

Scienza e Pace

Rivista del Centro Interdisciplinare Scienze per la Pace - Università di Pisa

ISSN 2039-1749

La tutela della vittima di tratta per sfruttamento lavorativo e l'influenza del diritto dell'immigrazione

di Chiara Angiolini

Research Papers

n. 21 – Aprile 2014



La tutela della vittima di tratta per sfruttamento lavorativo e l'influenza del diritto dell'immigrazione *

di **Chiara Angiolini**

Abstract - L'obiettivo di questo lavoro è inquadrare lo status giuridico della vittima di tratta per sfruttamento lavorativo, che sia presente irregolarmente sul territorio dello Stato. Si è voluto delimitare fortemente il tema per indagare, in una prospettiva di tutela dei diritti umani, quali siano i rapporti fra la normativa specifica inerente la tratta di persone e alcune delle norme che maggiormente definiscono lo *status* dello straniero "irregolare". L'analisi è circoscritta all'ordinamento spagnolo e a quello italiano, scelta dovuta alla vicinanza dei due sistemi, sia per tradizione giuridica che per posizione specifica nell'area euro-mediterranea. Si tratterà innanzitutto il quadro normativo internazionale ed europeo in tema di tratta. Si analizzerà poi il tipo di permesso di soggiorno e lavoro cui le vittime possono accedere, in base alla legislazione spagnola e a quella italiana. Si tenteranno infine di individuare e descrivere brevemente le norme di diritto dell'immigrazione che sembrano incidere sulla tutela dei diritti della vittima.

1. L'ambito internazionale: le due fasi della disciplina sulla tratta di esseri umani

In ambito internazionalistico ed europeo, con riguardo alle norme in materia di tratta di persone, si individuano due diverse fasi che sottendono diverse scelte di

* Quest'articolo è il frutto di un lavoro di ricerca svolto presso l'*Instituto de Derecho Público* di Barcellona nella primavera del 2012, sotto la supervisione di Celia Díaz Morgado e del professor David Moya.

politica legislativa. La prima fase inizia con l'approvazione, nel 2000, del "Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini" addizionale alla Convenzione delle Nazioni Unite contro la delinquenza organizzata transnazionale, chiamato anche "Protocollo di Palermo". La seconda fase inizia nel 2005 con la stipula a Varsavia della *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani*, entrata in vigore nel 2008.

La prima fase pare tesa a trovare una definizione giuridica¹ del fenomeno condivisa a livello internazionale, e a distinguerlo da quello del traffico di persone². La differenza fra le due fattispecie normative si apprezza con riguardo all'elemento della coartazione della volontà della vittima³ e del fine dello sfruttamento, necessario ai fini dell'integrazione della fattispecie di tratta di persone e non di quella di traffico illecito di persone, per cui è sufficiente che vi sia stato il passaggio di frontiera e l'entrata illegale nel territorio dello Stato. Il protocollo sul traffico illecito ha come scopo essenziale quello del controllo dei

¹ L'articolo 3 comma 1 del Protocollo definisce la tratta come "*il reclutamento, trasporto, trasferimento, l'ospitare o accogliere persone, tramite l'impiego o la minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità o tramite il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha autorità su un'altra a scopo di sfruttamento. Lo sfruttamento comprende, – come minimo –, lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro forzato o prestazioni forzate, schiavitù o pratiche analoghe, l'asservimento o il prelievo di organi*".

² Il fenomeno del traffico di persone è affrontato dal "*Protocollo delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di migranti per terra, mare e aria*", pressoché contestuale al Protocollo di Palermo, e anch'esso addizionale alla *Convenzione delle Nazioni Unite contro la delinquenza organizzata transnazionale*.

³ L'articolo 3 comma 2 del Protocollo prevede che non si debba tenere in conto il consenso della vittima di tratta allo sfruttamento, previsto o consumato, quando si sia ricorso ai mezzi di coercizione previsti nell'articolo 3 comma 1.

flussi migratori. Il Protocollo sulla tratta di persone, redatto pressoché contestualmente, sembra almeno in parte accogliere quest'impostazione. In questo senso si rileva che le norme che si riferiscono a detto controllo si caratterizzano per un maggiore grado di vincolatività⁴ rispetto a quelle dirette alla tutela delle vittime, e costituiscono un'ampia parte del trattato⁵.

La seconda fase inizia nel 2005 a Varsavia, con la stipula della *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani*, entrata in vigore nel 2008. La Convenzione modifica il panorama giuridico internazionale con riguardo al tema della tratta di persone. Il trattato si differenzia dal Protocollo di Palermo, in quanto pare impostato in una prospettiva più attenta alla tutela delle vittime⁶;

⁴ Il suddetto Protocollo vincola gli stati parte a sanzionare penalmente la condotta di tratta (art 5), e dedica alle *"Misure alle frontiere"* l'intero articolo 11, che obbliga gli Stati a prevedere misure volte ad *"impedire, nella misura del possibile, che i mezzi di trasporto utilizzati dai trasportatori commerciali siano utilizzati nella commissione dei reati di cui all'articolo 5 del presente Protocollo."* Per quanto riguarda il controllo dei flussi migratori, a questo scopo sembrano rivolti anche l'art. 10, *"Scambio di informazioni e formazione"*, l'art. 12, *"Sicurezza e controllo dei documenti"*, l'art 13 *"Legittimità e validità dei documenti"*.

⁵ Il Protocollo di Palermo lascia alla discrezionalità degli Stati membri la previsione di misure inerenti l'assistenza alla vittime così come quelle riguardanti la permanenza delle vittime sul territorio dello Stato di accoglienza: l'articolo 6 comma 3 dispone che *"ogni Stato prende in considerazione l'attuazione di misure dirette al recupero fisico, psicologico e sociale delle vittime della tratta di persone"*; l'art 7 dispone che *"ogni Stato Parte prende in considerazione l'adozione di misure legislative o di altre misure adeguate che consentano alle vittime della tratta di persone di restare sul suo territorio, a titolo temporaneo o permanente, nei casi opportuni."* Un grado di vincolatività maggiore pare essere attribuito alle norme che attengono l'informazione delle vittime sui procedimenti giudiziari e amministrativi pertinenti, e l'assistenza per permettere che queste possano esprimersi all'interno del procedimento penale, in maniera da non pregiudicare i diritti della difesa; si prevede infatti (art. 6, comma 2) che: *"Ogni Stato Parte assicura che il suo ordinamento giuridico o amministrativo preveda misure che consentano, nei casi appropriati"* di assicurare l'informazione e l'assistenza di cui sopra..

⁶ Già dalla descrizione degli obiettivi appare chiaro il cambiamento di prospettiva: l'articolo 1 della Convenzione dispone che l'obiettivo del trattato è quello di *"prevenire e combattere la tratta di esseri umani, garantendo la parità tra le donne e gli uomini, proteggere i diritti umani delle vittime della tratta, delineare un quadro completo per la protezione e l'assistenza alle vittime e ai testimoni (...) in modo da assicurare indagini e procedimenti giudiziari efficaci"*.

infatti alcune disposizioni già erano previste in forma non vincolante nel Protocollo di Palermo (art 10 comma 2), nella Convenzione di Varsavia (art. 10) assumono vincolatività. L'obiettivo del controllo dei flussi migratori⁷ rimane comunque una delle finalità della Convenzione. Con riguardo alla tutela della vittima, il regime di protezione più ampio è previsto nel caso in cui vi sia una qualche forma di collaborazione con le autorità delle vittime o dei testimoni. In primo luogo si garantisce alle vittime un *“periodo di recupero e riflessione”* (art. 13): gli Stati parte hanno l'obbligo di garantire quando *“sussistano ragionevoli motivi per credere che la persona in questione sia una vittima”*, a questa un periodo di almeno 30 giorni, e comunque *“di durata sufficiente perché la persona in questione possa ristabilirsi, sfuggire dall'influenza dei trafficanti e/o prendere consapevolmente delle decisioni sulla sua collaborazione con le autorità competenti”*, in cui non potrà adottarsi nessun ordine di espulsione nei confronti della possibile vittima, e la sua presenza sul territorio dovrà essere autorizzata. In questo quadro assume un ruolo centrale l'obbligo di formazione dei funzionari, in quanto il trattato prevede (art. 10) che saranno questi a identificare il migrante come vittima, impedendone in questo modo l'allontanamento dallo Stato di accoglienza e assicurandogli la garanzia del periodo di recupero e riflessione. Gli Stati parte sono obbligati a garantire una protezione effettiva e adeguata *“dalle possibili ritorsioni o intimidazioni, specie durante le indagini e nel corso del procedimento giudiziario a carico degli autori del reato o dopo il procedimento”* (art. 28 comma 1). Lo stesso tipo di protezione è prevista per le fondazioni, associazioni oppure organizzazioni non governative che prestino assistenza o

⁷ Gli articoli relativi alle misure dirette al controllo dei flussi migratori sono l'articolo 7 *“Misure alle frontiere”*, l'articolo 8 *“Sicurezza e controllo dei documenti”*, l'articolo 9 *“Legittimità e validità dei documenti”*.

appoggio alla vittima che lo accetti, durante l'azione penale contro il delitto di tratta. Sicura rilevanza è da attribuire alla previsione dell'obbligo per gli Stati parte, di rilasciare un permesso di soggiorno (art. 14) rinnovabile alle vittime. Con riguardo ai presupposti del rilascio, si riconosce un margine di discrezionalità agli Stati membri, in quanto questi possono consistere nella collaborazione con le autorità giudiziarie competenti ai fini dell'inchiesta o del procedimento penale, oppure anche la situazione personale della vittima. La configurazione delle condizioni del permesso ha una grande incidenza sulla sua natura: nel caso in cui l'unico presupposto del rilascio sia la collaborazione questo non assumerà un carattere umanitario, e sarà invece unicamente funzionale al buon esito del procedimento penale.

La finalità della tutela della persona della vittima sembra costituire la *ratio* dell'articolo 12 della Convenzione: si stabilisce che il recupero fisico, psicologico e sociale delle vittime deve essere tutelato dagli Stati membri attraverso misure che garantiscano "*condizioni di vita capaci di assicurare loro la sussistenza*" e quindi un alloggio adeguato e sicuro, assistenza psicologica e materiale, accesso alle cure mediche d'urgenza, un aiuto in materia di traduzione ed interpretariato, assistenza per fare in modo che i diritti e gli interessi delle vittime siano rappresentati e presi in considerazione durante le fasi della procedura penale avviata contro gli autori del reato, accesso all'istruzione per i minori. Pur rimanendo ferme le disposizioni in tema di controllo dei flussi migratori vi è dunque un parziale cambiamento di prospettiva; non solo ci si occupa di repressione, ma anche della tutela delle vittime, anche se rimane forte la strumentalità di questa rispetto all'esito positivo del procedimento penale contro gli autori. Proprio per questo la natura degli interventi sulle vittime è ambigua, in

quanto il carattere assistenziale si lega inscindibilmente e in qualche modo rimane al servizio di quello premiale, strumentale alla riuscita del processo penale.

2. L'ambito europeo: il quadro normativo UE in tema di tratta di persone

Per quanto riguarda l'Unione Europea, il primo strumento normativo che affronta il fenomeno della tratta di persone è la decisione quadro 2002/639/JAI, che si connota per una prospettiva diretta alla repressione del fenomeno, e definisce il reato di tratta di persone nei suoi elementi costitutivi⁸. La tutela della vittima non è presa in considerazione, con l'unica eccezione di una norma di orientamento per quanto riguarda i minori. Un punto di vista parzialmente diverso è accolto dalla direttiva 2011/36/CE, che sostituisce la precedente decisione quadro 2002/639/JAI, in quanto questa affronta il tema della tutela della vittima, nel solco della *Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani*, anche se l'obiettivo del controllo dei flussi migratori rimane centrale: nei considerando della direttiva si afferma la volontà di rafforzare la cooperazione

⁸ La fattispecie del reato di tratta è descritta all'articolo 1 della decisione quadro, e sarà poi prevista, immutata nella formulazione, dalla direttiva 2011/36/CE. Per tratta di persone si intende: *“il reclutamento, il trasporto, il trasferimento di una persona, il darle ricovero e la successiva accoglienza, compreso il passaggio o il trasferimento del potere di disporre di questa persona, qualora sia fatto uso di coercizione, violenza o minacce, compreso il rapimento; oppure sia fatto uso di inganno o frode, oppure vi sia abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità tale che la persona non abbia altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso di cui è vittima; oppure siano offerti o ricevuti pagamenti o benefici per ottenere il consenso di una persona che abbia il potere di disporre di un'altra persona a fini di sfruttamento del lavoro o dei servizi prestati da tale persona, compresi quanto meno il lavoro o i servizi forzati o obbligatori, la schiavitù o pratiche analoghe alla schiavitù o alla servitù oppure a fini di sfruttamento della prostituzione altrui o di altre forme di sfruttamento sessuale, anche nell'ambito della pornografia”*.

transfrontaliera, attraverso Europol e Eurojust, e l'istituzione di squadre investigative comuni⁹. Per ciò che attiene alla vittima, la direttiva obbliga gli Stati membri a conferire, conformemente ai principi fondamentali dei loro ordinamenti giuridici, alle autorità nazionali competenti il potere di non perseguire le vittime della tratta coinvolte in attività criminali a cui siano state costrette a causa della loro stessa condizione (art. 8). Si riconoscono alla vittima alcuni diritti all'interno del procedimento penale; fra questi il diritto alla protezione (art. 11) e all'indennizzo (art. 17), il diritto alla consulenza e all'assistenza legale, prestati gratuitamente quando la vittima non disponga di risorse economiche sufficienti (art. 17).

Rispetto al regime giuridico applicabile alle vittime di tratta il riferimento normativo è la direttiva 2004/81/CE, che, affrontando a partire dai *considerando*, il tema della lotta alla tratta degli esseri umani come uno strumento per far fronte all'immigrazione illegale, delinea un permesso di residenza vincolato alla cooperazione della vittima con le autorità e all'utilità di questa ai fini delle investigazioni e nello sviluppo del procedimento penale. Seguendo il percorso della vittima in primis si deve menzionare l'obbligo, da parte dei funzionari preposti all'identificazione, di informare la persona interessata circa le sue possibilità in materia; questo ruolo può essere svolto anche da un'organizzazione non governativa. Gli Stati membri hanno l'obbligo di garantire un periodo di

⁹ Nell'ambito del quadro normativo EU in materia di tratta è opportuno menzionare la comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni intitolata "La strategia dell'UE per l'eradicazione della tratta degli esseri umani (2012-2016)" che, pur non essendo normativamente vincolante, riassume le linee guida comuni agli Stati membri sul tema.

recupero e riflessione¹⁰, durante il quale le vittime non possono essere espulse e sono titolari di un *minimum* di diritti quali l'accesso ai trattamenti medici di urgenza e un livello di vita che assicuri loro la sussistenza, l'accesso all'assistenza legale e a servizi di traduzione e interpretariato. Il periodo di riflessione può essere interrotto nel caso in cui la vittima riallacci i contatti con i presunti autori della tratta, per motivi di ordine pubblico o per ragioni di protezione della sicurezza nazionale. Al termine del periodo di recupero e riflessione, le vittime potranno decidere se cooperare e in questo caso avranno accesso al permesso. La concessione del permesso, "*fatti salvi i motivi attinenti alla pubblica sicurezza e alla salvaguardia della sicurezza nazionale*" è quindi subordinata alla collaborazione giudiziale (art. 8) e alla rottura di ogni rapporto con i presunti autori del reato. Il permesso ha una validità minima di sei mesi, e garantisce i diritti al soggiorno, alla formazione professionale, all'educazione e l'accesso al mercato del lavoro. È lasciata alle scelte di politica legislativa di ciascuno Stato membro la configurazione del regime amministrativo del permesso e l'introduzione di programmi o piani diretti al recupero di una vita sociale normale da parte della vittima.

Per comprendere il grado di tutela effettivo garantito alle vittime assume rilevanza la disciplina del ritiro del permesso (art. 14) che è previsto se il beneficiario ha ristabilito attivamente, volontariamente e di propria iniziativa, un legame con i presunti autori dei fatti configurati come reati, oppure se l'autorità competente ritiene la cooperazione della vittima fraudolenta o la sua denuncia fraudolenta o infondata; oppure nel caso in cui la vittima smetta di collaborare, o

¹⁰ Art. 6 della Direttiva; il medesimo obbligo, come si è detto, è previsto dall'articolo 13 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta di esseri umani.

in quello in cui le autorità competenti decidano di archiviare il caso, per motivi attinenti alla pubblica sicurezza e alla salvaguardia della sicurezza nazionale. Alla luce di quanto esposto sembra di poter affermare che la finalità primaria del permesso delineato dalla direttiva 2004/81/CE è quella di garantire l'efficacia della norma penale e di facilitare l'esistenza di prove nel procedimento penale, e non quello della tutela della persona della vittima.

Per inquadrare la normativa specifica sulla tratta di persone all'interno di un contesto normativo più ampio, quello del "diritto dell'immigrazione", specialmente di natura *penale*, pare opportuno citare qui anche la direttiva 2009/52/CE. La prospettiva assunta è quella del contrasto dell'immigrazione irregolare, e in quest'ottica si considera come un "fattore di attrazione" la possibilità di trovare lavoro all'interno del territorio dell'Unione Europea senza possedere un titolo di soggiorno valido. Coerentemente, l'articolo 3 della direttiva impone agli Stati membri l'obbligo di vietare l'assunzione di cittadini di paesi terzi il cui soggiorno sia irregolare. La sanzione della violazione deve essere economica, e in presenza di alcune circostanze aggravanti, anche penale. Per quanto riguarda le norme relative ai lavoratori "irregolari", in primo luogo gli Stati membri devono garantire l'esistenza di meccanismi efficaci affinché i cittadini di paesi terzi che lavorano illegalmente possano denunciare i loro datori di lavoro, direttamente o attraverso terzi designati dagli Stati stessi, come i sindacati o altre associazioni. Si prevede come obbligatoria l'informazione sistematica e obiettiva ai cittadini di paesi terzi che lavorino illegalmente sui loro diritti salariali prima dell'esecuzione di qualsiasi decisione di rimpatrio. Al datore di lavoro spetta ovviamente di

pagare le retribuzioni dovute¹¹. Per rendere effettivi tali diritti si prevede che “*i cittadini di paesi terzi assunti illegalmente possano presentare domanda, soggetta ad un termine di prescrizione stabilito dalla legislazione nazionale, e ottenere l’esecuzione di una sentenza nei confronti del datore di lavoro per ogni retribuzione arretrata, anche nei casi di rimpatrio volontario o forzato; o ove previsto dalla legislazione nazionale, possano chiedere all’autorità competente dello Stato membro di avviare le procedure di recupero delle retribuzioni arretrate, senza che il cittadino di un paese terzo debba presentare domanda*” (art. 6 comma 2.). La direttiva lascia alla discrezionalità degli Stati membri la possibilità di prevedere un permesso di soggiorno per i lavoratori illegalmente impiegati; il considerando 27 della direttiva auspica la previsione di un permesso di durata limitata, vincolato alla durata del procedimento giudiziario corrispondente nel caso di “*condizioni lavorative di particolare sfruttamento*”, o nel caso in cui il lavoratore sia un minore.

La carenza di certezza circa la permanenza dello straniero in situazione irregolare nel territorio dello Stato in cui lavorava sembra indebolire l’efficacia della norma. In primo luogo l’effetto deterrente rispetto all’impiego di lavoratori stranieri in situazione irregolare appare, almeno in parte, vanificato dal fatto che

¹¹ Secondo l’art 6 comma 1 della Direttiva “il datore di lavoro è obbligato a pagare: “*ogni retribuzione arretrata ai cittadini di paesi terzi assunti illegalmente. Il livello di remunerazione concordato è considerato pari almeno alla retribuzione prevista dalle leggi applicabili sui salari minimi, dai contratti collettivi o conformemente a una prassi consolidata nei relativi settori occupazionali, salvo prova contraria fornita dal datore di lavoro o dal lavoratore, nel rispetto, ove opportuno, delle disposizioni nazionali vincolanti in materia salariale; un importo pari a tutte le imposte e i contributi previdenziali che il datore di lavoro avrebbe pagato in caso di assunzione legale del cittadino di un paese terzo, incluse le penalità di mora e le relative sanzioni amministrative; se del caso, tutti i costi derivanti dal trasferimento delle retribuzioni arretrate al paese in cui il cittadino di un paese terzo assunto illegalmente ha fatto ritorno o è stato rimpatriato*”.

l'emersione di situazioni lavorative in cui sia impiegato uno straniero irregolare è molto bassa, in quanto questi, qualora denunci all'autorità la situazione ma successivamente non collabori, è destinato ad essere espulso. La previsione di un permesso non vincolato alla collaborazione avrebbe al contrario potuto elevare i casi di denuncia di condizioni lavorative non legali e di sfruttamento da parte dei lavoratori stranieri in situazione irregolare. In secondo luogo, se si pone in relazione l'impiego di lavoratori irregolari con la tratta di persone a fini di sfruttamento lavorativo, si nota come la previsione di un permesso di soggiorno per i lavoratori stranieri in condizione irregolare avrebbe diminuito la condizione di invisibilità di questi, e il potere di ricatto del datore di lavoro, due elementi che contribuiscono alla creazione della situazione di *vulnerabilità* che favorisce, a sua volta, lo sviluppo del fenomeno della tratta e in generale dei fenomeni di sfruttamento.

3. L'ambito nazionale: il regime giuridico applicabile alle vittime di tratta

Per quanto riguarda la legislazione nazionale, come già si è accennato, si limita l'analisi all'ordinamento italiano e spagnolo, tentando di assumere una prospettiva al fenomeno della tratta orientato alla tutela dei diritti umani. Trasversalmente alle differenti discipline coinvolte, si possono individuare due diversi approcci di politica legislativa. Il primo finalizza la normativa al controllo dei flussi migratori, e si iscrive in una più generale tutela dell'ordine pubblico; coerentemente con queste finalità, il tema della tratta è affrontato con le modalità tradizionali all'ambito del controllo delle frontiere, della sicurezza e della

repressione dei fenomeni criminali, accompagnate da una forte discrezionalità della Pubblica Amministrazione. Il secondo orienta la normativa alla necessità della tutela della persona, nei suoi diritti inviolabili, a prescindere dal vincolo della nazionalità e dello status giuridico.

Per comprendere quale sia l'effettiva relazione, e l'eventuale bilanciamento, tra queste due diverse "facce" del diritto è parso opportuno considerare non solo la normativa specificatamente inerente la tratta di persone, ma anche il tessuto normativo in cui questa si inserisce, in quanto questo tessuto traccia la posizione giuridica della vittima, qualora questa sia straniera e in situazione irregolare. In questo paragrafo si analizzerà il permesso di soggiorno cui possono accedere le vittime di tratta, per come si configura negli ordinamenti oggetto di studio, mentre nel paragrafo successivo si tenteranno di individuare alcune delle norme di diritto dell'immigrazione che incidono sulla tutela delle vittime.

3.1. I presupposti del permesso di soggiorno e lavoro

Nella comparazione fra ordinamento spagnolo e ordinamento italiano, riguardo ai presupposti di concessione del permesso di soggiorno e lavoro alle vittime di tratta, emergono alcuni interessanti profili di divergenza. Nell'ordinamento italiano i presupposti per la concessione del permesso sono previsti dall'art. 18 [Testo Unico Immigrazione](#) (TUI) e consistono nell'accertamento di situazioni di

violenza¹² o di grave sfruttamento¹³ contro uno straniero, e della presenza di concreti e attuali pericoli per la sua incolumità¹⁴ derivati dall'intento di svincolarsi dalle organizzazioni criminali¹⁵, o dalle dichiarazioni rese nel corso delle indagini preliminari o del giudizio. Si considera di rilevante importanza il fatto che il legislatore non abbia subordinato la concessione del permesso alla collaborazione giudiziaria, come sottolineato anche da alcune circolari del Ministero dell'Interno¹⁶. In questo contesto va ricordato che il decreto legislativo

¹² La nozione di violenza è interpretata in senso estensivo, comprendendo tutte le forme di coercizione, in particolare quelle frequentemente utilizzate in danno delle persone vittime di tratta, e quindi minacce, coercizione psicologica etc.

¹³ La nozione di "grave sfruttamento" deve considerarsi integrata ogni volta che lo straniero sia soggetto passivo di una condotta finalizzata a utilizzare le sue prestazioni, fisiche o mentali, con il fine di trarre profitto da queste e, considerando che la norma utilizza il termine "sfruttamento", questa può legittimamente riferirsi allo sfruttamento lavorativo. La circolare del 4 di Agosto del 2007 del Ministero dell'Interno, incoraggia questa interpretazione e invita i Questori ad applicare la norma anche in quest'ambito. La ragione di questo invito può essere ritrovata anche nel fatto che l'uso di quest'articolo in tema di sfruttamento lavorativo è molto limitata rispetto alla sua concreta applicazione in ambito di sfruttamento sessuale.

¹⁴ Per quanto riguarda la nozione di "concreto pericolo per l'incolumità", parte della dottrina (si veda G. Cannella, "Lo sfruttamento lavorativo", relazione presentata all'interno del Workshop sullo sfruttamento lavorativo, organizzato dal progetto FREED a Roma, 21 Maggio 2009) afferma che non deve necessariamente trattarsi di rischi effettivi per la vita o di attentati al lavoratore, ma che per l'applicazione della norma è sufficiente un rischio generico di soffrire reazioni violente da parte dell'organizzazione criminale o anche di un pericolo che non derivi dall'organizzazione ma dal ritorno al paese di origine, come sottolineato dalla circolare del 28 Aprile 2007 del Ministero dell'interno. La circolare specifica che il pericolo deve essere attuale. Questo dato sembra assumere rilevanza in quanto, attraverso l'interpretazione indicata, amplia il novero delle situazioni protette e rende la tutela più efficace.

¹⁵ Rispetto alla definizione di "organizzazione criminale", è sufficiente che il migrante sia stato vittima di un'associazione, una società o di un'organizzazione composta anche da un soggetto individuale, coadiuvato dai suoi collaboratori, che si dedichi a qualcuno dei delitti menzionati.

¹⁶ La circolare del 28 Maggio 2007 del Ministero dell'Interno afferma: "Occorre ricordare che il conseguente rilascio del permesso di soggiorno non è condizionato alla presentazione di una denuncia da parte dello straniero che ne beneficia né alla sua collaborazione con gli organi di polizia o con l'autorità giudiziaria". La circolare del Ministero dell'Interno del 25 Ottobre 1999 già recitava: "La stessa norma chiarisce che tali situazioni (di grave sfruttamento) possono emergere sia da risultanze di procedimenti penali, sia nel corso di attività svolte dai servizi sociali degli enti locali, in tal modo superando la precedente disciplina che collegava la concessione di questo speciale permesso di soggiorno esclusivamente alla collaborazione

109/2012, emanato in attuazione della direttiva 2009/52/CE, prevede invece il rilascio di un permesso di soggiorno al cittadino di un paese terzo in situazione irregolare in caso di “particolare sfruttamento del lavoratore”, subordinato alla sua denuncia e collaborazione nel procedimento penale contro il datore di lavoro¹⁷.

Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, i presupposti di concessione del permesso sono disciplinati dall'articolo 59 bis LODYLE, introdotto dalla *Ley orgánica 2/2009* e modificato dalla *Ley orgánica 10/2011*. La norma prevede come presupposto necessario al rilascio del permesso la collaborazione con le autorità – siano queste amministrative non di polizia, di polizia, fiscali o giudiziarie – o il caso in cui si valuti che la situazione personale della vittima lo richieda. Con riguardo alla prima ipotesi si prevede che possa essere titolare del permesso la vittima che denunci gli autori o cooperatori della tratta di persone, o chi cooperi o collabori con le autorità competenti, fornendo dati essenziali o testimoniando nel procedimento penale contro gli autori.

La nozione di “collaborazione” non è definita attraverso criteri stringenti, e questo conferisce un ampio potere di discrezionalità all'amministrazione, che può creare incertezza nelle situazioni particolari dei singoli soggetti, sulla loro idoneità ad accedere al permesso. L'incertezza circa l'ottenimento del permesso può essere un fattore che scoraggia le vittime a rivolgersi all'apparato statale. L'articolo 59

offerta nell'ambito di un procedimento penale”.

¹⁷ Tale decreto legislativo ha aggiunto il comma 12-*quater* all'articolo 22 TUI, che dispone: “*Nelle ipotesi di particolare sfruttamento lavorativo di cui al comma 12-bis, è rilasciato dal questore, su proposta o con il parere favorevole del procuratore della Repubblica, allo straniero che abbia presentato denuncia e cooperi nel procedimento penale instaurato nei confronti del datore di lavoro, un permesso di soggiorno ai sensi dell'articolo 5, comma 6*”.

bis LODYLE, come già detto, introduce la possibilità di rilasciare il permesso in ragione della “situazione personale della vittima”, e anche in quest’ipotesi la discrezionalità dell’amministrazione è molto ampia, come si deduce anche dall’*Instrucción* DGI/SGRJ/6/2011 del *Ministerio de Trabajo e Inmigración*.

3.2. Il procedimento di concessione

Anche per quanto attiene ai procedimenti di concessione del permesso alle vittime di tratta si riscontrano profili di divergenza fra la normativa italiana e quella spagnola; la differenza più rilevante sembra essere la previsione, nell’ordinamento italiano, della possibilità di richiedere il permesso anche attraverso “un percorso sociale”, possibilità assente all’interno dell’ordinamento spagnolo. Per quanto attiene all’ordinamento italiano, l’art. 27 del Regolamento di attuazione del TUI ([DPR 394/99](#)) configura due differenti procedimenti per richiedere il permesso: il percorso sociale e il percorso giudiziario. Durante lo svolgimento del procedimento di concessione del permesso di soggiorno qualunque ordine di espulsione deve essere sospeso. Per quanto riguarda il percorso giudiziario, nei casi in cui sia iniziato il procedimento penale per il delitto di tratta, il Questore rilascia il permesso in seguito all’acquisizione della proposta o dell’informativa del Procuratore della Repubblica. Si richiede quindi l’intervento all’interno del procedimento amministrativo dell’Autorità Giudiziaria responsabile delle investigazioni all’interno del procedimento penale: è il Procuratore della Repubblica colui che per primo valuta l’esistenza dei presupposti per la concessione del permesso. L’atto del Procuratore della Repubblica si qualifica come obbligatorio – come confermato dalla Circolare del Ministero dell’Interno del 23 di Dicembre del 1999 – e non vincolante. La Circolare del Ministero

dell'Interno del 28 Maggio 2007 ha precisato che è il Questore a valutare se la situazione si configura come di concreto pericolo.

Per quanto riguarda il percorso sociale, questo tipo di procedimento si applica nei casi nei quali i servizi sociali degli enti locali, le associazioni, gli enti o gli altri organismi iscritti nel registro previsto dall'art 52 del DPR 394/99, rilevino situazioni di violenza o di grave sfruttamento a danno dello straniero, anche se, in carenza di una denuncia, non sia iniziato il relativo procedimento penale. In seguito alla presentazione della richiesta da parte delle vittime di tratta, il Questore, senza acquisire l'informativa del Procuratore della Repubblica, valuta l'esistenza dei presupposti necessari per rilasciare il permesso¹⁸ e la richiesta costituisce documentazione necessaria e sufficiente per la valutazione. L'applicazione del percorso sociale è nella prassi molto eterogenea: alcune Questure non rilasciano il permesso, altre lo concedono solo nel caso in cui vi sia una collaborazione con organi dello Stato del soggetto interessato, altre ancora considerano obbligatorio richiedere l'informativa del Procuratore della Repubblica, anche se questa è chiaramente esclusa dalla norma. In conseguenza dell'eterogenea applicazione della norma, dovuta anche alla renitenza manifestata dai Questori, la circolare del 28 Maggio 2007 del Ministero dell'Interno ha rimarcato il diritto delle associazioni a presentare la richiesta, mentre la circolare del 4 Agosto 2000 già ribadiva che, in questo caso, non è necessario vi sia una denuncia, e la circolare del 23 Dicembre 1999 chiariva che il Questore può rilasciare il permesso di propria iniziativa.

¹⁸ In base a quanto disposto dall'articolo 27 comma 3 del DPR 394/99 il Questore valuta la gravità e l'attualità del pericolo considerando anche gli elementi contenuti nella richiesta di rilascio.

L'intero procedimento si connota per una discrezionalità amministrativa molto ampia nella valutazione dei presupposti di applicazione della norma: da qui l'affermazione di prassi molto diverse fra loro. Si può forse dubitare della compatibilità di queste concrete applicazioni con il principio della certezza giuridica, e avanzare qualche perplessità per quanto attiene all'effettività della norma, in relazione alle sue finalità di tutela. Un'ampia discrezionalità amministrativa connota anche la revoca del permesso, ex art. 18 TUI, in quanto questa può avere luogo nel caso di interruzione del programma di integrazione o di condotte incompatibili con questo, segnalate dal Procuratore della Repubblica, dal servizio sociale, o in qualunque altro modo accertate dal Questore, o quando manchino le altre condizioni che giustificano il rilascio¹⁹. La revoca del permesso comporta la possibilità dell'espulsione e questo rende molto complicato, se non impossibile, un controllo giurisdizionale sulla legittimità della revoca stessa.

Il rischio di espulsione costituisce dunque un forte disincentivo all'emersione delle situazioni di sfruttamento. Scrive a riguardo l'avvocato dell'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione, [Marco Paggi](#): *“nel presentare la richiesta la persona migrante, nonostante il fatto che lo Stato gli garantisca tutela nel caso di sfruttamento lavorativo, ha paura di essere successivamente espulsa e per questo rinuncia ai propri diritti e accetta le condizioni di lavoro dettate dal suo sfruttatore”*. I rilievi critici appena espressi assumono maggiore importanza se si guarda al tessuto normativo in cui nel frattempo si colloca l'articolo 18 TUI. Lo

¹⁹ La giurisprudenza amministrativa ha limitato in parte questa discrezionalità, riconoscendo, ai fini della revoca del permesso, la necessità di valutare l'integrazione sociale della persona straniera e, nel caso di interruzione del programma di integrazione sociale, la possibilità che questa partecipi a un altro programma di assistenza e di integrazione sociale.

straniero in situazione irregolare, vittima di grave sfruttamento, non è incentivato a chiedere la protezione che l'art. 18 TUM gli garantisce, in quanto correrà oltre al rischio di essere espulso quello di essere accusato del reato di "ingresso e soggiorno illegale nel territorio dello Stato" e di essere conseguentemente punito con un'ammenda da 5.000 a 10.000 euro, ex art 10 bis del TUI, anche secondo la valutazione che la Questura farà sulla sua particolare situazione di vittima.

Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, *in primis* si rileva come gli articoli 135 e 143 del *Reglamento de extranjería* (REDYLE) prevedono la possibilità di un'esenzione di responsabilità dello straniero per le infrazioni connesse alla sua permanenza irregolare sul territorio spagnolo, previste dall'art. 53 comma 1 lett. a della *Ley orgánica 4/2000* (LODYLE), che sia vittima di tratta, o che sia testimone nel procedimento penale contro gli autori del reato.

Per quanto riguarda il permesso rilasciato in ragione della collaborazione della vittima con le autorità, gli articoli 136 e 137 REDYLE prevedono procedimenti di autorizzazione al soggiorno e al lavoro dello straniero molto simili fra loro. Quello disciplinato dall'art 136 prevede come presupposto del rilascio la collaborazione con autorità amministrative non di polizia, mentre quello disciplinato dall'articolo 137 prevede come presupposto del rilascio la collaborazione con le autorità di polizia, fiscali o giudiziarie. La richiesta del permesso di residenza e lavoro per circostanze eccezionali è presentata nel primo caso davanti alla *delegación* o alla *Subdelegación de Gobierno*, diretta al titolare della *Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración*, nel secondo alla *autoridad policial de extranjería*, e diretta al titolare della *Secretaría de Estado de Seguridad*; la richiesta viene immediatamente trasferita alla *Secretaría de Estado de Inmigración y*

Emigración, insieme a un'informativa dell'autorità che collabori con lo straniero. Nel caso in cui l'informativa sia positiva al rilascio del permesso, il *delegado* o il *subdelegado de Gobierno* rilascerà un'autorizzazione provvisoria di residenza e lavoro valida fino alla conclusione del procedimento riguardante la richiesta del permesso.

Nel secondo caso, ex art. 137 REDYLE, la *unidad policial de extranjería* deve trasferire la richiesta, insieme ad una informativa da essa stessa redatta a la *Comisaría General de Extranjería y Fronteras* che formula la richiesta alla *Secretaría de Estado de Seguridad*. Nel caso in cui l'informativa sia positiva al rilascio del permesso, si prevede il rilascio di un'autorizzazione provvisoria di residenza e lavoro, valida fino alla conclusione del procedimento riguardante la richiesta del permesso. Per quanto riguarda il permesso rilasciato in ragione della situazione personale della vittima, gli articoli 143 e 144 REDYLE non definendo chiaramente quali siano le situazioni concrete in cui la norma può essere applicata, affidano tale valutazione all'amministrazione, conferendogli una discrezionalità molto ampia.

3.3. Le caratteristiche del permesso

L'ordinamento italiano e quello spagnolo regolamentano in maniera simile il permesso per le vittime di tratta, anche se la durata di questo muta sensibilmente all'interno delle due legislazioni. L'art 18 TUI prevede una validità di sei mesi e può essere rinnovato per un anno, o per il più ampio periodo, necessario per ragioni giudiziarie. Il permesso conferisce i diritti ai servizi assistenziali e allo studio, l'iscrizione alle liste di collocamento e autorizza l'accesso al mercato del

lavoro. Nel caso in cui vi sia un rapporto lavorativo in corso, il permesso può essere prorogato, e se il contratto di lavoro è a tempo indefinito può essere convertito, possibilità introdotta con il DPR 394/99, art. 27 comma 3 bis.

Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo, l'articolo 59 bis LODYLE configura un periodo di recupero e riflessione di durata minima di 30 giorni, che può essere ampliato in considerazione della situazione personale della vittima, in base ad una valutazione fatta dalle autorità competenti. Durante il periodo di recupero e riflessione non può essere emesso alcun ordine di espulsione, deve essere autorizzata la permanenza sul territorio dello Stato, e le amministrazioni competenti devono garantire la sussistenza del titolare e, se risulta necessario, la sua sicurezza e quella dei figli minori. Il periodo di recupero e riflessione può essere interrotto per motivi di ordine pubblico o quando la condizione di vittima sia indebitamente invocata. Il provvedimento di revoca deve essere motivato ed è garantita la possibilità di proporre ricorso contro l'atto amministrativo²⁰. Il periodo di recupero e riflessione può essere uno strumento efficace ai fini del recupero di una situazione di indipendenza, fisica e psicologica della vittima. Per quanto attiene al permesso per circostanze eccezionali, questo consiste in un'autorizzazione di soggiorno e lavoro, che implica la possibilità di lavorare, in proprio o come dipendenti, in qualunque ambito²¹. Rilevante la durata di cinque anni del permesso, in quanto permette alla vittima di richiedere ex art. 32 LODYLE la "*residencia de larga duración*", che autorizza a risiedere e lavorare in Spagna indefinitamente.

²⁰ L'obbligo di motivazione della revoca e l'esplicita garanzia della possibilità di fare ricorso amministrativo sono state introdotte dalla *Ley orgánica de 27 de Julio de 2011*, n 10.

²¹ In questo il regime del permesso si differenzia da quello italiano, che prevede unicamente la possibilità di svolgere lavoro dipendente.

3.4. La natura del permesso

Per quanto riguarda la natura del permesso rilasciato alle vittime di tratta, questa si configura in maniera simile nei due paesi oggetto di studio. Il legislatore italiano ha configurato un permesso svincolato dalla collaborazione giudiziaria, e ha previsto la possibilità di un “percorso sociale”. La finalità del permesso sembra quindi essere quella di tutelare la vittima, che si trova in una situazione di vulnerabilità²². Per quanto riguarda l’ordinamento spagnolo, il legislatore afferma che la finalità sottesa al permesso è quella della tutela della vittima espresse dal legislatore²³, e questa sembra essere perseguita dalla previsione come presupposto di concessione del permesso delle condizioni personali della vittima.

La differenza fra l’ordinamento italiano e quello spagnolo si apprezza con particolare riguardo alla maggiore integrazione della società civile nella protezione della vittima prevista dall’ordinamento italiano. Tale integrazione è perseguita attraverso la possibilità di concedere un permesso di carattere umanitario, richiesto tramite organizzazioni non governative.

²² Il Consiglio di Stato nella sentenza del 10 Ottobre 2006, n 6023, con riguardo al permesso richiesto attraverso il percorso sociale ha affermato che: “ (...) *l’autorizzazione alla permanenza in italia per le ragioni di cui all’art 18 del t.u. n 286/98 non ha valore premiale di un contributo dato al corso delle indagini di polizia giudiziaria proseguite in sede penale. La norma persegue, infatti, l’esigenza sul piano sociale di assicurare immediata protezione ad una parte considerata debole (lo straniero vittima di violenza o di grave sfruttamento) (...)*”.

²³ A titolo di esempio, il *Protocollo Marco de protección de las victimas de trata de Seres humanos* afferma che le norme poste “*están basadas en un enfoque de promoción y protección de los derechos humanos, que priorice la asistencia y protección de las víctimas, evite la victimización secundaria y anime a las víctimas a colaborar en los procesos penales contra los tratantes*”.

3.5. La tutela della vittima e la sua identificazione

L'efficacia del permesso ai fini della tutela delle vittime è strettamente connessa alla loro identificazione, non sempre agevole considerando la situazione di sfruttamento e di negazione dei diritti in cui queste si trovano. David Mancini ha correttamente affermato a riguardo: *“Emerge in tutta la sua rilevanza la tematica centrale dell'identificazione della vittima, cioè riuscire a capire quando ci troviamo in presenza di una vittima di tratta o altre forme di grave sfruttamento, di un reato in cui sono in gioco i diritti fondamentali di una persona”*²⁴.

In quest'ambito un ruolo centrale è svolto dalla formazione dei funzionari preposti all'identificazione. Per quanto riguarda l'ordinamento spagnolo il *Protocolo Marco de protección de las víctimas de trata de Seres Humanos* la configura come obbligatoria, ma nella pratica le organizzazioni non governative rilevano delle carenze in materia²⁵. Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, l'art. 14 della [legge 228/2003](#) prevede l'organizzazione di corsi di formazione del personale: questi dovrebbero essere previsti all'interno del “piano nazionale contro la tratta”, la cui emanazione è stata più volte annunciata dal Ministero delle Pari

²⁴ D. Mancini, *“Tratta di persone a scopo di sfruttamento lavorativo: quadro normativo, applicazione e prospettive”* in F. Carchedi, F. Dolente (a cura di), [Right Job. Lavoro senza diritti. Tratta e sfruttamento lavorativo degli immigrati a Roma e nel Lazio](#), Sviluppo Locale Edizioni, Roma, 2011.

²⁵ Queste carenze sono state prese in considerazione all'interno delle *“jornadas sobre tortura y tratos inhumanos, crueles o degradantes en los procesos migratorios”* del 23 e 24 di Aprile del 2012, organizzate dalla *Coordinadora para la Prevención y la Denuncia de la Tortura*, in collaborazione con la *Comisión de Defensa de los Derechos de la Persona y del Libre Ejercicio de la Abogacía del Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona* (ICAB) nella sede dell'ICAB.

Opportunità, ma che mai si è concretizzata²⁶. Le carenze nella formazione del personale sono state in parte sopperite da organizzazioni della società civile nell'esperienza romana del *Segretariato sociale presso la Questura di Roma: all'interno della questura le organizzazioni* hanno aperto uno spazio di consulenza preposto si all'identificazione della vittima. Quest'esperienza, sicuramente positiva, non può però essere pensata come sostitutiva della formazione dei funzionari, ma deve essere costruita come una possibilità aggiuntiva. L'identificazione della vittima è inoltre resa problematica dalla funzione che normalmente svolgono i funzionari ad essa preposti: quella di gestire le pratiche ordinarie in materia d'immigrazione, fortemente improntate alla tutela dell'ordine pubblico, e non certo alla tutela dei diritti.

La vittima di tratta, nel caso si tratti di un cittadino di uno Stato terzo, attraverso l'identificazione si sottrae all'applicazione del "diritto dell'immigrazione" ordinario, e può beneficiare della più favorevole disciplina prevista per le vittime di tratta. La disciplina ordinaria in tema di soggiorno e lavoro all'interno dello Stato di accoglienza influisce sulla condizione della vittima, e sulla sua possibilità di accedere ad una protezione legale, e sembra rilevare anche in relazione alla vulnerabilità della vittima. Per questo nel prossimo paragrafo si tratterà di quelle

²⁶ I corsi sono organizzati dal organizzati dal Ministero dell'Interno in collaborazione con il Ministero delle Pari Opportunità, dal Ministero di Giustizia, dal Ministero del lavoro e delle Politiche sociali. Pare opportuno citare il *Modulo formativo sulla tratta di esseri umani e linee guida per l'identificazione delle vittime da parte di personale delle Forze dell'Ordine*, che è stato redatto dall'Osservatorio nazionale tratta (Organismo interno al Dipartimento per le pari opportunità della Presidenza del Consiglio dei Ministri.) nel Maggio 2009. Il Ministero delle Pari opportunità ha dichiarato l'intenzione di redigere un "*Piano nazionale contro la tratta*" già dal 2012, intenzione ribadita nel [dicembre 2013](#), ma nel momento in cui si scrive tale Piano non risulta ancora essere stato emanato.

norme che si considerano influire maggiormente sullo *status* giuridico della vittima, in un momento anteriore all'identificazione.

4. L'influenza delle norme in materia di immigrazione sulla disciplina della tratta di persone per sfruttamento lavorativo

Per comprendere la posizione giuridica delle vittime di tratta di persone è opportuno fare riferimento alle norme ad esse dirette prima della loro identificazione come vittime. Da una parte in materia di immigrazione si assiste ad un diritto penale che sembra accentuare l'isolamento delle vittime, contribuendo ad ampliare il novero delle situazioni nelle quali i diritti non sono tutelati. Queste situazioni, creando soggetti vulnerabili perché privi di qualsivoglia diritto, costituiscono terreno fertile per lo sviluppo della tratta di persone. In questo senso l'espansione del diritto penale in materia d'immigrazione contribuisce a creare paura delle istituzioni, che ostacola la tutela delle vittime di tratta, in particolare nel momento dell'identificazione. D'altra parte il diritto amministrativo in tema d'immigrazione svolge un ruolo non solo per quanto riguarda le difficoltà della garanzia di una tutela effettiva della vittima, ma anche nella creazione di soggetti come "vittime", configurando la posizione giuridica del migrante irregolare come vulnerabile perché priva di diritti. In questo senso sembra significativo che l'OIL qualifichi come minacce atte a condizionare la volontà della vittima, la minaccia di licenziamento dal lavoro e la minaccia di denuncia all'autorità. Dalla previsione di quest'ipotesi emerge chiaramente il ruolo che nella vita del migrante svolgono le autorità dello Stato. Nel prossimo

paragrafo si tenteranno di individuare –senza nessuna pretesa d'esaustività – alcune delle misure maggiormente afflittive per la persona migrante, nell'ottica della tutela della dignità e dei diritti fondamentali.

4.1. Diritto penale in materia d'immigrazione e vittime di tratta

In materia di immigrazione l'ordinamento italiano e quello spagnolo utilizzano il diritto penale in modo quantitativamente differente, ma qualitativamente simile. Nel panorama italiano si registra una tendenza a tipizzare penalmente fattispecie che in precedenza erano regolate dal diritto amministrativo: un esempio emblematico è l'introduzione, col cosiddetto Pacchetto Sicurezza (legge [94/2009](#)) dell'articolo 10 bis del TUI già menzionato. Ai fini dell'integrazione della fattispecie prevista dall'articolo 10 bis è necessario che i soggetti attivi siano cittadini extracomunitari presenti nel territorio nazionale in violazione delle norme sull'ingresso e sul soggiorno, in una condizione di "clandestinità". Questa costruzione del tipo normativo sembra generare una distinzione *ratione subjecti* di per se stessa contraria al principio di uguaglianza. La norma incriminatrice punisce la disobbedienza alla legge, e si fatica a giustificare l'uso del diritto penale, in quanto appare difficile riscontrare un alto grado di lesività²⁷ di un bene giuridico nella fattispecie descritta dalla norma.

²⁷ La sola violazione delle norme sul soggiorno e sull'ingresso nel paese non giustifica l'intervento del diritto penale, per cui è necessaria la lesione di un bene giuridico di rilevanza tale da giustificare tale intervento. Per tutti: G. Marinucci, E. Dolcini, *Corso di diritto penale*, 1999, Milano, p 310 ss.

Parte della dottrina²⁸ ha affermato che questa norma può essere qualificata come “diritto penale d’autore”, a partire dalla considerazione per cui la risposta sanzionatoria non sembra finalizzata alla repressione di fatti oggettivamente offensivi ma alla neutralizzazione di soggetti che sono considerati pericolosi in ragione della loro appartenenza a una determinata comunità o categoria. Massimo Donini afferma che *“è questa una politica dell’esclusione, penalmente armata”*²⁹. La norma penale si rivolge a interi gruppi sociali, selezionati in base al “rischio” dei quali si suppone essi siano portatori.

Attraverso l’analisi di queste norme si osserva come l’orientamento di politica del diritto seguito dal legislatore sia quello che interpreta l’immigrazione irregolare come sinonimo di pericolosità sociale, fondata su una concezione della differenza fra migrazione regolare e irregolare di natura quasi ontologica. Quest’impostazione sembra aver contribuito alla creazione di un diritto “speciale” che si atteggia in senso afflittivo e i cui destinatari sono i soggetti migranti in quanto tali, a prescindere dalla loro effettiva condotta. Vi è chi critica il proibizionismo sul quale sembra fondarsi gran parte del “diritto dell’immigrazione”³⁰, ad esempio con la previsione dell’espulsione come unica risposta all’irregolarità. In questo quadro assume rilevanza anche l’art. 6, comma 3 TUI, come modificato dalla legge 94/2009, che incrimina la condotta dello *“straniero che, a richiesta degli ufficiali e agenti di pubblica sicurezza, non ottempera, senza giustificato motivo, all’ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o di altro*

²⁸ M. Donini, “Il cittadino extracomunitario da oggetto materiale a tipo d’autore nel controllo penale dell’immigrazione”, *Questione Giustizia*, n 1, 2009, p 25.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ A. Caputo, “Il reato di immigrazione clandestina”, *Criminalia* n. 4, 2009.

documento attestante la regolare presenza nel territorio dello Stato”, e prevede la pena della reclusione fino a un anno e una multa fino a 2000 euro.

Un'altra fattispecie penale che si configura come significativa è quella prevista nell'articolo 12 TUI, che sanziona chi *“promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente”*. Non costituiscono delitto le attività di aiuto e di assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti di stranieri in condizione di necessità in qualunque maniera presenti sul territorio dello Stato. Analoga fattispecie è prevista dall'art 318 bis del Codice Penale spagnolo, che punisce chiunque *“directamente o indirectamente, promueva, favorezca o facilite el tráfico ilegal o la inmigración clandestina de personas desde, en tránsito o con destino a España, o con destino a otro país de la Unión Europea”*.

Il bene giuridico protetto da queste norme è stato individuato dalla Corte Costituzionale italiana (sentenza n. 5/2004) nell'intenzione di evitare *“i gravi problemi connessi con i flussi migratori incontrollati”*. Per quanto attiene all'ordinamento giuridico spagnolo, la dottrina non assume una posizione unanime, e si divide fra chi identifica il bene giuridico protetto nella tutela dei diritti dello straniero, e chi lo individua nel controllo dei flussi migratori. Sembra confermare la posizione di chi individua il bene giuridico protetto nella *“contención de la inmigración irregular”*, la riforma operata dalla *Ley Orgánica 11/2003*, che ha introdotto il termine *“inmigración clandestina”* all'interno del testo normativo, e che non è sicuramente connesso con i diritti dello straniero. Il bene

giuridico protetto sembra essere il controllo dei flussi migratori e come, pur non criminalizzando direttamente lo straniero, si crea una condizione di isolamento attraverso la criminalizzazione dei soggetti che con questo si pongono in relazione, con la conseguenza di creare un ambiente di insicurezza e una condizione di vulnerabilità del soggetto, in cui questo non può rivolgersi allo Stato come ad un'istituzione che gli garantisca tutela.

4.2. Diritto amministrativo in tema d'immigrazione e vittime di tratta

Ad un diritto penale che criminalizza il soggetto migrante – nel caso italiano – o le persone che con questo vengono in contatto – nel caso spagnolo – si va sommando un “diritto dell’immigrazione” che sembra creare e mantenere esso stesso la categoria del “immigrato irregolare”. In questo paragrafo si analizzeranno, quali misure restrittive, l’espulsione e i presupposti del permesso per ragioni di lavoro.

Per quanto riguarda l’espulsione, l’ordinamento spagnolo la prevede ex art 57 comma1 LODYLE, come sanzione della “*infracción grave*”, prevista dall’articolo 53 comma 1, di trovarsi irregolarmente sul territorio spagnolo. Nonostante la *Ley orgánica 2/2009* abbia introdotto il principio di proporzionalità, nella pratica di molte *Subdelegaciones de Gobierno* si registra un automatismo fra la “*infracción de estancia irregular*” e la sanzione dell’espulsione³¹. Nell’ordinamento italiano gli articoli 13 e 14 TUI disciplinano il regime dell’espulsione amministrativa

³¹ D. Boza Martínez, “*El régimen sancionador en materia de extranjería*” in [Diego Boza Martínez Francisco Javier Donaire Villa David Moya Malapeira](#), *La nueva regulación de la inmigración y la extranjería en España*, Edition Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 472-507.

applicabile agli immigrati irregolari, salvo l'ipotesi di ritorno volontario³², che comunque obbliga lo straniero a lasciare il territorio dello Stato italiano.

Per quanto attiene al permesso di soggiorno per ragioni di lavoro, secondo la legislazione di entrambi gli Stati oggetto di studio, per il suo rilascio è necessario un accordo previo fra la persona migrante e il datore di lavoro³³. In entrambi i paesi è poi prevista la limitazione del numero dei lavoratori contrattabili³⁴.

Le misure poc'anzi trattate non sembrano svolgere un ruolo dissuasivo dei fenomeni migratori. La presenza di "immigrati irregolari" è una costante che si registra a partire dall'inizio dei flussi migratori verso i paesi oggetto di analisi. Le sanatorie che accompagnano misure sempre più restrittive del diritto di circolazione testimoniano come la politica attuale non ha come risultato quello di eliminare l'immigrazione irregolare. Secondo parte della dottrina

le progressive restrizioni dei già angusti canali di accesso regolari e le continue sanatorie fanno emergere una chiara volontà politica di privilegiare il meccanismo del soggiorno irregolare come strumento di inserimento

³² La legge 129/2011 ha modificato sensibilmente modificato la disciplina, adeguandola alla direttiva 2008/115/CE, che prevede un periodo di tempo di ritorno volontario.

³³ Il legislatore spagnolo, all'art. 38 LODYLE, prevede come necessaria ai fini del rilascio del permesso la contrattazione previa del migrante, mentre l'articolo 5, comma 3 e 3bis TUM subordinano il rilascio del permesso alla stipula fra migrante e datore di lavoro, di un "contratto di soggiorno", che salvo casi specifici, avrà una durata pari a quella del contratto di lavoro.

³⁴ Per quanto riguarda la Spagna, l'art. 38 LODYLE dispone che "*La situación nacional de empleo será determinada por el Servicio Público de Empleo Estatal con la información proporcionada por las Comunidades Autónomas y con aquella derivada de indicadores estadísticos oficiales y quedará plasmada en el Catálogo de Ocupaciones de Dificil Cobertura. Dicho catálogo contendrá una relación de empleos susceptibles de ser satisfechos a través de la contratación de trabajadores extranjeros y será aprobado previa consulta de la Comisión Laboral Tripartita de Inmigración.*", mentre per quanto riguarda l'Italia, l'art. 3 comma 4 TUI prevede l'emanazione annuale di un decreto del Presidente del Consiglio, che definisce le quote massime di stranieri che possono essere ammessi nel territorio dello Stato.

sociale dei migranti. (...) governo e parlamento italiano preferiscono che uno straniero cerchi un lavoro e tenti di inserirsi socialmente partendo da condizioni di clandestinità (e quindi privo di ogni garanzia e titolare di pochissimi diritti), piuttosto che usufruendo della “sponsorizzazione”, di un permesso di soggiorno per turismo, per ricerca di lavoro o per residenza elettiva³⁵.

In questo senso si interpreta come obiettivo di politica legislativa quello di obbligare il soggetto migrante a passare per una condizione d’illegalità, fortemente priva di garanzie, prima di accedere ad una posizione riconosciuta dall’ordinamento. Il circuito dell’immigrazione irregolare è quindi – per lo meno in parte – creato dallo stesso legislatore, quando esso prevede meccanismi di entrata nel territorio dello Stato che la rendono molto difficile. Sorge quindi una categoria di persone che si ritrovano a vivere una vita illegale. Questo comporta che la protezione legale dei diritti è significativamente minore rispetto a quella garantita al cittadino.

Questa situazione costituisce terreno fertile per quelle organizzazioni criminali che traggano profitto dalla tratta di persone, in quanto queste si trovano in un contesto in cui il rischio di denuncia da parte della vittima è minimo e la possibilità di sfruttamento alta in ragione della situazione di vulnerabilità della vittima, considerando anche che il soggetto migrante, se non identificato poi come vittima in base a criteri molto discrezionali, potrà essere espulso, e – per quanto attiene all’ordinamento italiano – essere considerato colpevole di un reato.

³⁵ E. Santoro, “La regolamentazione dell’immigrazione come questione sociale: dalla cittadinanza inclusiva al neoschiavismo,” in E. Santoro (a cura di), *Diritto come questione sociale*, Giappichelli, Torino, 2010, p 142.

Conclusioni

In definitiva, sembra cogliersi un contrasto di fondo fra il ruolo dello Stato come garante dei diritti e la sua funzione di tutela dell'ordine pubblico in un ambito, quello del diritto dell'immigrazione, in cui la funzione di garanzia della sicurezza pubblica sembra prevalere sulle istanze di tutela, che pur si manifestano nella loro connessione con i diritti fondamentali, come nel caso delle vittime di tratta. Per attenuare questa criticità il legislatore italiano ha previsto la partecipazione delle organizzazioni non governative nel processo di identificazione della vittima. Quest'opzione di politica legislativa meriterebbe un'analisi più ampia e approfondita, a partire dalle questioni che pone; ciò nonostante pare opportuno svolgere alcune considerazioni.

Se l'individuo, nelle moderne democrazie costituzionali, è titolare di diritti fondamentali di fronte allo Stato, ai quali corrispondono specifici obblighi dei poteri pubblici, nel momento in cui alcune funzioni strettamente connesse a tali diritti siano delegate a enti di natura non pubblica, emergono alcuni nodi critici. In primis con riguardo alla natura degli obblighi in capo a organismi privati rispetto alla tutela dei diritti. Si dovrebbero poi valutare le conseguenze derivanti dall'attribuzione alle organizzazioni non governative di funzioni pubbliche. La soluzione scelta dal legislatore italiano comunque non elimina completamente i possibili rilievi critici circa l'attuale equilibrio fra la funzione di garante dei diritti e quella di tutore dell'ordine pubblico, profondamente sbilanciato verso la seconda.

Lo Stato non agisce per eliminare gli ostacoli di ordine economico e sociale che contribuiscono a creare la situazione di vulnerabilità e di debolezza della vittima; il legislatore sembra anzi contribuire al suo mantenimento, attraverso norme criminalizzanti e proibizioniste in materia d'immigrazione. Quando dette situazioni di vulnerabilità conducono a fenomeni estremi nei quali si lesiona lo *status libertatis* e la dignità della persona, come nel caso della tratta, l'ordinamento risponde in primo luogo con lo strumento repressivo del diritto penale, attraverso la previsione di sanzioni molto severe, e in secondo luogo con misure che, anche se potenzialmente efficaci come quella prevista dall'art 18 TUI, sono frustrate da un tessuto normativo che non si configura come diretto alla tutela dei diritti fondamentali. La riflessione quindi dovrebbe forse andare nella direzione di una riconsiderazione del bilanciamento degli interessi in gioco, e considerare quali sono i diritti che uno Stato di Diritto può legittimamente comprimere, e in che misura può farlo.

In conclusione, la sola disciplina sulla tratta di persone, in quanto specifica e inserita in un contesto più ampio, non può rispondere all'esigenza di tutela dei diritti fondamentali, a partire dal diritto ad un'esistenza libera e degna pietra miliare del costituzionalismo moderno, che le vittime vedono lesionato. Dal punto di vista delle dinamiche reali nelle quali si sviluppa il fenomeno della tratta, così come da un punto di vista strettamente giuridico, si rende necessaria una riflessione più ampia e critica sul diritto dell'immigrazione, oggi quasi unicamente diretto alla tutela della sicurezza e dell'ordine pubblico.