

Diritto, Immigrazione e Cittadinanza

Fascicolo n. 2/2022

IL PRINCIPIO DI NON PUNIBILITÀ DELLE VITTIME DI TRATTA. SFIDA PER L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI E LOGICA DELL'INTERVENTO PENALE

di David Mancini

***Abstract:** L'articolo è diretto ad affrontare il tema dell'effettiva applicazione del principio di non punibilità delle vittime di tratta per i reati da loro commessi quale conseguenza diretta della loro condizione. Il principio è regolato dalla legislazione internazionale in materia di tratta degli esseri umani che ne demanda agli Stati la declinazione normativa. La sentenza della Corte EDU V.C.L. e A.N. c. UK ha acceso un dibattito già fervente in molti Paesi. L'analisi comparativa illustra le problematiche applicative e le soluzioni adottate e introduce allo scenario italiano, dove la soluzione si muove tra la risposta generale dello «stato di necessità» e la possibile introduzione di una nuova norma basata su ragioni di politica criminale. In ogni caso, si deve acquisire consapevolezza della necessità di un approccio olistico, poiché per conferire effettività al principio di non punibilità è strettamente necessario garantire una precoce identificazione e protezione delle vittime trafficate.*

***Abstract:** The article is aimed at addressing the issue of the effective application of the non-punishment principle of victims of human trafficking for offences committed as a direct consequence of their condition. The principle is provided by international legal framework on human trafficking which leaves its application to the States. The ECHR decision V.C.L. and A.N. v. UK sparked an already intensive debate in many Countries. The comparative analysis highlights the internal issues and the adopted solutions and introduces to the Italian scenario, where the remedies move between the general response of the «state of necessity» and the possible introduction of a new rule inspired on criminal policy reasons. In any case, it is necessary to increase awareness on the need for a holistic approach, since in order to make the non-punishment principle effective, it is strictly necessary to guarantee an early identification and protection of trafficked victims.*

IL PRINCIPIO DI NON PUNIBILITÀ DELLE VITTIME DI TRATTA. SFIDA PER L'EFFETTIVITÀ DEI DIRITTI E LOGICA DELL'INTERVENTO PENALE

di David Mancini*

SOMMARIO: 1. Fondamento sovranazionale del principio di non punibilità per le vittime di tratta. – 2. La previsione specifica dell'articolo 26 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta alla tratta di esseri umani. – 3. Il quadro della Corte di Strasburgo in merito all'articolo 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Un approccio proattivo alla tutela dei diritti – 4. La sentenza *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito*: riflessi dentro e fuori i confini nazionali. – 4.1. Lo scenario nazionale dell'intervento della Corte EDU: il contesto britannico. – 5. Altri tentativi nazionali di recepimento del principio di non punibilità. – 6. Cenni al sistema italiano, tra cause di giustificazione, scusanti e cause di non punibilità. – 7. Riflessioni sparse sulla soluzione italiana: *status quo* o intervento normativo? – 8. Conclusioni.

1. Fondamento sovranazionale del principio di non punibilità per le vittime di tratta

Il principio di non punibilità delle vittime della tratta di esseri umani non è il portato di una generica istanza umanitaria, ispirata dalle dinamiche dell'accoglienza verso i flussi migratori, bensì un principio sigillato da fonti normative sovranazionali e – a ben vedere – anche da una logica e razionale interpretazione delle norme di diritto penale interno. Inoltre, esso rappresenta un tassello rilevante di quella strategia circolare di contrasto al fenomeno della tratta e del grave sfruttamento che necessariamente presuppone la tutela dei diritti umani delle vittime. Il presupposto indispensabile per la cura e la protezione dei diritti lesi, nonché per il perseguimento dei gruppi o delle individualità criminali, è l'identificazione delle potenziali vittime di tratta, vulnerabili e – quasi ontologicamente – invisibili, tanto più esposte all'aggressione a scopo di sfruttamento, quanto relegate nel sommerso. Ebbene, la mancata attuazione del principio di non punibilità delle vittime di tratta – nei termini e nei contenuti di cui si dirà – rappresenta un ulteriore ostacolo all'identificazione delle vittime ed alla lotta al fenomeno criminale.

L'esposizione delle vittime al rischio di venire punite e processate per reati commessi in relazione alla loro condizione di vittime, aumenta la loro vulnerabilità e facilita il ruolo degli sfruttatori, per i quali è agevole operare nell'oscurità, dove è più facile reclutare e sfruttare le vittime, con una ragionevole probabilità di impunità. È una riflessione condivisa che l'elevato numero di vittime registrate nel mondo e all'interno dell'Unione europea richieda

* Procuratore del Tribunale per i Minorenni di L'Aquila.

una forte risposta da parte della giustizia penale per eliminare l'impunità degli autori dei reati e rendere la tratta un reato «a basso profitto e ad alto rischio», di fatto invertendo l'attuale opposta tendenza¹.

Nei Paesi di transito e destinazione le persone vittime di tratta sono spesso arrestate, detenute o comunque sottoposte a processo per le attività illecite commesse in relazione alla loro condizione. La punibilità delle persone trafficate si registra anche in situazioni in cui appare palese la mancanza di autodeterminazione della vittima nella partecipazione all'attività illecita. In tal caso, la sanzione comminata alla vittima di tratta corrisponde specularmente ad una mancanza dello Stato in merito all'obbligo di identificarla come tale e di proteggerla². La criminalizzazione delle vittime è l'antitesi dell'approccio centrato sui diritti umani e si traduce nella negazione proprio di quei diritti che le fonti sovranazionali e le costituzioni delle democrazie gli riconoscono³.

Il principio è affermato e contenuto in numerosi atti giuridici sovranazionali, a carattere internazionale oltre che regionale, nonché nella legislazione interna e nella giurisprudenza degli Stati; esso si pone come propedeutico agli scopi fissati nel protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e bambini, che integra la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale del 2000 e che si orienta anche a proteggere e assistere le vittime della tratta con un approccio basato sul pieno rispetto dei loro diritti umani. Il citato protocollo non contiene una norma specifica in tema, poiché al momento della sua approvazione non venne trovato l'accordo per un suo diretto inserimento nel testo, tuttavia, in seguito, gli sviluppi interpretativi e le raccomandazioni si sono orientati nell'indicare agli Stati di considerare, in linea con le legislazioni nazionali, di non punire o perseguire le persone trafficate per le attività illegali da loro commesse quali dirette conseguenze della loro condizione di vittime di tratta o che, comunque, siano state costrette a commettere⁴. In questa raccomandazione venivano fotografate due possibili letture del principio di non punibilità. La prima fondata su un

1. Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, *Terza relazione sui progressi compiuti nella lotta alla tratta di esseri umani (2020) a norma dell'articolo 20 della direttiva 2011/36/UE concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime*, COM(2020) 661, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020DC0661&from=EN>.

2. A.T. Gallagher, *The International Law of Human Trafficking*, Cambridge University Press, 2012, p. 283.

3. A.T. Gallagher, *op. cit.*; R. Piotrowicz - L. Sorrentino, *Human Trafficking and the Emergence of the Non-Punishment Principle*, in *Human Rights Law Review*, 2016, pp. 1-31; S. Scarpa, *Trafficking in human beings: modern slavery*, Oxford University Press, 2008, p. 155; A. Schloenhardt - R. Markey-Towler, *Non-Criminalisation of Victims of Trafficking in Persons — Principles, Promises, and Perspectives*, in *Groningen Journal of International Law*, vol 4(1), p. 10 e ss.; K. Touzenis, *Trafficking in Human Beings - Human rights and transnational criminal law, developments in law and practices*, in *UNESCO migration studies* (3), 2010, p. 119.

4. UN Working group on trafficking in persons, *Non punishment and non prosecution of victims of trafficking in persons: administrative and judicial approaches to offences committed in the process of such trafficking*, UN CTOC/COP/WG.4/2010/4, 2009.

«modello causale», in cui le attività illecite sono la conseguenza della condizione della tratta, la seconda su un «modello forzoso», in cui gli atti illeciti sono commessi sotto costrizione. Il percorso di riflessione sul tema è proseguito in ambito internazionale con una sempre maggiore condivisione della rilevanza del rispetto del principio di non punibilità quale strumento chiave nel contrasto alla tratta.⁵

Sempre a livello di Nazioni Unite, il principio di non punibilità è ritenuto fondamentale nei principi e nelle linee guida per i diritti umani e la tratta degli esseri umani dell'Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, secondo cui le vittime di tratta non possono essere detenute, accusate o perseguite per l'illegalità del loro ingresso o soggiorno nei Paesi di transito e destinazione, o per il loro coinvolgimento in attività illegali nella misura in cui tale coinvolgimento sia una diretta conseguenza della loro situazione di vittime di tratta⁶. Sulla medesima scia si pone, di recente, l'ultimo rapporto del relatore speciale dell'ONU sulla tratta di persone, in particolare donne e bambini⁷.

Non sono soltanto le Nazioni Unite che, in plurime occasioni, invitano gli Stati a garantire che le vittime di tratta non siano perseguite per violazioni delle leggi sull'immigrazione o per le attività in cui sono coinvolte come diretta conseguenza della loro situazione di vittime. Nel contesto specifico del lavoro forzato, l'Organizzazione Internazionale del Lavoro, mediante il protocollo del 2014 addizionale alla Convenzione sul lavoro forzato, n. 29/1930, richiede agli Stati di adottare le misure necessarie per garantire che le autorità competenti siano poste in condizione di non perseguire o imporre sanzioni alle vittime del lavoro forzato o obbligatorio⁸.

In campo internazionale, ulteriori strumenti giuridici regionali hanno dato risalto al principio di non punibilità delle vittime di tratta con diversi contenuti e variegate formulazioni⁹.

5. UN Working group on trafficking in persons, *Guidance on the issue of appropriate criminal justice responses to victims who have been compelled to commit offences as a result of their being trafficked*, UN CTOC/COP/WG.4/2020/2, 2020.

6. Ufficio dell'Alto Commissario delle Nazioni Unite per i diritti umani, *Principi e linee guida sui diritti umani e la tratta di esseri umani* (E/2002/68/Add.1).

7. *Implementation of the non-punishment principle*, Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, UN A/HRC/47/34, in occasione della quarantasettesima sessione dello Human Rights Council, 21 giugno-9 luglio 2021.

8. Organizzazione Internazionale del Lavoro, protocollo alla Convenzione sul Lavoro Forzato, 1930 (n. 29), art. 4 (2), 2014.

9. Tra gli atti internazionali in questione si possono indicare: la Convenzione dell'Associazione delle nazioni del sud-est asiatico (ASEAN) contro la tratta di persone, in particolare donne e bambini (adottata il 21 novembre 2015; entrata in vigore l'8 marzo 2017); le conclusioni e raccomandazioni del primo *Meeting* delle autorità nazionali sulla tratta di persone, tenutosi a Island Margarita, Repubblica Bolivariana del Venezuela, dal 14 al 17 marzo 2006, par. 7, nell'ambito della Organizzazione degli Stati americani (OAS); la Risoluzione 4/19 della Commissione interamericana dei diritti umani del 7.12.2019, principio 20; la Convenzione interamericana sulla prevenzione, la punizione e l'eradicazione della violenza contro le donne (adottata il 9 giugno 1994; entrata in vigore il 3 febbraio 1995), artt. 2, 3 e 7 (g); la Convenzione

Anche negli strumenti di *soft law*¹⁰, si afferma che la protezione delle vittime della tratta è fondamentale obiettivo e obbligo per tutti gli Stati. Per tali ragioni, la punizione delle vittime di tratta (per reati che sono causati o direttamente collegati al loro essere state trafficate) costituisce una grave negazione della giustizia.

L'obbligo di non punire le vittime della tratta, fondato sulle fonti internazionali, per essere efficace deve essere implementato dagli Stati nei loro sistemi di giustizia penale e in generale nei loro ordinamenti interni. Essi devono stabilire meccanismi efficaci per garantire l'effettività del principio di tutela. Preliminarmente, però, l'identificazione precoce è una condizione fondamentale e gli Stati dovrebbero garantire adeguata formazione di tutti gli operatori coloro che possono entrare in contatto con le potenziali vittime.

Le raccomandazioni dello Speciale Rappresentante e Coordinatore nella lotta alla tratta di esseri umani dell'OSCE auspicano che, non appena le autorità nazionali abbiano il ragionevole sospetto che una persona che ha commesso reati possa essere una vittima di tratta, compiano ogni attività possibile per approfondire gli elementi probanti il loro stato di vittime e li pongano in relazione con il commesso reato, nella prospettiva dell'eventuale applicazione del principio di non punibilità.

Dal punto di vista processuale, negli Stati con sistemi giudiziari basati sull'azione penale discrezionale, quando sussistono i presupposti le autorità competenti non dovrebbero neanche avviare il relativo procedimento giudiziario, mentre qualora la condizione di vittima intervenga ad indagini o processo avviate, l'azione nei confronti della vittima dovrebbe essere interrotta.

Di contro, gli Stati con sistemi improntati all'obbligatorietà dell'azione penale dovrebbero introdurre modifiche normative e prevedere rimedi di esenzione di responsabilità penale o la cessazione anticipata dell'azione penale già esercitata, nonché la definizione favorevole del processo eventualmente instaurato.

2. La previsione specifica dell'articolo 26 della Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta alla tratta di esseri umani

La Convenzione sull'azione contro la tratta di esseri umani del Consiglio d'Europa, approvata il 15.5.2005 a Varsavia¹¹, a differenza degli altri strumenti giuridici

americana sui diritti umani (adottata il 22 novembre 1969; entrata in vigore il 18 luglio 1978), art. 6; la Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo (adottata il 2 maggio 1948), art. 1; il protocollo dell'Unione africana alla Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, in tema di diritti delle donne in Africa, (adottato l'11 luglio 2003; entrato in vigore il 25 novembre 2005); la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli (adottata il 28 giugno 1981; entrata in vigore il 21 ottobre 1986).

10. Si veda OSCE, Ufficio dello Speciale Rappresentante e Coordinatore nella lotta alla tratta di esseri umani, *Policy and legislative recommendations towards the effective implementation of the non-punishment provision with regard to victims of trafficking*, Vienna, 2013.

11. Ratificata in Italia con la legge 2.7.2010, n. 108.

sovrnazionali di riferimento, prevede una norma specifica che sancisce il principio di non punibilità (art. 26) statuendo che: *ciascuna Parte, conformemente ai principi fondamentali del proprio ordinamento giuridico, prevede la possibilità di non imporre sanzioni alle vittime per il loro coinvolgimento in attività illecite, nella misura in cui siano state costrette a farlo.*

L'impostazione complessiva della Convenzione di Varsavia si propone come fulcro la tutela dei diritti umani, facendone il perno dell'intero impianto, a differenza dal protocollo ONU del 2000 sul *trafficking in persons*, addizionale alla Convenzione ONU avente come oggetto principale il contrasto alla criminalità organizzata, che ne costituiva il concetto trainante.

L'essenza del principio tende ad evitare che le persone trafficate siano penalizzate per il loro coinvolgimento in attività criminali perché private di una reale possibilità di scelta, essendo state costrette dai loro trafficanti. L'articolo 26 della Convenzione contro la tratta del Consiglio d'Europa chiarisce che gli Stati hanno il dovere di «prevedere la possibilità di non imporre sanzioni alle vittime per il loro coinvolgimento in attività illegali, nella misura in cui siano state obbligate a farlo». La relazione esplicativa, piuttosto sintetica sulla questione, specifica che gli Stati possono adempiere a tale dovere «prevedendo una disposizione di diritto penale sostanziale o processuale, o qualsiasi altra misura» che consenta la non punibilità¹².

Agli Stati la Convenzione lascia una notevole discrezionalità su come attuare il principio; essi devono tenere conto di tutti i possibili mezzi utilizzati dai trafficanti per determinare la costrizione alla commissione di attività illegali. Vanno inclusi l'uso della coercizione fisica o dell'abuso emotivo, ma anche l'abuso di una posizione di vulnerabilità o di qualsiasi altra situazione, in cui la persona coinvolta non ha alternative reali e accettabili alla sottomissione.

Si precisa che il principio di non punibilità deve andare oltre l'azione penale nei confronti della vittima. Il riferimento dell'articolo 26 alla non irrogazione di sanzioni comprende altre misure, come quelle amministrative, che non devono intervenire per punire un illecito connesso alla tratta.

Inoltre, la lettura che dovrebbe essere data al principio dell'art. 26 non può essere restrittiva; esso dovrebbe coprire sia i reati commessi nel corso della condizione di tratta, sia quelli commessi in conseguenza di tale condizione.

Tuttavia, lo stesso Consiglio d'Europa è consapevole dei dubbi e delle difficoltà applicative del principio¹³; ed infatti, si interroga su diversi aspetti: ad esempio, sul livello

12. *Explanatory Report to the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, 2005.

13. R. Piotrowicz, *Article 26, Non-punishment provision*, in J. Planitzer-H. Sax (ed.), *A Commentary on the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings*, Elgar, 2020, p. 310.

di gravità dei reati da “giustificare” e sul criterio di connessione tra la condizione di tratta e il reato commesso dalla vittima. Seppure in linea teorica non vi sarebbero ragioni impeditive perché il principio di non punibilità non debba applicarsi alla maggior parte dei reati se le ragioni dell’esonero da sanzioni si basano sul fatto che la persona trafficata non aveva altra scelta reale che quella di commettere il reato, in pratica non sempre è agevole rinvenire la linea di bilanciamento tra gli interessi confliggenti del diritto dello Stato ad intervenire per sanzionare un illecito e quello privato della vittima di tratta ad essere protetta e non punita per quanto commesso sotto la condizione di vittima.

Altri interrogativi si celano dietro le scelte legislative nazionali di eliminare o attenuare la risposta statale rispetto all’atto illecito commesso. Esistono rischi evidenti per qualsiasi sistema di giustizia penale che affermi, in modo inequivocabile, che una persona trafficata non possa mai essere punita per reati commessi da una vittima di tratta. Non sarebbe accettabile e logicamente giustificabile la scelta di creare una sorta di immunità.

Il Gruppo di esperti sull’azione contro la tratta di esseri umani (GRETA) è istituito dall’art. 36 della Convenzione per monitorare sullo stato di applicazione della medesima da parte degli Stati. Il GRETA nei suoi rapporti annuali ha in più occasioni rimarcato l’importanza del principio di non punibilità nel senso che la criminalizzazione delle vittime della tratta non solo viola l’obbligo dello Stato di fornire servizi e assistenza alle vittime, ma scoraggia anche le vittime dal farsi avanti e collaborare con le forze dell’ordine, interferendo così anche con l’obbligo dello Stato di indagare e perseguire i responsabili della tratta degli esseri umani¹⁴.

Ad esempio, è stato rilevato un problema persistente di difetto di formazione e consapevolezza sul tema generale dell’identificazione delle vittime; se le persone non vengono identificate come vittime della tratta, è più probabile che vengano perseguite e punite per presunti reati da loro commessi. Per queste ragioni, il GRETA ha raccomandato in generale l’introduzione di rimedi normativi specifici in tema di non punibilità delle vittime di tratta, sia attraverso la previsione di cause di esclusione della punibilità, sia attraverso l’emanazione di linee guida dirette a pubblici ministeri, per sensibilizzarli alla celere identificazione delle vittime ed alla conseguente applicazione del principio di non punibilità. In particolare, il GRETA ha costruito il proprio bagaglio di rilievi e raccomandazioni, oltre che nei rapporti annuali, soprattutto negli inviti diretti agli Stati. Quello rivolto all’Italia ha dedicato importanza alla necessità, finora trascurata, di dare attuazione al principio dell’art. 26 nell’ordinamento nazionale con una specifica previsione¹⁵.

14. Da ultimo, nel nono rapporto generale (2019) sulle attività del GRETA, <https://www.coe.int/en/web/anti-human-trafficking/general-reports>.

15. GRETA *report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Italy, second evaluation round*, 7.12.2018, pubblicato il 25 gennaio 2019, in <https://rm.coe.int/greta-2018-28-fgr-ita/168091f627>.

Il principio dell'art. 26 della Convenzione di Varsavia, si rafforza in ambito eurounitario in virtù del richiamo operato dall'art. 8 della dir. 2011/36/EU che statuisce: *gli Stati membri adottano le misure necessarie, conformemente ai principi fondamentali dei loro ordinamenti giuridici, per conferire alle autorità nazionali competenti il potere di non perseguire né imporre sanzioni penali alle vittime della tratta di esseri umani coinvolte in attività criminali che sono state costrette a compiere come conseguenza diretta di uno degli atti di cui all'articolo 2.*

Quindi, se la Convenzione del Consiglio d'Europa introduce positivamente il principio di non punibilità (richiamato poi dalla direttiva unionale) il legame tra questo e gli obblighi delle autorità nazionali nel contrastare la tratta di esseri umani e nel proteggere i diritti umani delle vittime trova la sua declinazione giurisprudenziale più esplicita nelle decisioni della Corte europea dei diritti dell'uomo. L'attenzione viene dedicata implicitamente a partire dal 2010 (con il caso *Rantsev c. Cipro e Russia*) almeno fino alla sentenza *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito* del 16.2.2021¹⁶, che invece eleva il principio, seppure con cautela, al rango di elemento ausiliario agli obblighi derivanti dall'art. 4 CEDU.

3. Il quadro della Corte di Strasburgo in merito all'articolo 4 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Un approccio proattivo alla tutela dei diritti

Per meglio comprendere l'*excursus* storico delle sentenze della Corte EDU, occorre specificare che essa ha affrontato sin dalle origini alcune questioni fondamentali. Innanzitutto, essa si è interrogata su come intendere i precetti della Convenzione che si assumevano come universali, quando nella realtà, negli ordinamenti dei singoli Stati, il significato dei vari termini era differente. Si è poi posta il problema di come interpretare un testo, non soltanto formulato in termini vaghi, ma anche nato in un particolare momento storico segnato da una forte emotività e comunque, ampiamente antecedente rispetto ad altre norme successivamente intervenute su singole tematiche. Ciò al fine di individuare parametri e limiti alla sua evoluzione in rapporto di adeguamento con i cambiamenti sociali¹⁷.

In primo luogo, attraverso l'interpretazione autonoma, la Corte ha sempre affermato di poter attribuire alle espressioni usate nella Convenzione un significato autonomo e diverso (convenzionale) da quello che i termini assumono negli ordinamenti nazionali, in quanto essi sono trasposti nel differente contesto europeo. Diversamente opinando, i concetti giuridici

16. Per una disamina del caso v. F. Moresco, *More than a "credible suspicion": the prosecution of trafficking victims challenges States' operational duty to protect under art. 4 ECHR*, in *ADiM Blog*, Case law Commentary, July 2021; M. Durante, *La non punibilità delle vittime di tratta di esseri umani: la prima pronuncia della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla posizione giudiziaria della vittima ai sensi dell'art.4 CEDU*, in *Giustizia insieme*, 22 aprile 2021.

17. V.A. De Gaetano, *Alcune chiavi di lettura del sistema Cedu*, su <https://www.questionegiustizia.it/speciale/articolo/alcune-chiavi-di-lettura-del-sistema-cedu.29.php>, aprile 2019; S. Lonati, *Metodi d'interpretazione della Corte EDU e equo processo*, in *Giur. cost.*, 1.2015, p. 243.

della Convenzione assumerebbero un significato diverso a seconda del caso e dello Stato convenuto, con conseguente conflitto rispetto all'esigenza di assicurare uno standard minimo comune e l'eguaglianza nella salvaguardia delle libertà fondamentali. In secondo luogo, con l'interpretazione evolutiva, la Convenzione (proprio perché elaborata nell'immediato dopoguerra) rappresenta prima di tutto un sistema generale di protezione dei diritti umani, che deve essere inteso avendo riguardo alle condizioni mutevoli all'interno dello Stato convenuto e all'interno degli Stati contraenti in generale.

Il criterio utilizzato dalla Corte è espresso dalla nota formula «*the Convention is a living instrument*», presente nella sentenza *Tyrer c. Regno Unito* (25.4.1978) la cui interpretazione deve tenere conto dell'evoluzione normativa del diritto nazionale e internazionale. Per queste ragioni, l'interpretazione della Convenzione fornita dalla Corte è teleologica; essa deve risultare la più appropriata per realizzare gli scopi e raggiungere l'oggetto del trattato.

Di conseguenza, se la disposizione della Convenzione sembra applicabile limitatamente a una data situazione, l'interpretazione teleologica fa sì che copra anche le altre fattispecie necessarie ad attuare una vera ed efficace protezione dei diritti e delle libertà fondamentali, impedendo l'interpretazione restrittiva (o letterale) dato che l'obiettivo della Convenzione non risiede nella tutela individuale, ma nella creazione di un sistema di protezione¹⁸.

In questo scenario estensivo, nell'interpretazione delle singole norme la strada seguita dalla Corte è stata quella di affiancare all'originaria libertà negativa – cioè a un diritto puro e assoluto comportante un obbligo di astensione dal commettere condotte contraria alla norma (come nel caso dell'articolo 4) – anche obblighi positivi di azione, di tipo sostanziale e procedurale, del cui adempimento vengono verificate la legalità, la proporzionalità e l'efficacia¹⁹.

L'articolo 4 della Convenzione EDU non menziona la tratta di esseri umani, vietando espressamente invece la schiavitù, la servitù e il lavoro forzato e obbligatorio. Tuttavia, la Corte EDU ha sempre affermato che sussiste l'obbligo di interpretare la Convenzione alla luce delle condizioni attuali e di conseguenza, che l'interpretazione attuale dell'art. 4 della Convenzione EDU vada correlato con la tratta di esseri umani, così come prevista dalle altre norme sovranazionali vigenti (non esistenti nel periodo di approvazione della Convenzione). Dunque, la sua interpretazione va correlata con la definizione dell'articolo 3, lettera a) del protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare donne e

18. Su questi concetti v. G. Adamo, *Le situazioni giuridiche soggettive garantite dalla CEDU innanzi al giudice amministrativo*, in federalismi.it, n. 27.2021, p. 8 e ss.

19. G. Adamo, *op. cit.*, p. 19. In tema di obblighi positivi, R. Piotrowicz, *States' obligations under human right law towards victims of trafficking in human beings: positive developments in positive obligations*, in *International Journal of Refugee Law*, 24(2), 2012, p. 189; V. Stoyanova, *Human trafficking and slavery reconsidered, conceptual limits and suites positive obligations in European law*, Cambridge University Press, 2017.

bambini, allegato alla Convenzione delle Nazioni Unite del 2000 contro la criminalità organizzata transnazionale e dall'articolo 4, lettera a) della Convenzione del Consiglio d'Europa approvata a Varsavia il 16.5.2005 sulla lotta contro la tratta di esseri umani, che determinano un campo di applicazione comune all'articolo 4 della Convenzione EDU (Corte europea dei diritti dell'uomo *Rantsev c. Cipro e Russia*, 7.1.2010; *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, 31.7.2012).

L'oggetto e lo scopo della Convenzione, come strumento per la protezione dei singoli esseri umani, richiede che le sue disposizioni siano interpretate e applicate in modo da rendere le sue garanzie pratiche ed efficaci (*Rantsev c. Cipro e Russia*, cit.).

Con riferimento al divieto di cui all'art. 4, la Corte ha affermato che il rispetto limitato e meramente formale della norma della Convenzione da parte delle autorità statali sarebbe incoerente con gli strumenti internazionali e comporterebbe la sua inefficacia (ai sensi dell'articolo 89). L'articolo 4 della Convenzione determina la nascita di obblighi positivi in capo agli Stati (*Siliadin c. Francia*, 26.7.2005). In primo luogo, l'obbligo positivo di istituire un quadro legislativo e amministrativo appropriato richiede che gli Stati membri introducano norme appropriate e perseguano efficacemente qualsiasi atto volto a mantenere una persona in una situazione di schiavitù, servitù o lavoro forzato o obbligatorio (*C.N. c. Regno Unito*, 13.11.2012, *Siliadin c. Francia*, cit.; *C.N. e V. c. Francia*, 11.10.2012). Per ottemperare a questo obbligo, gli Stati membri sono tenuti a istituire un quadro legislativo e amministrativo idoneo reprimere e sanzionare tali atti (*Rantsev c. Cipro e Russia*, cit.).

Nel particolare contesto europeo della tratta, la Corte ha sottolineato che il protocollo ONU di Palermo, la Convenzione del Consiglio d'Europa anti-tratta e poi la dir. 2011/36 dell'Unione europea sono concorde espressione della necessità di un approccio globale per combattere la tratta che includa misure per: a) prevenire i fenomeni; b) proteggere le vittime; c) punire i trafficanti. Risulta chiaro dalle disposizioni di questi strumenti che gli Stati contraenti hanno espresso l'opinione che solo una combinazione di misure riguardanti complessivamente i tre aspetti può essere efficace nella lotta contro la tratta.

Pertanto, la Corte ha sottolineato che il dovere di penalizzare e perseguire la tratta è solo uno degli elementi dell'impegno generale degli Stati membri a combatterla e che l'estensione degli obblighi positivi derivanti dall'articolo 4 deve essere considerata all'interno di questo scenario più ampio.

Lo spettro delle garanzie stabilite nella legislazione nazionale deve essere adeguato per garantire la protezione concreta ed effettiva dei diritti delle vittime o delle potenziali vittime della tratta. Pertanto, oltre alle misure di diritto penale per punire i trafficanti, l'articolo 4 impone agli Stati membri di adottare misure adeguate ad intervenire in ambiti che costituiscono terreno fertile per lo sviluppo ed il proliferare di casi di tratta di esseri umani. Il caso sintomatico è dato proprio dalle norme sull'immigrazione di uno Stato che non

possono trascurare le ripercussioni relative al contrasto della tratta, all'identificazione delle vittime, all'efficace azione giudiziaria con riferimento alla peculiare vulnerabilità delle vittime. Ad esempio, parte integrante degli obblighi in questo senso è anche quella di garantire una specifica formazione per i funzionari delle forze dell'ordine e degli operatori, affinché siano in grado di esercitare un filtro utile ad intercettare le potenziali vittime di tratta nell'ambito dei flussi migratori misti.

La Corte EDU ha sottolineato che i suddetti principi sono ugualmente rilevanti qualunque sia la finalità di sfruttamento nei casi di tratta (sessuale, lavorativo o altro). Infatti, ha sottolineato che l'articolo 4 par. 2 della Convenzione implica l'obbligo positivo per gli Stati di affrontare anche altre categorie di sfruttamento, come il lavoro forzato, istituendo un quadro giuridico e normativo che consenta la prevenzione dei fenomeni di tratta a scopo di sfruttamento lavorativo, la protezione delle vittime e l'investigazione efficace anche in casi del genere, unitamente alla previsione di specifiche norme incriminatrici in grado di essere applicate al settore dello sfruttamento del lavoro ed alle peculiarità che ne contraddistinguono le vittime (*Chowdury e altri c. Grecia*, 30.3.2017).

Nel corso degli anni, la Corte ha rinvenuto carenze nel quadro legislativo in vigore negli Stati, non in grado di offrire alle vittime una protezione pratica ed efficace contro il trattamento in mancanza della sfera di applicazione dell'art. 4 della Convenzione (in *Siliadin c. Francia*, cit.; *C.N. e V. c. Francia*, cit.; *C.N. c. Regno Unito*, cit.). Mentre nella fondamentale pronuncia *Rantsev c. Cipro e Russia*, sulla base degli elementi di prova di cui disponeva e tenendo conto dei limiti della giurisdizione della Russia nei fatti particolari del caso, la Corte non ha riscontrato tale mancanza nel quadro legislativo e amministrativo in Russia, nel medesimo caso però, Cipro è stata condannata in violazione di tale obbligo perché la normativa cipriota in materia di immigrazione (con peculiare riguardo al regime di visti artistici) non ha consentito alla vittima di tratta una protezione pratica ed efficace. Entrambe gli Stati sono risultati aver violato, invece, l'obbligo positivo di indagare.

L'obbligo positivo di adottare misure operative di protezione delle vittime è un altro aspetto proattivo dell'art. 4 della Convenzione che, in determinate circostanze, può implicitamente richiedere ad uno Stato di adottare misure operative per proteggere le (potenziali) vittime di tratta (*Rantsev c. Cipro e Russia*, cit.; *C.N. c. Regno Unito*, cit.).

Affinché un obbligo positivo di adottare misure operative di protezione si presenti nelle circostanze di un caso specifico, è necessario che le autorità dello Stato siano consapevoli (o sussistano le condizioni perché, diligentemente, vengano a conoscenza) delle circostanze che fondano un ragionevole sospetto che una persona sia o sia stata sottoposta a condotte in violazione dell'articolo 4 della Convenzione. In caso di risposta affermativa, si verificherà una violazione di tale articolo qualora le autorità non abbiano adottato le misure appropriate nell'ambito delle loro competenze per rimuovere la persona da tale situazione o dal rischio.

La condizione di ragionevolezza costituisce una clausola di sicurezza, tenuto conto delle difficoltà connesse al controllo delle società moderne e delle scelte operative che devono essere prese in termini di priorità e risorse; l'obbligo di adottare misure operative deve essere interpretato in modo da non imporre un onere impossibile o sproporzionato sulle autorità, come tale inesigibile (*Rantsev v. Cipro e Russia*, cit.).

In *V.F. c. Francia*, 29.11.2011, la Corte, pur consapevole della portata del fenomeno della tratta di donne nigeriane in Francia e delle difficoltà incontrate da tali persone nel rivolgersi alle autorità al fine di ottenere protezione, si è limitata a rilevare, alla luce delle circostanze del caso, che la ricorrente non aveva tentato di contattare le autorità, né questa aveva avuto modo e occasione di esaminarla e di approfondire la sua situazione. Da ciò derivava – in applicazione del predetto criterio di ragionevolezza, ma con una decisione meno condivisibile – che le prove presentate dalla ricorrente non fossero sufficienti a dimostrare che le autorità di polizia sapevano o avrebbero dovuto sapere che la stessa era vittima di una rete di tratta di esseri umani, allorché decidevano di espellerla.

In *Rantsev c. Cipro e Russia* sono stati registrate diverse azioni disfunzionali delle autorità di polizia cipriote, in ordine alla scelta di indagare ulteriormente se la figlia del ricorrente fosse stata vittima di tratta, alla decisione di affidarla alla custodia del suo sfruttatore (circostanza a cui fece seguito la morte della giovane) alla inosservanza di varie disposizioni di diritto interno. Tutto ciò ha condotto la Corte a concludere che le autorità cipriote non avevano adottato misure per proteggere la vittima dal grave pericolo che derivava dall'essere trafficata e sfruttata e da cui derivò la sua morte. Ebbene tali violazioni erano direttamente connesse alla mancata identificazione della giovane quale vittima di tratta, anche in ragione della sua estrema vulnerabilità per essersi resa responsabile di illeciti ai sensi della legge cipriota in tema di immigrazione. Agli occhi dell'autorità di polizia era emersa la sua punibilità per tali reati, piuttosto che la sua condizione di vittima di tratta e/o sfruttamento.

Nella sentenza *Chowdury e altri c. Grecia*, la Corte ha, invece, constatato che la Grecia non aveva adempiuto ai suoi obblighi positivi in quanto le autorità, che conoscevano attraverso le relazioni ufficiali e i mezzi di informazione la situazione in cui i lavoratori migranti si trovavano ben prima dell'incidente che aveva coinvolto i migranti bengalesi ricorrenti, non aveva preso misure adeguate per prevenire la tratta e proteggere le vittime.

Con specifico riferimento all'obbligo procedurale di indagare, l'articolo 4 della Convenzione ne rinviene i presupposti laddove vi sia un fondato sospetto di violazione dei diritti di una persona ai sensi di tale articolo (*C.N. c. Regno Unito*, cit.; *Rantsev c. Cipro e Russia*, cit.).

La Corte ha sottolineato che l'obbligo di indagare non dipende da una denuncia da parte della vittima o di persone vicine, ma che le autorità devono agire d'ufficio una volta che la

questione è giunta alla loro attenzione. Ha inoltre affermato che, affinché un'indagine sia efficace, deve essere indipendente dalle strette evidenze contestuali e deve anche essere in grado di condurre all'identificazione e alla punizione delle persone responsabili. È ovviamente un obbligo non di risultato ma di mezzi. Inoltre, un requisito di tempestività e ragionevole spedizione è implicito in tutti i casi, ma quando è disponibile la possibilità di rimuovere la vittima dalla situazione pericolosa e potenzialmente lesiva, l'indagine deve essere intrapresa con urgenza. Infine, le vittime devono essere coinvolte nella procedura, con ogni onere di informazione e assistenza a salvaguardia dei loro diritti (*L.E. v. Grecia*, 21.1.2016).

Nel particolare contesto della tratta di esseri umani, oltre all'obbligo di condurre un'indagine interna sugli eventi che si verificano sul proprio territorio, gli Stati membri sono anche soggetti a un obbligo di cooperazione efficace con le autorità competenti di altri Stati coinvolti nelle indagini su eventi verificatisi al di fuori del loro territorio, proprio in considerazione della natura transnazionale dei fenomeni (*Rantsev c. Cipro e Russia*, cit.).

In *Rantsev c. Cipro e Russia* la Corte ha rilevato che le autorità russe non avevano indagato sulla possibilità che singoli agenti o reti operanti in Russia fossero coinvolti nel reclutamento e sfruttamento della vittima a Cipro. Ciò non significa, tuttavia, che l'articolo 4 della Convenzione, nel suo ambito procedurale, richieda agli Stati di prevedere una giurisdizione universale sui reati di tratta commessi all'estero (*J. e altri c. Austria*, del 17.4.2017).

Nella sentenza *Chowdury e altri c. Grecia*, la Corte ha ritenuto che la Grecia non avesse adempiuto ai suoi obblighi procedurali, in particolare perché il pubblico ministero aveva rifiutato di promuovere procedimenti su istanza di ventuno ricorrenti con la motivazione che avevano presentato le loro denunce in ritardo, senza tener conto delle complesse problematiche che caratterizzano le vittime di tratta. Nello stesso senso, l'obbligo procedurale di indagare è strettamente connesso con l'obbligo di proteggere efficacemente le vittime e non può cedere il passo a fronte di motivazioni circa tradizioni e costumi delle etnie di origine erroneamente ritenute giustificative di condotte riconducibili, invece, alla tratta di esseri umani (come nel caso di trafficante e vittima di etnia rom, in *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, cit.).

4. La sentenza *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito*: riflessi dentro e fuori i confini nazionali

Dai richiami giurisprudenziali della Corte, a cui si aggiungono ulteriori e più recenti pronunce sullo stesso solco (*S.M. c. Croazia*, 19.7.2018; *T.I. e altri c. Grecia*, 18.7.2019; *Zoletic e altri c. Azerbaigian*, 7.10.2021) si evince l'interconnessione degli obblighi in questione e la loro dipendenza dal verificarsi di altre condizioni che fungono da presupposto. Ad esempio, in *Zoletic e altri c. Azerbaigian* all'obbligo di condurre un'indagine sugli eventi

accaduti nei propri territori, si aggiunge che gli Stati membri devono adempiere efficacemente alla cooperazione con le autorità competenti degli altri Stati interessati in relazione agli eventi verificatisi al di fuori dei loro territori, pena l'inosservanza dell'obbligo positivo di indagare. La decisione *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito*, del 16.2.2021 è una ulteriore conferma del fatto che una completa attuazione degli obblighi positivi di cui all'art. 4 richiede anche la piena attuazione del principio di non punibilità delle vittime di tratta per i reati da loro commessi in conseguenza della loro condizione.

I fatti riguardavano due minori vietnamiti giunti irregolarmente nel Regno Unito nel 2009. Lo stesso anno, venivano indagati per il reato di produzione di stupefacenti perché scoperti a lavorare come giardinieri presso piantagioni di cannabis.

Venivano instaurati i procedimenti penali contro di loro e su consiglio dei loro difensori, optavano per una soluzione di basso profilo, dichiarandosi colpevoli ed evitando di insistere sul proprio stato di vittime, ritenendo non facilmente dimostrabile lo stato di coercizione a cui erano sottomessi. Durante il procedimento di primo grado l'autorità competente (SCA, *single competent authority* secondo il *Modern Slavery Act* del 2015) identificava V.C.L. come vittima di tratta, ma tale conclusione veniva trascurata sia dal pubblico ministero del *Crown Prosecution Service* (CPS) sia dalla Corte che non interloquiva sul punto.

Con riferimento invece all'altro minore (A.N.) solo dopo la condanna in primo grado, questi veniva identificato come vittima di tratta dall'autorità competente.

Malgrado l'avvenuta identificazione dei due minori come vittime, in fase di appello venivano respinti i motivi di impugnazione, con negazione di consequenzialità tra la qualifica di vittima di tratta di esseri umani e la non punibilità per il reato commesso sotto tale condizione.

Le decisioni divenivano definitive e si creavano i presupposti per il ricorso alla CEDU.

La Corte richiama gli strumenti interni al Regno Unito in grado di attuare l'art. 26 della Convenzione, quali la causa di giustificazione dello stato di coercizione e di necessità (cd. *duress circumstances*) nonché la disponibilità di linee guida per le forze dell'ordine e interne al *Crown Prosecution Service* ove individuare eventualmente le circostanze per soprassedere all'imputazione della presunta vittima di tratta. Questo scenario si completa con le disposizioni del *Modern Slavery Act* del 2015 che disciplinano il *national referral mechanism* in forza nel Regno Unito.

Chiarito l'ambito di analisi, la Corte ha verificato se le condotte delle autorità nazionali britanniche si fossero poste in contrasto con l'art. 4 della Convenzione EDU ed in particolare, con alcuni degli obblighi positivi espressione della norma. La questione giuridica non è consistita, invece, nella positiva attuazione dell'art. 26 della Convenzione di Varsavia da parte del sistema giuridico britannico.

Il cuore della decisione è la verifica dell'operato delle autorità nazionali in relazione al fatto che vi sia stato il «sospetto credibile» che i ricorrenti siano o siano stati vittime di tratta, così come definita dall'art. 3 del protocollo addizionale alla Convenzione di Palermo, dall'art. 4 della Convenzione di Varsavia e dall'art. 2 della dir. 36/2011/EU e che, in conseguenza di ciò, siano stati assolti gli obblighi positivi emergenti dall'art. 4 CEDU consistenti, in particolare, nei doveri di assistenza e protezione, strettamente connessi all'obbligo di celere identificazione delle vittime.

Nel caso di specie, la Corte afferma che il fenomeno dei giovani vietnamiti impiegati nelle piantagioni di cannabis nel Regno Unito era noto e relazionato. Le due vittime erano minorenni e dunque, la loro vulnerabilità era *in re ipsa*. In aggiunta, le condizioni di lavoro, le minacce ricevute, la costrizione a svolgere il lavoro, il mancato pagamento costituivano indici significativi del loro *status* di vittime.

Le autorità competenti nell'ambito del *national referral mechanism* del Regno Unito avevano in qualche modo identificato i minori V.C.L. e A.N. come possibili vittime di tratta, ma tale circostanza è stata trascurata dai pubblici ministeri, i quali hanno omesso di relazionarsi, non hanno fornito adeguate motivazioni per disattendere la valutazione dei minori quali possibili vittime di tratta ed hanno proseguito nell'idea di affermare la pretesa punitiva dello Stato a qualunque costo. Non da meno sono state le Corti britanniche che hanno avallato le scelte dei pubblici ministeri ed hanno omesso di intervenire sancendo la condizione di vittime dei due minori, con ogni conseguenza negativa in ordine all'affermazione del principio di non punibilità (sotto forma di applicazione delle *duress circumstances*).

Al riconoscimento della violazione dell'art. 4 della Convenzione EDU, fa il pari la violazione, pure accertata, dell'art. 6 par. 1, in quanto la mancata identificazione e la mancata protezione delle vittime di tratta ha determinato la loro ingiusta esposizione al processo penale, tanto da indurle – sotto consiglio errato dei loro difensori – ad accedere ad una pena concordata, piuttosto che a mirare ad un completo proscioglimento in conseguenza dello stato di costrizione nel cui ambito avevano commesso il reato, con violazione finale del principio del giusto processo.

Pertanto, la sentenza *V.C.L. e A.N.* si pone in pieno nel solco giurisprudenziale sopra richiamato e illumina il principio di non punibilità di cui all'art. 26 della Convenzione di Varsavia come elemento indefettibile implicito nella tutela positiva accordata alle vittime, in forza dell'art. 4 della Convenzione EDU, interpretato dalla stessa Corte come uno «strumento vivente».

L'azione di sistema che la Corte richiede agli Stati per assolvere agli obblighi positivi di cui all'art. 4 richiede un «approccio comprensivo» che deve essere coordinato attraverso

un metodo «multi-agenzia»²⁰, secondo cui le istituzioni pubbliche e le organizzazioni della società civile cooperano per la realizzazione degli obblighi medesimi, senza ostacolarsi reciprocamente e senza posizioni preconcepite a difesa di prerogative di settore (della magistratura, delle forze dell'ordine o piuttosto del settore sociale)²¹.

4.1. Lo scenario nazionale dell'intervento della Corte EDU: il contesto britannico

Un'attenzione particolare merita il dibattito che precede e culmina con il caso *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito*, che ha sollevato il tema all'attenzione europea e italiana. Esso ha determinato un significativo movimento giurisprudenziale nel Regno Unito²², diretto ad analizzare i termini ed i limiti di applicazione della *duress and necessity defence* (equiparabile allo stato di necessità) e della sezione 45 del *Modern Slavery Act* del 2015²³ con riferimento alle vittime di tratta indagate o perseguite per reati da loro commessi. La *duress* è una

20. L'approccio multi-agenzia è alla base del concetto di *national referral mechanism*; si veda in proposito OSCE (ODHIR) *National Referral Mechanisms - Joining Efforts to Protect the Rights of Trafficked Persons: A Practical Handbook*, 1994; di recente è stata pubblicata la seconda edizione, 2022, su <https://www.osce.org/files/f/documents/f/5/510551.pdf>.

21. Il combinato disposto degli articoli 10 e 35 della Convenzione di Varsavia costituisce un'applicazione normativa del metodo di cooperazione multi-agenzia nell'identificazione delle vittime di tratta, condizione propedeutica alla loro assistenza e protezione.

22. Per un inquadramento della tematica nel Regno Unito v. M. Jovanovic, *The principle of non-punishment of victims of trafficking in human beings: a quest for rationale and practical guidance*, in *Journal of Trafficking and Human Exploitation*, vol. 1, nr. 1, 2017, pp. 41-76.

23. Sect. 45 - Defence for slavery or trafficking victims who commit an offence

(1) A person is not guilty of an offence if—

...omissis

(b) the person does that act because the person is compelled to do it,

(c) the compulsion is attributable to slavery or to relevant exploitation, and

(d) a reasonable person in the same situation as the person and having the person's relevant characteristics would have no realistic alternative to doing that act.

(2) A person may be compelled to do something by another person or by the person's circumstances.

(3) Compulsion is attributable to slavery or to relevant exploitation only if—

(a) it is, or is part of, conduct which constitutes an offence under section 1 or conduct which constitutes relevant exploitation, or

(b) it is a direct consequence of a person being, or having been, a victim of slavery or a victim of relevant exploitation.

(4) A person is not guilty of an offence if—

(a) ...

(b) the person does that act as a direct consequence of the person being, or having been, a victim of slavery or a victim of relevant exploitation, and

(c) a reasonable person in the same situation as the person and having the person's relevant characteristics would do that act.

5) For the purposes of this section—

...omissis

(7) Subsections (1) and (4) do not apply to an offence listed in Schedule 4 (reati violenti, come omicidio e sequestro di persona).

...omissis.

scriminante di *common law* applicabile a tutti i reati ad eccezione dell'omicidio, consumato o tentato e dell'altro tradimento che comporta la morte del sovrano²⁴. Le condizioni di applicazione della *duress and necessity* (trattate dal legislatore e dalle Corti sostanzialmente come un istituto unico) sono stringenti; infatti, la giurisprudenza ha riconosciuto la scriminante nei casi di minacce di morte o gravi lesioni personali, ovvero di un imminente pericolo di lesioni fisiche. Il solo aspetto intimidatorio, anche se determinante un grave danno psicologico, non è ritenuto sufficiente. Anche il nesso tra costrizione e reato commesso è particolarmente rigido. Si ritiene, ad esempio, che la scriminante opera solo se le minacce sono volte a far commettere uno specifico reato, poi effettivamente commesso, mentre non rileva se l'indagato (vittima) ha commesso un altro reato per sfuggire ad altre richieste non correlate²⁵. Accanto alla scriminante generale, la sezione 45 del *Modern Slavery Act* del 2015 ha previsto una scriminante speciale per le vittime di tratta, andando così ad ampliare il bagaglio di strumenti giuridici a cui attingere.

Di recente un'analisi completa viene fornita dalla sentenza della Corte di appello (divisione criminale) del Regno Unito con la decisione [2022] EWCA Crim 106, del 3.2.2022²⁶.

Il tema principale era legato all'ammissibilità del rimedio in appello a seguito di tre decisioni di primo grado che non avevano tenuto in considerazione la condizione di vittima di tratta, così come sostenuta dalle autorità competenti (a riprova del fatto che V.C.L. e A.N. non erano casi isolati nel Regno Unito).

La Corte ha affermato che la competenza a decidere anche in appello circa l'abuso del processo è in linea con la *ratio* della sezione 45 del *Modern Slavery Act* del 2015 e contribuisce a raggiungere i fini della Convenzione del Consiglio d'Europa e della dir. 2011/36/EU riguardando non solo l'esigenza di non punire le vittime di tratta, ma anche di non sottoporle a processo.

Tuttavia, la Corte britannica ribadisce come la decisione di perseguire spetta al pubblico ministero del *crown prosecution service*, non al giudice, il quale è chiamato a decidere sulla causa. Laddove il *crown prosecution service* abbia preso in considerazione le pertinenti linee guida dell'accusa e fornito una «base razionale» per discostarsi da una eventuale decisione positiva (sulla condizione di vittima di tratta fornita dalle autorità competenti - SCA) è verosimile che nessun argomento circa l'abuso del processo possa rivelarsi sostenibile.

24. *R. v Gotts [1992] 2 AC 412.*

25. Per una descrizione preliminare dell'istituto si vedano le linee guida sul sito del *Crown Prosecution Service*, <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/defences-duress-and-necessity>.

26. <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2022/02/R-v-AAD-and-Ors-2022-EWCA-Crim-106.pdf>.

Senonché, si chiede la Corte, cosa succede se il *crown prosecution service* ha ommesso ingiustificatamente di tenere conto delle indicazioni contenute nelle linee guida²⁷ o se non fornisce una motivazione razionale per discostarsi da una decisione favorevole circa lo *status* di vittima di tratta?

In tal caso, ritiene la Corte d'appello, il giudice sarebbe legittimato ad intervenire e sindacare tale decisione. Nel pervenire a tale conclusione la Corte ha riesaminato, discostandosene, precedenti decisioni difformi²⁸. In essi si era ritenuto possibile accertare un abuso del processo soltanto in presenza di una solida base probatoria, su cui impugnare la decisione motivata di perseguire la vittima di tratta (ad esempio, non soltanto sulla base del richiamo di una precedente statuizione della *single competent authority*, i cui funzionari, peraltro, non possono essere considerati *expert witnesses* e dunque, non sono ammessi a testimoniare in giudizio apportando un contributo conoscitivo tecnico, volto ad attestare lo *status* di vittima di tratta del soggetto imputato per il reato commesso). Contrariamente alla tendenza finora registrata, ad avviso della decisione della Corte di appello del febbraio 2022, il motivo di impugnazione di una decisione di primo grado fondata sull'abuso del processo dovrebbe essere considerato ammissibile, come strumento di appello, anche solo nel caso in cui il *crown prosecution service* non abbia seguito le indicazioni contenute nelle proprie linee guida, senza fornire una adeguata motivazione.

Infatti, in modo incisivo, la Corte d'appello, alla luce della sentenza *V.C.L. e A.N.*, ha sottolineato che, poiché «il perseguimento delle vittime della tratta può essere in contrasto con il dovere dello Stato di adottare misure operative per proteggerle», il pubblico ministero deve avere «ragioni chiare e coerenti con la definizione di tratta contenuta nel Protocollo di Palermo e nella Convenzione Anti-Tratta» per discostarsi da una decisione dell'autorità competente.

Si potrebbe aggiungere che, se in un sistema di *referral* nazionale, che individua competenze e sinergie, l'autorità giudiziaria può disattendere la valutazione circa la condizione di vittima di tratta, espressa da una autorità competente a farlo, senza fornire una motivazione ragionata delle proprie valutazioni, ciò costituirebbe la negazione dell'approccio multi-agenzia posto alla base del medesimo meccanismo di *referral*. L'argomento è estremamente interessante se rapportato a quanto accade nel sistema italiano, allorquando un soggetto indagato o imputato abbia ricevuto una identificazione quale vittima di tratta da parte di un servizio sociale, pubblico o privato accreditato, nell'ambito del percorso sociale di cui all'art. 18, co. 3-*bis*, d.lgs. 286/1998 oppure nell'ambito del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, ma di

27. Le linee guida in questione sono reperibili su <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/modern-slavery-human-trafficking-and-smuggling>, da ultimo aggiornate il 2 dicembre 2021.

28. DS [2020] EWCA Crim 285; [2021] 1 WLR 303 e A [2020] EWCA Crim 1408.

tale identificazione non abbia tenuto conto il pubblico ministero del procedimento instaurato nei suoi confronti per il reato commesso in conseguenza della condizione di vittima di tratta.

Infine, la Corte è intervenuta anche sulla portata del termine «costrizione» richiesto dalla sezione 45 del *Modern Slavery Act*, richiamando gli strumenti giuridici internazionali per delinearne il contenuto, pur proseguendo nella lettura ancorata al concetto di causalità, abbastanza restrittivo, come emergente dalla citata sezione 45.

5. Altri tentativi nazionali di recepimento del principio di non punibilità

A livello internazionale, sia in ambito di Nazioni Unite²⁹, sia in ambito regionale (Consiglio d'Europa, per il tramite del GRETA³⁰) sono state riportate le modalità con cui il principio di non punibilità delle vittime di tratta è stato accolto negli ordinamenti nazionali e, ove ciò sia avvenuto, se risulti congruo con gli obblighi positivi in capo agli Stati affinché l'identificazione delle vittime sia celere e la protezione efficace. Dei 42 Paesi monitorati in fase di secondo rapporto di valutazione, 17 avevano introdotto una previsione normativa specifica concernente la non punibilità delle vittime di tratta³¹.

Ebbene il panorama è estremamente variegato e non sempre rispondente agli obiettivi che la legislazione sovranazionale e l'interpretazione fornita dalla Corte si prefiggono. Alcuni brevi esempi di previsioni specifiche possono illustrare la portata del tema³².

La Grecia è stata più volte al centro delle pronunce della Corte EDU e la sentenza *Chowdury* del 2017 (sui lavoratori bengalesi impiegati nella raccolta delle fragole nel villaggio greco di Manolada) è un esempio di violazione dell'articolo 4 CEDU sotto diversi profili.

In reazione alle decisioni di condanna della Corte, in Grecia una nuova disposizione è stata introdotta con il nuovo codice penale, entrato in vigore a luglio 2019, all'articolo 323A PC (tratta di esseri umani). Con riguardo al principio di non punibilità, ai sensi del par. 8, la procura competente per i reati minori può sospendere temporaneamente l'azione penale per le violazioni in materia di immigrazione e prostituzione, nonché per i reati che implicano la partecipazione ad attività criminali. Tale sospensione si applica a «chi denuncia che nei suoi confronti siano stati commessi reati, a condizione che tale partecipazione sia stata una diretta conseguenza del fatto di essere stata vittima di tratta di esseri umani». Se la censura

29. *Implementation of the non-punishment principle*, Report of the Special Rapporteur on trafficking in persons, especially women and children, cit.

30. R. Piotrowicz, *Article 26, Non-punishment provision*, cit.

31. Nono rapporto generale (2019) sulle attività del GRETA, cit.

32. Sul piano comparato, D. Derenčinović, *Comparative Perspectives On Non-Punishment Of Victims Of Trafficking In Human Beings*, in *Annales de la Faculte de Droit d'Istanbul*, 46(2014), pp. 3-20 http://transcrim.pravo.unizg.hr/wp-content/uploads/2016/01/Prof.dr_.sc_.Davor-Derenčinovic-Comparative-Perspectives-On-Non-Punishment-of-Victims-of-Trafficking-in-Human-Beings.pdf.

risulta fondata, l'astensione dall'azione penale diventa definitiva. In aggiunta, il codice di procedura penale greco ha ampliato l'ambito di tutela delle vittime di tratta introducendo una disposizione legislativa per l'astensione definitiva dal perseguimento degli autori di determinati reati (ingresso/uscita illegale dal Paese, detenzione e utilizzo di documenti di viaggio, carte d'identità, permessi di soggiorno o altri documenti contraffatti o autentici rilasciati per altra persona, lavoro nero, prostituzione) a condizione che i trafficanti siano stati condannati irrevocabilmente (art. 59, par. 4 e 5 c.p.p.). Il pubblico ministero ha la stessa facoltà, anche se non interviene sentenza di condanna o se gli autori restano non identificati, a condizione che dagli atti emerga che la commissione dei suddetti atti criminosi è stata una conseguenza dell'essere stato vittima di tratta.

Se è già stato avviato un procedimento penale nei confronti della vittima di tratta, il giudice sospende il procedimento fino alla fine del procedimento penale che la vede persona offesa per i reati commessi in suo danno. A seguito della pronuncia irrevocabile di condanna per i reati commessi in danno della vittima, il procedimento penale nei confronti di quest'ultima per le attività criminali da lei commesse si estingue. La strada scelta dal punto di vista dogmatico sembra adattarsi agli schemi delle cause di estinzione del reato, che scattano al verificarsi delle condizioni che hanno inizialmente determinato la sospensione dell'azione penale o del processo.

Si precisa che la condizione generica di «denunciare» i reati di tratta, di cui al citato art. 59 par. 4 c.p.p., non richiede, ai sensi della normativa greca, la presentazione e la proposizione di una denuncia nei confronti dei trafficanti, né l'esplicito e chiaro riferimento ai reati commessi nei confronti della vittima di tratta. Per l'adempimento della predetta previsione dell'articolo 323-bis, par. 8, c.p. è sufficiente una semplice narrazione della vittima circa un fatto che possa fornire alle autorità l'indicazione della commissione del reato di tratta in suo danno.

In altri contesti europei, si prevedono esimenti alquanto vaghe, che rischiano di tradursi in inattuate petizioni di principio. È il caso del Belgio, che all'art. 433-quinquies par. 5 del codice penale prevede che «la vittima della tratta di esseri umani che prende parte a reati come diretta conseguenza del suo sfruttamento, non incorre in alcuna sanzione per tali reati». Tale norma è altrettanto recente, in quanto introdotta con legge entrata in vigore il 1° luglio 2019.

Una soluzione di tipo discrezionale e di non particolare ampiezza si riscontra, invece, in Germania, dove la sezione 154c del codice di procedura penale, al par. 2 recita: se la vittima di coercizione, estorsione o tratta di esseri umani (articoli 240, 253 e 232 del codice penale) denuncia tale reato (articolo 158) e se, di conseguenza, un reato meno grave commesso dalla vittima viene alla luce, il pubblico ministero può dispensare dal perseguimento del reato meno grave, a meno che l'espiazione non sia imperativa per la gravità del reato.

È evidente come in previsioni legislative così poco definite, uno spazio notevole è demandato all'interpretazione e, di conseguenza, i diritti delle vittime connessi all'applicazione del principio di non punibilità possono ricevere un riconoscimento incerto e variabile. Peraltro, nel caso tedesco, sembra delegarsi al pubblico ministero una facoltà discrezionale, comunque ancorata alla minor gravità del reato commesso dalla vittima.

Esempi di adeguamento (almeno formale) alle sollecitazioni sovranazionali di dare efficacia al principio di non punibilità lo troviamo in ogni continente, a dimostrazione che non è il solo art. 26 della Convenzione di Varsavia a dare fondamento legale al principio.

In Messico, «la legge generale per prevenire, punire e combattere i delitti in materia di tratta di persone e per la protezione e assistenza alle vittime di tale delitto» viene pubblicata il 14 giugno 2012. All'articolo 37 dispone che: «la vittima dei reati previsti dalla presente legge non è perseguibile per i reati commessi sotto il controllo o la minaccia dei suoi autori, quando non è loro richiesta altra condotta». Viene da domandarsi legittimamente se ad una norma così aperta facciano seguito casi giurisprudenziali frequenti o se tale ampiezza rischia di comportarne una scarsa applicazione, assolvendo più all'obbligo formale di recepire istanze sovranazionali che a quello materiale di proteggere efficacemente le vittime. In ogni caso, l'azione del legislatore non è da sola sufficiente e appare ineludibile che, accanto a previsioni di legge adeguate, gli Stati garantiscano la formazione delle autorità nazionali (la magistratura *in primis*) all'interno di un efficiente sistema nazionale di *referral*.

Ad esempio, in Thailandia, l'*Anti-human trafficking Act*, B.E. 2551 del 2008, alla sezione 41 statuisce che «salvo autorizzazione scritta del Ministro della giustizia, al funzionario incaricato dell'inchiesta è vietato avviare procedimenti legali contro qualsiasi vittima per il reato di ingresso, uscita o soggiorno nel Regno senza autorizzazione ai sensi della legge sull'immigrazione, il reato di dare false informazioni al funzionario, il reato di falsificazione o utilizzo di un documento di viaggio contraffatto ai sensi del codice penale, i reati previsti dalla legge sulla prevenzione e la repressione della prostituzione, in particolare di contatto, persuasione, presentazione, adescamento o molestia allo scopo di prostituzione e assembramento nel luogo della prostituzione a scopo di prostituzione, ovvero il reato di essere straniero che lavora senza permesso ai sensi della legge sul lavoro straniero».

Nel continente africano è possibile richiamare un esempio derivante dal Kenya, dove vige il *Counter-trafficking in persons Act* No. 8 del 2010 che, alla sezione 14, in tema di «immunità delle vittime dall'azione penale», stabilisce che: «nonostante le disposizioni di qualsiasi altra legge, una vittima della tratta di esseri umani non sarà penalmente responsabile per alcun reato connesso al fatto di trovarsi illegalmente in Kenya o per qualsiasi atto criminale che sia stato il risultato diretto della tratta».

La soluzione adottata dalla Spagna sin dal 2015 ha carattere specifico in quanto inserita quale ultimo comma all'articolo 177-*bis* del codice penale in tema di tratta degli esseri

umani. Essa mostra una maggiore completezza e valorizza concetti familiari alla legislazione italiana, come quello della «proporzionalità» tra reato commesso e abuso subito e rimanda all'istituto penalistico delle cause di non punibilità (*excusas absolutorias*). Esso recita al comma 11: «fatta salva l'applicazione delle regole generali del presente codice, la vittima della tratta di esseri umani sarà esente dalla pena per i reati che ha commesso nella situazione di sfruttamento subito, purché la sua partecipazione ad essi sia stata diretta conseguenza della situazione di violenza, intimidazione, inganno o abuso cui è stata sottoposta e che vi sia un'adeguata proporzionalità tra tale situazione e l'atto criminoso posto in essere».

Sul caso spagnolo si registra un fermento giurisprudenziale interno che può essere letto con interesse quale stimolo per opportune riflessioni anche nel nostro ordinamento.

Nell'inquadrare la natura, la portata e gli effetti dell'esclusione punitiva prevista dall'art. 177-*bis*, comma 11, c.p. spagnolo si tende a propendere verso una *excusa absolutoria* che, come nel nostro ordinamento, comporta l'esclusione della pena per ragioni di politica criminale, senza intaccare l'antigiuridicità e la colpevolezza della condotta.

A differenza di altre ipotesi comparate, l'art. 177-*bis* c.p. non esclude dalla sua applicazione alcun reato, neppure quello stesso di tratta di esseri umani. Esso si applica ai casi in cui – senza limitarsi alle condizioni stringenti dello stato di necessità – si è verificata una limitazione significativa della capacità di autodeterminazione della vittima, quale diretta conseguenza della situazione di violenza, intimidazione, inganno o abuso a cui è stata sottoposta e che, a causa di tale sottomissione, è costretta a compiere le attività criminali (ad esempio con riferimento al considerando 11 della dir. 2011/36/EU) in concomitanza di un rapporto di proporzionalità tra la situazione di assoggettamento e il reato commesso.

Sul punto un'interessante sintesi ha trovato conforto giurisprudenziale nella sentenza del *Tribunal Superior de Justicia* della Catalogna, 2 novembre 2021, n. 7584/2021³³. La decisione ha riguardato l'assoluzione di una giovane peruviana dal reato di traffico di stupefacenti in quanto vittima di tratta di esseri umani finalizzata al compimento di attività illecite. La donna trasportava, avendoli ingeriti, venticinque profilattici ripieni di cocaina. *L'Audiencia Provincial* di Barcellona la assolveva ed il *Tribunal Superior* confermava l'assoluzione.

Il Tribunale supera l'idea che l'identificazione della vittima di tratta debba avvenire necessariamente all'interno di un procedimento amministrativo svolto nell'ambito delle

33. Per un'analisi completa, A. Romano, *Il principio di non punibilità della vittima di tratta in una recente sentenza del Tribunal Superior de Justicia della Catalogna*, in *ADiM Blog*, Osservatorio della Giurisprudenza, novembre 2021; M. Valle Mariscal de Gante, *La sentencia de 2 de noviembre de 2021 del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña un importante paso hacia adelante en la protección de las víctimas de trata*, in *Diario La Ley*, 2022; I. Salvadori, *Le politiche penali dell'immigrazione in Spagna. Spunti per una riflessione comparata*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2013, p. 16.

procedure di *referral*. Ciò ben può verificarsi nella fase delle indagini o in quella processuale. Il Tribunale catalano mostra consapevolezza del fenomeno allorché sottolinea che normalmente l'identificazione della persona quale vittima di tratta avviene dopo la commissione del delitto, senza che abbia mai denunciato i reati subiti e senza che gli autori del reato di tratta vengano perseguiti. Il più grave ostacolo al contrasto alla tratta è dato dalla vulnerabilità ed invisibilità delle vittime, pertanto, non riconoscere la non punibilità per le attività criminali da loro commesse in conseguenza di ciò equivale ad aumentarne la vittimizzazione e ad impedirne la protezione, in violazione dell'art. 26 della Convenzione di Varsavia e all'art. 8 della dir. 2011/36/EU. In questo senso assume rilievo la cooperazione con la società civile e le organizzazioni in grado di offrire elementi – come nel caso di specie – circa la condizione di vittima dell'imputata. È permesso, dunque, al giudice effettuare ogni valutazione in ordine alla sussistenza degli elementi del reato di tratta e verificare la sussistenza dell'abuso della condizione di vulnerabilità, da intendersi come l'inesistenza di una alternativa reale o accettabile alla commissione dei reati richiesti. Infine, il giudice dovrà valutare la sussistenza dell'ultimo requisito richiesto dall'art. 177-*bis*, co. 11 del codice penale, vale a dire la proporzionalità tra la situazione della vittima di tratta e il delitto commesso. La sentenza suggerisce di prendere come parametro valutativo, per una verifica in concreto, la comparazione tra il trattamento punitivo previsto dal reato per cui la vittima di tratta si trova incriminata e il reato di tratta degli esseri umani, ritenendo la proporzionalità nel caso che il reato commesso sia punito meno gravemente³⁴. Sarà interessante attendere gli ulteriori sviluppi dinanzi alla Suprema Corte spagnola³⁵.

6. Cenni al sistema italiano, tra cause di giustificazione, scusanti e cause di non punibilità

Nell'ordinamento italiano non è stato recepito il principio di non punibilità di cui all'art. 8 della dir. 2011/36, né la legge 108/2010, che ha dato attuazione alla Convenzione di Varsavia, ha previsto alcunché. Inoltre, non vi è una norma analoga all'art. 177-*bis*, co. 11, del codice penale spagnolo. Ne deriva un vuoto normativo la cui rilevanza è stata osservata in più sedi. In ambito interno possiamo registrare soltanto la timida affermazione contenuta all'interno del piano nazionale antitratta 2016/2018, elaborato in seno al dipartimento pari opportunità, presso la presidenza del Consiglio dei ministri (meccanismo equivalente ai sensi dell'art. 19 della dir. 2011/36, in quanto l'Italia non ha istituito un relatore nazionale con il d.lgs. 4.3.2014, n. 24 in fase di recepimento). A tal proposito il piano si limitava a

34. A. Romano, *op. cit.*

35. *Tribunal Supremo*, 29.3.2017 n. 214 che riconosce la *ratio* della non punibilità nell'obiettivo di salvaguardare i diritti umani delle vittime, oltre a evitare ulteriori vittimizzazioni e incoraggiarle a fungere da testimoni nei procedimenti penali contro gli autori.

richiamare le raccomandazioni e le disposizioni internazionali secondo cui «le persone vittime di tratta non dovranno essere soggette ad azioni detentive, persecuzioni e ammende a causa del soggiorno irregolare nel paese o per la partecipazione ad attività illegali risultanti dalla loro esperienza di tratta». In concreto il piano nazionale richiama il primo rapporto del GRETA sull'Italia³⁶ e non è chiaro se le sollecitazioni saranno più incisive nel piano nazionale di prossima adozione (che, dopo quattro anni dalla scadenza del precedente, si riferirebbe al periodo 2022-2025).

In difetto di una previsione specifica nel nostro ordinamento, l'unico spazio applicativo potrebbe essere – a legislazione vigente – quello dello stato di necessità previsto dall'art. 54 c.p. Certamente l'Italia non è l'unico Stato a non disporre di una previsione specifica di non punibilità, affidandosi a cause generali di esclusione dell'antigiuridicità o della punibilità³⁷.

Nell'ambito della teoria generale del reato, la ricostruzione analitica dell'illecito penale può seguire un criterio di bipartizione, tripartizione o di quadripartizione.

Ogni reato risulta composto da una serie di elementi disposti uno dopo l'altro in un ordine logico. Il reato viene analizzato come composto da un elemento oggettivo e da uno soggettivo (bipartizione) oppure da un fatto tipico, antigiuridico, commesso con criteri di colpevolezza (tripartizione). Per la maggioranza della dottrina la punibilità consiste nell'insieme delle condizioni, ulteriori ed esterne, rispetto al fatto antigiuridico e colpevole, che possono fondare o escludere l'opportunità di punirlo.

Per una parte minoritaria della dottrina è controverso se la punibilità debba essere collocata tra gli elementi del reato o se appartenga ad un diverso ed ulteriore capitolo del diritto penale, cioè se il nome di reato debba attribuirsi solo a un fatto antigiuridico, colpevole e punibile, o se invece ad integrare il reato siano sufficienti i primi tre elementi, cioè il fatto, l'antigiuridicità e la colpevolezza.

Il codice penale prevede diversi strumenti attraverso i quali l'autore di un atto astrattamente previsto come reato non viene sottoposto a sanzione. Una modalità è costituita dalle cause di giustificazione che escludono la sussistenza dell'elemento costitutivo

36. *Report concerning the implementation of the Council of Europe Convention on Action against Trafficking in Human Beings by Italy - First evaluation round* (2014) <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=0900001680631cc1>.

37. Anche in Austria, ad esempio, ci si affida al solo stato di necessità. Ai sensi dell'articolo 10, comma 1, del codice penale austriaco sullo stato di necessità, la persona che commette un reato punibile per evitare a sé o ad un'altra persona un imminente e rilevante pregiudizio è esonerata se il danno derivante dall'offesa non è sproporzionatamente più grave del pregiudizio da scongiurare, e se nella situazione dell'autore del reato non era altra condotta esigibile. Si conferma l'esistenza di una norma giustificante che legittima la commissione di fattispecie costituenti reato se perpetrate al fine di tutelare un interesse inequivocabilmente prevalente su quello sacrificato. Sul punto F. Viganò, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 94.

dell'antigiuridicità della condotta commessa e – in presenza di determinate condizioni – rendono penalmente lecito un fatto che, in condizioni normali, sarebbe penalmente illecito.

Le cause di giustificazione sono costituite da facoltà o doveri che l'ordinamento prevede all'interno di specifiche norme che autorizzano o impongono la realizzazione di un fatto penalmente rilevante, al fine di salvaguardare un bene giuridico ritenuto preminente.

Se commesso in presenza di una causa di giustificazione, il fatto è lecito. Le cause di giustificazione, inoltre, hanno efficacia universale nel senso che il fatto commesso non può essere assoggettato a nessun tipo di sanzione, anche civilistica. Esse, inoltre, hanno rilevanza oggettiva poiché, come stabilito dall'art. 59, co. 1, c.p., «le circostanze che escludono la pena sono valutate a favore dell'agente anche se da lui non conosciute o per errore ritenute inesistenti».

Per il più consolidato orientamento dottrinario e per la giurisprudenza unanime, lo stato di necessità rappresenta una causa di giustificazione oggettiva che si fonda sul bilanciamento tra gli interessi in conflitto³⁸. La dottrina dominante muove dall'ambiguità del requisito della costrizione, per esprimere la preferenza per l'impostazione oggettiva, che meglio si armonizza con la regola dell'art. 59 co. 1 c.p., perché così è estensibile per analogia; inoltre, si invocano anche ragioni di coerenza sistematica e parallelismo con la scriminante della legittima difesa.

Secondo questa lettura, in caso di costrizione derivante dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, pericolo non causato volontariamente e non altrimenti evitabile, l'autore del fatto non è punibile, se questo è proporzionato al pericolo. La condotta è scriminata anche se la necessità è causata dall'altrui minaccia. Nello stato di necessità (come nelle altre scriminanti di parte generale dall'art. 50 e seguenti del codice penale) la sussistenza delle condizioni stringenti previste dalla norma esclude in radice l'antigiuridicità del fatto: è lo stesso reato a non sussistere. Il fatto astrattamente considerato rientrerebbe nella previsione di una norma incriminatrice, ma in concreto ne esula per il venir meno dell'elemento dell'antigiuridicità.

Per l'applicazione della scriminante è fondamentale che *il pericolo sia attuale* nel senso che il danno deve essere imminente e probabile che si verifichi³⁹.

38. F. Antolisei, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 305 e ss.; F. Carnelutti, *Teoria generale del reato*, Padova Cedam, 1933; P. Nuvolone, *Il Sistema del diritto penale*, Padova, Cedam, 1982; C.F. Grosso, *Difesa legittima e stato di necessità*, Milano, Giuffrè, 1964; F. Mantovani, *Diritto penale*, Padova, Cedam; A. Molari, *Profili dello stato di necessità*, Padova, Cedam, 1964; M. Romano, *Commentario sistematico al codice penale*, Milano, Giuffrè, 2004, p. 532 e ss.; A. Marini, *Lineamenti del sistema penale*, Torino, Giappichelli, 1993, p. 393 e ss.; A. Pagliaro, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2020, p. 440.

39. Cass. sez. II, 15.9.2020, n. 26225.

Inoltre, lo stato di necessità non potrà essere invocato da colui che con il proprio comportamento cosciente e volontario abbia determinato l'insorgere della situazione di pericolo, essendo irrilevante la mancata previsione o la volontà del pericolo stesso. Il pericolo, quindi, *non deve essere stato volontariamente causato dall'agente*. Inoltre, si richiede l'esistenza di una situazione di pericolo attuale di un danno grave alla persona non altrimenti evitabile⁴⁰. In sostanza, i parametri indicati impongono che la condotta offensiva posta in essere dall'agente rappresenti l'unica possibilità concretamente praticabile per mettere al sicuro il bene in pericolo. La costrizione ricorre solo quando il soggetto si trova nell'alternativa di agire o subire un danno grave alla persona; non è ritenuta sufficiente una semplice necessità ma occorre che essa sia tale da non lasciare altra scelta che quella di ledere il diritto di un terzo.

Se si osserva la casistica applicativa dello stato di necessità, si comprende come storicamente l'art. 54 c.p. sia stato confinato a situazioni estreme, nelle quali la *vis compulsiva* subita dal soggetto agente, dovuta a fattori, appunto, del tutto eccezionali, sia tale da far percepire come ingiusta una attribuzione di colpa, latamente intesa, per il fatto commesso. La *ratio* della norma, in ottica di scriminanti, sarebbe quella di assicurare una rinuncia, da parte del legislatore, al giudizio di disvalore penale e alla punizione di simili condotte, in ossequio al principio *ad impossibilia nemo tenetur* – tanto che esempi di scuola arrivano a riscontrarla in ipotesi di vere e proprie lotte per la sopravvivenza, quale quella tra naufraghi in mare per l'ultimo posto nella scialuppa di salvataggio. L'intervento del legislatore non è sulla pena, ma sulla stessa esistenza dell'illecito a determinate condizioni⁴¹.

Esistono, tuttavia, ricostruzioni autorevoli in dottrina che escludono l'appartenenza dell'art. 54 c.p. dalla categoria delle cause di giustificazione e lo inseriscono all'interno delle «scusanti»⁴². In questa ricostruzione il fatto individua il reato nella sua manifestazione esterna; l'antigiuridicità ne rappresenta il momento lesivo e la colpevolezza consente di formulare il giudizio di rimprovero nei confronti dell'autore. Di conseguenza, secondo alcuni autori, le ipotesi normative che escludono la punibilità si dividono nelle cause di giustificazione, che elidono l'antigiuridicità, e nelle scusanti che impediscono di muovere un rimprovero all'agente.

Secondo questa lettura alternativa lo stato di necessità rappresenta una causa di esclusione della colpevolezza fondata sull'inesigibilità di una condotta conforme al precetto.

40. Cass. sez. II, 6.3.2019, n. 21990.

41. F. Palazzo, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, Giappichelli, 2021, p. 401.

42. G. Marinucci, E. Dolcini, G.L. Gatta, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, Giuffrè, 2021; A. Delitala, *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, Cedam, 1930; G.D. Pisapia, *Istituzioni di diritto penale*, Padova, Cedam, 1975; R. Dolce, *Lineamenti di una teoria generale delle scusanti nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1957; F. Viganò, *op. cit.*

In tale ottica, non rientrano nella sfera di applicazione dello stato di necessità quei conflitti risolvibili in base al meccanismo del bilanciamento di interessi. I requisiti della necessità e dell'inevitabilità altrimenti non mutano significativamente nelle due impostazioni. La presenza del pericolo, anche in un'ottica soggettiva, richiede un'oggettiva possibilità di verifica del danno, assumendo particolare rilievo la sua effettiva percezione da parte dell'agente⁴³. Il requisito dell'attualità non si comporta diversamente in questa lettura, ed è anche comune alla legittima difesa, che pacificamente costituisce una scriminante. La richiesta gravità del pericolo minacciato in tale ottica assume rilievo particolare: per non scivolare in un eccessivo ampliamento della gamma di beni tutelabili, è necessario che questi si trovino in stretto collegamento con la situazione di pressione motivazionale, di turbamento motivazionale, in modo da far venir meno un'equa opportunità di agire diversamente⁴⁴. Quanto all'involontaria causazione del pericolo, l'esclusione dell'esimente va limitata alle sole ipotesi di causazione intenzionale della situazione scusante o a quelle nelle quali l'insorgere della situazione sia stata prevista ed accettata dall'agente.

Il territorio delle scusanti, per stesse ammissioni di autorevole autore può rappresentarsi come «una selva oscura e in larga parte ancora inesplorata»,⁴⁵ poiché non è certo l'ancoraggio normativo su cui fondarle. La *ratio* risiederebbe nel concetto di inesigibilità di una condotta differente. Tuttavia, se è vero che non si rinviene nell'ordinamento un principio generale di scusa fondativo dell'inesigibilità, non si esclude che il giudice nell'applicare la legge possa dare alla norma un'interpretazione evolutiva basata su tale principio e costituzionalmente orientata in funzione dell'elemento della colpevolezza.

Al fine di riempire di contenuti il concetto di (in)esigibilità occorre fare riferimento a criteri diversi, quali, ad esempio, «il buon padre di famiglia» o «l'uomo medio». La logica della scusabilità viene rappresentata come un punto di equilibrio del sistema penale, nella relazione tra consociati e ordinamento, in cui assume rilievo l'impossibilità di muovere un rimprovero a causa dell'anormalità delle circostanze in cui si è svolta l'azione. Tali circostanze rendono inesigibile dall'imputato una condotta conforme alla norma penale e diversa da quella concretamente tenuta. A fondamento del giudizio di scusabilità si deve basare una necessaria valutazione soggettiva dell'imputato – a differenza della valutazione oggettiva spettante al giudice nel caso di operatività di cause di giustificazione – che porta ad esaminare la motivazione che spinge all'azione e il turbamento psichico o il particolare bilanciamento che ne consegue. Uno dei problemi di fondo di siffatta lettura risiede proprio nel fatto che in casi di eccezionali anomalie non ci sono massime di esperienza per prevedere

43. F. Viganò, *op. cit.*, p. 581.

44. *Ivi*, p. 586.

45. *Ivi*, p. 591.

il comportamento dell'ipotetico uomo-medio, con la conseguenza dell'affidamento all'intuizione del giudice, con possibili eccessi, difetti o valutazioni variabili.

Altra categoria in grado di influenzare la applicabilità in concreto della pena è quella delle cause di non punibilità, aventi natura e funzione ben diverse sia dalle cause di giustificazione che dalle scusanti.

Anche l'argomento delle cause di non punibilità è un tema dibattuto e sempre più attuale nel campo della teoria generale del reato⁴⁶.

Non è agevole identificare le cause di non punibilità e distinguerle da istituti variegati e confinanti⁴⁷, quali sono ad esempio le scriminanti o le scusanti di cui si è detto. Le norme incidenti sulla mera punibilità di un illecito colpevole rispondono a logiche variegata che si riflettono poi sulla non meritevolezza della sanzione, in considerazione delle motivazioni sottese alla condotta esente da pena. Ragioni, dunque, di opportunità occasionale della punizione, che non identificano una condizione stabile e oggettiva della condotta, ma che richiedono il riscontro di qualità personali del reo (o del soggetto passivo) o caratteristiche situazionali del contesto. Le ragioni possono essere politico-criminali in senso stretto (es. desistenza volontaria alla commissione del delitto, art. 56 c.p.), ragioni politiche di clemenza (es. amnistia, art. 151 c.p.), ragioni di politica internazionale (per non turbare i rapporti tra Stati non vengono puniti i capi di Stato esteri), ragioni di salvaguardia dell'unità della famiglia (non si punisce la gran parte dei delitti contro il patrimonio commessi ai danni di una ristretta cerchia di familiari).

Anche le cause di non punibilità, come le scusanti, non godono di una norma generale ad hoc che ne identifichi i connotati ma, a differenza dalle scusanti, il loro riconoscimento codicistico è a contrario, poiché l'art. 44 c.p. prevede le condizioni obiettive di punibilità, al mancato verificarsi delle quali, un fatto di reato antiggiuridico e colpevole non viene punito. Esempio classico (ma molto dibattuto, tra giurisprudenza e dottrina) quello della sentenza di fallimento, quale condizione obiettiva di punibilità del reato di bancarotta, già consumato ma non punibile fino all'intervento della declaratoria di fallimento. Anche in questo caso la ratio risiede nelle ragioni di politica criminale che suggeriscono di non punire un fatto reato in assenza del verificarsi di una condizione oggettiva prevista dalla legge. Al contrario, nelle

46. M. Romano, *Cause di giustificazione, cause scusanti, cause di non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990. G.D. Pisapia, *Fondamento e limiti delle cause di esclusione della pena*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1952, p. 5 ss.; v. anche D. Santamaria, *Lineamenti di una dottrina delle esimenti*, cit., p. 126 ss.; A. Astrologo, *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bologna, Bononia University Press, 2010; L. Stortoni, *Premessa ad uno studio sulla punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985; *Profili costituzionali della non punibilità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984; F. Bricola, *La discrezionalità nel diritto penale*, Milano, Giuffrè, 1965; F. Bricola, *Punibilità (condizioni obiettive di)*, in *Nov. dig. it.*, XIV, Torino, Utet, 1967, pp. 588-607; G. Vassalli, *Cause di non punibilità*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1960, p. 609 ss.

47. F. Bellagamba, *I problematici confini della categoria delle scriminanti*, Milano, Giuffrè, 2007.

cause di non punibilità le ragioni di politica criminale oggettivizzate nella norma inducono il legislatore a non punire il reo per un fatto reato perfezionato.

La scelta della collocazione dogmatica non è un esercizio di stile; basti l'esempio dell'art. 119 c.p. secondo cui «*le circostanze soggettive che escludono la pena per taluno di coloro che sono concorsi nel reato hanno effetto soltanto riguardo alla persona a cui si riferiscono*» e non si estendono ai concorrenti nel reato, come accade invece per le cause di giustificazione ai sensi dell'art. 119, comma 2 c.p.

La tematica dottrinale è vasta ed impegnativa. Si può parlare di «non punibilità» facendo indifferentemente riferimento sia alle cause di non punibilità in senso stretto, sia alle cause di estinzione della punibilità. Le cause di non punibilità in senso stretto possono essere concomitanti o successive al reato, personali od oggettive. In ogni caso, esse sembrano generalmente rispondere ad un interesse opposto a quello della repressione penale, ritenuto prevalente dal legislatore in via eccezionale. Il loro fondamento non può essere l'arbitrio o una valutazione discrezionale; ogni norma di non punibilità deve avere un fondamento sostanziale, rinvenibile nella mancanza d'interesse alla repressione penale o nella presenza di un interesse antitetico, che costituisca la motivazione alla scelta legislativa di derogare al principio della tutela della società dai reati. Ad esempio, il solo interesse alla deflazione del sistema penale non può rispondere ai requisiti di costituzionalità⁴⁸.

Pertanto, al fine di evitare fraintendimenti ed equivoci, è bene affermare che il fatto che le cause di non punibilità fondano la propria *ratio* in motivazioni di convenienza di politica criminale non equivale ad asserire la loro estraneità alle esigenze di certezza giuridica che fanno capo alla legge penale ed alla costituzione. Anche esse sono soggette al principio di legalità, vista la loro natura eccezionale e la portata limitativa dell'efficacia normativa di una disposizione incriminatrice.

Il ragionamento si snoda su due binari paralleli: quello della certezza del diritto e quello delle scelte di politica criminale, due differenti aspetti che necessariamente devono restare distinti e che, proprio in relazione alle cause di non punibilità, esprimono l'importanza di un esatto inquadramento del problema. Nel 1797 Kant sosteneva la necessità di una distinzione tra la «giustizia penale» e la «prudenza penale»⁴⁹. Nella prima il fondamento della penalità è morale ed assoluto. La giustizia penale calibra le sanzioni secondo necessità e secondo il principio generale del diritto, la prudenza penale, invece, secondo criteri di opportunità, valutando in base all'esperienza quali siano i mezzi più efficaci per la repressione degli illeciti. Giustizia penale e prudenza penale possono coincidere ma, in caso contrario, non si può giungere sino ad avallare le indicazioni della prudenza penale anche al costo di incidere

48. F. Palazzo, *La non punibilità: una buona carta da giocare oculatamente*, in *Sistema penale*, 2019, <https://www.sistemapenale.it/it/opinioni/palazzo-la-non-punibilita-buona-carta-da-giocare-oculatamente>.

49. I. Kant, *La metafisica dei costumi*, 1797.

radicalmente sulla giustizia penale. Le scelte di opportunità di politica criminale non possono creare una frattura con i principi costituzionali. Esse devono essere coerenti con i valori costituzionali e idonee alla tutela dello stesso valore verso il quale la previsione della causa di non punibilità è diretta⁵⁰. La potestà punitiva dello Stato, a determinate condizioni, può esprimersi anche nella rinuncia alla persecuzione e alla pena. Pertanto, utilizzando la non punibilità come strumento di politica criminale, il legislatore non sta rinunciando alla propria potestà punitiva, ma la sta esercitando conformemente alla Costituzione e alle funzioni proprie del diritto penale⁵¹.

7. Riflessioni sparse sulla soluzione italiana: *status quo* o intervento normativo?

Alla luce di queste riflessioni minime, torniamo al punto. È possibile garantire piena applicazione al principio di non punibilità delle vittime di tratta chiamando in gioco solo l'art. 54 c.p., quale che sia la collocazione dogmatica ad esso riservata? Qual è il modo migliore per garantire pieno rispetto della *ratio* sottesa all'art. 26 della Convenzione di Varsavia e all'art. 8 della dir. 2011/36?

La possibilità di affidarsi alle scriminanti o a ipotesi speciali di non punibilità è riconosciuta dal GRETA nel suo secondo rapporto sull'implementazione della Convenzione di Varsavia da parte dell'Italia. Tuttavia, si precisa che è stato più volte segnalato in ambito nazionale che quando lo sfruttamento non è (processualmente) provato, le vittime di tratta di esseri umani vengono condannate per reati vari (reati contro il patrimonio, stupefacenti, etc.). Inoltre, secondo quanto riportato dal GRETA, la clausola di non punibilità spesso non viene applicata per reati in materia di ingresso o permanenza irregolari nel territorio dello Stato, tipicamente connessi alla condizione della vittima di tratta.

Occorre domandarsi se l'ordinamento nazionale contenga dei presidi normativi in grado di evitare che le vittime di tratta vengano perseguite e/o punite per i reati commessi come conseguenza diretta della loro condizione. In teoria ci sarebbero nel codice di procedura penale alcune clausole di sicurezza che potrebbero essere serventi, nella fase delle indagini, rispetto all'applicazione delle scriminanti (o esimenti) in ossequio al principio di non punibilità. Ad esempio, sotto il profilo della possibile applicazione di misure cautelari nei confronti dell'indagato (quindi, in termini repressivi, qualcosa di più intenso della mera sottoposizione ad indagine o a processo - *prosecution*) l'art. 385 c.p.p. dispone: «L'arresto o il fermo non è consentito quando, tenuto conto delle circostanze del fatto, appare che questo è stato compiuto nell'adempimento di un dovere o nell'esercizio di una facoltà legittima ovvero in presenza di una causa di non punibilità». Per comprendere come questa previsione

50. L. Stortoni, *Profili costituzionali della non punibilità*, cit.

51. P. Caroli, *Non punibilità e indirizzo politico-criminale*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 3.2020.

potrebbe costituire un valido filtro al rischio di privare della libertà le potenziali vittime di tratta, si possono richiamare recenti casi di cronaca, anche se relativi a due cause di giustificazione diverse dallo stato di necessità. Il più appropriato è relativo al rimorchiatore *Vos Thalassa*, all'interno del quale due migranti, una volta soccorsi in mare, accortisi dell'intenzione di riportarli in Libia, tentarono di costringere l'equipaggio a cambiare la rotta, opponendosi così al respingimento in atto. La Corte di cassazione con sentenza del 16.12.2021, n. 19708 ha riformato la pronuncia emessa in appello⁵² ed ha stabilito che «è scriminata la condotta di resistenza a pubblico ufficiale da parte del migrante che, soccorso in alto mare, facendo valere il diritto al non respingimento verso un luogo non sicuro, si opponga alla riconsegna allo Stato libico». Nel bilanciamento di interessi costituzionalmente tutelati, l'esigenza del migrante di salvaguardare il proprio diritto fondamentale al *non refoulement* verso uno Stato non sicuro scrimina la condotta di resistenza a pubblico ufficiale, a condizione della sussistenza di tutti i parametri applicativi dell'art. 52 c.p. Nel caso di specie viene in gioco l'operatività della diversa causa di giustificazione della legittima difesa ma, per quanto qui interessa, se si accede alla catalogazione dogmatica dello stato di necessità quale scriminante, il meccanismo del bilanciamento di interessi opererebbe in modo identico.

Non vi sarebbero ragioni di politica criminale a motivare una scelta di non punire, bensì un bilanciamento di diritti e interessi in conflitto, con giudizio di prevalenza che renderebbe lecito il fatto astrattamente previsto dalla norma come reato.

Analogo meccanismo ha riguardato altra pronuncia della Corte di cassazione, chiamata ad esprimersi sulla legittimità dell'arresto della capitana della nave *Sea Watch 3*, eseguito dopo che la stessa, carica di migranti, aveva fatto ingresso nel porto di Lampedusa nonostante il blocco navale imposto dalle autorità italiane (Cass. sez. III, 20.2.2020, n. 6626). In questo caso si è dibattuto dell'esigenza di adempiere al dovere di condurre i migranti salvati in mare in un porto sicuro, anche se lo stato di necessità avrebbe potuto essere parimenti invocato. Scrive la Corte: «in tema di circostanze ostative all'arresto in flagranza, rappresentate dalla causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere o dell'esercizio di una facoltà legittima, e da una causa di non punibilità, non è richiesto che le stesse sussistano con evidenza, potendo essere anche solo verosimilmente esistenti». Infatti, continua, «muovendo, in primo luogo, dall'interpretazione dell'art. 385 c.p.p., ritiene, il Collegio che, come anche affermato da autorevole dottrina, non sia richiesto che la sussistenza della causa di giustificazione dell'adempimento di un dovere o dell'esercizio di

52. Per una disamina critica della sentenza della Corte di appello di Palermo, 3.3.2020 (dep. 24.6.2020), n. 1525, si veda L. Masera, *I migranti che si oppongono al rimpatrio in Libia non possono invocare la legittima difesa: una decisione che mette in discussione il diritto al non refoulement*, in *Sistema penale*, 21.2.2020, <https://sistemapenale.it/it/scheda/masera-appello-palermo-vos-thalassa-migranti-rimpatrio-libia-legittima-difesa?out=print>.

una facoltà legittima o della causa di non punibilità “appaia evidente”, ma che sia “verosimilmente esistente”. Non si richiede, in altri termini, che la causa di giustificazione o di non punibilità sia “evidente”, così interpretando la locuzione “appaia” dell’art. 385 c.p.p., ma che essa sia ragionevolmente/verosimilmente esistente sulla scorta delle circostanze di fatto conosciute o conoscibili con l’ordinaria diligenza». Si può utilizzare questa decisione per immaginare che una vittima di tratta, imbarcata unitamente ad altri migranti e sottoposta a condizioni di violenza o minaccia, sia anche costretta a guidare l’imbarcazione almeno fino al punto di essere avvistata e posta in salvo da una nave in acque internazionali. Una volta giunta sulla terraferma, il suo arresto per l’art. 12 d.lgs. 286 del 1998 (in quanto ritenuta scafista) sarebbe impedito ove appaiano riconoscibili *ex ante* le condizioni di vittima di tratta o la sua sottoposizione a violenza e costrizione⁵³.

Alla luce dell’art. 13, comma 3 della Costituzione – «secondo cui la restrizione della libertà deve essere adottata da un giudice con provvedimento motivato, potendo intervenire la polizia giudiziaria solo in casi tassativamente previsti dalla legge e con riserva di giurisdizione, essendo, il provvedimento restrittivo della libertà personale destinato a perdere efficacia se non sostituito da quello adottato dal giudice» – il carattere eccezionale delle limitazioni interinali della libertà personale induce ad assicurare la massima estensione applicativa all’art. 385 c.p.p. e, pertanto, tale norma vieterebbe nella generalità delle ipotesi il ricorso alla pre-cautela rappresentata dall’arresto non solo quando una scriminante/esimente appaia chiaramente esistente, ma anche qualora il fatto risulti verosimilmente compiuto in presenza di una causa che ne esclude l’antigiuridicità o la punibilità.

Il riferimento ad un criterio di verosimiglianza consente, pertanto, di rimandare ad un contesto in cui la causa di non punibilità viene percepita da chi entra in contatto con l’autore, in termini anche solo ipotetici, ma pur sempre all’esito di una valutazione assistita dai crismi della ragionevolezza.

Questo ragionamento sembrerebbe supportare astrattamente la tesi della idoneità della esimente dell’art. 54 c.p. a garantire l’applicazione del principio di non punibilità delle vittime di tratta. Tuttavia, va considerato che, in entrambe i casi esposti, i diritti contrapposti erano riferiti al principio umanitario del *non refoulement* e non ai diritti di protezione di vittime di tratta. Inoltre, la condizione invisibile e sommersa delle vittime di

53. Per un’analisi più approfondita, anche sulla distinzione tra soccorso di necessità e stato di necessità determinato dall’altrui minaccia, C. Ruggiero, *Dalla criminalizzazione alla giustificazione delle attività di ricerca e soccorso in mare. Le tendenze interpretative più recenti alla luce dei casi Vos Thalassa e Rackete*, in questa *Rivista*, n. 1.2020.

tratta non gode mai della visibilità, anche mediatica, di situazioni quali quelle della *Sea Watch 3* o della *Vos Thalassa*⁵⁴.

Infatti, la condizione di vittima di tratta non si palesa quasi mai nell'immediatezza, tanto da impedire un eventuale arresto per reati commessi dalla vittima medesima.

Accanto a questa norma procedurale diretta alla polizia giudiziaria, analoga norma pone obblighi processuali e deontologici in capo al pubblico ministero. Nell'art. 358 c.p.p. è sancito che «il pubblico ministero compie ogni attività necessaria ai fini indicati nell'articolo 326 e svolge altresì accertamenti su fatti e circostanze a favore della persona sottoposta alle indagini».

Dunque, sembrerebbe che la vittima di tratta possa essere al sicuro, visto che il pubblico ministero sarebbe tenuto a svolgere accertamenti per verificare la sussistenza di fatti e circostanze da cui desumere l'eventuale non punibilità della medesima.

In realtà, le cose non stanno esattamente così, poiché se il pubblico ministero non svolge questa attività ad ampio spettro, nessuna sanzione processuale è prevista dall'ordinamento. La Corte costituzionale lo ha chiarito da tempo. Con l'ordinanza 11.4.1997 n. 96, la Corte ha affermato che «nella logica dell'attuale processo penale, l'obbligo del pubblico ministero di svolgere indagini anche a favore della persona sottoposta ad indagini non mira né a realizzare il principio di eguaglianza tra accusa e difesa, né a dare attuazione al diritto di difesa, ma si innesta sulla natura di parte pubblica dell'organo dell'accusa e sui compiti che il pubblico ministero è chiamato ad assolvere nell'ambito delle determinazioni che, a norma del combinato disposto degli artt. 358 e 326 cod. proc. pen., deve assumere in ordine all'esercizio dell'azione penale». Sostanzialmente i giudici costituzionali hanno precisato che il compimento di indagini anche a favore della persona indagata servirebbe unicamente ad «evitare l'instaurazione di un processo superfluo». Anche se frattanto è intervenuto il principio costituzionale del giusto processo (art. 113 Cost.) e anche se la dottrina ha sottolineato il dovere connesso a tale attività, la Corte di cassazione ha ribadito che tale obbligo non è «presidiato da alcuna sanzione processuale» (Cass. sez. II, 4.3.2013 n. 10061) ed «il mancato svolgimento non determina nullità» (cfr. Cass. sez. III, 24.9.2010, n. 34615).

Questi presidi normativi, diversi tra loro, non sono sufficienti a costituire un canale di sicura applicazione dell'art. 54 c.p. Quanto all'art. 385 c.p.p., le condizioni, anche potenziali e verosimili, che facciano emergere una possibile situazione di tratta in capo all'autore di un fatto illecito suscettibile di arresto, è molto raro che si palesino in termini così ristretti, ad

54. «Il giudice è tenuto soltanto a valutare la sussistenza degli elementi che hanno legittimato l'adozione della misura con una verifica "ex ante", dovendo tenere conto della situazione conosciuta dalla polizia giudiziaria ovvero da quest'ultima conoscibile con l'ordinaria diligenza al momento dell'arresto o del fermo, e con esclusione delle indagini o delle informazioni acquisite successivamente».

eccezione di quei casi – ormai in via di esaurimento – ad es. di giovani donne nigeriane che hanno attraversato il Mediterraneo o di altre ipotesi particolari. Inoltre, quanto all’art. 358 c.p.p., esso viene applicato in termini alquanto “passivi” dal magistrato requirente, anche perché, in assenza di indicatori di tratta o di analoghe situazioni di violenza o sfruttamento, le dinamiche investigative sono orientate verso il reato commesso (e non verso quello ipotetico e invisibile che ne è causa).

A ciò si aggiunge la necessità di una approfondita formazione e specializzazione a favore di coloro che si imbattono in un autore di reati, potenziale vittima di tratta. In assenza di questo presupposto, lo stato di necessità rischia di non essere sufficiente. In qualche caso si è registrata la corretta applicazione dell’art. 54 c.p. a tutela delle vittime di tratta⁵⁵, ma affidare la non punibilità delle vittime di tratta alla legislazione esistente rischia di non essere una scelta di garanzia⁵⁶.

I termini dell’art. 54 c.p. sono stretti e di difficile dimostrazione; inoltre, sotto il profilo dei principi generali del diritto penale, non parrebbe ragionevole escludere *tout court* l’antigiuridicità del fatto commesso dalla vittima di tratta, seppur in conseguenza diretta della sua condizione. La detenzione di sostanze stupefacenti, furti e borseggi, il concorso nel reato di riciclaggio e le tante altre fattispecie di reato che ricorrono nelle condotte delle vittime di tratta, in quanto costrette da singoli trafficanti o da organizzazioni criminali⁵⁷, non possono essere automaticamente scriminate e divenire lecite. Il necessario bilanciamento di interessi contrapposti e tutelati dalle norme incriminatrici, che presiede all’applicazione delle cause di giustificazione e che deve essere ragionevole per essere costituzionalmente coerente, non suggerisce di optare in via generale per questa soluzione. Pertanto, ove il legislatore realizzasse che lo *status quo* abbia finora determinato una insufficiente applicazione del principio di punibilità di cui all’art. 26 della Convenzione Coe

55. Cass. sez. III, 16.7.2015, n. 40270: «È configurabile la causa di giustificazione dello stato di necessità (art. 54 cod. pen.) nei confronti di soggetto straniero, ridotto in condizione di schiavitù e obbligato a prostituirsi, il quale sia costretto a commettere il reato di atti osceni in luogo pubblico per il timore che, in caso di disobbedienza, possa essere esposta a pericolo la vita o l’incolumità fisica dei suoi familiari». (In motivazione, la Corte ha osservato che la condizione di «asservimento», collegata a ripetute condotte di costrizione mediante violenza e minaccia ed al permanere dello sfruttamento nei suoi confronti, impedisce al soggetto di sottrarsi all’esercizio della prostituzione con le modalità, anche pubblicamente oscene, imposte dagli sfruttatori o dal cliente occasionale, precludendogli altresì di rivolgersi alle forze dell’ordine o anche solo di collaborare all’attività di polizia), con nota di A. Ievolella, in *Diritto & Giustizia*, 36.2015, p. 8.

56. Si veda anche Cass. sez. III, 15.2.2012, n. 19225, secondo cui «è configurabile la causa di giustificazione dello stato di necessità (art. 54 c.p.) nei confronti di una donna straniera, ridotta in condizione di schiavitù e costretta a prostituirsi, la quale sia stata indotta a commettere i reati previsti dagli art. 495 e 496 c.p. per il timore che, in caso di disobbedienza, potesse essere esposta a pericolo la vita o l’incolumità fisica dei suoi familiari».

57. Negli ultimi anni le organizzazioni criminali hanno anche assunto a più riprese i crismi dell’art. 416-bis c.p. e le vittime sono state utilizzate sempre più spesso per i fini eterogenei delle organizzazioni mafiose. Inoltre, i profili delle vittime sono mutati, anche in forza dei numerosi casi di sfruttamento lavorativo negli ambiti produttivi più disparati.

e dell'art. 8 della dir. 2011/36 e si determinasse ad introdurre una nuova previsione, potrebbe non essere logico affidarsi allo schema delle cause di giustificazione, che – al termine del percorso interpretativo del giudice – rendono lecita, l'azione della vittima. Ciò nonostante, la giurisprudenza ha necessariamente fondato sull'art. 54 c.p., intesa come causa di giustificazione, le poche pronunce applicative del principio di non punibilità⁵⁸. D'altro canto, però, le raccomandazioni normative sovranazionali suggeriscono l'introduzione di rimedi volti ad escludere a carico delle vittime non soltanto le sanzioni penali, ma ogni intervento punitivo anche in ambiti diversi (civile o amministrativo) il che sarebbe tipica conseguenza delle cause di giustificazione.

In aggiunta a queste considerazioni si deve, altresì, considerare che la condizione di vittima di tratta può emergere in contesti del tutto diversi da quelli penalistici. L'indagine preliminare o il processo possono non essere le sole sedi in cui l'emersione della tratta avviene. Le caratteristiche peculiari delle vittime di tratta, il loro palesarsi anche al di fuori del percorso giudiziario, nel corso di interventi assistenziali dei servizi sociali degli enti locali *ex art. 18, d.lgs. 286/1998*. Negli ultimi anni, inoltre, l'identificazione delle vittime di tratta si è spostata in modo significativo nella sede del procedimento per il riconoscimento della protezione internazionale, dinanzi alle relative Commissioni. In questo ambito le prassi ed i procedimenti si sono affinate nel tempo e si è sviluppato un insieme di raccomandazioni a percorrere soluzioni condivise e a favorire il raccordo istituzionale, soprattutto nella fase dell'emersione della vittima, durante i momenti della identificazione preliminare e formale⁵⁹. Non si intende in questa sede entrare nei dettagli, talvolta sovrapponibili, della doppia forma di protezione riservata alle vittime di tratta⁶⁰; tuttavia, la "certificazione" della condizione di fatto che potrebbe incidere sulla punibilità per il reato commesso dalla vittima di tratta ben può avvenire al di fuori della cognizione di un pubblico ministero o di un giudice penale. Ciò non di meno, se anche il sistema della protezione internazionale venisse a pieno titolo considerato parte integrante di un sistema nazionale di *referral*, orientato alla precoce identificazione delle vittime di tratta ed alla loro pronta assistenza e protezione, allora si

58. Secondo Cass. n. 40270/2015, cit.: «va affermato il principio che il corretto accertamento della liceità oggettiva del comportamento posto in essere in una situazione riconducibile allo stato di necessità presuppone, innanzitutto, la verifica processuale durante il giudizio di merito che, nel caso concreto, sia stato tutelato un interesse giuridico di natura prevalente rispetto a quello oggetto di tutela mediante la fattispecie incriminatrice violata. Inoltre, deve essere del pari accertata l'involontarietà ed inevitabilità del pericolo e la sua attualità al momento del fatto e, di conseguenza, il grado di compressione della libertà di autodeterminazione in capo all'autore del fatto. Infatti, se pure non è necessario che risulti realizzata una vera e propria costrizione della volontà, la dottrina ha opportunamente sottolineato come l'alternativa tra offendere od essere offeso debba essere vissuta in termini autenticamente personali».

59. UNHCR, *L'identificazione delle vittime di tratta tra i richiedenti protezione internazionale e procedure di referral. Linee Guida per le Commissioni Territoriali per il riconoscimento della protezione internazionale*, edizione aggiornata, 2021.

60. E. Santoro, *Asilo e tratta: il tango delle protezioni*, in *Questione Giustizia*, 2.2018.

potrebbe dire che la vittima possa essere pienamente e ragionevolmente identificata, sulla falsariga di quanto avviene ad opera della *single competent authority* del Regno Unito. Ne conseguirebbe ogni logica deduzione circa la necessità di valorizzare dinanzi al pubblico ministero e/o al giudice quel dato acquisito altrove, e di utilizzarlo come prova proprio nell'ambito del processo penale che vedesse imputata quella vittima di tratta per i reati commessi quale conseguenza diretta della condizione di soggetto trafficato.

Senza identificazione delle vittime di tratta, non c'è applicazione del principio di non punibilità per i reati da loro commessi come conseguenza diretta della loro condizione. È una constatazione banale, ma cruciale. Sulla falsariga delle linee guida UNHCR, sono intervenute linee guida in materia di sfruttamento lavorativo in agricoltura⁶¹, promosse dal Ministero del lavoro. Le seconde ricalcano la logica e i meccanismi operativi delle prime, ampliando i casi di possibile identificazione delle vittime di sfruttamento lavorativo (definizione parzialmente coincidente con l'ambito empirico della tratta) e creando un meccanismo nazionale di *referral* distinto, sovrapponibile e poco coordinato con quello esistente in ambito di tratta di esseri umani, avente invece come meccanismo equivalente il dipartimento per le pari opportunità e come perno normativo l'art. 18 del d.lgs. 286/1998.

La presa d'atto della complessità dei fenomeni, degli sforzi istituzionali per aumentare il livello di identificazione delle vittime di tratta, indurrebbe a ritenere debole la scelta di continuare ad affidarsi ad una scriminante generale e potrebbe suggerire l'introduzione di una specifica previsione di legge.

Una siffatta innovazione dovrebbe essere espressione di una scelta di politica criminale tesa ad evitare sanzioni per le vittime di tratta vulnerabili, dunque private della possibilità di una scelta alternativa ed accettabile, che abbiano commesso reati (e/o violazioni amministrative) in conseguenza diretta dell'abuso della loro condizione di vulnerabilità, purché tali illeciti siano proporzionali all'abuso subito. La scelta di protezione delle vittime di tratta si estenderebbe alla scelta di esentarle dalla pena per un fatto che resterebbe illecito, permanendo il suo disvalore. La determinazione di precisi limiti e confini per l'operatività della causa di non punibilità, come scelta di politica criminale (o della scusante, per la condotta insuscettibile di rimprovero per inesigibilità) sarebbe requisito necessario a garanzia di tenuta costituzionale nell'ambito del sistema penale. Quale che sia la scelta del legislatore, resta fermo che, specialmente in materie complesse e multidisciplinari, la formazione specifica anche dei magistrati è presupposto indefettibile per il raggiungimento degli scopi che le norme si prefiggono.

61. Cfr. Linee-Guida nazionali in materia di identificazione, protezione e assistenza alle vittime di sfruttamento lavorativo in agricoltura, emanate nell'ambito del piano triennale di contrasto allo sfruttamento lavorativo in agricoltura e al caporalato (2020-2022), <https://www.lavoro.gov.it/priorita/Pagine/Linee-Guida-su-identificazione-protezione-assistenza-delle-vittime-di-sfruttamento-lavorativo-in-agricoltura.aspx>.

8. Conclusioni

Le forti criticità rilevabili in materia di identificazione delle vittime di tratta si riflettono inevitabilmente in modo negativo sulla loro protezione. Ciò è valevole per le vittime di tratta maggiorenni e lo è ancora di più per le vittime minorenni.

Il sistema di protezione dei minori in Italia è certamente avanzato e la giustizia minorile, con gli organismi di supporto dei servizi sociali minorili, rappresenta un esempio di tutele. Ciò nonostante, l'identificazione dei minori che commettono reati quali vittime di tratta, in tempo utile per sottrarli alle indagini o al processo penale, è un passaggio molto spesso dimenticato.

La pronta identificazione come vittime dei minori stranieri non accompagnati e dei giovani adulti è fondamentale, a partire dalla prima accoglienza, per creare fiducia e inquadrare le future interazioni dei minori con la società. Dal punto di vista normativo, la legge n. 47 del 2017 offre un approccio globale per affrontare le esigenze dei minori non accompagnati. Il sistema della giustizia minorile garantisce strumenti efficaci di fuoriuscita dal circuito penale nell'ottica della riparazione e della rieducazione, ma manca un'adeguata formazione degli operatori del settore, mirata all'identificazione dei minori come vittime di tratta e come tali costretti a compiere attività criminali. Le attenzioni sono state finora concentrate su determinati modelli di vittime, tra cui le donne nigeriane vittime di sfruttamento sessuale, ma gli sforzi dovrebbero essere rivolti a meccanismi generali applicabili alle diverse tipologie di vittime e ai diversi ambiti di sfruttamento.

Inoltre, troppo spesso si dimentica di approfondire sforzi tesi all'identificazione nei confronti di coloro che hanno già affrontato la fase giudiziaria e magari sono stati anche condannati con sentenze, definitive e non. Le carceri per maggiorenni o gli istituti penali per minorenni, le comunità di accoglienza sono luoghi dove deve essere ancora possibile identificare le vittime di tratta. Anche nella fase esecutiva della pena si dovrebbe garantire, il riconoscimento del principio di non punibilità, attivando tutti i rimedi difensivi nelle fasi del giudizio in cui le potenziali vittime sono imputate, fino all'invocazione – in ultima istanza – dell'istituto di cui all'art. 630 c.p.p., che ben potrebbe attagliarsi al caso in cui sia divenuto possibile fornire nuove prove che una persona, condannata con sentenza passata in giudicato per un reato, sia stata vittima di tratta ed abbia agito in conseguenza diretta di ciò.

Per quanto detto sopra e per queste ultime considerazioni è evidente come l'introduzione di una specifica causa di non punibilità potrebbe contribuire a formare un corredo normativo integrato. Una nuova causa di non punibilità (un ipotetico art. 602-*quinquies* del codice penale) potrebbe anche avere una funzione ulteriore rispetto a quella strettamente penale. Sarebbe innegabile la portata culturale e formativa che un siffatto strumento potrebbe esercitare, nei confronti di tutti gli operatori, istituzionali e privati, coinvolti nel sistema nazionale di *referral*. Questa esigenza è sentita, soprattutto in un contesto nazionale in cui

manca un coordinamento centrale unitario, difetta la programmazione e gli interventi si sovrappongono.

Tuttavia, sarebbe un errore banale attribuire ad un siffatto strumento un ruolo taumaturgico.

Le drammatiche dimensioni del fenomeno della tratta e dei molteplici ambiti di sfruttamento richiedono strategie complessive multilivello, coordinate e integrate.

È necessario che i governi nazionali prendano atto dei mutamenti del fenomeno tratta, della complessità delle risposte, della necessità di organizzare reti interconnesse, del cambiamento delle modalità di sfruttamento, dell'eventualità di aggiornare i sistemi di studio e monitoraggio, delle rapide trasformazioni che impongono altrettanto rapidi adeguamenti degli strumenti normativi. Esempi drammatici di queste evoluzioni improvvise sono evidenti. Si pensava che l'emergenza del terzo millennio fossero le migrazioni attraverso le rotte del Mediterraneo (notevolmente attenuate negli ultimi anni) e invece, la crisi ucraina ha comportato il trasferimento di centinaia di migliaia di persone vulnerabili (principalmente donne e minori) come tali a rischio di tratta e sfruttamento, principalmente sessuale, lavorativo e nelle attività criminali forzate. Il conflitto in corso, per le implicazioni connesse rischia di scatenare una crisi alimentare che comporterebbe nuove ed intense migrazioni. Tutto ciò interviene in un contesto in cui le vulnerabilità diffuse sono già state acuite dalla pandemia da Covid-19 ancora in atto e le persone vengono spinte verso soglie di sfruttamento estreme, ormai divenute anche strutturali, come per il caso dello sfruttamento lavorativo.

Le sfide sono improbe e richiedono un cambio di passo. Tuttavia, non sembra che l'ampiezza di visione che sarebbe necessaria sia attualmente presente. Sempre con riguardo alla non punibilità delle vittime (argomento che si intreccia con la loro identificazione) nella strategia europea per il periodo 2021-2025⁶² ci si limita a dire che la Commissione invita gli Stati membri «a creare contesti sicuri nei quali le vittime possano denunciare i loro reati senza il timore di essere perseguite per atti che sono state costrette a commettere dai trafficanti e senza il timore di essere esposte a vittimizzazione secondaria, intimidazione o ritorsione nel contesto di procedimenti penali».

In conclusione, il richiamo all'auspicio di un'effettiva applicazione del principio di non punibilità dovrebbe essere contenuto anche nell'atteso nuovo piano nazionale anti-tratta. L'aspettativa è che il meccanismo equivalente italiano (*ex art. 19 della dir. 2011/36/EU e art. 7 del d.lgs. n. 24 del 2014*) possa avere un ruolo maggiormente propositivo e propulsivo, in termini di sollecitazione all'introduzione di nuovi strumenti e di adeguata programmazione di interventi, concreti ed attuabili. Un forte coordinamento centrale delle

62. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021DC0171&from=NL>.

politiche di azione contro la tratta e lo sfruttamento, unito a nuove dinamiche di azione, può svolgere anche un ruolo di impulso nei confronti del legislatore, affinché adegui il bagaglio degli strumenti normativi alle esigenze di tutela dei diritti e contrasto al fenomeno criminale.