile.

7. La protezione delle vittime di tratta e grave sfruttamento nel Testo Unico Immigrazione

Come si è accennato, nell'ambito delle fattispecie di cui all'art. 12 T.U.I. non sono previste forme di tutela per i migranti oggetto di *smuggling*.

Tale scelta legislativa risiede nella convinzione che nelle condotte incriminate, il migrante presta il proprio consenso all'ingresso ovvero alla permanenza sul territorio. Solo nel 2012, come si è visto sopra, con l'attuazione della direttiva 2009/52/CE sarà introdotta una specifica norma volta al rilascio di un permesso di soggiorno per motivi umanitari (già previsto dall'art. 5, comma 6, T.U.I.) per gli stranieri irregolari sottoposti a particolari condizioni di sfruttamento, subordinato, tuttavia, alla denuncia del lavoratore ovvero alla sua collaborazione con le autorità.

I dati dimostrano come tale forma di protezione abbia avuto un impatto molto ridotto, in quanto in tre anni (dall'inizio del 2013 al febbraio 2016) sono stati rilasciati solo 25 permessi⁵⁴⁵, segno del fatto che il meccanismo premiale della protezione fa poca presa sugli stranieri, ma soprattutto che il mero rilascio di un permesso di soggiorno si rivela insufficiente a rappresentare una valida alternativa allo sfruttamento. Peraltro, esso appare allo stato dei fatti piuttosto anacronistico, considerato che la stragrande maggioranza degli stranieri sfruttati in Italia sono regolari, perché richiedenti asilo, in possesso di un permesso per protezione internazionale, per motivi di lavoro ovvero perché cittadini comunitari.

⁵⁴⁵ Cfr. I dati raccolti dalla Clinica dei diritti dell'Immigrazione e della Cittadinanza dell'Università Roma Tre nell'ambito del progetto di ricerca *Terragiusta*. Sul punto si veda anche: RIGO E. e DINES N., *Lo sfruttamento umanitario del lavoro. Ipotesi di riflessione e ricerca a partire dal caso delle campagne del Mezzogiorno*, in CHIGNOLA S. e SACCHETTO D. (a cura di), *Le reti del valore. Migrazioni, produzione e governo della crisi*, DeriveApprodi, Roma, 2017, p. 101.

Di maggior rilievo, tuttavia, appare la norma introdotta con la riforma della disciplina dell'immigrazione, successivamente trasfusa nel Testo Unico Immigrazione, che ha previsto una speciale forma di protezione per le vittime di sfruttamento (art. 18 T.U.I.).

7.1. Le origini di una nuova strategia: l'art. 18 T.U.I.

La prima sperimentazione di un permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale si ebbe, in Italia, con il D.l. n. 477/1996, decaduto il 15 novembre 1996, dove già appariva evidente il legame tra permanenza della vittima di sfruttamento sul territorio e le azioni di contrasto all'immigrazione irregolare. L'art. 5 del D.l. n. 477/1996 rubricato *«repressione di attività dirette a favorire l'illecito ingresso di stranieri»* andava a sostituire il comma 8 dell'art. 3 del D.L. 30 dicembre 1989, n. 416 convertito con modificazioni dalla legge 28 febbraio 1990 n. 39, punendo, come si è visto, le *«attività dirette a favorire l'ingresso nel territorio dello Stato dei cittadini di paesi non appartenenti all'Unione europea, in violazione delle disposizioni del presente decreto»*.

Nello stesso articolo il D.l. del 1996 aggiunse, tuttavia, un ulteriore comma 8-ter:

«Qualora nel corso di un procedimento per uno dei reati di cui all'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75, o di quelli previsti dall'articolo 380 del codice di procedura penale, il cittadino di un Paese non appartenente all'Unione europea risulti esposto a grave pericolo per effetto della collaborazione o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, il questore può rilasciare uno speciale permesso di soggiorno nel territorio dello Stato, se sussistono le seguenti condizioni: a) l'eventuale ritorno nello Stato di appartenenza possa metterne in grave pericolo l'incolumità personale; b) il contributo offerto sia di eccezionale rilevanza per l'individuazione e la cattura dei responsabili o per la disarticolazione dell'organizzazione criminale; c) non ricorrono le circostanze di cui all'articolo 7, comma 5».

A tale previsione seguiva il comma 8-quater, il quale specificò che per ottenere lo speciale permesso di soggiorno il Procuratore della Repubblica avrebbe dovuto comunicare alla competente autorità di pubblica sicurezza gli elementi da cui risultasse la rilevanza del contributo offerto e quelli concernenti la gravità ed attualità del pericolo.

La norma, antesignana dell'attuale art. 18 T.U.I., delineava pertanto il rilascio di un permesso di soggiorno in un'ottica spiccatamente premiale, che verrà sviluppata, ma non del tutto abbandonata, al momento della reintroduzione di questa speciale forma di protezione nella legge n. 40/1998.

A partire dalla sua entrata in vigore, il decreto legge destò immediatamente una serie di critiche che si focalizzavano sul fatto di aver confuso la «vittima del reato» con quella del «collaboratore di giustizia»⁵⁴⁶. In effetti, la norma si inserì in un contesto storico e sociale in cui la tecnica premiale, già sperimentata nell'ambito della legislazione antiterroristica e di contrasto alla criminalità organizzata, faceva ben sperare circa la possibilità che le vittime di tratta potessero offrire un valido contributo alla cattura dei trafficanti e degli sfruttatori.

Una simile prospettiva, se riportata al fenomeno della tratta, apparve tuttavia estremamente ingiusta⁵⁴⁷: innanzitutto per il rischio evidente di stigmatizzazione delle vittime, che assumono la veste di 'pentiti', con una colpa da espiare e una collaborazione da offrire in cambio della protezione. In secondo luogo, per l'inefficacia dimostrata di un simile meccanismo.

La vittima di tratta è sottoposta ad una coercizione e una pressione tali da «*essere realmente terrorizzata all'idea di denunciare i suoi sfruttatori*»: l'assenza di una preventiva creazione di un circuito di fiducia tra la persona trafficata e le autorità dello Stato o i servizi sociali può, dunque, generare una diffidenza generale nei confronti delle istituzioni alla quale si unisce il timore di essere espulsa, immediatamente o alla fine del processo⁵⁴⁸.

La breve e fallimentare esperienza del D.l. n. 477/1996 fu successivamente riproposta con un disegno di legge presentato alla Camera dei Deputati il 19 febbraio 1997 nella cui relazione si esplicitava l'intento di

*«aiutare le vittime e di proteggerle da ritorsioni da parte dei loro sfruttatori, anche valorizzando le loro denunce in un quadro di più forte azione di contrasto alle organizzazioni criminali che sono all'origine di questi fenomeni»*⁵⁴⁹.

⁵⁴⁶ VITALE M. Q., *Tratta di esseri umani e immigrazioni: note socio-giuridiche*, in AMBROSINI M. e ZANDRINI S. (a cura di), *La Tratta infame*, In Dialogo Cooperativa culturale srl, Milano, 1996, p. 34.

⁵⁴⁷ Ivi, pp. 34-35.

⁵⁴⁸ GIAMMARINARO M.G., *Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale previsto dall'art. 18 del T.U. sull'Immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1999, 4, p. 37.

⁵⁴⁹ Disegno di legge n. 3240 presentato il 19 febbraio 1997 alla Camera dei Deputati.

Dall'approvazione del disegno di legge, scaturì l'art. 16 della legge n. 40/1998 (la cui formulazione è oggi riprodotta dall'art. 18 del d.lgs. 286/1998), il quale apparve ancora storicamente legato all'idea di un permesso per motivi di giustizia, dove la vittima assume la veste di testimone da sottrarre alle pressioni e ritorsioni dell'organizzazione criminale.

La discussione in seno al Parlamento, nonché un attento ripensamento dello strumento del permesso di soggiorno alle vittime di tratta alla luce delle obiezioni sollevate dalle associazioni più attive nel settore portarono, in seguito, ad una parziale riconfigurazione dell'art. 18 grazie all'emanazione del Regolamento di attuazione del Testo Unico sull'Immigrazione (D.P.R. 31 agosto 1999 n. 394). Solo in virtù di quest'ultimo testo è stato infatti possibile cogliere la reale portata innovativa del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale.

Come vedremo, l'art. 27 del D.P.R. 394/1999 ha sganciato lo strumento dell'art. 18 dall'idea fortemente premiale con cui era nato per approdare ad un sistema caratterizzato da un 'doppio binario', cioè contraddistinto da due distinti percorsi per il rilascio del permesso di soggiorno, uno dei quali non necessariamente coinvolge la vittima come denunciante o cooperante nel procedimento penale.

7.2. Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale nel contesto della sua adozione

Per comprendere le ragioni che hanno condotto all'attuale formulazione dell'art. 18 T.U.I. appare necessario guardare al contesto normativo internazionale e alla manifestazione del fenomeno della tratta nella realtà dell'epoca mettendoli in collegamento con requisiti richiesti per la sua applicazione.

La norma, nella sua attuale formulazione, prevede che il rilascio del permesso è consentito quando:

«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 (...)». In particolare, il Questore rilascerà 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».

I presupposti per il rilascio del permesso *ex art. 18* sono, dunque, tre:

- a) le indagini per uno dei delitti di cui all'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75 o di uno di quelli previsti all'articolo 380 c.p.p.;
- b) la situazione di violenza o grave sfruttamento;
- c) il pericolo per l'incolumità che può dipendere o dalle dichiarazioni rese nel corso del procedimento penale ovvero anche solo dal tentativo della vittima di sottrarsi dai condizionamenti dell'organizzazione criminale.

La premessa necessaria all'applicazione di questa norma pare essere quella di una situazione di grave sfruttamento derivante da una coercizione esercitata in forma collettiva.

Come la ricostruzione del panorama internazionale ed europeo offerta nei precedenti capitoli ha permesso di mettere in luce, il traffico di persone e la tratta di esseri umani sono concepiti, almeno fino alla fine degli anni Novanta e nei primi anni del 2000, come crimini transnazionali, perpetrati da organizzazioni criminali, per lo più finalizzati allo sfruttamento sessuale di donne e bambini. Da un lato, i principali documenti internazionali riguardanti la tratta di esseri umani stipulati prima della Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale e i relativi Protocolli, si concentrano sullo scopo della repressione dello sfruttamento della prostituzione⁵⁵⁰. Dall'altro, numerosi sono i documenti dell'Unione europea da cui traspare l'idea della tratta di esseri umani come una «forma di criminalità organizzata». Anche in ambito comunitario l'unica tratta di esseri umani che all'epoca si concepiva era quella finalizzata allo sfruttamento sessuale, mentre quella a scopo di sfruttamento lavorativo non sembrava rivestire autonomo rilievo.

⁵⁵⁰ Cfr.: Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli del 30 settembre 1921, cit.; Convenzione per la repressione della tratta delle donne adulte dell'11 ottobre 1933, cit.; Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione 317 (IV) del 2 dicembre 1949 e firmata a New York, cit.

Per quanto concerne la protezione delle vittime, la normativa comunitaria privilegiava un sistema strettamente premiale e basato su una tutela meramente processuale, in quanto indirizzata esclusivamente a chi riveste la qualifica di testimone.

All'insistenza dimostrata nel voler agevolare la testimonianza di quelle vittime che sono a conoscenza di elementi utili ai fini dell'esercizio dell'azione penale, che può in determinati casi portare al rilascio di un permesso di soggiorno provvisorio, sottende evidentemente un approccio fortemente repressivo della politica comunitaria del tempo nella lotta a questo fenomeno.

Allo stesso tempo, tuttavia, l'Azione GAI del 1997 mosse qualche passo in avanti sia per quanto concerne la protezione delle vittime, imponendo agli Stati di assicurare un'adeguata assistenza alle vittime e ai loro familiari, sia per la previsione del coinvolgimento del privato sociale e degli enti territoriali nella protezione delle vittime. Con riferimento a quest'ultimo punto, si incoraggiavano, infatti, i servizi responsabili in materia di immigrazione, di previdenza sociale e in materia tributaria, a riservare una particolare attenzione ai problemi connessi alla tratta degli esseri umani e allo sfruttamento sessuale dei bambini cooperando con le autorità incaricate delle indagini e, in particolare, avvertendo dette autorità di propria iniziativa quando si possa ragionevolmente ritenere che sia stato commesso uno di questi reati, fornendo a dette autorità, su richiesta o di propria iniziativa, tutte le informazioni utili, partecipando eventualmente ai procedimenti in veste di esperti⁵⁵¹.

⁵⁵¹ Azione Comune del 24 febbraio 1997 adottata dal Consiglio sulla base dell'articolo K.3 del Trattato sull'Unione europea per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini (97/154/GAI), in GUCE L 63 del 4 marzo 1997, lett. G, H, I: «Ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie a assicurare che i servizi che possono disporre di esperienza pertinente nell'ambito della lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, in particolare i servizi responsabili in materia di immigrazione, di previdenza sociale e in materia tributaria, riservino un'attenzione particolare ai problemi connessi alla tratta degli esseri umani e allo sfruttamento sessuale dei bambini e, nel rispetto del diritto interno di ciascuno Stato membro, cooperino con le autorità incaricate delle indagini e di perseguire i reati di cui alla parte A, lettere a), b) ed e). Nei casi che meritano un'attenzione particolare, tali servizi dovrebbero in particolare: — avvertire dette autorità di propria iniziativa quando si possa ragionevolmente ritenere che sia stato commesso uno di questi reati; — fornire a dette autorità, su richiesta o di propria iniziativa, tutte le informazioni utili; — partecipare eventualmente ai procedimenti in veste di esperti. H. Per garantire la piena efficacia della lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, ciascuno Stato membro assicura un adeguato coordinamento delle attività delle autorità responsabili nel settore, per consentire un'impostazione multidisciplinare. Tale coordinamento potrebbe ad esempio coinvolgere, al livello nazionale o regionale secondo la struttura amministrativa e l'ordinamento giuridico dello Stato membro interessato, servizi ministeriali, servizi di polizia, autorità giudiziarie specializzate in materia, nonché organismi pubblici cui sono state affidate responsabilità particolari nel settore. I. Le autorità di ciascuno Stato membro tengono nel debito conto il contributo alla lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini fornito da qualsiasi gruppo, fondazione o associazione, in virtù del proprio statuto, abbia per obiettivo la lotta a tali reati».

Tali indicazioni, se si vuole, sembrano prefigurare in qualche modo quel ‘percorso sociale’ dell’art. 18 T.U.I. che lo ha reso, per l’epoca, uno strumento all’avanguardia nella protezione delle vittime di tratta.

L’adempimento da parte degli Stati membri degli obblighi previsti dalla suddetta Azione GAI sarebbe, infatti, stato valutato dal Consiglio proprio entro il 1999, anno in cui è stato emanato il Regolamento di attuazione del Testo Unico Immigrazione (D.P.R. 394/1999) che, come accennato, affianca al tradizionale ‘percorso giudiziario’ la possibilità per i servizi sociali e per gli altri enti privati attivi nel settore della tratta di esseri umani di fare la proposta di rilascio del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale qualora abbiano rilevato situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti dello straniero.

Le innovazioni tratteggiate dall’Azione GAI – come si è visto nel precedente capitolo – non vennero proseguite e recepite dalle successive previsioni normative in ambito comunitario: è stato infatti notato come, in seguito all’emanazione della Decisione quadro 2002/629/GAI, l’approccio europeo apparve sbilanciato in favore della sola repressione del fenomeno e che la mancanza di disposizioni a tutela delle vittime rappresentò *«un passo indietro rispetto ad atti adottati precedentemente, come l’azione comune 97/154/GAI»*⁵⁵².

Ad ogni modo, la traduzione sul piano giuridico del fenomeno della tratta di esseri umani appare in linea con gli studi sociologici dell’epoca⁵⁵³. Secondo quanto rilevato da queste ricerche, in Europa, la maggiore efficienza delle forze di polizia e la vigilanza dell’opinione pubblica impedivano concentrazioni troppo evidenti di potere criminale nel settore della prostituzione. Lo sfruttamento delle donne era messo in atto da trafficanti semi-indipendenti in contatto con gruppi di criminali professionisti più potenti con base nelle aree di reclutamento⁵⁵⁴. Le cosche europee riuscivano in compenso ad estendere il proprio raggio di azione fino allo stadio del consumo finale. Mentre in Oriente la gestione finale della vittima appariva nelle mani di un insieme composito di operatori, in Europa essa era quasi interamente controllata da soggetti appartenenti alla criminalità organizzata.

⁵⁵² NASCIMBENE B. e DI PASCALE A., *Riflessioni sul contrasto al traffico di persone nel diritto internazionale, comunitario e nazionale*, in PALMISANO G. (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale comunitario e interno*, cit., p. 42.

⁵⁵³ ARLACCHI P., *Schiavi. Il nuovo traffico di esseri umani*, Rizzoli, 1999, Milano, pp. 98 e ss.

⁵⁵⁴ United Nations, Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on violence against Women, its Causes and Consequences*, New York, 1996, p. II.

Questo dunque il contesto in cui si inserisce l'art. 18 T.U.I., pensato per lo più come strumento di protezione da gruppi criminali per le donne vittime di sfruttamento sessuale.

L'inquadramento del fenomeno della tratta in siffatti termini ha pertanto condotto ad una formulazione della norma estremamente rigida, tutta incentrata sulla necessità di vagliare la sussistenza di un «*pericolo di ritorsione*». Quest'ultimo si atteggia ad elemento indefettibile per l'applicazione della norma e richiede la sussistenza dei presupposti della gravità e attualità della situazione. La qualificazione del pericolo riguarda inoltre le caratteristiche del gruppo criminale autore della violenza o del grave sfruttamento: a tale proposito, si è rilevato come il riferimento all'organizzazione criminale non comporta il necessario accertamento degli elementi dell'associazione a delinquere o mafiosa ai fini del rilascio del permesso di soggiorno⁵⁵⁵. Ciò che rileva in sostanza, ai fini della valutazione della gravità del pericolo, è che la coercizione sia esercitata in forma collettiva.

Un siffatto meccanismo può apparire compatibile, in certi casi, con l'attuale tratta di donne a fini di sfruttamento sessuale, che ancora oggi viene attuata con pratiche simili a quelle del passato, dove la modalità prevalente è rappresentata dalla partenza dal paese di origine programmata per essere proseguita nel paese di destinazione ad opera di gruppi criminali spesso con legami transfrontalieri. È il caso tipico delle donne nigeriane destinate allo sfruttamento sessuale.

In base alle linee guida per le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale, di cui si dirà in conclusione al presente capitolo, dal 2015 la Nigeria costituisce, infatti, uno dei paesi con il numero più elevato di sbarchi via mare. Molte delle donne che giungono da questo paese in Italia sono state reclutate da reti criminali allo scopo di essere immesse nel mercato della prostituzione: il reclutamento avviene per lo più nel loro villaggio o città di origine, spesso con la falsa promessa di una nuova vita in Europa e di un lavoro sicuro e onesto; durante il viaggio nei paesi di transito le donne sono accompagnate da soggetti coinvolti nelle reti criminali, sino a giungere in Libia, luogo in cui permangono nelle cosiddette

⁵⁵⁵ GIAMMARINARO M.G., *Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale previsto dall'art. 18 del T.U. sull'Immigrazione*, cit., p. 40.

connection houses o in ghetti, in attesa di essere imbarcate per l'Italia, dove successivamente verranno avviate coattivamente alla prostituzione⁵⁵⁶.

Il meccanismo dell'art. 18 T.U.I. – preso alla lettera – appare, invece, conciliarsi poco con le attuali modalità di reclutamento di migranti a fini di sfruttamento lavorativo. Il testo andrebbe, infatti, riletto e adattato alla luce del nuovo contesto normativo internazionale ed europeo e, dunque, a come la tratta di esseri umani viene oggi a manifestarsi non solo sul piano fattuale.

È stato, infatti, notato che il mercato delle persone si adatta con una «*flessibilità sorprendente*» al mutare delle legislazioni preventive e repressive degli Stati nei quali essa si svolge⁵⁵⁷. La continua mutevolezza del fenomeno della tratta, riguardo a persone, mezzi, flussi e destinazioni, impone l'utilizzo di strumenti normativi che siano dunque in grado di coglierne l'evoluzione.

Nel prossimo capitolo, si tenterà di offrire un nuovo volto all'art. 18 T.U.I., sfruttando le sue enormi potenzialità e riconsiderando i suoi requisiti alla luce dell'evoluzione normativa sul piano europeo ed internazionale intervenuta successivamente alla sua emanazione al fine di assicurarne un'applicazione ad essa conforme.

7.3. L'art. 27 del Regolamento di attuazione del Testo Unico Immigrazione e la sua implementazione da parte delle questure

Con il Regolamento di attuazione, approvato solo un anno dopo, vennero dipanate alcune ambiguità sorte dalle prime letture dell'art. 18 T.U.I. in ordine alla previsione di più percorsi di accesso al meccanismo di protezione.

L'art. 27 del D.P.R. n. 394/1999 chiarendo, da una parte, i casi nei quali è necessario il parere del Procuratore della Repubblica, ha ristretto l'ambito applicativo del percorso giudiziario, dall'altra parte, prevedendo disposizioni di dettaglio alla norma del Testo Unico, ha esteso l'ambito del percorso sociale.

⁵⁵⁶ L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di *referral*. *Linee guida per le Commissioni Territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale*, elaborate nell'ambito del progetto “meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta”, realizzato dalla Commissione Nazionale per il diritto di asilo e dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati - UNHCR. Approvate dalla Commissione Nazionale per il diritto d'asilo nella seduta del 30 novembre 2016.

⁵⁵⁷ SPATAFORA E., *Il contrasto al traffico di migranti nel contesto giuridico internazionale e comunitario*, in PALMISANO G. (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale comunitario e interno*, cit., p. 51.

Il percorso giudiziario e il percorso sociale sono, in particolare, le due modalità con cui l'art. 27 del Regolamento di attuazione, in combinato disposto con l'art. 18 T.U.I., consentono di giungere all'accertamento della situazione di grave sfruttamento.

Nel primo caso, l'accertamento delle condizioni legittimanti la concessione di un titolo di soggiorno avviene in concomitanza delle indagini di polizia o all'interno del procedimento penale: in questo caso lo straniero vittima dello sfruttamento sarà persona offesa o persona informata sui fatti, pertanto, si prevede un ruolo attivo della Procura che conduce le indagini, la quale può proporre al questore il rilascio di un permesso di soggiorno ovvero può fornire un parere favorevole in ordine al suo rilascio. Nel secondo caso, invece, la legge prevede che lo stesso accertamento possa avvenire «*nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali*»: in tale ipotesi, l'art. 27, co. 1, lett. a) D.P.R. n. 394/1999 prevede che la proposta per il rilascio del permesso di soggiorno possa essere effettuata «*dai servizi sociali degli enti locali, o dalle associazioni, enti ed altri organismi iscritti al registro di cui all'art. 52, co. 1, lett. c* [registro delle associazioni e degli enti che svolgono attività a favore degli immigrati] *convenzionati con l'ente locale, che abbiano rilevato situazioni di violenza o grave sfruttamento nei confronti dello straniero*». In queste situazioni dunque non è richiesto il parere favorevole del Procuratore della Repubblica.

Il doppio binario cristallizzato nell'art. 27 è stato salutato con grande entusiasmo e considerato un modello unico nel suo genere nel panorama europeo ed internazionale⁵⁵⁸.

Come è stato sottolineato, il rischio è, tuttavia, quello che i due percorsi vengano trattati in maniera eccessivamente separata, e non integrata tra loro. L'istituto dell'art. 18 T.U.I. si è, infatti, rivelato utile anche semplicemente in termini di conoscenza dei fenomeni criminosi: i più attenti operatori sul campo, di polizia e di giustizia, hanno infatti rimarcato come sia prezioso ogni dato proveniente dalle vittime contattate, anche a prescindere dalla denuncia formale⁵⁵⁹.

Malgrado ciò, le questure si sono rivelate negli anni e continuano a rivelarsi molto restie a riconoscere la protezione agli stranieri che non collaborino con la giustizia⁵⁶⁰.

⁵⁵⁸ GIAMMARINARO M.G., *L'innovazione, le prospettive e i limiti dell'art. 18 del D.lgs. n. 286/98*, in Associazione On the Road (a cura di), *Prostituzione e tratta. Manuale di intervento sociale*, FrancoAngeli, Milano, 2003, p. 60.

⁵⁵⁹ VIRGILIO M., *Lavori in corso nei dintorni dell'Immigrazione: art. 18 e leggi in tema di traffico di esseri umani e prostituzione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2003, 1, p. 32.

⁵⁶⁰ GIAMMARINARO M.G., *Verso una nuova strategia contro la tratta e lo sfruttamento*, cit., p. 127.

Ciò appare evidente dal fatto che, dall'entrata in vigore del Regolamento, il Ministero dell'Interno è dovuto intervenire più volte, con circolari, per rammentare lo spirito e la finalità dell'art. 18 e, dunque, la sua corretta interpretazione e applicazione⁵⁶¹.

7.4. Il problema della qualificazione del reato che dà diritto alla protezione

Da una semplice lettura dell'art. 18 T.U.I. ci si accorge che la norma non parla di vittima di sfruttamento o violenza ma, genericamente, di una «*situazione di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero*»⁵⁶², che devono essere accertate

«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».

Da ciò dipende, evidentemente, che la protezione della persone dovrebbe *in toto* prescindere dalla fattispecie sotto cui sussumere le situazioni, che possono essere state accertate anche nell'ambito di *diversi* procedimenti penali⁵⁶³.

Secondo Maria Grazia Giammarinaro, *Special Rapporteur on trafficking in persons, especially in women and children per l'ONU*, l'art. 18 T.U.I. ha rappresentato un'autentica avanguardia nel panorama normativo della fine degli anni Novanta soprattutto perché prevede un'assistenza non necessariamente condizionata alla denuncia o alla testimonianza e perché non aggancia i presupposti del permesso di soggiorno e dell'assistenza alla qualificazione giuridica del reato in sede penale, né all'esistenza di un procedimento penale⁵⁶⁴.

⁵⁶¹ Sul punto si rinvia a: GENOVESE D. e SANTORO E., *L'art. 18 (T.U. Immigrazione) e il contrasto dello sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, 3, pp. 543 e ss. il saggio offre una panoramica del complesso delle circolari adottate dal Ministero dell'Interno dall'approvazione del Regolamento ad oggi, al fine di far comprendere il difficile percorso di attuazione nella pratica del «percorso sociale» da parte delle questure, che per anni hanno immaginato l'art. 18 T.U.I. alla stregua di una qualunque permesso per motivi di giustizia, distorcendo le originarie intenzioni del legislatore del Testo Unico.

⁵⁶² In forza del comma 6-bis dell'art. 18 T.U.I. l'applicabilità della norma è stata estesa anche ai cittadini comunitari e, dunque, anche ai cittadini italiani: «*Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, anche ai cittadini di Stati membri dell'Unione europea che si trovano in una situazione di gravità ed attualità di pericolo*».

⁵⁶³ Cfr. sul punto: GENOVESE D. e SANTORO E., *L'art. 18 (T.U. Immigrazione) e il contrasto dello sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, cit.

⁵⁶⁴ GIAMMARINARO M.G., *Verso una nuova strategia contro la tratta e lo sfruttamento*, cit., p. 127.

È noto, peraltro, che nel corso di indagini per un tipo di reato se ne possano scoprire tanti altri (si tratta dei cosiddetti «reati civetta», di reati cioè per i quali si apre un'indagine proprio per scoprirne altri più gravi).

Appare, dunque, più che verosimile che nel corso di indagini per reati che prevedono l'obbligo dell'arresto in flagranza, o per quelli previsti dall'art. 3 della legge Merlin (legge n. 75/1958), si *accertino* situazioni di sfruttamento o violenza, non riconducibili ai reati per i quali si sta indagando. Un tale accertamento, stante la lettera dell'art. 18, appare un presupposto sufficiente per l'attivazione della protezione a prescindere dalla fattispecie sotto cui si sussumeranno le situazioni accertate.

A fondamento di tale posizione, si rammenta che, a proposito del reato di sfruttamento della prostituzione (art. 3 Legge Merlin), Maria Grazia Giammarinaro ha sottolineato come la giurisprudenza non riconosca alla prostituta la qualità né di persona offesa né di soggetto danneggiato, in base all'argomento che i reati previsti dalla legge Merlin sono reati contro la pubblica morale e non contro la persona, quindi nessuno può essere considerato dal punto di vista tecnico giuridico «vittima» di questo reato.

Se si adotta, tuttavia, una definizione atecnica e più estesa di vittima si potrebbe anche giungere a conclusioni differenti.

Secondo la Dichiarazione dei Principi Base di Giustizia per le vittime di crimini o abusi di potere, adottata dall'Assemblea Generale il 29 novembre 1985, la vittima è definita come

«persons who, individually or collectively, have suffered harm, including physical or mental injury, emotional suffering, economic loss or substantial impairment of their fundamental rights, through acts or omissions that are in violation of criminal laws operative within Member States, including those laws proscribing criminal abuse of power»⁵⁶⁵.

Tale definizione è evidentemente riferita, non solo a chi subisce l'offesa essenziale del reato, al detentore del bene giuridico offeso, ma anche a chi subisca un qualsiasi danno per effetto del reato.

Anche nel caso dello sfruttamento della prostituzione potrebbero, dunque, venire in considerazione vittime del reato, nel senso di soggetti danneggiati dal reato.

⁵⁶⁵ Si veda in proposito anche: DE CASADEVANTE ROMANI C. F., *International Law of Victims*, in *Max Plack Yearbook of United Nations Law*, 2010, 14, pp. 219-272.

Riguardo, invece, ai reati per i quali è obbligatorio l'arresto in flagranza si deve ricordare che nel corso delle operazioni di polizia e delle indagini la qualificazione giuridica del fatto per cui si indaga è provvisoria, e suscettibile di essere modificata nel corso del procedimento penale. Il Pubblico Ministero nel momento in cui iscrive la notizia di reato nell'apposito registro deve indicare il titolo di reato per cui inizia le indagini, ma tale titolo può essere modificato sia nel corso delle indagini, che successivamente, con l'esercizio dell'azione penale. Sarebbero senza dubbio compromesse le esigenze di protezione della vittima se, lasciandola esposta allo sfruttamento e alla violenza, si attendesse la conclusione delle indagini e la stabilizzazione della qualificazione giuridica del fatto per verificare che il reato rientri in quelli previsti dall'art. 380 c.p.p.

La protezione sociale delle vittime non può, dunque, dipendere dalle oscillazioni in termini di qualificazione giuridica del reato, ma dovrà dipendere dall'oggettiva situazione di violenza e sfruttamento in cui esse versano al momento della richiesta di protezione. Anche quando si arriva al momento del processo si deve considerare la protezione legata alla situazione oggettiva di sfruttamento, non all'individuazione e condanna dello sfruttatore e all'accertamento della sua responsabilità. Infatti, potrebbe succedere che non si stabilisca mai, con sentenza definitiva, la qualificazione giuridica dei fatti e, quindi, se sono riconducibili a uno dei reati per cui è previsto l'arresto in flagranza quando il procedimento penale si conclude con un'archiviazione per insufficienza di elementi idonei a sostenere l'accusa in dibattimento, per esempio perché le informazioni possedute dalla vittima e fornite agli inquirenti erano troppo generiche e insufficienti all'identificazione certa dei responsabili.

Sulla connessione tra art. 18 e fattispecie penale, merita poi anche di essere sottolineato che fin dalla sua approvazione le vittime destinarie di protezione sono prima di tutto e per eccellenza le vittime di tratta. La fattispecie penale del reato di tratta (art. 601 c.p.) però, come si è visto, è rimasta indefinita almeno fino alla l. 228/2003 che ha recepito il Protocollo di Palermo sul contrasto della tratta. Lo stesso Protocollo, comunque, è stato sottoscritto due anni dopo l'approvazione del T.U.I. e non poteva essere il punto di riferimento del legislatore che ha redatto l'art. 18. Per cui per i 5 anni successivi all'entrata in vigore del T.U.I. mancava la definizione della condotta di cui dovessero essere oggetto le vittime designate come le destinarie per eccellenza della protezione.

Questa situazione porta Giammarinaro a sostenere che una delle particolarità della situazione italiana consiste proprio nel fatto che per diversi anni, in mancanza di una legge penale specifica che tardava a essere approvata in Parlamento, l'unica definizione legislativa di persona trafficata fosse contenuta non in una legge penale ma nella legge sull'immigrazione. Si trattava, dunque, di una definizione pensata non a fini repressivi, ma a fini di intervento sociale e di riconoscimento di uno status di soggiorno alle vittime.

Questa conclusione appare ancora più evidente se si prende in considerazione l'accesso alla protezione attraverso il percorso sociale. In tale percorso il legame tra reato e protezione sembra essere totalmente inesistente: l'art. 18, in questo caso, si limita a prevedere che le situazioni di violenza o sfruttamento possano emergere «*nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali*» che non siano collegati a nessun reato. Nei casi di percorso sociale la situazione che dà diritto all'ammissione al programma di protezione e all'eventuale rilascio del permesso di soggiorno è totalmente rimessa alla valutazione del questore, in quanto non esiste alcuna indagine penale che abbia in qualche modo portato all'accertamento, e quindi a una qualche qualificazione giuridica anche provvisoria, della situazione che giustifica la protezione sociale. È lecito, dunque, chiedersi perché comunque in tutti questi anni anche il percorso sociale sia stato connesso esclusivamente alla prostituzione e (sporadicamente) ai reati per cui è obbligatorio l'arresto in flagranza. L'ostinarsi delle questure nel richiedere la collaborazione processuale e il parere della procura è probabilmente più l'indice di un problema che la risposta a questa domanda: una risposta esauriente non ci sembra possa fare a meno di tirare in ballo la *visual gestalt*, il *setting* mentale, con cui anche gli operatori sociali, il privato sociale e gli enti locali si sono abituati a confrontarsi con gli strumenti forniti dall'art. 18.

8. L'identificazione delle vittime di tratta e di sfruttamento nei percorsi della protezione internazionale

A seguito della Direttiva 2004/81/CE, l'ordinamento italiano non ha adottato alcun provvedimento *ad hoc* per il suo recepimento, ritenendo che la sua conformità all'ordinamento comunitario fosse già garantita dalla previsione dell'art. 18 T.U.I.

Ciò, tuttavia, è vero solo in parte. Continua, infatti, a mancare una norma relativa al periodo di riflessione, aspetto di notevole rilevanza se si considera che la corretta individuazione delle vittime di tratta costituisce ancora oggi un aspetto problematico all'interno dei nuovi flussi migratori. Come è stato rilevato, appare necessario introdurre una disposizione che consenta di sospendere i provvedimenti di espulsione non appena vi sia il ragionevole motivo di ritenere che una persona possa essere o sia stata vittima di *trafficking*⁵⁶⁶. Secondo tale opinione, proprio a causa delle profonde trasformazioni del fenomeno, avvenute nel corso degli ultimi anni, la possibilità di invocare il diritto al periodo di riflessione permetterebbe di tutelare adeguatamente le vittime di sfruttamento «confuse» tra i migranti che giungono irregolarmente sulle coste italiane⁵⁶⁷.

Essenziale alla protezione, infatti, è l'identificazione delle vittime e, in particolare, l'identificazione precoce.

L'analisi degli strumenti operativi e normativi utili a tale identificazione passa necessariamente dalla necessità di individuare il principale canale di accesso delle vittime di tratta e di sfruttamento.

Questo canale, sebbene non sia l'unico, è indubbiamente, oggi, rappresentato in larga parte dal percorso della protezione internazionale: da un lato perché quello della richiesta di protezione internazionale sembra essere divenuta l'unica porta di accesso per l'Europa, dall'altro perché la stessa richiesta di asilo è utilizzata come canale dai trafficanti di esseri umani per le proprie vittime.

La rotta del Mediterraneo centrale resta un importante percorso per i richiedenti asilo, ma si attesta anche come un'importante rotta per quanti non sono necessariamente rifugiati ma migranti che si sono spostati verso la Libia per varie ragioni socio-economiche, entrando – una volta giunti nel Paese di destinazione – nel circuito di accoglienza e di assistenza per richiedenti protezione internazionale. Da ciò nasce, evidentemente, l'interconnessione tra i fenomeni, un tempo distinti in termini di

⁵⁶⁶ NICODEMI F., *La tutela delle vittime di tratta di persone in Italia oggi. Riflessioni sulla capacità di risposta del sistema italiano alle vittime del trafficking rispetto alle evoluzioni del fenomeno*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, 2, p. 90. Ciò, peraltro, sarebbe in linea con le disposizioni di cui alla Convenzione di Varsavia del 2005 sulla lotta contro la tratta di esseri umani (art. 10).

⁵⁶⁷ Ivi. Francesca Nicodemi, rappresentante dell'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati (UNHCR) per la tratta, ritiene tuttavia incontestabile la possibilità di invocare l'applicazione diretta dell'art. 6 della direttiva 2004/81/CE, trattandosi di disposizioni incondizionate e sufficientemente chiare e precise.

sistemi di protezione, accoglienza ed in generale di tutela, delle vittime di tratta e dei richiedenti asilo⁵⁶⁸.

Secondo un recente rapporto di Oxfam sull'accoglienza dei richiedenti asilo in Italia⁵⁶⁹, la maggior parte dei richiedenti protezione internazionale attualmente in Italia ha lasciato il proprio Paese senza una meta prestabilita. Dalle interviste ai migranti si evince che le stesse tappe del viaggio, spesso, sono il frutto di una scelta operata dai trafficanti che li hanno costretti a continuare il percorso, transitando per la Libia, fino a giungere in Italia. Proprio in Libia, come sottolineato dall'OIM in un rapporto del 2017, vista la situazione di caos politico e sociale, molti gruppi armati hanno trovato nel traffico di esseri umani una fonte di finanziamento estremamente redditizia⁵⁷⁰.

Se questo è il canale di ingresso, bisogna fare i conti con il recente approccio degli *hotspots*, caldeggiato dall'Istituzioni europee a partire dal 2015⁵⁷¹. Si tratta di centri

⁵⁶⁸ Sul punto si veda: NICODEMI F., *Le vittime della tratta di persone nel contesto della procedura di riconoscimento della protezione internazionale. Quali misure per un efficace coordinamento tra i sistemi di protezione e di assistenza?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, 1, reperibile sul sito: <https://www.dirittoimmigrazione cittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-2017-n-1/59-le-vittime-della-tratta-di-persone-nel-contesto-della-procedura-di-riconoscimento-della-protezione-internazionale-quali-misure-per-un-efficace-coordinamento-tra-i-sistemi-di-protezione-e-di-assistenza/file>. Sulle interconnessioni tra il sistema di protezione internazionale e il fenomeno di protezione internazionale si veda, in particolare, il rapporto di ricerca *Vittime di tratta e richiedenti/titolari protezione internazionale* del progetto *No tratta*, co-finanziato dalla Commissione europea e realizzato da Citalia, Gruppo Abele e Associazione On the Road.; http://www.osservatoriointerventitratta.it/wp-content/uploads/2016/01/Position_Paper_NoTratta_DEF.pdf.

⁵⁶⁹ OXFAM, *La lotteria italiana dell'accoglienza. Il sistema dell'emergenza permanente*, 8 novembre 2017, reperibile sul sito: <https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2017/11/La-Lotteria-Italia-dellaccoglienza-Report-Oxfam-8-11-2017-Final.pdf>. Per un commento del rapporto cfr. GENOVESE D., *Le sliding doors dell'accoglienza*, in *Questione Giustizia on-line*, pubblicato il 17.11.2017, reperibile sul sito: <http://www.questionegiustizia.it/articolo/le-sliding-doors-dell-accoglienza-17-11-2017.php>.

⁵⁷⁰ OIM, *La tratta di esseri umani attraverso la rotta del mediterraneo centrale: dati, storie e informazioni raccolte dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni*, cit. Il rapporto si basa sui dati raccolti dall'OIM presso i luoghi di sbarco e nei centri di accoglienza per migranti nelle regioni del sud Italia, dove il personale dell'Organizzazione svolge attività di identificazione delle potenziali vittime, fornendo assistenza a quelle ragazze che, una volta identificate, decidono di ribellarsi e accettano di essere protette dai loro sfruttatori.

⁵⁷¹ Il sistema dei c.d. *hotspots* è stato adottato con decisioni del Consiglio dell'Unione europea nn. 1523 e 1601 del 14 settembre 2015 e del 22 settembre 2015. Si tratta di aree designate, normalmente (ma non necessariamente) in prossimità di un luogo di sbarco, nelle quali, nel più breve tempo possibile e compatibilmente con il quadro normativo italiano, le persone in ingresso sbarcano in sicurezza, sono sottoposti ad accertamenti medici, ricevono una prima informativa cartacea sulla normativa in materia di immigrazione e asilo e quindi vengono controllate, pre-identificate, e, dopo essere state informate sulla loro attuale condizione di persone irregolari e sulle possibilità di richiedere la protezione internazionale, vengono foto-segnalate. Successivamente ricevono informazioni accurate sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione e sul rimpatrio volontario assistito. Vengono dunque avviate, nel caso abbiano richiesto protezione internazionale, alle procedure per l'attribuzione di tale *status*, comprese quelle di ricollocazione per gli aventi titolo che ne abbiano fatto richiesta, altrimenti verso le procedure di espulsione.

di accoglienza, posti in prima linea per gestire lo sbarco dei migranti, per effettuare la rilevazione forzata delle impronte digitali, e separare i richiedenti asilo dai c.d. migranti economici in attesa di rimpatrio. Essendo quest'ultime le finalità principali dell'istituzione di quel modello di gestione, sono assolutamente messi in secondo piano i meccanismi di individuazione delle singole vulnerabilità⁵⁷².

Ciò, tuttavia, non toglie che in Italia esistano alcune agenzie specializzate come l'OIM (Organizzazione internazionale per le migrazioni), l'UNHCR (l'Agenzia Onu per i rifugiati) e Save the Children, che lavorano in cooperazione con la Polizia e le Procure per assicurare l'identificazione delle vittime di tratta o delle vittime potenziali e la loro messa in protezione⁵⁷³.

L'identificazione delle vittime di tratta in prossimità degli sbarchi risulta però non sempre agevole per una serie di ragioni, legate in primo luogo al vissuto traumatico del viaggio appena vissuto, alla ritrosia dei migranti a fidarsi immediatamente delle autorità di un paese che ancora non conoscono, nonché all'eventuale controllo dell'accompagnatore. In secondo luogo, capita spesso che lo sfruttamento, e dunque il fine stesso della tratta, non si sia ancora realizzato, ragione per cui la vittima potrebbe non essere a conoscenza di ciò che l'aspetterà o comunque delle modalità con cui questo avverrà.

Questo quadro mette in luce la necessità di individuare adeguati meccanismi di identificazione durante tutto il percorso della protezione internazionale: nel sistema di accoglienza negli apposti centri (CAS e SPRAR), nella procedura amministrativa volta ad accertare la sussistenza dei requisiti per l'ottenimento della protezione internazionale di fronte alle Commissioni Territoriali e nel procedimento giurisdizionale di fronte al giudice della Sezione Specializzata in materia di protezione internazionale⁵⁷⁴.

⁵⁷² OSCE, *From Reception to Recognition: Identifying and Protecting Human Trafficking Victims in Mixed Migration Flows. A Focus on First Identification and Reception Facilities for Refugees and Migrants in the Osce Region*, 2017.

⁵⁷³ Cfr. GIAMMARINARO M.G., *L'individuazione precoce delle vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti*, in *Questione Giustizia*, 2018, 2, p. 130, reperibile sul sito: http://questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2018-2.pdf e OIM, *La tratta di esseri umani attraverso la rotta del mediterraneo centrale: dati, storie e informazioni raccolte dell'Organizzazione Internazionale per le Migrazioni*, cit.

⁵⁷⁴ Il decreto legge n. 13 del 17 febbraio 2017 (c.d. Decreto Minniti), convertito con la legge n. 47 del 2017, ha previsto l'istituzione di Sezioni specializzate in materia di immigrazione, protezione internazionale e di libera circolazione dei cittadini dell'Unione Europea presso ogni Distretto di Corte d'Appello del territorio italiano.

La necessità di individuare e adottare specifici meccanismi di «rapida identificazione» è peraltro un'obbligazione imposta agli Stati dalla stessa Direttiva 2011/36/UE (art. 11, par. 4), proprio quale misura funzionale alla messa in atto di interventi di sostegno e assistenza adeguati per le vittime della tratta.

In tale direzione sembra andare il Piano nazionale di azione contro la tratta e il grave sfruttamento degli esseri umani, il quale, nell'intento di istituire un adeguato meccanismo di *referral*, distingue all'interno del processo di identificazione delle vittime di tratta l'identificazione preliminare dall'identificazione formale⁵⁷⁵.

Il Piano nazionale di azione contro la tratta, nei suoi allegati, attribuisce il compito dell'identificazione formale agli enti del pubblico e del privato sociale che realizzano i programmi *ex art.* 18 T.U.I., proprio in quanto accreditati presso il Dipartimento per le Pari Opportunità e, dunque, riconosciuti qualificati per tale delicato compito. Tuttavia, è evidente a tal fine che anche gli altri attori coinvolti nell'accoglienza dei richiedenti asilo e nella procedura di riconoscimento della protezione internazionale – a partire dai funzionari di polizia presenti alla frontiera, il personale delle strutture di accoglienza per richiedenti asilo, i componenti di Commissioni territoriali e la magistratura investita in sede di ricorso – debbano attivarsi, in una fase preliminare, segnalando in modo opportuno i casi di coloro che, in base ai primi indicatori, ritengono possibili vittime di tratta⁵⁷⁶.

L'identificazione preliminare si ha, in particolare, nel momento del primo approccio con una persona, quando iniziano ad emergere elementi tali da indurre il sospetto che essa possa essere vittima di tratta. A seguito di questa identificazione, occorre procedere a segnalare la persona stessa ad un ente specializzato nella tutela e protezione delle vittime di tratta. Ciò anche al fine di attivare le prime misure volte alla sicurezza della persona e a consentirle il periodo di recupero e di riflessione previsto dalla Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta alla tratta di esseri

⁵⁷⁵ Si veda: Allegato 1, *Meccanismo Nazionale di Referral per le persone trafficate in Italia*, reperibile sul sito: <http://www.pariopportunita.gov.it/images/ALLEGATO%201%20-%20Meccanismo%20Nazionale%20Referral.pdf> e Allegato 2, *Linee guida per la definizione di un meccanismo di rapida identificazione delle vittime di tratta e grave sfruttamento*, reperibile sul sito: <http://www.pariopportunita.gov.it/media/2874/allegato-2-linee-guida-rapida-identificazione.pdf>, entrambi allegati al Piano nazionale di azione contro la tratta e il grave sfruttamento, di cui costituiscono parte integrante.

⁵⁷⁶ NICODEMI F., *Le vittime della tratta di persone nel contesto della procedura di riconoscimento della protezione internazionale. Quali misure per un efficace coordinamento tra i sistemi di protezione e di assistenza?*, cit., p. 19.

umani e dalla Direttiva 2004/81/CE, in modo tale da ristabilirsi e decidere se collaborare o meno con le autorità competenti.

Per rendere possibile ed efficace questa collaborazione, nel tempo, sono stati individuati alcuni indicatori che dovrebbero funzionare quali ‘campanelli d’allarme’, idonei a fare sorgere un legittimo sospetto sulla condizione di vittima di tratta in capo al migrante.

Ai nostri fini, appare interessante analizzare sia quelli volti ad identificare i casi di tratta a fini di sfruttamento lavorativo, che quelli relativi a casi di tratta a fini di sfruttamento sessuale. Si ritiene, infatti, di dover instaurare un parallelismo tra i due casi, non solo perché quest’ultima è sicuramente quella più studiata ed analizzata, ma anche perché più rispondente al vecchio paradigma della tratta, caratterizzata dall’attraversamento dei confini transnazionali, dalla presenza di un’organizzazione criminale e con un forte collegamento tra partenza e arrivo, preordinati alla destinazione della donna al mercato della prostituzione. La tratta ai fini di sfruttamento sessuale rappresenta, in effetti, il caso principale di contestazione da parte delle Procure italiane dell’art. 601 c.p., pressoché, invece, inapplicato ai casi di sfruttamento lavorativo.

8.1. Gli indicatori della tratta a fini di sfruttamento sessuale

Nel 2016 la prima nazionalità per numero di arrivi via mare in Italia è stata la Nigeria, con un particolare incremento delle donne e dei minori non accompagnati. L’OIM ritiene che circa l’80% delle migranti nigeriane arrivate via mare nel 2016 sia probabile vittima di tratta destinata allo sfruttamento sessuale in Italia o in altri paesi dell’Unione Europea⁵⁷⁷.

Tuttavia, spesso, come si è detto, l’identificazione delle vittime di tratta al momento dello sbarco è molto complessa e alcuni indicatori possono emergere anche successivamente, dopo un certo periodo di accoglienza e permanenza sul territorio.

Gli indicatori, con particolare riferimento alle donne nigeriane, sono stati sviluppati da una serie di rapporti e studi in materia con l’intento di individuare le potenziali

⁵⁷⁷ OIM, *La tratta di esseri umani attraverso la rotta del mediterraneo centrale: dati, storie e informazioni raccolte dell’Organizzazione Internazionale per le Migrazioni*, cit.

vittime di tratta di esseri umani⁵⁷⁸ e sono, peraltro, rammentati dalle Linee guida per le Commissioni territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale redatte dalla Commissione nazionale per il diritto di asilo e dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) a proposito dell'identificazione delle vittime di tratta e procedure di *referral*⁵⁷⁹.

Tra gli indicatori della tratta a fini di sfruttamento sessuale si fa riferimento: al genere (per lo più donne), all'età (spesso giovani e minori di età compresa tra i 13 e i 24 anni), alla nazionalità (la peculiarità del caso delle vittime di tratta nigeriane riguarda le regioni di provenienza, non solo Edo State, ma anche Delta, Lagos, Ogun, Anambra, Imo, Akwa Ibom, Enugu, Osun, Rivers – questi sono gli stati di origine più citati negli incontri svolti dall'OIM –), allo stato psico-fisico (se in gruppo, sono le più sottomesse e silenziose, a volte evidentemente controllate da altre/i migranti, che ad esempio rispondono al posto loro, oppure si oppongono ad un colloquio privato).

Altri indicatori della tratta – soprattutto socio-economici – emergono laddove sia possibile svolgere dei colloqui individuali approfonditi. Fra questi ulteriori elementi si rileva: il basso livello d'istruzione; la situazione familiare: ad esempio, l'appartenenza a famiglie particolarmente disagiate; l'essere spesso primogenite di famiglie numerose; o la dichiarazione di essere orfane, in maniera veritiera o strumentale, credendo erroneamente per questo motivo di avere diritto ad un trattamento di favore; le condizioni in cui avviene la migrazione: la dichiarazione di non aver pagato nulla per il viaggio perché qualcuno ha pagato per loro; la difficoltà a ripercorrere le tappe del viaggio; dichiarazioni relativamente all'attività svolta durante la permanenza in Libia.

⁵⁷⁸ Si rinvia in proposito: ILO, *Operational indicators of trafficking in human beings*, cit.; UNODC, *Human trafficking indicators*, https://www.unodc.org/pdf/HT_indicators_E_LOWRES.pdf; Save the Children, *Training Manual. Progetto AGIRE (Austria, Greece, Italy and Romania) Acting for stronger private-public partnerships in the field of identification and support of child victims and at risk of trafficking in Europe*, https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/agire_training_manual_en_1.pdf.

⁵⁷⁹ Cfr. L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedura di referral. *Linee guida per le Commissioni Territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale*, elaborate nell'ambito del progetto "Meccanismi di coordinamento per le vittime di tratta", realizzato dalla Commissione Nazionale per il diritto di asilo e dall'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i Rifugiati - UNHCR. Approvate dalla Commissione Nazionale per il Diritto d'Asilo nella seduta del 30 novembre 2016, reperibili sul sito: <https://www.unhcr.it/wp-content/uploads/2017/09/Vittime-di-tratta-Linee-guida-compresso.pdf>.

Tra questi indicatori, che possono emergere sin dal primo colloquio, quelli che fanno destare maggiore allerta sono la dichiarazione di non aver pagato nulla per il viaggio e il dover raggiungere un contatto in Europa.

Altri indicatori ancora possono essere rilevati durante la fase della prima accoglienza dagli operatori dei centri che sono costantemente a contatto con le vittime di tratta e si rinvencono nella presenza di problemi psicologici (ansia o depressione), l'atteggiamento di aggressività, introversione o diffidenza, gli allontanamenti frequenti dalla struttura, la presenza di controlli da parte di altri ospiti o da soggetti esterni, nonché l'uso eccessivo del telefono.

Per quanto riguarda il colloquio di fronte alla Commissione Territoriale o al giudice della Sezione Specializzata in materia di protezione internazionale, particolare attenzione dovrà essere posta alle modalità di narrazione del proprio vissuto da parte del richiedente. Il racconto di una vittima di tratta può, infatti, far emergere dei segnali della sua condizione: ad esempio, dichiarazioni poco precise rispetto alle tappe del viaggio, il passaggio da parte di una persona cui è stata affidata durante il viaggio, la liberazione da una situazione di sfruttamento sessuale nelle *connection houses* in Libia, grazie ad un presunto benefattore, nonché il viaggio attraverso il mare senza aver pagato niente.

Si sottolinea, infine, che per quanto riguarda le donne nigeriane uno dei mezzi più utilizzati per indurre la vittima a sottoporsi allo sfruttamento è la celebrazione di un rito prima della partenza, nel paese di origine. Si tratta della cerimonia del c.d. *juju*, mediante il quale si vincolano le ragazze a obbedire ai trafficanti e alla *madame*, a non tradirli mai, pena la morte, la pazzia, o altre sventure che possono ricadere su di loro o sui loro familiari⁵⁸⁰. Si tratta di una forma di coercizione psicologica molto pesante, che impedisce a molte ragazze di auto-identificarsi come vittime o a denunciare i loro sfruttatori⁵⁸¹.

⁵⁸⁰ Cfr. EASO, *Country of Origin Information Report. Nigeria Sex trafficking of Women*, Ottobre 2015, reperibile sul sito: <https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/BZ0415678ENN.pdf>.

⁵⁸¹ Nel marzo 2018, l'Oba (il "re") Ewuare II, la massima autorità religiosa del popolo Edo, ha convocato tutti i sacerdoti *juju* della regione e ha formulato un solenne editto con cui ha revocato tutti i riti di giuramento pronunciati dalle ragazze. Inoltre, ha obbligato i sacerdoti *juju* a non praticarne più e ha lanciato una maledizione su coloro che favoriscono la tratta degli esseri umani attraverso l'uso di queste pratiche: <https://terredeshommes.it/nigeria-tratta-juju/>. Tale notizia è stata accolta dalle ragazze nigeriane con estremo entusiasmo. Il pericolo, secondo gli operatori che si occupano di tratta da molto tempo, è che riemergano modalità violente di coercizione nel fenomeno della tratta, che sino ad oggi erano state scongiurate proprio da questa forma di pressione psicologica.

8.2. Gli indicatori della tratta a fini di sfruttamento lavorativo

Più difficile sembra, invece, individuare le vittime di tratta a fini di sfruttamento lavorativo, ed in particolare gli uomini⁵⁸². Gli studi sul tema sono, in effetti, molto pochi da parte per una certa resistenza a percepire l'uomo come vittima di tratta, dall'altra parte perché lo sfruttamento lavorativo si verifica spesso qualche tempo dopo rispetto all'arrivo in Italia (anche eventualmente per ripagare il debito contratto per la partenza nei casi di *debt bondage*).

Uno sforzo per l'elaborazione di indicatori per l'identificazione delle vittime di tratta a fini di sfruttamento lavorativo si deve, in particolare, alle indagini dell'ILO, svolte in collaborazione con la Commissione europea⁵⁸³.

La metodologia di ricerca (c.d. *Delphi methodology*) utilizzata ha prodotto sei gruppi di indicatori sia per la tratta a fini di sfruttamento lavorativo che per la tratta a fini di sfruttamento sessuale, ognuno dei quali riguarda una dimensione specifica della tratta: *deceptive recruitment*, *coercive recruitment*, *recruitment by abuse of vulnerability*, *exploitative conditions of work*, *coercion at destination*, *abuse of vulnerability at destination*.

Per ogni gruppo di indicatori, si prevede, inoltre una certa graduazione tale per cui si distinguono; *strong indicators*, *medium indicators* e *weak indicators*. Affinché si realizzi una valutazione positiva rispetto ad ognuna delle specifiche dimensioni della tratta sopra richiamata, l'ILO ritiene necessario – come minimo – l'accertamento delle seguenti combinazioni: due indicatori forti; un indicatore forte e uno medio o uno debole; tre indicatori medi; due indicatori medi e uno debole. Successivamente, l'identificazione della vittima di tratta richiede di combinare una valutazione positiva per ognuna delle sei dimensioni.

Ai nostri fini appaiono interessanti sia gli indicatori della tratta a fini di sfruttamento lavorativo che gli indicatori dell'abuso della posizione vulnerabilità a destinazione.

Per quanto riguarda i primi, si fa riferimento a:

excessive working days or hours (strong indicator), bad living conditions, hazardous work, low or no salary, no respect of labour laws or contract signed, no social

⁵⁸²UNODC, *Global report on Trafficking in persons 2016*, cit. L'UNODC stima che nel mondo il 51% delle vittime siano donne, mentre gli uomini rappresentano il 21% e i minori il 28%.

⁵⁸³ ILO, *Operational indicators of trafficking in human beings Results from a Delphi survey implemented by the ILO and the European Commission*, cit.

protection, very bad working conditions, wage manipulation (medium indicators), no access to education (weak indicators).

Per quanto riguarda i secondi, invece, vengono menzionati:

dependency on exploiters, difficulty to live in an unknow area, economic reasons, family situation, relationship with authorities/legal status (medium indicators), difficulties in the past, personal characteristics (weak indicators).

Come si avrà modo illustrare più compiutamente nel prossimo capitolo, gli indicatori dello sfruttamento lavorativo individuati dall'ILO sono, per la maggior parte dei casi, gli stessi richiamati dall'art. 603-bis c.p. (Intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo) introdotto nel 2011 e novellato nel 2016, anche se i primi pongono un maggior disvalore nella sottoposizione a tempi di lavoro particolarmente massacranti. Sebbene gli indicatori dell'ILO siano stati predisposti nell'ottica di una precoce identificazione della vittime di tratta, essi non necessariamente devono essere riscontrati per selezionare l'ambito di rilevanza penale del reato di tratta di esseri umani o di sfruttamento lavorativo. Si precisa che indicatori simili a quelli individuati dall'ILO, sono quelli stilati dall'UNODC⁵⁸⁴, ma qui si richiamano anche i casi di condizioni abitative di gruppo in situazioni degradanti nonché l'inadeguatezza del vestiario utilizzato per lavorare.

In merito agli indicatori dell'abuso di una posizione di vulnerabilità nel contesto di destinazione, non vi è alcun dubbio che essi individuino la situazione in cui versano migliaia di migranti in condizioni di sfruttamento lavorativo in Italia. Nel prossimo capitolo, analizzando alcuni casi di sfruttamento nelle campagne del Sud Italia, si avrà modo di cogliere le specifiche vulnerabilità dei braccianti di Nardò, Foggia, Brindisi dove l'isolamento abitativo, linguistico nonché sociale è tratto caratterizzante di tutte le vittime di sfruttamento lavorativo.

⁵⁸⁴ UNODC, *Human trafficking indicators*, cit.: «People who have been trafficked for labour exploitation may: Live in groups in the same place where they work and leave those premises infrequently, if at all; Live in degraded, unsuitable places, such as in agricultural or industrial buildings Not be dressed adequately for the work they do: for example, they may lack protective equipment or warm clothing; Be given only leftovers to eat; Have no access to their earnings; Have no labour contract; Work excessively long hours; Depend on their employer for a number of services, including work, transportation and accommodation».

8.3. I meccanismi di emersione delle vittime di tratta di fronte alle CT e ai giudice delle Sezioni Specializzate

Occorre premettere che uno specifico meccanismo di *referral* delle vittime di tratta durante la procedura volta al riconoscimento della protezione internazionale è attualmente previsto solo dinanzi alla Commissione Territoriale, ossia l'organo amministrativo deputato ad una (prima) deliberazione sulla sussistenza dei requisiti per l'ottenimento della protezione internazionale o umanitaria.

Tali meccanismi di *referral* sono stati formalizzati dalla Commissione nazionale per il diritto d'asilo, nell'ambito di un progetto promosso in collaborazione con l'Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati, grazie al quale, nel mese di dicembre 2016, sono state adottate le Linee Guida per le Commissioni territoriali per l'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale.

Già prima dell'approvazione di queste linee guida, a dire il vero, la legge italiana aveva preso in considerazione questa possibile interconnessione e la presenza sempre più massiccia di vittime di tratta tra i richiedenti la protezione internazionale, disponendo nella legge di delegazione europea del 2013 che il Governo, nel recepire la direttiva 2011/36/UE, prevedesse

«misure che facilitino il coordinamento tra le istituzioni che si occupano di tutela e assistenza alle vittime di tratta e quelle che hanno competenza sull'asilo, determinando meccanismi di rinvio, qualora necessario, tra i due sistemi di tutela».

Questa delega ha prodotto l'art. 10 del d.lgs 24/2014 che, dando attuazione alla Direttiva 2011/36/UE, ha modificato l'articolo 32 del d.lgs. 28 gennaio 2008, n. 25⁵⁸⁵ inserendo dopo il comma 3, un comma 3-*bis* in cui si specifica che

«La Commissione territoriale trasmette, altresì, gli atti al Questore per le valutazioni di sua competenza se nel corso dell'istruttoria sono emersi fondati motivi per ritenere che il richiedente è stato vittima dei delitti di cui agli articoli 600 e 601 del codice penale».

⁵⁸⁵ Il d.lgs. n. 25/2008 ha dato attuazione alla direttiva 2005/85/CE recante norme minime per le procedure applicate negli Stati membri ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di rifugiato.

Più in generale, lo stesso art. 10 del d.lgs 24/2014, al primo comma, ha stabilito che

«le Amministrazioni che si occupano di tutela e assistenza di vittime di tratta e quelle che hanno competenza in materia di asilo individuino misure di coordinamento tra le attività istituzionali di rispettiva competenza, anche al fine di determinare meccanismi di rinvio, qualora necessari, tra i due sistemi di tutela».

Il perno del coordinamento, tra le amministrazioni che si occupano di tutela e assistenza delle vittime di tratta e quelle che hanno competenza in materia di asilo, dovrebbe essere proprio quel Meccanismo Nazionale di *Referral* (MNR), previsto dal piano nazionale di azione contro la tratta, di cui si è detto, il quale articola – a livello di *soft law* – una serie di raccomandazioni e misure pratiche principalmente destinate agli attori impegnati nella lotta contro la tratta che vengono a contatto con una persona trafficata (sia essa presunta o riconosciuta tale) e che sono coinvolti in una qualsiasi delle fasi previste dalla procedura di riconoscimento della protezione internazionale⁵⁸⁶.

Tornando alla disposizione di cui al comma 3-*bis* del d.lgs. 25/2008, nel caso in cui la Commissione Territoriale ritenga di non riconoscere la protezione internazionale in favore di un richiedente asilo che sia stato identificato dagli enti quale vittima di tratta o vittima di riduzione o mantenimento in schiavitù, trasmette gli atti al Questore per la *valutazione di sua competenza*. Ora, tali valutazioni sono da ricondursi sia a quelle concernenti la sussistenza dei presupposti per il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale *ex art. 18 d.lgs. 286/98*, che a quelle relative ad un'eventuale riferibilità della notizia di reato alla Procura *ex art. 347 c.p.p.*

Occorre, qui, brevemente precisare che, sebbene l'art. 32, comma 3-*bis*, del d.lgs. 25/2008 si riferisca esclusivamente agli artt. 600 e 601 c.p., rinvii indirettamente all'art. 18 T.U.I.; pertanto, si è ritenuto che tale procedura possa essere disposta ogni volta in cui la Commissione Territoriale si trovi ad esaminare la domanda di una persona che sia stata vittima di uno dei reati indicati in tale disposizione e dunque anche del reato di cui all'art. 3 l. 75/1958 e di quelli previsti dall'art. 380 c.p.p.⁵⁸⁷

⁵⁸⁶ Sul punto si veda: SANTORO E., *Asilo e tratta: il tango delle protezioni*, in *Questione Giustizia*, 2018, 2, pp. 135-144.

⁵⁸⁷ Cfr. NICODEMI F., *Le vittime della tratta di persone nel contesto della procedura di riconoscimento della protezione internazionale. Quali misure per un efficace coordinamento tra i sistemi di protezione e di assistenza?*, cit., p. 12.

Come è stato sostenuto, tale interpretazione consentirebbe di estendere il rilascio del permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale *ex art. 18 TUI* a tutti quei richiedenti che si trovano in situazioni di «*violenza o grave sfruttamento*» ed in particolare in quelle situazioni di grave sfruttamento in ambito lavorativo riconducibili all'art. 603-*bis* c.p. Questo ragionamento si impone anche a fronte dell'impressionante aumento di richiedenti asilo (anche inseriti in un centro di accoglienza) vittime di sfruttamento lavorativo⁵⁸⁸.

Ulteriori disposizioni che indicano la frequente presenza di vittime di tratta tra i richiedenti asilo sono state introdotte con il d.lgs. n. 142/2015, il quale, nel prevedere una serie di novità in tema di accoglienza dei richiedenti asilo, ha espressamente ricompreso anche le vittime di tratta tra le categorie vulnerabili le cui specifiche esigenze devono essere prese in considerazione nel predisporre misure di accoglienza mirate; lo stesso decreto legislativo prevede, inoltre, che qualora il richiedente asilo appartenga ad una di tali categorie vulnerabili debba beneficiare di un esame prioritario della propria domanda di fronte alla Commissione Territoriale⁵⁸⁹.

Ben più rilevante, però, è la disposizione di cui all'art. 17, comma 2, del d.lgs. 142/2015, la quale nel statuire che

«ai richiedenti protezione internazionale identificati come vittime della tratta di esseri umani si applica il programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale di cui all'articolo 18, comma 3-bis, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286»

ammette chiaramente la possibilità che una persona richiedente la protezione internazionale, dove sia riconosciuta vittima di tratta, possa beneficiare delle misure predisposte dal sistema anti-tratta senza tuttavia dover rinunciare alla domanda di protezione internazionale.

⁵⁸⁸ Molte delle recenti inchieste aperte per art. 603-*bis* c.p. coinvolgono per lo più richiedenti la protezione internazionale accolti nei CAS (Centri di Accoglienza Straordinaria). Nel prossimo capitolo, si darà conto di un'indagine aperta dalla Procura di Prato per sfruttamento lavorativo, ove i richiedenti accolti in un centro pratese venivano reclutati da un caporale per essere destinati a sfruttamento in un'azienda vitivinicola del Chianti. Un altro caso interessante è quello di Cosenza, ove la Procura ha contestato anche ai gestori del centro di accoglienza il reato di caporalato e sfruttamento lavorativo, poiché collaboravano al reclutamento degli ospiti del centro per il lavoro nelle aziende agricole del territorio e per truffa aggravata per aver falsamente attestato la presenza di migranti sui fogli presenza al fine di ottenere i rimborsi dalla Prefettura.

⁵⁸⁹ Cfr. artt. 2 e 28 D.lgs. n. 25/2008 come modificati per effetto del d.lgs. n. 142/2015.

8.3.1. L'identificazione della vittima di tratta di fronte alla Commissione...

Come si è accennato, nell'ottica di un'adeguata attuazione all'art. 10 d.lgs. 24/2014, la Commissione nazionale per il diritto di asilo e l'UNHCR hanno redatto le Linee guida sopra rammentate, predisponendo un modello di schema di convenzione che le Commissioni territoriali dovrebbero stipulare con l'ente anti-tratta territorialmente competente e al quale si prevede che le stesse Commissioni rimettano la valutazione sulla fondatezza del sospetto di tratta emerso in sede di audizione del richiedente protezione internazionale.

Nell'ambito della procedura di protezione internazionale tale meccanismo di *referral* permette, infatti, di favorire la segnalazione, da parte delle Commissioni Territoriali, di possibili vittime di tratta agli enti preposti alla loro tutela al fine di una corretta identificazione di coloro che si trovino in una situazione di sfruttamento o che rischiano di divenirlo. In particolare, laddove la Commissione Territoriale verifichi la presenza dei primi indicatori di tratta, deve provvedere a mettere in atto le procedure volte ad effettuare una segnalazione all'ente del pubblico o del privato sociale riconosciuto che, nella zona di riferimento, svolga il programma di emersione, assistenza e integrazione sociale ai sensi dell'art. 18, comma 3-*bis*, T.U.I. Effettuata la segnalazione, la Commissione sospende il procedimento relativo all'esame della protezione internazionale per un certo periodo necessario a consentire lo svolgimento di appositi incontri riservati tra la presunta vittima di tratta e l'operatore specializzato dell'ente anti-tratta. La sospensione, oltre ad essere funzionale a tali colloqui, appare essenziale al riconoscimento di un periodo di tempo minimo per acquisire fiducia nelle autorità e per comprendere appieno la propria situazione personale e poi scegliere consapevolmente per la propria vita futura. In quest'ottica, la sospensione del procedimento risponde alla *ratio* del periodo di riflessione come concepito dalla Direttiva europea 2004/81/CE e ripreso dalla Direttiva 2011/36/UE66. A sua volta, proprio nell'ottica della collaborazione tra i diversi soggetti coinvolti, l'ente anti-tratta può contribuire, nell'ambito di tale meccanismo di *referral*, mediante la restituzione alla Commissione Territoriale di una relazione contenente gli elementi utili per facilitare una valutazione completa della domanda di protezione internazionale da parte della Commissione stessa. Tale relazione deve contenere tutta una serie di elementi utili alla comprensione del caso concreto al fine di decidere anche quale protezione possa essere la più appropriata. In particolare, sarà importante sapere se la

persona abbia chiesto o comunque abbia accettato di aderire ad un programma di emersione, assistenza e integrazione sociale, eventualmente chiedendo di essere accolta in una casa protetta; se tale circostanza non sia avvenuta ma comunque la persona abbia intrapreso un percorso con l'ente e stia proseguendo i colloqui; se non si è messa in atto alcuna misura per una difficoltà dell'ente o per una precisa volontà della persona; se siano stati intrapresi eventuali percorsi di integrazione sociale o se vi sia stata una richiesta della persona di usufruire della misura del rimpatrio volontario assistito o comunque il consenso alla proposta eventualmente formulata in tal senso.

Come autorevolmente sostenuto, al momento della decisione della Commissione (così come al momento della decisione del Giudice, in caso di successivo ricorso) dovranno comunque essere rispettati almeno due principi⁵⁹⁰: in primo luogo, la protezione sociale di cui all'art. 18 T.U.I. non deve porsi in termini di alternatività rispetto al possibile riconoscimento della protezione internazionale; in secondo luogo, occorre tener conto che l'essere vittima di tratta, come vedremo, dà di per sé diritto al riconoscimento allo *status* di rifugiato ovvero ad altre forme di protezione. Tali considerazioni appaiono, infatti, essenziali ad evitare che il sistema anti-tratta diventi lo strumento per disattendere le istanze di protezione internazionale.

Di conseguenza, le valutazioni sottese ai due differenti percorsi andranno tenute tendenzialmente separate, scongiurando l'eventualità che il riconoscimento della protezione internazionale sia subordinato all'adesione della vittima al programma di integrazione sociale di cui all'art. 18 T.U.I.⁵⁹¹

Nel corso della ricerca finalizzata alla stesura della presente trattazione, è emersa più volte (nei colloqui con i membri della Commissione Territoriale e con i giudici del Tribunale) la preoccupazione che il riconoscimento di una qualche forma di protezione alla vittima di tratta, senza che la stessa consenta ad aderire al programma di emersione, possa legittimare o comunque favorire il protrarsi della situazione di sfruttamento e, dunque, in generale l'attività dei trafficanti. Valutazioni meta-giuridiche di questo tenore – pur comprensibili – sono state, tuttavia, prontamente osteggiate dagli operatori degli enti anti-tratta, secondo cui, lasciare sprovvista la vittima di una qualsiasi forma di protezione non farebbe che accentuare la situazione

⁵⁹⁰ GIAMMARINARO M.G., *L'individuazione precoce delle vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti*, cit., p. 129.

⁵⁹¹ Ivi, pp. 131-132.

di vulnerabilità in cui essa versa, privandola dell'unico potere 'contrattuale' a sua disposizione nei confronti dello sfruttatore. Una situazione di irregolarità sul territorio renderebbe, infatti, la persona ancora più invisibile, ricattabile e dipendente dai trafficanti.

Il problema della mancata adesione al percorso di integrazione di cui all'art. 18 T.U.I. pone, piuttosto, una serie di dilemmi pratici che si combinano spesso alla mancata auto-identificazione del richiedente come vittima di tratta: è evidente che una forte negazione della propria storia di tratta renda per la Commissione (e per il giudice della protezione internazionale) più difficile pervenire ad una decisione che riconosca la protezione. Il rischio è, infatti, che una narrazione poco chiara o lacunosa (sintomo di un'eventuale ritrosia ad un racconto veritiero che potrebbe rivelare la situazione di tratta) possa condurre ad un esito negativo della decisione, per mancanza di credibilità e attendibilità del richiedente.

Proprio per tali motivi si rende necessario il *referral* all'ente specializzato anti-tratta che sebbene non sempre riesca a condurre il richiedente alla propria auto-identificazione, o comunque all'adesione del programma anti-tratta, indubbiamente è provvisto di una professionalità, esperienza e competenza più specifica per comprendere se la persona sia stata effettivamente oggetto di tratta e se la sua reticenza sia dovuta essenzialmente al rischio di ritorsioni.

8.3.2. ... e di fronte al giudice della Sezione Specializzata

L'assenza di un analogo procedimento di *referral* nella successiva ed eventuale fase di fronte al giudice della Sezione Specializzata in materia di protezione internazionale dinanzi al quale il richiedente può impugnare la decisione della Commissione, pone evidentemente non pochi problemi di compatibilità del nostro ordinamento rispetto agli obblighi internazionali, europei e derivanti dal diritto dell'Unione europea.

Va segnalato, innanzitutto, che in media un richiedente la protezione internazionale che promuove ricorso dinanzi al Tribunale è presente sul territorio italiano da almeno 3-4 anni, visti i lunghi tempi di attesa per l'audizione di fronte alla Commissione Territoriale. A livello fenomenologico, questo dato ci pone di fronte ad un'alternativa, ben analizzata dagli operatori dell'ente anti tratta⁵⁹². Nell'arco di questo tempo la

⁵⁹² Le informazioni sono state tratte da numerosi colloqui con gli operatori anti-tratta del sistema SATIS della Toscana (Sistema Antitrattra Toscano Interventi Sociali) nel corso degli anni 2017-2018.

situazione di sfruttamento potrebbe essersi incancrenita a tal punto da rendere improbabile la volontà di auto-identificarsi come vittima di tratta ovvero di sottrarsi. L'altra possibilità è che la persona sia arrivata allo stremo delle forze e della sopportazione da essere disposta ad accettare una via di fuga.

Al pari di quanto avviene in Commissione, il momento dell'audizione costituisce un'occasione essenziale per interpretare la storia del richiedente e intercettare gli elementi che possano far sorgere il sospetto che la persona sia una vittima di tratta.

Durante un periodo di collaborazione intrattenuta con la Sezione Specializzata di Firenze ed in particolare con la Presidente di Sezione, Luciana Breggia, è stato possibile sperimentare alcuni meccanismi di *referral*, sulla scorta di quanto già formalmente previsto di fronte alla Commissione Territoriale.

Alla luce di ciò, evidentemente, risulta di importanza fondamentale effettuare l'audizione del richiedente. Durante il colloquio, infatti, può verificarsi che la narrazione del richiedente faccia sorgere un sospetto di tratta. A questo punto, soprattutto laddove sia mancato l'esperimento della procedura di *referral* nell'ambito del procedimento amministrativo dinanzi alla Commissione, sarà necessario informare la persona dei meccanismi di protezione previsti dall'ordinamento nazionale per le vittime di tratta e della possibilità di effettuare degli incontri con l'ente anti-tratta, e ciò anche subito dopo l'udienza⁵⁹³.

Sul punto, appare di grande interesse una recente ordinanza pronunciata dalla Dott.ssa Breggia del Tribunale di Firenze⁵⁹⁴.

La vicenda riguardava una donna nigeriana proveniente da una città al confine tra l'Edo State e il Delta State fuggita a causa della presunta appartenenza del fidanzato ad un culto segreto, coinvolto in attività criminali. La narrazione della richiedente si incentra in particolare sul viaggio che l'avrebbe condotta dapprima a Lagos, da un'amica, e poi in Libia, grazie all'aiuto di un conoscente di quest'ultima. Dopo una breve permanenza in Libia, l'amica avrebbe aiutato la donna a reperire i soldi per trovare un passaggio su una barca diretta verso l'Italia. Al momento dello sbarco a

⁵⁹³ Sui diversi scenari che possono verificarsi all'esito del procedimento di *referral* di fronte al Giudice della Sezione Specializzata, si veda: BELLUCCIO D. e MINNITI L., *La tutela processuale delle donne vittime di tratta*, in *Questione Giustizia on-line*, pubblicato il 12.2.2019, reperibile sul sito: http://questionegiustizia.it/articolo/la-tutela-processuale-delle-donne-vittime-di-tratta_12-02-2019.php.

⁵⁹⁴ Per un commento dell'ordinanza si veda: GENOVESE D., *La tutela delle vittime di tratta di fronte alla Sezione specializzata in materia di protezione internazionale di Firenze*, in *Questione Giustizia on-line*, http://questionegiustizia.it/articolo/la-tutela-delle-vittime-di-tratta-di-fronte-alla-s_04-05-2018.php, pubblicato il 4.5.2018

Siracusa, la cittadina nigeriana si sarebbe allontanata dal centro dove era accolta per dirigersi alla stazione: non sapendo ritrovare la strada per il centro, aveva passato qualche giorno alla stazione e, infine, conosciuto un uomo che le avrebbe proposto di ospitarla a casa sua in Toscana e che poco dopo sarebbe divenuto il suo fidanzato.

Dopo avere fatto richiesta di protezione internazionale e a seguito del rigetto della stessa da parte della Commissione Territoriale di Roma, la donna ha proposto ricorso avverso il diniego al Tribunale di Firenze.

In sede di interrogatorio libero di fronte al giudice, la narrazione sopra esposta ha indotto il giudicante a ritenere il racconto non credibile in quanto non circostanziato in ordine ai motivi che l'avrebbero condotta a lasciare il Paese di origine. In effetti, già al termine dell'audizione, il giudice ha informato la richiedente che dal racconto emergevano indicatori di tratta (come del resto asseriva la Commissione) e della possibilità di metterla in contatto con strutture di sostegno offrendole di rinviare l'udienza per riflettere sull'opportunità di entrare in un percorso di protezione. Nonostante l'avviso, la donna ha continuato a negare di essere vittima di sfruttamento e rifiutato il rinvio. In particolare, nell'ordinanza in commento, il giudice ha sottolineato come gli elementi emersi in sede di audizione rimandino alla struttura narrativa dei racconti delle donne vittime di tratta a fini di sfruttamento sessuale provenienti dalla Nigeria, sia per quanto riguarda il tragitto e le modalità del viaggio, nonché per le figure (amica e fidanzato) che lo hanno agevolato.

Si evince, dall'ordinanza in commento, che tale identificazione preliminare non è stata svolta dalla Commissione territoriale di Roma nonostante la stessa decisione di diniego abbia riconosciuto la presenza di forti indicatori della tratta di esseri umani. Essendo, dunque, mancato questo passaggio – ritiene il giudice – la richiedente è stata privata del diritto ad un periodo di riflessione.

L'ordinanza, come è stato sottolineato⁵⁹⁵, ha il merito di rilevare il mancato adempimento da parte della Commissione territoriale alla procedura di informazione e di *referral* prevista dalle Linee guida sopra richiamata. L'ordinanza sottolinea che la mancata "autoidentificazione" come vittima di tratta da parte della persona richiedente asilo può dipendere appunto dal mancato esperimento della procedura di informazione/*referral* e che, dunque, la stessa dovrebbe essere esperita di fronte al giudice.

⁵⁹⁵ GIAMMARINARO M.G., *L'individuazione precoce delle vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti*, cit., p. 132.

Le esperienze restituite dagli operatori dell'ente anti-tratta sottolineano, infatti, come la disponibilità all'autoidentificazione spesso non è immediata, ma si acquisisce solo attraverso un lungo percorso volto ad instaurare una relazione di fiducia tra la vittima e l'operatore.

Nel caso in commento, tuttavia, la forte resistenza della richiedente ad auto-identificarsi come vittima della tratta⁵⁹⁶, nonché a svolgere un colloquio con operatori specializzati ha spinto il giudice ad emettere un'ordinanza 'interlocutoria' in cui si dispone che, a norma dell'art. 32, comma 3-*bis*, d.lgs. n. 25/2008, gli atti vadano trasmessi al Questore per le valutazioni di sua competenza. Con un'operazione innovativa, quanto dettata dalle specifiche esigenze di quel peculiare caso, il giudice ha, pertanto, adottato una decisione sulla base di una norma espressamente prevista per il procedimento di riconoscimento della protezione internazionale di fronte alla Commissione. L'intento era, evidentemente, quello di stimolare una decisione di fuoriuscita dalla situazione di sfruttamento mediante l'intervento di un organo che avrebbe dovuto attivarsi per provare ad ottenere il consenso tramite il contatto con l'ente anti-tratta e/o informare la Procura della notizia di reato e avviare le indagini, a fronte dell'assenza di altre vie per il giudice formalmente previste.

Occorre, a questo punto, considerare che se ragionevolmente nessun consenso può essere 'estorto' dalle autorità rispetto ad eventuale adesione al programma di integrazione sociale di cui all'art. 18 T.U.I., la via dell'apertura del procedimento penale potrebbe essere l'unica percorribile. Lo smantellamento della rete criminale, infatti, potrebbe indurre la persona a sentirsi libera dal condizionamento creato dalle ritorsioni che le sono state prospettate dai suoi sfruttatori, conducendola ad aderire al programma di emersione.

Sebbene tale meccanismo possa apparire quanto meno complesso, si rammenta che nel procedimento volto al riconoscimento della protezione internazionale di fronte al giudice della Sezione Specializzata è necessario l'intervento del Pubblico Ministero⁵⁹⁷, il quale, nell'esprimere parere in merito all'eventuale riconoscimento

⁵⁹⁶ Il problema di una mancanza di auto-identificazione della vittima pone, a sua volta, il dilemma del peso da dare alla (poca) credibilità del richiedente: in effetti, nel caso di presunte vittime di tratta, il Giudice dovrebbe trarre conseguenze diverse da quelle che trarrebbe, in altri casi, per la non credibilità del richiedente. Ciò perché, per le vittime di tratta, la non credibilità costituisce, paradossalmente, un indizio della tratta stessa. Di conseguenza, ci si chiede quale sia la decisione da adottare laddove il richiedente sia una *sospetta* vittima di tratta ma non lo alleggi negli elementi del ricorso o anzi lo neghi strenuamente. Il problema è, oggi, sostanzialmente aperto e recentemente affrontato da: BELLUCCIO D. e MINNITI L., *La tutela processuale delle donne vittime di tratta*, cit.

⁵⁹⁷ Crf. Art. 70 c.p.c

della protezione, dovrebbe essere in grado di valutare anche la sussistenza di elementi tali da ritenere che sia stato compiuto/o sia ancora in corso di compimento un reato perseguibile d'ufficio, come è quello di cui all'art. 601 c.p. L'intervento del Pubblico Ministero potrebbe allora risultare decisivo nella ricostruzione del fatto e nell'accertamento di eventuali reati.

8.4. Il riconoscimento della protezione internazionale per le vittime di tratta

Come accennato sopra, la condizione di vittima di tratta può dar luogo a forme di protezione autonome, a prescindere da quella prevista dall'art. 18 T.U.I.

Si rammenta, innanzitutto, che nell'ambito delle principali fonti di carattere internazionale in materia di tratta, tanto il Protocollo di Palermo sul *trafficking* quanto la Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta alla tratta degli esseri umani, contengono, rispettivamente all'art. 14 e all'art. 40, clausole di salvaguardia volte a prevedere che le disposizioni ivi contenute non pregiudichino i diritti, gli obblighi e le responsabilità degli Stati e degli individui ai sensi del diritto internazionale, con particolare riferimento alla Convenzione del 1951 e al Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati e il principio di *non refoulement* così come in essa contenuti. Analoga clausola è contenuta nel considerando 10 della direttiva 2011/36/UE e, in attuazione di questa, nell'art. 1, co. 2, del d.lgs. 24/2014.

Il punto di partenza è rappresentato dalle Linee Guida sulla protezione internazionale per l'applicazione dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e il Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati alle vittime di tratta e alle persone a rischio di tratta, elaborate dall'UNHCR nel 2006⁵⁹⁸.

Tali linee guida evidenziano come le vittime, o potenziali vittime, della tratta *possano* rientrare nella definizione di rifugiato contenuta nell'articolo 1A(2) della Convenzione di Ginevra del 1951 e pertanto avere titolo alla protezione internazionale che spetta ai rifugiati e, a tal fine, analizzano i singoli elementi della Convenzione di Ginevra alla luce della tratta di esseri umani.

⁵⁹⁸ Tali linee guida sono reperibili sul sito (consultato il 17.11.2018): <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513c7834>.

La valutazione relativa alla sussistenza di un «*timore fondato di persecuzione*» dovrà, dunque, prendere in considerazione le specifiche peculiarità del caso⁵⁹⁹, ben potendo costituire persecuzione il reclutamento forzato o ingannevole di donne e minori per fini di prostituzione forzata o sfruttamento sessuale, che è una forma di violenza legata al genere. In particolare, le donne possono costituire in determinati contesti, un «*sottoinsieme sociale di individui*» dotato di caratteristiche specifiche, innate ed immutabili, che le differenziano dagli uomini, anche per come sono trattate, andando perciò a costituire una categoria particolarmente vulnerabile, più esposta al rischio di tratta. Addirittura, secondo l'interpretazione dell'Alto Commissariato, coloro che sono stati vittime di tratta in passato potrebbero essere considerati come un gruppo sociale «*basato sulla caratteristica immutabile, comune e storica dell'essere stati vittime di tratta*».

Alla luce di queste premesse, la tratta delle donne può essere fatta rientrare tra i motivi di persecuzione previsti dalla Convenzione di Ginevra, in ragione dell'appartenenza ad un determinato gruppo sociale, e giustificare il riconoscimento della qualifica di rifugiato. In effetti, le donne e i minori vittime di tratta possono essere particolarmente suscettibili di gravi ritorsioni da parte degli sfruttatori dopo la loro fuga e/o al loro ritorno. A tal proposito le Linee guida sollecitano a valutare per il riconoscimento dello *status* il rischio che le vittime possano essere «*oggetto di ritorsioni e/o possibili nuove esperienze di tratta se fossero rinviiati nel territorio dal quale sono fuggiti o nel quale sono stati vittime di tratta*» (*re-trafficking*).

Inoltre, secondo l'UNHCR, anche laddove l'esperienza di tratta possa dirsi 'conclusa', la situazione personale della vittima potrebbe ancora dispiegare i suoi effetti tanto da rendere «*intollerabile il suo ritorno nel proprio Paese di origine*».

Questa tesi comincia a trovare qualche riscontro nella giurisprudenza di merito, la quale, interpretando la normativa vigente secondo le indicazioni delle Linee Guida UNHCR e analizzando i casi specifici alla luce delle informazioni sui Paesi di origine disponibili (COI), riconosce lo *status* di rifugiato, ravvisando il grave e fondato timore di persecuzione per motivi legati all'appartenenza ad un determinato gruppo sociale, ovvero la protezione sussidiaria sulla base del rischio di danno grave di cui all'art. 14

⁵⁹⁹ Per approfondimenti si veda: NICODEMI F., *Le vittime della tratta di persone nel contesto della procedura di riconoscimento della protezione internazionale. Quali misure per un efficace coordinamento tra i sistemi di protezione e di assistenza?*, cit., pp. 12 e ss.

lett. a) o b) d.lgs. 251/07⁶⁰⁰. A livello di commissioni territoriali, invece, questa impostazione è lungi dall'essere accolta. Gli orientamenti prevalenti sono quelli di non prendersi carico dei problemi della tratta e di attivare il meccanismo di *referral*, *by-passando* il problema agli enti anti-tratta e alle questure, o, in qualche raro caso, di concedere la protezione umanitaria⁶⁰¹.

Merita, infine, di essere segnalato che parte della giurisprudenza di merito ha preso in considerazione gli elementi costitutivi della tratta come atti specificamente diretti contro un genere sessuale, talora in aggiunta alla violenza domestica o alle mutilazioni genitali, ai fini del riconoscimento dello status di rifugiate a donne nigeriane⁶⁰².

Nello stesso senso si sta orientando anche la Corte di Cassazione⁶⁰³, la quale, valorizzando il concetto della violenza di genere, ha riconosciuto ad alcune donne lo *status* di rifugiato ovvero la protezione sussidiaria. Tale giurisprudenza, prendendo le mosse dalle Linee Guida dell'UNHCR sulla persecuzione di genere adottate nel 2002⁶⁰⁴, che avevano evidenziato come storicamente la definizione di rifugiato fosse legata ad un quadro di esperienze tipicamente maschili, trascurando la particolare condizione in cui si trovano le donne in alcune zone di provenienza, ha confermato la necessità di leggere gli elementi del narrato del richiedente la protezione anche in una prospettiva di genere⁶⁰⁵.

⁶⁰⁰ Vedi: Tribunale di Salerno, ordinanza n. 4862/2017; Tribunale di Messina, ordinanza n. 316/2017. Merita di essere sottolineato che in entrambi i casi la richiedente si era auto-identificata come vittima di tratta e aveva acconsentito all'inserimento del programma di protezione gestito dall'Ente anti-tratta cosa che avviene molto di rado e di solito dopo un lungo percorso. Cfr. inoltre, tra le ordinanze che riconoscono lo status di rifugiato: Tribunale ordinario di Cagliari, ordinanza 12.6.2013; Tribunale ordinario di Milano, ordinanza 23.3.2016; tra le pronunce che riconoscono la protezione sussidiaria: Tribunale ordinario di Milano, ordinanza 29.4.2016. Tribunale ordinario di Milano, ordinanza 1.7.2016.

⁶⁰¹ SANTORO E., *Asilo e tratta: il tango delle protezioni*, cit., p. 137.

⁶⁰² GIAMMARINARO M.G., *L'individuazione precoce delle vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti*, cit., p. 133.

⁶⁰³ Cfr. Cass. 17.5.2017, n. 12333; Cass. 24.11.2017, n. 28152.

⁶⁰⁴ UNHCR, *Linee guida sulla protezione internazionale n. 1. La persecuzione di genere nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, 7 maggio 2002, HCR/GIP/02/01, reperibili sul sito: <http://www.refworld.org/cgi-bin/telex/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513ca474>.

⁶⁰⁵ Per un commento alle sentenze della Corte di Cassazione richiamate, si rinvia a: GENOVESE D., *Violenza di genere e protezione internazionale. Note a margine di un recente orientamento della Corte di Cassazione*, in *Questione Giustizia on-line*, pubblicato il 5.2.2018, reperibile sul sito: http://www.questionegiustizia.it/articolo/violenza-di-genere-e-protezione-internazionale-not_05-02-2018.php.

CAPITOLO IV

La repressione dello sfruttamento lavorativo in Italia

1. Premessa. Tra dignità e libertà.

Nel precedente capitolo, si è visto che gli artt. 600 e 601 c.p. si differenziano dal punto di vista del bene giuridico: il primo protegge la persona dalle forme di controllo totalizzanti che ne compromettono lo *status libertatis*, mentre il secondo, incentrandosi sullo sfruttamento, tutela più propriamente la dignità umana.

Secondo la ricostruzione qui proposta, tuttavia, anche la nuova fattispecie di cui all'art. 603-*bis* c.p., punendo lo sfruttamento (lavorativo) sull'essere umano, sembra proteggere la dignità della persona (lavoratore). In particolare, è essenziale sin da ora precisare, ai fini della tesi sostenuta, che il problema dello sfruttamento lavorativo appare segnato da una peculiare tensione tra libertà e dignità: lo sbilanciamento verso la tutela dell'una o dell'altra può comportare, infatti, notevoli differenze sia in ordine alla punibilità di determinate condotte che in ordine alla stessa protezione delle vittime.

Le recenti modifiche legislative, che hanno condotto all'introduzione nel nostro ordinamento di una fattispecie penale deputata a reprimere lo sfruttamento lavorativo (art. 603-*bis* c.p.), hanno posto una serie di problematiche relative all'esatta determinazione dei suoi confini con le fattispecie penali già esistenti, la cui interpretazione non può non tener conto delle norme internazionali e sovranazionali da cui derivano e dalla lettura che ne è stata data dalle relative Corti.

L'introduzione del reato di sfruttamento lavorativo di cui all'art. 603-*bis* c.p., per effetto delle modifiche apportate dalla legge n. 199/2016⁶⁰⁶, costituisce, in effetti, uno spartiacque essenziale nella ridefinizione dei rapporti tra le fattispecie penali interne, sino ad allora utilizzate dalla giurisprudenza per reprimere lo sfruttamento lavorativo, anche alla luce di una più corretta esegesi del bene giuridico ad esse sottese.

⁶⁰⁶ Legge 29 ottobre 2016, n. 199 «Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo», in GU Serie Generale n. 257 del 03-11-2016.

L'esatta comprensione dell'attuale portata di tali norme penali interne non può che passare, infatti, da un'attenta ricostruzione del bene giuridico che le stesse intendono proteggere al fine di verificare se le strategie di prevenzione, repressione e protezione delle vittime siano state e continuino ad essere all'uopo adeguate. L'analisi dell'attuale fenomeno dello sfruttamento lavorativo – mediante lo studio dei casi più rilevanti in alcune Province d'Italia, le indagini avviate dalle Procura d'Italia per identificarli e reprimerli, nonché la ricognizione della giurisprudenza su di essi formatasi – appare essenziale al fine che ci si propone.

2. Il bene giuridico nel reato di sfruttamento lavorativo e i rischi del paternalismo penale

Per affrontare le problematiche relative al quadro delle fattispecie penali in materia di sfruttamento lavorativo, appare opportuno muovere da alcune critiche che si erano levate già nel 2011⁶⁰⁷, anno in cui venne introdotto, con il vecchio 603-*bis*, il reato di 'caporalato' nel codice penale.

Si sostenne che la scelta di ricorrere allo strumento penale per intervenire sul funzionamento del mercato del lavoro era parte di una deriva pan-penalistica che portava ad assegnare al diritto penale una funzione regolativa che non gli è propria⁶⁰⁸. In particolare, la norma fu giudicata distorsiva per il modo in cui tentava di intervenire sul funzionamento del mercato del lavoro criminalizzando selettivamente solo alcuni soggetti di un intero sistema produttivo (ossia, i caporali)⁶⁰⁹.

Tale critica indubbiamente coglie nel segno il principale difetto della vecchia norma, la quale puniva unicamente l'intermediario, omettendo di considerare come, nella realtà del fenomeno dello sfruttamento lavorativo, questo si inserisca all'interno di una catena produttiva in cui non può certo dirsi il solo responsabile. Una simile riflessione avanzata sotto la vigenza del vecchio art. 603-*bis* c.p., tuttavia, sembra trascurare la circostanza per cui, sia nella norma del 2011 che in quella modificata per

⁶⁰⁷ Art. 12 del decreto legge 13.8.2011, n. 138 convertito in legge 14.9.2011, n. 148

⁶⁰⁸ DI MARTINO A., "Caporalato" e repressione penale. *Appunti su una correlazione (troppo) scontata*, in RIGO E. (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pacini, collana Quaderni de L'altro diritto, Pisa, 2015, pp. 69 e ss.

⁶⁰⁹ Ivi, p. 70.

effetto della legge n. 199/2016, l'intermediazione punita è quella finalizzata allo sfruttamento lavorativo e non l'intermediazione *tout court*.

Sebbene, infatti, non possa negarsi come quella del caporale sia stata in passato e sia ancora oggi una figura pressoché imprescindibile nell'organizzazione del lavoro, specie nel settore agricolo⁶¹⁰ – il ché presupporrebbe un intervento legislativo volto a recuperarne la legalità piuttosto che a farne il 'nemico principale' – rimane il fatto che il caporalato si insinua all'interno di un sistema produttivo che ha l'effetto di sfruttare il lavoro delle persone a beneficio di coloro che usufruiscono in ultima istanza di tale sfruttamento, ossia i datori di lavoro⁶¹¹.

Pertanto, una corretta impostazione del problema richiede di incentrare il disvalore della fattispecie non sull'intermediazione in sé ma sullo sfruttamento lavorativo che ne deriva: problema di cui il legislatore penale non si può disinteressare, attesa la rilevanza dei beni giuridici che ivi sono sottesi, primo fra tutti, quello della dignità umana.

La previsione di strumenti penali per contrastare lo sfruttamento lavorativo non si caratterizza, quindi, come un sovraccarico ultroneo di funzioni non proprie del diritto penale, ma come l'assunzione da parte di questo del suo compito principale: la difesa di valori giuridici fondamentali.

Se lo sfruttamento lavorativo consiste, in primo luogo, in una violazione della dignità umana, che è un «bene costituzionalmente protetto», questo deve orientare la scelta politico-legislativa nel senso di una necessaria criminalizzazione di quei fatti che si pongono in contrasto con essa.

Se, ancora, compito primario del moderno diritto penale è quello di garantire la salvaguardia dei beni giuridici, «la categoria del bene giuridico non può non occupare

⁶¹⁰ In proposito si veda: BOTTE A., *Caporali per legge. Per un percorso legale nel lavoro agricolo*, in RIGO E. (a cura di), *Leggi, migranti e caporali*, cit., pp. 115 ss. Si veda, altresì, il *Terzo rapporto Agromafie e Caporalato* a cura dell'Osservatorio Placido Rizzotto presso la Flai-Cgil, 2016.

⁶¹¹ Il caporalato nelle campagne del Mezzogiorno, come metodo di reclutamento elevato a sistema di produzione, è stato lucidamente descritto dall'inchiesta di LEOGRANDE A., *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*, Feltrinelli, Milano, 2016, p. 122: «Spesso c'è uno scollamento temporale tra le esigenze della raccolta di frutta e ortaggi e le lungaggini degli attuali sistemi di collocamento, quelli cui ogni imprenditore dovrebbe tener fede per rispettare le leggi. Allora molti imprenditori (non tutti, ma molti) trovano quei sistemi penalizzanti in quanto, a loro dire, le decisioni che si prendono all'interno di una azienda agricola devono essere spesso rapidissime. Il datore di lavoro può aver bisogno di dieci operai oggi per domani mattina alle 4, perché è sicuro che l'indomani non pioverà e il prodotto va raccolto in fretta. In queste condizioni, fare la domanda al collocamento e avere una risposta in tempi utili per quei dieci operai "non è possibile". E allora il vantaggio di rivolgersi ai caporali di cui ci si fida sta tutto qui: il tempo. Perché il caporale, oggi come ieri, e domani come oggi, i dieci operai alle 4 del mattino del giorno dopo, te li fa trovare al prezzo di 3,50 euro all'ora».

un ruolo centrale nella costruzione della fattispecie criminosa»⁶¹². Di queste considerazioni si deve tenere conto anche in fase interpretativa, dove il bene giuridico assume una funzione cosiddetta «*illuminante*»⁶¹³: esso deve guidare il giurista nell'individuazione della norma penale sotto cui sussumere il fatto storico.

In questo senso, sembra orientarsi la giurisprudenza di legittimità che, muovendo dalla considerazione sistematica della collocazione del reato di cui all'art. 603-*bis* c.p. (vecchia e nuova formulazione) tra i delitti contro la personalità individuale, ha individuato il bene giuridico tutelato in quello della dignità umana⁶¹⁴.

Tale riconoscimento deve, tuttavia, essere seguito da un'attenta analisi di questa nozione, o meglio, di questo bene giuridico.

I discutibili risultati cui può condurre un'eccessiva valorizzazione del concetto di dignità sono ben rappresentati in una vicenda, risalente a circa venti anni fa, diventata famosa e continuamente ricordata per aver posto il problema del suo controverso utilizzo.

Si tratta del noto caso del lancio del nano (*dwarf-tossing*), pratica che venne vietata dal sindaco della cittadina francese Morsang-sur-Orge, in quanto considerata lesiva della dignità umana. L'ordinanza del sindaco, prontamente impugnata dal nano, venne ritenuta legittima dal Consiglio di Stato francese in quanto misura idonea a «*prévenir une atteinte à l'ordre public, dont une des composantes est le respect de la dignité de la personne humaine*»⁶¹⁵. Sebbene, dunque, il nano ritenesse quel lavoro conforme alla sua percezione di dignità, i giudici francesi ne hanno interdetto lo svolgimento imponendo un concetto di dignità-altro rispetto a quello del nano.

È un caso emblematico di impostazione kantiana per la quale ogni essere umano non deve mai essere trattato esclusivamente come un mezzo per un fine ma, in ogni caso, come un fine in sé, e secondo cui la libertà dell'individuo si deve inchinare ad una concezione eteronoma di dignità.

Questa vicenda sembra avvalorare le note critiche sollevate dalla dottrina penalistica ad una concezione di dignità come bene 'vincente' su ogni altro valore: si tratta,

⁶¹² FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*⁶, Zanichelli, Bologna 2014, p. 184.

⁶¹³ MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*⁷, Cedam, Padova, 2013, pp. 196 e ss.

⁶¹⁴ Cass. pen., sentenza del 21.4.2016, n. 16737, reperibile sul sito: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpn&id=/20160422/snpn@s50@a2016@n16737@tS.clean.pdf>

⁶¹⁵ Conseil d'Etat, Assemblée, 27.10.1995, n. 136727, reperibile sul sito: https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEX_T000007877723.

evidentemente, della stessa concezione di dignità umana che sta dietro al c.d. paternalismo penale, volto ad imporre con la forza del diritto penale un modello moralmente ed eticamente accettabile⁶¹⁶.

Tale polemica si inserisce all'interno di una recente tendenza del diritto penale ad utilizzare la dignità come bene *omnibus*

«in grado di fornire copertura assiologica e legittimazione costituzionale a pressoché tutte le fattispecie penali in cui si suppongono intuitivamente implicate questioni attinenti allo status morale-costituzionale della persona umana»⁶¹⁷.

Proprio la vaghezza del suo contenuto e la forte carica etico-emozionale che sottende a tale concetto lo rendono, infatti, suscettibile di applicazione ai contesti più disparati «come l'accompagnamento di un detenuto in uniforme da carcerato all'udienza pubblica e la clonazione di esseri umani come aggressione alla specie»⁶¹⁸, con il rischio latente di svilirne l'alto valore che lo connota.

La dignità sembrerebbe, dunque, un bene sfuggente, arduo da cogliere nel suo profondo significato e manipolabile in base alle diverse concezioni ideologiche di chi ne fa uso⁶¹⁹. Adottare una concezione «oggettiva» della dignità può voler dire servirsene per imporre presunti valori maggioritari a discapito dell'autonomia e delle libertà fondamentali dei singoli individui.

Particolarmente abusato nel campo della bioetica, dalla fecondazione assistita alle questioni del fine-vita, il bene della dignità è stato tacciato di *deus ex machina*, di

⁶¹⁶ TESAURO A., *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 2011, 11, pp. 885 e ss. L'autore esemplifica a tal proposito alcuni casi in cui il diritto penale viene utilizzato per l'imposizione di modelli dignitosi di comportamento: «l'incriminazione categorica e incondizionata di comportamenti come, per esempio, la mera detenzione di materiale pedo-pornografico (anche se acquisito in forme tali da non finanziare, neppure indirettamente, il mercato e da rendere anonimo e irricognoscibile il minore), lo sfruttamento della prostituzione (anche se consensuale), la surrogazione di maternità (anche se attuata per motivazioni altruistiche), o la cessione di gameti maschili o femminili (anche se decisa per promuovere la sperimentazione scientifica) – al netto di non incontestabili profili di possibile «danno ad altri» – si fonda su argomenti perfezionisti di carattere “teleologico” basati su una determinata teoria “funzionalista” della natura umana che potrebbero risultare potenzialmente in contrasto con il valore morale-costituzionale dell'autonomia individuale»

⁶¹⁷ Ivi, p. 885.

⁶¹⁸ HASSEMER W., *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005, p. 131.

⁶¹⁹ In tal senso, FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 2-3, p. 546. Sul punto, si veda anche: TIGANO V., *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, 4, p. 1747.

passe-partout idoneo a legittimare ogni tipo incriminazione, rispetto alla quale non sia possibile identificare oggetti di tutela più concreti e specifici⁶²⁰. Proprio in quei settori, attraversati da profondi dilemmi morali innescati dai progressi acquisiti in campo medico, scientifico, tecnologico che sembrano minacciare l'autocomprensione del genere umano⁶²¹, la dignità assumerebbe una funzione taumaturgico-sedativa⁶²² per la sua capacità di placare le reazioni di panico da cui ci sentiamo sopraffatti. È stato notato come proprio la giurisprudenza europea abbia fatto costantemente riferimento alla dignità in una pluralità di contesti:

«nel difendere l'individuo dagli abusi più devastanti, quali quelli realizzati attraverso la tortura e le pene contrarie al senso di umanità; ha supportato la libertà verso l'ampliamento dei diritti civili e l'uguaglianza per l'affermazione dei diritti economico-sociali; ha manifestato un volto più costrittivo in bioetica e nella morale sessuale, dove è servita a porre limiti anche a condotte self-regarding»⁶²³.

Il fascino esercitato dal fondamento giuridico della dignità si lega, in particolare, all'idea secondo cui essa si presterebbe – per vocazione – ad essere sottratta al bilanciamento con altri principi od interessi sottesi alle singole fattispecie incriminatrici e, dunque, ad essere utilizzata quale comodo «*ascensore retorico*» per spostare ai piani più alti della gerarchia delle fonti interessi di dubbia rilevanza costituzionale⁶²⁴.

Tale impostazione sembra richiamare le riflessioni di Simone Weil sul principio di dignità. La filosofa, in particolare, negava alla dignità la natura di diritto individuale al pari degli altri diritti fondamentali riconosciuti dalla Dichiarazioni dei Diritti dell'Uomo: essa rappresenterebbe, piuttosto, il fondamento ultimo dell'ordinamento

⁶²⁰ Ibidem. Cfr. anche: FIANDACA G., *Sul bene giuridico: un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 79 e ss.

⁶²¹ Cfr. HABERMAS J., *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002, p. 34.

⁶²² TESAURO A., *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, cit., p. 886.

⁶²³ BRIGNONE C., *Aspetti della dignità umana nell'orizzonte del diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it, pubblicato il 20.12.2011.

⁶²⁴ TESAURO A., *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, cit., p. 892. Cfr. anche: BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992, p. 38.

giuridico, senza la quale i diritti individuali potrebbero incoraggiare l'*ubris* dell'affermazione di sé, a scapito degli esseri umani⁶²⁵.

Il rischio, come si è visto nel caso del lancio del nano, è quello di fare leva su un argomento

«valido sotto ogni condizione (...) e preventivamente sottratto alle negoziazioni parlamentari, così come alle “risignificazioni” operate in sede interpretativo-applicativo»⁶²⁶.

L'eccessiva valorizzazione di un concetto etero-definito di dignità, l'adozione di una impostazione rigorosamente kantiana, che fa divieto anche al singolo individuo di abdicare la dignità che è in lui, mette infatti questo bene giuridico in tensione con il principio di libertà⁶²⁷.

Per risolvere questa tensione si ritiene necessario elaborare un quadro in cui dignità e libertà si staglino come due concetti inseparabili: imporre alla persona una dignità 'normativa' la priva, infatti, della libertà di decidere quale sia la vita degna di essere vissuta. Come si è detto, non tenere conto di questo, può evidentemente trasformare la dignità in uno strumento paternalista costruito al di fuori della capacità di ogni persona di autodeterminarsi rispetto alle proprie scelte di vita.

Tanto sin qui premesso, alla luce delle rammentate critiche su un uso poco avveduto del bene della dignità e lungi dal proporre una versione “fagocitante” di altri beni di

⁶²⁵ Cfr. SUPIOT A., *Il pensiero giuridico di Simone Weil*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza sociale*, 2011, 3, p. 618. Secondo l'autore, se non si distingue ciò che fonda da ciò che è fondato, si è portato a fare della dignità stessa l'oggetto di un diritto individuale: «questa confusione mentale raggiunge una sorta di climax nella giurisprudenza della Corte di Giustizia europea, quando afferma che il rispetto della dignità umana fa parte dei diritti fondamentali il cui esercizio deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti economici protetti dal suddetto Trattato e conforme al proprio di proporzionalità» (Corte di Giustizia CE, 11 dicembre 2017, Viking, C-438/05).

⁶²⁶ TESAURO A., *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, cit., pp. 909 e ss.

⁶²⁷ Sul punto, si veda RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, 6, pp. 824 e ss., per il quale la principale ambivalenza della dignità si coglie nel fatto che se da una parte essa può costituire un rafforzamento dei diritti sociali degli individui, dall'altro lato può rappresentare un limite all'esercizio dei diritti di libertà altrui. L'autore afferma come la «dignità è nozione che può avere una forte carica emancipatoria, anche soprattutto nel senso del rafforzamento dei diritti sociali degli individui, ma che nello stesso tempo può essere impiegata, con argomentazioni apodittiche, per determinare una pesante restrizione dei diritti di libertà altrui; dignità è formula che sottende un'elevata pulsione ideale, ma che rischia di subire, nella sua applicazione concreta, un processo di non irrilevante banalizzazione; dignità, infine, è strumento che può essere usato per ampliare la sfera di autonomia degli individui e per preconstituire le condizioni minime per una libera costruzione dell'identità, ma che può anche tradursi nella surrettizia imposizione di modelli valoriali dominanti, a scapito del pluralismo e delle diversità».

eguale rilevanza costituzionale, la tesi qui sostenuta intende partire dalla constatazione che è la stessa Carta Costituzionale a prefigurare un necessario bilanciamento del bene della dignità.

Quello che si tenterà di sostenere è come, nelle incriminazioni riguardanti lo sfruttamento lavorativo, il significato della dignità umana possa essere recuperato attraverso una sua declinazione in termini di possibilità di effettuare una scelta in condizioni di assenza di vulnerabilità. Se, infatti, non esiste un concetto di dignità pre-dato all'interprete che valuta i singoli casi, il suo significato andrà specificato di volta in volta con riguardo alle singole fattispecie penali con cui viene a contatto⁶²⁸.

Nel caso delle disposizioni normative contro lo sfruttamento lavorativo non si può assumere un concetto ontologico di dignità umana⁶²⁹, se non a rischio di sottrarre agli individui la decisione di quale sia, nelle diverse specifiche condizioni concrete di ciascuno, la vita degna di essere vissuta.

Da tale constatazione prende le mosse la tesi qui proposta circa la necessità di ricostruire in termini nuovi il concetto di dignità umana da porre a fondamento della normativa penale rivolta alla repressione dello sfruttamento lavorativo.

3. La repressione dello sfruttamento lavorativo nel codice penale prima... del reato di sfruttamento lavorativo

3.1. Più della dignità: il reato di schiavitù e di tratta

Occorre premettere che i casi di più grave sfruttamento lavorativo, per molto tempo, hanno assunto una rilevanza penale solo laddove le condotte poste in essere integrassero i requisiti richiesti dagli artt. 600 e 601 c.p. Nel precedente capitolo, si è visto come le incertezze della formulazione della fattispecie di cui all'art. 600 c.p. abbiano posto non pochi problemi nella sua applicazione, che – per le ragioni di cui si è detto – si sono riverberate sull'art. 601 c.p., almeno fino alle modifiche apportate alla norma dalla riforma del 2014.

⁶²⁸ FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, cit., p. 558.

⁶²⁹ Cfr. a questo proposito, VIOLA F., *Lo statuto normativo della dignità umana*, in ABIGNENTE A. e SCAMARDELLA F. (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, pp. 283 e ss.

Già si è detto, peraltro, che il bene giuridico protetto da tale fattispecie è qualcosa ‘di più’ della dignità e si ravvisa nello *status libertatis*, inteso come complesso di beni e libertà che fanno della persona un soggetto, e non un oggetto.

La sommaria ricostruzione della giurisprudenza di legittimità sull’art. 600 c.p., di cui si è dato conto nel precedente capitolo, evidenzia come l’intento della Suprema Corte sia stato quello di delineare il punto in cui l’aggressione della libertà personale, bene personalissimo e indisponibile, sia tale da ledere la sfera intangibile, costituita dalla libertà di autodeterminazione, che il soggetto deve poter conservare scegliendo le condizioni cui sottoporre la propria prestazione, seppur implicanti uno sfruttamento. Tale sforzo, dovuto verosimilmente all’intento di evitare un approccio rigidamente paternalistico alla questione e di individuare un delicato equilibrio tra dignità e libertà, ritiene configurabile il reato, quindi, solo nel momento in cui la libertà di autodeterminazione risulta del tutto annullata.

Le ragioni sottese all’evidente resistenza della Corte di Cassazione a far rientrare tutte quelle situazioni ‘limite’ di sfruttamento lavorativo all’interno dell’art. 600 c.p. sembrano riconducibili, in primo luogo, all’elevato minimo edittale del reato di riduzione o mantenimento in schiavitù (8 anni), che senza dubbio incoraggia la giurisprudenza a individuare altre fattispecie criminose che più si adattano al disvalore concreto del fatto.

Una recente sentenza della Corte d’Assise di Lecce, occupatasi di un caso di sfruttamento in agricoltura sembra, tuttavia, aver riaperto il dibattito sulla fattispecie di schiavitù.

3.1.1. La vulnerabilità dei lavoratori sfruttati nel settore agricolo: il caso di Nardò

La sentenza emessa nel 2017 dalla Corte d’Assise di Lecce⁶³⁰ sembra ampliare le maglie della fattispecie incriminatrice di cui all’art. 600 c.p. valorizzando il concetto di vulnerabilità.

In particolare, il percorso argomentativo seguito da questa pronuncia rappresenta un tentativo di andare oltre quell’orientamento fortemente restrittivo della giurisprudenza

⁶³⁰ Ass. Lecce sentenza 25.10.2017, n. 2, *inedita*.

di legittimità in tema di applicazione dell'art. 600 c.p., facendo fronte ad una lacuna non pienamente colmata dall'introduzione del 'vecchio' art. 603-bis c.p.

La sentenza è stata emessa all'esito del giudizio di primo grado nel noto processo «Sabr», riguardante i fatti di sfruttamento nelle campagne di Nardò emersi a seguito dell'omonima rivolta⁶³¹, con cui tre imprenditori e otto caporali sono stati condannati per il delitto di associazione a delinquere (art. 416 c.p.) e riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.) a undici anni di reclusione.

Nel caso di Nardò, la Corte di Assise ha ritenuto che il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro (art. 603-bis c.p. vecchia formulazione) non potesse essere applicato in riferimento a quei fatti, posto che gli stessi risultavano contestati – ed erano stati commessi – dal 2008 fino ad agosto 2011, dunque in epoca antecedente all'entrata in vigore della citata disposizione (entrata in vigore il 13 agosto 2011).

Al di là di questo, la Corte evidenzia come il quadro degli episodi di grave sfruttamento del lavoro consumatisi a Nardò e zone limitrofe rimandi comunque alla più grave figura delittuosa di cui all'art. 600 c.p.

Nel sostenere tale tesi, la Corte di Lecce richiama la recente sentenza della Corte di Cassazione⁶³², in tema di approfittamento della situazione di necessità, che ha ravvisato l'ipotesi di riduzione in schiavitù nel caso di un immigrato extracomunitario alloggiato in un ricovero destinato agli animali, privo della reale possibilità di scegliere altri lavori ed altre sistemazioni abitative, da pochi mesi presente in Italia, senza denaro né conoscenza, con scarsa consapevolezza della propria situazione o dei propri diritti che, pur avendo astrattamente *«mantenuto la possibilità di allontanarsi dalla situazione sgradita»*, di fatto risultava privo di alternative esistenziali *«realisticamente individuabili e compatibili con le circostanze contingenti in quel contesto territoriale e temporale»*.

Tale situazione, a parere della Corte di Assise di Lecce, sarebbe del tutto analoga a quella dei lavoratori *«sfruttati, sottopagati, maltrattati, costretti a vivere in situazioni di estremo degrado morale e civile nelle campagne di Nardò»*, con la differenza però che il sistema di Nardò è risultato essere strutturato, organizzato e voluto dai numerosi soggetti coinvolti (datori di lavoro e caporali) talvolta con il silenzio, se non con la complicità, delle Istituzioni.

⁶³¹ LEOGRANDE A., *La rivolta di Nardò*, in *Minima & Moralia*, reperibile al sito: <http://www.minimaetmoralia.it/wp/la-rivolta-di-nardo/>, pubblicato il 4.11.2011.

⁶³² Cass. pen. sentenza 17.6.2016, n. 31647, cit.

In particolare, l'interessante operazione effettuata dalla Corte d'Assise di Lecce prende le mosse proprio da quella definizione di «situazione di necessità» offerta dalla sentenza della Corte di Cassazione appena menzionata e già richiamata nel precedente capitolo, secondo cui ai fini di una corretta interpretazione dell'art. 600 c.p. risulta essenziale tenere presente la nozione di vulnerabilità, quale condizione capace di compromettere *«radicalmente la libertà di scelta della vittima, che non ha altra scelta se non quella di sottostare all'abuso»*⁶³³.

Secondo il ragionamento della Corte leccese, la posizione di vulnerabilità – il cui riferimento nell'art. 600 c.p. appare esplicitamente solo nel 2014⁶³⁴ – in cui si trovavano i lavoratori impiegati nelle campagne di Nardò è risultata dunque tale da pregiudicare la loro libertà di autodeterminazione privandoli di una effettiva capacità di scelta in ordine alle condizioni di lavoro da accettare.

Proprio l'accertamento della mancanza di questa libertà di autodeterminazione – che, come si è visto, secondo un consolidato indirizzo nomofilattico appare requisito essenziale alla configurazione del reato di riduzione e mantenimento in schiavitù – derivante dalla loro condizione di vulnerabilità consente alla Corte di Lecce di imputare una responsabilità *ex art. 600 c.p.*

I lavoratori che si recavano nelle campagne di Nardò erano, infatti, assolutamente privi, in quel dato contesto temporale, di alternative esistenziali validamente percorribili e dunque dotati di una libertà solo apparente⁶³⁵.

Si legge, nella sentenza, come il complesso sistema di lavoro prestato dai cittadini extracomunitari nelle campagne di Nardò si connotava per

«caporalato e grave sfruttamento, avuto riguardo ai massacranti turni di lavoro, alle retribuzioni estremamente esigue, alle difficilissime condizioni in cui le prestazioni lavorative avevano luogo, all'assoluta mancanza di misure e opere prevenzionali ai sensi del Testo Unico n. 81/2008, alle minacce, alle violenze e ai

⁶³³ Ibidem.

⁶³⁴ L'art. 600, co. 2, c.p. è stato così modificato dall'art. 2, comma 1, lett. a, n. 2, d.lgs. 4.3.2014, n. 24: *«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».*

⁶³⁵ Si trattava, evidenzia la Corte, di *«uomini già di per sé deboli, specie se clandestini, spinti dalla necessità di trovare un lavoro, quale che fosse, per poter sopravvivere, privi di cultura e conoscenza della lingua, che giunti a Nardò si sono imbattuti in una organizzazione strutturata e deputata al loro sfruttamento, alla quale non hanno saputo o potuto opporsi».*

ricatti cui i lavoratori venivano ripetutamente sottoposti. Oltre a questo si aggiungevano le condizioni di vita oggettivamente sub-umane se non disumane».

Tutto ciò, secondo la Corte d'Assise di Lecce, determinava, anche sotto il profilo psicologico, una situazione di *soggezione continuativa* che si protraeva per tutta la durata del rapporto di lavoro e che andava ad impattare, a monte, con una condizione soggettiva di vulnerabilità dei lavoratori.

Nonostante l'interessante operazione retorica tentata dalla Suprema Corte prima e dalla Corte d'Assise di Lecce poi, non può non notarsi come una simile ricostruzione rischi di confondere i piani dell'evento e dei mezzi del reato.

L'approfittamento della situazione vulnerabilità o di necessità (i cui concetti, come si è visto, sembrano pressoché coincidere, almeno secondo la Suprema Corte⁶³⁶) rappresenta il mezzo della condotta idonea a ridurre o mantenere una persona in uno stato di *soggezione continuativa*: è lo strumento necessario a compromettere la libertà di autodeterminazione, ma non definisce di per sé la misura della limitazione stessa di questa libertà. Occorre, dunque, scindere l'evento della *soggezione continuativa* dall'approfittamento della posizione di vulnerabilità.

Una cosa è la *soggezione continuativa* che risulta integrata, per giurisprudenza costante, dalla significativa compromissione della capacità di autodeterminazione della persona offesa; un'altra è la posizione di vulnerabilità in cui il lavoratore si viene a trovare (a monte) a prescindere dalla volontà del soggetto attivo del reato, il quale si limita ad approfittarne per creare la *soggezione*.

Sembra, invece, che secondo i giudici leccesi, nel caso specifico, la posizione di vulnerabilità comprometta totalmente la libertà di scelta del lavoratore e dunque la sua capacità di autodeterminazione.

Il risultato di questa operazione porta così a far coincidere, in quelle circostanze, la situazione di vulnerabilità con quella di *soggezione continuativa*, creando di conseguenza una tautologia in cui entrambe diventano – allo stesso tempo – causa e effetto dello stesso fenomeno, cioè lo sfruttamento lavorativo.

Non ogni approfittamento della posizione di vulnerabilità è idoneo a ridurre la persona in uno stato di *soggezione*: esso può costituire anche semplicemente il *mezzo* con cui

⁶³⁶ Sul punto si veda anche: MOTTA C., *Sulla disciplina di contrasto al grave sfruttamento lavorativo e alla intermediazione illecita nel lavoro: profili storici e interventi di riforma*, cit., p. 100.

attuare il fine dello sfruttamento lavorativo, senza che tale sfruttamento si risolva in un assoggettamento rilevante ai sensi dell'art. 600 c.p.

Tale considerazione si lega a quanto precisato dall'UNODC a proposito dell'abuso della posizione di vulnerabilità nella tratta⁶³⁷. Come si è visto nel secondo capitolo, la vulnerabilità è intesa nel contesto di tale espressione come *mezzo* non come forma di suscettibilità al traffico. Si tratta di una considerazione importante perché il concetto di vulnerabilità può potenzialmente condurre ad un ampliamento della nozione di tratta: l'UNODC ha rilevato come non inquadrare l'abuso della posizione di vulnerabilità nel mezzo della tratta, ma dare rilievo al fatto della vulnerabilità in sé, porta il rischio di individuare in essa una prova o anche solo un indizio dell'accertamento giudiziario del reato di tratta di esseri umani.

Stessa cosa dovrebbe allora dirsi per la fattispecie di schiavitù.

Se, come è stato efficacemente notato, la vulnerabilità indica l'aspetto della possibilità dello sfruttamento, e non dello stato, si considera vulnerabile chi/ciò che è esposto suo malgrado alla possibilità di essere in qualche modo 'ferito' nella sua integrità, non chi sicuramente è o sarà ferito⁶³⁸. Per tale motivo, ciò che rileva è l'approfittamento/l'abuso della situazione di vulnerabilità e non la situazione di vulnerabilità in sé. Si tratta di un concetto che implica per definizione l'alterità.

Per farne un uso empirico, la nozione di vulnerabilità sembra non poter prescindere da quella di sfruttamento lavorativo: evidentemente più è grave la situazione di vulnerabilità in cui si trova il lavoratore, più è facile approfittarsene ed esercitare un 'controllo' sul soggetto che da questa situazione è schiacciato.

L'interdipendenza dei due concetti fa sì che la definizione di vulnerabilità dipenda da quella di sfruttamento lavorativo. Su tale connessione si tornerà nel prosieguo analizzando il reato di caporalato e di sfruttamento lavorativo.

⁶³⁷ UNODC, *Abuse of a position of vulnerability and other "means" within the definition of trafficking in persons*, cit., p. 15.

⁶³⁸ MAIONLINI R., *Tra ferita e cura. Per una riflessione sulla vulnerabilità dell'esistenza umana alla luce del pensiero occidentale*, in AA. VV., *Vulnerabilità*, Edizioni Messaggero, collana *Credere Oggi*, Padova, 2017, pp. 26 e ss.

3.2. Meno della dignità: il reato di estorsione e quello di maltrattamenti contro i familiari

A fronte dell'interpretazione fortemente restrittiva fornita dalla giurisprudenza di legittimità nell'applicazione del reato di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, le condotte ipoteticamente rientranti nell'art. 600 c.p. sono state, nel tempo, ricondotte ad altre fattispecie penali di minor gravità, come il reato di «Maltrattamenti contro familiari e conviventi» (art. 572 c.p.) e il reato di «Estorsione» (art. 629 c.p.), che a ben vedere non tutelano direttamente il bene della dignità personale.

La Suprema Corte ha in più occasioni affermato che integra il delitto di maltrattamenti previsto dall'art. 572 c.p. la condotta del datore di lavoro e dei suoi preposti che, nell'ambito del rapporto di lavoro subordinato, abbiano posto in essere atti volontari, idonei a produrre uno stato di abituale sofferenza fisica e morale nei dipendenti, quando la finalità perseguita dagli agenti non sia la loro punizione per episodi censurabili ma lo sfruttamento degli stessi per motivi di lucro personale⁶³⁹.

In ordine all'applicazione del reato di cui all'art. 572 c.p. si rammenta la vicenda di un imputato che aveva tenuto alle proprie dipendenze lavorative alcuni cittadini rumeni in condizioni di estremo degrado materiale, poiché ospitati in locali fatiscenti, in pessime condizioni igienico-sanitarie, con somministrazione scarsa o nulla di cibo e privazione del compenso. La Corte d'Appello di Roma, in riforma della sentenza emessa nel maggio del 2011 dal Tribunale di Viterbo, riqualificava la condotta, originariamente contestata di riduzione in schiavitù, in maltrattamenti in famiglia. La Corte di appello riteneva, infatti, che dette condizioni non avessero impedito alle persone offese di determinarsi liberamente nelle proprie scelte di vita, nonostante le violenze e minacce subite, essendosi infine sottratte all'iniquo regime lavorativo.

Riteneva la Corte che la condotta contestata integrasse il diverso e meno grave reato di cui all'art. 572 c.p., la cui sussistenza, veniva ravvisata nell'ambito di rapporti lavorativi di natura c.d. parafamiliare, caratterizzati da una serie indici, tutti presenti nel caso di specie. In particolare, tali indici riguardavano l'esistenza di relazioni abituali ed intense tra datore e prestatore di lavoro, consuetudini di vita tra i soggetti, soggezione degli uni nei confronti dell'altro, fiducia riposta dal soggetto passivo in quello attivo.

⁶³⁹ *Ex multis*: Cass. pen., sentenza 22.1.2001, n. 10090, in *Cass. Pen.*, 2002, pp. 248 e ss.

Giunto il caso dinnanzi alla Suprema Corte, quest'ultima confermava la decisione dei giudici di appello e precisava che, nonostante la situazione delle vittime fosse quasi equiparabile ad una situazione di schiavitù, il fatto non fosse però sussumibile nel più grave delitto di cui all'art. 600 c.p., rientrando tale particolare vicenda in una delle situazioni di lavoro di carattere parafamiliare previste dall'art. 572 c.p.⁶⁴⁰

La soluzione, tuttavia, non appare convincente in quanto, sebbene la collocazione della norma nel titolo XI dei «Delitti contro la famiglia» non sia di per sé decisiva, è altrettanto vero che il reato di maltrattamenti in famiglia trova il suo disvalore in quelle situazioni di vessazione e violenza praticate in un contesto nel quale la vittima dovrebbe invece trovare, almeno apparentemente, sicurezza e protezione. L'oggetto giuridico della fattispecie in esame va inquadrato, in particolare, nell'interesse che lo Stato ha nel tutelare la famiglia da comportamenti vessatori e violenti che potrebbero manifestarsi al suo interno nonché nella salvaguardia del benessere psico-fisico degli individui che ne fanno parte⁶⁴¹. Nonostante il reato, per come è attualmente formulato⁶⁴², vada inevitabilmente a comprendere non solo situazioni di convivenza di fatto, ma anche rapporti di affidamento diversi da quelli di origine familiare (educazione, istruzione, cura, vigilanza, custodia, esercizio di una professione o di un'arte), queste relazioni devono possedere almeno 'in potenza' la possibilità di una reciproca assistenza e solidarietà. In effetti, la fattispecie presuppone la propensione dei soggetti passivi del reato ad affidarsi (in virtù di un rapporto familiare o di subordinazione) al soggetto riconosciuto dalla norma come maltrattante⁶⁴³.

Tali considerazioni hanno pertanto indotto la dottrina a rinvenire l'oggettività giuridica del reato di maltrattamenti nella violazione di quella fiducia che una parte della relazione pone nei confronti dell'altra e dalla quale deriva la lesione dell'intera personalità della vittima⁶⁴⁴.

Secondo il più recente e maggioritario orientamento giurisprudenziale, in effetti, il reato di maltrattamenti di cui all'art. 572 c.p. trova applicazione in tutti quei contesti

⁶⁴⁰ Cass. pen. sentenza 11.4.2014, n. 24057, in *Foro Italiano*, 2014, 2, 401.

⁶⁴¹ MANZINI V., *Trattato di diritto penale*⁷, Utet, Torino, 1984, p. 926; FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*⁴, Zanichelli, Bologna, 2013, p. 388.

⁶⁴² L'attuale formulazione dell'art. 572, co. 1, c.p. è il frutto delle modifiche apportate dalla legge 1.10.2012, n. 172.

⁶⁴³ COCCHI A., *Il reato di maltrattamenti ex art. 572 c.p. ai danni del lavoratore: panoramica di un'applicazione giurisprudenziale dalle origini recenti*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 6, pp. 1847-1848. Cfr. sul punto, MIEDICO M., *Sub art. 572 c.p.*, in MARINUCCI G. e DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, Ipsoa (edizione III), Milano, 2011, pp. 5129 e ss.

⁶⁴⁴ Cfr. COPPI V., *Maltrattamenti in famiglia*, Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia 1979, pp. 175 e ss.

lavorativi equiparabili ad una ‘famiglia’ ovvero quando vi sia un gruppo di persone legate da rapporti personali diretti e quotidiani e da abitudini di vita assimilabili a quelle di una comunità familiare.

Tuttavia, nel caso deciso dalla Corte di Cassazione appena ricordato, appare inverosimile che le vittime abbiamo trovato – finanche inizialmente – un conforto anche solo potenziale, in un luogo in cui, fin da subito, hanno vissuto condizioni di abuso, degrado e privazioni. La situazione sembra molto più quella di soggetti, che fin dal primo momento, costretti dalla necessità, si sono adeguati allo sfruttamento.

In costanza di una lacuna penale in tema di sfruttamento lavorativo, il rischio era evidentemente quello di estendere la portata applicativa dell’art. 572 c.p. a rapporti di natura principalmente lavorativa, anche in presenza di più gravi abusi lavorativi e umani a danno di vittime spesso in una condizione di forte vulnerabilità.

In altri casi, la giurisprudenza di legittimità, in luogo del più grave reato di riduzione in schiavitù, ha invece optato per l’applicazione del reato di cui all’art. 629 c.p.

La Suprema Corte ha infatti stabilito in più occasioni che configura il reato di estorsione la condotta del datore di lavoro il quale, minacciando il licenziamento o la mancata assunzione, faccia accettare condizioni di lavoro contrarie alla legge o alla contrattazione collettiva, quali lavoro in nero, trattamenti economici inferiori rispetto al pattuito (nel caso di specie le decurtazioni allo stipendio in parte andavano a compensare un’illegitima attività di caporalato), sottoscrizione di lettere di dimissioni in bianco, rinuncia a congedi per malattia o per infortunio, così procurandosi un ingiusto profitto a danno dei lavoratori⁶⁴⁵. In effetti, ai fini della configurabilità del reato di estorsione non è necessario che la minaccia sia ingiusta, ma che essa sia finalizzata all’ottenimento di un profitto ingiusto con l’altrui danno⁶⁴⁶. Una simile ricostruzione rischia, però, di annullare ogni rilevanza al bene giuridico della dignità. Sebbene la fattispecie di estorsione sia infatti considerata uno dei principali modelli di reato plurioffensivo, in quanto il bene tutelato, oltre ad esser il patrimonio, è anche la libertà del soggetto passivo di autodeterminarsi con pienezza

⁶⁴⁵ Cass. pen., sentenza 1.7.2010, n. 32525, in *Foro Italiano*, 2011, 2, p. 100.

Sul punto si veda anche Cass. pen., sentenza 26.10.2011, n. 251, ove la Suprema Corte ha avuto modo di ribadire che la minaccia di licenziamento che il datore di lavoro utilizza per far accettare condizioni di lavoro fortemente gravose e mal retribuite, verso soggetti con poche alternative di vita non è sufficiente ad integrare il reato di cui all’art. 600 c.p., qualora il soggetto abbia la concreta possibilità di sottrarsi a questo regime. Così pure: Cass. pen., sentenza 27.11.2013, n. 50074, in *CEDCass* 2013, m. 257984 e Cass. pen., sentenza 10.10.2014, n. 667, in *CEDCass* 2015, m. 261553.

⁶⁴⁶ FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro il patrimonio*⁶, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 160.

di volontà⁶⁴⁷, non si può non può concordare sul fatto che tale libertà di autodeterminazione sia pur sempre presa in considerazione con riguardo alla sfera economica e non rivolta a tutelare la dignità della persona.

4. Il reato di caporalato

4.1. Il fenomeno del caporalato

La ricognizione del fenomeno del caporalato nelle pagine che seguiranno si concentrerà sul settore dell'agricoltura, sebbene, come è noto, tale pratica non si limiti solo a questo settore, ma – proprio in questo – negli ultimi decenni ha sviluppato nuove potenzialità e capacità organizzative soprattutto nel Meridione d'Italia.

Occorre premettere che da qualche anno, il mercato del lavoro agricolo ha subito una profonda trasformazione in considerazione del mutamento della compagine soggettiva dei lavoratori, ad oggi per lo più stranieri⁶⁴⁸. Le reti migratorie da un lato agiscono favorendo l'incontro tra domanda di lavoro autoctona e offerta di lavoro immigrata, dall'altra presentano potenziali ricadute negative per gli stranieri che, concentrandosi in prevalenza in alcune nicchie occupazionali, in genere coincidenti con *low skilled works*, tendono a generare le c.d. specializzazione etniche⁶⁴⁹. Si tratta di concentrazioni di stranieri, provenienti dallo stesso Paese o dalla stessa regione, nello svolgimento delle medesime occupazioni.

L'agricoltura dei Paesi del Sud Europa in cui si inseriscono i lavoratori migranti negli ultimi anni è un'agricoltura che è stata definita 'dipendente'⁶⁵⁰. Dipendente da un lato dall'industria dei prodotti fito-sanitari, di trasformazione e di grande distribuzione

⁶⁴⁷ Cfr. per tutti: CONTI L., voce *Estorsione*, in *Enciclopedia del Diritto*, XV, Milano 1966, pp. 995 e ss.

⁶⁴⁸ Per un'analisi dei *push factors* che hanno determinato la radicale trasformazione del mercato del lavoro agricolo portando ad una crescente presenza di stranieri tra i lavoratori, si veda: CHIAROMONTE W., «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». *Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, 2, pp. 321 e ss.; AMBROSINI M., *Perché e come gli immigrati continuano a lavorare in Italia*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2017, 1, pp. 557 e ss.

⁶⁴⁹ CHIAROMONTE W., «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». *Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, cit., p. 336.

⁶⁵⁰ COLLOCA C. e CORRADO A., *Trasformazioni meridionali: migranti e aree rurali. Un'introduzione*, in COLLOCA C. e CORRADO A., *La globalizzazione delle campagne. Migranti e società rurali nel Sud Italia*, FrancoAngeli, Milano, 2013, pp. 14-15.

organizzata, dalle quali riceve pressioni per un progressivo abbassamento dei prezzi, e dipendete dall'altro dallo stesso lavoro migrante.

La concorrenzialità sul mercato e la crisi del settore dell'agricoltura hanno, inoltre, accentuato le condizioni di sfruttamento dei braccianti.

Tale settore si presta, verosimilmente, più di altri a creare sfruttamento per il fatto che l'attività svolta dai braccianti, soprattutto quella di raccolta, non necessita di specifiche competenze, e si caratterizza per lo più per la scarsa specializzazione della prestazione lavorativa richiesta. Ciò rende, evidentemente, la prestazione offerta altamente fungibile. A fronte dell'altissima domanda di lavoro in queste zone, pertanto, il potere contrattuale della manodopera bracciantile si rivela pressoché nulla, visto che ogni lavoratore sa che la mancata accettazione di certe condizioni di lavoro non avrà ripercussioni negative per il datore di lavoro.

Occorre, poi, considerare che a fronte della possibilità di attingere senza sosta al ricambio di manodopera straniera, disposta a lavorare per un salario nettamente inferiore a quello che gli spetterebbe a norma di legge, è aumentata anche la compravendita delle giornate agricole.

Si tratta del fenomeno dei c.d. finti braccianti agricoli per cui alcuni imprenditori agricoli assumono lavoratori compiacenti, dietro il versamento di un corrispettivo da parte di questi, per il solo tempo necessario a raggiungere il minimale contributivo che dà accesso alla prestazione, per poi licenziarli consentendo loro di fruire dell'indennità. In altre parole, con tale meccanismo, la giornata di lavoro invece di essere registrata alla persona che ha effettivamente lavorato viene 'comprata' da chi non ha svolto in concreto nessuna attività lavorativa affinché questa possa successivamente beneficiare delle prestazioni di sicurezza sociale. Ciò è possibile in quanto in agricoltura il datore di lavoro può denunciare le giornate lavorative a posteriori, ogni tre mesi, sostanzialmente registrando le giornate lavorative effettivamente svolte dai braccianti solo nei giorni in cui vi sono stati i controlli, potendo le altre rappresentare oggetto di compravendita al miglior acquirente.

Per accedere a tali prestazioni, è necessaria una contribuzione, nel biennio, per almeno 102 giornate e il sussidio ha tendenzialmente la funzione di integrare il salario del lavoratore. Esso, pertanto, è essenzialmente volto a compensare la forte stagionalità del lavoro agricolo⁶⁵¹.

⁶⁵¹ CHIAROMONTE W., «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». *Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, cit., p. 342.

È in questo contesto che si inserisce il fenomeno del caporalato.

Il caporalato, in realtà, è una forma di organizzazione del lavoro praticata da molto più tempo di quanto si pensi⁶⁵². L'utilizzo di tale termine sembra essere emerso nel contesto del lavoro nelle risaie della pianura Padana, per un'analogia – nell'esperienza delle classi popolari padane – tra i quaranta giorni di monda e la vita militare⁶⁵³. Ed in effetti, proprio in ordine a tale tipo di lavoro, fu emanata la prima legge contro il caporalato (Legge n. 337/1907), che prevedeva al posto di esso un contratto collettivo per squadre di lavoratori, stipulato da un caposquadra.

Successivamente venne istituito, come è noto, il monopolio del collocamento pubblico della manodopera con la legge n. 264/1949, la quale vietava l'attività di intermediazione privata e con la legge n. 1369/1960 si è previsto il divieto di interposizione delle prestazioni di lavoro.

Con il d.lgs. n. 276/2003 è stato superato il monopolio pubblico ed abrogata la legge n. 1369/1960: contestualmente è stato introdotto un reato di somministrazione fraudolenta che costituisce però mero illecito contravvenzionale. Occorre considerare che le contravvenzioni di cui all'art. 18 del d.lgs. n. 276/2003, depenalizzate per effetto dell'art. 1 del d.lgs. 15.1.2016 n. 8, in quanto punite con la sola pena dell'ammenda, erano previste anche a carico dell'«*utilizzatore che ricorra alla somministrazione di prestatori di lavoro da parte di soggetti non autorizzati*».

Il caporalato, ieri come oggi, si basa essenzialmente sulla sottrazione di una quota dei salari dei lavoratori da parte del caporale e dei suoi affiliati/sottoposti in cambio del reclutamento degli stessi e del loro impiego nell'azienda del datore di lavoro, a sua volta in accordo con il caporale.

Il caporalato di oggi, tuttavia, presenta caratteristiche inedite rispetto al passato⁶⁵⁴, in primo luogo in quanto i nuovi caporali hanno preso il posto degli italiani e attualmente sono per lo più stranieri. Il fatto di essere originari della stessa comunità e soprattutto di continuare a vivere al suo interno, pone un argine al peggior sfruttamento⁶⁵⁵. Le modalità violente appaiono, infatti, eccezionali. Il caso più eclatante risale al 2006,

⁶⁵² Cfr. altresì: LEOGRANDE A., *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*, cit.

⁶⁵³ PERROTTA D., *Vecchi e nuovi mediatori. Storia, geografia ed etnografia del caporalato in agricoltura*, in *Meridiana*, 2014, 1, pp. 197-198.

⁶⁵⁴ A tal proposito si veda anche: PASSANITI P., *Il diritto del lavoro come antidoto al caporalato*, in DI MARZIO F. (a cura di), *Agricoltura senza caporalato*, Donzelli, Roma, 2017, pp. 35 e ss.

⁶⁵⁵ LEOGRANDE A., *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*, cit., p. 68.

quando l'operazione del Ros nota come «Terra Promessa» permise di arrestare 27 caporali per associazione a delinquere finalizzata alla tratta di esseri umani e alla riduzione in schiavitù. In tale occasione, le indagini condotte dalla DDA Bari permisero di accertare l'esistenza di una rete criminale che reclutava giovani lavoratori dalla Polonia per poi trasferirli in Italia, dove venivano segregati e sottoposti a sfruttamento lavorativo e ad ogni tipo di angheria⁶⁵⁶.

Inoltre, il 'servizio' offerto non si limita solo all'intermediazione tra domanda e offerta di lavoro, ma riguarda anche il trasporto nei campi di lavoro, nonché l'organizzazione e il controllo della vita quotidiana dei migranti⁶⁵⁷.

Il caporalato sembra dunque diventato un vero e proprio 'modo di produzione' essenziale alla sopravvivenza del sistema produttivo agricolo⁶⁵⁸.

Nell'attuale contesto socio-economico-lavorativo, specie nelle campagne del Sud Italia, non si può descrivere il fenomeno del caporalato senza prendere in considerazione lo spazio abitativo e di riproduzione dei lavoratori.

Come è stato rilevato, il modello lavorativo nell'agricoltura meridionale è strettamente connesso alle modalità di riproduzione quotidiana della manodopera: la segregazione abitativa costituisce, infatti, un elemento centrale nella gestione del mercato del lavoro e della forza lavoro⁶⁵⁹. Tale segregazione avviene per lo più mediante la sistemazione in 'ghetti', così definiti dagli stessi migranti che li abitano⁶⁶⁰. I 'ghetti' sono concentrazioni di centinaia di lavoratori, alloggiati in baracche auto-costruite, agglomerati di abitazioni incustodite, fabbriche o altri edifici dismessi ove le condizioni alloggiative sono a dir poco degradanti, senza servizi né igiene. Si tratta, in altre parole, di piccoli villaggi che possono essere più o meno organizzati: alcuni oltre a poter usufruire di acqua e bagni chimici, sono riusciti a ricreare delle vere e proprie comunità in cui è possibile trovare bar, piccoli negozi, officine per la

⁶⁵⁶ Nel caso di specie venne contestato l'art. 600 c.p. poiché il controllo esercitato sui lavoratori era tale da impedire qualunque possibilità di fuga (ad esempio erano stati privati anche dei passaporti).

⁶⁵⁷ Alcuni caporali dell'Europa centro-orientale (soprattutto rumeni, ma anche bulgari e polacchi) organizzano addirittura il trasporto dei braccianti direttamente dal Paese di origine, nonché la loro permanenza nell'intero periodo del lavoro.

⁶⁵⁸ RIGO E., *Lo sfruttamento come modo di produzione*, in RIGO E. (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pacini, Pisa, 2015, pp. 5 e ss.

⁶⁵⁹ PERROTTA D. e SACCHETTO D., *Il ghetto e lo sciopero: braccianti stranieri nell'Italia meridionale*, in *Sociologia del lavoro*, 2012, 128, p. 154.

⁶⁶⁰ Il termine, che indica agglomerati di baracche di legno e plastica, è utilizzato dagli stessi lavoratori stranieri. Cfr. Secondo Rapporto *Agromafie e Caporalato*, a cura dell'Osservatorio Placido Rizzotto della Flai-Cgil, p. 131.

riparazione di biciclette, parrucchieri e, più tristemente, locali ove di giorno e di sera si esercita la prostituzione⁶⁶¹.

La 'scelta' di vivere nei 'ghetti' è determinata da una serie di fattori. In primo luogo, l'affitto di una casa nel centro urbano appare complicato per i costi che questo comporterebbe, visto l'esiguità del salario e il fatto che questo almeno in parte è oggetto di rimesse negli Stati di provenienza. Inoltre, il 'ghetto' rappresenta il luogo dove risulta più facile reperire un impiego, perché avviene il reclutamento, l'organizzazione e il trasporto da parte del caporale.

Il 'ghetto' rappresenta un'importantissima riserva di manodopera cui caporale e datori possono sempre accedere.

Nelle campagne del meridione il caporale diventa allora l'unico vero canale di comunicazione privilegiato tra braccianti stranieri e imprenditori agricoli locali, creando profitto e potere dalla situazione di *seclusione*⁶⁶² dei lavoratori⁶⁶³. Questi ultimi sono consapevoli del fatto che il caporale, in una condizione di generale scarsità di risorse, è l'unico a potergli garantire un lavoro.

4.2. Il caso Foggia⁶⁶⁴

Si è scelto di operare una ricognizione del caso di Foggia in quanto la realtà produttiva e di organizzazione del lavoro in tale Provincia appare rappresentativa dell'attuale sistema di sfruttamento lavorativo nel settore agricolo del Meridione. Foggia si caratterizza, inoltre, per la maggior dimensione media delle proprie aziende⁶⁶⁵ e ciò la rende, evidentemente, un caso di studio particolarmente interessante.

La situazione nella Provincia si caratterizza per le peculiarità del suo contesto agricolo nonché per il rilievo che il settore agricolo occupa nel quadro dell'economia locale e

⁶⁶¹ Nel ghetto di Borgo Mezzanone a Foggia sono presenti locali, molto frequentati il sabato sera, anche da italiani, dove soprattutto donne di origine nigeriana sono 'costrette' a prostituirsi anche per poco più di 5 euro.

⁶⁶² Sulla nozione di seclusione si veda quanto già detto nel precedente capitolo (par. 6) a proposito del caso di Ragusa.

⁶⁶³ PERROTTA D. e SACCHETTO D., *Il ghetto e lo sciopero: braccianti stranieri nell'Italia meridionale*, cit., pp. 156-158.

⁶⁶⁴ Le informazioni relative al sistema di organizzazione del lavoro e di sfruttamento dei migranti stranieri su Foggia sono state reperite grazie alla Flai-Cgil di Foggia ed, in particolare, a Raffaele Falcone, che mi ha condotto all'interno dei 'ghetti' della Provincia per verificare le condizioni di vita e di lavoro dei braccianti stranieri.

⁶⁶⁵ Cfr. *Agromafie e Caporalato*, Secondo Rapporto, a cura dell'Osservatorio Placido Rizzotto, Flai-Cgil.

nazionale⁶⁶⁶. La Capitanata è, infatti, la provincia più agricola d'Italia. Non solo, in realtà, i magazzini ortofrutticoli, che sino a poco più di dieci anni fa si limitavano alla raccolta e alla conservazione del prodotto, attualmente praticano lavorazioni industriali o semi industriali che consentono di trasformare il prodotto da immettere sui mercati nazionali o internazionali⁶⁶⁷.

Nonostante ciò, è stato notato, come l'agricoltura foggiana sia da sempre interessata da una crisi strutturale, presumibilmente legata al fatto che non sono gli imprenditori a dettare le regole del mercato, bensì i commercianti che impongono le condizioni della produzione⁶⁶⁸.

Il modello di produzione nel settore agricolo basato sullo sfruttamento è, infatti, causato da una pluralità di fattori, tra cui non si può non tenere conto della difficoltà delle piccole imprese a 'stare sul mercato', anche a causa di una filiera lunga⁶⁶⁹, che parcellizza le responsabilità, chiamando in causa quella della grande distribuzione. Non si devono trascurare, inoltre, le implicazioni che anche la criminalità organizzata ha in questo quadro.

Un tassello fondamentale del quadro è rappresentata, ovviamente, dalla presenza straniera sul territorio in numero sempre crescente. In termini assoluti, i cittadini stranieri (non appartenenti all'UE) impiegati nelle diverse attività produttive agricole passano da 15.800 unità nel 2013 a 19.430 del 2015⁶⁷⁰.

I braccianti agricoli che lavorano nella Provincia di Foggia sono per lo più stanziali sul territorio nazionale: quelli maggiormente vulnerabili – i c.d. raccoglitori *tout court*⁶⁷¹– arrivano a Foggia per la raccolta del pomodoro, poi si spostano in Calabria per le arance, in Campania per gli ortaggi e in Trentino per la raccolta delle mele. Tra gli africani, in particolare, risulta frequente che questi giungano a Foggia per il periodo

⁶⁶⁶ FANIZZA F., *L'immigrazione nelle aree rurali della Puglia: il caso della Capitanata*, in COLLOCA C. e CORRADO A., *La globalizzazione delle campagne. Migranti e società rurali nel Sud Italia*, cit., p. 95.

⁶⁶⁷ Dal 2008 a Foggia è presente il più grande stabilimento d'Europa per la trasformazione e il confezionamento dei derivati del pomodoro che lavora non solo pomodoro raccolto in loco ma anche provenienti da altre regioni del Sud (Princes Industrie Alimentari).

⁶⁶⁸ FANIZZA F., *L'immigrazione nelle aree rurali della Puglia: il caso della Capitanata*, in COLLOCA C. e CORRADO A., *La globalizzazione delle campagne. Migranti e società rurali nel Sud Italia*, cit., p. 96.

⁶⁶⁹ DE MARTINO C., LOTIZIO M. e SCHIUMA D., *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *Lavoro e diritto*, 2016, 2, p. 326.

⁶⁷⁰ Dati: *Agromafie e Caporalato*, Quarto rapporto, a cura dell'Osservatorio Placido Rizzotto, Flai-Cgil, p. 232-233.

⁶⁷¹ I lavoratori UE impiegati nella raccolta sono l'83,7% mentre quelli non UE sono il 70,2%.

estivo per la raccolta del pomodoro, per poi ritornare in altre zone d'Italia dove tendenzialmente lavorano quasi tutto l'anno.

Secondo le interviste agli stessi lavoratori, Foggia è uno dei territori d'Italia (insieme a Lecce e Taranto) in cui le condizioni occupazionali sono considerate decisamente negative, rispetto ad altre Province, in quanto caratterizzate da lavoro parasschiavistico o gravemente sfruttato⁶⁷².

Le condizioni lavorative dei braccianti a Foggia sono, inoltre, strettamente collegate alla presenza del caporalato.

Quotidianamente i lavoratori sanno di poter contare sulla possibilità di lavorare grazie alla stessa loro presenza nel 'ghetto'⁶⁷³. Intorno alla Capitanata⁶⁷⁴, si sviluppano una serie di borgate rurali che vennero utilizzate durante la seconda guerra mondiale per offrire ospitalità alle truppe alleate di stanza nella base militare aerea di Amendola e successivamente destinate a confino per i dissidenti politici. Molte di queste vennero create per volontà di Mussolini nel corso del processo di deruralizzazione della città di Foggia e contemporaneamente di urbanizzazione e ripopolamento delle campagne⁶⁷⁵.

A Foggia esistono ghetti che sono tra i più grandi in Europa. Tra questi, al momento, il più capiente è quello di Borgo Mezzanone, che conta tra le 1.500/2.000 persone: noto anche come 'pista', in quanto collocato su una pista di atterraggio attualmente in disuso, si trova nella frazione di Manfredonia e dista oltre quindici chilometri dal centro abitato di Foggia. Noto alle cronache è anche il "Grand ghetto" o ghetto di Rignano, che comprende un numero di lavoratori stranieri pari a circa 800 unità, non solo per l'afflusso di lavoratori stagionali, ma per il numero di lavoratori che vi restano tutto l'anno, anche durante il periodo invernale. Esso si trova in un territorio in cui si intersecano i Comuni di Foggia, San Severo e Rignano Gargano, con l'evidente

⁶⁷² Cfr. *Agromafie e Caporalato*, Primo rapporto, a cura dell'Osservatorio Placido Rizzotto, Flai-Cgil, pp. 202-203.

⁶⁷³ Sugli 'inciampi retorici' delle inchieste giornalistiche sul tema dell'accoglienza e la problematica dei ghetti, si veda anche: CAMPESI G., DINES N., RIGO E., *A proposito delle inchieste sulle condizioni detentive dei Centri di accoglienza in Italia. Il giorno in cui l'Italia ha scoperto i suoi «ghetti di Stato»*, pubblicato il 29.9.2016, liberamente consultabile sul sito: www.rivistaimulino.it.

⁶⁷⁴ Questo era il nome della storia 'regione' o unità amministrativa facente parte del Regno di Napoli e poi delle Due Sicilie. Oggi con questo termine si intende riferirsi al territorio che comprende la Provincia di Foggia.

⁶⁷⁵ FANIZZA F., *L'immigrazione nelle aree rurali della Puglia: il caso della Capitanata*, in COLLOCA C. e CORRADO A., *La globalizzazione delle campagne. Migranti e società rurali nel Sud Italia*, cit., p. 101.

problematica conseguenza di individuare le rispettive sfere di competenza e responsabilità.

Abitare nel ghetto, come si è accennato, da un lato, risulta necessitato dall'impossibilità di permettersi un appartamento nel centro della città, dall'altro, appare il metodo più agevole per reperire lavoro, in quanto è proprio qui che il caporale si reca per reclutare i lavoratori.

La tradizionale mansione del caporale è, inoltre, quella del trasporto sui campi di lavoro. Tale servizio viene svolto con pulmini fatiscenti, senza alcun tipo di protezione o sicurezza, ma più spesso mediante delle semplici panche in legno al suo interno disposte. Tale realtà è stata svelata dagli incidenti verificatisi nell'agosto del 2018 che hanno causato la morte di 22 braccianti stranieri⁶⁷⁶.

Nella zona di Foggia il caporale è spesso anche un capo-squadra che organizza il lavoro dei braccianti sui campi, svolgendo funzioni proprie del datore di lavoro.

I braccianti stranieri percepiscono circa 3,50 euro a 'cassone' e, considerato che il lavoro si protrae dalle 10 alle 12 ore, la paga giornaliera arriva a 25/30 euro al giorno. La retribuzione del bracciante è, inoltre, decurtata in parte dal prezzo per il trasporto, che ammonta a circa 5 euro ciascuno, e in parte per il compenso del caporale, che varia da cinquanta centesimi a un euro per ogni cassone raccolto. Tale meccanismo è garantito dal fatto che l'imprenditore paga direttamente al caporale le somme dovute ai braccianti; successivamente, il caporale le ripartisce dopo aver detratto la propria provvigione.

Occorre, comunque, ricordare che le condizioni di lavoro peggiorano nettamente durante la raccolta del pomodoro, anche per le modalità violente con cui esso viene attuato.

All'interno del contesto qui descritto è evidentemente impensabile sostenere che il datore di lavoro non sia a conoscenza dei soprusi cui sono sottoposti i braccianti che lavorano per la sua azienda. Ragion per cui appare irragionevole la scelta del legislatore del 2011 di creare una norma rivolta unicamente al caporale e alla repressione dello sfruttamento lavorativo da esso perpetrato, senza menzionare il datore di lavoro che di tale sfruttamento si avvantaggia in ultima istanza⁶⁷⁷.

⁶⁷⁶ <http://www.foggiatoday.it/cronaca/incidente-stradale/morti-agosto-2018-provincia-foggia.html>.

⁶⁷⁷ FANIZZA F., *L'immigrazione nelle aree rurali della Puglia: il caso della Capitanata*, in COLLOCA C. e CORRADO A., *La globalizzazione delle campagne. Migranti e società rurali nel Sud Italia*, cit., p. 110. Secondo l'autrice l'inconsapevolezza dell'imprenditore sarebbe insostenibile anche a fronte dell'organizzazione dell'attività lavorativa giornaliera e alla violazione delle norme

Il caporalato in sé andrebbe, peraltro, preso in considerazione insieme al complesso sistema di sfruttamento in cui si inserisce. Non è raro, infatti, che tale sistema si intersechi al *business* della tratta gestita dalle organizzazioni criminali italiane e straniere, della tratta interregionale attraverso le campagne di raccolta, fino alla gestione di società di comodo che ‘offrono’ servizi alle imprese in difficoltà e che scaricano sul costo del lavoro la massimizzazione dei profitti e l’incapacità di competere⁶⁷⁸.

I casi di Ragusa e di Prato, entrambi riportati nel precedente capitolo, e quello di Foggia, appena esposto, sebbene differiscano per le specificità del contesto in cui si inseriscono le condizioni di sfruttamento che abbiamo descritto, sembrano avere un punto di contatto essenziale tra loro. Si è visto che le donne rumene vivono e lavorano dentro le serre, che i lavoratori cinesi di Prato hanno adattato la fabbrica stessa a dormitorio ovvero a luogo in cui soddisfare le primarie esigenze di vita (*sleeping agreement*), che i lavoratori, molti dei quali africani, di Foggia abitano nel ghetto e qui vengono reclutati e trasportati ogni mattina dal caporale per andare a lavoro. Questi tre casi rappresentano, dunque, diverse sfaccettature di uno stesso modello di produzione, che si replica in maniera peculiare a seconda del territorio e della tipologia di lavoro da svolgere, ma che in tutti casi appare funzionale alla massima flessibilità del lavoratore, dove le vite stesse delle persone sono ‘piegate’, se non asservite, alle esigenze produttive del lavoro.

4.3. L’analisi del reato di caporalato

Come si è detto, l’introduzione del reato di caporalato nell’art. 603-*bis* c.p. risale all’agosto del 2011.

Il primo disegno di legge in materia fu presentato alla Presidenza del Senato il 5 dicembre 2006 da parte dell’allora in carica governo Prodi, e recava oggetto «*Interventi per contrastare lo sfruttamento di lavoratori irregolarmente presenti sul*

contrattuali: «rispetto ad una paga giornaliera fissata per la raccolta dei pomodori in 48 euro al giorno per 6,30 ore di lavoro, l’imprenditore, non solo articola le fasi della lavorazione agricola in un arco temporale minimo di 12 ore, ma riconosce al lavoratore, al massimo, una paga che non supera i 36 euro al giorno».

⁶⁷⁸ Cfr. Quarto Rapporto *Agromafie e Caporalato*, a cura dell’Osservatorio Placido Rizzotto della Flai-Cgil, pp. 21-22.

territorio nazionale»⁶⁷⁹. La legge non vedrà mai la luce, ma il clima in cui era nato il D.d.l. del governo era quello che, subito dopo l'estate, portò all'approvazione della legge regionale della Puglia n. 28 del 2006 rubricata «*Disciplina in materia di contrasto al lavoro non regolare*» che con un meccanismo di incentivi e dis-incentivi cercava di spingere gli imprenditori agricoli a stipulare contratti di lavoro conformi al contratto territoriale, prevedendo, per la prima volta, il ricorso agli indici di congruità per stabilire se il datore di lavoro si è servito di lavoratori “a nero”. Il primo dato interessante è che il D.d.l. governativo, che consta di tre articoli, si apre con la proposta di inserire un comma 1-*bis* nell'art. 18 per tutelare i cittadini stranieri vittima di sfruttamento lavorativo⁶⁸⁰. La situazione di sfruttamento veniva definita in base a quelli che (sia nella versione del 2011 che in quella successiva del 2016) nell'art. 603-*bis* vengono definiti «indici» e che nel disegno di legge del governo erano definite «caratteristiche» connotanti il rapporto di lavoro⁶⁸¹.

Il D.d.l. del governo, poi, nei primi due commi del secondo articolo modificava l'art. 600 c.p. cambiandone la rubrica in «*Riduzione in schiavitù o servitù e sfruttamento di lavoratori*» e aggiungendovi un comma 1-*bis* per sanzionare «*Chiunque recluta manodopera ovvero ne organizza l'attività lavorativa mediante violenza, minaccia, intimidazione o grave sfruttamento*»⁶⁸².

⁶⁷⁹ In particolare, il riferimento è al disegno di legge A.S. 1201, presentato alla presidenza del Senato della Repubblica durante la XV legislatura, il 5 dicembre 2006, dal Presidente del Consiglio dei ministri Prodi.

⁶⁸⁰ In ordine alle modifiche che avrebbero dovuto interessare l'art. 18 T.U.I. e a come queste influiscano sull'attuale comprensione della norma, si rinvia a: GENOVESE D. e SANTORO E., *L'art. 18 (T.U. Immigrazione) e il contrasto dello sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, cit., pp. 573 e ss.

⁶⁸¹ Art. 1, Disegno di legge n. 1201 (XV legislatura): «*1-bis. Ai fini dell'applicazione del comma 1, sussiste grave sfruttamento del lavoro quando sia stato rilevato dalla pubblica autorità, inequivocamente, un rapporto di lavoro clandestino connotato da una delle seguenti caratteristiche: a) previsione di una retribuzione ridotta di oltre un terzo rispetto ai minimi contrattuali previsti dai contratti collettivi di categoria; b) sistematiche e gravi violazioni delle disposizioni degli articoli 4, 5, 6, 7 e 9 del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, in materia di disciplina dell'orario di lavoro e dei riposi giornalieri e settimanali; c) gravi violazioni della disciplina in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro con esposizione dei lavoratori a gravi pericoli per la loro salute, sicurezza o incolumità; d) reclutamento e avviamento al lavoro secondo le modalità previste e punite dall'articolo 18 del decreto legislativo 10 settembre 2003, n. 276, e successive modificazioni*». Queste caratteristiche appaiono molto simili (soprattutto per ciò che concerne quelli alle lettere a) b) e c)) agli indici dell'art. 603-*bis* c.p. (vecchia e nuova formulazione).

⁶⁸² Dal punto di vista della costruzione della fattispecie è interessante nel disegno del governo il fatto che la nuova fattispecie sia associata alla riduzione in schiavitù e servitù. E anche sintomatica del modo di vedere il problema dello sfruttamento lavorativo (e della ricordata tendenza a circoscriverlo agli stranieri irregolari) l'associazione fatta al terzo e al quinto comma con la normativa che sanziona chi assume uno straniero irregolare.

Il testo del disegno di legge venne successivamente riformulato in Senato, proponendo per la prima volta l'introduzione di un art. 603-*bis* rubricato «Grave sfruttamento dell'attività lavorativa». La fattispecie aveva il grande pregio di sanzionare direttamente – come quella attuale – i datori di lavori che si rendessero colpevoli dello sfruttamento, e non semplicemente l'intermediazione illecita finalizzata allo sfruttamento, come farà il legislatore del 2011⁶⁸³.

Assegnato alla competente Commissione in sede referente, il testo del disegno di legge A.S. 1201, denominato A.C. 2784, non venne, tuttavia, esaminato oltre dalla Camera dei Deputati, a causa della prematura interruzione della legislatura nel maggio del 2008. In tal modo terminava un lungo *iter* legislativo che avrebbe consentito di colmare un'importante lacuna in materia di sfruttamento lavorativo.

A seguito di ulteriori tentativi (falliti) in sede parlamentare, in data 13 agosto 2011, il Governo Berlusconi emanava un decreto legge recante «*Ulteriori misure per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo*».

In particolare, nell'ambito del Titolo III, relativo alle «*Misure a sostegno dell'occupazione*», l'art. 12 introduceva un nuovo art. 603-*bis* nel codice penale, rubricato «*Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*»⁶⁸⁴, il quale risultava, al primo comma, così formulato:

Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque svolga un'attività organizzata di intermediazione, reclutando manodopera o organizzandone l'attività lavorativa

⁶⁸³ Il testo del disegno di legge formulava l'art. 603-*bis* c.p. nei seguenti termini: «(Grave sfruttamento dell'attività lavorativa). – Salvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque recluti lavoratori, ovvero ne organizzi l'attività lavorativa, sottoponendo gli stessi a grave sfruttamento, mediante violenza, minaccia o intimidazione, anche non continuative, esercitate nei confronti del lavoratore sottoposto a condizioni lavorative caratterizzate da gravi violazioni di norme contrattuali o di legge ovvero a un trattamento personale, connesso alla organizzazione e gestione delle prestazioni, gravemente degradante, è punito con la reclusione da tre a otto anni, nonché con la multa di euro 9.000 per ogni persona reclutata o occupata. La pena è aumentata se tra le persone occupate di cui al precedente periodo vi sono minori degli anni diciotto o stranieri irregolarmente soggiornanti».

⁶⁸⁴ Per un commento della 'vecchia' fattispecie di cui all'art. 603-*bis* c.p. e le criticità rilevate, si veda: BRICCHETTI R. e PISTORELLI L., «Caporalato»: per il nuovo reato pene fino a 8 anni, in *Guida al Diritto* 2011 (35), pp. 48 ss.; GIULIANI A., *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova University Press, Padova, 2015; FIORE S., *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) Caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in AA. VV., *Scritti in onore di Alfonso Stile*, Napoli 2014, pp. 873 ss.; LO MONTE E., *Osservazioni sull'art. 603-*bis* c.p. di contrasto al caporalato: ancora una fattispecie enigmatica*, ivi, pp. 951 e ss.; GIULIANI A., *Profili di (Ir)responsabilità da reato delle persone giuridiche rispetto ai fatti di c.d. "caporalato"*, in *Bocconi Legal Papers*, 2015, 6, pp. 269 e ss.; SCARCELLA A., *Il reato di "caporalato" entra nel codice penale*, in *Diritto Penale e Processo* 2011, pp. 1184 ss.; RONCO C., *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: problematiche applicative e prospettive di riforma*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2016, 7, pp. 665 e ss.;

caratterizzata da sfruttamento, mediante violenza, minaccia, o intimidazione, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori.

Il risultato fu, dunque, quello di una norma che circoscriveva l'ambito di rilevanza penale alle sole condotte di intermediazione, lasciando sostanzialmente impuniti i datori di lavoro, che al più avrebbe potuto rispondere a titolo di concorso nel reato di intermediazione⁶⁸⁵.

La norma puniva chiunque svolgesse, in modo imprenditoriale o para-imprenditoriale, attività organizzata di intermediazione caratterizzata dallo sfruttamento dei lavoratori, facendo uso di violenza, minaccia o intimidazione, o ancora, approfittando dello stato di bisogno o di necessità dei lavoratori.

Il legislatore, pur non avendo introdotto una definizione precisa di 'intermediazione' illecita, stabiliva, con formulazione decisamente infelice, che tale condotta si realizzasse con il 'reclutamento' (attraverso uno dei mezzi indicati) della manodopera destinata allo sfruttamento lavorativo o tramite l'organizzazione dell'attività lavorativa della medesima.

Le maggiori difficoltà interpretative derivavano proprio dall'utilizzo di tale congiunzione. Infatti, le condotte tipiche ascrivibili al fenomeno del 'caporalato' erano, dunque, due. In primo luogo, il soggetto attivo in questione 'recluta o reperisce' la manodopera nei modi illeciti descritti e la garantisce all'impresa utilizzatrice. Egli si 'interpone', poi, illecitamente fra l'utilizzatore delle prestazioni e i fornitori (sfruttati) delle stesse, accordandosi direttamente con l'impresa e ricevendo personalmente le somme pattuite (che poi distribuirà ai lavoratori, trattenendone una parte variabile). In alcune ipotesi può accadere, tuttavia, che il 'caporale', dopo una prima fase di reclutamento/intermediazione, si dedichi *anche* ad 'organizzare, dirigere e sorvegliare' l'attività degli operai, spesso ricorrendo nuovamente a metodi e tecniche violenti o comunque illeciti.

Ecco, dunque, esplicitata la problematicità insita nel ricorso ad una simile formulazione: l'utilizzo della *o* con valore disgiuntivo provocava un'estensione non ragionevole della portata della fattispecie, la quale finiva per ricomprendere condotte che più tipicamente sono di pertinenza del datore di lavoro. Inoltre, il riferimento disgiunto all'aspetto organizzativo, se letto in questi termini, avrebbe finito per

⁶⁸⁵ DI MARTINO A., "Caporalato" e repressione penale. *Appunti su una correlazione (troppo) scontata*, cit., pp. 87 e ss.

rendere perseguibile tramite la norma in esame il fatto dell'imprenditore (o suo preposto) che ricorreva al servizio del 'caporale', soluzione che, tuttavia, non appariva plausibile alla luce dell'*intentio legis*, caratterizzata dall'esigenza di colmare un vuoto di tutela rispetto ai soggetti lavoratori o in cerca di lavoro intrappolati nella morsa del 'caporalato'.

Adottando tale interpretazione, che ha indubbiamente riscosso la totalità dei consensi nella magistratura e in dottrina, l'unico modo per incriminare il datore di lavoro, come accennato, sarebbe stato ipotizzare un concorso nel reato, laddove lo stesso fosse stato a conoscenza dei metodi svolti dall'intermediario perché da lui incaricato o utilizzato a procacciare lavoratori⁶⁸⁶.

Tuttavia, non mancarono opinioni contrarie, volte a rintracciare nella norma degli elementi attraverso cui configurare una responsabilità in via autonoma del datore di lavoro quale autore del reato. Tra queste, si rammenta quella che tendeva ad interpretare la congiunzione *o* in chiave disgiuntiva, considerando l'«organizzazione» come aggiuntiva e/o alternativa rispetto al «reclutamento», e non già esplicativa di esso, rendendo di conseguenza la norma incriminatrice riferibile anche al datore di lavoro⁶⁸⁷.

Sulla stessa linea si poneva anche altra dottrina, che proponendo una ricostruzione alternativa del delitto, aveva ricondotto l'«intermediazione», nel contesto di cui all'art. 603-bis c.p., ad un concetto necessariamente di carattere penalistico, e non civilistico, con la conseguenza che essa avrebbe denotato le modalità con cui venivano realizzate le condotte di reclutamento e organizzazione dello sfruttamento lavorativo, di per sé non necessariamente riferibili solo al caporale, ma anche al datore di lavoro⁶⁸⁸. Una tale lettura, secondo la stessa opinione, sarebbe stata, peraltro, avvalorata dagli indici di sfruttamento lavorativo esplicitati al secondo comma e di cui si dirà a breve. La declinazione di essi, almeno nella maggioranza dei casi, sembrava, infatti, riferirsi a condotte realizzabili solo dal datore di lavoro e non dal caporale.

⁶⁸⁶ PISTORELLI L. e SCARCELLA A., *Novità legislative: D.L. 13 agosto 2011, n. 138 (Gazz. Uff. n. 188 del 13 agosto 2011)*, Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, Rel. N. III/11/2011, cit.; in senso conforme, BRICCHETTI R. e PISTORELLI L., "Caporalato": per il nuovo reato pene fino a otto anni, cit., pp. 48 e ss.

⁶⁸⁷ MANCINI D., *La tutela del grave sfruttamento lavorativo ed il nuovo articolo 603-bis c.p.*, reperibile sul sito www.altalex.com, pubblicato il 26.9.2011.

⁶⁸⁸ DI MARTINO A., "Caporalato" e repressione penale. Appunti su una correlazione (troppo) scontata, cit., pp. 83 e ss.

Le interpretazioni ivi proposte, per quanto suggestive, non trovarono riscontro alcuno nella giurisprudenza di legittimità: a tal proposito, la Suprema Corte precisò, infatti, che, nonostante le perplessità sollevate dalla scelta legislativa così restrittiva, l'unica lettura ragionevole era quella che individuava nell'intermediario, inteso come caporale, il solo referente della norma⁶⁸⁹. Peraltro, come si è visto descrivendo le peculiarità del fenomeno del caporalato nella Provincia di Foggia, l'organizzazione dell'attività di lavoro rientra frequentemente nelle 'mansioni' del nuovo caporale, come vero e proprio gestore di «campi di lavoro»⁶⁹⁰. Oltre alle ragioni di opportunità politica sottese alla scelta legislativa di non individuare tra i possibili autori del reato anche il datore di lavoro, quella potrebbe, infatti, essere stata la motivazione di quel riferimento all'«organizzazione» di cui al vecchio art. 603-bis c.p.

La limitatezza della scelta legislativa del 2011 nel sanzionare unicamente l'intermediazione comportante lo sfruttamento era, peraltro, evidente dal fatto che lasciava un vuoto di tutela in quei settori lavorativi, pur caratterizzati da sfruttamento lavorativo, ma privi della figura del 'caporale', come ad esempio quello dell'edilizia. Peraltro, alcuna responsabilità poteva configurarsi in capo all'intermediario (o all'utilizzatore) nel caso in cui lo sfruttamento si fosse verificato a seguito di un'intermediazione compiuta nel rispetto delle disposizioni di legge⁶⁹¹.

Vi fu, inoltre, chi sottolineò l'irragionevolezza della modifica del 2011 rispetto al previgente quadro normativo e agli illeciti contravvenzionali previsti dal d.lgs. n. 276/2003, che «cogliendo più compiutamente la fenomenologia criminale del reato» puniva sia il caporale che l'utilizzatore, individuandoli entrambi responsabili della condotta⁶⁹².

Occorre, inoltre, sottolineare che la clausola espressa di riserva «*Salvo che il fatto costituisca più grave reato*» (rimasta invariata anche a seguito delle modifiche del

⁶⁸⁹ PISTORELLI L. e SCARCELLA A., *Novità legislative: D.L. 13 agosto 2011, n. 138 (Gazz. Uff. n. 188 del 13 agosto 2011)*, cit. Da tale precisazione, tuttavia, non poteva trarsi la configurazione del reato di cui all'art. 603-bis c.p., nella formulazione del 2011, come reato proprio, in quanto la nozione di intermediario non era presupposta per l'integrazione del reato ma si ricavava in via diretta dalla stessa condotta di intermediazione descritta dalla fattispecie. Sul punto si veda: GABOARDI A., *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in www.legislazionepenale.eu, pubblicato il 3.4.2017, nonché MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*⁹, Cedam, Padova, 2015, p. 108.

⁶⁹⁰ Cfr. LEOGRANDE A., *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*, cit., pp. 70 e ss.

⁶⁹¹ Cfr. GIULIANI A. *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, cit., p. 162.

⁶⁹² SCHIUMA D., *Il caporalato in agricoltura tra modelli nazionali e nuovo approccio europeo per la protezione dei lavoratori immigrati*, in *Rivista di diritto agrario*, 2015, 1, p. 103.

2016) configurava in termini di sussidiarietà il reato di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro rispetto evidentemente ad un'altra fattispecie che si pone in stretta contiguità con quest'ultimo, ossia l'art. 600 c.p. limitatamente ai casi in cui lo sfruttamento abbia ad oggetto prestazioni lavorative: entrambe le norme sono infatti caratterizzate oltre che dallo sfruttamento lavorativo anche dalle connotazioni modali della condotta (violenza, minaccia e approfittamento dello stato di necessità)⁶⁹³.

Passando ad esaminare la fattispecie, sotto il profilo oggettivo, l'attività dei 'caporali', per assumere rilevanza penale, doveva essere caratterizzata dallo sfruttamento dei lavoratori. La norma, in particolare, con una tecnica apparentemente inedita individuava lo sfruttamento per il tramite di una serie di indici o elementi sintomatici elencati al secondo comma dell'art. 603-bis c.p. Essi erano così formulati:

- «1) la sistematica retribuzione dei lavoratori in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali o comunque sproporzionato rispetto alla quantità e qualità del lavoro prestato;*
- 2) la sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie;*
- 3) la sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza e igiene nei luoghi di lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale;*
- 4) la sottoposizione del lavoratore a condizioni di lavoro, metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative particolarmente degradanti».*

Sulla natura problematica di tali indici e sul dibattito dottrinale, tuttora in corso, essendo l'elencazione per indici stata riproposta anche nella riforma del 2016, ci si soffermerà nei prossimi paragrafi. Per ora, è sufficiente rammentare che sin dall'adozione del decreto legge del 2011, vi fu chi notò che la tecnica di normazione utilizzata dal legislatore italiano trovava un modello di riferimento nel diritto penale internazionale, ove simili criteri assumono la funzione di guidare l'interprete nella selezione degli elementi del fatto penalmente rilevante⁶⁹⁴.

⁶⁹³ SCEVIP., *Il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: alcuni spunti di riflessione*, in *Rivista Penale*, 2012, 11, p. 1062.

⁶⁹⁴ Sul punto si veda anche: DI MARTINO A., *“Caporalato” e repressione penale. Appunti su una correlazione (troppo) scontata*, cit., p. 85, nota 32. Secondo Di Martino, lungi dal rappresentare elementi costitutivi del reato, essi svolgerebbero una funzione di «orientamento probatorio» per il giudice, sulla scorta dei c.d. *Elements of crimes* di cui allo Statuto della Corte Penale Internazionale.

Non deve però essere trascurato l'*incipit* della disposizione («*Ai fini del primo comma*») che aveva il chiaro intento di limitare la rilevanza di tali parametri alla mera applicazione dell'articolo in questione, e non alla legge penale in generale. Quest'ultima precisazione pone, infatti, alcuni problemi di coordinamento con legge di attuazione della direttiva 2009/52/CE. L'inciso del secondo comma dell'art. 603-*bis* c.p. (mantenuto in termini simili anche nella formulazione del 2016) sembrerebbe, infatti, impedire che quegli indici di sfruttamento lavorativo spieghino i loro effetti anche in altri ambiti, come in quello dello sfruttamento della manodopera irregolare di cui all'art. 22, co. 12, del T.U.I., dove le condizioni «*di particolare sfruttamento*» lavorativo sono individuate mediante il richiamo al terzo comma – e non al secondo comma – dell'art. 603-*bis* c.p.

4.4. Le rare applicazioni del vecchio art. 603-*bis* c.p.

L'irrazionalità della scelta legislativa del 2011 ha contribuito alla sostanziale inapplicazione della norma⁶⁹⁵.

Paradossalmente, questo reato è stato, a volte, utilizzato per la repressione di vicende che probabilmente le intenzioni legislative non prendevano nemmeno in considerazione.

In effetti, questo reato è stato contestato dalla Procura nel caso di reclutamento di lavoratori provenienti da determinate aree del meridione da parte di soggetti contigui ad associazioni mafiose, beneficiari occulti di subappalti nell'ambito della ricostruzione post-sisma della città de L'Aquila, in grado di esercitare minacce e intimidazione sui lavoratori⁶⁹⁶. Peraltro in questo settore, le condotte del

Cfr. anche: FIORE S., (*Dignità degli Uomini e (punizione dei) Caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, cit., pp. 886 e ss.

⁶⁹⁵ Cfr. sul punto si anche: FERRANTI D., *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, pubblicato il 15.11.2016. L'autrice, Presidente della Commissione Giustizia della Camera dei Deputati, come al 2016 (cinque anni dopo l'entrata in vigore dell'art. 603-*bis* c.p.), le iscrizioni presso gli uffici GIP di Tribunali nazionali siano state appena 34 e i processi pendenti in fase dibattimentali solo 8.

⁶⁹⁶ MANCINI D., *Contrasto penale allo sfruttamento lavorativo: dalla "Legge 30" alla Legge n. 199/2016*, in *Agromafie e Caporalato*, Osservatorio Placido Rizzotto (a cura di), Flai Cgil, Quarto rapporto, 2018, p. 92. Le indagini condotte dal PM della Direzione Distrettuale Antimafia della Procura de L'Aquila hanno recentemente portato alla richiesta di rinvio a giudizio per diciotto imputati. L'imputazione per art. 603-*bis* c.p., ottenuta grazie agli atti ostensibili offerti per ragioni di studio dal Dott. Mancini, è così formulata: «*del reato p. e p. dagli artt. 81 cpv, 112, 603-bis comma 1, comma 2, nr. 1,2,3,4, comma 3, n. 1 c.p., poiché (...) con più azione esecutive di un medesimo disegno criminoso, in concorso tra loro, mediante violenza e minaccia, altresì approfittando dello stato di necessità, indigenza ed estrema difficoltà economica in cui versavano gli operai nei rispettivi comuni di*

subappaltatore rientrano perfettamente nel vecchio art. 603-*bis* c.p. visto che questi organizza e supervisiona anche il lavoro sul cantiere delle maestranze reclutate⁶⁹⁷. Visto che la richiesta di rinvio a giudizio degli imputati risale solo a novembre del 2018, non è allo stato possibile sapere se sarà emessa una sentenza di condanna in esito al dibattimento.

L'unica sentenza di condanna per art. 603-*bis* c.p., nella formulazione introdotta nel 2011, da parte di un Tribunale, fino ad oggi, è stata emessa una sentenza dal Tribunale di Napoli (Dott.ssa Rosa de Ruggiero)⁶⁹⁸, riguardante una vicenda svoltasi tra il 2012 e il 2015 a danni di alcuni cittadini provenienti dal Bangladesh, ivi reclutati per essere destinati ad un impiego presso alcune imprese tessili italiane di proprietà di un loro connazionale. L'imputato principale, con l'aiuto di alcuni complici, dapprima si era adoperato per promuovere l'ingresso irregolare gli stranieri sul territorio italiano e, successivamente, li aveva impiegati presso le sue fabbriche in condizioni di sfruttamento. Gli imputati sono stati condannati per associazione per delinquere (art. 416 c.p.), favoreggiamento dell'immigrazione clandestina (art. 12 commi 3, 3-*bis* e 5 D.lgs. 25 luglio 1998 n. 286) e sfruttamento lavorativo.

residenza, svolgevano un'attività organizzata di intermediazione reclutando manodopera "a basso costo" in numero superiore a tre persone nell'hinterland della provincia di Caserta, da impiegare, sfruttare e dirigere quotidianamente nei lavori edili della ricostruzione post sisma (realizzazione e posa in opera di intonaci, tinteggiature, pavimentazioni e cappotti esterni) in diversi cantieri di edilizia privata insistenti nell'ambito della città de L'Aquila: - con sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, al riposo settimanale e alle ferie; - con violazione della normativa in materia di sicurezza sul lavoro, tale da esporre il lavoratore a pericolo per la salute, la sicurezza e l'incolumità personale, formando, tra l'altro, falsi attestati relativi a corsi di formazione per le specifiche lavorazioni; - con sistematica retribuzione dei lavoratori particolarmente svantaggiosa per le maestranze sfruttate, in palese difformità dei contratti collettivi nazionali e, in ogni caso, sproporzionata rispetto la qualità e quantità del lavoro prestato, come desumibili dalle seguenti condotte: a) sottoposizione da parte di ciascun lavoratore, al momento dell'assunzione, di atto di dimissioni privo di data cosicché poteva essere allontanato senza alcun vincolo per la società datrice di lavoro; b) calcolo della paga mensile su base giornaliera, per importi variabili tra € 50,00 e € 80,00 per ogni giorno di effettiva occupazione, poi corrisposta agli operai, anche con acconti di importo esiguo, irrisorio e variabile, sia in contanti che attraverso bonifici bancari; c) omessa corresponsione delle competenze stipendiali accessorie, come le prestazioni di lavoro straordinario, omesso accantonamento per la Cassa Edile, omessa corresponsione di assegni familiari; d) indebito trattenimento delle indennità riconosciute e corrisposte dall'INPS quali ASPI – MINI ASPI e bonus di cui all'art. 1 della Legge 66/2014; e) attivazione di carte di credito/debito prepagate intestate ai dipendenti, disponibilità esclusiva delle stesse, unitamente ai relativi codici PIN, nonché utilizzazione di esse per effettuare prelievi di somme di denaro, finanche a raggiungere l'intero importo accreditato, immediatamente dopo l'accredito dei bonifici degli stipendi mensili da parte delle società che li avevano formalmente assunti (...). Con le aggravanti costituite dall'aver reclutato un numero di lavoratori superiore a tre e di avere agito in più di cinque persone».

⁶⁹⁷ MANCINI D., *Il contrasto penale allo sfruttamento lavorativo: dalle origini al nuovo art. 603-bis c.p.*, in www.altalex.it, pubblicato il 26.5.2017.

⁶⁹⁸ Tribunale di Napoli, Sez. GIP, 11 luglio 2017, *inedita*. Per un compiuto commento alla sentenza si veda: STOPPIONI S., *Tratta, sfruttamento e smuggling: un'ipotesi finium regundorum a partire da una recente sentenza*, in www.legislazionepenale.eu, pubblicato il 24.1.2019.

L'episodio risale ad un periodo antecedente al 2016, ma si è potuto applicare l'art. 603-bis c.p. nella sua originaria formulazione, anche al datore di lavoro, perché l'imprenditore aveva svolto un ruolo attivo anche nella fase di reclutamento, comprensiva dell'espletamento dell'attività burocratica necessaria per ottenere i documenti di ingresso verso l'Italia e, successivamente, il permesso di soggiorno, tutto ciò sfruttando la sua fama di imprenditore di successo nel settore tessile. Tuttavia, i lavoratori una volta giunti in Italia, in base all'emissione di un regolare visto, non si recavano mai in Questura per il completamento della pratica e il ritiro del permesso di soggiorno.

L'imputazione, in particolare, concerneva lo svolgimento di attività organizzata di intermediazione di manodopera, caratterizzata dal reclutamento di lavoratori del Bangladesh, indotti a venire in Italia, con la mendace promessa di un lavoro dignitoso e di una retribuzione adeguata, e dal successivo sfruttamento della loro attività lavorativa, in particolare sottoponendo gli stessi, mediante approfittamento del loro stato di bisogno o di necessità – costretti dietro minaccia di essere licenziati e di non poter ricollocarsi sul mercato del lavoro stante la loro condizione di irregolarità sul territorio dello Stato – a condizioni lavorative degradanti, connotate dalla sistematica retribuzione in modo sproporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato (mediante non più di 300,00 euro mensili a fronte di turni di oltre 12 ore di lavoro giornaliero), dalla sistematica violazione della normativa relativa all'orario di lavoro ed al riposo settimanale ed alle ferie, dalla sussistenza di violazioni della normativa in materia di sicurezza ed igiene sui luoghi di lavoro, nonché da violenze, anche fisiche, minacce ed intimidazioni.

Nella ricostruzione – in diritto – della sentenza, il giudice partenopeo ha confermato la sussistenza del reato di cui all'art. 12 T.U.I. Come si è visto, tale fattispecie, volta a riprodurre l'ipotesi di *smuggling*, postula il consenso della persona introdotta e/o fatta permanere irregolarmente sul territorio, ma nel caso di specie, la ricostruzione dei fatti, mette in luce molto chiaramente che tale consenso sia stato viziato dalla falsa promessa di un lavoro in condizioni di non-sfruttamento e di un regolare *status*.

Si noti, inoltre, che in tutti i casi i cittadini reclutati versavano in una condizione di difficoltà economica, e uno di loro è stato persino costretto a contrarre un debito con il reclutatore, da saldare una volta giunto in Italia. In quest'ultimo caso, ci troviamo sicuramente nello schema tipico del *debt bondage*.

Ora, tutti questi elementi, unitamente allo sfruttamento perpetrato, così come emerge dall'imputazione, sembrano configurare un caso di *trafficking*, piuttosto che di *smuggling* in combinazione al vecchio art. 603-*bis* c.p.

Una più attenta ricostruzione delle norme avrebbe condotto, verosimilmente, all'applicazione del reato di tratta di esseri umani, essendo presenti tutti gli elementi dell'art. 601 c.p.: la condotta consistente nel reclutamento e nel trasporto (in questo caso anche al di là dei confini nazionali), i mezzi quali l'inganno ovvero l'abuso di una posizione di vulnerabilità, nonché il fine dello sfruttamento lavorativo.

Prima di concludere il presente paragrafo, occorre dare conto di una recente indagine aperta dalla Procura di Prato⁶⁹⁹, i cui fatti sono stati commessi in data antecedente alla legge n. 199/2016.

L'indagine ha preso avvio dalla denuncia sporta da alcuni richiedenti protezione internazionale, ospitati in un centro di accoglienza, a seguito dei sospetti che i gestori del centro già nutrivano rispetto ad ipotesi di sfruttamento lavorativo⁷⁰⁰.

L'iniziale contestazione del Pubblico Ministero concerneva principalmente l'art. 416, comma 1 e 2, c.p. perché gli imputati si erano associati tra loro, al fine di commettere una serie indeterminata di delitti, tra cui quelli di cui all'art. 603-*bis* c.p. (vecchia formulazione). Per quanto concerne, specificamente, quest'ultimo le indagini hanno permesso di accertare l'esistenza di un'attività organizzata di intermediazione per il reclutamento di soggetti da destinare ad attività agricole in condizioni di sfruttamento, condizioni gravose e disumane integrate sia dalla sistematica retribuzione dei lavoratori 'in nero' in modo palesemente difforme dai contratti collettivi nazionali e comunque con somme di retribuzione oraria (4 euro) manifestamente inadeguate rispetto alla natura e all'intensità delle attività agricole svolte, sia per la sistematica violazione delle normative in materia di orari di lavoro, sicurezza, igiene e previdenza, in ciò approfittando dello stato di pressante bisogno dei lavoratori, cittadini extracomunitari, alcuni irregolari, altri provvisoriamente collocati presso il centro di accoglienza Santa Caterina di Prato, usando violenza, minaccia ed intimidazione.

⁶⁹⁹ Gli atti dell'indagine, le richieste di applicazione di misure cautelari, nonché le ordinanze applicative sono stati consultati grazie alla disponibilità del Sostituto Procuratore di Prato, Dott.ssa Laura Canovai.

⁷⁰⁰ La notizia è stata riportata da numerosi giornali locali: https://firenze.repubblica.it/cronaca/2016/05/10/news/caporalato_fra_le_vigne_1_inchiesta_della_procura_di_prato-139484883/; https://corrierefiorentino.corriere.it/firenze/notizie/cronaca/16_maggio_10/prato-inchiesta-manodopera-clandestina-vigneti-olivete-558f95dc-1691-11e6-9ab0-1994d70b7743.shtml.

In particolare, dalle richieste di applicazione delle misure cautelari nei confronti degli imputati, si evince che l'accusa ritiene di poter sostenere l'applicabilità dell'art. 603-*bis* c.p. (vecchia formulazione) anche al datore di lavoro per una serie di ragioni⁷⁰¹: gli indici di sfruttamento si riferiscono all'attività tipica del datore di lavoro, coincidenza parziale tra le aggravanti di cui all'art. 603-*bis* c.p. e quelle di cui all'art. 22, comma 12-*bis*, c.p., e applicabilità di quest'ultimo proprio al datore di lavoro, nonché per la previsione di cui all'art. 22, comma 5-*bis*, T.U.I. che impedisce il rilascio del nulla osta al datore di lavoro condannato per art. 603-*bis* c.p. Nel caso di specie, gli utilizzatori finali partecipavano alla fase di reclutamento sulla scorta di uno specifico accorso programmatico con il caporale, con la consapevolezza dunque da parte degli utilizzatori finali dei metodi utilizzati per reperire i lavoratori. Oltre a ciò, appare interessante la nozione di intimidazione offerta dal Pubblico Ministero, che instaura un peculiare legame tra l'approfittamento dello stato di bisogno e l'intimidazione esercitata sui lavoratori. In particolare, si sottolinea che il fatto che i richiedenti asilo o stranieri irregolari afflitti da un disagio esistenziale e socio-economico accettino condizioni di lavoro sub-umane e sottopagate è indice dell'esercizio di intimidazione su di loro.

L'ordinanza applicativa delle misure cautelari richieste (Dott.ssa Silvia Isidori) conferma sostanzialmente l'impianto accusatorio, nonché la possibilità di ritenere il datore di lavoro concorrente nel reato di cui all'art. 603-*bis* c.p. per aver commissionato il reclutamento ed, eventualmente la direzione della manodopera, qualora sia consapevole dei metodi utilizzati dall'intermediario. Ritiene, pertanto, il GIP sussistenti i gravi indizi di colpevolezza a carico dei datori di lavoro per gli artt. 416 e 603-*bis* c.p. stante la stabilità e la strutturazione della relazione tra l'azienda agricola e i caporali.

⁷⁰¹ Alcune delle quali sono le stesse sostenute dallo stesso Di Martino: DI MARTINO A., "Caporalato" e repressione penale. *Appunti su una correlazione (troppo) scontata*, cit., pp. 115 e ss.

5. Il reato di sfruttamento lavorativo

5.1. Il nuovo art. 603-bis c.p.

Si riporta, per una più agevole lettura, il testo del nuovo art. 603-bis c.p., come riformulato dalla legge n. 199/2016:

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.

La novità principale della legge è, come accennato, quella di incriminare non più solo l'intermediazione ma anche le condotte di utilizzazione, assunzione e impiego di manodopera, coinvolgendo la figura del datore di lavoro tra i soggetti attivi del reato. Per quanto riguarda la prima fattispecie (n. 1), propria del reclutatore, l'obiettivo è quello di operare un arretramento della tutela penale⁷⁰²: lo sfruttamento costituisce, infatti, oggetto del dolo specifico del soggetto attivo, ponendosi al di fuori degli elementi tipici del reato. Ai fini della configurazione del reato di cui al n. 1), dunque, non è necessario che lo sfruttamento del lavoratore si verifichi; qualora, infatti, si realizzasse lo sfruttamento, la condotta rileverebbe sotto la fattispecie di cui al n. 2), rispetto alla quale il reclutatore risponderebbe a titolo di concorso.

Come è stato rilevato, la funzione di tale incriminazione è quella di sanzionare un «tentativo di concorso non punibile ai sensi degli artt. 110 e 115 c.p.»: la condotta di cui al n. 1) prenderebbe, infatti, in considerazione quelle ipotesi in cui l'intermediario

⁷⁰² CISTERNA A., *Prova semplificata con applicazione in tutti i settori*, in *Guida al Diritto*, 2016, 48, p. 54.

agisca in via autonoma nel reclutare la manodopera, mettendola solo in un secondo momento a disposizione del datore di lavoro⁷⁰³.

La condotta di reclutamento è stata, poi, ridisegnata per ampliarne il campo di applicazione anche alle ipotesi in cui l'attività dell'intermediario non fosse «organizzata»⁷⁰⁴.

In ordine alla seconda fattispecie (n. 2), il datore di lavoro è definito come colui che «*utilizza, assume o impiega manodopera*»⁷⁰⁵ ed è apparentemente sempre punibile a titolo autonomo. Il primo comma dell'articolo punisce, infatti, due condotte "proprie", una attuabile dall'intermediario (n. 1) e una attuabile dal datore di lavoro (n. 2). L'inciso «*anche mediante l'attività di intermediazione di cui al numero 1*» sembra indicare, tuttavia, che anche quando vi sia stata attività di intermediazione, il datore di lavoro risponde comunque come attore principale dello sfruttamento e non a titolo di concorso con l'intermediario che abbia reclutato la manodopera al fine di destinarla a lavoro presso il datore di lavoro stesso.

A differenza di quanto accadeva sotto la vigenza del vecchio art. 603-*bis* c.p., il datore di lavoro non è punibile in via concorsuale con il caporale, ma è passibile di sanzione penale per il solo fatto di sottoporre a condizioni di sfruttamento i lavoratori impiegati (sempre che vi sia stato l'approfittamento dello stato di bisogno). Il reato del datore di lavoro, a differenza di quello del reclutatore, è, peraltro, configurato come reato di danno a dolo generico, con la conseguenza che ai fini del perfezionamento della fattispecie sarà necessario che si realizzi lo sfruttamento del lavoratore.

Vi è chi ha evidenziato, tuttavia, l'irragionevolezza della scelta del legislatore del 2016 di equiparare sul piano sanzionatorio le condotte punite al n. 1), che configura un reato di pericolo, e al n. 2), che contempla un reato di danno. Il fatto di aver previsto una medesima cornice edittale per due fattispecie strutturalmente diverse che delineano un grado di offesa scalare sembrerebbe, infatti, configurare un nuovo diritto penale d'auore⁷⁰⁶. Tale critica, tuttavia, trascura di rilevare come l'ampia cornice

⁷⁰³ GABORADI A., *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, cit., p. 61.

⁷⁰⁴ PADOVANI T., *In Gazzetta la legge sul caporalato che modifica il codice penale*, in www.quotidianogiuridico.it, pubblicato il 4.11.2016.

⁷⁰⁵ Secondo GABORADI A., *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, cit., p. 59, il tritico di verbi sarebbe, in realtà, ridondante, in quanto l'impiego è un sinonimo di utilizzazione, mentre l'assunzione è un'attività priva di un rilievo autonomo in quanto non presuppone di per sé l'utilizzazione, che è presupposto necessario al realizzarsi dello sfruttamento.

⁷⁰⁶ Cfr. TORRE V., *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, 2, p. 295.

edittale prevista dal primo comma dell'art. 603-*bis* c.p. consenta al giudice di graduare, in sede applicativa, il trattamento sanzionatorio rispetto al concreto disvalore penale del fatto.

Oltre alla riscrittura degli indici dello sfruttamento lavorativo, come vedremo, una sostanziale modifica dell'art. 603-*bis* c.p., riguarda la violenza e la minaccia che, come si è accennato, non risultano più elementi costitutivi del reato ma, se presenti, comportano un aumento di pena, in quanto sono configurate dal secondo comma come circostanze aggravanti dei reati di cui al primo comma. La sussistenza di questi elementi, come vedremo, consente ora l'applicazione dell'art. 18 T.U.I. e dunque l'avvio di un percorso volto a recuperare le condizioni di dignità in cui svolgere la prestazione lavorativa.

Scompare, invece, nella nuova formulazione del reato ogni riferimento al concetto di intimidazione. Secondi alcuni, tale concetto sembrava evocare il requisito di fattispecie di tipo 'ambientale' che distingue e specializza l'associazione di tipo mafioso (art. 416-*bis* c.p.) rispetto agli altri reati associativi⁷⁰⁷. Vi è chi ha rilevato che, nel caso del reato di cui all'art. 416-*bis* c.p., la forza di intimidazione traeva comunque origine a sua volta da precedenti violenze e minacce⁷⁰⁸, con la conseguenza che sarebbe arduo ritagliare a tale concetto uno spazio applicativo realmente autonomo.

Più interessante è esaminare come la giurisprudenza di legittimità avesse tentato, sotto la vigenza del vecchio art. 603-*bis* c.p., di chiarire la portata evidentemente evanescente del concetto⁷⁰⁹.

Ed in effetti, la Corte di Cassazione, nella sentenza da ultimo citata, in cui si è preoccupata di tracciare un confine tra il reato di cui all'art. 603-*bis* c.p. e le fattispecie esistenti, aveva recuperato il concetto deducendolo dal comportamento dei lavoratori stranieri che, privi di adeguati mezzi di sussistenza, avevano rinunciato a richiedere il pur irrisorio compenso pattuito con l'agente, per il timore di non essere più chiamati a lavorare⁷¹⁰.

Secondo la Suprema Corte, il riferimento al concetto di «intimidazione» impone di

⁷⁰⁷ SCEVI P., *Nuove schiavitù e diritto penale*, cit., p. 86

⁷⁰⁸ GABOARDI A., *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, cit., p. 48.

⁷⁰⁹ Sulla problematicità del concetto di intimidazione, si veda: PADOVANI T., *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *Guida al Diritto*, 2016, 48, pp.48 e ss.

⁷¹⁰ Cass. pen., sentenza 4.4.2014, n. 14591, cit.

«valorizzare, ai fini della configurabilità della fattispecie, qualunque condotta idonea a menomare la libertà di determinazione della vittima, attraverso l'approfittamento dello stato di bisogno o di necessità della stessa. L'intimidazione, infatti, evoca l'effetto di qualunque condotta palese, ma anche implicita, larvata, indiretta ed indeterminata, purché idonea, in relazione alle circostanze concrete, alla personalità dell'agente, alle condizioni soggettive della vittima e alle condizioni ambientali in cui questa opera, ad incutere timore ed a coartare la volontà del soggetto passivo, al fine di ottenere risultati non consentiti attraverso prestazioni non dovute nell'an o nel quantum o nel quando».

Così facendo, la giurisprudenza di legittimità aveva instaurato uno stretto collegamento tra il concetto di intimidazione e quello di stato di bisogno. La nozione di intimidazione si atteggia come un «*minusquam*» rispetto a quella di minaccia, in quanto consiste in un condizionamento anche di natura ambientale che può sfociare nell'abuso dello stato di bisogno o necessità. Accettare condizioni di lavoro subumane e sottopagate diventa, pertanto, indice espressivo dell'intimidazione subita così, come si è visto, della condizione di bisogno del lavoratore di cui lo sfruttatore si approfitta.

Tale discorso si connette evidentemente alla riflessione secondo cui lo sfruttamento lavorativo qualifica la vulnerabilità della persona che ne è soggetta.

Il fatto che nel nuovo art. 603-*bis* c.p. sia venuta meno l'intimidazione a livello pratico, pertanto, non cambia poi molto in termini probatori, sussistendo tale particolare sovrapposizione tra l'approfittamento dello stato di bisogno e l'intimidazione subita. Inoltre, la letteratura in tema di sfruttamento lavorativo e la giurisprudenza rilevante, tra cui quella della Suprema Corte appena citata, riporta come una minaccia, seppur implicita, sia pressoché sempre presente nelle più gravi forme di sfruttamento attualmente presenti⁷¹¹. La prospettiva di perdere il posto di lavoro o di non vedersi corrispondere la retribuzione per la prestazione svolta costituisce senza dubbio una forma di minaccia e non certo di intimidazione.

⁷¹¹ Cfr. sul punto anche STOPPIONI C., *Intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo nell'economia italiana: la tenuta dell'art. 603-bis c.p. tra vecchie questioni interpretative e nuove prassi applicative*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2019, in corso di pubblicazione. L'autrice riporta come su 53 procedimenti penali monitorati dall'Osservatorio sullo sfruttamento lavorativo (costituito nel 2018 dal Centro interuniversitario di ricerca su carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni L'altro diritto, in collaborazione con la FLAI-CGIL), solo in due casi non è stata contestata l'aggravante della violenza o della minaccia.

Occorre, a questo punto, soffermarci sugli elementi più problematici dell'art. 603-bis c.p. Sia la condotta dell'intermediario che quella del datore di lavoro, nella fattispecie base, si caratterizzano, infatti, per il ricorrere congiunto di due elementi essenziali e particolarmente controversi: l'approfittamento dello stato di bisogno e la sottoposizione dei lavoratori a condizioni di sfruttamento.

Si precisa, sin da ora, che le nozioni di sfruttamento e di stato di bisogno devono essere intese in stretta connessione tra di loro, costituendo la situazione di vulnerabilità di chi versa in stato di bisogno il presupposto della condotta approfittatrice del soggetto agente, attraverso la quale realizzare lo sfruttamento.

5.1.1. Lo stato di bisogno

La mancata definizione dello «stato di bisogno» nell'art. 603-bis c.p. ripropone inevitabilmente i medesimi problemi interpretativi e applicativi⁷¹² che si erano posti in occasione della riformulazione – nel 2003 – dell'art. 600 c.p., che ha inserito tra le modalità di realizzazione della condotta l'approfittamento dello «stato di necessità». Come si è visto nel precedente capitolo, il riferimento alla necessità secondo la giurisprudenza di legittimità deve essere interpretato non nel senso dell'art. 54 c.p., ma avuto riguardo allo «stato di bisogno» secondo l'accezione utilizzata nel delitto di usura aggravata (art. 644, comma 5, n. 3, c.p.) o a quella utilizzata nell'istituto della rescissione del contratto per lesione (art. 1448 c.c.)⁷¹³. Nel caso dell'art. 603-bis c.p., l'esplicito riferimento allo «stato di bisogno» (e non allo stato di necessità) sembrerebbe prendere in considerazione il dibattito sorto in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 600 c.p. e gli approdi cui esso è giunto. Come si è detto, peraltro, la giurisprudenza di legittimità⁷¹⁴, nell'intento di chiarire i confini dello «stato di bisogno» aveva preso a riferimento il concetto di vulnerabilità di cui alla

⁷¹² Particolarmente critici sulla nozione di «approfittamento dello stato di bisogno» sono: TORRE V., *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, cit., pp. 295-296; GABOARDI A., *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, cit., p. 58.

⁷¹³ *Ex multis*: Cass. pen., sentenza 25.1.2007, n. 2841, reperibile sul sito dell'Osservatorio anti-tratta: http://www.osservatoriointerventitratta.it/files/giurisprudenza/Cass.n.2841_2006.pdf

⁷¹⁴ Cfr. Cass. pen., sentenza 13.11.2008, n. 46128 (già citata in nota n. 31). In questa sentenza, come si è visto, la Suprema Corte ha ritenuto ricorrente lo stato di bisogno nell'ipotesi della mancanza di alternative esistenziali in cui versa un immigrato clandestino privo di risorse e che risulta onerato dal debito contratto con il suo sfruttatore per l'agevolazione del suo ingresso illegale nel territorio italiano.

previgente Decisione quadro 2002/629/GAI⁷¹⁵, avvalorando quella tesi secondo cui lo stato di bisogno collimerebbe con la nozione di vulnerabilità elaborata in ambito europeo.

Tale equiparazione è stata, però, recentemente criticata da chi ritiene che sarebbe irragionevole ribaltare su un piano interno le incertezze dell'interpretazione del concetto di «posizione di vulnerabilità» riscontrate a livello internazionale⁷¹⁶. Secondo questo autore, il contenuto minimo dello stato di bisogno è ravvisabile nella mancanza dei mezzi di sussistenza⁷¹⁷, e non nella mancanza di alternative esistenziali (come nel caso di posizione di vulnerabilità): piuttosto, la mancanza di mezzi potrebbe essere la causa della mancanza di alternative, ma solo la prima è elemento del reato⁷¹⁸. Il concetto di stato di bisogno, tuttavia, non sarebbe qualificabile se non mediante il riferimento ad un «contesto esistenziale», ed è proprio tale affermazione ad avvicinare, ad avviso di tale opinione, le due nozioni (stato di bisogno e posizione di vulnerabilità). Ciò impone, pertanto, di dover determinare le esigenze vitali del soggetto in relazione al contesto storico-sociale ed ordinamentale di volta in volta rilevante. Per altro verso, come si è visto nel precedente capitolo, non è possibile sganciare la valutazione del contesto dal punto di vista della vittima. Tuttavia, questa lettura contestuale dovrebbe essere saldamente collocata nel quadro dell'impostazione oggettivistica, in quanto solo tale prospettiva sarebbe compatibile con i principi dell'ordinamento penale italiano⁷¹⁹, il quale non può delegare alla vittima il compito di selezionare in astratto i fatti punibili.

La questione, circa l'opportunità di scindere il concetto di stato di bisogno da quello della posizione di vulnerabilità, al momento, rimane aperta.

Piuttosto, la giurisprudenza di merito, su un piano nettamente più pratico, sembra andare nel senso di ricavare la nozione di vulnerabilità/bisogno dalla situazione concreta di sfruttamento lavorativo in cui versano le vittime del reato. In tal senso,

⁷¹⁵ Decisione quadro 2002/629/GAI del Consiglio del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, in GUCE L 203 del 1 agosto 2002 attualmente sostituita da Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, in GUUE L 101 del 15 aprile 2011.

⁷¹⁶ DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi tra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Archivio penale*, 2019, in corso di pubblicazione.

⁷¹⁷ Cfr. anche: Cass. pen., sentenza del 4.2.2014, n. 14591, in *CEDCass.*, rv. 262541.

⁷¹⁸ DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi tra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., p. 27.

⁷¹⁹ Ivi, p. 8.

dunque, appare essenziale legare la discussione sul concetto di stato di bisogno a quello sullo sfruttamento, non senza il rischio di andare verso una eccessiva sovrapposizione dei due elementi del reato⁷²⁰.

Sul punto, appare interessante rammentare una recente sentenza del Tribunale di Brindisi⁷²¹ che rappresenta la prima decisione ad applicare l'art. 603-*bis* c.p. come riformato dalla legge n. 199/2016, sebbene tale applicazione riguardi unicamente il trattamento sanzionatorio (ritenuto più favorevole dal giudice di merito), in quanto la norma non era ancora vigente al momento della commissione dei fatti.

Il Tribunale di Brindisi afferma, in particolare, che la nuova normativa deve ritenersi più favorevole nei casi in cui – come quello in esame – ricorrano ulteriori aggravanti ad effetto speciale, oltre a quella della violenza o minaccia prevista dal co. 2 dell'art. 603-*bis* c.p. (nuova formulazione).

Invero, l'applicazione della vecchia normativa (vigente all'epoca dei fatti) avrebbe imposto l'aumento della pena da un terzo alla metà sulla pena base di cui al co. 1 dell'art. 603-*bis* c.p. (vecchia formulazione), che prevede l'applicazione della pena nella cornice edittale compresa tra cinque ed otto anni di reclusione e tra 1.000 e 2.000 euro di multa per ciascun lavoratore reclutato. Con l'applicazione della nuova normativa, poiché il requisito della violenza o minaccia diventa una circostanza aggravante ad effetto speciale (co. 2) e poiché anche «*il fatto che il numero dei lavoratori reclutati sia superiore a tre*» è circostanza ad effetto speciale, occorre applicare la regola di cui all'art. 63, co. 4, c.p., la quale, prevedendo un temperamento della pena, stabilisce che se concorrono più circostanze aggravanti ad effetto speciale si applica sola la pena stabilita per la circostanza più grave, ma il giudice può aumentarla.

La sentenza di Brindisi è però comunque significativa perché occupandosi di una vicenda di caporalato, per dimostrare lo stato di bisogno in cui versavano i lavoratori, si è concentrata in primo luogo sulle condizioni lavorative che gli stessi erano costretti ad accettare.

⁷²⁰ In senso critico, si veda PADOVANI T., *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, cit., 50, il quale avverte che «*nelle condizioni presenti, qualsiasi lavoratore subordinato, ha di regola, "bisogno" di svolgere quell'attività, perché non può scegliersene un'altra e non può campare di rendita*» pertanto «*l'approfittarsi di tale stato finisce con il risultare in re ipsa per il solo fatto che il prestatore d'opera è sottoposto al particolare "indice di sfruttamento" individuato, nell'esercizio di un'attività lavorativa priva per lui di alternativa*».

⁷²¹ T. Brindisi, sentenza 6.9.2017, n. 251, *inedita*.

Nel caso di specie, il personale veniva reclutato per essere destinato ad attività lavorativa in campo agroalimentare. In particolare, l'attività consisteva nel taglio dell'uva, nella lavorazione della stessa e nel confezionamento dei cestini. In questo caso, il caporale oltre a reclutare il personale coordinava anche l'attività lavorativa. La sentenza in questione evidenzia come accettare di lavorare nei campi o nei magazzini fino a 18 ore al giorno, senza usufruire di riposi compensativi, senza poter utilizzare liberamente i servizi igienici, a fronte di una retribuzione certamente irrisoria rispetto alla quantità del lavoro prestato, acconsentire a condizioni di trasporto a dir poco scomode e pericolose, rischiare quotidianamente il licenziamento o la mancata corresponsione del compenso dovuto, avvalorò la condizione di bisogno in cui si trovavano i lavoratori all'epoca dei fatti. Solo infatti lavoratori «*oppressi dal bisogno o costretti dalla necessità*» avrebbero potuto «*sopportare*» delle condizioni di lavoro così degradanti.

5.1.2. Gli indici dello sfruttamento

In seguito alla riforma del 2016, come segnalato dalla menzionata sentenza del Tribunale di Brindisi, vi è stato peraltro un complessivo alleggerimento descrittivo del reato di cui all'art. 603-*bis* c.p. con conseguente agevolazione dell'onere probatorio a carico dell'accusa. Tale operazione è stata proprio compiuta mediante una parziale modifica gli indici dello sfruttamento lavorativo che l'interprete deve prendere in considerazione al fine di valutare la sussistenza del reato:

- «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».*

Nella nuova formulazione dei nn. 1 e 2 del comma terzo si sostituisce la parola «*sistematica*» con «*reiterata*» abbassando il livello della persistenza della violazione necessaria ad integrare la fattispecie di reato. Sarà pertanto sufficiente una corresponsione difforme o una violazione della normativa ripetuta più di una volta, non occorrendo che queste siano messe a sistema.

Tale modifica sembrerebbe, peraltro, offrire uno strumento per tracciare il confine tra la fattispecie di cui all'art. 600 c.p. e il nuovo reato di sfruttamento lavorativo evitando la tautologia della vulnerabilità in cui sembra incorrere il giudice leccese. L'elemento della *continuità* della soggezione richiesto dal primo segna, infatti, la natura permanente del reato di riduzione o mantenimento in servitù il quale, ai fini della consumazione, richiede che l'offesa al bene giuridico incompressibile (in questo caso, la libertà personale) si protragga per un sufficiente lasso di tempo. Su tale precisazione potrebbe giocarsi in effetti il discrimine con la fattispecie di cui all'art. 603-*bis* c.p. che tra gli indici dello sfruttamento lavorativo richiedeva, prima la *sistematicità*, e ora la *reiterazione* della corresponsione di retribuzioni in modo difforme dai contratti collettivi nazionale o territoriali e della violazione della normativa relativa all'orario di lavoro, ai periodi di riposo, al riposo settimanale, all'aspettativa obbligatoria, alle ferie.

Ad oggi, il carattere *reiterato* della violazione richiesto dai nn. 1 e 2 del terzo comma dell'art. 603-*bis* c.p., sebbene solo ai fini della sussistenza 'sintomatica' del reato di sfruttamento lavorativo, potrebbe annoverare la fattispecie, laddove ricorressero i suddetti indici, tra i reati abituali, in ordine ai quali la dottrina richiede la reiterazione nel tempo della stessa condotta o di condotte omogenee. Tradizionalmente la distinzione tra reati permanenti e reati abituali si riscontra nelle caratteristiche strutturali della condotta, in quanto nel reato permanente la condotta offensiva si presenta in maniera unitaria e senza cesure temporali, mentre nel reato abituale la condotta incriminata riguarda una pluralità di atti che solo nel loro complesso realizzano l'offesa tipica al bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice⁷²². La qualificazione del reato, di volta in volta, come permanente o abituale, avuto riguardo alle caratteristiche della condotta di sfruttamento lavorativo del singolo caso di specie, potrebbe agevolare l'interprete nella delimitazione dei rapporti tra il reato di cui all'art. 600 c.p., permanente, e di quello all'art. 603-*bis* c.p., abituale.

⁷²² FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*⁶, cit., 200 s.

Per quanto riguarda il n. 3, è indice di sfruttamento la semplice sussistenza delle violazioni della normativa in materia di sicurezza ed igiene del lavoro, e non anche il riscontro dell'esposizione del lavoratore a «*pericolo per la salute, la sicurezza o l'incolumità personale*», come prevedeva il vecchio art. 603-*bis* c.p.⁷²³

Infine, ai sensi del n. 4, è considerato indice di sfruttamento lavorativo il sottoporre il lavoratore «*a condizioni di lavoro, a metodi di sorveglianza, o a situazioni alloggiative degradanti*», non essendo più necessario che queste siano «*particolarmente degradanti*» (vecchio art. 603-*bis* c.p.).

Tali modifiche appaiono, dunque, tutte orientate nell'abbassare la soglia della rilevanza dello sfruttamento lavorativo innalzando sensibilmente lo standard delle condizioni lavorative idonee ad evitare una condanna per sfruttamento lavorativo. Si richiede, infatti, per l'applicazione della sanzione penale la sussistenza di situazioni e comportamenti non necessariamente contrassegnati da una particolare gravità o frequenza.

L'individuazione da parte del legislatore di indici minimi dai quali desumere in positivo le condizioni minime di legalità che non integrano sfruttamento lavorativo evidenziano come la fattispecie sia posta a presidio prima di tutto della dignità del lavoratore. Il legislatore sembra aver configurato un livello minimo di tutela, al di sotto del quale lo svolgimento della prestazione lavorativa non avviene in condizioni di dignità e pertanto è suscettibile di repressione penale, lasciando alle altre fattispecie penali il compito di reprimere le lesioni più gravi. Il bene giuridico tutelato dall'art. 603-*bis* c.p. sembra, dunque, assurgere a bene pubblico, in quanto lo Stato ha uno specifico interesse nel garantire che siano rispettati *standard* minimi in tutti i rapporti lavorativi. In questo senso, la norma sembra dare attuazione all'art. 36 della Costituzione⁷²⁴ e alla dignità del lavoro, quale valore irrinunciabile del nostro ordinamento.

Tale precisazione induce a ritenere che la sussistenza degli indici di sfruttamento non possa essere subordinata alla 'percezione' che il lavoratore ha di essere o meno sfruttato, ciò in quanto cosa si intende per sfruttamento lavorativo dipende, in primo

⁷²³ Si noti, comunque, che l'esposizione dei lavoratori sfruttati a «*situazioni di grave pericolo*» rimane circostanza aggravante specifica come nel previgente art. 603-*bis*, co. 4, n. 3, c.p.

⁷²⁴ Art. 36 Cost.: «*Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa. La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi*».

luogo, come si è visto nel secondo capitolo, da una specifica sensibilità culturale. Queste considerazioni impongono, pertanto, di ritenere normativamente irrilevante un eventuale consenso, perché questo, laddove il reato sia integrato, non può ritenersi validamente prestato⁷²⁵.

Bisogna, tuttavia, precisare a questo punto che il legislatore del 2016 (così come quello del 2011) non abbia inteso definire direttamente lo sfruttamento lavorativo. Egli, piuttosto, ha fatto ricorso ad una tecnica inusuale, elencando una serie di elementi con valore indicizzante.

Particolarmente problematica e dibattuta è la natura di questi elementi. Nello specifico, si contendono il campo due orientamenti: da un parte, vi è chi ne afferma la natura sostanziale, in quanto si tratterebbe di elementi costitutivi del reato⁷²⁶ e chi, pur riconoscendone il carattere processuale, evidenzia come la funzione sia in realtà quella di tipizzare il vago contenuto del concetto di sfruttamento, che a sua volta assurge ad elemento costitutivo del reato (tipizzazione integrata)⁷²⁷.

Una lettura radicalmente diversa è offerta da Alberto Di Martino, il quale parla di reato a «tipicità dinamica» che inquadra l'offesa tipica, consistente nella sottoposizione a condizioni di sfruttamento, mediante direttive (indici) di accertamento del suo elemento costitutivo centrale⁷²⁸. In breve, secondo l'autore un primo livello del reato si individua nel complesso degli elementi di contesto che il legislatore considera come «indice di sfruttamento»: all'interno di questi, in particolare, occorre distinguere il *tipo* di parametro che il legislatore ha selezionato come idonei a sorreggere il procedimento logico di induzione circa il fatto da provare, cioè le «condizioni di sfruttamento» (remunerazione del lavoro, tempo del lavoro, obblighi in tema di igiene e di sicurezza, modalità generali della prestazione lavorativa), dalla dimensione del fatto concreto sussumibile in ciascuno di questi parametri. Su un altro livello, invece, si individua il «termine sostanziale di riferimento» di tale procedimento induttivo, e cioè le *condizioni di sfruttamento* (e non lo *sfruttamento*).

⁷²⁵ DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi tra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, cit., p. 34.

⁷²⁶ GABOARDI A., *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, cit., p. 60.

⁷²⁷ FIORE S., *La nuova disciplina penale dell'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni ed insuperabili limiti*, in *Diritto agroalimentare*, 2017, 2, pp. 227 e ss.

⁷²⁸ Per un'ampia argomentazione della tesi di Di Martino, si veda: DI MARTINO A., *Tipicità di contesto a proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in *Archivio Penale*, 2018, 3.

Secondo questa ricostruzione, appare, pertanto, inutile la discussione circa l'elencazione tassativa o esemplificativa del comma terzo: a fronte di fatti concreti sempre diversi, sarà comunque necessario verificare se rientrano o meno nella dimensione tipologica, da considerarsi indubbiamente tassativa.

Il ricorso alla categoria degli indici, come si è visto nel secondo capitolo, è peraltro comune alla tecnica utilizzata in ambito internazionale per definire concetti incommensurabili, di difficilissima definizione univoca, come quello della tratta a fini di sfruttamento sessuale o lavorativo⁷²⁹.

5.2. Un nuovo stimolo alla repressione dei casi di sfruttamento lavorativo: l'attività delle Procure italiane

A dispetto delle aspettative deluse dal vecchio art. 603-*bis* c.p., il nuovo reato di sfruttamento lavorativo sembra aver 'scatenato' tutte le sue nuove potenzialità, come dimostrato dalla quantità di inchieste avviate dalle Procure italiane.

Recentemente è stato avviato un monitoraggio a livello nazionale sulle indagini per sfruttamento lavorativo guidato dal Centro Interuniversitario di ricerca L'altro diritto, in collaborazione con la Flai-Cgil Nazionale, da cui si rinviene l'apertura di almeno 60 inchieste a partire dall'emanazione della legge n. 199/2016 (sebbene di solo 46 sia stato possibile reperire gli atti dalle Procure, essendo venuto meno il segreto istruttorio)⁷³⁰.

Le inchieste monitorate forniscono dati sufficienti per un primo bilancio sulle caratteristiche principali dello sfruttamento lavorativo, sui principali settori in cui si manifesta, sulle categorie di lavoratori più esposte nonché, naturalmente, sulle fattispecie penali usate per il suo contrasto e sulle modalità e condizioni del loro

⁷²⁹ Cfr. ILO, *Operational indicators of trafficking in human beings*, cit.; UNODC, *Human trafficking indicators*, cti.

⁷³⁰ Il centro interuniversitario di ricerca l'Altro diritto ha avviato un'attività di analisi del funzionamento delle previsioni normative penali usate per contrastare lo sfruttamento lavorativo. Grazie soprattutto alle segnalazioni della FLAI-CGIL nazionale, il Centro raccoglie le notizie giornalistiche delle inchieste o dei processi per reati attinenti lo sfruttamento lavorativo, contatta gli uffici giudiziari dove questi procedimenti hanno luogo, recupera gli atti dei procedimenti (dalla richiesta di applicazione di provvedimenti cautelari delle procure fino alle sentenze) e li analizza. Il primo rapporto dell'Osservatorio è reperibile sulla pagina internet del Centro Adir: <http://www.adir.unifi.it/osservatorio/index.htm>.

impiego. Un primo dato che emerge è la diffusione – quasi endemica – del fenomeno su tutto il territorio Italiano⁷³¹.

Il secondo dato che emerge è che la maggior parte degli stranieri vittime di sfruttamento sono regolari, molti sono cittadini dell'Unione Europea, e non è trascurabile nemmeno la presenza di lavoratori italiani sfruttati. Nelle 46 inchieste monitorate, 5 di esse vedono, infatti, coinvolti, come lavoratori sfruttati, cittadini italiani, sovente impiegati congiuntamente ad altri lavoratori stranieri.

Un altro dato rilevante è la pervasività del fenomeno anche in altri settori produttivi, oltre a quello agricolo. Sebbene ciò possa apparire scontato, la repressione delle condizioni di sfruttamento lavorativo in settori economici differenti avviene più raramente. Orbene, delle 46 inchieste monitorate ben 12 attengono a comparti produttivi diversi da quello agricolo.

La nuova formulazione del 603-*bis* c.p., che ha svincolato la persecuzione dello sfruttamento dall'intermediazione del caporale si è rivelata utile soprattutto nelle inchieste relative a casi di sfruttamento meno palesi – ma non per questo meno gravi – che riguardano settori diversi da quello agricolo, in cui l'abuso perpetrato in danno del lavoratore si cela dietro un velo di legalità. Così, ad esempio, accade che vengano stipulati contratti per un monte ore nettamente inferiore a quello effettivo, che si faccia formalmente ricorso al modello legale tipico della prestazione occasionale o che i datori di lavoro paghino solo fittiziamente il compenso risultante in busta paga che, in alcuni casi viene corrisposto in parte, in altri restituito al datore di lavoro. Queste situazioni sarebbero difficilmente perseguibili penalmente con la vecchia formulazione dell'art. 603-*bis* c.p., essendo completamente assente l'intermediazione. Significativo è il caso della Procura di Prato che, per combattere lo sfruttamento dei lavoratori nelle aziende tessili della zona, prevalentemente a conduzione cinese, sembra avviarsi a fare un uso consistente di questo articolo del codice penale, grazie alla sua nuova formulazione che, a differenza della vecchia, consente di perseguire il datore di lavoro a prescindere della presenza dell'intermediazione.

Come mostrano tre delle inchieste monitorate, due delle quali di competenza della Procura della Repubblica di L'Aquila, relative a numerosi lavoratori impiegati nell'attività di ricostruzione successiva al terremoto del 2009 e una della Procura di Padova, relativa al settore della logistica, il quadro delle disposizioni normative rende

⁷³¹ Ben 19 procedimenti concernono fatti verificatisi nel Centro-Nord (Asti, Brescia, Firenze, Forlì, Latina, Livorno, L'Aquila, Padova, Pesaro, Prato e Mantova).

ancora difficile sanzionare i responsabili dello sfruttamento quando questo viene operato ai danni di lavoratori impiegati presso ditte sub-appaltatrici o in cooperative che gestiscono la logistica per un committente che non ha alcun diretto rapporto con i lavoratori. L'importanza dell'articolo 603-bis c.p. per le inchieste di sfruttamento lavorativo in settori diversi da quello agricolo emerge anche rispetto all'impiego delle misure cautelari. Nell'ambito della 46 inchieste monitorate sono stati analizzati 16 provvedimenti di richiesta di misure cautelari per un totale di 53 misure cautelari richieste e 46 concesse, di cui 24 per inchieste relative all'agricoltura e 22 per inchieste relative ad altri settori.

Con riguardo, alla gravità dei fatti, nel corso del dibattito parlamentare è emersa la preoccupazione che la nuova formulazione dell'art. 603-bis c.p. avrebbe consentito la persecuzione penale di mere irregolarità amministrative. Dal monitoraggio in corso emerge che soltanto due delle nove inchieste promosse *ex art. 603-bis c.p.* nuova formulazione riguardano fatti commessi senza l'aggravante della violenza o minaccia e in esse, comunque, ricorrono le altre aggravanti previste dal quarto comma dell'articolo (aver commesso il fatto a danno di più di tre lavoratori, di lavoratori minorenni, aver esposto i lavoratori a grave pericolo). Non si riscontrano inchieste condotte per la fattispecie in questione nella sua forma non aggravata. A conferma della gravità delle situazioni oggetto delle inchieste sta il dato che in sei di esse è stato contestato anche il reato di associazione a delinquere, e in una quello di riciclaggio. Le semplici trasgressioni occasionali della normativa di settore continuano a confluire nell'ambito applicativo degli illeciti contravvenzionali di cui al D.lgs. 276/2003, l'art. 603-bis c.p. viene invocato limitatamente a situazioni di grave sfruttamento lavorativo in cui, di regola, ricorre contestualmente più di un indice sintomatico.

L'articolo art. 603-bis c.p. sembra, al contrario, proteggere i datori di lavoro da imputazioni più gravi.

Due dei procedimenti analizzati, arrivati alla sentenza di primo grado, testimoniano in modo evidente questa funzione 'protettrice' dei datori di lavoro dell'art. 603-bis c.p.

Il primo caso è quello trattato proprio dalla recente sentenza del Tribunale di Napoli, poco sopra commentata, la quale riconducendo la vicenda alla fattispecie di cui all'art. 603-bis c.p., ha di fatto impedito la possibile applicazione dell'art. 601 c.p.

Il secondo caso, anche questo affrontato nelle pagine che precedono, riguarda il processo «Sabr», originato dalla rivolta di Nardò, nel quale la Corte d'Assise di Lecce

ha applicato il reato di riduzione in schiavitù (art. 600 c.p.), in assenza dell'art. 603-*bis* c.p., il cui processo legislativo si intensificò proprio in esito a quei fatti.

In entrambi i casi, la presenza di una norma come quella di cui all'art. 603-*bis* c.p. rappresenta (o avrebbe rappresentato nel caso di Nardò) una possibilità per impedire l'applicazione di norme con una cornice edittale ben più elevata.

Si rammenta che, in corso di stampa del presente lavoro, è stata emanata una circolare con cui l'Ispettorato nazionale del lavoro ha fornito delle linee guida per l'attività di vigilanza in materia di «intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro»⁷³². L'iniziativa appare lodevole, oltre che per la ricognizione degli strumenti di indagine da coordinare con le eventuali diverse indicazioni della Procura, anche per la proposta di modelli di interviste con domande da sottoporre ai lavoratori sfruttati⁷³³. Sotto il profilo della protezione delle vittime, la circolare appare, invece, estremamente miope laddove, con riferimento all'art. 18 T.U.I., ne limita il richiamo ai soli casi in cui vi siano cittadini extracomunitari privi del permesso di soggiorno, trascurando, altresì di menzionare il c.d. percorso sociale. Non solo, dunque, non si riconosce espressamente che il percorso di protezione sociale possa essere attivato anche senza la denuncia o la collaborazione della vittima al procedimento penale, ma addirittura si omette totalmente di considerare che l'art. 18 T.U.I. sia applicabile sia ai cittadini stranieri regolarmente soggiornati, ai cittadini comunitari e ai cittadini italiani, ossia le categorie di soggetti principalmente vittime di sfruttamento lavorativo in Italia.

6. Problemi di coordinamento tra reato di tratta di esseri umani e il reato di sfruttamento lavorativo

Sotto la vigenza del vecchio art. 603-*bis* c.p. la Corte di Cassazione aveva avuto modo di chiarire che il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo

«è finalizzato a sanzionare quei comportamenti che non si risolvono nella mera violazione delle regole poste dal decreto legislativo n. 276 del 2003, senza peraltro

⁷³² Circolare n. 5 del 28 febbraio 2019.

⁷³³ All'allegato n. 1 della circolare sono formulati gruppi di domande per ciascuno degli accertamenti da condurre: in particolare, per l'accertamento dello stato di bisogno e per l'accertamento ciascuno degli indici di cui al comma 3 dell'art. 603-*bis* c.p. Infine, vengono esplicita domande eventuali per chi abbia dichiaratamente deciso di denunciare lo sfruttamento.

raggiungere le vette dello sfruttamento estremo, di cui alla fattispecie prefigurata dall'art. 600 c.p., come confermato dalla clausola di sussidiarietà con la quale si apre la previsione»⁷³⁴.

A parere di chi scrive, tali conclusioni debbono ritenersi tuttora valide stante la permanenza della clausola di sussidiarietà in apertura all'art. 603-bis c.p.

Per ciò che concerne la distinzione tra art. 600 c.p. e art. 603-bis c.p., invero, non sembrano porsi particolari problemi. In effetti, le norme, come si è detto, proteggono beni giuridici diversi, da una parte lo *status libertatis*, dall'altro la dignità umana. Ciò, evidentemente, pone le fattispecie su piani qualitativamente diversi perché nel reato di riduzione in schiavitù o servitù lo sfruttamento costituisce una mera conseguenza del costringimento allo svolgimento di attività per il fatto che la persona si trova in uno stato di soggezione continuativa. Tale condizione implica un controllo totalizzante capace di annientare ogni residua libertà di autodeterminazione del soggetto. La distinzione con il 603-bis c.p. è, dunque, tangibile.

Al contrario, la nuova formulazione dell'art. 603-bis c.p., anche alla luce delle considerazioni già svolte nel precedente capitolo con riferimento al reato di cui all'art. 601 c.p., modificato in attuazione della Direttiva 2011/36/UE, pone ad oggi non pochi problemi di coordinamento con la fattispecie di tratta di esseri umani.

Secondo la ricostruzione proposta in questo lavoro, l'art. 601 c.p. e l'art. 603-bis c.p. proteggono, infatti, lo stesso bene giuridico, con la conseguenza che la differenza tra di essi, come meglio si dirà, non può che rilevare su un piano quantitativo, nel senso di un diverso livello di gravità dell'offesa al bene tutelato.

Merita, qui, soffermarsi su alcune suggestioni derivanti dall'attuale formulazione delle norme in questione, che presentano non pochi elementi di sovrapposizione.

In primo luogo, l'incertezza concerne la condotta di «reclutamento», presente sia nel reato di cui all'art. 601 c.p. che in quello di sfruttamento lavorativo (art. 603-bis, co. 1, n. 1, c.p.). In quest'ultima fattispecie, il «reclutamento» potrebbe, tuttavia, assumere una diversa e più ristretta fisionomia rispetto al reato di tratta, in quanto inserito nell'ambito di una fattispecie riguardante specificatamente un rapporto lavorativo tra più soggetti. Mentre nell'ambito della tratta, tale nozione implica

⁷³⁴ Cass. pen., sentenza 4.4.2014, n. 14591, in *Foro Italiano*, 2014, 2, p. 331.

unicamente l'atto di attirare una persona in un processo⁷³⁵, nel reato di sfruttamento lavorativo, occorre chiedersi se debba essere intesa come limitata all'attività di intermediazione tra la domanda e l'offerta di lavoro⁷³⁶ ovvero in maniera a-tecnica.

In secondo luogo, come nel reato di cui all'art. 603-*bis* c.p., nel nuovo reato di tratta di persone è esplicito il riferimento all'approfittamento della posizione di vulnerabilità, tra le modalità con cui la condotta può essere attuata e rispetto alla quale, evidentemente, valgono le considerazioni sopra svolte circa la complessità della 'traduzione' del concetto nelle singole situazione concrete e della sua possibile sovrapposibilità al concetto di «stato di bisogno».

In effetti, considerato che il mezzo – abuso della posizione di vulnerabilità/approfittamento dello stato di bisogno – ricorre, oggi, in tutte le fattispecie penali sino a qui considerate (artt. 600, 601 e 603-*bis* c.p.), ciò che conta è individuare in modo appropriato la condotta del reato e l'esito a cui essa conduce, ossia la situazione di sfruttamento o grave sfruttamento lavorativo ovvero la soggezione continuativa.

Più precisamente, come si è visto, il caso deciso dal Tribunale di Napoli mediante applicazione dell'art. 603-*bis* c.p. (vecchia formulazione) andrebbe oggi ricondotto alla fattispecie di cui all'art. 601 c.p. (tratta di persone). L'approfittamento della posizione di vulnerabilità costituisce, in entrambi i casi, il mezzo per attuare la condotta delittuosa di reclutamento (o di "ospitalità" nel senso di ricevere la prestazione) dei lavoratori da destinare allo sfruttamento lavorativo. In entrambi i casi, cioè nella condotta di cui al n. 1) dell'art. 603-*bis* c.p. e in quella di cui all'art. 601 c.p., lo sfruttamento non è nemmeno necessario che si realizzi ai fini della configurabilità del reato, in quanto configurato in termini di dolo specifico.

La difficoltà dell'individuazione di un confine tra il reato di tratta e quello di sfruttamento lavorativo è dovuta inoltre ad una non chiara definizione del concetto di 'tratta interna' (*domestic trafficking*), cioè di quella compiuta all'interno dei confini nazionali. Nonostante la tratta interna abbia assunto oggi una dimensione estremamente rilevante, come rilevato dal rapporto dell'UNODC del 2016⁷³⁷, essa

⁷³⁵ Cfr. nota n. 118: McCLEAN D., *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, cit., p. 323.

⁷³⁶ GORI F., *La nuova legge sul grave sfruttamento lavorativo nell'ambito della normativa di contrasto al lavoro sommerso*, ADAPT University Press, 2017, reperibile al sito: www.bollettinoadapt.it. Così, anche MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*⁶, Cedam, Padova, 2016.

⁷³⁷ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2016*, cit., p. 40: «Data from the 2012-2014 period shows that a clear majority of victims - 57 per cent - are trafficked transnationally; that is,

non sembra essere presa in considerazione dalla nostra giurisprudenza né di merito, né di legittimità, che, sebbene estremamente rara sull'art. 601 c.p., sembra ancora presupporre uno spostamento attraverso i confini di almeno due Stati⁷³⁸.

Astrattamente, come si è visto, un'ipotesi di tratta interna presenta una serie di elementi di contatto con la fattispecie di cui all'art. 603-*bis* c.p., tali da rendere molto ostico distinguere le due fattispecie.

In particolare, il citato rapporto dell'UNODC, come si è visto in apertura al presente lavoro, ricorda come il crimine di tratta di esseri umani non richieda l'attraversamento del confine internazionale, ma comprenda anche quelle condotte in cui le vittime sono sfruttate all'interno dello stesso paese⁷³⁹. La definizione di tratta, alla luce delle più recenti modalità con cui essa viene perpetrata, richiede un processo in tre fasi: un atto, che sembra consistere per lo più in un reclutamento, un mezzo che spesso è il semplice approfittamento della situazione di vulnerabilità, e il fine che è quello dello sfruttamento⁷⁴⁰.

Si tratta a ben vedere degli stessi elementi presenti nella fattispecie di cui all'art. 603-*bis* c.p. (n. 1) e dunque capaci di integrare, astrattamente, sia il reato di tratta di persone che quello di sfruttamento lavorativo. A questo proposito, appare interessante un altro rapporto dell'UNODC, che riporta i dati relativi alle persone trafficate in Italia tra il 2012 e il 2015⁷⁴¹, il quale afferma esplicitamente che la tratta di persone è attualmente criminalizzata in Italia attraverso i seguenti articoli del codice penale:

across at least one international border. The remaining victims are trafficked domestically; within national borders. Compared with previous Global Report editions, this represents an increase in detected domestic trafficking (from 34 per cent in 2010-2012 to 43 per cent in 2014). However, these results are most likely due to more detailed data provided by some national authorities, rather than a changing pattern».

⁷³⁸ Si veda in proposito: Cass. pen., sentenza 24.9.2010, n. 40045, in *Cass.Pen.*, 2012, p. 563 e T. Catania, sentenza 20.6.2016 (ud. 16.5.2016), reperibile al sito: http://www.dirittoitaliano.com/giurisprudenza/provvedimento_pdf.php?2801

⁷³⁹ UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons 2016*, cit., p. 41: «*There are also cases in which the recruitment and exploitation take place in the same location. For instance, victims may be recruited in a suburb to be exploited for street begging in the same city, or girls may be recruited in school for prostitution just around the corner*».

⁷⁴⁰ In quanto prescinde dall'attraverso dei confini questa ricostruzione del processo è molto diversa da quella considerata in letteratura che incentrata sull'idea di tratta come fenomeno transnazionale si veda AMBROSINI M., *Sociologia delle migrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2005, 261: «*Salt e Stein distinguono tre stadi del trafficking: la mobilitazione e il reclutamento dei migranti nei paesi di origine; il loro viaggio attraverso i confini fra gli Stati; l'inserimento nel mercato del lavoro e nelle società di destinazione*».

⁷⁴¹ UNODC, *Western and Central Europe*, 2016, reperibile al sito: http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/Glotip16_Country_profile_WC_Europe.pdf.

tratta di persone (art. 601), schiavitù (art. 600), acquisto e alienazione di schiavi (art. 602) e intermediazione illegale e sfruttamento lavorativo (art. 603-bis).

Un ulteriore elemento di stretta connessione tra le due fattispecie si rinviene, infine, nella Relazione della Commissione europea al Parlamento europeo e al Consiglio che valuta l'impatto sulla prevenzione della tratta di esseri umani della legislazione nazionale vigente che incrimina l'utilizzo di servizi che costituiscono oggetto dello sfruttamento legato alla tratta, in conformità all'articolo 23, par. 2, della direttiva 2011/36/UE⁷⁴². In tale relazione si legge che sebbene l'Italia non disponga di disposizioni esplicite che contemplino una forma di incriminazione limitata e selettiva dell'utilizzo di servizi di vittime di tratta di esseri umani, questo Stato

«segnala che l'intermediazione illecita e lo sfruttamento del lavoro in generale costituiscono reato ai sensi dell'articolo 603-bis del codice penale italiano».

Il Governo italiano ha, quindi, ritenuto che l'art. 603-bis c.p. rientrasse tra le misure previste dall'art. 18 (rubricato «Prevenzione»), par. 4, della direttiva 2011/36/UE, che come si è visto invita gli Stati a valutare la possibilità di adottare misure che dispongano costituisca reato la condotta di chi ricorre consapevolmente ai servizi (oggetto dello sfruttamento) prestati da una persona che è vittima di tratta. Le risposte del Governo italiano alla Commissione europea evidenziano un particolare legame tra le vittime di tratta di essere umani e il loro coinvolgimento nel circuito dello sfruttamento lavorativo in Italia non richiedendo, tuttavia, per la punibilità dell'intermediario e del datore di lavoro ai sensi dell'art. 603-bis c.p. la consapevolezza del fatto che la persona sia vittima di tratta. Il Governo sembra, pertanto, aver individuato nell'art. 603-bis c.p. la norma di prevenzione dei fenomeni di tratta a fini di sfruttamento lavorativo, ponendo chi fa ricorso ai servizi (lavorativi) delle vittime di quest'ultima, ponendola in condizioni di sfruttamento.

Il problema del confine tra l'art. 603-bis c.p. e l'art. 601 c.p. rimane, dunque, tuttora aperto e rimesso all'opera ermeneutica della giurisprudenza.

⁷⁴² COM (2016) 719 final, 2.12.2016, reperibile al sito: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2016/IT/COM-2016-719-F1-IT-MAIN.PDF>. Ai sensi dell'art. 23, par. 2, della Direttiva 2011/36/UE «entro il 6 aprile 2016, la Commissione presenta una relazione, corredata se del caso di proposte opportune, al Parlamento europeo e al Consiglio, che valuta l'impatto sulla prevenzione della tratta di esseri umani, della legislazione nazionale vigente che incrimina l'utilizzo di servizi che costituiscono oggetto dello sfruttamento legato alla tratta».

L'unica differenza tangibile tra le due norme è quella relativa alla cornice edittale entro la quale modulare il trattamento sanzionatorio: da uno a sei anni per il reato *ex art. 603-bis c.p.* (non aggravato) e da otto a venti per il reato di cui all'art. 601 c.p.

Tale differenza non è di poco conto e invita a riflettere sul *quid pluris* che deve caratterizzare il reato di tratta per essere integrato. A fronte, infatti, della protezione del medesimo bene giuridico, la tratta potrà ritenersi configurata qualora attenti alla dignità umana con condotte connotate da un maggior grado di offesa.

A parere di chi scrive, questa maggior gravità può essere unicamente rintracciata nell'effetto di decontestualizzazione sotteso al concetto di tratta. A livello interno, infatti, il nostro legislatore ha preferito mantenere due fattispecie che puniscono, in modi diversi, lo sfruttamento su un essere umano. Lo stesso non è avvenuto a livello internazionale, dove lo strumentario a disposizione è più limitato: salvo per quanto si è detto in ordine alla schiavitù e al lavoro forzato, il *trafficking* costituisce, oggi, grazie all'ampiezza della definizione inaugurata a Palermo nel 2000, l'ombrello più ampio sotto cui sussumere ogni forma di sfruttamento.

In premessa al primo capitolo, si è detto, che l'UNODC considera tratta di esseri umani, non solo quella interna, ma anche quella realizzata a prescindere da qualunque spostamento della vittima. Nel tempo, infatti, l'interpretazione evolutiva dell'UNODC ha consentito sostanzialmente di 'appiattare' la tratta sullo sfruttamento, riconoscendola anche laddove perpetrata dai familiari stessa della vittima.

Queste considerazioni appaiono, tuttavia, problematiche se le riportiamo su un piano interno. Qui, questa equiparazione non ha senso di esistere.

Se perciò si vuole dare senso al reato di tratta e giustificare quella, ormai, incomprensibile differenza di pena rispetto al reato di sfruttamento lavorativo, occorrerebbe recuperare l'elemento dello spostamento, non in un'accezione fisica, piuttosto intenedolo come *displacement*, nel senso di decontestualizzazione. Come si è accennato, tale concetto va inteso come l'effetto di isolamento culturale e sociale che provoca nelle vittime che lo subiscono: proprio il disorientamento dovuto alla mancanza di conoscenza della lingua, all'assenza di contatti, reti familiari o sociali, alla totale incomprensibilità di un nuovo contesto di cui non si conoscono le leggi, le abitudini, i costumi determina quella posizione di vulnerabilità richiamata dall'art. 601 c.p. (e dalla *definizione di trafficking*).

In conclusione, si potrebbe ritenere che il legislatore abbia voluto recepire la direttiva 2011/36/UE prevedendo due distinte fattispecie penali (l'art. 601 c.p. e l'art. 603-bis

c.p.), non sovrapposte tra loro, ma capaci di dar vita ad un sistema *gradatamente* repressivo della tratta di esseri umani. Si potrebbe, infatti, immaginare una sorta di *continuum* punitivo dello sfruttamento lavorativo che si estenda dalla fattispecie base dell'art. 603-*bis* c.p. (da uno a sei anni), passando per la fattispecie aggravata dell'art. 603-*bis*, co. 2, c.p. (da cinque a otto anni), fino ad arrivare a quella di tratta di cui all'art. 601 c.p. (da otto a venti anni). L'entità delle pene sono, peraltro, in linea con i livelli minimi edittali richiesti dalla direttiva 2011/36/UE⁷⁴³.

Ciò darebbe coerenza alla risposta del governo italiano, che annovera tra gli strumenti di prevenzione della tratta quello di cui all'art. 603-*bis* c.p.

7. Una nuova concezione di dignità

Nella ricognizione giuridica e casistica svolta, appare evidente la tensione tra dignità e libertà di cui si è detto in apertura al presente capitolo.

Come si è accennato, infatti, nel campo dei rapporti economici, il possibile contrasto tra dignità del lavoratore, da una parte, e libertà contrattuale e d'impresa del datore di lavoro, dall'altra, emerge chiaramente già nella Costituzione italiana.

Sia a livello internazionale, con la *Decent Work Agenda* lanciata dall'ILO nel 1990⁷⁴⁴, che a quello di Grande Europa, con la Carta Sociale Europea⁷⁴⁵, è stato ripetutamente affermato il diritto a condizioni di lavoro rispettose della dignità: ma l'idea che la dignità, e in particolare la dignità del lavoratore, sia un bene giuridico fondamentale, ancora prima che dai summenzionati documenti internazionali, si evince dalla lettura della nostra Carta costituzionale, e nello specifico dal Titolo III dedicato ai rapporti economici.

Come si è accennato, l'introduzione dell'art. 603-*bis* c.p., il legislatore sembra aver tenuto conto del fatto che la dignità del lavoratore assurge a bene giuridico da tutelare laddove, all'art. 36 Cost., è statuito che

⁷⁴³ Art. 4, Direttiva 2011/36/UE, cit.: «*Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché i reati di cui all'articolo 2 siano punibili con la reclusione della durata massima di almeno cinque anni*».

⁷⁴⁴ Nell'Agenda l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL) fissa come obiettivo degli Stati aderenti la promozione di «*opportunities for women and men to obtain decent and productive work, in conditions of freedom, equity, security and human dignity*».

⁷⁴⁵ All'art. 26 della Carta Sociale Europea, nella versione approvata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo nel 1996, si legge: «*Tutti i lavoratori hanno diritto alla dignità sul lavoro*».

«Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé e alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa»⁷⁴⁶.

Com'è stato osservato⁷⁴⁷, l'art. 36 della Costituzione mira a dare concretezza ad una nuova antropologia, già desumibile dall'art. 1 e dal suo riferimento al lavoro, che tende a fare del lavoratore la figura dell'*homo dignus* per eccellenza.

Non si deve, tuttavia, dimenticare che la dignità viene in rilievo anche come limite all'«iniziativa economica privata». L'art. 41 Cost., dopo aver affermato che questa è «libera», precisa, infatti, al secondo comma, che essa «Non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, *alla libertà, alla dignità umana*».

La dignità è quindi esplicitamente adottata non solo come parametro valutativo delle condizioni lavorative ma, anche e soprattutto, come criterio per stabilire i limiti imposti alla libertà contrattuale.

È a partire da questo dato che l'intervento del diritto penale appare non solo legittimo ma fondamentale, dato che lo sfruttamento sta assumendo dimensioni pervasive nella dinamica dei rapporti di lavoro che caratterizza l'attuale contesto economico-produttivo.

L'apparentemente libero scambio contrattuale tra datore di lavoro e lavoratore tende a normalizzare la percezione dello sfruttamento lavorativo e a considerare la dimensione patologica come relegata, al più, ad un piano etico o morale. L'intervento del diritto penale, anche nella sua dimensione simbolica, serve a ricordare, invece, che questo fenomeno va inserito tra le violazioni del diritto e dei diritti, senza farsi ingannare dall'apparente libera scelta dei lavoratori sfruttati.

Per proteggersi dalla irreggimentazione della percezione delle condizioni di lavoro che può provocare l'assuefazione all'ideologia liberale, come è stato sottolineato⁷⁴⁸,

⁷⁴⁶ Questa previsione appare più avanzata, più tecnicamente e teoricamente densa, di quella dell'art. 4 della già ricordata Carta Sociale Europea, dove si legge che «*Tutti i lavoratori hanno diritto ad un'equa retribuzione che assicuri a loro ed alle loro famiglie un livello di vita soddisfacente*». Merita, inoltre, di essere sottolineato, e ricordato quando si discuterà degli indici dello sfruttamento lavorativo previsti dall'art. 603-bis c.p., che i due successivi commi dell'art. 36 della Costituzione recitano: «*La durata massima della giornata lavorativa è stabilita dalla legge. Il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi*».

⁷⁴⁷ RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2015, p. 189.

⁷⁴⁸ SANTORO E., *Diritto e diritto: il diritto nell'era della globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 29 e ss.

vale la pena di riprendere la lucida analisi della libertà contrattuale fatta circa un secolo fa da Max Weber.

Weber contesta, in particolare, quella tendenza del liberalismo a presentare lo sviluppo della libertà contrattuale *«come una diminuzione di vincoli e un aumento di libertà individualistica»*. Egli ci ricorda che l'attribuzione dei *«diritti di libertà»* è operata per conferire all'individuo *«una determinata sfera di libertà»*. Attribuendo un diritto di libertà, l'ordinamento giuridico conferisce *«una fonte di potenza»* autonoma: il soggetto non si vede riconosciuto un potere che ha già, ma si vede attribuito un potere *«in virtù dell'esistenza del relativo principio giuridico»*. Un diritto di libertà attribuisce spesso un potere *«a chi senza di esso sarebbe del tutto impotente»*⁷⁴⁹. Da questa differenza consegue che quando un ordinamento giuridico riconosce un diritto di libertà si può valutare il suo effetto sulla libertà complessiva in un determinato contesto sociale⁷⁵⁰, mentre quando si ampliano gli spazi della libera contrattazione va valutato con attenzione, caso per caso,

*«se ciò abbia avuto in pratica il risultato di accrescere la libertà da parte dell'individuo di determinare le condizioni della propria esistenza, o se invece, nonostante ciò – o forse in parte a causa di ciò – si sia accentuata la tendenza verso una schematizzazione coercitiva dell'esistenza»*⁷⁵¹.

L'analisi di Weber evidenzia come sottrarre alla tutela penale e rimettere alla libera contrattazione sfere fondamentali della vita delle persone rischi concretamente di erodere sfere significative di libertà⁷⁵².

Non è casuale, peraltro, che all'origine di queste riflessioni stiano le drammatiche condizioni dei lavoratori dell'inizio del Novecento. È a partire da queste che il sociologo tedesco sottolinea che la libertà di contrarre lascia sempre

⁷⁴⁹ WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, tr. it., Milano, 1995, vol. III, p. 18.

⁷⁵⁰ Naturalmente non si può sostenere che ogni riconoscimento di un diritto di libertà implichi un aumento della libertà complessiva in quel contesto, perché a fronte di questo diritto vengono a nascere doveri in altri soggetti.

⁷⁵¹ Ivi, p. 85.

⁷⁵² Ivi, p. 86: *«la crescente importanza della “libertà contrattuale”, e specialmente dei principi di autorizzazione – per le quali tutto è rimesso alla “libera” stipulazione – comporta certamente una riduzione della sfera della coercizione minacciata da norme di comando e di proibizione. Ma questa diminuzione formale della coercizione giova evidentemente solo a coloro i quali sono economicamente in grado di far uso di quelle autorizzazioni. Quanto essa accresca la misura totale di libertà nell'ambito di una data comunità giuridica dipende totalmente dall'ordinamento economico concreto»*.

«la possibilità per il più potente sul mercato – (...) normalmente, l'imprenditore – di fissare a suo arbitrio (...) le condizioni e di offrirle al lavoratore in cerca di lavoro perché questo le accetti o le rifiuti; il che – data la normale maggiore urgenza economica del bisogno di lavoro per chi cerca lavoro – si traduce in un'imposizione unilaterale». Le reali condizioni dei lavoratori lo convincono che «il diritto formale di un lavoratore di concludere un contratto di qualsiasi contenuto con qualsiasi imprenditore non implica praticamente che il lavoratore in cerca di occupazione abbia la minima libertà di determinare le proprie condizioni di lavoro»⁷⁵³.

La sfera lasciata alla libera contrattazione consente la possibilità di dispiegare tutti i suoi perversi effetti al «principio *coactus voluit*», rimettendo al 'libero' arbitrio degli interessati la decisione «*di assoggettarsi o no alle condizioni del soggetto economicamente più forte in virtù del suo possesso garantito dal diritto*»⁷⁵⁴.

Come è stato rilevato⁷⁵⁵, solo quando al potere di autodeterminazione di una persona si accompagna il dovere che incombe su chi deve costruire le condizioni necessarie perché le decisioni di ogni persona possano essere prese in condizioni di libertà e responsabilità, la vita degna di essere vissuta è quella che la persona costruisce come tale.

Se non si può svuotare il concetto di dignità della dimensione della scelta, allo stesso tempo non si può privarlo di ogni normatività, altrimenti non si potrà impedire che, *coactus voluit*, un lavoratore si veda costretto ad accettare qualsiasi condizione di lavoro gli sia offerta, a prescindere dall'umiliazione, dalla marginalizzazione e dallo sfruttamento che ne comporta.

La dimensione normativa della dignità non deve però essere rivolta al soggetto chiamato ad autodeterminarsi, ma a chi deve costruire le condizioni nelle quali la sua scelta deve essere compiuta. Sono quelle condizioni che devono essere tali da consentire di scegliere una vita che collettivamente riteniamo dignitosa. Solo laddove la scelta di sottoporsi a determinate condizioni lavorative possa dirsi libera ed effettiva, non vi sarà contrasto con la dignità personale. Al contrario, dovrà ritenersi sussistente la sua lesione quando lo sfruttamento lavorativo diventa la sola scelta praticabile a fronte di un'alternativa ben peggiore.

⁷⁵³ Weber aggiunge che «a ciò fa ostacolo anzitutto la differenziazione dell'effettiva distribuzione del possesso, garantita dal diritto».

⁷⁵⁴ WEBER M., *op. cit.*, p. 86.

⁷⁵⁵ RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, cit., p. 209.

Gli interpreti devono dunque tener presente che, nel contesto di un'efficace azione di repressione penale, la protezione delle vittime dello sfruttamento lavorativo assume una rilevanza centrale. Offrire un'alternativa accettabile allo sfruttamento lavorativo è il modo di garantire la scelta e dunque restituire la dignità. L'individuazione e la repressione dello sfruttamento non possono andare disgiunti dal problema della fuoriuscita dal circuito dello sfruttamento: solo laddove si tenga conto della necessità di offrire una reale alternativa su come affrontare la propria vita si tutela il lavoratore. La dignità si tutela non imponendo una scelta di vita, ma offrendo una protezione che, oltre alla sanzione dello sfruttatore, conceda una possibilità di scelta che rappresenti un'alternativa di vita effettivamente migliore, appetibile e dignitosa⁷⁵⁶.

8. L'art. 18 T.U.I. come strumento di neutralizzazione della vulnerabilità

Se offrire una possibilità di scelta è ciò che restituisce la dignità, tale bene giuridico si protegge non privando il soggetto della propria libertà di scelta, ma facendo sì che la sua scelta non avvenga in condizioni di vulnerabilità.

Per comprendere che cosa significhi effettuare una scelta in condizioni di vulnerabilità può essere utile richiamare quando detto nel precedente capitolo con riferimento alle donne rumene sfruttate nella fascia trasformata del ragusano, costrette a scegliere tra partire rinunciando a crescere i propri figli o consentire loro, con le rimesse mandate in patria, di poter studiare e vivere dignitosamente.

In questa direzione sembra andare la legge n. 199/2016, che prevedendo l'arresto obbligatorio in flagranza per il reato di cui all'art. 603-*bis* c.p., qualora questo sia commesso mediante violenza o minaccia, consente ora di applicare alle vittime del reato in questione l'art. 18 del d.lgs. n. 286/1998 (T.U.I.)⁷⁵⁷, il quale dà accesso ad un percorso di inserimento socio-assistenziale particolarmente favorevole.

⁷⁵⁶ Per un'approfondita analisi del qui proposto bilanciamento tra dignità e libertà mediante un avveduto utilizzo dell'art. 18 del Testo Unico Immigrazione a protezione delle vittime di sfruttamento lavorativo, si rinvia a: SANTORO E. e GENOVESE D., *L'art. 18 (t.u. immigrazione) e il contrasto dello sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, cit., pp. 543 e ss.

⁷⁵⁷ L'art. 603-*bis*, co. 2, c.p. è stato inserito tra i reati previsti dell'art. 380 c.p.p., l'essere vittima dei quali è richiamato dall'art. 18 del d.lgs. n. 286/1998 tra i presupposti per la concessione di un permesso per motivi di protezione sociale.

L'art. 18 T.U.I. – come si è visto – consente al questore, anche su proposta del Procuratore della Repubblica, o con il parere favorevole della stessa autorità, di rilasciare uno speciale permesso di soggiorno 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 c.p.p., 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.

L'art. 18 T.U.I. è, inoltre, applicabile non solo a tutti i lavoratori stranieri sfruttati, regolari o irregolari, ma anche, per effetto del co. 6-*bis* dell'art. 18 T.U.I., ai cittadini degli Stati membri dell'Unione europea. L'ampliamento del novero dei destinatari di tale forma di protezione ai cittadini UE apre evidentemente anche ai cittadini italiani, in quanto cittadini dell'Unione europea, la possibilità di usufruire di questo percorso⁷⁵⁸. Soprattutto sposta il baricentro del contenuto della protezione. Per i cittadini non comunitari, il permesso di soggiorno è un elemento centrale di protezione, è il certificato di esistenza sociale, per parafrasare un famoso titolo di Alessandro Dal Lago⁷⁵⁹, che segna il passaggio da «non persone» a persone. Per i cittadini comunitari e, a maggior ragione, per quelli italiani, invece, il permesso di soggiorno non serve: ciò che serve per rispettare la loro dignità è una protezione sociale che consenta loro di decidere liberamente quale vita vogliano vivere.

Il programma previsto dall'art. 18 T.U.I. consta, in effetti, di una vera e propria presa in carico del soggetto sfruttato da parte dell'ente locale o dai soggetti privati convenzionati. Essa consente l'accesso ai servizi assistenziali e allo studio, nonché l'iscrizione nelle liste di collocamento, lo svolgimento di lavoro subordinato e può essere convertito in permesso per motivi di studio o lavoro.

La protezione sociale prevista dall'art. 18 T.U.I. rappresenta, allora, uno strumento essenziale per elidere la posizione di vulnerabilità – la situazione, cioè, come si vedrà,

⁷⁵⁸ Sebbene, infatti, i cittadini italiani o di un altro Stato membro dell'UE non necessitino sicuramente di un permesso di soggiorno, potrebbero beneficiare del programma di assistenza e integrazione sociale previsto dall'art. 18 T.U.I.

⁷⁵⁹ DAL LAGO A., *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 1999.

in cui la persona si trova priva di alternative esistenziali realmente praticabili – e dunque lo sfruttamento.

All'epoca della sua introduzione, si sostenne che l'art. 18 T.U.I., mediante il rilascio di un permesso di soggiorno, aveva la capacità di rimuovere la condizione di irregolarità, che secondo la concezione del tempo, costituiva il più forte elemento di vulnerabilità della persona straniera⁷⁶⁰.

A fronte di un mutato contesto sociale, la vulnerabilità non è più (solo) la condizione di irregolarità. Ciò che rimuove la vulnerabilità non è il rilascio del permesso di soggiorno ma la protezione sociale.

Seguendo tale ragionamento, la rimozione della situazione di sfruttamento lavorativo deve passare necessariamente dalla protezione sociale della vittima.

L'art. 18 T.U.I. e la protezione sociale da esso offerto costituiscono, infatti, lo strumento attraverso cui è possibile ri-attribuire alla persona la possibilità di effettuare una scelta, in condizioni di *non-vulnerabilità*. Riconoscere questo spazio di protezione in cui autodeterminarsi rispetto alle condizioni cui sottoporre la propria prestazione lavorativa appare il miglior modo possibile per tutelare quel bene della dignità umana di cui si è detto, senza ledere al contempo la libertà dell'individuo che effettua tale scelta.

Sul fronte della repressione penale, la protezione sociale offerta dall'art. 18 T.U.I. non rappresenta un *vulnus* agli interessi statali nel perseguire gli autore dei reati, anzi sembra potenziare gli strumenti degli inquirenti. Come già rilevato, quando la norma aveva solo pochi anni di vita:

«(...) le vittime sono più propense a collaborare con le forze di polizia e con la magistratura quando sono assistite e protette, quando ci si preoccupa di fornire loro un alloggio, l'assistenza medica e psicologica, un permesso di soggiorno, una consulenza legale e la possibilità di essere adeguatamente rappresentate nel caso siano coinvolte in procedimenti legali. Generalmente, la testimonianza delle vittime di azioni di trafficking è utile alle indagini; nella maggior parte dei casi porta alla condanna dei colpevoli»⁷⁶¹.

⁷⁶⁰ VIRGILIO M., *Lavori in corso nei dintorni dell'Immigrazione: art. 18 e leggi in tema di traffico di esseri umani e prostituzione*, cit. p. 32.

⁷⁶¹ GIAMMARINARO M.G., *Trafficking in Women and Girls*, delivered at UN Expert Group Meeting on Trafficking in Women and Girls, 18-22 November, New York, p. 4.

Considerate tutte le premesse finora svolte, emerge la necessità di uno standard per definire quali condizioni lavorative ledono la dignità umana e, dunque, danno vita ad uno sfruttamento lavorativo. In effetti è principalmente dalle condizioni di lavoro accettate che possiamo evincere l'assenza di un'effettiva libertà di scelta per chi si sottopone allo sfruttamento e dunque la posizione di vulnerabilità.

A quali condizioni riteniamo inaccettabile che una persona sia «costretta a sottoporsi volontariamente»?

Nel momento in cui lo sfruttamento lavorativo sembra assumere le dimensioni di un fenomeno strutturale, sistemico e connaturato sempre più frequentemente a rapporti di lavoro di ogni genere, lo stesso diventa un concetto sfuggente e il problema principale diviene di carattere definitorio. Cosa si intende per sfruttamento lavorativo? Quanto le concrete condizioni di lavoro accettate dipendono dalla mancanza di alternative esistenziali del lavoratore?

La vulnerabilità e lo sfruttamento lavorativo appaiono, in effetti, come due fili di una spirale ermeneutica, dove la sfida dell'interprete diviene quella di costruire un sistema gradato di tutela della dignità umana, mediante il ricorso agli artt. 601 e 603-*bis* c.p.

BIBLIOGRAFIA

- ABRAMSON K., *Beyond Consent, Towards Safeguarding Human Rights: Implementing the United Nations Trafficking Protocol*, in *Harvard International Law Journal*, 2003, 44.
- ALLAIN J., *The Definition of "Slavery" in General International law and the Crime of Enslavement within the Rome Statute*, discorso tenuto all'interno di una serie di conferenze degli ospiti dell'Ufficio del Procuratore della Corte penale internazionale, 26 aprile 2007.
- ALLAIN J., *Book review: Silvia Scarpa, Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, in *European Journal of International Law*, 2008, 20.
- ALLAIN J., *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Conventions*, Martius nijhoff, Leiden, 2008.
- ALLAIN J., *The Queen v. Tang: Clarifying the Definition of 'Slavery' in International Law*, in *Melbourne Journal of International Law*, 2009, 10, reperibile sul sito: https://www.researchgate.net/publication/286456369_The_Queen_v_Tang_Clarifying_the_Definition_of_'Slavery'_in_International_Law.
- ALLAIN J., *Rantsev v. Cyprus and Russia. The European Court of Human Rights and Trafficking as Slavery*, in *Human Rights Law Review*, 2010, 10, 3.
- ALLAIN J., *The Legal Understanding of Slavery. From the Historical to the Contemporary*, Oxford, Oxford University Press, 2012.
- ALLAIN J. e HICKEY R., *Property and the definition of Slavery*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2012, 61(4).
- ALLAIN J., *Slavery in International Law of Human Exploitation and Trafficking*, Martin Nijhoff Publishers, Leiden, 2013.
- AMBROSINI M., *Sociologia delle migrazioni*, Il Mulino, Bologna, 2005.
- AMBROSINI M., *Perché e come gli immigrati continuano a lavorare in Italia*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, 2017, 1.

ANNONI A., *La tratta di donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Deportate, esuli, profughe*, 2011, 16.

ARLACCHI P., *Schiavi. Il nuovo traffico di esseri umani*, Rizzoli, Milano, 1999.

ARONOWITZ A. A., *Smuggling and Trafficking in human beings: the phenomenon, the markets that drive it and the organisations that promote it*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2001, 9(2).

ASTA G., *The Chowdury Case before the European Court of Human Rights: A Shy Landmark Judgment on Forced Labour and Human Trafficking*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2018, 8.

BAIMA BOLLONE L., *Disposizioni contro le immigrazioni clandestine*, in AA. VV., *Il nuovo diritto dell'immigrazione*, Ipsoa, Milano, 2003.

BALES K., *Disposable People: New Slavery in the Global Economy*, University of California Press, Berkeley, 1999, trad. it., BALES K., *I nuovi Schiavi. La Merce umana nell'economia globale*, Feltrinelli, Milano, 2000.

BALES K. e TRODD, Z., *Addressing Contemporary Forms of Slavery in EU External Policy*, European Parliament, Brussels, 2013.

BECUCCI S., *La criminalità cinese in Italia*, in *Quaderni di Sociologia*, 2011, 57.

BELLUCCIO D. e MINNITI L., *La tutela processuale delle donne vittime di tratta*, in *Questione Giustizia on-line*, pubblicato il 12.2.2019, reperibile sul sito: <http://questionegiustizia.it/articolo/la-tutela-processuale-delle-donne-vittime-di-tratta-12-02-2019.php>.

BENASSI P., *Alcune note in tema di plagio*, in *Indice penale*, 1979.

BEZZI C., *Romania: lo stigma sulle madri migranti*, in *Osservatorio Balcani e Caucaso*, 2014, reperibile sul sito: <https://www.balcanicaucaso.org/aree/Romania/Romania-lo-stigma-sulle-madri-migranti-147542>

BHABHA J., *Lone Travelers: Rights, Criminalization and the Transnational Migration of Unaccompanied Children*, in *University of Chicago Law School Roundtable*, 2000, 7.

BIN R., *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Giuffrè, Milano, 1992.

- BINDMAN J. E. DOEZEMA J., *Redefining Prostitution as Sex Work on the International Agenda*, in *Anti-Slavery International and NSWP*, 1997.
- BRACCI F., *Oltre il distretto. Prato e l'immigrazione cinese*, Aracne, Ariccia, 2016.
- BRASIELLO T., *Personalità individuale*, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XI, Torino, 1939.
- BRHANE M.O., *Trafficking in Persons for Ransom and the Need to Expand the Interpretation of Article 3 of the UN Trafficking Protocol*, in *Anti-Trafficking Review*, 2015, 4, reperibile sul sito www.antitraffickingreview.org.
- BRICCHETTI R. e PISTORELLI L., "Caporalato": per il nuovo reato pene fino a otto anni, in *Guida al Diritto*, 2011, 35.
- BRIGNONE C., *Aspetti della dignità umana nell'orizzonte del diritto penale*, in www.penalecontemporaneo.it, pubblicato il 20.12.2011.
- BROLAN C., *An Analysis of the Human Smuggling Trade and the Protocol Against The Smuggling of Migrants By Land, Air and Sea (2000) from a Refugee Protection Perspective*, in *International Journal of Refugee Law*, 2002, 14.
- BRUCHE E., *Models Wanted: The Search for an Effective Response to Human Trafficking*, in *Stanford Journal of International Law*, 2004, 1.
- BRUNOSKIS A. e SURTEES R., *Vulnerability and exploitation along the Balkans route: Identifying victims of human trafficking in Serbia*, FAFO, Nexus, Atina & CYI, Oslo, 2017, reperibile sul sito: <http://apmigration.ilo.org/resources/vulnerability-and-exploitationalong-the-Balkans-route-identifying-victims-of-human-trafficking-in-serbia>
- BUCKLAND B.S., *Human Trafficking & Smuggling: Crossover & Overlap*, in FRIESENDORF C. (a cura di), *Strategies Against Human Trafficking: The Role of the Security Sector*, 2009, 132.
- BUFFA F., GADALETA L. e RIVERSO R., *Sfruttamento lavorativo*, Key Editore, Vicalvi, 2017.
- CAMPANA C. e VARESE F., *Exploitation in Human Trafficking and Smuggling*, in *European Journal on Criminal Policy and Research*, 2015, 22.

CALLAIOLI A., *Art. 2 - Modifica dell'articolo 601 del codice penale. L. 11.8.2003 - Misure contro la tratta di persone (Commenti articolo per articolo)*, in *Legislazione penale*, 2014, 4.

CAMPESI G., DINES N., RIGO E., *A proposito delle inchieste sulle condizioni detentive dei Centri di accoglienza in Italia. Il giorno in cui l'Italia ha scoperto i suoi «ghetti di Stato»*, pubblicato il 29.9.2016, liberamente consultabile sul sito: www.rivistaimulino.it

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

CARCHEDI F., MOTTURA G., PUGLIESE E., *Il lavoro servile e le nuove schiavitù*, Franco Angeli, Milano, 2003.

CARLING J., GALLAGHER A. e HORDWOOD C., *Beyond Definitions. Global migrants and the smuggling-trafficking nexus*, Regional Mixed Migration Secretariat, Discussion Paper n. 2, 2015.

CASADONTE A., *Profili penalistici*, in NASCIMBENE B. (a cura di), *Diritto degli stranieri*, Cedam, Padova, 2004.

CECCAGNO A., *The Economic Crisis and the Restrictions on Imports: The Chinese in Italy at a Crossroads*, in THUNØ M. (a cura di), *Beyond Chinatown: Contemporary Chinese Migrants and China's Global Expansion*, Nias Press, Copenhagen, 2007.

CECCAGNO A. e RASTRELLI R., *Ombre cinesi? Dinamiche migratorie della diaspora cinese in Italia*, Carrocci Editore, Roma, 2008.

CECCAGNO A., *Nuovi scenari della moda a Prato: le ditte finali cinesi nell'era della moda istantanea*, in JOHANSON G., SMITH R., FRENCH R. (a cura di), *Oltre ogni muro*, Pacini, Pisa, 2010.

CECCAGNO A., *L'etnicizzazione della forza lavoro nella moda italiana*, in CHIGNOLA S. e SACCHETTO D. (a cura di), *Le reti del valore. Migrazioni, produzione e governo della crisi*, DeriveApprodi, Roma, 2017.

CERASE M., *Riformata la disciplina dell'immigrazione: le novità della "Legge Bossi-Fini" – Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2002, 11.

CHAUDARY S., *Trafficking in Europe: an Analysis of the Effectiveness of European Law*, in *Michigan Journal of International Law*, 2011-2012, 77.

CHIAROMONTE W., «Cercavamo braccia, sono arrivati uomini». *Il lavoro dei migranti in agricoltura fra sfruttamento e istanze di tutela*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, 2.

CHUANG J., *Exploitation Creep and the Unmaking of Human Trafficking Law*, in *American Journal of International Law*, 2014, 108.

CHUANG J., *The Challenges and Perils of Reframing Trafficking as 'Modern-Day Slavery'*, in *Anti-Trafficking Review*, 2015, 5, reperibile sul sito: www.antitraffickingreview.org.

CIAMPA G., *Il delitto di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù*, Jovene editore, Napoli, 2008.

CISTERNA A., *Prova semplificata con applicazione in tutti i settori*, in *Guida al Diritto*, 2016, 48.

COCCHI A., *Il reato di maltrattamenti ex art. 572 c.p. ai danni del lavoratore: panoramica di un'applicazione giurisprudenziale dalle origini recenti*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2012, 6.

COLLOCA C e CORRADO A., *La globalizzazione delle campagne. Migranti e società rurali nel Sud Italia*, FrancoAngeli, Milano, 2013.

CONTI L., voce *Estorsione*, in *Enciclopedia del Diritto*, XV, Milano, 1966.

CONZO G. e DE MARCO M., *Riduzione in schiavitù e tratta degli esseri umani*, in BARGI A. (a cura di), *Il "doppio binario" nell'accertamento dei fatti di mafia*, Giappichelli, Torino, 2013.

COPPI V., *Maltrattamenti in famiglia*, Pubblicazione della Facoltà di Giurisprudenza di Perugia 1979.

CORCIONE E., *Nuove forme di schiavitù al vaglio della Corte europea dei diritti umani: lo sfruttamento dei braccianti nel caso Chowdury*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2017, 2.

COVIELLO A., *Lo stato di soggezione: dal plagio alla riduzione in schiavitù*, Nota a Cass. sez. V, 27.9.2013, n. 8370, in *Rivista di Polizia*, 2015, 8-9.

- DAL LAGO A., *Non persone. L'esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 1999.
- DAVID F. e GALLAGHER A., *The international Law of migrant smuggling*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014.
- DAVIDSON J.O'C., *New Slavery, Old Binaries: Human Trafficking and the Borders of Freedom*, in *Global Networks*, 2010, 2.
- DE CASADEVANTE ROMANI C. F., *International Law of Victims*, in *Max Plack Yearbook of United Nations Law*, 2010, 14.
- DE MARTINO C., LOTIZIO M. e SCHIUMA D., *Immigrazione, caporalato e lavoro in agricoltura*, in *Lavoro e diritto*, 2016, 2.
- DI MARTINO A., *Servi sunt, immo homines, Schiavitù e condizione analoga nell'interpretazione di una corte di merito*, in *Foro Italiano*, 1994, 2.
- DI MARTINO A., *Tipicità di contesto a proposito dei c.d. indici di sfruttamento nell'art. 603-bis c.p.*, in *Archivio Penale*, 2018, 3.
- DI MARTINO A., *Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù. Contenuti e metodi tra diritto nazionale e orizzonti internazionali*, in *Archivio penale*, 2019, in corso di pubblicazione.
- DITMORE M. e WIJERS M., *The Negotiations on the UN Protocol on Trafficking in Persons. Moving the focus from morality to actual conditions*, in *Nemesis*, 2003.
- DON HERZOG, *Happy Slaves: A Critique of Consent Theory*, Chicago University Press, Chicago, 1989.
- DOTTRIDGE M., *Eight reasons why we shouldn't use the term modern slavery*, Open Democracy, 2017.
- FEDERICI M.A., *Sugli elementi costitutivi del delitto di riduzione in schiavitù*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2013, 11.
- FERLUGA G., *Il processo Braibanti, Zamorani*, Torino, 2003.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza (X ed.), Bari, 2011.

FERRANTI D., *La legge n. 199/2016: disposizioni penali in materia di caporalato e sfruttamento del lavoro nell'ottica del legislatore*, in www.dirittopenalecontemporaneo.it, pubblicato il 15.11.2016.

FERRARI R., *Donne, migrazioni, confini*, in MEZZADRA S. e RICCIARDI M. (a cura di), *Movimenti indisciplinati Migrazioni, migranti e discipline scientifiche*, Ombre Corte, Verona, 2013.

FIANDACA G., *Considerazioni intorno a bioetica e diritto penale, tra laicità e 'post-secolarismo'*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 2-3.

FIANDACA G., *Sul bene giuridico: un consuntivo critico*, Giappichelli, Torino, 2017.

FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte speciale. I delitti contro la persona*⁴, Zanichelli, Bologna, 2013.

FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*⁶, Zanichelli, Bologna, 2014.

FIANDACA G. e MUSCO E., *Diritto penale. Parte Speciale. I delitti contro il patrimonio*⁶, Zanichelli, Bologna, 2014.

FIORE C., voce *Ordine pubblico (dir. pen.)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXX, Giuffrè, Milano, 1980.

FIORE S., *(Dignità degli) Uomini e (punizione dei) Caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in AA. VV., *Scritti in onore di Alfonso Stile*, Napoli, 2014.

FIORE S., *La nuova disciplina penale dell'intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro, tra innovazioni ed insuperabili limiti*, in *Diritto agroalimentare*, 2017, 2.

FILCK G. M., *La tutela della personalità nel delitto di plagio*, Giuffrè, Milano, 1972.

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

GABOARDI A., *La riforma della normativa in materia di "caporalato" e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in www.legislazionepenale.eu, pubblicato il 3.4.2017

GALLAGHER A., *Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analyses*, in *Human Rights Quarterly*, 2001, 23.

GALLAGHER A., *Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking*, in *European Journal of Migration and Law*, 2006, 8.

GALLAGHER A.T., *Using International Human Rights Law to Better Protect Victims of Trafficking: The Prohibitions on Slavery, Servitude, Forced Labour and Debt Bondage*, in SADAT L. e SCHARF M.P. (a cura di), *The Theory and Practice of Internazionale Criminal Law: Essays in Honour of M. Cherif Bassiouni*, 2008, 397.

GALLAGHER A., *Human Rights and Human Trafficking: Quagmire or Firm Ground - A Response to James Hathaway*, in *Virginia Journal of International Law*, 2009, 49(4).

GALLAGHER A. T., *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.

GALLAGHER A. T., *The right to an effective remedy for victims of trafficking in persons: A Survey of International Law and Policy*, Paper submitted for the expert consultation convened by the UN Speciale Rapporteur on Trafficking in Persons, especially women and children, Ms Joy Ngozi Ezeilo on: “*The right to an effective remedy trafficked persons*”, Bratislava, Slovakia, 22-23 November 2010.

GALLAGHER A., *Two Cheers for the Trafficking Protocol*, in *Anti-Trafficking Review*, 2015, 4, pp. 19-20, reperibile sul sito: www.antitraffickingreview.org.

GALLAGHER A. e EZEILO J.N., *The UN Special Rapporteur on Trafficking: A Turbulent Decade in Review*, in *Human Rights Quarterly*, 2015, 37.

GALLAGHER A.T., Mc ADAM M., *The Abuse of the Position of Vulnerability within the Definition of Trafficking Persons*, in PIOTROWICZ R., RIJKEN C., Uhl B.H. (eds.), *Routledge Handbook of Human Trafficking*, Routledge, 2018, p. 187, reperibile sul sito: https://works.bepress.com/anne_gallagher/69/.

GARGANI A., *Commento all'art. 4, l. 11.8.2003, n. 228*, in *Legislazione penale*, 2004, 4.

GAMBINO F., *Migranti nella tempesta. Avvistamenti per l'inizio del nuovo millennio*, Ombre Corte, Verona, 2003.

GENOVESE D., *La direttiva europea sulla tratta di esseri umani. Problematiche applicative nell'ordinamento italiano*, in *L'altro diritto Rivista*, 2015, reperibile sul sito: <http://www.adir.unifi.it/rivista/2015/genovese/index.htm>.

GENOVESE D., *Le sliding doors dell'accoglienza*, in *Questione Giustizia on-line*, pubblicato il 17.11.2017, reperibile sul sito: <http://www.questionegiustizia.it/articolo/le-sliding-doors-dell-accoglienza-17-11-2017.php>.

GENOVESE D., *La tutela delle vittime di tratta di fronte alla Sezione specializzata in materia di protezione internazionale di Firenze*, in *Questione Giustizia on-line*, pubblicato il 4.5.2018, reperibile sul sito: http://questionegiustizia.it/articolo/la-tutela-delle-vittime-di-tratta-di-fronte-alla-s_04-05-2018.php.

GENOVESE D., *Violenza di genere e protezione internazionale. Note a margine di un recente orientamento della Corte di Cassazione*, in *Questione Giustizia on-line*, pubblicato il 5.2.2018, reperibile sul sito: http://www.questionegiustizia.it/articolo/violenza-di-genere-e-protezione-internazionale-not_05-02-2018.php.

GENOVESE D. e SANTORO E., *L'art. 18 (T.U. Immigrazione) e il contrasto dello sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, 3.

GIAMMARINARO M.G., *Il permesso di soggiorno per motivi di protezione sociale previsto dall'art. 18 del T.U. sull'Immigrazione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 1999, 4.

GIAMMARINARO M.G., *L'innovazione, le prospettive e i limiti dell'art. 18 del D.lgs. n. 286/98*, in Associazione On the Road (a cura di), *Prostituzione e tratta. Manuale di intervento sociale*, FrancoAngeli, Milano, 2003.

GIAMMARINARO M.G., *La direttiva 2011/36/UE sulla prevenzione e repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2012, 4.

GIAMMARINARO M.G., *Verso una nuova strategia contro la tratta e lo sfruttamento*, in E. NOCIFORA (a cura di), *Quasi schiavi: paraschiavismo e super-sfruttamento nel mercato del lavoro del 21° secolo*, Santarcangelo Romagna, Maggioli, 2014.

GIAMMARINARO M.G., *L'individuazione precoce delle vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti*, in *Questione Giustizia on-line*, 2018, 2, p. 130, reperibile sul sito: http://questionegiustizia.it/rivista/pdf/QG_2018-2.pdf.

GIULIANI A., *I reati in materia di "caporalato", intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, Padova University Press, Padova, 2015.

GIULIANI A., *Profili di (Ir)responsabilità da reato delle persone giuridiche rispetto ai fatti di c.d. "caporalato"*, in *Bocconi Legal Papers*, 2015, 6.

GOISIS L., *L'immigrazione clandestina e il delitto di tratta di esseri umani. Smuggling of migrants e trafficking in persons: la disciplina italiana*, www.dirittopenalecontemporaneo.it, pubblicato 18.11.2016.

GORI F., *La nuova legge sul grave sfruttamento lavorativo nell'ambito della normativa di contrasto al lavoro sommerso*, ADAPT University Press, 2017, reperibile al sito: www.bollettinoadapt.it.

GUILD E. e VAN SELM J. (a cura di), *International migration and security: opportunity and challenges*, Taylor & Francis Ltd, London, 2005.

GUTTERIDGE J. A. C., *Supplementary Slavery Convention 1956*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1957, 6.

HABERMAS J., *Il futuro della natura umana. I rischi di una genetica liberale*, Einaudi, Torino, 2002.

HASSEMER W., *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 2005.

HATHAWAY J.C., *The Human Rights Quagmire of Human Trafficking*, in *Virginia Journal of International Law*, 2008 (49), 1.

IOM, *Glossary on Migration. International Migration Law*, Seconda edizione, 2011.

IRWIN M.A., *White Slavery' as Metaphor: Anatomy of a Moral Panic*, in *Ex-Post Facto: the History Journal*, 1996, 5.

JANNARELLI A., *Osservazioni preliminari per una definizione giuridica delle forme contemporanee della schiavitù*, in *Rivista di diritto privato*, 2014, 3.

JANSSON D. B., *Modern Slavery. A comparative Study of the Definition of Trafficking in Persons*, Brill Nijhoff, Leiden, 2015.

JONES S.V., *Human Trafficking Victim Identification: Should Consent Matter?*, in *Indiana Law Review*, 2012, 45.

KING S., *Human Trafficking: Addressing the International Criminal Industry in the Backyard*, in *University of Miami International and Comparative Law Review*, 2007-2008, 15.

KITTAY E.F., *The Global Heart Transplant and Caring across National Boundaries*, in *Southern Journal of Philosophy*, 2008, 46 (Supplement).

KITTAY E.F., *Il danno morale del lavoro di cura migrante: per un diritto globale alla cura*, 2009, testo reperibile sul sito: www.sifp.it.

KOTISWARAN P., *Revisiting the law and governance of trafficking, forced labor and modern slavery*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.

KRIEG S., *Trafficking in Human Beings: The EU Approach between Border Control, Law Enforcement and Human Rights*, in *European Law Journal*, 2009, 15(6).

LANZA E., *La repressione penale dell'immigrazione clandestina*, ottobre 2001, reperibile sul sito: <https://www.diritto.it/articoli/penale/lanza.html>.

LENZERINI F., *L'evoluzione contemporanea del concetto di schiavitù nel diritto internazionale consuetudinario*, in *Studi senesi*, 2000.

LENZERINI F., *Suppressing Slavery Under Customary International Law*, in *The Italian Yearbook of International Law Online*, 2000, 10.

LENZERINI F., *La definizione internazionale di schiavitù secondo il Tribunale per la Ex-Iugoslavia: un caso di osmosi tra consuetudine e norme convenzionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, 4.

LEOGRANDE A., *La rivolta di Nardò*, in *Minima & Moralia*, pubblicato il 4.11.2011, reperibile al sito: <http://www.minimaetmoralia.it/wp/la-rivolta-di-nardo/>.

LEOGRANDE A., *Uomini e caporali. Viaggio tra i nuovi schiavi nelle campagne del Sud*, Feltrinelli, Universale Economica (I ed.), Milano, 2016.

MADEO A., *Il D.lgs 04/03/2014, 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, 10.

MAIONLINI R., *Tra ferita e cura. Per una riflessione sulla vulnerabilità dell'esistenza umana alla luce del pensiero occidentale*, in AA. VV., *Vulnerabilità*, Edizioni Messaggero, collana *Credere Oggi*, Padova 2017.

MANCINI D., *La tutela del grave sfruttamento lavorativo ed il nuovo articolo 603-bis c.p.*, pubblicato il 26.9.2011, consultabile sul sito: www.altalex.com.

MANCINI D., *Il contrasto penale allo sfruttamento lavorativo: dalle origini al nuovo art. 603-bis c.p.*, pubblicato il 26.5.2017, consultabile sul sito: www.altalex.it.

MANCINI D., *Contrasto penale allo sfruttamento lavorativo: dalla "Legge 30" alla Legge n. 199/2016*, in *Agromafie e Caporalato*, Osservatorio Placido Rizzotto (a cura di), FLAI CGIL, Quarto rapporto, 2018,

MANIACI G., *I contratti di schiavitù e il lato oscuro dell'antipaternalismo*, in *Diritto & Questioni pubbliche*, 2013, 13.

MANTOVANI F., *Diritto penale, Parte generale*⁷, Cedam, Padova, 2013.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*⁹, Cedam, Padova, 2015.

MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte speciale*⁶, Cedam, Padova, 2016.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano. Delitti contro la persona*⁹, Utet, Torino, 1951.

MANZINI V., *Trattato di diritto penale*⁷, Utet, Torino, 1984.

MAZZI G., *Commento all'art. 600 c.p.*, in PADOVANI T. (a cura di) *Codice penale*, Milano, Giuffrè, 2011.

McCLEAN D., *Transnational Organized Crime. A Commentary on the UN Convention and its Protocols*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

McCREIGHT M.V., *Smuggling of Migrants, Trafficking in Human Beings and Irregular Migration on a Comparative Perspective*, in *European Law Journal*, 2006, 12.

MEZZADRA S. e NEILSON B., *Border as Method, or, the Multiplication of Labour*, Duke University Press, Durham, 2013.

MIDDLBURG A. e RIJKEN C., *The EU Legal Framework on Combating Trafficking in Human Beings for Labour Exploitation*, in RIJKE C. (a cura di), *Combating Trafficking in Human Beings for Exploitation*, Nijmegen, Wolf Legal Publishers, 2011.

MIEDICO M., *Sub art. 572 c.p.*, in MARINUCCI G. e DOLCINI E. (a cura di), *Codice penale commentato*, Ipsoa, 3° edizione, Milano 2011.

MILITELLO V., *La tratta di esseri umani: la politica criminale multilivello e la problematica distinzione con il traffico di migranti*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2018, 1.

MILL J.S., *Saggio sulla libertà*, 1895, Trad. da On Liberty, Il Saggiatore, Milano, 1997.

MOTTA C., *Sulla disciplina di contrasto al grave sfruttamento lavorativo e alla intermediazione illecita nel lavoro: profili storici e interventi di riforma*, in *Rivista di diritto agrario*, 2017, 1.

MUNRO V. E., *Exploring Exploitation: Trafficking in Sex, Work and Sex Work*, in MUNRO V. e DELLA GIUSTA M. (a cura di), *Demanding Sex: Critical Reflections on the Regulation of Prostitution*, Ashgate Publishing Limited, Hampshire, 2008.

N'DIAYE J., *Il fut un jour à Gorée... L'esclavage raconté à nos enfants*, Michel Lafon, 2006, trad. it., *La schiavitù spiegata ai nostri figli*, Epoché, Milano, 2008.

NASCIMBENE B. (a cura di), *La condizione giuridica dello straniero*, Cedam, Padova, 1997.

NASCIMBENE B., *Disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione sulla condizione dello straniero. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 1998, 4.

NASCIMBENE B. e DI PASCALE A., *Riflessioni sul contrasto al traffico di persone nel diritto internazionale, comunitario e nazionale*, in PALMISANO G. (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale comunitario e interno*, Giuffrè, Milano 2008.

NADELMANN E.A., *Global Prohibition Regimes: The Evolution of Norms in International Society*, in *International Organization*, 1990, 44(4).

NICODEMI F., *La tutela delle vittime di tratta di persone in Italia oggi. Riflessioni sulla capacità di risposta del sistema italiano alle vittime del trafficking rispetto alle evoluzioni del fenomeno*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2015, 2.

NICODEMI F., *Le vittime della tratta di persone nel contesto della procedura di riconoscimento della protezione internazionale. Quali misure per un efficace coordinamento tra i sistemi di protezione e di assistenza?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2017, 1, reperibile sul sito: <https://www.dirittoimmigrazionecittadinanza.it/archivio-saggi-commenti/saggi/fascicolo-2017-n-1/59-le-vittime-della-tratta-di-persone-nel-contesto-della-procedura-di-riconoscimento-della-protezione-internazionale-quali-misure-per-un-efficace-coordinamento-tra-i-sistemi-di-protezione-e-di-assistenza/file>.

NUVOLONE P., *Considerazioni sul delitto di plagio*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Giuffrè, Milano, 1972.

OBOOKATA T., *Trafficking of Human Beings as a Crime against Humanity: Some Implications for the International Legal System*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 2005, 54.

PADOVANI T., *In Gazzetta la legge sul caporalato che modifica il codice penale*, pubblicato il 4.11.2016, consultabile sul sito: www.quotidianogiuridico.it.

PADOVANI T., *Un nuovo intervento per superare i difetti di una riforma zoppa*, in *Guida al Diritto*, 2016, 48.

PALMISANO G., *Il contrasto al traffico di migranti. Nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Giuffrè, Milano, 2008.

PALUMBO L. e SCIURBA A., *Vulnerability to Forced Labour and Trafficking: The case of Romanian women in the agricultural sector in Sicily*, in *Anti-Trafficking Review*, 2015, 5, reperibile sul sito: www.antitraffickingreview.org.

PASSANITI P., *Il diritto del lavoro come antidoto al caporalato*, in DI MARZIO F. (a cura di), *Agricoltura senza caporalato*, Donzelli, Roma, 2017.

PECCIOLI A., *Il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nella giurisprudenza e la riforma del 2009*, in *Diritto penale e processo*, 2009, 8 (all. 1).

- PELISSERO M. *Il controllo penale del traffico di migranti: il migrante come oggetto e come vittima*, in MILITELLO V. e SPENA A. (a cura di), *Il traffico di migranti. Diritti, tutele, criminalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2015.
- PERROTTA D. e SACCHETTO D., *Il ghetto e lo sciopero: braccianti stranieri nell'Italia meridionale*, in *Sociologia del lavoro*, 2012, 128.
- PERROTTA D., *Vecchi e nuovi mediatori. Storia, geografia ed etnografia del caporalato in agricoltura*, in *Meridiana*, 2014, 1.
- PICCIONI A., *In catene. Storia della tratta degli schiavi*, La nuova Italia, Firenze, 1993.
- PICOTTI L., *I delitti di tratta e schiavitù. Novità e limiti della legislazione italiana*, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2007, 1.
- PIEKE N.F., NYÍRI P., THUNØ M., CECCAGNO A., *Transantional Chinese. Fujianese Migrants in Europe*, Stanford University Press, Stanford, 2004.
- PISTORELLI L. e SCARCELLA A., *Novità legislative: D.L. 13 agosto 2011, n. 138 (Gazz. Uff. n. 188 del 13 agosto 2011)*, Ufficio del Massimario della Corte di Cassazione, Rel. N. III/11/2011, del 5 settembre 2011.
- POLIMENI G., *I protocolli supplementari alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, in AA. VV., *Criminalità transnazionale tra esperienze europee e risposte penali globali*, Atti del III Convegno Internazionale, promosso dal Centro Studi Giuridici "Francesco Carrara", Lucca, 24-25 maggio 2002.
- POTTS L. G Jr., *Global Trafficking in Human Beings: Assessing the Success of the United Nations Protocol to Prevent TRafficking in Persons*, in *George Washington International Law Review*, 2003, 35.
- POZZI A., *Mercanti di schiavi. Tratta e sfruttamento nel XXI secolo*, Edizioni San Paolo, Cinisello Balsamo, 2016.
- QUIRK J., *Trafficked into Slavery*, in *Journal of Human Rights*, 2007, 6.
- QUIRK J., *Ending Slavery in al Its Forms: Legal Abolition and Effective Emancipation in Historical Perspective*, in *The International Journal of Human Rights*, 2008, 12(4).
- QUIRK J., *Unfinished Business: A Comparative Survey of Historical and Contemporary Slavery*, UNESCO, Paris, 2008.

RESTA G., *La disponibilità dei diritti fondamentali e i limiti della dignità (note a margine della Carta dei diritti)*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2002, 6.

RESTA F., *I Delitti contro la personalità individuale, alla luce delle recenti riforme*, in *Giurisprudenza di merito*, 2006, 4.

RESTA F., “Nuove” schiavitù? *I delitti contro la personalità individuale, alla luce delle leggi 269/1998 e 228/2003*, in *Diritto & formazione*, 2006, 1.

RESTA F., *Schiavitù e sfruttamento. L’art. 600 c.p. tra vecchia e nuova disciplina*, in *Giurisprudenza di merito*, 2011, 11.

RIGO E. (a cura di), *Leggi, migranti e caporali. Prospettive critiche e di ricerca sullo sfruttamento del lavoro in agricoltura*, Pacini, collana Quaderni de L’altro diritto, Pisa, 2015.

RIGO E. e DINES N., *Lo sfruttamento umanitario del lavoro. Ipotesi di riflessione e ricerca a partire dal caso delle campagne del Mezzogiorno*, in CHIGNOLA S. e SACCHETTO D. (a cura di), *Le reti del valore. Migrazioni, produzione e governo della crisi*, DeriveApprodi, Roma, 2017.

RIJKEN C., *The External Dimension of EU Policy on Trafficking in Human Beings*, in CREMONA M., MONAR J. e POLI S. (a cura di), *The External Dimension of the European Union’s Area of Freedom, Security and Justice*, P.I.E. Peter Lang, 2011.

RODRIGUEZ OCONTRILLO P., *Non-criminalization of smuggled migrants. Notes on the interpretation of article 5 of the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*, UNHCR, Ginevra, 2014.

RODOTÀ S., *Il diritto di avere diritti*, Laterza, Bari, 2015.

RONCO C., *Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: problematiche applicative e prospettive di riforma*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2016, 7.

ROSIE. (a cura di), *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano. La convenzione ONU di Palermo*, Ipsoa, Milano, 2007.

ROSSI R., *(S)oggetti di traffico. Aspetti di vittimizzazione, oggettivamente e criminalizzazione del migrante trafficato a livello internazionale ed europeo in*

prospettiva comparata, dattiloscritto dell'Università Sant'Anna di Pisa, Classe accademica 2017-2018.

SAITO V., *I riflessi della legge 30.7.2002 n. 189 sul processo penale*, relazione svolta all'Incontro di studio sul tema "La condizione giuridica dello straniero" promosso dal CSM e tenutosi a Roma nei giorni 3-5 febbraio 2003.

SALERNO F., *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2004.

SALTELLI C. e ROMANO DI FALCO E., *Commento teorico-pratico del nuovo codice penale*, col. II, pt. II, Roma, 1930.

SANTORO E., *Diritto e diritto: il diritto nell'era della globalizzazione*, Giappichelli, Torino, 2008.

SANTORO E., *Asilo e tratta: il tango delle protezioni*, in *Questione Giustizia*, 2018, 2, reperibile sul sito: http://questionegiustizia.it/rivista/2018/2/asilo-e-tratta-il-tango-delle-protezioni_540.php.

SAULLE M.R., Voce: *Schiavitù* (diritto internazionale), in *Enciclopedia del diritto*, XLI, 1989.

SCARCELLA A., *Il reato di "caporalato" entra nel codice penale*, in *Diritto Penale e Processo* 2011.

SCARPA S., *La tutela dei diritti delle vittime di tratta di esseri umani e il sistema premiale previsto dalla direttiva comunitaria 2004/81/CE*, in *Diritto Immigrazione e cittadinanza*, 2005.

SCARPA S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, Oxford University Press, Oxford, 2008.

SCARPA S., *Contemporary forms of slavery*, Study requested by the DROI committee, European Parliament, dicembre 2018.

SCARPA S., *The Nebulous Definitions of Slavery: A Critique of the Interpretations of the 1926 Slavery Convention's Definition and of Some Recent Sociological Proposals*, in WINTERDYK J e JONES J. (a cura di), *The Palgrave International Handbook on Human Trafficking*, 2019, forthcoming.

SCEVI P., *Il delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro: alcuni spunti di riflessione*, in *Rivista Penale*, 2012, 11.

SCEVI P., *Nuove schiavitù e diritto penale*, Giuffrè, collana Università degli Studi di Bergamo, Milano, 2014.

SCHIUMA D., *Il caporalato in agricoltura tra modelli nazionali e nuovo approccio europeo per la protezione dei lavoratori immigrati*, in *Rivista di diritto agrario*, 2015, 1.

SCIURBA, A., *La scelta di Sofia: come incidono le migrazioni femminili sui diritti dei minori 'Left behind'?*, in ZAGATO, L., DE VIDO S. (a cura di), *Il divieto di tortura e altri comportamenti inumani o degradanti nelle migrazioni*, Cedam, Padova, 2012.

SCIURBA A., *Diritti umani violati nel mercato del lavoro domestico e della cura migrante*, in *Nuove Autonomie. Rivista di diritto pubblico*, Editoriale Scientifica, Palermo, 2013.

SCIURBA A., *Effetto serra. Le donne rumene nelle campagne del ragusano*, in *L'altro diritto Rivista*, 2013, reperibile sul sito: <http://www.adir.unifi.it/rivista/2013/ragusa.htm>.

SCIURBA A., *Doppiamente assenti per prestare "cura". Donne migranti nel mercato del lavoro familiare in Italia*, in GRASSO M., *Razzismi, discriminazioni, confinamenti*, Ediesse, Roma, 2013.

SCIURBA A., *La cura servile, la cura che serve*, Pacini Editore, collana *Quaderni de L'altro diritto*, Pisa, 2015.

SKRIVANKOVA K., *Between Decent Work and Forced Labour: Examining the Continuum of Exploitation*, paper for the Joseph Rowntree Foundation, November 2010, reperibile al sito: <https://www.jrf.org.uk/report/between-decent-work-and-forced-labour-examining-continuum-exploitation>.

SPIEZIA F, FREZZA F. e PACE N.M., *Il traffico e lo sfruttamento degli esseri umani*, Giuffrè, Milano, 2002.

STOPPIONI S., *Tratta, sfruttamento e smuggling: un'ipotesi finium regundorum a partire da una recente sentenza*, in www.legislazionepenale.eu, pubblicato il 24.1.2019.

- STOPPIONI C., *Intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo nell'economia italiana: la tenuta dell'art. 603-bis c.p. tra vecchi questioni interpretative e nuove prassi applicative*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2019, in corso di pubblicazione.
- STOYANOVA V., *Dancing on the Borders of Article 4. Human TRafficking and the European Court of Human Rights in the Rantsev case*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2012, 30(2).
- STOYANOVA V., *The crisis of a Definition: Human Trafficking in Bulgarian Law*, in *Amsterdam Law Forum*, 2013, 51.
- STOYANOVA V., *Article 4 of the Echr and the Obligation of Criminalising Slavery, Servitude, Forced Labour and Human Trafficking*, in *Cambridge Journal of International and Comparative Law*, 2014, (3)2.
- STOYANOVA V., *Human Trafficking and Slavery Reconsidered. Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.
- STOYANOVA V., *Irregular Migrants and the Prohibition of Slavery, Servitude, Forced Labour & Human Trafficking under Article 4 of the ECHR*, 26 aprile 2017, reperibile al sito: <https://www.ejiltalk.org/irregular-migrants-and-the-prohibition-of-slavery-servitude-forced-labour-human-trafficking-under-article-4-of-the-echr/>.
- STOYANOVA V., *Sweet Taste with Bitter Roots. Forced Labour and Chowdury and Others v. Greece*, in *European Human Rights Law Review*, 2018, 1.
- SUPIOT A., *Il pensiero giuridico di Simone Weil*, in *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza sociale*, 2011, 3.
- TESAURO A., *Spunti problematici in tema di dignità umana come bene penalmente rilevante*, in *Diritto e Questioni pubbliche*, 2011, 11.
- TIGANO V., *Tutela della dignità umana e illecita produzione di embrioni per fini di ricerca*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2010, 4.
- TORRE V., *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, 2.

TRIANDAFYLLIDOU A. e MAROUKIS T., *Migrant smuggling: Irregular migration from Asia and Africa to Europe*, Palgrave Macmillian, London, 2012.

URBAN F., *La legislazione penale italiana quale modello di attuazione della normativa sovranazionale ed internazionale anti-smuggling e anti-trafficking*, in *Rivista Diritto Penale Contemporaneo trimestrale*, 2018, 1.

VALLINI A., *Commento all'art. 1 l. 11 agosto 2003, n. 228*, in *Legislazione Penale*, 2004, 4.

VALLINI A., *Reati di sfruttamento lavorativo*, in www.altrodiritto.it.

VAN DER WILT H.G., *Trafficking in human beings: a modern form of slavery or a transnational crime?*, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper, 2014, 13, reperibile sul sito: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2393338.

VEAS ESCOBAR J., *Il fine di profitto nel reato di traffico di migranti: analisi critica della legislazione europea*, in *Rivista di Diritto penale contemporaneo trimestrale*, 2018, 1.

VEGLIO M. (a cura di), *L'attualità del male. La Libia dei lager è verità processuale*, Edizioni SEB27, Torino, 2018.

VENTRELLA Mc CREIGHT M., *Crimes of assisting illegal immigration and trafficking in human beings in italian law: illegal immigration between administrative infringement and criminal offence*, in GUILD E. e MINDERHOUD P. (a cura di), *Immigration and Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006.

VENTUROLI M., *La direttiva 2011/36/UE: uno strumento "completo" per contrastare la tratta degli esseri umani*, in *Indice Penale*, 2013, 1.

VIOLA F., *Lo statuto normativo della dignità umana*, in ABIGNENTE A. e SCAMARDELLA F. (a cura di), *Dignità della persona. Riconoscimento dei diritti nelle società multiculturali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013.

VIRGILIO M., *Lavori in corso nei dintorni dell'Immigrazione: art. 18 e leggi in tema di traffico di esseri umani e prostituzione*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2003, 1.

VITALE M. Q., *Tratta di esseri umani e immigrazioni: note socio-giuridiche*, in AMBROSINI M. e ZANDRINI S. (a cura di), *La Tratta infame*, In Dialogo Cooperativa culturale srl, Milano, 1996.

WALKOWITZ J.R., *Male vice and feminist virtue: Feminism and the Politics of the prostitution in nineteenth century Britain*, in *History Workshop*, 1982, 13.

WEBER M., *Wirtschaft und Gesellschaft*, Tübingen, Mohr, 1922, tr. it., Milano, 1995, vol. III.

WONG W. H., *Is Trafficking Slavery? Anti-Slavery International in the Twenty-first Century*, in *Human Rights Review*, 2011, 12.

WIJERS M., *Purity, Victimhood and Agency: Fifteen years of the UN Trafficking Protocol*, in *Anti-Trafficking Review*, 2015, 4.

SITOGRAFIA

EASO, *Country of Origin Information Report. Nigeria Sex trafficking of Women*, Ottobre 2015, reperibile sul sito:

<https://www.easo.europa.eu/sites/default/files/public/BZ0415678ENN.pdf>

Global Alliance Against Traffic in Women et al., *Human Rights Standards for the Treatment of Trafficked Persons: Commentary to Access to Justice*, January 1999, reperibile sul sito:

<http://www.hrlawgroup.org/resources/content/IHRLGTraffickingStandards.pdf>.

GRETA, *5th General Report on Greta's Activities*. Covering the period from 1 October 2014 to 31 December 2015, Council of Europe, Printed at the Council of Europe, February 2016, reperibile sul sito:

<https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=090000168063093c>).

GRETA, *7th General Report on Greta's Activities* (covering the period from 1 January to 31 December 2017), Council of Europe, March 2018, reperibile sul sito:

<https://rm.coe.int/greta-2018-1-7gr-en/16807af20e>.

International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), *Trafficking along Migration Routes to Europe. Bridging the Gap between Migration, Asylum and Anti-Trafficking*, European Union, 2018, reperibile sul sito:

https://www.icmpd.org/fileadmin/1_2018/Bridging_the_Gap_between_Migration_Asylum_and_Anti-Trafficking.pdf

ILO, *Human Trafficking and Forced Labour Exploitation Guidelines for Legislation and Law Enforcement. Special Action Programme to Combat Forced Labour*, 2005, reperibile sul sito:

http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---declaration/documents/publication/wcms_081999.pdf.

ILO, *Decent Work: Objectives and Strategies*, Edited by Dharam Ghai, Geneva, 2006, reperibile sul sito: <http://nap.psa.gov.ph/nsm/23rdNSM/decentghai.pdf>.

ILO, *Operational indicators of trafficking in human beings*. Results from a Delphi survey implemented by the ILO and the European Commission First published in March 2009, reperibile sul sito:

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@declaration/documents/publication/wcms_105023.pdf.

International Centre for Migration Policy Development (ICMPD), *Targeting vulnerabilities: The Impact of the Syrian War and Refugee Situation on Trafficking in Persons*, Vienna, 2015, reperibile sul sito: https://www.icmpd.org/fileadmin/ICMPD-Website/Anti-Trafficking/Targeting_Vulnerabilities_EN_SOFT_.pdf.

OIM, *La tratta di esseri umani attraverso la rotta del mediterraneo centrale: dati, storie e informazioni raccolte dall'organizzazione internazionale per le migrazioni*, 2018, reperibile sul sito: https://italy.iom.int/sites/default/files/news-documents/RAPPORTO_OIM_Vittime_di_tratta_0.pdf

OSCE, *From Reception to Recognition: Identifying and Protecting Human Trafficking Victims in Mixed Migration Flows. A Focus on First Identification and Reception Facilities for Refugees and Migrants in the Osce Region*, 2017.

OXFAM, *La lotteria italiana dell'accoglienza. Il sistema dell'emergenza permanente*, 8 novembre 2017, reperibile sul sito: https://www.oxfamitalia.org/wp-content/uploads/2017/11/La-Lotteria-Italia-dellaccoglienza_Report-Oxfam_8_11_2017_Final.pdf

UNHCR, *Linee guida sulla protezione internazionale n. 1. La persecuzione di genere nel contesto dell'articolo 1A(2) della Convenzione del 1951 e/o del Protocollo del 1967 relativi allo status dei rifugiati*, 7 maggio 2002, HCR/GIP/02/01, reperibili sul sito: <http://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opensslpdf.pdf?reldoc=y&docid=5513ca474>.

UNHCR, *Global Trends Forced Displacement in 2015*, 2015, reperibile sul sito: <https://www.unhcr.org/576408cd7.pdf>.

UNODC, *Legislative guides For the implementation of the United Nations convention against Transnational organized crime and the protocol thereto*, United Nations, New York, 2004, reperibile sul sito: http://www.unodc.org/pdf/crime/legislative_guides/03%20Legislative%20guide_Traffic_king%20in%20Persons%20Protocol.pdf.

UNODC *Travaux Préparatoires of the Negotiations for the Elaboration of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols Thereto*,

United Nations, New York, 2006, reperibile sul sito: <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/travaux-preparatoires.html>.

UNODC, *Model Law against Trafficking in Persons*, United Nations, Vienna, 2009, reperibile sul sito: https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/model_law_against_trafficking_in_persons_1.pdf

UNODC, *Model Law against the Smuggling of Migrants*, United Nations, Vienna, 2010, reperibile sul sito: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/Model_Law_Smuggling_of_Migrants_10-52715_Ebook.pdf

UNODC, *Abuse of a position of vulnerability and other “means” within the definition of trafficking in persons*, Issue paper, United Nations, New York, 2013, reperibile sul sito: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2012/UNODC_2012_Issue_Paper_-_Abuse_of_a_Position_of_Vulnerability.pdf.

UNODC, *The role of ‘consent’ in the Trafficking Persons Protocol*, Issue Paper, United Nations, Vienna, 2014, reperibile sul sito: https://www.unodc.org/documents/human-trafficking/2014/UNODC_2014_Issue_Paper_Consent.pdf.

UNODC, *The concept of exploitation in the trafficking in Persons Protocol*, Issue Paper, United Nations, Vienna, 2015, reperibile sul sito: https://www.unodc.org/documents/congress/background-information/Human_Trafficking/UNODC_2015_Issue_Paper_Exploitation.pdf.

UNODC, *Human trafficking indicators*, https://www.unodc.org/pdf/HT_indicators_E_LOWRES.pdf;

UNODC, *Global Report on TRafficking in Persons 2016*, United Nations, New York, 2016, reperibile sul sito: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2016_Global_Report_on_Trafficking_in_Persons.pdf.

UNODC, *Global Report on Trafficking in Persons, 2018*, United Nations, New York, 2018, reperibile sul sito http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GloTIP2018_BOOKLET_2_Conflict.pdf

UNODC, *Trafficking in persons in the context of armed conflict 2018*, United Nations, New York, 2018, reperibile al sito http://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glotip/2018/GloTIP2018_BOOKLET_2_Conflict.pdf.

UNODC, *Global Study on Smuggling of Migrants 2018*, United Nations, New York, 2018 reperibile sul sito: https://www.unodc.org/documents/data-and-analysis/glosom/GLOSOM_2018_web_small.pdf.

Vittime di tratta e richiedenti/titolari protezione internazionale del progetto *No tratta*, co-finanziato dalla Commissione europea e realizzato da Cittalia, Gruppo Abele e Associazione On the Road, : http://www.osservatoriointerventitratta.it/wp-content/uploads/2016/01/Position_Paper_NoTratta_DEF.pdf

GIURISPRUDENZA RILEVANTE

- Tribunale di Roma, ordinanza 2.11.1978, edita in *Giur. Cost.*, 1979, 2.
- Corte Costituzionale, sentenza 9.4.1981-8.6.1981, n. 96, in G.U. 10.6.1981, n. 158
- Corte d'Assise di Milano, sez. I, 27.10.1986, *Ahmet Iskender*, in *Indice Penale*, 1987.
- Cass. pen., sentenza 7.12.1987, *Izet*, in *Foro Italiano*, 1990, 2.
- Corte d'Assise di Firenze, sentenza 23.3.1993, *Tahiri ed altri*, in *Foro Italiano*, 1994, 2.
- Conseil d'Etat, Assemblée, 27.10.1995, n. 136727, reperibile sul sito: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriAdmin.do?oldAction=rechJuriAdmin&idTexte=CETATEXT000007877723>.
- Cass. pen., Sez. Un. 20.11.1996, *Ceric*, in *Foro Italiano*, 1997, 2.
- Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 28 ottobre 1998, *Osman c. Regno Unito*.
- Tribunale di Monza, sentenza 13.12.1999, in *Diritto immigrazione e cittadinanza*, 2000, 3.
- Cass. pen., sentenza 9.6.2000, n. 1744, in *CEDCass.*, rv. 216423.
- Tribunale Penale Internazionale per la Ex-Iugoslavia, *Kunarac e altri.*, 22 febbraio 2001.
- Cass. pen., sentenza 1.7.2002, *Dimitrijevic*, in *Guida al diritto*, 2002, 44.
- Cass. pen., sentenza 23.1.2003, n. 3162.
- Cass pen., sentenza 20.12.2004, *Galiceanu*, in *Guida al diritto*, 2005, 9.
- Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*.
- Cass. pen., sentenza 12.12.2006, in *Cass.pen.*, 2007, 12, con nota di PROVENZANO M., *La "nuova" nozione di schiavitù e il possibile concorso con il reato di maltrattamenti in famiglia*.
- Cass. pen., sentenza 25.1.2007, n. 2841, reperibile sul sito dell'Osservatorio anti-tratta: http://www.osservatoriointerventitratta.it/files/giurisprudenza/Cass.n.2841_2006.pdf
- Cass. pen., sentenza 12.12.2006, in *Cass. pen.*, 2007, 12.
- High Court of Australia, sentenza del 28 agosto 2008, *Queen v. Tang*.

Cass. pen., sentenza 13.11.2008, n. 46128, in *CEDCass.*, 2008, m. 241999.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 7 gennaio 2010, *Rantsev c. Cipro e Russia*.

Cass. pen., sentenza 11.11.2010 n. 43713, in *CEDCass.*, 2010, rv. 248974.

Cass. pen., sentenza 5.11.2013, n. 25408, in *CEDCass.*, 2014, rv. 260230.

Cass. pen., sentenza 27.11.2013, n. 50074, in *CEDCass.*, 2013, rv. 257984.

Cass. pen., sentenza 4.2.2014, n. 14591, in *CEDCass.*, 2014, rv. 262541.

Cass. pen., sentenza 25.3.2014, n. 18778, in *CEDCass.*, 2014, rv. 259962.

Cass. pen., sentenza 10.10.2014, n. 667, in *CEDCass.*, 2015, rv. 261553.

Cass. pen., sentenza 14.10.2014, n. 49594, in *CEDCass.*, 2014, rv. 261345.

Cass. pen., sentenza 1.4.2015 (udienza 13.2.2015), con nota di TREGLIA S., *Art. 600 c.p.: nuova dimensione del bene giuridico protetto e profili di "incidentale" attualità anche alla luce del recente caso Castaro c. Italia*, in *Archivio Penale*, 2015, 3.

Cass. pen., sentenza 1.10.2015, n. 39797, in *Rivista Penale*, 2015.

Cass. pen., sentenza 16.12.2015, n. 10795, in *CEDCass.*, 2016, m. 266162.

Cass. pen., sentenza 21.4.2016, n. 16737, reperibile sul sito: <http://www.italgiure.giustizia.it/xway/application/nif/clean/hc.dll?verbo=attach&db=snpen&id=./20160422/snpen@s50@a2016@n16737@tS.clean.pdf>.

Tribunale di Catania, sentenza 20.6.2016 (ud. 16.5.2016), reperibile al sito: http://www.dirittoitaliano.com/giurisprudenza/provvedimento_pdf.php?2801.

Corte europea dei diritti dell'Uomo, sentenza del 17 gennaio 2017, *J e altri c. Austria*.

Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 marzo 2017, *Chowdury e altri c. Grecia*.

Tribunale di Napoli, Sez. GIP, sentenza 11.7.2017, *inedita*.

Corte d'Assise di Lecce, sentenza 25.10.2017, n. 2, *inedita*.

Tribunale di Brindisi, sentenza 6.9.2017, n. 251, *inedita*.

Cass. pen., sentenza 6.2.2018, n. 12643.