

**LA CONDIZIONE SOGGETTIVA
DELLO STRANIERO CLANDESTINO
VITTIMA DEL TRAFFICO DI ESSERI UMANI**

ENRICO LANZA

SOMMARIO: 1. La dimensione globale del traffico delle persone. – 2. La clandestinità in rapporto ai delitti di tratta e di favoreggiamento dell'immigrazione illegale. – 3. Il clandestino autore di reati. – 4. Alcune ragioni della specialità nella considerazione dell'altro.

1. La dimensione globale del traffico delle persone.

In una riflessione, meramente interlocutoria, sui rapporti fra diritto penale e persone straniere, appare importante valutare la giustezza – anche etica – degli approcci al tema del traffico di esseri umani e le sue implicazioni, nonché la congruenza della rappresentazione politica e sociale del problema rispetto alla sua dimensione criminologica. Sono accenni che impongono di coniugare, in modo anche disorganico, comunque inadeguato, agli aspetti tecnico-giuridici – in particolare penali –, profili di filosofia politica, di psicologia e di sociologia. È il metodo multidisciplinare necessario per affrontare una tematica di tanta complessità, anche in ragione dell'attenzione complessivamente marginale riservata dalla dottrina penalistica alla questione dell'immigrazione.

Le condizioni precarie nelle quali versano molti dei protagonisti delle ondate migratorie evidenziano un'insidiosa e grave realtà di deprivazione e sfruttamento. Al varco delle frontiere in modo illegale, cioè, si accompagnano di frequente forme di coartazione e situazioni di rischio per l'incolumità personale. È stato sottolineato come, a livello generale, uno degli aspetti più problematici della questione sia costituito dalla disomogeneità delle forme di contrasto presenti in ogni contesto locale, ove non sempre, addirittura, le persone oggetto del traffico vengono considerate vittime di condotte criminali altrui, quanto meri clandestini «la cui presenza illegale finisce per renderli, in molti casi, soggetti all'arresto e,

comunque, sempre passibili di espulsione verso gli Stati dai quali sono fuggiti»⁽¹⁾.

La consapevolezza dell'entità di questo problema e della connessa rilevanza penale ha spinto gli attori della politica – anche internazionale – ad inserire nell'agenda degli impegni più urgenti l'individuazione di idonei strumenti di contrasto della c.d. tratta degli esseri umani, ritenuta forma particolarmente grave di sfruttamento e soggiogamento delle persone⁽²⁾.

Dato il carattere prevalentemente multinazionale di questa attività⁽³⁾, si sono imposte, da un lato, l'esigenza del coordinamento, a livello ultralocale, delle forze di polizia ed investigative, dall'altro, la prospettiva dell'armonizzazione delle soluzioni giuridiche, per evitare così che gli approcci "nazionalistici" risultassero inefficaci⁽⁴⁾.

La commercializzazione degli individui e il relativo sfruttamento per fini di profitto costituiscono uno dei settori di mag-

(1) M. C. BASSIOUNI, *Introduzione* a AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, a cura di Giovanni Tinebra e Alessandro Centonze, Giuffrè, Milano, 2004, p. XIII.

(2) La coscienza delle condizioni che favoriscono la tratta di esseri umani ha determinato l'inserimento, nel Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo del 2000 (su cui v. avanti), di una norma, il quarto comma dell'art. 9, in cui si prevede che gli Stati Parte adottino o potenzino le misure necessarie «per attenuare i fattori che rendono le persone, in particolare donne e bambini, vulnerabili alla tratta, quali la povertà, il sottosviluppo e la mancanza di pari opportunità». Sulla necessità di un approccio globale al tema delle nuove forme di schiavitù, V. MUSACCHIO, *Schiavitù e tratta di esseri umani: analisi del fenomeno ed esigenza d'una normativa penale internazionale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2003, pp. 236 e ss.

(3) La natura intrinsecamente transnazionale della tratta è stata sostenuta dalla delegazione italiana presente ai lavori della Convenzione di Palermo del 2000 e tale opinione è stata confermata nei contenuti del testo «sia perché è evidente che un fenomeno criminoso di tale complessità attuativa nella maggior parte dei casi è riconducibile a gruppi criminali che svolgono attività in più Stati, sia perché comunque le condotte criminose che lo compongono riverberano effetti in uno Stato diverso da quello del cosiddetto arruolamento, ricerca o approvvigionamento delle persone che sono destinate allo sfruttamento, Stato nel quale ha inizio il percorso migratorio della vittima, e comunque spesso le condotte criminose di traffico riverberano effetti in molteplici Stati, anche solo coinvolti nel fenomeno del transito. Oppure la transnazionalità è evidente ed intrinseca perché, ad esempio, la preparazione e l'organizzazione del crimine ha avuto luogo in uno Stato diverso. Insomma è chiaro che di per sé la tratta, correlata come è ad un *cross-border*, non può che essere transnazionale». Così, E. ROSI, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali*, in *Cassazione penale*, 2001, voce 991, p. 1989.

(4) Per una rassegna dei provvedimenti comunitari in materia di traffico delle persone cfr. S. SCARPA, *L'Unione europea e la lotta alla nuova tratta di esseri umani*, in *Affari sociali internazionali*, 2005, n. 1, pp. 51 e ss.

giore interesse del crimine organizzato a livello sovranazionale: la stabilità e l'adeguatezza della struttura sono condizioni imprescindibili perché il traffico di persone possa assumere dimensione macroscopica d'impresa⁽⁵⁾. L'entità dell'evento costituisce così motivo ulteriore dell'approccio globale al tema.

D'altronde, appare sempre più frequente il ricorso a strategie sovranazionali per la risoluzione di quei problemi che, nell'epoca della globalizzazione, non possono essere ridotti ad allocazioni territoriali circoscritte. La collaborazione fra gli Stati è ormai una necessità per tentare di gestire fenomeni complessi nelle origini e nelle modalità di svolgimento. Qualsiasi rimedio "anarchico" risulterebbe infatti improduttivo e anzi agevolerebbe la sedimentazione delle attività criminali⁽⁶⁾. È paradossale, però, che queste spinte all'universalizzazione siano spesso contraddittoriamente bilanciate dal recupero di nazionalismi, di strategie localistiche nell'affrontare i problemi "immediati" della comunità statale, di isolamento verso una diversità ritenuta causa di relazioni critiche.

Un esempio recente della volontà di contrastare a livello sovranazionale i problemi globali, anche di tipo penale, si è avuto con la Convenzione delle Nazioni Unite sulla criminalità organizzata, firmata a Palermo nel dicembre del 2000⁽⁷⁾. In questo documento è ancora chiara, comunque, la rilevanza che viene attribuita all'autonomia dei singoli Stati, tanto che nell'art. 4 del testo normativo è stabilito il principio della tutela della sovranità. Secondo tale disposizione, «gli Stati Parte adempiono agli obblighi di cui alla presente Convenzione coerentemente con i

⁽⁵⁾ Sui requisiti costitutivi delle associazioni delittuose, S. ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, II ed., Giuffrè, Milano, 2005.

⁽⁶⁾ La stipula di convenzioni ed accordi sovranazionali appare, d'altronde, la formalizzazione di una prassi nello svolgimento delle relazioni internazionali secondo cui ciascuno Stato, nella effettuazione delle proprie scelte, non può non tenere conto dell'esistenza e degli interessi degli altri Stati e per questo può risultare condizionato nell'adozione delle proprie politiche, tanto da determinare l'insorgenza di vere e proprie regole, di un ordine. Nega la rilevanza dell'anarchia come criterio interpretativo dei rapporti fra gli Stati sovrani L. BONANATE, *I doveri degli Stati*, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 53 e ss. Nei settori in cui è massimo il coinvolgimento delle varie realtà locali l'approccio della collaborazione coordinata appare ineludibile.

⁽⁷⁾ Uno degli scopi essenziali della Convenzione è stato di definire il concetto di criminalità organizzata. Per un'analisi di questa problematica, S. ALEO, *Sul problema della definizione della criminalità organizzata alla luce della Convenzione di Palermo*, in questa rivista, 2003, f. 1-2, pp. 1 e ss.

principi dell'eguaglianza sovrana, dell'integrità territoriale e del non intervento negli affari interni di altri Stati». «Nulla nella presente Convenzione legittima uno Stato Parte ad intraprendere nel territorio di un altro Stato l'esercizio della giurisdizione e di funzioni che sono riservate esclusivamente alle autorità di quell'altro Stato dal suo diritto interno»⁽⁸⁾. Viene considerata cioè ancora fondamentale l'autonomia politica a dimensione nazionale, segnata dai confini territoriali.

Nel modello originario dello Stato nazionale lo straniero riceveva tutela nei limiti della copertura fornita dal Paese di provenienza. In un sistema, cioè, in cui gli unici attori delle vicende internazionali erano gli Stati sovrani, chi si recava all'estero, per qualsivoglia ragione, rimaneva sottoposto all'egida dello Stato d'origine, che era l'unico soggetto abilitato a pretendere il rispetto del proprio cittadino da parte del Paese in cui questi si trovava. L'eventuale inerzia diplomatica non era vincibile dall'individuo, sprovvisto degli strumenti di attivazione o anche sollecitazione dell'intervento del proprio Stato. Le norme sulla protezione degli stranieri, quindi, regolavano solo i rapporti fra autorità statuali, tutelando in via mediata gli interessi e i beni dei singoli individui⁽⁹⁾.

Tale logica, propria dello Stato nazionale, di responsabilità verso i soli cittadini va ritenuta ancora attuale, nel senso che l'autorità nazionale non si considera portatrice del dovere di proteggere gli stranieri come persone, quantomeno in via generalizzata. Nel modello dello Stato nazionale, fondato sul-

⁽⁸⁾ L'articolato della Convenzione di Palermo è riportato, fra l'altro, nell'appendice normativa di F. SPIEZIA - F. FREZZA - N. M. PACE, *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani. Primo commento alla legge di modifica alla normativa in materia di immigrazione ed asilo*, Giuffrè, Milano, 2002, e di AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, cit. La Convenzione è integrata, oltre che dal Protocollo sulla tratta, cui si è fatto cenno nella nota 2, anche da un Protocollo addizionale contro la criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria. Per un'analisi di questi strumenti internazionali, Rosi, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali*, cit., pp. 1986 e ss.; ID., *Le misure internazionali per la lotta contro le forme di criminalità connesse al fenomeno migratorio*, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 2002, pp. 178 e ss.; G. MICHELINI, *I protocolli delle Nazioni Unite contro la tratta di persone e contro il traffico di migranti: breve guida ragionata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2002, n. 1, pp. 37 e ss.

⁽⁹⁾ Per queste considerazioni, v. A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1998, p. 8, nonché pp. 89 e ss.

l'omogeneità razziale, linguistica, storica, culturale, etc., la presenza di stranieri è stata considerata un caso limite ed eccezionale⁽¹⁰⁾.

I quotidiani investono con frequenza crescente l'opinione pubblica di servizi di cronaca sulla esosità numerica degli sbarchi di clandestini lungo le coste, geograficamente e morfologicamente svantaggiate, del nostro Paese. Ne derivano un senso diffuso di insicurezza collettiva per l'ingestibilità di questi flussi, il timore degli effetti mediati di foraggiamento della criminalità comune, l'intolleranza per i costi sociali di sostentamento di questa messe di disperati.

D'altro canto, gli stessi giornali – e con essi l'opinione pubblica – manifestano solidarietà estrema verso quelle persone che vengono sfruttate, costrette a prostituirsi o a lavorare senza tregua, in condizioni di sostanziale schiavitù, da uomini senza scrupoli che le utilizzano come merce per la produzione di ricchezza⁽¹¹⁾. E questi diseredati, oppressi, spesso sono stranieri, e clandestini.

La consapevolezza di questa specificità – cioè della condizione ordinaria di clandestinità propria di questi sfruttati – pare evincersi anche dalle norme del Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo sulla tratta di esseri umani, nella parte relativa alla tutela delle vittime di tale crimine; infatti si prevede, nella lettera b) del terzo comma dell'art. 6, che ogni Stato Parte si impegni a fornire ai soggetti passivi del traffico di esseri umani «consulenza e informazioni, in particolare in relazione ai loro diritti riconosciuti dalla legge, in una lingua che le vittime della tratta di persone comprendono», nonché, nel quinto comma della stessa disposizione, che ciascuno Stato cerchi «di assicurare l'incolumità fisica delle vittime della tratta di persone mentre sono sul proprio territorio», presupponendosi così, in entrambe le previsioni, una cittadinanza diversa, tanto che ulteriormente, ai sensi del primo comma dell'art. 7, «ogni Stato Parte prende in considerazione l'adozione di misure legislative o di altre misure adeguate che consentono alle vittime della tratta di persone di restare sul suo territorio, a titolo temporaneo o permanente, nei casi opportuni». Nell'art. 8, poi, sono contem-

⁽¹⁰⁾ Cfr. U. BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma, 1999, p. 87.

⁽¹¹⁾ V., per esempio, B. LA ROCCA, *Prostitute? No, prostitute*, in *Narcomafie*, 2002, n. 3, pp. 46 e ss.

plate norme volte a rendere più agevole il rimpatrio delle persone coinvolte nella tratta. Se, quindi, la condizione di estraneità non è requisito formale per la configurabilità del delitto di tratta, la frequenza con cui nella prassi tale condizione è presente ha reso necessaria la previsione di norme di adeguamento a questa realtà. La clandestinità, tuttavia, rimane di per sé un problema sociale, di ordine pubblico e sicurezza interna; e l'ambivalenza di questa condizione determina una certa ambiguità delle scelte politiche e normative.

Va altresì evidenziato come la rilevanza politica e sociale del fenomeno della mercificazione degli individui abbia costituito la ragione della previsione dei due protocolli aggiuntivi alla Convenzione di Palermo del 2000 dedicati, rispettivamente, alla tratta di persone ed al traffico dei migranti.

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» si prevede la necessità di un approccio globale al problema, in modo da coinvolgere, nell'ottica di un intervento davvero efficace, tanto i Paesi di origine dei flussi quanto quelli di transito e destinazione. Lo scopo delle norme consiste nella repressione della tratta, nella prevenzione del fenomeno e nella protezione delle vittime. Il testo ha anche la funzione di colmare quella lacuna costituita dall'assenza di uno strumento universale di contrapposizione a questa realtà.

2. La clandestinità in rapporto ai delitti di tratta e di favoreggiamento dell'immigrazione illegale.

L'ambiguità di senso che si coglie nel trattare di vittime del traffico e "correi" nella violazione delle frontiere non solo è evidente nella *communis opinio*, ma si è anche tradotta in scelte di normazione che possono apparire, in alcuni casi, solo formalmente complementari, più ragionevolmente sovrapponibili, se riferite alla prassi, alla storia delle vicende umane.

Il legislatore ha immaginato due situazioni estreme. In un caso, lo straniero, desideroso di giungere in Italia, consapevole di non possedere i requisiti previsti nella nostra legge per l'ingresso regolare, si rivolge ad un vettore, che si limita a prestare un servizio per il quale normalmente – ma non necessariamente, anche dal punto di vista della rilevanza penale delle condotte – viene

retribuito⁽¹²⁾. Questi, così, si rende autore del delitto di favoreggiamento dell'ingresso clandestino nel nostro Paese e, in assenza di aggravanti, diviene passibile di una sanzione penale fino a tre anni di reclusione ed a quindicimila euro di multa per ogni persona di cui favorisce l'accesso. Lo straniero, che realizza il passaggio della frontiera in condizioni di illegalità, non commette alcun reato, visto che il nostro legislatore ha manifestato coriacea resistenza all'idea della criminalizzazione della clandestinità perché ritenuta espressione di una politica sociale involutiva⁽¹³⁾. Il clandestino integra, con il proprio comportamento, un illecito amministrativo, per il quale è stabilita la sanzione – amministrativa appunto – dell'espulsione. Proprio questa previsione specifica impedisce di configurare a carico dello straniero un'ipotesi di concorso nel delitto di favoreggiamento⁽¹⁴⁾.

Va solo incidentalmente notato, almeno in questa fase, che la scelta politica di non punire il clandestino, riconoscendo cioè la connotazione delittuosa o contravvenzionale alla sua condotta, appaia solo nominalmente espressiva di tendenze solidaristiche, se si considera che l'espulsione è stata anche strutturata, in presenza di alcune circostanze, come misura penale preferibile alla sanzione detentiva⁽¹⁵⁾. Di fatto, cioè, le reazioni immediate predi-

⁽¹²⁾ È da notare, da questo angolo visuale, la formulazione dell'art. 12 del testo unico sull'immigrazione sul delitto di favoreggiamento dell'ingresso illecito, in cui la finalità di profitto costituisce circostanza aggravante, rispetto alla definizione che della stessa condotta viene fornita nell'art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo per combattere il traffico di migranti. Secondo la lettera a) di tale disposizione, «"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».

⁽¹³⁾ Va oggi considerato il disposto dell'art. 5 del Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo sul traffico di immigrati, relativo alla responsabilità penale dei migranti. Secondo questa norma, tali persone non sono assoggettabili all'azione penale prevista nel Protocollo per il solo fatto di essere stati oggetto delle condotte considerate il penalmente rilevanti. Inoltre, come evidenziato da Rosi, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali*, cit., p. 1995, resta ferma la possibilità per i legislatori nazionali «di stabilire diversamente quanto alle valutazioni delle condotte di illegale ingresso in uno Stato [...]». Il divieto di criminalizzazione, cioè, riguarda le sole condotte di ingresso illecito direttamente connesse con il traffico di migranti.

⁽¹⁴⁾ Può essere richiamato al proposito il disposto dell'art. 9 della legge di modifiche al sistema penale n. 689 del 1981, in materia di specialità fra previsione penale e previsione amministrativa.

⁽¹⁵⁾ In merito alla disciplina delle espulsioni mi permetto di rinviare al mio *La problematica penalistica nella disciplina dell'immigrazione*, in questa rivista, 2002, f. 3, pp. 15 e ss.

sposte nel nostro sistema nei confronti del clandestino delinquente e del mero clandestino possono essere sostanzialmente identiche: differenze si registrano negli effetti penali secondari.

In un altro caso, per riprendere la rappresentazione dicotomica che si ha dello straniero clandestino, questi è visto come soggetto passivo del delitto di tratta, previsto nell'art. 601 c.p. e considerato dal legislatore tanto intollerabile da essere sanzionato con una pena molto elevata nei limiti edittali; la vittima di tale illecito, inoltre, è ritenuta particolarmente meritevole di tutela da parte dello Stato che accerti la sopraffazione. A norma dell'art. 601, «Chiunque commetta 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».

La distanza teorica fra le due previsioni – della tratta e del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina – è fortemente ridimensionata dalla sussistenza di alcune circostanze aggravanti, riferite alle condizioni di sfruttamento dello straniero e relative al delitto di favoreggiamento dell'ingresso irregolare, al punto che l'elemento differenziatore fra l'immigrazione clandestina e la tratta potrebbe ridursi alle modalità peculiari della condotta del trafficante o al mero elemento soggettivo con cui questi agisce. Le incertezze ermeneutiche ulteriori derivano dal fatto che le norme incriminatrici sono state strutturate dal lato dell'autore, mentre la "vittima" non è ancora sufficientemente presa in considerazione⁽¹⁶⁾.

Questa differenza nelle modalità di svolgimento degli illeciti si è tradotta nel sistema anglosassone nell'utilizzo di due espressioni diverse per definire i fatti: *trafficking of human beings* e *smuggling of emigrants*, traducibili come tratta di esseri umani e

⁽¹⁶⁾ Sulla rivalutazione del ruolo della vittima in alcuni strumenti normativi internazionali v. M. G. GIAMMARINARO, *I diritti delle vittime nel processo penale, con particolare riferimento alle vittime del traffico di persone*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, f. 3, pp. 28 e ss.

traffico di migranti⁽¹⁷⁾, sebbene nella nostra lingua tratta e traffico appaiano sinonimi; e in tale promiscuità di senso sono utilizzati in questo lavoro. Lo *smuggling of emigrants* corrisponde infatti al favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

V'è da chiedersi se la bipartizione indicata fra immigrato clandestino e vittima della tratta sia davvero corrispondente al dato storico; o, meglio, se il modo in cui i fatti normalmente si svolgono renda operativa questa differenza⁽¹⁸⁾.

A livello teorico ogni situazione è configurabile ed ogni soluzione è correlativamente dotata di senso. Occorre chiedersi, invece, se è davvero distinguibile, in concreto, il comportamento di chi contratta il proprio ingresso illegale in un altro Stato da quello di chi lo affronta in condizione di subordinazione. Le modalità con cui il fatto si realizza difficilmente aiutano nella soluzione del quesito. Di norma, infatti, il trasporto dei clandestini avviene in situazioni di estremo pericolo per la vita degli stessi migranti, per cui non appare semplice affermare se v'è o no la libertà dello straniero.

Di sicuro, questa rappresentazione del problema generale del traffico di persone è parziale perché tiene in conto soltanto il soggetto clandestino. Invero, la tratta può riguardare anche italiani o stranieri regolarmente presenti nel territorio: basti pensare alla pletora di donne provenienti dall'Europa dell'Est, che potrebbero essere entrate regolarmente in Italia e poi, solo in un secondo momento, destinate al mercato della prostituzione. In questi casi il problema dell'ambiguità non sussiste e, a meno di volere riservare solo a costoro la tutela connessa con la condizione di persone offese dalla tratta, la questione criminologica più pregnante riguarda i clandestini⁽¹⁹⁾. È rispetto a questi soprattutto che si può porre un problema di adeguatez-

⁽¹⁷⁾ *Smuggling* letteralmente significa contrabbando.

⁽¹⁸⁾ Evidenzia la difficoltà di distinguere se la condotta di reclutamento dello straniero nel suo Paese di origine da parte delle organizzazioni criminali transnazionali rimanga nell'ambito del favoreggiamento dell'immigrazione clandestina o se costituisca il primo atto del traffico di esseri umani P. MOLINO, *Le nuove misure contro la schiavitù e la tratta di persone: un altro tassello nella legislazione penale in tema di immigrazione*, in *Rivista di polizia*, 2004, f. 3-4, pp. 175-176.

⁽¹⁹⁾ Va notato come in G. TINEBRA - A. CENTONZE, *I flussi migratori clandestini ed il traffico internazionale di persone*, in AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, cit., pp. 149 e ss., "traffico internazionale delle persone" costituisca espressione di genere, in cui si ricomprendono sia la tratta di esseri umani in senso stretto sia il favoreggiamento dell'immigrazione illegale, che comunque come illeciti penali presentano differenze importanti di struttura. In ogni caso, però, gli Autori individuano gli "oggetti" delle due attività negli stranieri clandestini, a dimostrazione che la dimensione reale dei fenomeni in questione riguarda principalmente questi soggetti.

za della tutela, poiché la condizione di soggetti passivi del traffico li colloca indubbiamente nel ruolo di vittime, mentre il mero ingresso illecito non consente la reazione penale nei loro confronti solo per il rapporto di specialità fra la previsione amministrativa e quella delittuosa. In ragione delle modalità con le quali si svolgono i fatti, non pare eccessivo affermare che l'immigrazione clandestina costituisca di norma una modalità di svolgimento della tratta, malgrado in teoria questa possa riguardare, come si è detto, anche cittadini e stranieri regolari.

La frequenza con cui si verifica il traffico di clandestini ha determinato la previsione, nell'art. 10 del Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo sulla tratta, del principio del coordinamento fra le autorità di polizia, quelle per l'immigrazione e ogni altro soggetto istituzionale coinvolto, per verificare, tramite lo scambio di informazioni, se coloro che cercano di varcare le frontiere con documenti di viaggio altrui o senza documenti siano, invece, autori o vittime della tratta.

L'ambiguità della condizione di soggetto passivo del traffico rispetto alla posizione di mero clandestino è connessa anche con i modi con cui la mercificazione degli esseri umani può essere realizzata.

Nella definizione della tratta, contenuta nel Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo⁽²⁰⁾, fra le condotte che possono costituire una modalità di realizzazione del traffico è incluso infatti l'abuso della posizione di vulnerabilità della persona offesa⁽²¹⁾. Tale formula ha avuto natura compromissoria in quanto volta «a dare considerazione a tutte le situazioni di fattuale inferiorità del sog-

⁽²⁰⁾ Anche ai fini dell'interpretazione del delitto dell'art. 601 c.p. può risultare utile riportare la definizione della tratta contenuta nel Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo. Ai sensi della lettera a) dell'art. 3 di tale testo, «"Tratta di persone" indica 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 danaro 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».

⁽²¹⁾ Si fa riferimento al concetto di persone vulnerabili anche nei *Considerati* relativi alla Decisione quadro del Consiglio d'Europa del 19 luglio 2002 sulla lotta alla tratta degli esseri umani, in *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*, 1 agosto 2002, n. L 203/1, nonché nella definizione del delitto di tratta contenuta dell'art. 1 del provvedimento. In argomento, v. D. MANZIONE, *La lotta alla tratta degli esseri umani*, in *Legislazione penale*, 2003, pp. 327-328.

getto migrante, ricollegabile non solo ad una minorazione psichica, ma anche ad una accertata situazione di sottosviluppo socio-culturale-personale che, benché non deducibile *sic et simpliciter* dallo stato di povertà o di bisogno, finisca per costituire elemento viziante del consenso prestato dal soggetto migrante, in conseguenza ad un comportamento attivo di persuasione da parte del reclutatore di vittime a fini di sfruttamento. Tale indicazione, per altro verso, è anche in grado di evitare pericolose interferenze tra i due Protocolli, consequenziali alla originaria proposta di inserire la equivoca dizione di *inducement* – fortunatamente evitata – come condotta di traffico. In tale denegata ipotesi, nel comportamento come enunciato l'apporto causativo del reclutatore sarebbe venuto a sfumarsi, fin quasi a perdersi, risultando limitato ad una mera pubblicitaria prospettazione di una migliore qualità di vita nel Paese di destinazione, con il risultato di rendere assimilabile la condotta del trafficante di esseri umani, a quella di contrabbandiere di migranti. Nei *travaux préparatoires* il criterio interpretativo per la nozione di "posizione di vulnerabilità" è posto in riferimento a quella situazione nella quale la persona coinvolta non ha reale ed accettabile alternativa se non quella di soggiacere all'abuso»⁽²²⁾. La previsione nell'art. 601 c.p. dell'induzione mediante inganno come modalità di realizzazione del delitto sembra proporre l'ambiguità che nel testo del Protocollo si era voluto evitare.

Nell'art. 601 c.p., modificato con la legge 11 agosto 2003, n. 228, contenente "Misure contro la tratta di persone"⁽²³⁾,

⁽²²⁾ Così, Rosi, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali*, cit., p. 1990.

⁽²³⁾ Uno dei motivi essenziali per il quale gli articoli del codice penale sulla riduzione in schiavitù e sulla tratta sono stati oggetto del travagliato intervento legislativo di riforma conclusosi nel 2003 è costituito dalla carenza di determinatezza delle precedenti formulazioni normative. V. A. PECCIOLI, "Giro di vite" contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone. Il commento, in *Diritto penale e processo*, 2004, n. 1, pp. 36 e 39. Per una rappresentazione dei nuovi delitti in materia di schiavitù e servitù, v. A. MANGIONE, *La tutela penale del minore da violenze, abusi e sfruttamento a sfondo sessuale*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, a cura di Angelo Pennisi, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 168 e ss.; MOLINO, *op. cit.*, pp. 170 e ss.; V. MUSACCHIO, *La nuova normativa penale contro la riduzione in schiavitù e la tratta di persone (L. 11 agosto 2003, n. 228)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, pp. 2446 e ss., pubblicato anche in *Diritto e formazione*, 2004, pp. 787 e ss.; C. NEGRI, *La tutela penale contro la tratta di persone*, in AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, cit., pp. 215 e ss.; E. ROSI, *La moderna schiavitù e la tratta di persone: analisi della riforma. Il ruolo dei pentiti e le sanzioni per le persone giuridiche*, in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 3, pp. 52 e ss.; B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, II ed., Giuffrè, Milano, 2004, pp. 207 e ss.

sono state individuate dal legislatore due modalità di realizzazione del traffico di esseri umani. In un primo caso, viene punito chi realizza la tratta di persone ridotte o mantenute in condizione di schiavitù o servitù: queste sono già succubi del potere di qualcun altro. Nel secondo caso, la riduzione o il mantenimento in stato di schiavitù o servitù forma l'oggetto del dolo specifico dell'agente, l'obiettivo per il quale egli tiene la condotta principale, che è costituita dall'ingresso nel territorio dello Stato o dal soggiornarvi o dall'uscirne o dal trasferirsi al suo interno della persona offesa. Questi spostamenti possono essere, indifferentemente, oggetto di coartazione o di induzione mediante inganno⁽²⁴⁾. È d'uopo sottolineare che una persona è ridotta in stato di soggezione continuativa quando, ai sensi del primo comma dell'art. 600 c.p., è costretta «a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque a prestazioni che ne comportino lo sfruttamento». Quindi, collegando le varie disposizioni, si avrà la tratta dell'art. 601 c.p. anche quando si realizzi l'ingresso nel territorio dello Stato di una persona tramite l'inganno della stessa, per il fine di destinarla a prestazioni che ne determinino lo sfruttamento continuativo. È irrilevante che la persona oggetto del traffico sia italiana o straniera, regolare o clandestina.

Nell'art. 601 c.p., cioè, la cittadinanza non viene, ovviamente, presa in considerazione come criterio di qualificazione della rilevanza penale delle condotte; tanto da ritenersi che, qualora la tratta abbia determinato l'ingresso di un clandestino,

⁽²⁴⁾ MUSACCHIO, *La nuova normativa penale contro la riduzione in schiavitù e la tratta di persone* (L. 11 agosto 2003, n. 228), cit., pp. 2449-2450, critica questa interpretazione della seconda modalità di realizzazione della tratta, perché contraria al principio costituzionale di eguaglianza. Secondo l'Autore, «il riferimento al delitto di cui al 1° comma dell'art. 600 c.p., che diviene oggetto del dolo specifico sancito dall'art. 601 c.p., deve intendersi limitato al mantenimento dello stato di schiavitù e non anche alla riduzione. In altri termini, un soggetto potrà essere perseguito ai sensi dell'art. 601 c.p., a titolo di reato consumato e non meramente tentato, solo allorquando induca o costringa al trasferimento (o alla permanenza) una persona che si trova già in una situazione di schiavitù (intesa come soggezione continuata a cui ha fatto seguito uno sfruttamento), al fine di continuarne, mantenerne lo status. Di contro, se la condotta di induzione o di costrizione è rivolta ad un soggetto ancora libero, al fine di ridurlo in schiavitù, si avrà semmai (al ricorrere di tutti gli elementi richiesti) un tentativo ex art. 600 e non un delitto consumato ex art. 601». In senso contrario, e quindi in modo conforme all'interpretazione dell'art. 601 c.p. riportata nel corpo del testo, Rosi, *La moderna schiavitù e la tratta di persone: analisi della riforma. Il ruolo dei peniti e le sanzioni per le persone giuridiche*, cit., p. 57.

si avrà concorso formale tra la previsione codicistica e la disciplina dell'art. 12 del testo unico sull'immigrazione⁽²⁵⁾.

V'è, al proposito, però, la necessità di alcune precisazioni. Intanto, le varie ipotesi criminose contemplate nell'art. 12 del testo unico sull'immigrazione sono precedute da una clausola di salvaguardia, dalla quale si potrebbe evincere, cioè, la prevalenza, nel caso di concorso, della disposizione sul traffico di persone. In secondo luogo, va evidenziato che le differenze fra favoreggiamento dell'immigrazione clandestina e tratta possono davvero ridursi ai minimi termini.

Si commette il delitto di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, fra l'altro, quando si agevola l'ingresso in Italia di stranieri in violazione delle norme sull'accesso legale nel nostro territorio. Il fatto può essere qualificato dal dolo specifico di destinare gli stranieri reclutati al mercato della prostituzione o comunque di sfruttarli sessualmente. La differenza rispetto alla precedente ipotesi della tratta risiede nella realizzazione o meno del fatto tramite inganno. La relazione che si viene a creare tra autore e clandestino determina così l'inquadramento del dato storico nell'una o nell'altra fattispecie. Le diversità sanzionatorie possono essere, però, di una certa consistenza, se si considera che la pena prevista nel caso di tratta è la reclusione da otto a venti anni, aumentata da un terzo alla metà se il delitto è diretto, fra l'altro, ai sensi del secondo comma dell'art. 601 c.p., allo sfruttamento della prostituzione, mentre quella prevista per il favoreggiamento aggravato dell'immigrazione clandestina è la reclusione da cinque a quindici anni e la multa di venticinquemila euro per ogni persona di cui si agevola l'ingresso.

In questa disposizione il testo unico sull'immigrazione manifesta la sua vocazione ambigua di strumento di controllo e contenimento, da una parte, e di lotta contro le forme criminali più detestate, dall'altra.

Inoltre, secondo la definizione dell'art. 601 c.p., la tratta può essere realizzata costringendo – ma è più ragionevole ritenere inducendo – la vittima al trasporto mediante approfittamento «di una situazione di necessità». Appare difficile dubitare che gli sbarchi dei clandestini siano dovuti al bisogno di que-

⁽²⁵⁾ Cfr. G. AMATO, *Tratta di persone: dal 7 settembre più tutela con il restyling dei reati. La condizione della vittima qualifica il delitto*, in *Guida al diritto*, 13 settembre 2003, n. 35, p. 47. Di avviso conforme PECCIOLI, *op. cit.*, p. 43, secondo la quale la configurabilità del concorso deriva dalla diversità dei beni giuridici protetti tramite le due norme: rispettivamente, la libertà personale e la sicurezza interna. Da ciò deriverebbe la non operatività del principio di specialità.

ste persone di cercare delle opportunità per migliorare le proprie condizioni di vita e il solo fatto di chiedere un corrispettivo per effettuare il trasporto illegale dovrebbe costituire così approfittamento di una situazione di necessità da parte del vettore. In questa ipotesi, però, se il trasportatore non è animato dal dolo specifico di ridurre gli stranieri in schiavitù o soggezione continuativa, risponderà del solo illecito di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina aggravato dal fine locupletativo e punibile con la reclusione da quattro a dodici anni e la multa di quindicimila euro per ogni persona di cui si agevoli l'accesso.

Il legislatore, in sostanza, con tutte queste previsioni – quindi anche con quelle contenute nel testo unico sull'immigrazione e dettate per il fine prioritario della regolamentazione dei flussi di stranieri – pare abbia predisposto una tutela rafforzata contro ogni situazione di sfruttamento degli individui, soprattutto il traffico di uomini, visto che anche le norme del testo unico sull'immigrazione, cui si è fatto riferimento, possono essere considerate tendenzialmente orientate a questo fine⁽²⁶⁾.

In particolare, al fine di realizzare un'ampia protezione dei soggetti passivi del traffico di esseri umani, nell'art. 12 della legge n. 228 del 2003 – con cui, come si è accennato, sono stati modificati gli artt. 600 e ss. del codice penale – è stata prevista l'istituzione di un fondo per le misure anti-tratta e nell'art. 13 la elaborazione di uno speciale programma di assistenza in favore delle vittime dei delitti di riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù e di tratta. Questo programma è volto a garantire, in via transitoria, adeguate condizioni di alloggio, di vitto e di assistenza sanitaria. Se la vittima dei reati contemplati negli artt. 600 e 601 c.p. è uno straniero, per espressa previsione normativa è fatta salva l'applicabilità dell'art. 18 del testo unico sull'immigrazione, relativo al soggiorno per motivi di protezione sociale, rispetto al quale cioè il programma di assistenza costituisce misura aggiuntiva e concorrente. Nel primo comma di questo art. 18 è stabilito che «quando, nel corso di operazioni di polizia, di indagini o di un procedimento per taluno dei delitti di cui all'articolo 3 della legge 20 febbraio 1958, n. 75 [la c.d. legge Merlin in materia di prostituzione], o di quelli previsti dal-

⁽²⁶⁾ Si rinvia ad altra sede la trattazione delle peculiarità applicative connesse al regime delle circostanze aggravanti contemplate nell'art. 12 del testo unico sull'immigrazione a seguito delle modifiche apportate con la c.d. legge Bossi-Fini del 2002. Per alcune considerazioni mi permetto di indicare il mio *La tutela penale contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, cit., pp. 196 e ss.

l'articolo 380 del codice di procedura penale [per i quali è prevista l'obbligatorietà dell'arresto in flagranza], ovvero nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali, siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero ed emergano concreti pericoli per la sua incolumità, per effetto dei tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita ad uno dei predetti delitti o delle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio, il questore, anche su proposta del procuratore della Repubblica, o con il parere favorevole della stessa autorità, rilascia uno speciale permesso di soggiorno per consentire allo straniero di sottrarsi alla violenza e ai condizionamenti dell'organizzazione criminale e di partecipare ad un programma di assistenza e integrazione sociale»⁽²⁷⁾.

Sembra importante sottolineare che nella prima risoluzione del Parlamento europeo in materia di tratta degli esseri umani, risalente al 1989, ci si proponeva di tutelare in modo accentuato le vittime del traffico, stimolandole alla denuncia degli sfruttatori, senza timore di essere espulse immediatamente⁽²⁸⁾. Il disancoraggio della concessione degli strumenti di protezione dalla collaborazione con le autorità investigative costituisce così il modo per realizzare la prevalenza dei diritti umani sulle esigenze di ordine e sicurezza.

3. Il clandestino autore di reati.

Un altro aspetto della questione del rapporto fra sistema penale e persone straniere occorre prendere in considerazione. L'atteggiamento di apertura verso il clandestino, cui si è fatto cenno con riferimento alle norme in materia di traffico di persone, sembra mutare allorquando costui commetta dei reati. In questo caso si prevedono soluzioni peculiari, diverse da quelle stabilite per i cittadini, nella reazione del sistema penale al comportamento criminale.

⁽²⁷⁾ In argomento, G. BATTAGLIA, *Tratta degli esseri umani e immigrazione clandestina: protezione e collaborazione delle vittime. La direttiva 81/2004 e l'articolo 18 D.Lgs. 286/98: modelli a confronto*, in *Stranieri*, 2004, pp. 422 e ss.; M. VIRGILIO, *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, n. 1, pp. 31 e ss.

⁽²⁸⁾ In tal senso, SCARPA, *op. cit.*, p. 53.

Il trattamento penale dello straniero pare improntato, infatti, alla logica retributiva. Se quegli commette un illecito grave, la pena viene eseguita e le esigenze di prevenzione sociale vengono rimesse all'applicazione della misura di sicurezza dell'espulsione. Quando l'illecito non è grave, si può procedere all'espulsione in sostituzione dell'esecuzione della pena, in considerazione dell'assenza di responsabilità da parte dello Stato, nell'ottica rieducativa, verso tali soggetti per l'assenza del legame della cittadinanza. In questo modo lo straniero si trova esposto al rischio di un allontanamento forzoso sempre possibile. L'assenza del requisito della cittadinanza gli impone, così, di essere più diligente di quanto si richieda all'autoctono.

Non va taciuto che questo atteggiamento di contrapposizione, al di là delle valutazioni etiche e in un'ottica meramente utilitaristica, ha senso fintanto che il legame fra spazio e reato sia imprescindibile; perché, se così non fosse, la sola espulsione non svolgerebbe adeguata funzione preventiva.

La previsione di norme penali a tutela dell'ordine pubblico, compromesso dai flussi irregolari di stranieri, non costituisce di per sé causa di disapprovazione. Il rischio è invece rappresentato dal non corretto inquadramento del fatto storico. La manifestazione del consenso da parte degli stranieri ad essere trasportati non sembra, infatti, requisito sufficiente per elidere il carattere di soggiorno con cui il trasporto viene realizzato. Nella lettera b) dell'art. 3 del Protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo è stabilito che «Il consenso di una vittima della tratta di persone allo sfruttamento di cui alla lettera a) del presente articolo [in cui è richiesto un atteggiamento di coazione] è irrilevante nei casi in cui qualsivoglia dei mezzi di cui alla lettera a) è stato utilizzato». Inoltre, se la tratta riguarda un minore degli anni diciotto, il fatto è integrato anche quando il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, l'ospitare o l'accogliere non comportino l'utilizzo di alcuna delle modalità coercitive previste nella lettera a) dell'art. 3. A questa considerazione, v'è da aggiungere che molto spesso sono quegli stessi stranieri, che sono stati soggetti alla tratta, a diventare, per necessità o costrizione, gregari delle medesime organizzazioni criminali che hanno gestito il traffico⁽²⁹⁾.

⁽²⁹⁾ In ROSI, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali*, cit., p. 1987, viene evidenziato che spesso è l'emergere dell'attività illegale svolta dallo straniero nel Paese di destinazione a costituire la fonte della scoperta del traffico di persone. Attraverso un procedimento a ritroso, cioè, le autorità vengono a conoscenza delle modalità del reclutamento nello Stato d'origine, del trasporto e dello sfruttamento del migrante, potendo così risalire agli autori di queste condotte delinquenziali.

In uno studio di qualche anno fa⁽³⁰⁾ si è cercato così di dimostrare che «una parte della criminalità commessa dagli stranieri (per lo più clandestini) debba essere messa in correlazione con le operazioni di traffico e con lo sfruttamento delle organizzazioni criminali che si dedicano alle migrazioni illegali. Ed inoltre, con buona probabilità, tanto più i gruppi criminali che forniscono migrazione illegale (traffico di migranti) sono organizzati, tanto più alta sarà la possibilità che i migranti che hanno usufruito dei loro servizi (i trafficati) siano introdotti in circuiti criminali paralleli (prostituzione, spaccio di droga, furto, accattonaggio, lavoro nero)». «Il tutto potrebbe essere schematizzato nel modo che segue. Le politiche migratorie restrittive degli stati ricchi, scontrandosi con le precarie condizioni economiche, sociali e politiche degli stati in via di sviluppo, generano una domanda di migrazione illegale. La domanda di immigrazione, i controlli intensificati alle frontiere che riducono la possibilità di una migrazione illegale 'artigianale', la scarsità, la non omogeneità e, in alcuni casi, la mancanza di penalizzazione del traffico, insieme alla possibilità di alti profitti, creano opportunità criminali. Queste opportunità sono utilizzate da organizzazioni criminali, diverse per spessore e caratteristiche, che offrono servizi di traffico. Tanto più questi gruppi criminali che 'agevolano' la migrazione sono organizzati, tanto più alta sarà la probabilità che i trafficati rimangano in balia delle organizzazioni criminali e da queste vengano sfruttati attraverso il compimento di attività illecite. Negli stati di destinazione, con buona probabilità, aumenteranno le denunce, le condanne e le incarcerazioni per reati di droga, o per quelli connessi alla prostituzione, o alla contraffazione di documenti (che è attività assai utile per gli scopi delle organizzazioni criminali che si dedicano all'illecito che si sta descrivendo), pur non aumentando proporzionalmente la quota legale degli immigrati presenti (che può essere definita 'quota visibile')»⁽³¹⁾. Questa situazione deriverebbe dal fatto che «I membri di questi gruppi criminali, oltre a commettere essi stessi reati nei paesi di destinazione, riuscirebbero ad instaurare un rapporto di dipendenza e di asservimento nelle loro vittime (i trafficati), come conseguenza del debito contratto dai clandestini, della condizione di marginalità ed emarginazione di questi ultimi e del legame etnico che spesso unisce l'organizzazione trafficante al

⁽³⁰⁾ V. E. U. SAVONA - A. DI NICOLA, *Migrazioni e criminalità. Trent'anni dopo*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1998, pp. 171 e ss.

⁽³¹⁾ Così, SAVONA - DI NICOLA, *op. cit.*, pp. 181-182.

trafficato. Una parte dei trafficati verrebbe così utilizzata come manovalanza nelle attività illecite»⁽³²⁾.

Il comportamento criminale dei clandestini costituisce così la spia della condizione di soggiogamento.

4. Alcune ragioni della specialità nella considerazione dell'altro.

Il concetto di estraneità è risultato a lungo determinato dalla distanza, soprattutto fisica, tra le realtà. Nel passato le difficoltà di comunicazione e trasporto rendevano concreto il significato del confine, del limite, della diversità. Il superamento di queste difficoltà è servito a rendere qualitativo il contenuto della vicinanza, nel senso che essa tende ad esprimere uno stato d'animo, di condivisione e comprensione di fatti e valori la cui geografia appare ininfluyente: il timore verso gli stranieri è dovuto allora alla distanza con la quale essi sono percepiti⁽³³⁾.

Le motivazioni della differenziazione di trattamento fra cittadino e straniero sono certamente complesse e, tra le varie spiegazioni, non può escludersi il timore della diversità.

In un articolo di Roberto Escobar si è affrontato il tema della percezione che si ha dello straniero, della sua diversità⁽³⁴⁾.

La logica semplice della contrapposizione in due blocchi di potere antagonisti fino al crollo del muro di Berlino aveva reso, in un certo senso, agevole l'individuazione dell'altro da sé, percepito come distante e separato. La storia ha però determinato il mutamento del paradigma rappresentativo dell'alterità. «Alla categoria politico-paranoica del *nemico* – che come tale è straniero – sembra succedere quella dello *straniero* – che come tale è nemico»⁽³⁵⁾.

Ritenere che le vicende politiche della storia siano la causa dell'immediatezza del contatto con la diversità può essere parziale. L'evoluzione tecnologica, la globalizzazione, economica e delle informazioni soprattutto, e le spinte migratorie che ad essa sono connesse hanno favorito l'abbattimento di tempo e spazio, «antichi muri divisorii tra noi e gli altri», trasformando il

⁽³²⁾ SAVONA - DI NICOLA, *op. cit.*, p. 191.

⁽³³⁾ Per questi spunti, cfr. Z. BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Roma-Bari, 1999, pp. 15 e ss.

⁽³⁴⁾ V. R. ESCOBAR, *Rivalità e mimesi. Lo straniero interno*, in *Filosofia politica*, 1992, pp. 79 e ss.

⁽³⁵⁾ ESCOBAR, *op. cit.*, p. 79.

rapporto con lo straniero da separazione in confronto, necessitato dalla *loro* presenza nei *nostri* luoghi, tanto da poterli considerare come *stranieri interni*⁽³⁶⁾.

Quale può essere la reazione a questa commistione: il rifiuto, la loro assimilazione al nostro contesto o la modificazione da parte nostra, in ogni caso secondo un approccio unilaterale. Oppure una relazione biunivoca di integrazione, di reciprocità.

La ragione dell'intolleranza o, quantomeno, della differenza può avere origini molteplici. A livello individuale, per esempio, alla base del conflitto possono sussistere la somiglianza e la vicinanza, le piccole differenze, che scatenerebbero effetti contraddittori di collaborazione e ostilità, come nelle relazioni familiari⁽³⁷⁾. A livello collettivo, la diversità può essere vista come minaccia per la coesione del gruppo e generare così effetti di odio sociale, riferiti all'altro non in quanto individuo ma in quanto espressione dell'insieme cui ci si contrappone⁽³⁸⁾.

Quando l'altro si insinua nel gruppo diviene un nemico interno, tanto che bisogna svilirne la qualità umana e quasi oggettivarlo.

Con queste brevi considerazioni non si vuole affermare la preferenza per un approccio necessariamente solidaristico al tema dell'immigrazione. Il criterio dell'esclusione può anche costituire il *leit motiv* della politica. La prevalenza dell'idea della sovranità nazionale per definire l'ambito d'interesse e di responsabilità presenta una razionalità molto forte; pecca forse, però, di semplicismo, nella misura in cui non tiene nel dovuto conto la complessità del fenomeno e le sue implicazioni anche giuridiche.

Dal punto di vista teorico, l'approccio localistico perde di rilevanza in rapporto alla dimensione globale dei problemi e delle strategie necessarie per affrontarli. Le interconnessioni – economiche, sociali, culturali – a livello planetario riducono, da un lato, le differenze, le rendono, dall'altro, macroscopiche, conoscibili. Le distanze, di spazio e di tempo, che probabilmente costituiscono il primo paradigma della diversità, diventano circoscritte, se non addirittura nulle.

Nel concreto, poi, non pare pragmatico l'atteggiamento di chiusura verso l'altro. Intanto, sembra illusorio l'effetto di deterrenza in connessione con le politiche di respingimento. Finanche la minaccia del ricovero in un carcere italiano ben difficilmente può costituire un freno al bisogno di fuga dai Paesi del terzo mondo.

⁽³⁶⁾ ESCOBAR, *op. cit.*, p. 80.

⁽³⁷⁾ V. ESCOBAR, *op. cit.*, pp. 82-83.

⁽³⁸⁾ V. ESCOBAR, *op. cit.*, pp. 88 e ss.

Inoltre, la stessa praticabilità delle espulsioni presuppone la sussistenza di accordi con i governi dei Paesi di provenienza dei migranti, che, anche qualora vi siano, come nel caso della Libia, non sempre risultano pienamente efficaci; a dimostrazione del fatto che il problema dell'immigrazione è innanzitutto politico e che la disciplina giuridica serve marginalmente alla realizzazione degli obiettivi di contenimento e controllo.

Infine, anche l'entità del problema della presenza dei clandestini può ritenersi minima rispetto ai rischi, non sufficientemente considerati, dell'emigrazione delle nostre imprese verso contesti di migliore "produttività", lasciando al nostro governo il compito di sostenere i costi dello Stato sociale e della democrazia. Ovviamente, questi aspetti della problematica vanno congruamente bilanciati con l'esigenza della corretta gestione dei flussi e con i rischi di criminogenesi connessi con gli arrivi non calmierati, a causa delle condizioni di povertà estrema di queste persone e della prossimità del disagio economico alla devianza. La questione da sviscerare, così, pare essere l'esatta comprensione del problema, delle dinamiche che innesca e dell'adequatezza dei rimedi predisposti.

Non certo secondario è l'aspetto giuridico della questione della disparità di trattamento. Nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 è chiaramente affermata la libertà di movimento per ciascuna persona. «Ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio [...]» è il contenuto del secondo comma dell'art. 13 del testo normativo. Certo, a tale diritto non è fatto corrispondere, espressamente e immediatamente, il dovere di ogni Stato di accogliere i non-cittadini, né sono esplicitate eventuali condizioni per l'esercizio del diritto o per la sussistenza del dovere corrispettivo. Tuttavia, l'accettazione della c.d. cittadinanza cosmopolitica – le cui implicazioni sarebbero di certo enormi – non costituirebbe una conquista dell'evoluzione estrema del modello dello Stato sociale. Già nel XVI secolo, nota Luigi Ferrajoli, era stato sostenuto il diritto all'universalismo della condizione umana. In uno scritto di Francisco de Vitoria del 1539 i diritti di circolazione e residenza erano riconosciuti a tutti come strumenti di realizzazione del diritto alla comunicazione interculturale alla base della c.d. società mondiale. D'altronde, a quel tempo la Spagna aveva bisogno di giustificare le campagne espansionistiche nel nuovo mondo e di fondarle su un'etica plausibile⁽³⁹⁾.

⁽³⁹⁾ V. L. FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in AA.VV., *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di Danilo Zolo, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 290-291.

Sembra indiscutibile che, almeno in quel caso, il rapporto con la diversità venisse qualificato da ragioni utilitaristiche.

Non va dimenticato che ciò che si tenta di analizzare non è tanto la razionalità penalistica delle previsioni quanto l'opportunità criminologica, è l'adeguatezza delle statuizioni, in astratto tendenzialmente ineccepibili, alla qualità del fenomeno nella sua dimensione storica concreta.

Anche oggi pare difficile escludere che la libertà di migrare vada annoverata fra i c.d. diritti umani, soprattutto se letta in relazione alle condizioni di vita precarie in cui versano i fuggiaschi. Non si tratta, cioè, di assecondare semplicemente l'aspirazione umana – pur legittima – alla scoperta dell'ignoto e del diverso, quanto di riconoscere il diritto ad un'esistenza dignitosa.

Le discussioni, politiche e dottrinarie, sul tema dei diritti umani sono copiose e vivaci a causa delle difficoltà che vi si connettono: la definizione di una categoria concettuale generale e astratta, fondamento di una vera e propria teoria generale dei diritti umani⁽⁴⁰⁾; il piano astratto della individuazione dei contenuti, di impervia generalizzabilità per i frequenti contrasti culturali ed assiologici fra singoli contesti; la dimensione pratica dell'effettività della tutela, la determinazione cioè di un'autorità giurisdizionale di salvaguardia.

Il problema più serio pare costituito dalla contraddizione che nasce dalla pretesa di universalità di tali diritti e dalla necessità di una loro determinazione in positivo, ancora anche a livello locale, non sussistendo un'autorità internazionale – o meglio sovranazionale – con competenza diretta in ogni luogo del pianeta: resiste strenuamente l'intangibilità della sovranità nazionale.

Il perseguimento di logiche autarchiche – di un'autarchia moderna intesa non come autosufficienza nella produzione dei mezzi di sostentamento, ma come capacità di generare ricchezza di scambio adeguata al soddisfacimento delle esigenze del gruppo sociale – dovrebbe renderci tutti favorevoli alle proposte secessioniste dei più ricchi. Neghiamo, i più, la giustezza di tali propositi sulla base di un'identità, sebbene poi diventi difficile definirne i confini. Anche qualora fosse possibile la creazione di isole, alcuni problemi presenterebbero comunque dimensione planetaria. L'ecologia, il nucleare impongono comunanza; e questa comunanza è data dalla qualità umana e dalla convivenza su un unico pianeta.

⁽⁴⁰⁾ V. sull'argomento L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, a cura di Giovanni Tinebra e Alessandro Centonze, Giuffrè, Milano, 2004.

AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, a cura di Angelo Pennisi, Giuffrè, Milano, 2004.

Salvatore ALEO, *Sistema penale e criminalità organizzata. Le figure delittuose associative*, II ed., Giuffrè, Milano, 2005.

Salvatore ALEO, *Sul problema della definizione della criminalità organizzata alla luce della Convenzione di Palermo*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2003, f. 1-2, pp. 1 e ss.

Giuseppe AMATO, *Tratta di persone: dal 7 settembre più tutela con il restyling dei reati. La condizione della vittima qualifica il delitto*, in *Guida al diritto*, 13 settembre 2003, n. 35, pp. 45 e ss.

M. Cherif BASSIOUNI, *Introduzione a AA.VV., Il traffico internazionale di persone*, a cura di Giovanni Tinebra e Alessandro Centonze, Giuffrè, Milano, 2004, pp. XI e ss.

Giuseppe BATTAGLIA, *Tratta degli esseri umani e immigrazione clandestina: protezione e collaborazione delle vittime. La direttiva 81/2004 e l'articolo 18 D.Lgs. 286/98: modelli a confronto*, in *Stranieri*, 2004, pp. 422 e ss.

Zygmunt BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Laterza, Roma-Bari, 1999.

Ulrich BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Carocci, Roma, 1999.

Luigi BONANATE, *I doveri degli Stati*, Laterza, Roma-Bari, 1994.

Antonio CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Laterza, Roma-Bari, 1998.

Roberto ESCOBAR, *Rivalità e mimesi. Lo straniero interno*, in *Filosofia politica*, 1992, pp. 79 e ss.

Luigi FERRAJOLI, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in AA.VV., *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, a cura di Danilo Zolo, Laterza, Roma-Bari, 1994, pp. 263 e ss.

Luigi FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di Ermanno Vitale, Laterza, Roma-Bari, 2001.

Maria Grazia GIAMMARINARO, *I diritti delle vittime nel processo penale, con particolare riferimento alle vittime del traffico di persone*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2004, f. 3, pp. 28 e ss.

Enrico LANZA, *La problematica penalistica nella disciplina dell'immigrazione*, in *Rassegna penitenziaria e criminologica*, 2002, n. 3, pp. 15 e ss.

Enrico LANZA, *La tutela penale contro il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina*, in AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, a cura di Giovanni Tinebra e Alessandro Centonze, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 185 e ss.

Bianca LA ROCCA, *Prostitute? No, prostitute*, in *Narcomafie*, 2002, n. 3, pp. 46 e ss.

Angelo MANGIONE, *La tutela penale del minore da violenze, abusi e sfruttamento a sfondo sessuale*, in AA.VV., *La giustizia penale minorile: formazione, devianza, diritto e processo*, a cura di Angelo Pennisi, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 167 e ss.

Domenico MANZIONE, *La lotta alla tratta degli esseri umani*, in *Legislazione penale*, 2003, pp. 327-328.

Gualtiero MICHELINI, *I protocolli delle Nazioni Unite contro la tratta di persone e contro il traffico di migranti: breve guida ragionata*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2002, n. 1, pp. 37 e ss.

Pietro MOLINO, *Le nuove misure contro la schiavitù e la tratta di persone: un altro tassello nella legislazione penale in tema di immigrazione*, in *Rivista di polizia*, 2004, f. 3-4, pp. 170 e ss.

Vincenzo MUSACCHIO, *La nuova normativa penale contro la riduzione in schiavitù e la tratta di persone (L. 11 agosto 2003, n. 228)*, in *Giurisprudenza italiana*, 2004, pp. 2446 e ss. e in *Diritto e formazione*, 2004, pp. 787 e ss.

Vincenzo MUSACCHIO, *Schiavitù e tratta di esseri umani: analisi del fenomeno ed esigenza d'una normativa penale internazionale*, in *Diritto di famiglia e delle persone*, 2003, pp. 236 e ss.

Carlo NEGRI, *La tutela penale contro la tratta di persone*, in AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, a cura di Giovanni Tinebra e Alessandro Centonze, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 215 e ss.

Annamaria PECCIOLI, *"Giro di vite" contro i trafficanti di esseri umani: le novità della legge sulla tratta di persone. Il commento*, in *Diritto penale e processo*, 2004, n. 1, pp. 36 e ss.

Bartolomeo ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, II ed., Giuffrè, Milano, 2004.

Elisabetta ROSI, *La moderna schiavitù e la tratta di persone: analisi della riforma. Il ruolo dei pentiti e le sanzioni per le persone giuridiche*, in *Diritto e giustizia*, 2004, n. 3, pp. 52 e ss.

Elisabetta ROSI, *La tratta di esseri umani e il traffico di migranti. Strumenti internazionali*, in *Cassazione penale*, 2001, voce 991, pp. 1986 e ss.

Elisabetta ROSI, *Le misure internazionali per la lotta contro le forme di criminalità connesse al fenomeno migratorio*, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, 2002, pp. 178 e ss.

Ernesto U. SAVONA - Andrea DI NICOLA, *Migrazioni e criminalità. Trent'anni dopo*, in *Rassegna italiana di criminologia*, 1998, pp. 171 e ss.

Silvia SCARPA, *L'Unione europea e la lotta alla nuova tratta di esseri umani*, in *Affari sociali internazionali*, 2005, n. 1, pp. 51 e ss.

Filippo SPIEZIA - Federico FREZZA - Nicola Maria PACE, *Il traffico e lo sfruttamento di esseri umani. Primo commento alla legge di modifica alla normativa in materia di immigrazione ed asilo*, Giuffrè, Milano, 2002.

Giovanni TINEBRA - Alessandro CENTONZE, *I flussi migratori clandestini ed il traffico internazionale di persone*, in AA.VV., *Il traffico internazionale di persone*, a cura di Giovanni Tinebra e Alessandro Centonze, Giuffrè, Milano, 2004, pp. 149 e ss.

Maria VIRGILIO, *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, n. 1, pp. 31 e ss.

RIASSUNTO

La condizione di clandestinità può riguardare due problematiche diverse, ma strettamente connesse: il c.d. traffico di migranti, cioè il passaggio delle frontiere in assenza dei requisiti prescritti nella legge, e la c.d. tratta degli esseri umani, consistente nella riduzione e nel mantenimento di persone – normalmente clandestini – in uno stato di soggezione continuativa. Di particolare rilevanza criminale è la dimensione organizzativa di queste attività, realizzate principalmente da gruppi con una struttura transnazionale. La consapevolezza di questa dimensione ha spinto la comunità internazionale ad adottare degli strumenti comuni di contrasto del crimine organizzato. Nel sistema italiano, la funzione repressiva di questi fenomeni è affidata ad alcune norme. In particolare, all'art. 601 c.p., in cui è prevista la punizione di chi effettua la tratta delle persone; ed all'art. 12 del testo unico sull'immigrazione, in cui è prevista la punizione di chi favorisce l'ingresso irregolare di stranieri nel territorio dello Stato. Malgrado, però, sia nel codice penale che nel testo unico sembra che il legislatore abbia voluto tutelare le persone oggetto della tratta e dell'attraversamento illegale delle frontiere, i soggetti passivi del delitto di tratta sono considerati vittime, mentre chi si reca nel territorio dello Stato in violazione delle norme di legge commette un illecito amministrativo e va espulso. Occorre chiedersi, in particolare, se è distinguibile, in concreto, il comportamento di chi contratta il proprio ingresso illegale in altro Stato da quello di chi lo subisce in condizione di soggezione. L'ambiguità nel modo di trattare gli stranieri clandestini si fa più evidente quando essi commettono dei reati, perché sono passibili, nei casi di illeciti di minore entità, dell'espulsione immediata in luogo della pena. Il modo in cui lo Stato decide di trattare gli stranieri, anche clandestini, va oggi considerato in relazione al fenomeno della globalizzazione, soprattutto economica, della perdita di rilevanza della sovranità nazionale, dell'esigenza di predisporre strategie comuni per affrontare i problemi della comunità mondiale.

SUMMARY

The condition of clandestineness may concern two problems, different but strictly linked: smuggling of emigrants, that is borders cross without legal requirements, and trafficking of human beings, that consists in reduction or maintenance of people – who are normally clan-

destine – in a continuative subjection condition. The organizational dimension of these activities is particularly important, realized principally by groups characterized by a transnational structure. The consciousness of this dimension has forced international community in adopting common instruments of contrast of organised crime. In the Italian system, the repressive function of these phenomena is given to some rules. Specifically, to article 601 of penal code, where punishment of people who traffic human beings is provided; and to article 12 of consolidation act concerning immigration, where punishment of people who let the illegal entry of foreigners in national territory is provided. Even though it seems that, both in penal code and in consolidation act, the legislator wanted to protect people trafficked and smuggled, only trafficked people are considered as victims, whereas the clandestine people are authors of an administrative offence and must be expelled. It's important to understand if it's possible to distinguish concretely the behaviour of the person who negotiates his illegal entry in another State from that of the person who is obliged to bear it in subjection condition. The ambiguity in the way of treating clandestine people is more evident when they commit crimes, because, if the offence is not serious, they may be immediately expelled instead of imprisoned. The way in which a State decide to treat foreigners, even if clandestine, must be put in relation, nowadays, with globalization, specially economical, with the lack of significance of national sovereignty, with the need of using common strategies to face world wide problems.

RÉSUMÉ

La condition de clandestinité peut concerner deux problèmes différents, mais très liés entre eux: le trafic de clandestins, c'est-à-dire la traversée des frontières sans respecter les conditions prévues dans la loi, et la traite des êtres humains, qui consiste dans la réduction ou dans le maintien des personnes – normalement clandestins – dans un état d'assujettissement continué. L'organisation de ces activités par des groupes internationaux est particulièrement importante du point de vue criminel. Pour cette raison, la communauté internationale a adopté des instruments communs pour lutter contre le crime organisé. Dans le système italien, la fonction de répression de ces phénomènes est attribuée à des règles spécifiques. En particulier, l'article 601 du code pénal punit ceux qui font la traite des personnes; et l'article 12 du texte unique sur l'immigration punit ceux qui permettent l'entrée irrégulière des étrangers dans le territoire de l'Etat. Même s'il semble que le législateur ait voulu protéger dans le code pénal et dans le texte unique les personnes qui sont objet de la traite et de la traversée des frontières, on considère les premiers comme des victimes et on chas-

se ceux qui s'introduisent dans le territoire de l'Etat sans respecter la loi. Le clandestin dans ce cas commet seulement un illicite administratif. Il faut établir s'il est possible distinguer en concrète la condition de celui qui négocie la propre entrée illicite et la condition de celui qui subit le transport en condition de sujétion. L'ambiguïté de ces règles est évidente lorsque les clandestins commettent un crime, parce qu'ils peuvent être chassés immédiatement au lieu d'être punis si le crime n'est pas grave. La façon d'affronter le problème des clandestins est influencée aujourd'hui par la globalisation, surtout économique, par la perte d'importance de la souveraineté nationale, par l'exigence d'adopter des stratégies communes pour résoudre les problèmes du monde entier.