

ORIENTAMENTI

ALBERTO DI MARTINO

Stato di bisogno o condizione di vulnerabilità tra sfruttamento lavorativo, tratta e schiavitù Contenuti e metodi fra diritto nazionale e orizzonti internazionali*

Il lavoro, muovendo dall'analisi del requisito dell'approfittamento dello stato di bisogno nel delitto di sfruttamento lavorativo, compie - anche alla luce delle rilevanti fonti extra-nazionali e di importanti documenti di organizzazioni internazionali - una messa a punto, metodologica e contenutistica, del concetto di condizione di vulnerabilità quale elemento modale della condotta che qualifica i più gravi delitti contro la libertà e la dignità dell'individuo.

The article provides a detailed analysis of the "condition of vulnerability" as a constituent element of the offenses of labor exploitation, slavery, and trafficking, enshrined in the Italian Penal Code. Taking extensively into account international and comparative sources, it recommends, as long as the offence definition of the relevant crimes is at stake, a conceptual shift from vulnerability as the absence of "real and acceptable" alternatives to vulnerability as a condition of need, i.e. as an actual absence of means of survival due to the causes of vulnerability. Finally, in order to comply with the nullum crimen principle it advocates a rephrasing of the essentially vague concept of vulnerability, through "indicators" which are widely recognized by international bodies and by the law-in-action of domestic legal orders.

SOMMARIO: 1. Concetto di relazione e prospettiva di contesto: premesse di contenuto e di metodo. - 2. Prospettiva patrimoniale? - 3. Verso una concezione "esistenziale": dal bisogno alla vulnerabilità? - 3.1. Stato di bisogno e «vulnerabilità» esistenziale. - 3.2. Nel diritto internazionale convenzionale. - 3.3. Studio UNODC. - 3.4. Indicatori e direttive operative. - 3.5. Residui critici: sulla nozione di vulnerabilità...- 3.6. (Segue): assorbimento dell'abuso nella prova della vulnerabilità? - 4. Abuso. - 5. Considerazioni riassuntive: stato di bisogno, vulnerabilità, tipicità di contesto (e una possibile revisione normativa). - 6. Corollari: come distinguere lo sfruttamento lavorativo dalla tratta agli stessi fini, e dalla schiavitù.

1. Concetto di relazione e prospettiva di contesto: premesse di contenuto e di metodo

Il presente lavoro intende mettere a fuoco un elemento centrale del delitto di sfruttamento lavorativo recentemente introdotto nell'ordinamento italiano, consistente nell'approfittare dello stato di bisogno della vittima. "Approfittare dello stato di bisogno" è infatti elemento comune ad entrambe le fattispecie di sfruttamento di cui all'art. 603-*bis* c.p.: sia quella che punisce l'intermediario, sia quella che punisce il datore di lavoro.

Sia pure, come si vedrà, scegliendo una locuzione (lo «stato di bisogno») apparentemente più familiare al diritto domestico - civile e penale -, il legislatore evoca anche in questo delitto una novità addirittura cruciale, seppure anco-

* Il presente lavoro, come il precedente già apparso in *questa Rivista*, n. 3/2018, costituisce parte di un più ampio studio in tema di sfruttamento lavorativo come reato.

ra troppo acerba di analisi nella dottrina penalistica italiana, che ha già trovato ingresso nella tipicità di alcuni fra i più gravi reati contro la libertà individuale: la menzione della condizione di vulnerabilità della vittima e del suo abuso come modalità tipica di condotta che si aggiunge alle tradizionali forme di instaurazione d'un potere illecito su altri individui, consistenti in violenza, minaccia, inganno, abuso di potere.

L'“abuso di posizione di vulnerabilità” è requisito previsto dagli strumenti internazionali che, variamente, impongono agli Stati obblighi di penalizzazione di condotte di sfruttamento realizzate in diversi contesti: dalla tratta a fini, fra l'altro, di sottoposizione a lavoro forzato od obbligatorio (prevista dal protocollo contro la tratta accessorio alla Convenzione di Palermo: di seguito, Protocollo trafficking)¹, alla Convenzione sulla tratta del Consiglio d'Europa (Convenzione di Varsavia, 16 maggio 2005), alla posteriore direttiva europea, sempre contro la tratta (direttiva UE 36/2011). Si è imposto per la via degli obblighi di criminalizzazione anche nel diritto interno; ma il contenuto, oscuro già negli ordinamenti extra-statali di provenienza, non è chiarito neppure in quello di destinazione. E le soluzioni lessicali, come si è appena detto, cangianti: “vulnerabilità” in taluni casi, “bisogno” in altri.

Serve una messa a punto concettuale: in questo lavoro muoveremo dall'analisi della fattispecie più recente (che s'impenna sullo stato di bisogno), per poi ampliare lo sguardo.

Oggetto di critiche frontali da parte dei commentatori², l'espressione modale complessa - «approfittando dello stato di bisogno» - costituisce, come quella affine nel panorama del diritto internazionale e comparato, uno dei requisiti ad un tempo più solidamente attestati e più controversi delle fattispecie - o comunque delle prassi applicative - che ruotano intorno alla condotta di sfruttamento, indipendentemente dallo specifico ambito di azione di quest'ultima: dalla prostituzione allo sfruttamento sessuale, dal lavoro forzato ad altre forme di asservimento, fino allo sfruttamento per la commissione di attività criminali. Nonostante permanga un ambivalente statuto fra potenzialità (d'ampliamento dello spettro di tutela delle vittime) e rischi (di eccessiva dilatazione della fattispecie)³, si cercherà di comprendere se lo sforzo di determi-

¹ *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, Especially Women and Children, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, 15 novembre 2000 (UNTS, vol. 2237, 319).

² Ad es. GABOARDI, *La riforma della normativa in materia di “caporalato” e sfruttamento dei lavoratori: corretto lo strabismo, persiste la miopia*, in *La legislazione penale*, online, 58; TORRE, *Il diritto penale e la filiera dello sfruttamento*, in *Giornale di dir. lav. e di rel. ind.*, 2018, 289 ss., spec. § 2.1.

³ Aspetto particolarmente sottolineato dallo Issue Paper dell'UNODC, *Abuse of a position of vulnerability and other means within the definition of trafficking in persons*, New York, 2013, in particolare

nazione del contenuto, svolto anche a livello internazionale nonché attestato nell'esperienza comparata, sia in grado di orientare opportunamente l'interpretazione del diritto interno (o comunque convalidare linee già congruamente elaborate, in particolare, nella giurisprudenza di legittimità)⁴; nonché se possano esser suggeriti eventuali miglioramenti legislativi, applicabili del resto non soltanto al reato di sfruttamento lavorativo ma all'intero sistema delle fattispecie che prevedano il requisito dell'approfittamento di una situazione di «vulnerabilità» (così, ad esempio, i reati in cui esso appare come modalità di assoggettamento ad uno stato di schiavitù o di servitù, od alla tratta di persone)⁵.

Si tratta, com'è chiaro, di un elemento che si articola in un'espressione di relazione, la quale coniuga – per ricorrere al tradizionale arsenale di concetti penalistici – una “condotta” ed un “presupposto di fatto”; è tuttavia incerto il significato dell'una e dell'altro: non solo della condotta di chi approfitta/abusa, ma anche dello stato di bisogno/vulnerabilità. Non c'è dubbio pertanto che l'uso di questa espressione possa suscitare forti perplessità alla luce del principio di determinatezza – in Italia, com'è noto, di rango costituzionale, ma ben attestato come principio fondamentale di diritto penale anche nel panorama internazionale⁶; una vaghezza che non affliggerebbe invece concetti quali abuso di potere o di autorità, che sarebbero – almeno secondo alcuni interpreti –⁷ più «misurabili», cioè maggiormente determinabili in riferimento

l'intero § 4 (e spec. 76 s.); cfr. anche ILO, *Hard to see, harder to count: Survey guidelines to estimate forced labour of adults and children*, Geneva, 2012² (reperibile in: *ilo.org* ultimo accesso 1.2.2019).

⁴ Cfr. ad esempio Cass., Sez. V, 18 gennaio 2018 n. 17939 (che definisce una vicenda cautelare), con riferimento alla situazione di clandestinità dei lavoratori quale elemento idoneo ad integrare l'approfittamento dello stato di bisogno (che rendeva i lavoratori «disponibili a lavorare in condizioni disagiate»). Si veda tuttavia quanto osservato nel testo a proposito della condotta di approfittamento od abuso (§ 4).

⁵ Per un quadro normativo relativamente al ruolo della vulnerabilità nelle fonti internazionali sia qui sufficiente rinviare a AMALFITANO, *La vittima vulnerabile nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 523 ss. Nella letteratura penalistica sembrano per ora maggiormente approfonditi aspetti legati alla posizione processuale della vittima specialmente vulnerabile: cfr. ad es. MAGGIO, *Giustizia penale e tratta di esseri umani: i risvolti processuali della “vulnerabilità”*, in *Riv. it. med. leg.*, 2017, 687 ss.; QUATTROCOLO, *Vulnerabilità e individual assessment*, in BARGIS, BELLUTA, *Vittime di reato e sistema penale. La ricerca di nuovi equilibri*, Torino, 2017. Si veda tuttavia di recente il «focus» dedicato al tema della vittima e della sua «vulnerabilità» dalla «Rivista italiana di medicina legale e del diritto in campo sanitario»: cfr. fra altri, *ivi*, (oltre al lavoro di Chiara Amalfitano, cit.) BERTOLINO, VARRASO, *Introduzione al focus*, 511 ss.; VENTUROLI, *La vulnerabilità della vittima di reato quale categoria “a geometria variabile” del diritto penale*, in *Riv. it. med. leg.*, 2018, 553 ss. (e spec. il § 4), ove i necessari riferimenti, *partic. in nt.* 25.

⁶ SIEBER, CORNILS, *Nationales Strafrecht in rechtsvergleichender Darstellung*, Allgemeiner Teil, 2, Berlin, 2008 (all'interno dei singoli rapporti nazionali, cfr. spec. il paragrafo relativo alla *lex stricta*).

⁷ GALLAGHER, MC ADAM, *The Abuse of the Position of Vulnerability within the Definition of Traffic-*

a nozioni giuridiche assestate e largamente riconosciute nell'uso. Dubbi tanto più pressanti quanto più grave è la misura della sanzione prevista dalla legge per i reati che vi fanno riferimento.

Nonostante siano state espresse opinioni contrarie, ad esempio nel senso della scarsa capacità selettiva e dunque sostanziale inutilità⁸, sembra invece elemento importante, perché proprio il fatto di aggiungersi allo sfruttamento, nel cui concetto dunque non si esaurisce, determina una selezione ulteriore i cui effetti sono apprezzabili in relazione a casi pratici di cui si avrà modo di parlare (*infra*, § 3.6.). Non costituirebbe reato, infatti, la sottoposizione a condizioni di sfruttamento che non si accompagni anche all'approfittare di uno stato di bisogno; il riferimento a condizioni di difficoltà esistenziali (bisogno/vulnerabilità) di cui si debba propriamente approfittare sembra dunque suscettibile di ridurre - in astratto - l'ambito applicativo della fattispecie. Chi infatti si limiti a reclutare od utilizzare soggetti rispetto ai quali non abbia la consapevolezza delle condizioni di "alternativa bloccata" tra lavorare sfruttati e non lavorare, non sarebbe punibile, non soltanto per difetto di dolo, ma perché potrebbe risultare problematico identificare una condotta di abuso diversa ed ulteriore rispetto allo sfruttamento.

V'è da dire peraltro che, in concreto, da quest'acribia nella delimitazione esegetica non dovrebbero affatto derivare vuoti di tutela, tenuto conto delle realtà di vita alle quali la fattispecie è destinata ad applicarsi ed è sinora stata in effetti applicata. La preoccupazione, come si vedrà (§§ 2 e 3), è piuttosto quella di profilare un requisito che resta irrimediabilmente indeterminato con la conseguenza di dilatare indebitamente l'ambito applicativo del delitto; l'analisi che segue terrà conto anche di questo aspetto.

Una preliminare nota metodologica è comunque utile: quale che sia la plausibilità empirica della scelta normativa di non identificare lo sfruttamento con l'abuso d'una situazione di bisogno, per un verso, e, per altro verso, di richiedere che della condizione di vulnerabilità l'agente propriamente approfitti, abusi, si tratta di una scelta politica, anche internazionalmente attestata, della quale è necessario prendere atto. Si impone pertanto una *considerazione separata* degli elementi menzionati⁹. In questa sede, si affronterà per l'appunto il

king Persons, in PIOTROWICZ, RIJKEN, UHL (eds.), *Routledge Handbook of Human Trafficking*, 2018 (agevolmente consultabile anche in https://works.bepress.com/anne_gallagher/69/), 194 nel testo al richiamo della nota 29 (le AA. richiamano l'opinione di un *public prosecutor* da loro personalmente acquisita).

⁸ Cfr. gli AA ricordati in nota 2.

⁹ Affermazione pacifica anche nel panorama internazionale: UNODC *Guidance Note on 'abuse of a position of vulnerability' as a means of trafficking in persons in Article 3 of the Protocol.* (etc.), 2012 (reperibile in: www.unodc.org), 1.

tema dell'approfittamento di stato di bisogno, o abuso di condizione di vulnerabilità. Da un lato sta la stigmatizzazione di una specifica modalità di condotta, quella dell'abuso; dall'altro il suo presupposto di fatto, cioè la più volte ricordata situazione di bisogno o di vulnerabilità.

A questa stessa distinzione si dovrà prima di tutto conferire un senso. Solo successivamente si tratterà di capire se ed eventualmente in quali limiti il significato dello stato di bisogno possa essere desunto senza residui dal sistema del diritto interno, oppure se possa essere utile il riferimento a rilevanti previsioni extra-nazionali (§ 3.2); od ancora, viceversa, se la soluzione italiana possa essere addirittura preferibile, allo stato, alla locuzione di «vulnerabilità», pur diffusa nell'esperienza comparata (in materia di tratta; *infra*, § 3.5).

Seguirà infine la proposta di interpretare il requisito alla luce della speciale struttura della fattispecie, valutando la possibilità di determinarne il contenuto nella prospettiva della tipicità di contesto (§ 5). Non si tratta di un esercizio semplicemente classificatorio, o peggio retorico. Interpretare (anche) quest'elemento costitutivo come elemento di contesto impone sia un chiarimento culturale fondamentale, sul modo d'intendere la costruzione della fattispecie tipica (*a*); sia una precisazione metodologica sulla proposta interpretativa adottata e suggerita come preferibile (*b*): a fronte di due possibili modi di intendere il concetto di vulnerabilità (uno puramente oggettivo, l'altro soggettivo, che cioè tiene conto del punto di vista della vittima) si dovrà operare una scelta di campo, imprescindibile per le caratteristiche dell'ordinamento penale italiano e in realtà raccomandabile in generale, anche se la visione soggettiva è più consona alle radici criminologiche del concetto¹⁰ e riscontrabile

¹⁰ Mi limito a ricordare alcune prime letture di base (ma trascuro qui posizioni del pensiero femminista, per le quali cfr. tuttavia MACKENZIE, ROGERS, DODDS, *Vulnerability. New Essays in Ethics and Feminist Philosophy*, 2014); ALWANG, SIEGEL, JORGENSEN, *Vulnerability: a view from different disciplines*, Discussion Paper n. 0115 (June 2001), in: www.worldbank.org; HOFFMASTER, *What Does Vulnerability Mean?*, Hastings Center Report, 2006; BURGORGUE-LARSEN, *La vulnérabilité saisie par la philosophie, la sociologie et le droit. De la nécessité d'un dialogue interdisciplinaire*, in Id. (dir.), *La vulnérabilité saisie par les juges en Europe*, Paris, 2014; interessante anche il quadro del contesto europeo offerto da MALCOMSON, *Assessing the factors which influence vulnerability to labour trafficking of migrants in the European region: an integrative literature review* (tesi di master discussa presso il Norwegian Centre for Migration and Minority Health di Oslo, NAKMI), 2017. Approccio filosofico di carattere generale in MILLER, *The ethics of need: agency, dignity, and obligation*, New York-London, 2012 nonché più di recente, sulla dignità, SANGIOVANNI, A., *Humanity without dignity. Moral equality, respect, and human rights*, Cambridge (MA) and London, 2017 (filosofia morale; cfr. almeno p. 99-100 sul rapporto fra consenso e violazione della dignità, dove consenso è definito come il «normative power to make some otherwise impermissible actions permissible»). Sulla relazione tra vittimologia e concetto di vulnerabilità in senso soggettivo cfr. SLOAN III, *Fear of Crime*, in WRIGHT, MILLER (Eds.), *Encyclopaedia of Criminology*, Routledge, New York-London, 2005, vol. I, 546-553 (vulnerabilità come complesso delle caratteristiche personali che possono incidere sulla percezione del rischio di vittimizzazione); FATTAH, *Vic-*

nell'esperienza comparata.

(a) Dal punto di vista dogmatico (o più genericamente giuridico-culturale), quella d'una considerazione separata degli elementi dell'illecito penale rappresenterebbe in realtà una premessa del tutto superflua, per chi si muova nel solco di una tradizione la quale – almeno dopo l'esperienza della dogmatica tedesca del periodo nazionalsocialista e la connessa costruzione impressionistica ed unitaria del reato – tiene ferma l'esigenza di una scomposizione analitica degli elementi costitutivi perché si tratta dell'unico strumento coerente con la natura frammentaria del diritto penale. Tuttavia, l'esigenza metodologica di precisione analitica dev'essere tanto più ribadita, innanzi tutto, in quanto si prenda atto della seduttiva tentazione – riscontrata, come si vedrà, da approfonditi resoconti comparatistici – di semplificare l'accertamento degli elementi costitutivi del reato: queste tentazioni semplificatorie sono attestate sia rispetto al piano oggettivo (in sostanza, si tende ad assorbire la condotta di abuso nel mero riscontro dell'esistenza di una condizione di vulnerabilità), sia rispetto a quello soggettivo, ogni qualvolta sia ritenuta sufficiente la prova della conoscenza di quel presupposto senza richiedere una specifica intenzionalità della condotta di approfittamento dello stato di bisogno (questo diluire la pregnanza soggettiva della condotta porta, d'altronde, ad assottigliare lo stesso profilo oggettivo della condotta quale condotta “abusiva”)¹¹.

In secondo luogo, questa premessa di metodo intende sgombrare il campo da un possibile fraintendimento critico. La proposta di ricostruire anche l'elemento dell'abuso dello stato di bisogno quale elemento di contesto – coerentemente con la struttura generale del reato di sfruttamento lavorativo – non equivale infatti ad affermare un principio di indistinzione analitica, né una idea olistica di *Tatbestand*, di fattispecie penale, di cui debba esser colta la pretesa essenza al di là della dispersione in una somma aritmetica di elementi costitutivi. Com'è appena il caso di avvertire, il pensiero corre qui almeno ai lavori di esponenti di quella famigerata facoltà di truppe d'assalto, la c.d. *Stoßtrupp fakultät* di Kiel, ed in particolare a quelli di Georg Dahm e

timization, Crime: Theories about Vulnerability, ibidem, vol. III, 1714-1718. Dal punto di vista metodologico, e cioè sui paradigmi che nelle varie discipline sono utilizzati per concettualizzare la vulnerabilità («elusive concept»), è utile per descrittività e chiarezza la panoramica di MORET, *Vulnerability Assessment Methodologies: A Review of the Literature*, Marzo 2014: si tratta di un rapporto prodotto per conto della United States Agency for International Development (USAID).

¹¹ Sui rapporti fra “oggettivo” e “soggettivo” cfr. in particolare DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996 (qui specialm. rilevante il cap. III, 117-195); PALIERO, *Oggettivismo e soggettivismo nel diritto penale italiano. Lezioni del corso di diritto penale progredito* (a cura di Perini e Consullich), Milano, 2006 (spec. 48-62).

Friedrich Schaffstein apparsi fra la metà e la fine degli anni Trenta del Novecento, che quella visione unitaria propugnarono in polemica con la concezione analitica classica (per non parlare della voce istituzionale di Roland Freisler)¹².

Al contrario, avvertire che anche questa locuzione - «approfittando dello stato di bisogno» - è articolata, complessa, inevitabilmente relativa al contesto nel quale è realizzata la condotta tipica, ma non per questo del tutto indeterminata, significa imporre di soffermarsi su ciascuno dei suoi componenti, attribuendo ad essi un significato proprio, una razionalità intrinseca, una necessità funzionale, insomma una dignità di requisito strutturale autonomo e non superfluo, che una generica «visione unitaria» o «sguardo all'essenza» - *Ganztzeitsbetrachtung* o *Wesensschau*, come si usò dire nella stagione politica e teorica alla quale si è appena fatto cenno - non solo e non tanto sarebbe inidonea a fornire ma, peggio, non riterrebbe affatto legittimo affermare.

(b) Dal secondo punto di vista, val la pena premettere - in termini per ora del tutto generali - che la necessità d'una lettura "contestuale" dell'elemento in esame è riconosciuta in un rapporto comparatistico istituzionale dello UNITED NATIONS OFFICE FOR DRUGS AND CRIME (di seguito, UNODC). Il documento conclude opportunamente l'indagine sull'abuso della posizione di vulnerabilità quale mezzo di tratta a fini di sfruttamento, sottolineando come si tratti di concetti «contextually relative»¹³, in due sensi: relativi al contesto ordinamentale, sociale, economico in cui la vicenda dev'essere collocata; relativi, inoltre, alla diversa percezione che dello stesso contesto può avere la vittima, come sovente è documentato che accada. Ed infatti, con particolare riferimento a vittime straniere, si osserva che, anche nel caso in cui i lavoratori siano pagati con retribuzioni sensibilmente inferiori agli standard minimi nazionali, e dunque in astratto sono ravvisabili condizioni di sfruttamento, tuttavia gli interessati possono ritenere il loro guadagno significativamente superiore a quanto potrebbero ricevere nel loro Paese, considerandosi dunque non già sfruttati ma casomai valorizzati dalla situazione in cui si trovino¹⁴. La sorte presente finisce pertanto con l'esser percepita come trampolino di lancio per

¹² Si tratta di patrimonio culturale anche della penalistica moderna, che dispensa da un obbligo di citazione. Sulle caratteristiche della teoria del reato nel periodo nazionalsocialista si veda comunque ora la sintesi di VORMBAUM, *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*, Heidelberg etc., 2011², 186-192. Sempre istruttivo consultare, in lingua italiana, BARATTA, *Antinomie giuridiche e conflitti di coscienza. Contributo alla filosofia e alla critica del diritto penale*, Milano, 1963, spec. 12-14 in nt. 8.

¹³ UNODC, *Abuse of a position of vulnerability*, cit., 76.

¹⁴ UNODC, *Abuse of a position of vulnerability*, cit., 77.

un miglioramento delle condizioni di vita rispetto alla realtà da cui si provengono.

Empiricamente una situazione di tal fatta sembra essere attestata, ad esempio, rispetto ai lavoratori cinesi delle manifatture pratesi del settore abbigliamento, almeno in una prima fase storica della potente immigrazione nella zona da parte di lavoratori di quella nazionalità. In alcune indagini si documenta quella ch'è apparsa come un'evoluzione verso un modello di cd. auto-sfruttamento, cioè di volontaria accettazione di condizioni di lavoro qualificate da contratti di lavoro irregolari in tutto o in parte, irregolarità in materia di sicurezza e igiene sul lavoro, irregolarità nell'erogazione della retribuzione e versamento dei contributi, mancato rispetto della normativa in materia di orario, pause, ferie. Tale accettazione di condizioni di lavoro gravose e degradanti avverrebbe esplicitamente per desiderio di ascendere la scala sociale e, probabilmente anche per le caratteristiche del settore merceologico (capi di abbigliamento di qualità medio-bassa e logica commerciale del cd. pronto-moda), raggiungere la posizione di datore di lavoro¹⁵.

Su questo sfondo, la linea interpretativa corre inevitabilmente sul filo sottile di logiche sospettabili d'essere in certa misura etnocentriche, per le quali le condizioni di provenienza e l'attitudine soggettiva della vittima sarebbero sempre assolutamente irrilevanti (poiché lo sfruttamento è tale alla sola, obiettiva stregua della *lex loci*), o comunque sul crinale dell'equilibrio fra visione puramente oggettiva - basata sul profitto ricavato dal datore di lavoro e su intollerabili condizioni al contorno - e restrizione indebita delle opzioni di riscatto a disposizione degli individui, compresi quelli astrattamente considerati come vulnerabili¹⁶. Taluno, in tal senso, avverte dei rischi insiti dietro la programma-

¹⁵ Mi appoggio qui CECCAGNO, RASTRELLI, *Ombre cinesi. Dinamiche migratorie della diaspora cinese in Italia*, 86 s., la cui segnalazione reperisco nella tesi di dottorato in Scienze giuridiche-Curriculum in Teoria e Storia del diritto (XXXI Ciclo), di GENOVESE, *Tra dignità e libertà: la tratta di esseri umani e lo sfruttamento lavorativo dei migranti*, 135 del dattiloscritto, nt. 314.

¹⁶ In termini generali, al di fuori della letteratura giuridica, cfr. l'impostazione critica di Kenneth HEWITT, *Regions of Risk*, Edimburg, 1997, *passim* e 169: «vulnerability can treat human individuals, the public or communities simply as pathetic and weak»; ha attratto la mia attenzione su questo testo la lettura di PÉREZ, *A Criminological Reading of the Concept of Vulnerability: A Case Study of Brazilian Trafficking Victims*, in *Social and Legal Studies*, vol. 25 (2016), 23-42. Inoltre cfr. FINEMAN, *The Vulnerable Subject and the Responsive State*, in *Yale Journ. of Law and Feminism*, vol. 20 (2008), 1-23. Sul tema del rispetto della «agency» del soggetto che presa il consenso nel contesto del *trafficking*, e sulla possibilità di ammettere contemporaneamente sia il consenso sia la tutela ed il diritto al risarcimento come vittima (essenzialmente in caso di successive situazioni di sfruttamento nonostante l'originaria volontarietà della migrazione), cfr. VIJEYARASA, *The Impossible Victim: Judicial Treatment of Trafficked Migrants and Their Unmet Expectations*, 35 *Alternative L.J.* 217 (2010), spec. 221 s. ove ulteriori rif.

tica esclusione del consenso dato da chi proviene da precarie situazioni socio-economiche, con la conseguenza di produrre situazioni di rischio piuttosto che proteggere: «this ‘poverty as force’ rhetoric is highly problematic, as it posits agency as a privilege conferred by sufficient economic means»¹⁷. Questi interrogativi investono d'altronde, in generale, il concetto stesso di *exploitation*: non a caso ci si è chiesti con chiarezza che cosa debba esser propriamente messo in comparazione quando si deve decidere se una persona sia stata oggetto di sfruttamento, quale ne sia il parametro di valutazione: se il beneficio comunque ricavato dallo stare nel Paese di destinazione, rispetto alle condizioni del Paese di origine; o la condizione di una persona che nel primo Paese si trovi in situazione comparabile. È il dilemma, tanto comprensibile quanto astrattamente indecidibile, se sia espressiva di sfruttamento una retribuzione inferiore al minimo nel Paese di destinazione ma comunque superiore (talvolta ben superiore) a quanto la persona sfruttata possa realisticamente ottenere restando nel paese di origine¹⁸. Che questo interrogativo sia stato posto in relazione alla tratta a fini di sfruttamento, mentre rispetto alla fattispecie italiana non devono sussistere i requisiti della tratta, non cambia la sostanza delle cose: si tratta di trovare un *benchmark*, una misura, per il non definito concetto di bisogno o di vulnerabilità.

A fronte di questa discussione, la dimensione “contestuale” del concetto di abuso di stato di bisogno potrebbe in effetti suggerire, per un verso, di essere avvertiti di alcune realtà sociologicamente attestate, nelle quali la percezione dello sfruttamento potrebbe cambiare a seconda della prospettiva adottata: se soltanto quella dell’ordinamento, rigidamente oggettiva, od anche, ed eventualmente in quali limiti, quella delle vittime. Per altro verso, tuttavia, la lettura “contestuale” dev’esser pur sempre saldamente collocata nel quadro dell’impostazione oggettivistica dell’ordinamento penale italiano, che si ritiene qui irrinunciabile, per scelta culturale, anche a fronte di diverse esperienze attestate nel panorama del diritto straniero. Questa preferenza, d’altra parte, vale sia nel più ristretto ambito della fattispecie nazionale di sfruttamento lavorativo, sia quanto al contenuto dell’affine requisito della «vulnerabilità» inserito nelle fattispecie di tratta. E tuttavia, che l’alternativa fra prospettiva oggettiva e soggettiva possa esser almeno dibattuta non può stupire: essa non è affatto un inedito culturale nell’esperienza degli ordinamenti contemporanei

¹⁷ PÉREZ, *op. cit.*, fig. 5 del dattiloscritto accessibile online (paragrafo: «The misuse of the concept of v. in the context of human trafficking»); VIJAYARASA, *The Impossible Victim*, cit.

¹⁸ NOLL G., *The Insecurity of Trafficking in International Law*, in CHETAIL, CARLOS-TSCHOPP (eds.) *Mondialisation, migration et droits de l’homme: le droit international en question*, Bruxelles, 2007, 343-362, 348 (anche reperibile online in: www.portal.research.lu.se).

- soprattutto in tempi di crisi in primo luogo economica: si tratta in realtà di un aspetto della più generale questione se siano disponibili, da parte del titolare, diritti che attengono, almeno secondo una certa prospettiva, alla sua dignità¹⁹. Due considerazioni sono qui doverose.

Da un lato, una prospettiva soggettivistica pura non sarebbe compatibile con le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento italiano, che non può delegare alla vittima il compito di selezionare in astratto i fatti punibili, e soprattutto non può ancorare quella funzione a dati puramente interiori (cfr. anche oltre, § 3.4.).

Dall'altro lato, in alcune situazioni dubbie quanto alla realizzazione degli elementi del fatto - quando ad es. risultino condizioni lavorative onerose e violazioni di cui sia tuttavia dubbia la qualificazione alla stregua degli indici di sfruttamento - potrà essere utile, se non decisivo, proprio il ricorso alla posizione del soggetto interessato ed all'eventuale consenso prestato al compimento di attività lavorative in condizioni onerose. Il bilanciamento fra autodeterminazione e dignità dovrà esser trovato di volta in volta in relazione alla situazione concreta; ma soprattutto dovrà esser considerato che per il mancato rispetto di diritti rilevanti nell'esecuzione della prestazione lavorativa è il diritto del lavoro, e non il diritto penale, lo strumento naturale a cui è necessario ricorrere in prima battuta.

Nel caso in cui constino invece situazioni oggettive di sfruttamento lavorativo, il consenso della vittima dovrebbe esser considerato comunque irrilevante al pari di quanto previsto espressamente dal diritto internazionale in caso di *trafficking* commesso non soltanto mediante i mezzi cd. diretti di coazione (inganno, violenza, minaccia), ma anche con abuso della posizione di vulnerabilità. In sostanza, si dovrebbe ritenere che in tutti i casi in cui si realizza uno sfruttamento sono pregiudicati diritti assolutamente indisponibili. Su questo aspetto si tornerà nelle considerazioni conclusive (§ 5).

2. Prospettiva patrimoniale?

Una prima scansione analitica del requisito dello stato di bisogno consiste nel determinarne il rapporto con quelle situazioni, pure espressamente qualificate

¹⁹ Il tema porterebbe lontano; un solo riferimento fondamentale sia qui sufficiente: HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars interpretandi*, 12/2017, 57-70. Con specifico riferimento al tema della protezione delle vittime di sfruttamento lavorativo in Italia, esplicitano le premesse teoriche sul rapporto fra dignità (come assoluta in senso "kantiano") ed autodeterminazione, GENOVESE, SANTORO, *L'art. 18 (l.u. immigrazione) e il contrasto allo sfruttamento lavorativo: la fantasia del giurista tra libertà e dignità*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2018, 543-579, spec. 551-554.

nel diritto interno con la stessa denominazione, le quali fondano l'applicazione di determinati istituti di diritto civile o penale. Il riferimento è essenzialmente, per il primo aspetto, all'istituto della rescissione del contratto (nel diritto civile italiano); per il secondo e peraltro correlato aspetto, all'istituto delle circostanze aggravanti speciali del delitto di usura, ed in particolare a quella che appunto evoca lo stato di bisogno di chi accede al credito usurario.

Più in generale, si tratta essenzialmente di stabilire se questo concetto debba essere inteso in senso prevalentemente patrimoniale – un'accezione suggerita dal riferimento agli istituti appena indicati – oppure se esprima dimensioni ulteriori dell'esistenza umana, da intendere in un senso più generale, spiccatamente personalistico. Ovviamente, ogni soluzione prospettata dovrà fare i conti con il principio di determinatezza o precisione, parametro costituzionale degli elementi di fattispecie.

Nell'orientare le prime interpretazioni, per vero, ha pesato la formulazione originaria dell'enunciato legislativo, che appaiava allo stato di bisogno anche quello di necessità. Questa duplice menzione aveva messo in affanno i commentatori, nel tentativo di differenziare i due concetti; una distinzione presto abbandonata, peraltro, da quanti finivano con il concludere che si trattasse in sostanza di una endiadi: per un verso, la necessità non avrebbe potuto esser intesa nel senso rigoroso dello «stato di necessità» di cui all'art. 54 c.p.; per altro verso, la nozione di stato di bisogno finiva correlativamente con l'evocare situazioni di più generica mancanza di alternative esistenziali, concretizzabili sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale consolidatasi a proposito degli artt. 1448 cod. civ. e 644 cod. pen. Anche dopo la trasformazione dell'usura in un reato posto a tutela (anche) di interessi collettivi quali la correttezza dei rapporti contrattuali inerenti il settore creditizio, cioè in sostanza il regolare funzionamento delle attività connesse all'erogazione del credito, la giurisprudenza ha considerato lo stato di bisogno – ora tecnicamente indicato come semplice circostanza aggravante – in termini ampi²⁰:

«In tema di usura, lo stato di bisogno va inteso 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 usuarie, non assumendo alcuna rilevanza né la causa di

²⁰ Cass, Sez. II, 16 dicembre 2015 n. 10795, in *Mass. Ur.*, n. 266162 («fattispecie in cui lo stato di bisogno era dovuto a problemi di salute di una figlia, a difficoltà economiche connesse alla attività professionale o imprenditoriale, alla necessità di far fronte alle spese derivanti da danni causati da una alluvione»).

esso, né l'utilizzazione del prestito usurario».

Insomma, «pur non dovendo attingere gli estremi della assoluta indigenza», deve trattarsi di una condizione oggettiva connotata dalla concreta mancanza di mezzi idonei a sopperire ad esigenze primarie relative a beni considerati essenziali per chiunque²¹.

D'altronde, questa lata interpretazione colloca pur sempre lo stato di bisogno in una prospettiva patrimoniale. Il riferimento all'art. 1448 cod. civ., che pure identifica proprio tale requisito quale motivo per chiedere la rescissione per lesione, segnala con chiarezza questa dimensione, per l'appunto, specificamente patrimoniale: quella norma disciplina il rimedio civilistico alla «sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra» quale effetto di uno stato di bisogno del quale la controparte «ha approfittato per trarne vantaggi»; in questo caso, «la parte danneggiata può chiedere la rescissione del contratto». Il quadro interpretativo è dunque quello dei rapporti patrimoniali e proprio in questa prospettiva lo stato di bisogno è definito come uno stato anche momentaneo di difficoltà economica, o una carenza di liquidità di carattere transitorio, od anche di beni diversi dal denaro quando la mancanza comporti un danno di carattere patrimoniale²².

Il rimedio congruo alla situazione è, nel sistema del diritto civile, la rescissione del contratto. Fondamento dell'istituto civilistico è la sproporzione, che dev'essere determinata fra prestazioni e deve avere una "misura". Non a caso si rileva nella manualistica che quest'ipotesi «è caratterizzata dalla rilevanza più marcata del profilo oggettivo costituito dall'equilibrio delle prestazioni»: ciò che s'intende evitare è l'abusiva alterazione del sinallagma che contraddistingue il contratto a prestazioni corrispettive.

Senonché è proprio questa prospettiva della lesione patrimoniale quale "orizzonte di senso" dell'istituto civilistico che finisce col segnalare l'incongruità sistematica del richiamo operato dagli interpreti; la rescissione apparirebbe in effetti come un rimedio non soltanto fuori contesto ma persino assurdo nell'ottica della vicenda penale: rispetto ad essa non ha davvero senso pensare come rimedio ad una rescissione del contratto di lavoro, che anzi il soggetto avrebbe tutto l'interesse a mantenere (non certo a rescindere), seppure - ovviamente - in condizioni di rispetto delle regole e della dignità. In gioco sono beni di carattere personale, non lo squilibrio *ultra dimidium* (questa è la misura di sproporzione prevista dal diritto civile per attivare il ri-

²¹ Cass, Sez. II, 8 marzo 2000, Paonessa e a., in *Riv. pen.* 2000, 812.

²² GAZZONI, *Diritto privato*, Napoli, 2011¹⁵, 1009, ove riferimenti bibliografici essenziali.

medio). La tipologia di pregiudizio che si produce e dev'essere qui considerato evocherebbe, piuttosto, la contigua diversa ipotesi di rescissione del contratto concluso in stato di pericolo, in cui, pur nell'ottica patrimoniale, la situazione che dà luogo alla pattuizione abusiva è «la necessità, nota alla controparte, di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona». Proprio questa eccessiva limitazione allo stato di necessità è tuttavia quel che si vuole evitare nell'interpretazione della fattispecie penale; ma allora resta in ombra la vera ragione per la quale si raccomanda proprio quest'interpretazione estensiva, e soprattutto perché essa non possa essere confinata all'accezione patrimoniale che sottende il ricorso allo strumento di diritto civile.

In realtà, si deve esplicitare che non soltanto non è opportuna l'interpretazione restrittiva, ma più in radice non è congrua la prospettiva patrimonialistica, all'interno della quale pur sempre quella prospettiva finisce con il dover essere collocata. Dunque è proprio quest'accezione, la quale connota lo stato di bisogno quale presupposto del rimedio contrattuale, che non può cogliere una vicenda qual è quella dello sfruttamento lavorativo: qui non è tanto il profilo formale della sproporzione fra prestazioni dedotte in contratto che viene in rilievo, quanto la natura illecita della causa o dell'oggetto del contratto di lavoro quando esso, per l'appunto, costituisce *mezzo di sfruttamento della persona, molto più che sfruttamento lucrativo di uno squilibrio sinallagmatico*.

Si dirà che il rimedio civilistico può accedere ad una situazione penalmente rilevante, come si può indirettamente argomentare dalla previsione che, qualora il fatto costituisca reato, si applicano all'azione di rescissione (che si prescrive in un anno) i più lunghi termini di prescrizione previsti per quest'ultimo. Ma sarebbe un'obiezione non mirata, perché il reato-contratto sarebbe integrato dalla sproporzione, mentre lo sfruttamento non ha nulla a che vedere con l'alterazione del sinallagma – piuttosto, ne esprime uno intrinsecamente illecito.

Fatto sta che al reato è estranea in radice la prospettiva puramente patrimoniale, perché *lo stato di bisogno non è la ragione che determina ad accettare condizioni contrattuali sproporzionate, bensì il presupposto per soccombere ad un assoggettamento personale*.

3. Verso una concezione “esistenziale”: dal bisogno alla vulnerabilità?

3.1. Stato di bisogno e «vulnerabilità» esistenziale

Riconoscere che la prospettiva patrimoniale nella definizione dello stato di

bisogno non appare congrua al contesto della fattispecie penale non equivale, tuttavia, ad aver risolto, ma soltanto ad aver forse più rigorosamente impostato il tema del contenuto di questo elemento. Dall'analisi che precede possono comunque considerarsi acquisiti tre risultati:

a) per un verso, resta confermata l'impossibilità di ridurre lo stato di bisogno alla situazione necessitata rigorosamente definita dall'art. 54 c.p. come causa di giustificazione (o, almeno in parte, scusante; ma non è ovviamente la sede per affrontare questa specifica discussione dogmatica);

b) per altro verso, l'accezione ampia dello stato di bisogno non può comunque essere ridotta al contenuto esclusivamente patrimoniale espresso dall'interpretazione civilistica (carenza di liquidità, difficoltà economiche momentanee);

c) l'ampliamento verso un'accezione non esclusivamente patrimoniale, come mancanza di alternative esistenziali.

Quest'ultimo orientamento compare in effetti, sia pure soltanto accennato, nelle prime applicazioni del reato di sfruttamento lavorativo: la Corte di cassazione ha mostrato d'intendere lo stato di bisogno nel senso di una «impossibilità di procurarsi altrimenti i mezzi di sussistenza»²³. Con quest'interpretazione, per un verso, si indica l'assenza di prospettive esistenziali alternative al farsi sfruttare come contenuto dell'elemento in discorso; per altro verso, si vincola la definizione ad un parametro in verità non espressamente menzionato, tuttavia più pregnante rispetto a quello di «alternative esistenziali»: il concetto di «mezzi di sussistenza». Questo riferimento, per quanto apparentemente convincente, suscita pur sempre qualche interrogativo. Per un verso, esso può apparire opportuno od addirittura necessario, nell'ottica di dare confini alla fattispecie. Per altro verso, tuttavia, è evidente che tali confini – lo si è poc'anzi accennato – non sono stabiliti esplicitamente in questi termini dall'enunciato legale: il concetto di mezzi di sussistenza costituisce invece contenuto espresso di altre disposizioni ed in particolare, com'è noto, di quelle poste a tutela (anche) della persona nel contesto familiare. Una delle ipotesi di violazione degli obblighi di assistenza familiare, infatti, consiste nel far «mancare i mezzi di sussistenza» ai familiari specificamente indicati: concetto nel quale vengono ricompresi, con sicurezza, i mezzi per la sopravvivenza vitale (quali vitto e alloggio) e, con qualche dubbio, «gli strumenti che consentano un sia pur contenuto soddisfacimento di altre com-

²³ Cass, Sez. V, 4 febbraio 2014 n. 14591, Stoican, in *Mass. Uff.*, n. 262541.

plementari esigenze della vita quotidiana: ... abbigliamento, libri, istruzione per i figli minori, mezzi di trasporto, mezzi di comunicazione»²⁴; nonché, in altri ordinamenti con previsioni simili (ad esempio quello tedesco), i costi per una copertura assicurativa per il caso di malattia e necessità di cura, costi non solo di educazione scolastica o formazione professionale ma anche di specializzazione o riconversione formativa (*Umschulung*)²⁵. Sarebbe facile osservare, contro un richiamo a nozioni elaborate in un contesto sistematico completamente diverso, come non soltanto un tale trapianto, ma a maggior ragione le tendenze estensive del concetto di mezzi di sussistenza debbano essere specificamente legittimate, una volta che s'intenda richiamarle nella materia dello sfruttamento lavorativo, cioè fuori della sede in cui quello è stato elaborato. D'altra parte, che le nozioni non siano necessariamente coincidenti (salvo poi vedere in qual senso ed in quali limiti) può essere illustrato con chiarezza a partire da una vicenda concreta²⁶, in cui le condizioni delle persone – donne, e molte di esse cittadine italiane – oggetto di intermediazione illecita e sfruttamento lavorativo (sotto la previgente disciplina, ma questo è irrilevante), sono descritte in modo particolarmente attento e vivido, sulla base delle sommarie informazioni testimoniali fornite alle autorità di pubblica sicurezza.

Maria, cittadina italiana, separata da vari anni, madre di due figli a carico, percepisce un assegno di duecento euro mensili – peraltro subordinato all'esercizio del lavoro da parte del coniuge, del tutto saltuario –, «gravata dall'obbligo di corrispondere una rata di mutuo» superiore all'importo dell'assegno. In queste condizioni, la donna ha necessità di lavorare.

Non v'è dubbio che, ai fini dell'applicazione della fattispecie penale, le condizioni appena descritte debbano considerarsi come mancanza o scarsità di mezzi di sussistenza, anche se, dal punto di vista della regolamentazione civilistica e correlativamente da quello dell'art. 570 c.p. proprio a quella mancanza sarebbe destinato a supplire l'obbligo penalmente sanzionato di versamento dell'assegno di mantenimento (nei limiti in cui questo era stato stabilito). Insomma, la prestazione dell'assegno non fa venir meno lo stato di bisogno nel senso della mancanza di mezzi di sussistenza per diretto effetto della quale la donna accetta condizioni lavorative considerate di sfruttamento.

²⁴ Per una discussione critica ed essenziali riferimenti cfr., volendo, DI MARTINO ALB., *Diritto penale e "crediti da crisi familiare". Accessorietà della tutela fra assetti consolidati e recenti modifiche normative*, in *Studi in onore di F. Coppi*, Torino, 2011, vol. II, 811-887 (spec. 862-867).

²⁵ Rif. in DI MARTINO ALB., *Diritto penale e "crediti da crisi familiare"*, cit., nt. 17 (p. 817).

²⁶ GIP Trib. Brindisi, 8 giugno 2017, inedita (raccolta nel contesto delle attività dell'Osservatorio de L'Altro Diritto; ringrazio Emilio Santoro per avermi consentito la consultazione).

Sotto altra angolatura, lo stato di bisogno non può essere escluso neppure se possa essere (almeno in parte) imputabile alla persona che vi si trova.

Sonia, «non è proprietaria di alcun bene in via esclusiva», vive in un’abitazione fatiscente ereditata dal nonno su cui insistono i diritti di altri fratelli, ed in cui non c’è impianto di riscaldamento; separata, ex coniuge detenuto ed a sua volta senza mezzi, tre figli minorenni che lascia a casa ad un’amica per potersi recare al lavoro come bracciante agricola sin dalle tre del mattino; guadagna quattrocentocinquanta euro circa al mese; «non aveva mai chiesto sussidi, giacché temeva che le venissero sottratti i figli, tenuto conto delle condizioni in cui viveva»²⁷.

L’obiezione poc’anzi prospettata – relativa alla difficoltà di trasporre concetti dall’uno all’altro ambito sistematico come se fossero meccanicamente adattabili –, dev’esser d’altronde meglio inquadrata in termini sistematici. A prima vista essa sembra dibattersi all’interno di una disputa di tipo esclusivamente contenutistico-definitorio; ma in realtà chiama in causa una considerazione più generale e di carattere preliminare, concernente il significato *lato sensu* politico del requisito in discussione all’interno di una fattispecie penale, cioè quale tipo di valutazione giuridica, quale attitudine interpretativa, quale sensibilità giudiziale sia imposta quando il diritto penale si fa carico di condizioni esistenziali di debolezza, o come qualcuno scrive per indicare il *proprium* della vulnerabilità²⁸, condizioni di «loss of power» e «loss of control» sul complesso della propria dimensione personale di fronte al contesto sociale, economico, esistenziale in senso ampio.

Se dunque si prescinde per un momento dall’aspetto propriamente contenutistico della definizione di “mezzi di sussistenza”, per soffermarsi sul modo con cui è conseguita, appare evidente che quel concetto, se anche si traduce in un contenuto patrimoniale, non è in realtà definibile se non con riguardo ad un “contesto esistenziale”. Questo riconoscimento porta con sé due ulteriori riflessioni.

La prima è che proprio questa dimensione di contesto avvicina sensibilmente le due nozioni di stato di bisogno e, appunto, mancanza di mezzi di sussistenza; e la dimensione esistenziale all’accezione di condizioni di vulnerabilità (§ 1, al punto *b*).

La seconda è che, una volta che sia ben chiaro il carattere di contesto dell’elemento – e dunque la sua intrinseca relatività “storica” – ne derivano

²⁷ GIP Trib. Brindisi, 8 giugno 2017, cit., fg. 41 (corsivo aggiunto).

²⁸ HOFFMASTER, *op. cit.*, 41.

anche indirizzi convincenti circa la plausibilità o meno di determinate indicazioni contenutistiche una volta che il contesto muti. In altri termini, proprio la natura contestuale della nozione in esame, da un lato, impone di escludere che interpretazioni estensive plausibili in un diverso contesto sistematico – qui, in quello del diritto penale della famiglia – siano automaticamente legittimabili rispetto alla materia dello sfruttamento lavorativo (per la quale allora potrebbe apparire plausibile limitare i bisogni rilevanti a quelli espressivi delle fondamentali necessità di sopravvivenza); dall’altro lato, suggerisce di determinare quelle stesse esigenze vitali in relazione al contesto storico-sociale ed ordinamentale di volta in volta rilevante.

Se in Italia, ad esempio, in ragione della peculiare organizzazione dell’assistenza sanitaria non sarebbe certo rilevante – per riprendere il riferimento fatto poc’anzi all’ordinamento tedesco – un bisogno riferibile alla necessità di copertura assicurativa (non pubblica) per il caso di malattia e necessità di costose cure, questa conclusione esegetica potrebbe senz’altro mutare in un contesto sociale, politico, ordinamentale diverso, nel quale le prestazioni di welfare sanitario non siano garantite negli stessi termini in cui lo sono in Italia; la persona non avrebbe altro modo per beneficiare di cure, finendo altrimenti abbandonata a se stessa: con ciò, la conclusione circa l’esistenza di uno stato di bisogno sarebbe inevitabilmente destinata a mutare.

Si pensi al caso dell’art. 35 co. 3 e 4 del t.u. immigrazione, a norma del quale anche allo straniero presente sul territorio italiano, ma non in regola con le norme relative all’ingresso ed al soggiorno, «sono assicurate, nei presidi pubblici ed accreditati, le cure ambulatoriali ed ospedaliere urgenti o comunque essenziali, ancorché continuative, per malattia ed infortunio», e tali prestazioni «sono erogate senza oneri a carico dei richiedenti qualora privi di risorse economiche sufficienti, fatte salve le quote di partecipazione alla spesa a parità con i cittadini italiani». Su questa base, in Italia non potrebbe essere considerata quale *automatica* espressione di uno stato di bisogno oggettivo la *sola* condizione di uno straniero indigente che abbia esigenza di cure urgenti od essenziali (ad es., per una patologia tumorale), perché questa situazione, di per se stessa, è anzi il presupposto di un diritto a prestazioni sanitarie gratuite riconosciuto per legge. Per superare questo rilievo, il presupposto potrebbe esser ritenuto sussistente soltanto a patto di dar spazio ad una sorta di stato di bisogno esclusivamente soggettivo, cioè determinato sulla base della sola percezione della vittima (su questo aspetto cfr. ad es. *infra*, § 3.4); ma non può essere un’interpretazione sostenibile nel diritto italiano. Questa soluzione – è quel che interessa sottolineare in quest’esempio – potrebbe tuttavia essere rovesciata in un ordinamento che non preveda con questa estensione presta-

zioni sanitarie per stranieri irregolari.

Quanto fin qui considerato consente di affermare che il riferimento al contesto esistenziale, quale caratteristica strutturale ed assiologica dell'elemento costitutivo «stato di bisogno», non costituisce un dato isolato neppure nel quadro delle incriminazioni codicistiche italiane e, pur con le necessarie differenziazioni sistematiche, può beneficiare di acquisizioni interpretative capaci di irrigidire ragionevolmente i contorni elastici del concetto.

Il contenuto minimo determinabile del concetto di stato di bisogno è dunque espresso dalla *manca di mezzi di sussistenza come presupposto per soccombere ad un assoggettamento personale. Le cause di tale mancanza sono irrilevanti ai fini del reato, dunque possono essere le più varie in relazione al contesto ed alla situazione personale del soggetto passivo; può trattarsi, in particolare, di quelle cause che nella letteratura internazionalistica sono indicate come cause di «vulnerabilità»*. Non è difficile comprendere, a questo punto, perché in effetti parte dei commentatori abbia ritenuto di poter sostanzialmente equiparare i due concetti. La definizione dello stato di bisogno parrebbe cioè avvicinarsi, secondo quest'ordine di idee, alla nozione di «condizione» (o «posizione») di «vulnerabilità» preferita dagli strumenti internazionali in materia - nel quadro d'un contesto culturale che non è possibile qui approfondire - e comunque già inserita quale elemento costitutivo delle contigue fattispecie di schiavitù e tratta. Per l'immedesimazione deporrebbe d'altronde anche questa vistosa contiguità sistematica.

La proposta è indubbiamente suggestiva; ma non è argomentata in modo approfondito, e sembra già di primo acchito troppo meccanica. Come si vedrà, il modo con cui viene interpretato il lemma «posizione di vulnerabilità» nel panorama internazionale e comparato lascia irrisolti nodi importanti; ribaltarli sull'interpretazione del diritto interno potrebbe apparire irragionevole, se non addirittura paradossale. Tuttavia, neppure sarebbe ragionevole un affrettato, autarchico *non liquet*; piuttosto, proprio per verificare la plausibilità dell'assimilazione concettuale proposta (al di là della diversa soluzione lessicale contingentemente adottata), conviene indugiare sul quadro del diritto internazionale e comparato, tenendo conto anche dei cd. *toolkit* operativi pubblicati dalle istituzioni attive in questo campo²⁹. L'indagine, diciamo subito, non soltanto potrà esser utile nella prospettiva del diritto italiano, ma - in

²⁹ Oltre ai documenti citati a proposito degli indici di sfruttamento, cfr. la guida operativa dell'UNODC, *Guidance Note*, cit.

termini, per così dire, di reciprocità - finirà col giovare delle caratteristiche della previsione specifica che l'ordinamento italiano detta in materia di sfruttamento non derivante da *trafficking*, al fine di rileggere con lenti diverse le difficoltà che proprio quest'ultima fattispecie incontra sullo specifico aspetto dell'abuso della condizione di vulnerabilità: proponendo persino, con questa diversa lettura, il superamento dell'idea scettica che, in fin dei conti, una nozione di vulnerabilità resti sempre inafferrabile.

In altri termini, ragionare non sulle analogie, ma sulle differenze potrà risultare feconda strategia per proporre vie forse innovative per il superamento di quella che sia nel diritto internazionale, sia in esperienze straniere appare come questione specialmente intricata e, per aspetti qualificanti, ancora sostanzialmente irrisolta (se non irrisolvibile).

3.2. Nel diritto internazionale convenzionale

Un primo strumento nell'ambito del quale compare il riferimento alla nozione di «vulnerabilità» è il protocollo addizionale sulla tratta di esseri umani, che indica l'abuso di una posizione di vulnerabilità fra i mezzi di commissione della tratta³⁰. Da allora il concetto è stato introdotto in vari strumenti internazionali e sovranazionali, e relativi testi interpretativi e guide operative³¹. Al di là di alcune diversità di formulazione, può essere tuttavia riconosciuta una caratteristica comune: si tratta, anche in questo caso, di un elemento di contesto, nel senso che la posizione della vittima può essere apprezzata soltanto in relazione a fattori strutturali, ambientali, contestuali che aumentano la sua esposizione al rischio - come individuo o come gruppo cui l'individuo appartiene - di essere oggetto di traffico. In termini sociologici, è agevole ascrivere a questo concetto situazioni quali povertà, disuguaglianza, discriminazione, violenza "di genere"; dal punto di vista tecnico-giuridico, è invece meno agevole definirne i contorni. Alcune situazioni possono essere facilmente ricondotte ad una condizione di vulnerabilità: si pensi alla condizione di uno straniero irregolare; altri «less tangible factors» possono apparire invece ben più problematici nella definizione e nel conseguente accertamento.

L'art. 3 del Protocollo *trafficking* menziona l'abuso di «posizione» di vulnera-

³⁰ Un utile resoconto in GALLAGHER, MC ADAM, *op. cit.*. La formulazione fu escogitata in via compromissoria, riferiscono le Autrici, dopo undici ore di discussioni. Aspetti aneddotici la cui conoscenza è tuttavia interessante. Si veda inoltre l'importante lavoro di STOYANOVA, *Human Trafficking and Slavery Reconsidered: Conceptual Limits and States' Positive Obligations in European Law*, Cambridge, 2018, 54-57.

³¹ Fondamentale il riferimento all'ampio Issue Paper dell'UNODC, *Abuse of a position of vulnerability*, cit.

bilità, ma non definisce né la condotta né quello che, dal punto di vista tecnico-penale, ne è il presupposto materiale. Vi provvede una nota interpretativa per la redazione dei verbali ufficiali dei lavori preparatori, secondo la quale

«The travaux préparatoires should indicate that the reference to the abuse of a position of vulnerability is understood to refer to any situation in which the person involved has no real and acceptable alternative but to submit to the abuse involved»³².

Dunque, vulnerabilità intesa come *mancaza di reale ed accettabile alternativa, se non soggiacere all'abuso*. Dietro questa definizione sta l'esigenza contingente di un accordo politico³³: da un lato si trattava d'offrire una definizione sufficientemente ampia da comprendere la miriade di forme subdole di coazione; dall'altro di trovare un «circuit breaker», un grimaldello per superare, in sede di negoziazione internazionale, l'ostacolo di estenuanti dibattiti sullo specifico caso della tratta a fini di sfruttamento della prostituzione: questione complessa per via delle differenti risposte statuali a quello specifico fenomeno, che finiscono con l'interferire inevitabilmente sulla stessa percezione del fenomeno (e definizione del concetto) di tratta.

Quest'origine compromissoria del requisito della vulnerabilità non è tuttavia pregiudizievole per quanto qui si va considerando; può infatti esser utile notare, nonostante tutto, due aspetti non specificamente condizionati dalle vicende contingenti: sia la dimensione di contesto di questo elemento, sia la sua torsione personalistica nel senso della mancanza di alternative esistenziali. Resta, ovviamente, il carattere ancora indeterminato di questa prospettiva, quando sia incorporata in un elemento costitutivo del reato.

L'inclusione in strumenti giuridici posteriori al Protocollo, mantenendone sostanzialmente l'impostazione frastica, non ha apportato chiarimenti su contenuti e portata del concetto. La Convenzione del Consiglio d'Europa del 2005 riproduce dal canto suo l'art. 3 già citato³⁴, per quanto il Commentario esplicativo³⁵ sembri propendere per una definizione particolarmente lata:

³² *Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto (A/55/383/Add.1)*, para. 63.

³³ GALLAGHER, MC ADAM, *op. cit.*, 187.

³⁴ *Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings* (Varsavia, 15 maggio 2005, *Council of Europe T.S.* n. 197), art. 4.

³⁵ Cfr. lo *Explanatory Report to the Convention*, parte II (spec. § 83, da cui è tratta la citazione nel testo), consultabile in: www.rm.coe.int.

«By abuse of a position of vulnerability is meant abuse of any situation in which the person involved has no real and acceptable alternative to submitting to the abuse. The vulnerability may be of any kind, whether physical, psychological, emotional, family-related, social or economic. The situation might, for example, involve insecurity or illegality of the victim's administrative status, economic dependence or fragile health. In short, the situation can be any state of hardship in which a human being is impelled to accept being exploited. Persons abusing such a situation flagrantly infringe human rights and violate human dignity and integrity, which no one can validly renounce».

Vulnerabilità, nel senso così esposto, è concetto che s'intende in relazione al contesto esistenziale; può esser di qualunque natura: fisica, psicologica, emozionale, legata alla situazione familiare, sociale, economica, insomma ogni stato di sofferenze difficoltà e privazioni che costringano una persona ad accettare d'esser sfruttata.

La fraseologia circola; così, il tenore dei commenti esplicativi, nella sua formulazione di carattere generale, diventa norma nella Direttiva 2011/36/EU, Art. 2(2):

«Per posizione di vulnerabilità si intende una situazione in cui la persona in questione non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima»

In quest'accezione, per così dire, negativa (non avere altre alternative reali ed accettabili) il concetto di vulnerabilità si attesta, come vedremo più in dettaglio nel prosieguo dell'esposizione, nelle esperienze giuridiche nazionali, secondo tecniche differenti ma con sostanziale omogeneità di contenuti.

3.3. Studio UNODC

L'esigenza di verificare come il concetto operi nelle varie esperienze giuridiche nazionali ha sollecitato un importante studio condotto dall'UNODC, al quale si è già fatto riferimento (§ 1, punto *b*), elaborato a partire da un'approfondita base comparatistica. È stato svolto mediante un preliminare lavoro di ricognizione delle fonti legislative e delle applicazioni giurisprudenziali relativamente a dodici paesi del mondo, appartenenti a diverse regioni geografiche e diverse tradizioni giuridiche. Inoltre, sono state condotte approfondite interviste con pratici ed altri esperti, non soltanto provenienti dai Paesi selezionati per il "desk-work" ma anche da altri, inclusi alcuni pratici con

esperienza in attività transnazionali coinvolgenti *multiple jurisdictions*³⁶.

L'esito si è rivelato piuttosto disarmante, se ci si attendesse un chiarimento definitorio: la ricognizione legislativa e giurisprudenziale ha confermato confusione ed incoerenza diffuse. Può essere interessante tuttavia, od anzi proprio per questo, richiamare alcuni elementi di più diretta rilevanza in questa sede.

Quanto al formante legislativo, le differenze sono in apparenza notevoli. Le soluzioni sono le più varie: menzione esplicita del requisito, senza ulteriori indicazioni; previsione accompagnata dall'elencazione di indicatori; nessuna menzione del requisito, ma solo delle modalità di violenza o minaccia (*coercition* in senso lato); oppure menzione di esso, ma soltanto per alcune forme di sfruttamento e non per altre.

Nella percezione dei pratici tuttavia si riscontra un largo consenso sui fattori di vulnerabilità, indipendentemente dalla veste tecnica con la quale sono introdotti nella decisione sull'esistenza del reato: età; fattori legati allo stato di irregolare/migrante (dalla condizione in sé allo stato di isolamento e di mancanza di reti di supporto, alla non conoscenza della lingua); condizione sociale precaria e situazioni di "dipendenza" (*dependancy*); gravidanza; fattori legati alla sessualità (genere, inclinazioni); abuso di relazioni sentimentali. Se nel merito, dunque, si riscontra una sostanziale convergenza di "percezione" sul poter ascrivere queste situazioni tipologiche alla posizione di vulnerabilità, la veste tecnica cambia, lo si è detto, a seconda delle scelte legislative di tipizzazione. In particolare, si tratta di elementi che vengono presi in considerazione anche in quei contesti ordinamentali nei quali non vi è una espressa previsione del requisito: in questi casi, attestare l'esistenza delle situazioni di fatto appena riferite in termini esemplificativi è considerato come «strumento sussidiario» che sostanzia o comunque rafforza la prova della commissione delle diverse condotte penalmente tipiche (ad esempio, rispetto alla prova dell'inganno: così nell'esperienza nigeriana)³⁷.

Da questo punto di vista, l'importanza della previsione espressa dell'elemento costitutivo non deve essere sopravvalutata - come ben sanno i cultori del diritto comparato -³⁸, né sorgono particolari problemi, in ottica comparatistica, quanto al merito delle situazioni che vi danno luogo.

Anche sulla stessa opportunità del requisito, d'altra parte, sembra possibile

³⁶ Sulla questione metodologica in generale è doveroso consultare ESER, *Comparative Criminal Law. Development-Aims-Methods*, München, 2017, in particolare l'intera Parte III (85-138).

³⁷ GALLAGHER, MC ADAM, *op. cit.*, 190.

³⁸ In Italia si soffermano in particolare su questo aspetto (a partire dai fondamentali lavori di Rodolfo Sacco), nella dottrina penalistica, PALAZZO, PAPA, *Lezioni di diritto penale comparato*, Torino, 2013³.

riscontrare un orientamento prevalentemente favorevole, in considerazione di due ragioni: per un verso, la diffusione percepita come crescente, di fenomeni larvati di creazione di dipendenze, aspettative, «attachments», rispetto a condotte più direttamente costrittive (il fenomeno della creazione di legami di «allegéance», nell'attuale contesto globale dei rapporti economici, è ampiamente tematizzato nei saggi del filosofo francese Alain Supiot)³⁹; per altro verso, la tendenza ad includere proprio queste situazioni fra gli elementi indiziari della coazione o dell'inganno, in particolare quando le fattispecie nazionali prevedano espressamente soltanto questi mezzi di commissione del reato.

3.4. Indicatori e direttive operative

La dimensione “contestuale” del concetto di vulnerabilità è stata ulteriormente sottolineata e valorizzata in documenti operativi elaborati in organizzazioni internazionali a vario titolo competenti per l'oggetto, nei quali filtra e infine si consolida la definizione della «posizione di vulnerabilità» come assenza di alternative esistenziali, qualificate dalla ormai ricorrente endiadi della “concretezza” (o, se si preferisce, effettività, attualità, realtà) ed “accettabilità” («real and acceptable alternative»).

In taluni documenti, come nel caso del «Model Law against Trafficking in Persons» dell'UNODC, è ammessa una declinazione soggettiva di questo requisito, nel senso che si prende atto come alcuni ordnamenti considerino sufficiente che questa alternativa sia percepita come tale dalla vittima dello sfruttamento, senza dover necessariamente essere riscontrabile in termini puramente oggettivi. In effetti, si sottolinea che, in linea astratta, sono possibili varie definizioni di «abuso di posizione di vulnerabilità», incentrate o su una situazione oggettiva oppure sulla situazione per come percepita dalla vittima (in quest'ultimo senso, ad esempio, lo statunitense US State Department Model Law to Combat Trafficking in Persons, 2003)⁴⁰. Tali possibilità alternative, peraltro, sono rappresentate nel documento UNODC nei termini di una presa d'atto della circostanza ch'esse sono attestate sulla scena comparatistica; ma la preferenza dei compilatori del *Model Law* sembra chiaramente nel senso di una definizione oggettiva, che leghi la vulnerabilità all'abuso da parte dell'agente: ciò, sia per asserite ragioni di maggior tutela della vittima, sia per ragioni legate alla maggior facilità della prova, che avrebbe ad oggetto circostanze di fatto piuttosto che un'indagine sullo «state of mind» del soggetto

³⁹ SUPIOT, *La Gouvernance par nombres*, cit., *passim* e spec. cap. 14 (385 ss.).

⁴⁰ Citato in UNODC *Model Law against Trafficking in Persons* (2013), 10.

passivo. In quest'ottica si precisa pure l'importanza del requisito dell'abuso, sorretto dalla consapevolezza della condizione e dell'intenzione di sfruttarla. Quest'ultima precisazione è opportuna, a fronte – come si vedrà più avanti (§ 3.6) – di tendenze della prassi di vari ordinamenti (ad es., quello olandese) nel senso di accontentarsi della prova della conoscenza dello stato di bisogno da parte del datore di lavoro (c.d. «conditional intent»), senza richiedere né, sul piano obiettivo, una specifica (prova della) condotta di abuso né, su quello soggettivo, una specifica intenzionalità («special intent»).

È invece molto importante, per un verso, la vera e propria raccomandazione di prevedere nei diritti nazionali un'espressa definizione di questo elemento del reato, proprio perché esso pone molti problemi nella prassi applicativa⁴¹: le esigenze del principio di riserva di legge sono pertanto chiaramente percepite e sottolineate. Per altro verso, la correlata formalizzazione, all'interno della fattispecie tipica proposta, di veri e propri “indicatori” della condizione di vulnerabilità.

Le proposte di tipizzazione, secondo l'alternativa soggettivo/oggettivo poc'anzi accennata, sono dunque formulate come segue:

«For the purposes of this Law the following definitions shall apply:

(a) “Abuse of a position of vulnerability” shall refer to any situation in which the person involved believes he or she has no real and acceptable alternative but to submit;

or

“Abuse of a position of vulnerability” shall mean taking advantage of the vulnerable position a person is placed in as a result of [provide a relevant list]:

[(i) Having entered the country illegally or without proper documentation;]

or

[(ii) Pregnancy or any physical or mental disease or disability of the person, including addiction to the use of any substance;] or

[(iii) Reduced capacity to form judgements by virtue of being a child, illness, infirmity or a physical or mental disability;] or

[(iv) Promises or giving sums of money or other advantages to those having authority over a person;] or

[(v) Being in a precarious situation from the standpoint of social survival;] or

[(vi) Other relevant factors.]»

Utile riferimento pare essere stato, per questa soluzione tipica, il modello del-

⁴¹ «It is recommended to include a definition of this crime element in the law, as in practice it appears to pose many problems»: UNODC, *Model Law*, cit., 9.

la Moldavia⁴², unico, nel panorama comparatistico considerato, a prevedere un'espressa tipizzazione di indici di vulnerabilità:

«State of vulnerability – special state in which a person is found such that he/she is inclined to be abused or exploited, especially due to:

a) his/her precarious situation from the standpoint of social survival;

b) situation conditioned upon age, pregnancy, illness, infirmity, physical or mental deficiency;

c) his/her precarious situation due to illegal entry or stay in a country of transit or destination».

Può esser considerata una proposta di tipizzazione utile, perché formalizza elementi di un requisito di fattispecie, di crescente importanza pratica, altrimenti destinato ad apparire irrimediabilmente vago. Tale formalizzazione, inoltre, è opportunamente articolata su un piano puramente oggettivo, superando la prospettiva soggettivistica che costituirebbe un punto più debole dal punto di vista del diritto penale sostanziale; infine, l'indicazione è esemplificativa, ma basata su un'indagine comparatistica adeguatamente condotta e dunque, per così dire, scientificamente fondata.

Su questi aspetti si avrà modo di tornare più avanti.

È necessario indugiare immediatamente, invece, sui punti deboli. Nonostante gli sforzi di definire il contorno del concetto – sia in ambito domestico sia mediante l'attività istituzionale di organismi internazionali, volta a tessere un ordito comparatistico con finalità di armonizzazione applicativa – è stato osservato che restano aperte alcune questioni interpretative fondamentali⁴³, proprio con riguardo a due aspetti centrali: l'uno concerne direttamente la definizione di vulnerabilità; l'altro il rapporto fra questa e la condotta di abuso. Come dire che è stato tutto vano, che l'analisi gira a vuoto, perduta dietro «la dea della rincorsa vana», e soprattutto che la prassi rischia di collassare sull'inafferrabilità delle forme di disperazione; a queste due criticità dobbiamo dunque volger subito lo sguardo.

3.5. Residui critici: sulla nozione di vulnerabilità

Quanto al primo aspetto, le ragioni di stallo interpretativo sono state riassunte in cinque punti:

⁴² Legge n. 241 del 20 ottobre 2005; rif. in UNODC, *Model Law*, cit., 10.

⁴³ GALLAGHER, MC ADAM, *op. cit.*, 194.

- a) cosa significa l'espressione «alternativa reale»?
- b) deve trattarsi di un'alternativa specifica, disponibile, conosciuta?
- c) in tal caso, dev'esser conosciuta dalla vittima, dal datore di lavoro, o da entrambi?
- d) è necessario presupporre un'alternativa particolare?
- e) cosa rende un'alternativa «accettabile»? E questo carattere dev'essere inteso in senso oggettivo o dal punto di vista della pretesa vittima?

Val la pena osservare, tuttavia, come gli interrogativi appena riassunti possano essere considerati meno pressanti di quanto appaia a prima vista.

Innanzitutto, essi possono essere riferiti propriamente soltanto alla definizione generale, senza ulteriori specificazioni, che identifica dal punto di vista *strutturale* - o meglio, *effettuale* - la vulnerabilità come assenza di reale e accettabile alternativa esistenziale, senza specificarne le *cause esterne*; non colgono nel segno, invece, come più diffusamente si dirà poco oltre, con riferimento alle proposte di tipizzazione proprio dei singoli fattori di vulnerabilità.

Peraltro, anche rispetto alla definizione di carattere generale, va sottolineato che significato e la portata di questa definizione non possono essere trasferiti *tout court* dal piano internazionale a quello interno. Per spiegare la possibilità di venire a capo del contenuto di questo requisito, senza finire nello stallo appena descritto, è necessaria a questo punto una precisazione preliminare di carattere generale, sul significato degli obblighi internazionali di incriminazione e, quando questi contengano indicazioni analitiche sugli elementi costitutivi delle fattispecie oggetto dell'obbligo di incriminazione, sul contenuto e sulla funzione dei relativi requisiti⁴⁴.

In altri termini, è necessario brevemente indugiare su un approccio culturale che tuttora fraintende la vera natura degli obblighi di incriminazione in ambito internazionale. Lo strumento internazionale indica le condotte che devono essere punite nei singoli ordinamenti giuridici, al fine di garantire lo scopo ch'esso persegue, con particolare riferimento alla possibilità di soddisfare le esigenze di collaborazione transnazionale. La descrizione delle condotte - e, più in generale, dei contenuti dell'offesa («*offence definition*») - non esprime

⁴⁴ Mi sono occupato di questi aspetti in alcuni precedenti lavori cui mi permetto di rinviare: DI MARTINO, ALB., *Le sollecitazioni extranazionali alla riforma dei delitti di corruzione*, in MATTARELLA B.G., PELISSERO (a cura di), *La legge anticorruzione. Prevenzione e repressione della corruzione*, Torino, 2013, 368 s.; più di recente in: DI MARTINO, ALB., *Interlegality and Criminal Law*, in corso di pubblicazione in: KLABBERS, PALOMBELLA, *Interlegality*, Cambridge, 2019 (anticipato in: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3290154). Ovviamente, nel caso delle definizioni proposte dal Model Law citato nel testo non si tratta di obblighi internazionali, ma di semplici suggerimenti (i quali peraltro potrebbero esser recepiti in uno strumento di armonizzazione).

dunque la selezione fra ciò che è lecito e ciò che è penalmente illecito a fini immediatamente applicativi, ma disegna un programma di azione per il legislatore interno (chiunque sia considerato tale negli ordinamenti statuali), al fine di procedere a quella selezione in conformità con le esigenze espresse in ambito internazionale.

Non si tratta dunque di vere e proprie “fattispecie” («Tatbestände») nel senso in cui tale termine è inteso nel diritto penale interno, ma, se così si può dire, di “contenuti di offesa” o, meglio ancora, di “schemi di illiceità”, dove più, dove meno dettagliati, rispetto ai quali d'altronde – si noti, ed è aspetto ricorrentemente frainteso – non ha senso elevare direttamente, in particolare, le stesse pretese di determinatezza alla stregua delle quale debbono invece esser valutate le fattispecie introdotte in adempimento dell'obbligo internazionale. Come schemi di illiceità, val la pena dunque ribadire, non si tratta di fattispecie in senso stretto, cioè non sono essi stessi quello strumento di immediata posizione del confine che soltanto al momento della trasposizione in ambito statale può essere costruito e messo in opera. Per dirla con una certa assonanza kantiana (si perdoni la volgarizzazione) lo schema del concetto non è il concetto.

Su queste basi, ciò che lo Stato deve garantire non è, di per sé, la corrispondenza esatta in termini letterali tra formulazione interna e formulazione internazionale, ma che la rielaborazione interna – la fattispecie in senso proprio – sia tale da comprendere *almeno* le condotte o più in generale gli elementi che rientrano nello schema internazionalmente definito, conformemente ai principi dell'ordinamento penale nazionale (sarebbe un fuor d'opera discutere qui delle eventuali incompatibilità fra i termini dell'obbligo internazionalmente assunto ed i principi nazionali). Compito in realtà ben più sofisticato che non la mera traslitterazione⁴⁵.

Si tratta, a questo punto, di concretizzare le premesse appena svolte in relazione ai problemi sollevati dal concetto di «posizione di vulnerabilità».

Un primo rilievo è che la previsione dell'abuso di condizione di vulnerabilità come uno dei mezzi di realizzazione del *trafficking* risponde, nell'obbligo internazionale, a due esigenze fondamentali, funzionalmente compresenti⁴⁶. Da un lato, quella d'imporre agli Stati di considerare come “tratta” anche i casi

⁴⁵ Analogamente, v. ora STOYANOVA, *op. cit.*, 77-80.

⁴⁶ Cfr. specialmente STOYANOVA, *op. cit.*, 35, 86-90 (cui si rinvia per necessari ragguagli) che sottolinea la differenza fra la questione dell'identificazione della vittima, come presupposto per gli obblighi statuali di assistenza, e la diversa questione del «ruolo» della vittima in un procedimento penale. Nella letteratura italiana, su questo aspetto cfr. specialmente GENOVESE, SANTORO, *op. cit.*, *passim* e spec. 562-564, 569 ss.

nei quali non sono esercitati i diretti mezzi di coercizione della volontà (violenza, minaccia) e tuttavia il soggetto, non avendo alternative esistenziali, finisce con l'essere asservito o con l'asservirsi pur sempre come oggetto nelle mani di altri. Dall'altro lato, quella di garantire che sia fornita assistenza alle vittime, pretendendo che queste siano considerate tali anche quando la vittimizzazione possa risultare meno evidente perché causata da forme più subdole, cioè anche mediante coinvolgimento della volontà della persona oggetto di tratta - il cui consenso eventualmente prestato non a caso è dichiarato irrilevante.

Questa duplice funzione dell'obbligo d'incriminazione (proteggere un interesse giuridicamente tutelato e proteggere una vittima in carne ed ossa) determina un'inevitabile commistione fra logiche operative che, pur a fronte di un unico fenomeno sociale sul quale esse funzionalmente s'innestano, non sono tuttavia sovrapponibili. La prima concerne la definizione, in termini certi e precisi, di un disvalore astratto e di una regola di condotta formalizzata, in funzione repressiva; la seconda la promozione di una tutela, nell'ottica di un sospetto "positivo" che la persona possa essere vittima delle condotte oggetto dell'obbligo di incriminazione. La prima esige rigore nel definire i presupposti della responsabilità, *evitando* il rischio di uso improprio dello strumento penale; la seconda richiede sensibilità plastica nel riconoscere presupposti di protezione, *assumendo* il rischio che il reato non sussista e la persona dunque non ne sia la vittima.

Quanto alla definizione astratta del reato, formulazione e interpretazione stretta sono imposte, ma sono compito del legislatore interno che deve formulare la "fattispecie" alla luce dello "schema". Quanto all'ipotesi operativa che il reato sia realizzato in concreto nei confronti di una persona specifica, interpretazione elastica e magnanima prudenzialità nel ravvisare una situazione di vulnerabilità sono raccomandate, nell'ottica della massima tutela della ipotetica vittima.

Che il reato sia poi escluso non potrà esser considerato un fallimento del "programma di protezione", perché questo è - deve essere - costruito sempre, per sua stessa natura e destinazione funzionale, su ipotesi di reato e non sull'esistenza di questo, essendo precedente al processo: ed è appena il caso di ricordare che l'esistenza del reato può essere affermata solo alla fine di un giudizio.

Quanto all'ordinamento italiano, v'è di più. Pur all'esito di un'evoluzione normativa travagliata e oscillante nei fondamenti ideologico-politici, che non

mette conto qui ricostruire in dettaglio⁴⁷, il duplice percorso tra protezione sociale dei soggetti esposti a sfruttamento e protezione mediante gli strumenti del diritto penale – parallelo e non reciprocamente esclusivo od assorbente – è ormai piuttosto chiaramente delineato dall’art. 18 t.u. imm.

(A) Permesso di soggiorno e partecipazione a programma di assistenza e integrazione sociale sono accordati a stranieri e cittadini dell’Unione (co. 6 *bis*, ivi inclusi gli Italiani, ai quali ovviamente non si riferisce il permesso di soggiorno)⁴⁸ che siano persone offese dello sfruttamento della prostituzione o di uno qualunque dei reati per i quali sia previsto l’arresto obbligatorio in flagranza – dal 2016 vi rientra lo sfruttamento lavorativo –, per i quali sia pendente un procedimento penale (o siano in corso operazioni di polizia), in occasione del quale «siano accertate situazioni di violenza o di grave sfruttamento...ed emergano concreti pericoli per la ... incolumità [dei predetti soggetti], 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 questo caso si applicherà una specifica procedura che impone il rapporto fra questore ed autorità giudiziaria (co. 1-2).

(B) Permesso di soggiorno e partecipazione a programma di assistenza e integrazione sociale sono accordati a stranieri e cittadini dell’Unione (co. 6 *bis*) quando, «nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali, siano accertate le situazioni poc’anzi descritte.

(C) Permesso di soggiorno (ove applicabile) e partecipazione a programma di assistenza e integrazione sociale sono inoltre accordati a stranieri e cittadini dell’Unione (co. 6 *bis*) «vittime dei reati previsti dagli articoli 600 e 601 del codice penale o che versano nelle situazioni di cui al comma 1»; in questo caso «si applica...un programma unico di emersione, assistenza e integrazione sociale che garantisce, in via transitoria, adeguate condizioni di alloggio, di vitto e di assistenza sanitaria...e, successivamente, la prosecuzione dell’assistenza e l’integrazione sociale» (co. 3 *bis*). Presupposto di questo programma, come risulta dal richiamo interno, è l’esser vittime di schiavitù o tratta, oppure il versare in una delle «ipotesi» descritte dalla norma: ma quali sono queste ipotesi? Perché la norma si riferisca ad una situazione diversa ed ulteriore rispetto a quella della commessione con vicende penali “in atto” (l’ipotesi del primo comma poc’anzi riassunta *sub A*), è evidente che qui si prescinde da un procedimento penale. Si tratta allora delle situazioni di fatto in cui siano accertate, in qualsiasi modo – anche diverso dall’intervento dei servizi sociali degli enti locali – «situazioni di violenza o di grave sfruttamento nei confronti di uno straniero» (o di un cittadino dell’Unione che si trovi in una situazione di pericolo grave ed attuale). E, proprio perché si presuppone che non vi sia un procedimento in corso, non si applica in questo caso l’ulteriore requisito che

⁴⁷ Rinvio soltanto a GENOVESE, SANTORO, *op. cit.*, ove i necessari riferimenti.

⁴⁸ Il co. 6 *bis* indica l’applicazione delle previsioni del primo comma, infatti, «in quanto compatibili». E questo è del tutto coerente con il sistema delineato dall’intreccio delle disposizioni.

«emergano concreti pericoli per la sua incolumità per effetto...delle dichiarazioni rese». Resta il dubbio che debba comunque constare il pericolo per l'incolumità derivante dai «tentativi di sottrarsi ai condizionamenti di un'associazione dedita» allo sfruttamento della prostituzione o ad uno dei delitti per i quali sia previsto l'arresto obbligatorio in flagranza. Ma sembra che se ne possa tranquillamente prescindere, non foss'altro perché la norma fa esplicito riferimento ai delitti di schiavitù e tratta, che sarebbero già compresi nel comma 1 e che non sono necessariamente delitti associativi. Solo situazioni di violenza e grave sfruttamento, unitamente al pericolo per l'incolumità (da qualsivoglia fonte provenga), sono dunque presupposto del programma. Il sistema, pur avendo bisogno di una robusta "registrata", ha così un sembiante di ragionevolezza.

* * *

Le tratteggiate differenze di prospettiva fra scopo di repressione e scopo di protezione rendono non soltanto comprensibile - nell'ottica della protezione - l'utilità della definizione generale della vulnerabilità come mancanza di alternative, ma addirittura auspicabile la mancata previsione di dettaglio circa il contenuto dell'elemento a livello internazionale. Questa, a condizione dell'efficacia quanto a raggiungimento dello scopo, consente inoltre di preservare l'elasticità dell'ordinamento nazionale nel trovare le vie più consone in relazione alla cultura giuridica locale - che è il noto carattere «parrocchiale» del diritto penale⁴⁹; metafora qui specialmente azzeccata, dacché si riferisce ad un'antica e storicamente efficientissima ripartizione organizzativa su base territoriale anche grazie alla quale ha dispiegato la sua influenza capillare un'istituzione i cui valori hanno programmaticamente vocazione universale: come lo sono quelli oggetto degli obblighi internazionali di incriminazione del tipo di quelli di cui ora si discute. Si è visto più sopra, del resto, come le differenze nella «verbalizzazione» della regola (nel senso metodologico introdotto da Rodolfo Sacco) non escludono di ravvisare la condivisione di fondo sugli elementi di fatto che sono alla radice di una situazione di vulnerabilità.

Sulla base di queste premesse, è ora possibile spiegare adeguatamente, anche rispetto alla specifica fisionomia della norma penale italiana sullo sfruttamento lavorativo, perché le residue perplessità sopra menzionate non possono esser considerate insuperabili.

In primo luogo, gli interrogativi sopra riassunti non inficiano un primo, basila-

⁴⁹ DUBBER, *Comparative Criminal Law*, in REIMANN, ZIMMERMANN (eds.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford, 2006, 1288.

re aspetto contenutistico dello «stato di bisogno» (ma anche, come si dirà, della condizione di persona vulnerabile), che può esser considerato un solido punto di partenza. Lo stato di bisogno presenta cioè un contenuto minimo determinabile in relazione alla mancanza di mezzi di sussistenza: è questa mancanza che costituisce elemento della fattispecie tipica; non la mancanza di alternative. Piuttosto, la mancanza di mezzi è la causa della mancanza di alternative; ma solo la prima è elemento del reato, non la seconda.

Sulla base di questo riconoscimento, sarebbe fuorviante - rispetto al reato di sfruttamento lavorativo dell'ordinamento italiano - porsi tutte le domande sopra riassunte. Fuorviante chiedersi se l'alternativa al sottoporsi allo sfruttamento sia reale ed in qual senso: è l'impossibilità di provvedere altrimenti alle esigenze esistenziali che si pone in connessione con l'abuso; non è necessario identificare una specifica "alternativa", perché elemento del fatto è la necessità - il bisogno - di cercare alternative, quali che siano, al sottoporsi a sfruttamento; e questa necessità fonda la vulnerabilità (e questa è la risposta alle questioni dei punti *a* e *b* e *d*). Non c'è dubbio, poi, che lo stato di bisogno debba esser percepito piuttosto che dalla vittima, certamente da colui che ne abusa, per esigenza legata ai generali principi di imputazione del reato (ogni elemento di fattispecie dev'essere coperto dal dolo; ed è la risposta alla questione di cui al punto *c*). Quanto al carattere accettabile o meno dell'alternativa (punto *e*), vale quanto appena detto: ciò che conta non è disporre di alternative di cui ci si debba chiedere se siano accettabili o meno, ma stabilire che sia inaccettabile soccombere allo stato di bisogno, se non si soccombe allo sfruttamento.

La connessione fra bisogno (come mancanza di mezzi) e vulnerabilità sta in ciò, che le singole *cause personali, economiche, sociali*, di vulnerabilità possono determinare una condizione di bisogno, ma non sono di per sé rilevanti alla stregua della fattispecie tipica. La gravidanza, ad esempio, può essere condizione di vulnerabilità dal punto di vista sociologico, ma diventa penalmente tipica se ad essa si ricollega quella mancanza di mezzi che ha posto la donna (o persona a lei vicina) in condizioni di mancanza di mezzi tale da far soccombere all'abuso ed allo sfruttamento.

Si pensi ancora alla situazione personale di una delle vittime protagoniste del caso deciso dal GIP del Tribunale di Brindisi, sopra ricordato:

Luisa vive in un'abitazione fatiscente con due figlie ed un compagno affetto da patologia cronica, per la quale percepisce sussidio di cinquecento euro mensili, che costituisce la «capacità di reddito fisso dell'intero nucleo familiare» e dev'essere impiegata essenzialmente per le esigenze di cura. Inoltre si deve occupare di un'altra figlia disoccupata, che per una «imprevista gravidanza, aveva

lasciato la famiglia di origine (sic)»⁵⁰.

Analogamente dicasi per le condizioni di oligofrenia, di non scolarizzazione, di appartenenza a gruppi a rischio persecuzione, ed in generale per tutti i fattori riconosciuti come di vulnerabilità.

Altra questione è invece il giudizio da esprimere sia sulla proposta di intendere lo stato di bisogno come condizione di vulnerabilità (o addirittura di sostituire la prima espressione con la seconda), sia sull'uso generico dell'espressione «vulnerabilità» senza ulteriore specificazione nelle altre fattispecie in cui esso ricorre. Di questo si dirà in conclusione (§ 5).

3.6. (Segue): assorbimento dell'abuso nella prova della vulnerabilità?

Un secondo aspetto nodale evidenziato con particolare nitore, fra l'altro, dal rapporto UNODC è rappresentato – forse più ancora che dalla definizione di «condizione di vulnerabilità» – dalla tendenza ad identificare quel presupposto della condotta di abuso con quest'ultima, nel senso di ritenerla sussistente ogni qualvolta si possa riscontrare il primo. Dal punto di vista tecnico e politico-criminale si deve ribadire che non è una confusione ammissibile: la frammentarietà dell'intervento penale – che non può essere collocato sulla linea del fronte in luogo delle politiche sociali – si gioca anche su queste distinzioni, il cui impatto pratico è evidente. Per chiarezza si può considerare un esempio tratto da un'esperienza olandese⁵¹. Il contesto è ancora una volta specificamente quello della responsabilità per *trafficking*, ma il significato dell'esempio non muta ai fini di questo lavoro, anche perché lo scopo della contestata condotta di tratta sarebbe proprio quello di sfruttamento lavorativo.

Un gruppo di migranti irregolari si rivolge al gestore di un ristorante cinese, pregandolo – per così dire – di dare loro lavoro. Costui fornisce alloggio in camere condivise; la paga corrisposta è inferiore al salario minimo. In Olanda, viene riferito, il proprietario del ristorante è accusato di tratta a fini di sfruttamento lavorativo, considerandosi irrilevante il fatto che egli non abbia preso l'iniziativa e non abbia abusato della vulnerabilità in modo intenzionale; è considerato invece sufficiente che di quello stato abbia avuto una semplice consapevolezza (c.d. *conditional intent*).

Pur in assenza di ulteriori elementi di dettaglio, il problema è chiaro.

In primo luogo, se ha un senso la previsione autonoma del requisito dell'abuso di condizioni di vulnerabilità come modalità ulteriormente specifi-

⁵⁰ GIP Trib. Bari, cit., fg. 42.

⁵¹ Breve commento in GALLAGHER, MC ADAM, *op. cit.*, 191.

cata della condotta tipica di sfruttamento, è evidente che l'abuso non può essere appiattito su quest'ultima condotta: l'impiego potrà assumere bensì rilievo penale, ma ad altro titolo - nell'esempio, impiego di stranieri irregolari. Questa considerazione, d'altronde, non vale soltanto per l'ordinamento italiano ma è generalizzabile almeno nel contesto europeo, data l'armonizzazione in ambito europeo di queste condotte mediante la cd. direttiva sanzioni (2009/52/EU: essa prevede, com'è noto, un generale divieto di assumere cittadini di Paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, che dev'essere munito di sanzioni penali «efficaci, proporzionate e dissuasive» alle condizioni previste dalla stessa direttiva: art. 9).

Correlativamente, l'abuso presuppone una condotta attiva. Questa può essere adeguatamente segnalata da un'iniziativa assunta dal datore di lavoro, seppure questo criterio dell'iniziativa non possa considerarsi esclusivo. Richiedere una condotta attiva, nei termini che saranno specificati fra poco, è in questo contesto assolutamente necessario, diversamente da quanto si ritiene a proposito dell'esercizio di condotte abusive in differenti contesti sistematici: in particolare, nel caso dell'abuso di poteri da parte di pubblici funzionari. In quest'ultimo caso, infatti, il parametro per identificare quando vi sia un abuso (o "approfittamento") è agevolmente determinabile con riguardo ai poteri attribuiti al funzionario da leggi, regolamenti, istruzioni di servizio: costituisce abuso la loro violazione³². Non così a proposito della condotta di abuso/approfittamento dello stato di bisogno, dove non esistono, com'è ovvio, parametri formali di qualificazione, ma soltanto una situazione di fatto di rapporti di forza economici. In questo senso, la mancanza di parametri obiettivi di qualificazione rende impossibile definire la violazione in termini puramente normativi, e la prospettiva dell'azione "naturalistica" riguadagna il suo spazio, per così dire, naturale.

L'abuso presuppone inoltre, dal punto di vista del soggetto agente, una specifica intenzionalità, ulteriore rispetto a quella di sfruttamento. La mera consapevolezza della condizione non sarebbe sufficiente, proprio perché se ne richiede una sorta di oggettivizzazione nell'abuso. Questa sfumatura può apparire problematica, ma costituisce un elemento nevralgico a fronte di atteggiamenti ordinamentali imperniati sulla logica della 'terra bruciata' attorno al fenomeno della migrazione irregolare; un caso come quello esposto costituisce utile banco di prova. Piuttosto, la distinzione può apparire specialmente

³² Non rileva qui l'ulteriore discussione se costituisca abuso anche l'esercizio di poteri riconosciuti dalla legge, ma per un fine illecito (come quando si faccia richiesta di pagamenti indebiti all'esito di una verifica tributaria legittimamente compiuta, che abbia evidenziato irregolarità di gestione).

problematica in quei casi nei quali non vi sia un'interferenza con le fattispecie penali in materia di impiego illecito di lavoratori irregolari. Qui un criterio distintivo fra abuso penalmente rilevante e mero giovamento di una condizione di vulnerabilità che non costituisca abuso, dev'essere reperito; opera impegnativa ma non insormontabile, se si considera la logica di sussidiarietà che deve informare l'intervento penale.

Stabilita la necessità di non soprassedere sul carattere complesso della formula "abuso della condizione di bisogno/vulnerabilità", resta pur sempre ancora aperto il problema della fisionomia di questa condotta: a questa prima parte dell'emistichio deve esser dunque rivolta ora l'attenzione. La questione sollevata per lo specifico caso del traffico vale d'altronde senz'altro anche per il reato italiano di sfruttamento lavorativo: in che cosa consiste l'abuso di una condizione di vulnerabilità o, per utilizzare la formulazione della fattispecie italiana, l'approfittare dello stato di bisogno?

4. Abuso

Nel comune senso del lessico, approfittare è trarre vantaggio, profitto, sostanzialmente abusare. Ma l'esattezza filologica di questa definizione non aiuta. Alcuni significativi documenti prodotti da organizzazioni internazionali possono innanzi tutto essere presi in considerazione per focalizzare la specifica dimensione dell'abuso di vulnerabilità nel contesto dello sfruttamento lavorativo. Il tema, in particolare, è affrontato in uno studio dell'ILO, già ricordato⁵³, con riferimento al tema della tratta a fini di sfruttamento; il quadro generale è significativo, perché gli indicatori della vulnerabilità potranno essere opportunamente specificati anche in relazione alle situazioni di sfruttamento lavorativo che non siano necessariamente collegate a quel reato. Si esige, per sommi capi, una condotta attiva, sorretta dalla consapevolezza della condizione di bisogno e da una specifica intenzione di sfruttarla, al fine di costringere la persona a lavorare. In questo senso, si tratta pur sempre di una forma di coazione, che può esser realizzata in vari modi: ad esempio, mediante minaccia di denuncia (della condizione di irregolarità della persona); con l'approfittare di limitate capacità intellettive del soggetto; col prospettare una minaccia di licenziamento, soprattutto quando questa non sia altro che un espediente, ad es. per avvantaggiarsi d'una condizione di debolezza femminile. È utile riportare per intero la formulazione pertinente:

«Abuse of vulnerability, including threats of denunciation to the authorities, is

⁵³ ILO, *Hard to See, Harder to Count*, cit., p. 16; p. 87.

a means of coercion where an employer deliberately and knowingly exploits the vulnerability of a worker to force him or her to work. The threat of denunciation is used especially in the case of irregular migrant workers. Other instances of abuse of vulnerability include taking advantage of the limited understanding of a worker with an intellectual disability and threatening women workers with dismissal or with being forced into prostitution if they refuse to comply with the employer's demands. As noted above, the obligation to stay in a job due to the absence of alternative employment opportunities, taken alone, does not equate to a forced labour situation; however, if it can be proven that the employer is deliberately exploiting this fact (and the extreme vulnerability which arises from it), to impose more extreme working conditions than would otherwise be possible, then this would amount to forced labour».

Di particolare importanza è soprattutto la precisazione finale. Muovendo dalla specifica prospettiva degli indicatori di lavoro forzato in senso proprio si riconosce, infatti, che la semplice costrizione a svolgere un lavoro in condizioni di sfruttamento a causa della mancanza di opportunità alternative d'impiego non può essere considerata, in quanto tale, come una situazione di lavoro forzato. O, almeno, non può esserlo di regola: è sempre possibile, infatti, che la pressione del datore di lavoro sia tale da imporre intenzionalmente condizioni di lavoro ancor più degradate, al punto che non sarebbe possibile accettarle altrimenti che in condizioni di vulnerabilità davvero estrema, allora in questo caso la situazione di lavoro forzato potrebbe essere riconosciuta.

Ciò equivale ad osservare *per differentiam*, quando cioè non sia in discussione il lavoro forzato ma lo sfruttamento lavorativo quale previsto dalla fattispecie italiana, che quella situazione potrebbe essere invece rilevante, proprio perché non valgono le ragioni che invece impediscono di riconoscere una situazione di lavoro forzato in senso proprio. La mancanza di alternative d'impiego, quale contenuto concettuale dell'elemento «stato di bisogno», diviene oggetto di abuso quando sia in effetti accompagnata dalla condotta attiva di un consapevole ed intenzionale approfittare. Senonché, deve trattarsi di una mancanza qualificata, legata a condizioni che la consolidano, per così dire, in uno stato esistenziale, cioè una condizione potenzialmente stabile, non altrimenti rimediabile che sottoponendosi ad un abuso. In ogni caso, l'uno e l'altro requisito - vulnerabilità ed attiva condotta di abuso - devono sussistere indipendentemente e come tali devono essere autonomo oggetto di prova; non è corretto ammettere quel che nella prassi censita da resoconti comparatistici sembra costituire invece atteggiamento diffuso: quello di considerarli

sinonimi⁵⁴.

Tirando le fila, approfittare dello stato di bisogno costituisce una nota modale delle condotte di reclutamento, utilizzazione, impiego, così come nota modale è la sottoposizione a condizioni di sfruttamento. Sottolineare il carattere di ‘nota modale’ sta a significare non una mera contiguità cronologica od uno degli addendi d’una somma fors’anche un po’ confusa di requisiti strutturali, ma la *necessaria esistenza di un rapporto di funzionalità, o meglio di strumentalità fra l’approfittare dello stato di bisogno e le condotte illecite del reclutare, impiegare, ecc.* Restano prive di rilevanza tipica le coincidenze soltanto occasionali, legate cioè a contingenti, variabili, anodine caratteristiche della situazione concreta.

L’abuso, in altri termini, deve essere intenzionalmente finalizzato o comunque strumentalizzato a quelle condotte tipiche, e dunque le deve precedere, logicamente se non cronologicamente (il criterio cronologico, ad esempio l’iniziativa presa dal datore di lavoro, può essere ovviamente un indizio della strumentalizzazione).

Riassumendo, al fine di abusare dello stato di bisogno – nel contesto del reato di sfruttamento lavorativo – *è necessaria una condotta attiva, distinta da quella in cui consiste lo sfruttamento, che esprima l’approfittare di una condizione conosciuta ed intenzionalmente strumentalizzata dall’agente ad instaurare o consolidare un rapporto formale o fattuale di dipendenza, realizzato mediante il reclutamento o l’impiego in qualunque forma, in presenza delle condizioni di sfruttamento penalmente tipiche.*

A questo punto, proviamo ad applicare a titolo indicativo quest’articolata interpretazione, legata a quanto esposto nei paragrafi precedenti, al caso del ristorante cinese più sopra ricordato (§ 3.6.), nei limiti delle informazioni essenziali disponibili. Il gestore del ristorante si limita ad accogliere una richiesta esplicita, fors’anche insistente; verosimilmente ha anche conoscenza della condizione di vulnerabilità dei soggetti che gliela rivolgono; fornisce una soluzione alloggiativa (non è chiaro in quali condizioni concrete). Si tratta a questo punto di identificare e qualificare le condotte rilevanti alla stregua degli elementi astratti di fattispecie; sono essenzialmente tre: *a)* la condotta d’accogliere la richiesta; *b)* quella di fornire una soluzione alloggiativa; *c)* quella di pagare retribuzioni in misura inferiore al minimo. Le ultime due condotte sono – in sé e per sé – estranee al profilo dell’approfittamento, perché rilevano, qualora se ne ravvisino gli estremi per la fisionomia concreta che assumano, alla stregua della “sottoposizione a condizioni di sfruttamento”. Resta

⁵⁴ GALLAGHER, MC ADAM, *op. cit.*, 189.

dunque da valutare la sola condotta di cui al punto (a), consistente nell'accogliere la richiesta di soggetti di cui, verosimilmente, l'agente si rappresenti effettivamente la condizione di bisogno.

Interrogativo fondamentale è dunque se la semplice accettazione possa integrare quell'*approfittamento deliberatamente strumentale all'instaurazione del rapporto* di lavoro, in cui consiste come si è detto l'abuso dello stato di bisogno. La risposta dovrebbe essere senz'altro negativa: in questo caso non è ravvisabile quel rapporto di funzionalità, strumentalità intenzionale tra l'approfittare ed il reclutare, impiegare ecc., che - come si è qui argomentato - costituisce la caratteristica specifica di questa nota modale delle condotte tipiche del reato di sfruttamento lavorativo. Il fatto sarà qualificabile, piuttosto, alla stregua della meno grave fattispecie di impiego di stranieri irregolari (in Italia, art. 22, co. 12, t.u. imm.)⁵⁵.

5. Considerazioni riassuntive: stato di bisogno, vulnerabilità, tipicità di contesto (e una possibile revisione normativa)

All'interno della fattispecie penale di sfruttamento lavorativo, come pure nelle fattispecie che in Italia sono classificate come delitti contro la personalità individuale, l'elemento dell'abuso delle condizioni esistenziali della persona compare come costitutivo del disvalore penale dell'offesa, come nota modale che accompagna la condotta di sfruttamento alla quale la vittima soccombe, già piegata proprio da quella condizione esistenziale. Questa è definita, nelle convenzioni internazionali e nelle fonti di diritto europeo che ne impongono il riconoscimento, come posizione o condizione di vulnerabilità; come tale è tradotta - o meglio, traslitterata - nelle fattispecie italiane, senza ulteriore specificazione, salvo che nel reato di sfruttamento lavorativo, nel quale, come si è visto, l'opzione lessicale adottata diverge, connotando la condizione della vittima come «stato di bisogno».

Al di là di questa divergenza, l'essenzialità dell'elemento in esame dipende dalla constatazione socio-criminologica che le vicende di sfruttamento che si innestano su vicende di mobilità forzata, così come d'altronde sulla disponibilità a sottoporsi a condizioni di lavoro disumanizzanti o, se si preferisce, degradanti, sono più frequentemente dovute, piuttosto che ad asimmetrici rapporti interpersonali, qualificati da violenza, minaccia, inganno, a forme più larvate di approfittamento di situazioni di contesto esistenziale cui l'individuo cerca di sottrarsi ed è per questo «vulnerabile».

Con ciò, si deve riconoscere che asimmetrie esistenziali, sociologicamente

⁵⁵ Punita, nell'ipotesi base, con la reclusione da sei mesi a tre anni.

connotate, fanno ingresso nella fattispecie penale; l'elemento che le veicola - approfittare di condizioni di vulnerabilità (o bisogno) - porta con sé una carica di indeterminatezza che il sistema deve reggere e riassorbire. La situazione è inedita: non si tratta di un elemento il cui contenuto sia definibile in termini tradizionali, familiari alle impostazioni esegetiche correnti, come accade quando si debba dar lettura di situazioni di minorata difesa nei rapporti interprivati di tipo patrimoniale, o persino quando sono in gioco beni non patrimoniali come vita ed integrità fisica, ma l'aggressione si colloca pur sempre all'interno di dinamiche "individualizzate". La caratteristica dell'elemento qui discusso è quella d'imporre una valutazione di contesto («situational context»), in un duplice senso. Per un verso, la vulnerabilità è sempre «contextually relative», definibile cioè in base al contesto sociale, economico, ordinamentale in cui la vicenda concreta si dipana. Per altro verso, come si è visto, almeno dal punto di vista sociologico non è possibile escludere dalla valutazione del contesto lo stesso punto di vista della vittima, la percezione ch'essa ha della propria situazione. Si tratta, d'altronde, di un dato del tutto familiare all'antropologia culturale ed alle scienze del comportamento, oltre che largamente usata nella ricerca storiografica, a partire dall'intuizione del linguista Kenneth Pike: si allude alla distinzione fra «emic» ed «etic». Con il primo termine (da «*phonemic*», rappresentazione linguistica dei suoni) si allude alla descrizione di comportamenti o credenze che hanno un significato dal punto di vista, conscio od inconscio, dell'agente, all'interno della cultura di riferimento. Con il secondo si intende la descrizione operata da un osservatore esterno, capace di generalizzare e comparare⁵⁶. L'alternativa tra queste prospettive è reale, e capace di conseguenze significative circa l'esistenza del reato: non a caso, per il caso di schiavitù e tratta, si stabilisce che il consenso della persona offesa - l'esplicitazione naturale della prospettiva "emica" - è irrilevante, cioè non può escludere il disvalore oggettivo del fatto. E la questione è tanto più problematica laddove, come nel caso della fattispecie italiana di sfruttamento lavorativo, una simile clausola di irrilevanza non è esplicitamente imposta dal diritto internazionale e dovrebbero applicarsi le regole generali. Come rilevato da autorevole dottrina, anche beni personalissimi possono in effetti esser considerati disponibili, sia pure a determinate condizioni: «anche

⁵⁶ Senza che sia possibile inoltrarsi in un terreno che fuoriesce dalle competenze di chi scrive, trovo utile almeno la ricapitolazione del dibattito in HEADLAND, *Introduction. A Dialogue between Kenneth Pike and Marvin Harris on Emics and Etics*, in HEADLAND, PIKE, HARRIS (eds.), *Emics and Ethics: The Insider/Outsider Debate*, Sage publ., 1990, riprodotto in *The Journal of American Folklore*, January 1990, reperito tramite <https://www.researchgate.net/publication/246054591>. Devo la prima segnalazione delle categorie e del lavoro di Pike a Carlo Ginzburg.

i diritti della libertà personale, dell'onore, dell'identità personale, della dignità, sono disponibili per limitazioni circoscritte e secondarie, ma non per la distruzione oppure per menomazioni irrevocabili o così gravi da diminuire in modo notevole la libertà...o la dignità...della persona umana»⁵⁷. Come giudicare allora il consapevole acconsentire a condizioni di lavoro percepite come occasione per migliorare comunque la propria condizione esistenziale, ad esempio mediante rimesse periodiche od in vista di un ritorno in patria con disponibilità economiche altrimenti impensabili (come può accadere specialmente quando si tratti di stranieri)?

Il problema, tuttavia, sembra mal posto.

Il punto di vista della vittima non ha a che vedere con il tema del consenso, una volta che sia esclusa – come si è visto – la nozione soggettiva di vulnerabilità. Il consenso non potrebbe che rilevare allora rispetto allo sfruttamento, ma dev'esser ritenuto normativamente irrilevante in quanto gl'indici di sfruttamento siano espressivi di condizioni rispetto alle quali esso non potrebbe a nessun patto esser validamente dato: o perché sono coinvolti interessi pubblici non disponibili dall'interessato (es., le violazioni in materia di igiene e sicurezza), o perché in ambiti astrattamente disponibili (tempo, retribuzione)⁵⁸ se la fattispecie è integrata ciò significa che le condizioni lavorative non esprimono quella compressione limitata, temporanea, parziale della dignità che è condizione unica di validità del consenso.

Questa considerazione, tuttavia, non ha valore astratto ma solo empirico. Per quanto il panorama delle vicende attualmente note nei loro tratti generali non ponga problemi di sorta circa il carattere non volontario della soggezione, non si potrebbe escludere che, in concreto, un individuo persegua consapevolmente e volontariamente un piano di crescita sociale che passi, temporaneamente, per la sottoposizione a condizioni cui egli ritenga di poter dare la propria adesione. L'irrelevanza assoluta e incondizionata del consenso prestato a condizioni di sfruttamento potrebbe apparire soluzione semplicistica, quanto meno nella misura in cui imponga di applicare immediatamente il diritto penale con perentoria esclusione di altre soluzioni ordinamentali.

Per quanto nel contesto italiano queste riflessioni possano apparire inedite o comunque poco approfondite e forse, nel merito, persino programmaticamente inaccettabili, recenti posizioni critiche nella letteratura specialistica, giuridica e criminologica, sembrano essere ben consapevoli del problema. Ad esempio, in uno studio sul traffico di cittadini brasiliani (prevalentemente con

⁵⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale*, p.g., Milano, 2017¹⁰, 247.

⁵⁸ Essenzialmente, soltanto gl'indici dei nn. 1 e 2 dell'art. 603-bis c.p..

scopo di sfruttamento sessuale o prostituzione), è stato osservato che

«focalizzandosi sulla vulnerabilità individuale, si rischia di ignorare le più ampie questioni strutturali che stanno attorno agli individui e che sono la prima causa della loro vulnerabilità ... In tal modo, governi neo-liberali spesso ignorano che la vulnerabilità ha cause strutturali e semplicemente si aspettano che le persone vulnerabili si astengano ... dal prender parte ad attività considerate sconvenienti (quali migrazione irregolare e lavoro sessuale), pur se siffatte attività portano ad una delle poche strade di mobilità socioeconomica che per esse sono aperte»⁵⁹.

Quale è la reale posta in gioco dietro l'alternativa oggettivo/soggettivo? Non si tratta, in realtà, soltanto di una questione interna al sistema e ai suoi principi. Si tratta, più a fondo, di porre il tema del ruolo del diritto - e del diritto penale - rispetto all'economia, a determinati sistemi di produzione⁶⁰, ai loro attori e comparse. Accade che determinati modi di produzione, specialmente in settori merceologici a bassa qualificazione, possano esistere e prosperare prevalentemente a patto di abbattere in modo illecito (perché effettuato mediante sfruttamento) il costo del lavoro. Allo stesso tempo, sono proprio queste scelte produttive che si rivelano particolarmente funzionali a veloci arricchimenti o comunque modifiche positive delle condizioni economiche individuali; è qui che potrebbe entrare in gioco la prospettiva della vittima, il suo calcolo costi-benefici culturalmente condizionato ed effettuato rispetto alle condizioni "di partenza". Sta di fatto che lo scenario è quello del sindacato penale su interi modi di produzione, i quali peraltro, già in descrizioni (pubblicamente reperibili con semplici ricerche online)⁶¹ che possono apparire singolarmente ellittiche sulle modalità di funzionamento, suscitano sospetti di elusione delle norme a tutela del lavoro.

A fronte della speciale natura di questo elemento costitutivo, si impone di delimitare con chiarezza la rilevanza tipica delle situazioni di contesto che ad esso possono essere ricondotte. Al momento, le soluzioni adottate nell'ordinamento italiano sono due: il riferimento allo «stato di bisogno» e quello alla «situazione di vulnerabilità».

⁵⁹ PÉREZ, *op. cit.*, (trad. e corsivo nostri).

⁶⁰ Si pensi proprio alla produzione agricola non meccanizzata in cui è prosperato il sistema del tradizionale caporalato; ma anche ad altri settori, come quello del pronto-moda: per comprendere il funzionamento del settore in quanto tale dal punto di vista delle scelte di management cfr. ad es. VONA, *Modelli di management e dinamiche competitive nel sistema moda: il caso Zara*, in *Finanza Marketing e Produzione*, 2004, 116-137 (ringrazio il prof. Vona per la trasmissione del lavoro e l'occasione di confronto).

⁶¹ Cfr. ad es. per informazioni "popolari": in www.nuvoluzione.com, www.donnamoderna.com.

Come si è cercato di mostrare, non si tratta tuttavia di una mera alternativa lessicale.

Lo stato di bisogno, per quanto – come si è visto – non limitato alla prospettiva patrimoniale, suggerisce di ritenere rilevante per la fattispecie tipica la mancanza di mezzi di sussistenza, determinata in relazione al contesto economico-sociale nel quale detta mancanza è apprezzata; deve trattarsi di una condizione conosciuta ed intenzionalmente strumentalizzata dall'agente ad instaurare o consolidare un rapporto formale o fattuale di dipendenza, in modo diretto. Non rileverebbe invece, in questa prospettiva, la (im)possibilità di trovare risorse alternative: diversamente dalla definizione generale internazionalmente attestata⁶², è *necessario e sufficiente dar conto di questa mancanza; non è invece necessario indicare gli ambiti esistenziali rispetto ai quali le potenzialità del soggetto avrebbero modo di esplicitarsi*.

La condizione di vulnerabilità, se definita in termini soltanto generali come mancanza di alternative reali ed accettabili, è soltanto apparentemente affine allo stato di bisogno: posto che la vulnerabilità non è definita “in positivo”⁶³, resterebbe soltanto la possibilità di definirla in negativo, come mancanza di alternative. Questa definizione negativa ha conseguenze pratiche rilevanti: essa postula, come si riconosce, una specifica indagine su quali alternative siano disponibili per la specifica persona, e se queste siano per essa ragionevolmente accettabili. Nessuno di questi due aspetti – non a caso considerati come problemi irrisolti – è realmente definibile secondo parametri oggettivi. Sicuramente non lo è il secondo, esplicitamente ancorato a criteri soggettivi, legati cioè al punto di vista della (ipotetica) vittima. Ma neppure il primo, soltanto apparentemente oggettivo: da un lato, perché non è possibile veramente definire quali ambiti esistenziali costituiscono il ventaglio di possibilità di una persona; dall'altro perché decisive in questo sarebbero le specifiche caratteristiche individuali, così che ancora una volta è la dimensione individuale che finisce col definire i confini dell'elemento oggettivo del reato.

Su queste basi, si possono riprendere due considerazioni già anticipate. La prima segnala che il concetto di stato di bisogno è diverso rispetto a quello di situazione di vulnerabilità: contrariamente a quanto talvolta si ritiene⁶⁴, non

⁶² Come si è visto, posizione di vulnerabilità è intesa, in termini generali, come la mancanza di un'alternativa esistenziale reale e accettabile (*retro*, spec. § 3.2).

⁶³ Lo si potrebbe dire anche dello stato di bisogno, che è espresso in termini di “mancanza”; ma è possibile definire i mezzi di sussistenza. Questo non accade per la vulnerabilità secondo la definizione generale, perché – in mancanza di specificazioni (peraltro possibili e esistenti; su questo punto si tornerà più avanti nel testo) – non vi sono parametri per definire quando sussista.

⁶⁴ FIORE S., (*Dignità degli uomini e (punizione dei) caporali. Il nuovo delitto di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro*, in *Scritti in onore di Alfonso M. Stile*, Napoli, 2013, 885 s. Sembrano pro-

sono concetti fungibili, con la conseguenza duplice che né è possibile affermarne l'equipollenza interpretativa, né *de iure condendo* si può proporre la sostituzione del primo con il secondo, senza approfondite argomentazioni di supporto sulla diversità di prospettive concettuali e conseguenze operative che la sostituzione porterebbe con sé - come se si trattasse di semplice operazione cosmetica.

La seconda, legata alla precedente, è che la scelta della prospettiva concettuale preferibile dipende inevitabilmente dalle caratteristiche e dai principi dei singoli ordinamenti. Come si è detto, per quel che concerne l'ordinamento italiano la posizione qui sostenuta è che la soluzione oggettivistica si imponga come irrinunciabile; questa è ovviamente una scelta culturale dichiarata. Su questa base, dal punto di vista della tecnica di tipizzazione *de iure condito*, l'uso dell'espressione «stato di bisogno» sembra preferibile rispetto a quella di «situazione di vulnerabilità», perché più compatibile con i principi (in primo luogo, quello di determinatezza).

Tuttavia, non si tratta del migliore dei mondi possibili, se così si può dire. Limitarsi all'alternativa esegetica finisce col trascurare il presupposto stesso dell'analisi, cioè il riconoscimento che ci troviamo di fronte ad elementi il cui significato - slegato dalla matrice prevalentemente patrimoniale ed espressivo, invece, di una complessiva dimensione esistenziale - non può esser definito che rispetto al contesto sociale, economico, ordinamentale, dunque in termini dinamici e non statici: una struttura, del resto, omogenea a quella generale della fattispecie.

Proprio questo riconoscimento porta allora ad affrontare la questione sotto altro punto di vista. Ci si deve chiedere, cioè, se la complessa fisionomia del reato di sfruttamento come fattispecie "di contesto" non suggerisca di replicare per questo elemento costitutivo, indipendentemente dal lessema che si ritenga preferibile in sé (bisogno, o vulnerabilità), la tipizzazione mediante "indici di vulnerabilità". Come si è illustrato a proposito degli indici di sfruttamento, costruire la tipicità mediante indicatori rappresenta una soluzione utile ed innovativa, ed allo stesso tempo rispettosa dei principi, quando il diritto penale interviene a gestire fenomeni complessi.

Questa proposta è d'altronde suscettibile di estendersi - a maggior ragione - alle fattispecie che già adesso prevedono l'elemento della vulnerabilità senza ulteriori specificazioni: alla luce di quanto sinora esposto, proprio questa mancanza non sembra compatibile con il principio di determinatezza.

La scelta di indicare il contenuto della condizione di vulnerabilità, del resto,

pendere in questo senso anche GENOVESE, SANTORO, *op. cit.*, 545.

non soltanto - lo si è visto - è auspicata in sede internazionale, ma è già stata effettuata in taluni ordinamenti, che potrebbero essere presi come modelli di riferimento. Una disposizione conforme al principio di determinatezza potrebbe dunque a un dipresso esser così formulata:

X. Approfitta di una condizione di vulnerabilità chiunque consapevolmente ed intenzionalmente strumentalizza detta condizione all'instaurazione o rafforzamento di un rapporto formale o fattuale di dipendenza (o subordinazione lavorativa)⁶⁵, realizzato mediante le condotte di reclutamento, utilizzazione etc. (cioè le condotte che integrano la fattispecie di sfruttamento lavorativo).

Y. Si considera indice di vulnerabilità una o più delle seguenti condizioni:

- la mancanza o scarsità di mezzi di sussistenza per sé o un prossimo congiunto;
- l'età, il sesso o genere, le condizioni di salute fisica o psichica
- la condizione di straniero, in particolare quando irregolarmente soggiornante sul territorio nazionale.

Una formulazione di tal fatta, è appena il caso di soggiungere, non costituisce la migliore delle soluzioni possibili; ma s'intende che possa costituire una buona base di partenza per riformulare, alla luce delle generali indicazioni metodologiche qui sviluppate, tutte le fattispecie che prevedono detto requisito come elemento costitutivo.

6. Corollari: come distinguere lo sfruttamento lavorativo dalla tratta agli stessi fini, e dalla schiavitù

Per quanto concerne l'attuale situazione del diritto italiano, e specificamente le fattispecie classificate dal codice come «delitti contro la personalità individuale», resta sul tappeto il problema di differenziare la fattispecie di sfruttamento lavorativo da quella di tratta, quando interferiscano sotto lo specifico profilo dell'approfittamento di una condizione di vulnerabilità. In effetti compie tratta, ai sensi dell'art. 601 c.p. come attualmente formulato, chi «recluta» od «ospita» una o più persone approfittando della loro situazione di vulnerabilità, al fine di indurre o costringere a prestazioni lavorative «che ne comportino lo sfruttamento». E si tratta di una fattispecie punita con sanzione incomparabilmente più grave rispetto allo sfruttamento "semplice", poiché la cornice edittale per l'ipotesi base è da otto a venti anni (la pena-base per lo sfruttamento è da uno a sei).

⁶⁵ La dipendenza sarebbe rilevante per le fattispecie di schiavitù e tratta (se effettuate allo scopo di sfruttamento lavorativo, si potrebbe formulare nel senso della «dipendenza *nella* subordinazione lavorativa»); la subordinazione lavorativa per il reato di cui all'art. 603 *bis* c.p..

Lasciamo da parte l'osservazione di quanto sia discutibile la meccanica trasposizione delle disposizioni internazionali, oltre a talune discutibili soluzioni lessicali e sintattiche di traduzione (alle quali pure si farà cenno ove necessario in questa sede). Sta di fatto che il riferimento al reclutare persone con il fine di indurle a prestazioni lavorative che comportino lo sfruttamento sembra perfettamente qualificabile sia alla stregua della fattispecie di tratta, sia alla stregua di quella di sfruttamento lavorativo, che punisce chi «recluta» manodopera allo scopo di destinarla al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento; il che renderebbe incomprensibile la differenza di pena, tanto più laddove si consideri un ulteriore, specifico aspetto d'irragionevolezza che emerge dalla differenza di contenuto fra i concetti di «bisogno» e «vulnerabilità», argomentata più sopra: se il primo ha un contenuto più ristretto e rigorosamente definibile, si potrebbe osservare come i requisiti del delitto meno grave siano definiti in modo più rigoroso rispetto a quelli del delitto più grave; il che è logicamente paradossale e costituzionalmente irragionevole. Quando si tratti «di un delitto enorme, gravissimo, terribile», allora «proprio per questo occorre prestarvi un'attenzione maggiore rispetto a qualsiasi altro delitto pure gravissimo...Vi si richiedono anzi attenzione, impegno, prudenza ancora maggiori di quanto non siano necessari negli altri casi»⁶⁶. Quel che nella storia del pensiero è stato affermato dal punto di vista della procedura - «non bastano gli indizi più lievi, ma c'è anzi bisogno dei più gravi» giacché, si affermava citando i giuristi Ippolito da Rimini e, in parte, Farinaccio, «quanto più grave e atroce è il delitto, tanto più gravi e probanti dovranno essere indizi e presunzioni di prove, dal momento che esiste un rischio maggiore»⁶⁷ - vale a maggior ragione già al momento del disegno sulla tela del diritto sostanziale. Si tratta dunque di definire contenuto e confini delle fattispecie in modo quanto più possibile rigoroso, se non ci si voglia vedere costretti a concludere per un (ennesimo) esempio di prodotto normativo frutto del caso e della tecnica impazzita - per parafrasare Thomas Mann.

In quest'ottica, è possibile proporre una diversa ricostruzione, che ricomponga i frammenti del mosaico in un'immagine di sistema ancora decifrabile. Le considerazioni che seguono muovono dalla ricostruzione del contesto offensivo espresso dalle due fattispecie, in generale, per approdare alla rilettura del

⁶⁶ VON SPEE, *Cautio Criminalis* (1631), tr. it., *I processi contro le streghe*, Salerno, Roma, 2004², rispettivamente Questione III (p. 46) e Questione VIII (p. 52).

⁶⁷ VON SPEE, *op. cit.*, Questione XXXVII (p. 231). Ippolito da Rimini (Ippolito Riminaldi, 1520-1589), giureconsulto ferrarese del Cinquecento, molto noto e ritratto anche da Tiziano Vecellio, è qui citato per l'opera: *Consiliorum sive responsorum libri*, Venetiis, 1574, vo. I, cons. 88 n. 53; vol. IV cons. 361 n. 32 (non ho potuto consultarla direttamente).

materiale testuale alla luce della cornice sistematica.

Nel caso dello sfruttamento lavorativo, il reclutare «allo scopo di destinare al lavoro presso terzi in condizioni di sfruttamento» esprime un rapporto interpersonale fra reclutatore e reclutato che si esaurisce nel contesto della prestazione lavorativa (ovviamente negli ampi termini considerati dall'art. 603 *bis*, comprensivi ad esempio delle condizioni alloggiative); approfittare dello stato di bisogno è il modo basilare con cui si crea questa relazione, una condizione espressamente prevista in quanto facilita significativamente l'instaurazione di un "potere" da parte del reclutatore; questo potere pervade di sé la genesi e l'esecuzione dell'attività lavorativa ma non incide formalmente sullo *status libertatis*, sul complessivo stato di soggetto libero del lavoratore reclutato, se non con riguardo agli aspetti direttamente investiti da modalità e tempi della prestazione lavorativa. Non a caso, è stabilito espressamente che la disposizione si applichi solo se il fatto non costituisce più grave reato.

Diversamente accade nel caso della tratta. Qui, ad onta dell'uso, per descrivere la condotta tipica, del medesimo predicato verbale prescelto per la fattispecie d'intermediazione lavorativa (il reclutare), siamo di fronte ad un rapporto interpersonale qualitativamente diverso. Il soggetto autore di tratta acquisisce mediante le condotte tipiche (prima in elencazione, il reclutamento) la diretta disponibilità di o, per meglio dire (ed utilizzare la stessa locuzione normativa), «su» un individuo, allo specifico fine di sfruttamento. Tutti gli atti che, si spiega nella letteratura specialistica, sono compresi in questo concetto - ricercare, ingaggiare, indurre o persuadere a farsi coinvolgere in un'attività - sono diretti al fine di instaurare questo potere *su* un individuo, da chiunque provengano: non necessariamente un intermediario, si dovrebbe peraltro notare, ma anche un *principal agent*. mentre dunque nel delitto di sfruttamento lavorativo "reclutare" intende designare l'attività di intermediazione lavorativa (e non si riferisce al fatto del datore di lavoro, *principal agent* del reato di utilizzazione), nel delitto di tratta il verbo è utilizzato in una più ampia accezione di 'ricercare' 'assumere' 'ingaggiare'.

Si deve certo ammettere che lessico e sintassi con cui è formulata la fattispecie italiana sono tormentati: reclutare al fine di indurre o costringere a prestazioni lavorative che comportano sfruttamento è proposizione futilmente convoluta, sarebbe più logico il contrario, e cioè indurre o costringere taluno al fine di reclutarlo in un'attività. Ma sta di fatto che contenuto e significato offensivo della tratta sono incorporati - senza dubbi di sorta - da una condotta che esprime la *disponibilità su un soggetto*; come accennato, lo convalida alfine, sia pure inavvertitamente, la locuzione usata dal legislatore, che designa le condotte come realizzate «*su* una o più persone». Questa disponibilità se-

gna anche il confine tra le fattispecie astrattamente interferenti; per un verso, si produce con una estensione che non si riscontra nel delitto di sfruttamento lavorativo; per altro verso, non assurge al grado per così dire intensionale di soggezione continuativa rilevante come schiavitù/servitù.

Così interpretata, d'altronde, la condotta di reclutamento sarebbe capace di mantenere una omogeneità offensiva con le altre costituenti tratta: introduzione, trasferimento, cessione di autorità - appunto, *su* una persona. Persino l'ospitalità (la cui connessione grammaticale con la preposizione «su» è del tutto sgangherata), per esser rilevante come tratta deve tradursi non già in un semplice, anodino 'dare alloggio', ma in un modo d'istaurare o consolidare quella disponibilità su una persona per gli scopi tipici della fattispecie⁶⁸.

Su queste basi - per tornare al tema conduttore della presente esposizione - è possibile ormai render ragione anche del maggiore spettro di significati espressi dal concetto di vulnerabilità rispetto allo stato di bisogno inteso come mancanza di mezzi di sussistenza, e di come in fin dei conti non sia irragionevole la sua utilizzazione nelle fattispecie più gravi, al di là delle perplessità in punto di determinatezza, di cui si è già discusso e che restano ferme (§ 5). Infatti, una volta chiarito che è la *disponibilità su una persona* - potremmo dire, una sorta di *illegale bio-potere privato* - a costituire il nucleo offensivo del reato, possono rilevare le più varie cause fenomenologicamente produttive di questo potere: da quelle più tradizionalmente familiari alle tipologie d'offesa conosciute dal diritto penale - violenza minaccia inganno abuso di autorità - a quelle segnalate dalle più recenti acquisizioni socio-criminologiche: appunto, l'abuso delle condizioni di vulnerabilità.

Questa ricostruzione consente di ricomporre in un adeguato quadro sistematico tutte le fattispecie nelle quali compare il requisito dell'appropriamento della condizione di vulnerabilità o di bisogno, delineando allo stesso tempo una prospettiva tracciabile anche *de iure condendo*.

Partendo dall'ipotesi (tradizionalmente) considerata più stigmatizzante, quella della schiavitù/servitù⁶⁹, cifra qualificante e differenziale della fattispecie è la totale reificazione dell'individuo, oggetto di attributi proprietari o comunque in condizione di soggezione continuativa al potere altrui⁷⁰. Questa soggezione

⁶⁸ Incidentalmente osserviamo che quest'interpretazione si raccomanda anche alla luce della fattispecie di favoreggiamento realizzata mediante il dare alloggio a titolo oneroso, al fine di trarre ingiusto profitto (art. 12, co. 5 *bis*, t.u. imm.).

⁶⁹ Nel diritto italiano vigente schiavitù e *trafficking* (che, come si sa, non riguarda più soltanto i casi di commercio di schiavi) sono puniti allo stesso modo, quindi una gerarchia di gravità non può essere affermata in senso tecnico. Tuttavia si vedano in generale, sulla «distinctiveness of slavery», i rilievi critici di STOYANOVA, *op. cit.*, 287-291.

⁷⁰ Per l'esegesi di questo requisito cfr., nella trattatistica italiana, spec. APRILE, *I delitti contro la persona-*

può esser realizzata anche *mediante*⁷¹ abuso di condizione di vulnerabilità; in questo caso la situazione di debolezza è tale da consentire addirittura l'instaurazione di un rapporto servile in senso proprio: si instaura una relazione che travolge l'intera «personalità individuale», come si esprime il codice italiano, nel suo grado massimo di compressione della libertà. In questo delitto l'approfittare della vulnerabilità costituisce un mezzo per instaurare direttamente lo *status subiectionis* ed il carattere "totalizzante" di questo stato sotto il profilo della compressione della libertà rende irrilevante l'apposizione di ogni ulteriore elemento finalistico: in particolare, rende *irrilevante che la relazione di asservimento si applichi teleologicamente ad uno o ad un altro ambito di attività predatoria* - è irrilevante, dunque, che vi sia o meno finalizzazione a sfruttamento sessuale, lavorativo ecc. In questo senso il rapporto servile è ancora qualcosa di più e di diverso rispetto ad un potere di disposizione, per così dire, funzionalizzato (sia pure allo sfruttamento). È la soggezione di per sé che si traduce nell'effettivo costringere le persone alle attività indicate dalla disposizione in funzione selettiva: lavoro, sesso, accattonaggio, attività illecite, prelievo di organi⁷². In altri termini, contenuto ed effetto della soggezione è lo sfruttamento della persona; la rilevanza di questo non è anticipata all'intenzione, come invece nella tratta, ma sta in relazione diretta con la condotta⁷³.

Nella tratta la cifra qualificante dell'offesa è invece proprio questo potere di disposizione funzionalizzato che rileva immediatamente ad integrare la fattispecie tipica, lasciando lo sfruttamento come proiezione finalistica che non è necessario che si realizzi al fine di integrare il delitto.

I due delitti sono accomunati dalla compressione della personalità, generale nell'uno e funzionalizzata nel secondo; sono distinti dal grado di compressio-

lità individuale. Schiavitù e sfruttamento sessuale dei minori, in MARINUCCI, DOLCINI (dir.), *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, VI, Padova, 2006, 39-48; più di recente VALSECCHI A., *L'incriminazione delle moderne forme di schiavitù*, in PALAZZO, PALIERO (dir.), *Trattato teorico-pratico di diritto penale. VII. Reati contro la persona e contro il patrimonio*, a cura di VIGANÒ, PIERGALLINI, Torino, 2011, 213 ss. (nessuna delle due opere è aggiornata all'attuale testo normativo).

⁷¹ La fattispecie utilizza una bizzarra locuzione temporale: «la riduzione o il mantenimento in uno stato di soggezione ha luogo *quando* la condotta è attuata mediante ... approfittamento di una situazione di vulnerabilità». Ma è una prospettiva temporale impropria, che esprime invece una connessione logica di tipo modale, nel senso che la soggezione può esser prodotta (soltanto) con i mezzi espressamente indicati.

⁷² Diversa l'analisi di parte della dottrina: si tratterebbe di due condotte, una consistente nell'istaurare la soggezione, l'altra nel costringere alle attività che comportano sfruttamento; cfr. per i necessari riferimenti VALSECCHI, *op. e loc. cit.*

⁷³ Nel senso che si tratti dell'evento del reato, risultato delle attività tassativamente descritte, v. ad es., FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte speciale, II.1, I delitti contro la persona*, Bologna, 2013⁴, 142.

ne della libertà (massimo nella schiavitù/servitù, tendenzialmente inferiore nella tratta); su questa base, può non essere irragionevole che siano puniti con la stessa pena. Entrambe le fattispecie puniscono offese per mezzo delle quali una persona è trattata come oggetto di un potere altrui: potere generale nella schiavitù, funzionalizzato nella tratta. Seppure quest'ultima non annulli necessariamente lo *status libertatis* (e questo potrebbe in effetti giustificare una pena meno grave), il disvalore della reificazione è comune ad entrambi i delitti e ne costituisce la comune cifra di offensività. In questo senso si potrebbe chiarire che il paradigma dell'indifferenza punitiva (quanto alla misura della sanzione) fra schiavitù e tratta è comprensibile alla luce dell'applicazione incondizionata dell'imperativo kantiano – è il Kant della «Fondazione della metafisica dei costumi» – secondo cui l'uomo non può mai esser considerato dagli altri come mezzo: il grado di libertà che residui in concreto in capo all'uomo-mezzo diventa irrilevante, a fronte della condizione di strumento, disvalore radicale.

Questa compressione della personalità – se si vuole, della dignità – è invece limitata all'ambito della prestazione lavorativa nel delitto di sfruttamento, per l'appunto, lavorativo; e lo *status libertatis* non è di per sé intaccato. Questo rende ragione della cornice edittale meno grave. Nello sfruttamento lavorativo, insomma, la compressione della personalità è settoriale, ma pur sempre grave e questo giustifica il suo inserimento (a diritto vigente) fra i delitti contro la personalità individuale. Sotto altro profilo, quella della limitazione della libertà, questa si produce tendenzialmente in grado inferiore a quanto accade nel caso di schiavitù e tratta, perché concerne un ambito di vita più delimitato, eppure sempre mobile e suscettibile di trasformazione nell'una o nell'altra ipotesi, secondo un *continuum* non soltanto criminologico ma anche normativo.

Il confine c'è, ma può essere spostato; dietro di esso stanno territori contigui, non c'è «ombra di terra straniera»⁷⁴.

⁷⁴ Cito da una poesia di Giorgio Caproni.