



Università
Ca' Foscari
Venezia

Corso di Dottorato di ricerca
in Diritto, mercato e persona
ciclo 31°

Tesi di Ricerca

La lotta internazionale alla tratta di esseri umani

SSD: IUS/13

Coordinatore del Dottorato

ch.ma prof.ssa Carmela Camardi

Supervisore

ch.mo prof. Fabrizio Marrella

Dottorando

Francesco Colò

Matricola 956236

Indice

Parte prima: La definizione di tratta di esseri umani nel diritto internazionale universale, regionale e nel diritto interno

CAPITOLO I

LA DEFINIZIONE DI TRATTA DI ESSERI UMANI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE UNIVERSALE

1. La Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche del 1904 Pag. 3
2. La Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche e il Protocollo finale del 1910 Pag. 7
3. Il Protocollo di emendamento della Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche, firmata a Parigi il 18 maggio 1904, e della Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche, firmata a Parigi il 4 maggio 1910 Pag. 13
4. Considerazioni sul rapporto tra la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche del 1904 e la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche e Protocollo finale del 1910 Pag. 16
5. La Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli del 1921 Pag. 17
6. Considerazioni sul rapporto tra la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche del 1904, la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche e Protocollo finale del 1910 e la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli del 1921 Pag. 22
7. La Convenzione concernente la repressione della tratta delle donne maggiorenni del 1933 Pag. 25
8. Il Protocollo firmato a Lake Success, New York, il 12 Novembre 1947, di emendamento della Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli, conclusa a Ginevra il 30 settembre 1921, e della Convenzione concernente la repressione della tratta delle donne maggiorenni, conclusa a Ginevra l'11 ottobre 1933 Pag. 31

9. La Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione del 1949	Pag. 32
10. La Convenzione concernente la schiavitù del 1926 e la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù del 1956	Pag. 45
10.1 La condotta di reato	Pag. 47
10.2 Il presupposto della condotta e il dolo specifico di reato	Pag. 47
10.3 La definizione internazionale di schiavitù	Pag. 48
10.4 L'integrazione del reato di tratta delineato dalla Convenzione del 1949 e la riduzione in schiavitù della vittima: un effetto <i>ipso iure</i> , una mera eventualità o una conseguenza giuridicamente impossibile?	Pag. 61
10.5 La schiavitù sessuale	Pag. 62
10.6 La prostituzione forzata	Pag. 65
10.7 Tratta di esseri umani finalizzata allo sfruttamento della prostituzione, sfruttamento della prostituzione, schiavitù sessuale e prostituzione forzata	Pag. 67
10.8 Tratta di esseri umani finalizzata allo sfruttamento della prostituzione, sfruttamento della prostituzione e schiavitù	Pag. 69
11. Ipotesi di concorso tra reati: le soluzioni date dalla giurisprudenza penale internazionale e la disciplina della ICC	Pag. 73
11.1 Il concorso tra reati nella giurisprudenza dell'ICTY e dell'ICTR	Pag. 74
11.2 Il concorso tra reati nella giurisprudenza della ICC	Pag. 90
11.3 Schiavitù, schiavitù sessuale e prostituzione forzata: ipotesi di concorso tra reati	Pag. 93
11.4 Schiavitù e schiavitù sessuale	Pag. 94

11.5 Schiavitù sessuale e prostituzione forzata	Pag. 95
11.6 Schiavitù e prostituzione forzata	Pag. 96
11.7 Tratta di esseri umani, schiavitù sessuale, prostituzione forzata e schiavitù: ipotesi di concorso tra reati	Pag. 97
11.8 Conclusione	Pag. 100
12. La dichiarazione universale dei diritti umani del 1949	Pag. 101
13. La Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell’Uomo e delle Libertà fondamentali del 1950 (CEDU)	Pag. 101
14. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966	Pag. 104
15. La Convenzione sull’eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW), del 1979	Pag. 108
16. La Convenzione sui diritti dell’infanzia, del 1989 e il Protocollo facoltativo alla convenzione sui diritti dell’infanzia riguardante il traffico di bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile del 2000	Pag. 111
17. La Convenzione sulle forme peggiori di lavoro minorile, del 1999	Pag. 120
18. Il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini e il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, del 2000	Pag. 124

CAPITOLO II

LA DEFINIZIONE DI TRATTA DI ESSERI UMANI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE REGIONALE

1. La definizione di tratta di esseri umani nel diritto internazionale dell’OAS (<i>Organizations of American States</i>) e della SAARC (<i>South Asian Association for Regional Cooperation</i>) – cenni	Pag. 141
---	----------

2. La definizione di tratta di esseri umani nel diritto dell'Unione europea. Pag. 142
In particolare: un focus sulla direttiva 2011/36/UE

CAPITOLO III

TRATTA DI ESSERI UMANI E FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE CLANDESTINA NEL DIRITTO PENALE ITALIANO

1. La definizione dei reati data dall'art. 12 del testo unico sull'immigrazione e dall'art.601 c.p. Pag. 150
2. Ipotesi di concorso tra reati Pag. 155

CAPITOLO IV

I DATI E LE ROTTE DEI TRAFFICANTI E DEGLI *SMUGGLERS*

1. Dati e statistiche in tema di tratta di esseri umani Pag. 159
2. I dati dello *smuggling* Pag. 160

CAPITOLO V

CONCLUSIONI

1. L'esistenza di una definizione consuetudinaria di tratta di esseri umani Pag. 163

Parte seconda: la tratta di esseri umani come moderna forma di deportazione e la competenza a giudicare della ICC

CAPITOLO I

I CRIMINI DI DEPORTAZIONE E DI TRASFERIMENTO FORZATO NELLO STATUTO E NELLA GIURISPRUDENZA DEL TRIBUNALE INTERNAZIONALE MILITARE DI NORIMBERGA DEL 1945

1. Le prime forme di incriminazione di deportazione e trasferimento forzato Pag. 166
2. Il crimine di deportazione nella giurisprudenza del Tribunale di Norimberga: una *figura criminis* dai contorni indefiniti, sintomo del basso livello di tassatività del diritto internazionale penale nel secondo dopoguerra Pag. 168

CAPITOLO II
DEPORTAZIONE E TRASFERIMENTO FORZATO NELLO STATUTO E NELLA
GIURISPRUDENZA DELL'ICTY

1. La nascita e il contesto dell'ICTY (cenni) Pag. 172
2. Due *figurae criminis* di creazione “quasi giurisprudenziale” Pag. 176

CAPITOLO III
I CRIMINI DI DEPORTAZIONE E DI TRASFERIMENTO FORZATO NELLO
STATUTO E NELLA GIURISPRUDENZA DELL'ICC

1. Il contesto e la competenza della Corte (cenni) Pag. 192
2. Deportazione e trasferimento forzato: la definizione dello Statuto della ICC e quella degli *Elements of Crimes* Pag. 197
3. Il rapporto tra il crimine di deportazione/trasferimento forzato e la tratta di esseri umani Pag. 199

CAPITOLO IV
CONCLUSIONI

1. La competenza della ICC in merito al crimine di tratta di esseri umani Pag. 201
- Bibliografia Pag. 204
- Ringraziamenti Pag. 221
- Abstract Pag. 222

Premessa

Il lavoro che qui si presenta si svolge seguendo un duplice obiettivo.

La prima parte della tesi, infatti, è volta a dimostrare l'esistenza di una definizione consuetudinaria di tratta di esseri umani, analizzando la *figura criminis* in esame nella sua evoluzione storica e delineando il confine tra il crimine di *human trafficking* e il reato internazionale di schiavitù.

Si dimostrerà, al termine di tale analisi, che negli anni, a partire dalle prime convenzioni concernenti la tratta delle bianche, fino ad arrivare al recente Protocollo di Palermo, si è cristallizzata una definizione consuetudinaria di tratta di esseri umani, incentrata sul trasporto spaziale della vittima e ben distinta dal crimine di schiavitù così come delineato dallo Statuto della Corte Penale Internazionale.

La seconda parte della tesi, invece, dimostra, attraverso lo studio della giurisprudenza della Corte Penale Internazionale e delle principali giurisdizioni penali internazionali, che, nonostante la tratta di esseri umani non sia espressamente tra i crimini di competenza della Corte, tale istituzione potrà giudicare di condotte criminali integranti lo *human trafficking*.

Parte prima: La definizione di tratta di esseri umani nel diritto internazionale universale, regionale e nel diritto interno

Le pagine che seguono rappresentano un'analisi storico-giuridica della definizione di tratta di esseri umani contenuta nei principali strumenti giuridici internazionali universali e regionali adottati in materia.

Nello specifico, si esaminerà la definizione del reato in argomento contenuta nelle convenzioni a carattere universale, per poi passare allo studio di quanto espresso dagli strumenti cosiddetti di "soft law", concludendo con un'approfondita analisi del quadro giuridico delineato da convenzioni stipulate ed atti emanati a livello regionale, nonché delle *figurae criminis* di tratta di esseri umani e favoreggiamento dell'immigrazione clandestina nel diritto penale italiano.

CAPITOLO I
LA DEFINIZIONE DI TRATTA DI ESSERI UMANI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE
UNIVERSALE

**1. La Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle
bianche del 1904**

La Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche del 1904 ⁽¹⁾ è lo strumento più datato relativo ad un reato riconducibile all'attuale fenomeno della tratta di esseri umani. Firmata a Parigi il 18 maggio 1904 ed entrata in vigore il 18 luglio 1905 ⁽²⁾, la Convenzione non fornisce una definizione del reato di tratta, limitandosi a prevedere, all'art. 1, che “[e]ach of the Contracting Governments undertakes to establish or name some authority charged with the coordination of all information relative to the *procuring of women or girls for immoral purposes abroad*; this authority shall be empowered to correspond direct with the similar department established in each of the other Contracting States” (corsivo aggiunto).

⁽¹⁾ D'ora in poi “Convenzione del 1904”. Tale Convenzione fu adottata su impulso del primo “International Congress for the Suppression of the White Slave Traffic”, tenutosi a Londra nel gennaio 1899. La *Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche del 1904* fu adottata da 13 Stati europei: Belgio, Danimarca, Francia, Germania, Regno Unito, Italia, Paesi Bassi, Norvegia, Svezia, Portogallo, Russia, Spagna e Svizzera. Sul punto v. V. ROTH, *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims: A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011, p. 44 e ss.; L. ROMAGNOLI, *La traite Humaine à caractère sexuel et les associations abolitionnistes en France*, Editions L'Harmattan, 2010, p. 11.

Assieme alla *Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche del 1910*, la Convenzione in esame appartiene ai c.d. “Consolidated Treaties”, firmati prima della nascita della Società delle Nazioni (d'ora in poi SdN). Sul punto v. C. MOREHOUSE, *Combating Human Trafficking: Policy Gaps and Hidden Political Agendas in the USA and Germany*, Springer Science & Business Media, 2009, p. 26 nota 3, dove si afferma che “Consolidated Treaties refer to bilateral and multilateral treaties from 1648 through 1919. They make up a series of international law covering the 270 years from the Westphalian treaties in 1648 to the beginning of the League of Nations”. V. anche K. PLOUFFE-MALETTE, *Protection des victimes de traite des êtres humains*, Primento, 2013, nota 10; E. DECAUX, *Les formes contemporaines de l'esclavage*, Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 97; A. ROBERTS, R. GUELF, *Documents Of The Laws Of The War*, Clarendon Press, 1995 e P. ALSTON, R. GOODMAN, *International Human Rights*, OUP, 2012.

⁽²⁾ La Convenzione è stata ratificata dall'Italia il 28 maggio 1924, ed è entrata in vigore per l'Italia il 28 novembre 1924.

Tre dati critici emergono dalla lettura di questa non-definizione enunciata dall'articolo riportato.

In primo luogo, e ciò si evince anche dal nome della Convenzione, il reato oggetto di repressione è solo ed esclusivamente la tratta di donne e bambine di razza bianca. Come infatti si nota in dottrina⁽³⁾, il termine “White Slave Traffic” è stato coniato per indicare il fenomeno delle donne lavoratrici nelle fabbriche inglesi, e successivamente utilizzato per descrivere la tratta di donne europee a fini di prostituzione. Ciò per differenziare la tratta delle bianche dal commercio di schiavi così come tradizionalmente inteso, ossia il commercio di persone di colore dall’Africa verso l’Europa o gli Stati Uniti, per fini di sfruttamento⁽⁴⁾. La

⁽³⁾ V. T. OBOKATA, *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a More Holistic Approach*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006, p. 13.

⁽⁴⁾ Sul punto v. B. H. WESTON, A. GREAR, *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, University of Pennsylvania Press, 2016, p. 93, dove si afferma che il termine “White Slave Traffic”, fu utilizzato per la prima volta all’inizio del diciottesimo secolo, per poi cadere in disuso fino a quando, nel 1870, Victor Hugo, in una lettera indirizzata a Josephine Butler, fece notare come “the slavery of black women is abolished in America; but the slavery of white women continues in Europe”. V. anche G. VAZ CABRAL, *La traite des êtres humains: Réalités de l’esclavage contemporain*, La Découverte, 2013, cap. 10, dove l’Autrice sottolinea che la tratta delle bianche, termine originariamente utilizzato per distinguere tale forma di commercio di esseri umani dalla tratta di persone di colore, consiste nel trasporto, a fini di sfruttamento, di donne bianche dall’Europa verso il Nuovo Continente; L. RENAULT, “La ‘traite des blanches’ et la Conférence de Paris au point de vue du droit international”, in *Revue générale de droit international public*, 9/1902, p. 497 e ss.; P. APPLETON, *La traite des blanches*, Université de Lyon, 1903; D. MEMMI, *Le gouvernement des corps*, Éditions de l’École des hautes études en sciences sociales, 2015, p.97; M. CONSTANT, “Combats contre la traite des femmes à la Société des Nations (1920-1940)”, in *Relations internationales*, 3/2007, p. 40, dove l’Autrice fa notare che “[...]sous l’impulsion de Josephine Butler (fondatrice en septembre 1877 de l’Union internationale des amies de la jeune fille), s’organise en Angleterre le mouvement contre la traite des Blanches (white slavery). L’action de Mrs. Butler aboutit dès 1885 à une modification du Code pénal britannique, tandis que se créent d’autres groupements, comme l’Association nationale de vigilance (sur l’application du nouveau Code pénal) et surtout l’Association juive pour la protection des femmes et des enfants. Le mouvement s’internationalise: les premiers congrès féministes internationaux inscrivent à leur ordre du jour la question de la traite; des associations, soit de protection des femmes, soit, plus militantes, qui essaient d’obtenir des gouvernements qu’ils prennent des mesures pour lutter contre la traite, voire pour éradiquer la prostitution (mouvement abolitionniste), voient le jour dans les autres pays d’Europe et aux États-Unis, et ces associations se fédèrent en associations internationales qui tiennent à partir de 1898 des assemblées régulières. Après le congrès de Londres de 1898 de la Fédération abolitionniste internationale, William Alexander Coote fonde l’année suivante le Bureau international pour la répression de la traite des femmes et des enfants, chargé de coordonner les travaux des bureaux nationaux. En septembre 1900, au Congrès international de Paris sur la condition et les droits des femmes, Ghénia Avril de Sainte-Croix, dans un discours sur la prostitution, assimile, pour la première fois

Convenzione in esame, quindi, si applica solo qualora la vittima del reato sia di sesso femminile (indipendentemente dall'età) e di razza bianca. Già da tali considerazioni emerge un certo livello di indeterminatezza: che ne sarebbe, infatti, di una vittima di sesso femminile, di origini asiatiche, reclutata per esempio in Portogallo e trasportata in Inghilterra per sfruttarne le prestazioni sessuali? Potrà la vittima definirsi una "white slave" ai sensi della Convenzione, nonostante le sue origini non europee? La Convenzione nulla dice in merito. Né spiega se e come il luogo di reclutamento (Paese europeo o extraeuropeo) rilevi ai fini dell'identificazione della vittima quale "white slave".

Il secondo elemento di indeterminatezza riguarda, invece, l'oggetto del dolo specifico del reato in esame, ossia gli *immoral purposes*. Ancora una volta, non si può che evidenziare il basso livello di tassatività della terminologia utilizzata. Se, infatti, non vi sono dubbi che azioni come lo sfruttamento della prostituzione rientrino nel novero delle condotte sanzionabili, altrettanto non si può dire di fronte a situazioni diverse ma (all'epoca come oggi) non infrequenti. Basti pensare, a titolo di esempio, allo sfruttamento dell'accattonaggio forzato o del lavoro forzato.

Si potrebbe affermare che, dal momento che il testo della Convenzione menziona esplicitamente il termine "prostitutes" all'art.3 ("[t]he Governments undertake, when the case arises, and within legal limits, to have the declarations taken of women or girls of foreign nationality who are prostitutes, in order to establish their identity and civil status, and to discover who has caused them to leave their country"), senza fare riferimento ad altri reati che potrebbero essere oggetto del dolo specifico di tratta, l'unica finalità rilevante ai fini dell'integrazione del reato in esame sia quella di sfruttamento della prostituzione. Una simile interpretazione, tuttavia, rischia di essere eccessivamente restrittiva, soprattutto se si considera che l'art.1 parla di *immoral purposes*, termine plurale.

à ma connaissance, la réglementation de la prostitution à une violation des droits de l'homme à l'égard des femmes" (corsivo aggiunto). Il contributo è anche disponibile all'indirizzo internet <https://www.cairn.info/revue-relations-internationales-2007-3-page-39.htm>.

Si deve inoltre notare come il preambolo della Convenzione in esame menzioni la necessità di “securing to women of full age who have suffered *abuse or compulsion*, as also to women and girls under age, effective protection against the criminal traffic” (corsivo aggiunto). Se è vero che il passo testè riportato non è risolutivo a fini interpretativi, non si può ignorare che gli abusi e le costrizioni menzionate possono essere inflitte alla vittima tramite diverse condotte e non solo attraverso lo sfruttamento delle prestazioni sessuali della stessa.

Una terza considerazione riguarda, invece, la transnazionalità della tratta. Sanzionando, infatti, “the procuring of women or girls for immoral purposes *abroad*” (corsivo aggiunto), la Convenzione pone l’accento sulla necessità che la vittima del reato venga reclutata in uno Stato diverso da quello di destinazione. La tratta interna, in altre parole, non viene considerata dallo strumento in esame.

Da ultimo, non resta che notare come la Convenzione in esame si focalizzi maggiormente sull’obbligo di cooperazione tra Stati e sulla tutela delle vittime che sul *law enforcement* statale.

Il summenzionato art. 1 prevede, infatti, l’obbligo, per gli Stati parte, di nominare un’autorità preposta al coordinamento ed alla gestione di tutte le informazioni relative al traffico di donne e bambine reclutate all’estero. Tale autorità dovrà avere la possibilità di dialogare direttamente con l’autorità avente simili poteri presente all’interno di ciascuno Stato parte.

L’art. 2, invece, obbliga le Parti a istituire un “watch kept”, un’autorità di vigilanza che, specialmente nei porti, nelle stazioni e durante il viaggio, sorvegli sull’eventuale presenza di trafficanti. Il tutto con la previsione che “[t]he arrival of persons who clearly appear to be the principals, accomplices in, or victims of, such traffic shall be notified, when it occurs, either to the authorities of the place of destination, or to the diplomatic or consular agents interested, or to any other competent authorities.”

Gli artt. 3 e 4 prevedono, invece, una serie di disposizioni relative allo svolgimento di indagini per identificare i responsabili della tratta e per tutelare le vittime della stessa. Si enuncia, infatti, l’obbligo per i governi di raccogliere le dichiarazioni di

donne o fanciulle di nazionalità straniera che si dedicano alla prostituzione, al fine di identificarle e di individuare chi le abbia indotte a tale pratica. Si prevede inoltre l'obbligo di comunicare tali dati al Paese d'origine, per quanto ciò sia possibile, al fine di favorire il rimpatrio della vittima. Il rimpatrio deve avvenire solo previo assenso della vittima, e gli Stati parte della Convenzione hanno l'obbligo di facilitare il transito della vittima, finalizzato al rimpatrio, sul proprio territorio. Quanto alle spese di rimpatrio, l'art. 4 recita “[w]here the woman or girl to be repatriated cannot herself repay the cost of transfer, and has neither husband, relations, nor guardian to pay for her, the cost of repatriation shall be borne by the country where she is in residence as far as the nearest frontier or port of embarkation in the direction of the country of origin, and by the country of origin as regards the rest”. È previsto, infine, un obbligo di vigilanza, da parte degli Stati, che dovranno sorvegliare sugli uffici o sulle agenzie che si occupano del collocamento di donne o fanciulle all'estero (art. 6).

La Convenzione è aperta all'adesione di nuovi Stati, e ciò è espressamente affermato all'art.7 della stessa (“[n]on-Signatory States can adhere to the present Agreement. For this purpose they shall notify their intention, through the diplomatic channel, to the French Government, who shall acquaint all the Contracting States”) ⁽⁵⁾.

2. La Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche e il Protocollo finale del 1910

Sei anni dopo la firma della Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche del 1904, Gran Bretagna, Germania, Austria, Ungheria, Belgio, Brasile, Danimarca, Spagna, Francia, Italia, Paesi Bassi, Portogallo, Russia e

⁽⁵⁾ Al riguardo v. anche M. CHERIF BASSIOUNI *International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents*, BRILL, 2008, p. 569; S. SCARPA, *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, OUP, 2008, p.50; A. T. GALLAGHER, *The International Law of Human Trafficking*, CUP, 2010, p. 57 e ss.; B. MEYERSFELD, *Domestic Violence and International Law*, Bloomsbury Publishing, 2010, p. 145; *Enciclopedia del diritto. Annali, Volume 4*, Giuffrè, 2011, p. 263; J. ELLIOTT, *The Role of Consent in Human Trafficking*, Routledge, 2014, p.50; J. ALLAIN, *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 342.

Svezia decisero di adottare una nuova convenzione in materia, la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche, con Protocollo finale, del 1910 ⁽⁶⁾.

La Convenzione del 1910, ancora una volta finalizzata a reprimere il “White Slave Traffic”, definisce la tratta agli artt. 1 e 2, così come emendati dal Protocollo finale.

L’art. 1 prevede che “[a]ny person who, to gratify the passions of others, has hired, abducted or enticed, even with her consent, a woman or a girl who is a minor, for immoral purposes, even when the various acts which together constitute the offence were committed in different countries, shall be punished”.

L’art. 2, a sua volta, afferma che “[a]ny person who, to gratify the passions of others, has by fraud or by the use of violence, threats, abuse of authority, or any other means of constraint, hired, abducted or enticed a woman or a girl of full age for immoral purposes, even when the various acts which together constitute the offence were committed in different countries, shall also be punished.”

Il Protocollo finale precisa che le disposizioni di cui agli artt. 1 e 2 devono essere considerate come un minimo sanzionatorio, nel senso che gli Stati sono liberi di sanzionare condotte analoghe non rientranti nelle definizioni esplicitate (punto A). Si puntualizza inoltre che la soglia rilevante per l’identificazione della maggiore età è quella dei 20 anni, soglia che può essere elevata, dalla singola legge statale, a condizione che non si creino discriminazioni tra le donne di differente nazionalità (punto B).

Si nota immediatamente come, a differenza della Convenzione del 1904, nello strumento ora in esame venga previsto l’obbligo, per le parti contraenti, di sanzionare anche la tratta interna.

⁽⁶⁾ D’ora in poi “Convenzione del 1910” (la Convenzione è stata ratificata dall’Italia il 28 maggio 1924, ed è entrata in vigore per l’Italia il 28 novembre 1924). In merito V. G. C. BUZZATI, “Les conférences de Paris contre la traite des blanches et la littérature obscène”, in *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 6/1910, pp. 313-336 e 764-778; E. DECAUX, *Les formes contemporaines de l’esclavage... cit.* p. 97. V. anche, in generale, L. ROMAGNOLI, *La traite Humaine à caractère sexuel et les associations abolitionnistes en France...cit.* p. 12.

Gli artt. 1 e 2 della Convenzione, infatti, prevedono l'obbligo di incriminazione delle condotte esplicitate "even when the various acts which together constitute the offence were committed in different countries [...]". Ciò significa, da una lettura *a contrariis*, che la tratta interna (i cui elementi costitutivi vengono realizzati interamente all'interno del territorio di un solo Stato), rileva come condotta sanzionabile ai sensi della Convenzione in considerazione.

Sempre confrontando la definizione di tratta enunciata agli artt. 1 e 2 della Convenzione del 1910 con quella contenuta nel precedente del 1904, si nota un incremento del livello di tassatività relativo al contenuto del dolo specifico. Se infatti la prima Convenzione faceva un generico riferimento a "immoral purposes", concetto assai vago, ora il testo parla esplicitamente di un fine (dolo specifico) consistente nel gratificare l'altrui libidine per fini immorali ("to gratify the passions of others [...] for immoral purposes").

Tale definizione restringe senza dubbio il ventaglio dei possibili "immoral purposes" contemplati dalla Convenzione del 1904, focalizzandosi sul fine di sfruttamento della prostituzione.

Si può notare, tuttavia, come, ai sensi della lettera D del Protocollo finale, "[t]he case of the retention, against her will, of a woman or girl in a house of prostitution could not, in spite of its gravity, be included in the present Convention, because it is exclusively a question of internal legislation".

Come ha fatto notare parte della dottrina ⁽⁷⁾, tale previsione riduce fortemente il novero delle condotte valesvoli ai fini dell'integrazione del dolo specifico di tratta, assumendo come rilevante solo la prostituzione "in strada".

Sempre nell'ottica di un raffronto tra le due Convenzioni, è utile focalizzarsi sul termine "others" ("[a]ny person who, to gratify the passions of others"), presente nella Convenzione del 1910 ma non in quella del 1904. A rigor di diritto, quindi, la Convenzione del 1910 sanziona solo lo *sfruttamento* della prostituzione che non avvenga in case chiuse, mentre la Convenzione del 1904 provvede a sanzionare

(7) V. T. SPIJKERBOER, S. VAN WALSUM, *Women and Immigration Law: New Variations on Classical Feminist Themes*, Routledge, 2007, p.59. Sul punto v. anche S. SCARPA, *Trafficking in Human Beings ... cit.* p. 51.

anche condotte diverse, come l'abuso sessuale della vittima da parte del trafficante stesso.

In tema di rilevanza o irrilevanza del consenso della vittima, a differenza della precedente Convenzione che nulla diceva al riguardo, l'Agreement del 1910 prevede, invece, l'irrilevanza del consenso della vittima solo nel caso in cui questa sia minorenni (ossia di età inferiore ai vent'anni, o a quanto stabilito dalla legislazione statale ex punto B del Protocollo finale).

Una tale differenza, in termini di tassatività, tra due Convenzioni che, a distanza di sei anni l'una dall'altra, si occupano della stessa materia, potrebbe sembrare alquanto singolare.

Una possibile spiegazione potrebbe essere la seguente: la Convenzione del 1904 non prevede nessun obbligo esplicito per gli Stati di incriminare la condotta di cui all'art. 1, a differenza della Convenzione del 1910 che prevede esplicitamente un obbligo per gli Stati di sanzionare penalmente le condotte contemplate negli artt. 1 e 2 (l'art. 3, infatti, afferma che “[t]he Contracting Parties undertake, if their legislation is not at present adequate to punish the offences mentioned in the two preceding articles, to take or to propose to their respective legislatures, the necessary measures to punish such offences in accordance with their gravity”, e l'art. 4, così come emendato dal Protocollo firmato a Lake Success il 4 maggio 1949 prevede che “[t]he Contracting Parties shall communicate to each other, through the Secretary-General of the United Nations, such laws as have already been, or may in the future be, promulgated in their countries relating to the subject of the present Convention”).

In altre parole, la Convenzione del 1904 si focalizza sugli obblighi di cooperazione tra Stati in materia di indagini e rimpatrio delle vittime, a differenza della Convenzione del 1910, che dedica espresse previsioni al *law enforcement* statale. Il maggior dettaglio in merito alla descrizione della *figura criminis* di tratta caratterizzante il secondo strumento, quindi, sarebbe giustificabile proprio alla luce dell'accento che si pone in materia di obblighi repressivi degli Stati: che senso avrebbe, infatti, obbligare le Parti della Convenzione a conformare le proprie legislazioni interne ad una definizione di tratta sfuggente e indeterminata?

Certo, a tale tesi si potrebbe obiettare che le Convenzione del 1904, pur non prevedendo un espresso obbligo di incriminazione in capo agli Stati parte, contenga un imperativo implicito. Sarebbe altrimenti contraddittorio e paradossale ritenere che lo Stato sia tenuto a cooperare con le altre Parti per la repressione di una condotta che non è considerata come reato dalle leggi interne dello Stato stesso.

Proseguendo nel commento della Convenzione in esame, si deve sottolineare che gli artt. 5 e ss. della Convenzione contengono disposizioni atte a favorire la cooperazione nello svolgimento delle indagini tra gli Stati parte.

L'art. 5 prevede, infatti, l'obbligo di estradizione per i reati indicati dagli artt. 1 e 2, mentre l'art. 6 disciplina le modalità di trasmissione delle commissioni rogatorie, le quali dovranno essere effettuate per comunicazione diretta tra le autorità giudiziarie, per il tramite dell'agente diplomatico o consolare del Paese richiedente nel Paese richiesto, ovvero per via diplomatica. Lo Stato Parte dovrà comunicare a ciascuna delle altre Parti contraenti la modalità di trasmissione della commissione rogatoria, tra le tre summenzionate, ammessa per quella specifica Parte.

Sempre in tema di cooperazione tra le Parti, l'art. 7 prevede che “[t]he Contracting Parties undertake to communicate to each other notification of sentence in the case of offences covered by the present Convention the constituent acts of which have been committed in different countries. These documents shall be transmitted direct by the authorities appointed in accordance with article 1 of the Agreement concluded in Paris on 18 May 1904, to the similar authorities of the other Contracting States”.

Da notare come tale articolo crei esplicitamente un legame tra la Convenzione del 1910 e quella del 1904, sintomo del fatto che tali due strumenti devono essere letti e interpretati coattivamente e non possono essere considerati l'uno totalmente indipendente dall'altro.

Ad ulteriore testimonianza del forte legame intercorrente tra i due strumenti, l'art. 8 della Convenzione del 1910 prevede che “[a]ccession to the Convention shall

entail ipso facto, and without special notification, simultaneous and complete accession to the Agreement of 18 May 1904, which shall come into force, on the same date as the Convention itself, in the whole territory of the acceding State. The above provision shall, however, be without prejudice to article 7 of the aforesaid Agreement of 18 May 1904, which remains applicable in cases where a State may prefer to accede to that Agreement only”.

In altre parole, l’adesione alla Convenzione del 1910 (un trattato aperto) ex art. 8 della stessa comporta l’adesione automatica *ipso iure* alla precedente Convenzione del 1904, mentre, ex comma 4 dell’articolo in esame, l’adesione alla Convenzione del 1904 (anch’essa un trattato aperto) ex art.7 non comporta l’adesione automatica alla Convenzione del 1910.

Se dunque è innegabile l’esistenza di un forte legame tra i due strumenti anti tratta (*rectius*, anti “white slave traffic”), è altrettanto vero che tali Convenzioni mantengono alcuni elementi di indipendenza: un chiaro esempio è rappresentato dall’appena menzionato art.8 comma 4, un altro esempio può essere ravvisato nel comma quarto dell’art.10 della Convenzione del 1910, che prevede che la denuncia della Convenzione non implicherà *ipso iure* la denuncia concomitante della Convenzione del 1904, salvo espressa menzione della Parte denunciante. Disposizioni simili sono contenute nell’art. 11 della Convenzione del 1910, che, nel prevedere la possibilità, per lo Stato parte della Convenzione, di far entrare in vigore (o di denunciare) la stessa in (per) una o più delle sue colonie, possessioni o circoscrizioni consolari giudiziarie, prevede, al comma 6, che “[a]ccession to the Convention by a Contracting State in respect of one or more of its colonies, possessions, or areas under consular jurisdiction shall entail, ipso facto, and without special notification simultaneous and complete accession to the Agreement of 18 May 1904. The said Agreement shall come into force there on the same date as the Convention itself. However, the denunciation of the Convention by a Contracting State in respect of one or more of its colonies, possessions or areas under consular jurisdiction shall not, ipso facto, entail, unless expressly mentioned in the instrument of notification, simultaneous denunciation of the Agreement of 18 May 1904. Further, such declarations as the Powers

signatory to the Agreement of 18 May 1904 may have made with regard to the accession of their colonies to the said Agreement remain valid” (8).

3. Il Protocollo di emendamento della Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche, firmata a Parigi il 18 maggio 1904, e della Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche, firmata a Parigi il 4 maggio 1910

Il Protocollo di Lake Success (9) del 4 maggio 1949 ha emendato le due Convenzioni precedentemente esaminate. Queste, infatti, affidavano alcune funzioni al governo francese, funzioni che il governo stesso si offrì di devolvere alle Nazioni Unite.

Le modifiche apportate dal Protocollo di Lake Success non incidono né sulla definizione di tratta contenuta nei due strumenti emendati né sulle disposizioni in tema di cooperazione statale in essi contenute e precedentemente esaminate.

Il Protocollo ha apportato una sola modifica alla Convenzione del 1904, mentre sono stati emendati quattro articoli della Convenzione del 1910.

Per quel che concerne la Convenzione del 1904, il Protocollo prevede che gli Stati che non sono parte della stessa possano aderirvi notificando la propria volontà al Segretario generale delle Nazioni Unite e non, come previsto dall’art. 7 del testo originario, al governo francese (Article 7 shall read: “[n]on-signatory States may adhere to the present Agreement. For this purpose they shall notify their intention

(8) Per un’analisi della Convenzione in esame v. anche M. CHERIF BASSIOUNI, *International Criminal Law... cit.* p. 569, J. ELLIOTT, *The Role of Consent... cit.* p. 50, dove l’Autrice sottolinea l’opinabilità dell’uso del termine “slave” nel titolo della Convenzione, non essendo tale termine mai ripreso nella definizione contenuta nel testo della stessa. V. anche V. ROTH, *Defining Human Trafficking... cit.* p. 45, *Enciclopedia del diritto. Annali, Volume 4... cit.* p. 263, e A. T. GALLAGHER, *The International Law... cit.* p. 57.

(9) Formalmente “Protocollo di emendamento della Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche, firmata a Parigi il 18 maggio 1904, e della Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche, firmata a Parigi il 4 maggio 1910”, qui, per motivi espositivi, “Protocollo di Lake Success”. L’Italia vi ha aderito il 13 novembre 1952.

to the Secretary-General of the United Nations, who shall acquaint all the Contracting States and all the Members of the United Nations”).

La Convenzione del 1910, invece, è stata investita da un numero maggiore di emendamenti, ben quattro (cinque se si considera che l’art. 11 è stato emendato sia al quarto che al quinto paragrafo).

Il primo articolo oggetto di emendamento è stato l’art. 4, che prevedeva l’obbligo per le Parti di comunicare, per il tramite del governo della Repubblica francese, le leggi interne (già in vigore al momento della stipula o dell’adesione alla Convenzione o successivamente adottate) relative al reato in questione. Tale dovere informativo continua a gravare sulle Parti anche successivamente all’emanazione del Protocollo di Lake Success, con la sola differenza che il tramite non è più il governo francese ma il Segretario generale delle Nazioni Unite (Article 4 shall read: “[t]he Contracting Parties shall communicate to each other, through the Secretary-General of the United Nations, such laws as have already been, or may in the future be, promulgated in their countries relating to the subject of the present Convention”).

L’art. 8, che conteneva una disposizione analoga all’art.7 della Convenzione del 1904, è stato modificato prevedendo che gli Stati che intendono aderire alla Convenzione devono notificarne l’intenzione al Segretario generale delle Nazioni Unite e non, come da testo originario, al governo francese ([a]rticle 8. The first paragraph shall read: “[n]on-signatory States may accede to the present Convention. For this purpose, they shall notify their intention by an instrument which shall be deposited in the archives of the United Nations. The Secretary-General of the United Nations shall send a certified copy to each of the Contracting States and to all the Members of the United Nations, and shall at the same time inform them of the date of deposit. The said instrument of notification shall also transmit any laws promulgated by the acceding State relating to the subject of the present Convention”).

La denuncia della Convenzione, disciplinata dall’art. 10 par. 2, doveva originariamente essere notificata con un atto depositato negli archivi del governo

della Repubblica francese, il quale avrebbe dovuto inviare, in via diplomatica, copia certificata conforme ad ognuno degli Stati comunicando contemporaneamente la data del deposito. Il Protocollo di Lake Success ha invece previsto che tale denuncia debba essere notificata con uno strumento che resterà depositato negli archivi delle Nazioni Unite ([a]rticle 10. The second paragraph shall read: “[t]he denunciation shall be notified by an instrument which shall be deposited in the archives of the United Nations. The Secretary-General of the United Nations shall send a certified copy to each of the Contracting States and to all the Members of the United Nations, and shall at the same time inform them of the date of deposit”).

L’art. 11, infine, è stato emendato sia al primo paragrafo, sia al quinto paragrafo. Ancora una volta le funzioni del governo francese, incaricato di ricevere l’atto di notifica dello Stato intenzionato a far entrare in vigore la Convenzione in una delle sue colonie, possessioni o circoscrizioni consolari giudiziarie o a denunciare la Convenzione per una o più delle sue colonie, possessioni o circoscrizioni consolari giudiziarie, vengono acquisite dal Segretario generale delle Nazioni Unite ([a]rticle 11. The first paragraph shall read: “[s]hould a Contracting State desire the present Convention to come into force in one or more of its colonies, possessions or areas under consular jurisdiction, it shall for this purpose notify its intention by an instrument which shall be deposited in the archives of the United Nations. The Secretary-General of the United Nations shall send a certified copy to each of the Contracting States and to all the Members of the United Nations, and shall at the same time inform them of the date of deposit.”

The fifth paragraph shall read: “[t]he denunciation of the Convention by one of the Contracting States for one or more of such colonies, possessions or areas under consular jurisdiction shall take place in accordance with the forms and conditions laid down in the first paragraph of the present Article. It shall take effect twelve months after the date of deposit of the instrument of denunciation in the archives of the United Nations”).

Al di là delle modifiche apportate, in conclusione, il fatto che la Convenzione del 1904 e quella del 1910 siano emendate da un unico Protocollo è senza dubbio un'ulteriore testimonianza del forte legame intercorrente tra i due strumenti anti "White Slave Traffic".

4. Considerazioni sul rapporto tra la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche del 1904 e la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche e Protocollo finale del 1910

L'esistenza di una forte connessione intercorrente tra le due Convenzioni analizzate è innegabile. Il fine condiviso, ossia la repressione del "White Slave Traffic", l'esistenza di un Protocollo di emendamento comune, così come lo stretto lasso di tempo intercorso tra il primo ed il secondo strumento sono tutti esempi della necessità di leggere le due Convenzioni come parte di un combinato disposto volto a reprimere un fenomeno criminale che ha profondamente turbato la Comunità internazionale di inizio '900.

Nel contempo, si può anche sottolineare come la Convenzione del 1904 e quella del 1910 siano, in un certo senso, complementari: la prima si occupa per lo più di prevedere obblighi di cooperazione tra Stati e di tutela delle vittime, senza porre l'accento sul *law enforcement* statale, la cui necessità viene invece sottolineata dalla Convenzione del 1910.

È, tuttavia, opportuno interrogarsi sul livello di interconnessione esistente tra le due Convenzioni.

Al riguardo, è necessario sottolineare come i due strumenti in esame non possano, a rigor di diritto, essere considerati due "parti di un'unica macro-convenzione", per due ordini di motivi.

Il primo punto di frizione riguarda la definizione di tratta, *rectius* di "White Slave Traffic", contenuta nelle due Convenzioni. La Convenzione del 1904, infatti, oltre

a presentare un forte livello di indeterminatezza, non si applica, come precedentemente sottolineato, alla tratta interna.

Diversamente, la Convenzione del 1910 prevede la rilevanza tanto della tratta interna quanto della tratta transfrontaliera. Essa prevede, inoltre, che il fine della tratta sia quello di gratificare l'altrui libidine per fini immorali, riducendo il dolo specifico del reato al solo fine di sfruttamento della prostituzione altrui che non avvenga all'interno di case chiuse.

Se non è quindi escluso che esistano dei casi di tratta in cui è possibile applicare entrambe le Convenzioni (si pensi, ad esempio, al caso di "White slave Traffic" consistente nel reclutamento, in uno Stato estero, di donne, finalizzato allo sfruttamento della prostituzione delle stesse in strada), non è detto che l'applicazione simultanea delle stesse dovuta all'identità del reato perseguito sia sempre possibile.

Il secondo elemento di frizione, invece, riguarda le Parti delle Convenzioni: le disposizioni che regolano l'adesione a o la denuncia delle due Convenzioni, infatti, non sono formulate in modo tale da garantire una perfetta identità tra gli Stati parte degli strumenti in esame.

Se infatti è vero che l'adesione alla Convenzione del 1910 comporta *ipso facto* l'adesione alla Convenzione del 1904, anche quando questa viene formulata per una o più delle colonie, possessioni o circoscrizioni consolari dello Stato, è altrettanto vero che la denuncia della Convenzione del 1910 non comporta automaticamente la denuncia della Convenzione del 1904 (neanche se formulata per una o più delle colonie, possessioni o circoscrizioni consolari dello Stato), e che l'adesione alla Convenzione del 1904 non comporta l'adesione automatica alla Convenzione del 1910.

5. La Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli del 1921

Aperta alla firma a Ginevra dal 30 settembre 1921 al 31 marzo 1922 e successivamente emendata dal Protocollo firmato a Lake Success il 12 novembre

1947, la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli del 1921 ⁽¹⁰⁾ non contiene un'autonoma definizione di "traffic in women and children" ⁽¹¹⁾. Il Preambolo della Convenzione, infatti, rinvia a quanto affermato nei preamboli delle Convenzioni del 1904 e del 1910 ⁽¹²⁾, e l'art. 2 si limita ad obbligare le Parti "to take all measures to discover and prosecute persons who are engaged in the traffic in children of both sexes and *who commit offences within the meaning of Article 1 of the Convention of May 4, 1910*" (corsivo aggiunto).

Alla luce di quanto riportato, si può osservare come la Convenzione del 1921 apporti un importante elemento di novità, che amplia significativamente il novero dei soggetti passivi del reato di tratta. Se infatti sia la Convenzione del 1904 che la Convenzione del 1910 parlavano esclusivamente di tratta di donne e bambine (di sesso, quindi, femminile) ⁽¹³⁾, la Convenzione del 1921 non parla di "white

⁽¹⁰⁾ D'ora in poi "Convenzione del 1921". Tale Convenzione è stata ratificata dall'Italia il 30 giugno 1924, ed è entrata in vigore il medesimo giorno.

⁽¹¹⁾ Per una panoramica sulla Convenzione in esame, v. M. CHERIF BASSIOUNI, *International Criminal Law... cit.* p. 570; B. FASSBENDER, A. PETERS, S. PETER, D. HÖGGER, *The Oxford Handbook of the History of International Law*, OUP, 2012, p. 134; J. ALLAIN, *Slavery in International Law... cit.* p.343 e R. O'KEEFE, *International Criminal Law*, OUP, 2015, p. 290. V. anche J. SOREL, C. POPESCU (a cura di), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Groupe de Boeck, 2010, p.266; C. VITTA, "La défense internationale de la liberté et de la moralité individuelles", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 45/1933, p. 630; L. ROMAGNOLI, *La traite Humaine à caractère sexuel et les associations abolitionnistes en France...cit.* p. 12.

⁽¹²⁾ Nello specifico, il Preambolo afferma che le parti contraenti si pongono l'obiettivo "[...] to secure more completely the *suppression of the Traffic in Women and Children described in the preambles to the Agreement of May 18, 1904, and to the Convention of May 4, 1910, under the name of 'White Slave Traffic'*" (corsivo aggiunto).

⁽¹³⁾ Il Preambolo della Convenzione del 1904, infatti, affermava che le autorità contraenti "[b]eing desirous of securing to *women of full age* who have suffered abuse or compulsion, as also to *women and girls under age*, effective protection against the criminal traffic known as the "White Slave Traffic", have decided to conclude an Agreement [...]" (corsivo aggiunto), mentre l'art. 1 della Convenzione in esame, precedentemente analizzato, afferma che "[e]ach of the Contracting Governments undertakes to establish or name some authority charged with the coordination of all information relative to the *procuring of women or girls* for immoral purposes abroad; this authority shall be empowered to correspond direct with the similar department established in each of the other Contracting States" (corsivo aggiunto). Gli artt. 1 e 2, precedentemente analizzati, della Convenzione del 1910, prevedono rispettivamente che "[a]ny person who, to gratify the passions of others, has hired, abducted or enticed, even with her consent, *a woman or a girl who is a minor*, for immoral purposes, even when the various acts which together constitute the offence were committed in different countries, shall be punished" (corsivo aggiunto) e che "[a]ny person who, to gratify the passions of others, has by fraud or by

slave traffic” ma di “traffic in women and children”, lasciando intendere che rientrino, tra il novero dei soggetti passivi del reato, anche i bambini di sesso maschile ⁽¹⁴⁾.

Tale tesi potrebbe essere depotenziata da una pronta obiezione: i rinvii contenuti nel Preambolo e nell’art. 2 alle Convenzioni del 1904 e del 1910 potrebbero indurre a ritenere che anche la Convenzione del 1921 intenda sanzionare solamente la tratta di donne e bambine, non considerando quali vittime rilevanti ai fini del perfezionamento della fattispecie i bambini di sesso maschile.

Tale antitesi è facilmente superabile se si tiene conto non solo del fatto che il Preambolo della Convenzione del 1921 rinvia sì alle due precedenti Convenzioni, ma adotta anche il termine *children*, senza distinguere quindi tra bambini di sesso maschile e femminile.

Non solo: l’argomento più forte (e, a ben vedere, quello risolutivo) a vantaggio della tesi che ricomprende anche i bambini di sesso maschile tra i soggetti passivi del reato di tratta contemplati dalla Convenzione del 1921 è costituito proprio dall’art. 2 della Convenzione, che parla di “traffic in children of *both sexes*” (corsivo aggiunto).

Se tuttavia si considera che l’art.2 della Convenzione del 1921 esorta gli Stati “to take all measures to discover and prosecute persons who are engaged in the traffic in children of both sexes *and* who commit offences within the meaning of Article 1 of the Convention of May 4, 1910” (corsivo aggiunto), si comprende come sia possibile anche una terza lettura dell’articolo in esame.

Oltre a ritenere, infatti, che la Convenzione del 1921 sanzioni solamente la tratta di donne e bambine (lettura che, come si è dimostrato, risulta essere contraria al dato letterale della Convenzione) o che la Convenzione ampli il novero dei soggetti passivi della tratta, estendendolo anche ai bambini di sesso maschile, si potrebbe ritenere che, tramite la congiunzione *and*, le Parti contraenti abbiano

the use of violence, threats, abuse of authority, or any other means of constraint, hired, abducted or enticed *a woman or a girl of full age* for immoral purposes, even when the various acts which together constitute the offence were committed in different countries, shall also be punished” (corsivo aggiunto).

⁽¹⁴⁾ V. V. ROTH, *Defining Human Trafficking...* cit. p. 45 e *Enciclopedia del diritto. Annali, Volume 4...* cit. p. 263.

inteso delineare due diverse fattispecie delittuose: la prima sarebbe il “traffic in children of both sexes”, mentre la seconda sarebbe il reato “within the meaning of Article 1 of the Convention of May 4, 1910”.

Tale tesi mediana risulta, tuttavia, troppo barocca, e quindi impercorribile.

Se si scorporasse, infatti, il reato di “traffic in women and children” in due diverse *figurae criminis*, ci si dovrebbe confrontare con una fattispecie criminosa, quella delineata dall’art. 1 della Convenzione del 1910, ad alto livello di tassatività, ed una seconda figura, il “traffic in children of both sexes” tutt’altro che determinata. Di più, tale duplicazione risulterebbe assai pleonastica e darebbe luogo a problemi di concorso tra fattispecie. La tratta di minorenni di sesso femminile, per esempio, sarebbe un’integrazione della prima o della seconda fattispecie delittuosa?

Un ulteriore argomento a svantaggio della tesi orora illustrata è deducibile da quanto disposto dall’art. 3 della Convenzione in esame, che afferma che “[t]he High Contracting Parties agree to take the necessary steps to secure punishment of attempts to commit, and, within legal limits, of acts preparatory to the commission of the offences specified in Articles 1 and 2 of the Convention of May 4, 1910”. Non avrebbe, infatti, alcun senso prevedere l’obbligo per gli Stati di punire gli atti preparatori e il tentativo di reati di cui agli articoli 1 e 2 della Convenzione del 1910, escludendo tale obbligo per il più generale reato di “traffic in children of both sexes” che emergerebbe dallo scorporo della fattispecie criminosa di cui all’art. 2 della Convenzione del 1921.

Di più: combinando le due considerazioni appena fatte, si comprende come una tale interpretazione dell’art. 2 possa portare ad effetti pratici perniciosi. Gli Stati, infatti, potrebbero essere indotti a sanzionare penalmente solamente gli atti preparatori e il tentativo di commissione degli atti di cui agli artt. 1 e 2 della Convenzione del 1910, e non le condotte prodromiche o il tentativo di condotte riconducibili al “traffic in children of both sexes”, fattispecie che, per la sua indeterminatezza, si presterebbe a interpretazioni estensive (nel caso, *favor rei*) alquanto pericolose e idonee ad inficiare l’effettività della disposizione di cui all’art. 3 della Convenzione del 1921.

Un ragionamento analogo si può fare riguardo a quanto disposto dall'art. 4 della Convenzione del 1921, che dispone che “[t]he High Contracting Parties agree that, in cases where there are no extradition Conventions in force between them, *they will take all measures within their power to extradite or provide for the extradition of persons accused or convicted of the offences specified in Articles 1 and 2 of the Convention of May 4, 1910*”.

Ancora una volta una distinzione tra il reato di “traffic in children of both sexes” ed il reato di cui agli artt. 1 e 2 della Convenzione del 1910 risulterebbe (oltre che concettualmente inesatta) inopportuna dal punto di vista della politica criminale, dal momento che porterebbe ad un obbligo di estradizione per la sola fattispecie di cui agli artt. 1 e 2 della Convenzione del 1910, e non anche per l'indeterminata (e oscura) fattispecie di *traffic in children* che nascerebbe dallo scorporo di quanto disposto dall'art.2 della Convenzione del 1921.

Abbandonando le problematiche definitorie, si deve sottolineare come la Convenzione in questione ponga particolare attenzione sul *law enforcement* statale, prevedendo obblighi specifici in capo alle Parti agli artt. 6 e 7.

Nello specifico, l'art. 6 prevede un generale obbligo per le Parti contraenti di prendere le misure necessarie ad adottare atti legislativi o amministrativi volti a proteggere donne e bambini in cerca di lavoro in un altro Paese.

L'art. 7, invece, prevede l'obbligo per gli Stati di adottare le misure necessarie a proteggere “women and children travelling on emigrant ships, not only at the points of departure and arrival, but also during the journey”.

Interessante anche la disposizione, sempre contenuta nell'articolo in questione, che prevede alcuni obblighi informativi in capo agli Stati. L'art. 7 prevede infatti che “[t]he High Contracting Parties undertake [...] to arrange for the exhibition, in railway stations and in ports, of notices warning women and children of the danger of the traffic and indicating the places where they can obtain accommodation and assistance”.

Non mancano, in dottrina, voci che evidenziano i punti deboli di tale Convenzione, così come dei due strumenti antecedenti e della Convenzione del 1933,

sottolineando come queste si concentrino solamente “sur l’interdiction de l’exploitation de la prostitution des femmes, des jeunes filles ou des enfants” e che “quant aux droit conférés aux victimes, ils étaient indigents” (15).

6. Considerazioni sul rapporto tra la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche del 1904, la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle bianche e Protocollo finale del 1910 e la Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli del 1921

Come si è notato in dottrina e come è d’altronde facilmente desumibile dal testo della stessa, la Convenzione del 1921 non sostituisce ma integra le due precedenti Convenzioni del 1904 e del 1910 (16).

L’art. 1 della Convenzione in esame, infatti, prevede l’obbligo, per gli Stati che non fossero ancora parte delle Convenzioni del 1904 e del 1910, di aderire alle o ratificare le stesse (17).

Non solo, la complementarietà esistente tra i tre strumenti anti tratta qui analizzati è sottolineata sia dai rinvii alla Convenzione del 1910 contenuti negli artt. 2, 3 e 4 della Convenzione del 1921, sia da quanto disposto dall’art. 5 della Convenzione del 1921, che modifica il par. B del Protocollo Finale della Convenzione del 1910, affermando che “the words ‘twenty completed years of age’ shall be replaced by the words ‘twenty-one completed years of age’”.

Per capire se le tre Convenzioni analizzate, in virtù dei numerosi legami intercorrenti tra le stesse, possono essere considerate come un unico strumento a

(15) B. LAVAUD-LEGENBRE [a cura di], *Prostitution nigériane: Entre rêves de migration et réalités de la traite*, KARTHALA Editions, 2013, p.161.

(16) V. S. KNEEBONE, J. DEBELJAK, *Transnational Crime and Human Rights: Responses to Human Trafficking in the Greater Mekong Subregion*, Routledge, 2012, p. 48 e J. ALLAIN, *Slavery in International Law... cit.* p.343.

(17) “The High Contracting Parties agree that, in the event of their not being already Parties to the Agreement of May 18, 1904, and the Convention of May 4, 1910, mentioned above, they will transmit with the least possible delay their ratifications of, or adhesions to, those instruments in the manner laid down therein”.

formazione progressiva, ci si dovrà concentrare ancora una volta su due aspetti: l'aspetto oggettivo, riguardante la definizione di tratta contenuta nelle tre Convenzioni, e l'aspetto soggettivo, relativo quindi agli Stati parte degli strumenti in esame.

Qualora si giungesse a dimostrare l'esistenza di una corrispondenza, sia dal punto di vista soggettivo che dal punto di vista definitorio-oggettivo, tra le tre Convenzioni, allora si potrebbe affermare che le stesse formano un unico strumento anti tratta.

Nel caso in cui, al contrario, si riscontrasse la non sovrapponibilità tra le *figurae criminis* delineate dalle tre Convenzioni (identità definitorio-soggettiva) o la mancanza di meccanismi che assicurino che gli Stati Parte di una della tre Convenzioni siano obbligatoriamente parte anche delle altre due, si dovrà concludere che, pur rappresentando un combinato disposto interconnesso da forti legami, i tre strumenti in esame non costituiscono un *unicum* a formazione progressiva.

Considerando l'aspetto soggettivo, si può notare come la Convenzione del 1921 abbia, tramite il disposto dell'art.1, eliminato le potenziali fratture soggettive che potevano verificarsi tra le due Convenzioni del 1904 e del 1910, ottenendo, come conseguenza, che tutti gli Stati Parte della Convenzione più recente devono essere necessariamente Parte anche delle due Convenzioni precedenti (identità soggettiva perfetta).

Prima dell'adozione della Convenzione del 1921, infatti, l'adesione alla Convenzione del 1910 comportava *ipso facto* l'adesione alla Convenzione del 1904, ma altrettanto non si poteva dire per l'adesione alla Convenzione del 1904, che non implicava alcuna adesione automatica alla Convenzione del 1910. Inoltre, la denuncia della Convenzione del 1910 non comportava l'automatica denuncia della Convenzione del 1904.

L'art. 1 della Convenzione del 1921 ha previsto l'obbligo, per gli Stati che non fossero ancora parte delle due Convenzioni precedenti, di aderire a o ratificare le stesse. L'effetto occulto di questa disposizione è quello di impedire allo Stato parte

della Convenzione del 1921 di denunciare la Convenzione del 1904 o quella del 1910, senza denunciare anche la Convenzione del 1921. La denuncia di uno dei due strumenti anti “White Slave Traffic” non accompagnata dalla denuncia della Convenzione del 1921, infatti, sarebbe una violazione indiretta dell’art.1 in esame, la cui *ratio* è quella di creare un’identità soggettiva perfetta tra le Parti delle tre Convenzioni.

Tale ragionamento non è smentito dalla possibilità, per lo Stato, di aderire solamente alla Convenzione del 1904, oppure solamente alla Convenzione del 1910 (con il già ricordato effetto di adesione automatica alla Convenzione del 1904). L’identità soggettiva si verifica, infatti, per effetto di quanto disposto dalla Convenzione del 1921: qualora lo Stato non aderisca o non sia parte della stessa, non sarà vincolato dal disposto del suo art.1.

La conclusione cui si giunge, di conseguenza, è che la Convenzione del 1921 ha creato un “pacchetto unico”, che impedisce un’adesione *à la carte* al combinato disposto rappresentato dalle tre Convenzioni in esame.

Focalizzandoci sul profilo definitorio-oggettivo, le considerazioni precedentemente svolte in merito al rapporto intercorrente tra la Convenzione del 1910 e la Convenzione del 1904 possono essere qui nuovamente riproposte: le tre Convenzioni in esame non potranno essere lette come parti di “un’unica macro convenzione” anti tratta.

Ciò, si noti, sulla base di una considerazione logica ancor prima che giuridica. L’impossibilità di vedere le due Convenzioni del 1904 e del 1910 come *un unicum*, ma solamente come parti di un combinato disposto, comporta inevitabilmente che neanche le tre Convenzioni, quella del 1904, quella del 1910 e quella del 1921, potranno essere considerate tali.

In altre parole, se A non può essere considerato *un unicum* con B, allora neanche C potrà essere considerato *un unicum* con A e B.

Si è infatti analizzato come le definizioni di tratta, *rectius* di “White Slave Traffic” contenuta nelle Convenzioni del 1904 e del 1910 non siano né sovrapponibili né

riconducibili ad un rapporto di inclusione, ma restino indipendenti e inconciliabili l'una con l'altra.

Ciò principalmente per due motivi.

In primo luogo, come già sottolineato, la Convenzione del 1904 prende in considerazione solamente la tratta che non si sia consumata all'interno di un unico Stato, a differenza della Convenzione del 1910, per la quale rileva sia la tratta interna che la tratta *cross-border*.

In secondo luogo, la Convenzione del 1910 stabilisce che il dolo specifico della tratta sia quello di gratificare l'altrui libidine per fini immorali, riducendo quindi il fine rilevante ai sensi della consumazione della *figura criminis* al solo sfruttamento della prostituzione altrui che non si verifichi all'interno di case chiuse. Diversamente, la Convenzione del 1904 prevede il generico dolo specifico consistente negli "immoral purposes" menzionati all'art.1.

Solo la Convenzione del 1921 avrebbe potuto superare tale inconciliabilità, modificando la definizione contenuta in uno dei due strumenti precedenti o prevedendo un'unica nuova definizione di tratta.

Dal momento che, tuttavia, tale intervento non ha avuto luogo, si può concludere che il solo, ma decisivo, ostacolo alla possibilità di considerare gli accordi in esame come un unico strumento a formazione progressiva sia proprio la mancanza di una definizione di tratta unica e comune alle tre Convenzioni.

7. La Convenzione concernente la repressione della tratta delle donne maggioresenni del 1933

L'art. 1 della Convenzione concernente la repressione della tratta delle donne maggiorienni, conclusa l'11 ottobre 1933 ed entrata in vigore il 24 agosto 1934⁽¹⁸⁾, prevede che "[w]hoever, in order to gratify the passions of another person, has procured, enticed or led away even with her consent, a woman or girl of full age for immoral purposes to be carried out in another country, shall be punished,

⁽¹⁸⁾ D'ora in poi "Convenzione del 1933". L'Italia non ha ratificato tale strumento.

notwithstanding that the various acts constituting the offence may have been committed in different countries”.

Non si riscontrano grandi novità rispetto alle definizioni contenute nelle precedenti convenzioni, ad eccezione della previsione relativa all’irrelevanza del consenso della vittima adulta ⁽¹⁹⁾, precedentemente considerato elemento scriminante.

Un altro elemento di novità consiste nel fatto che, come hanno fatto notare alcuni Autori, la Convenzione si applica in tutti i casi in cui la vittima sia una donna di età adulta, e non solo qualora essa sia una “white slave” ⁽²⁰⁾.

Terzo ed ultimo elemento di frattura rispetto alle Convenzioni precedentemente analizzate riguarda l’esplicito riferimento alla necessità che, ai fini dell’integrazione del reato, il dolo specifico di tratta richieda la volontà di sfruttare la vittima in uno Stato diverso dallo Stato o dagli Stati di reclutamento ⁽²¹⁾.

Sotto questo punto di vista, tuttavia, la formulazione della fattispecie di reato risulta sollevare qualche problematicità.

L’art. 1, infatti, può essere oggetto di due differenti letture.

La prima interpretazione possibile è quella che legge l’*another country* come uno Stato diverso dagli Stati in cui la vittima è stata reclutata o *trasportata*. Tale lettura porta inevitabilmente ad un *en-passe* logico-giuridico, dal momento che è inevitabile che la donna oggetto di tratta, per essere sfruttata in un determinato Stato, dovrà prima essere stata trasportata materialmente in quel Paese. In altre parole, il trasporto *cross-border* nello Stato di sfruttamento è condotta inevitabilmente prodromica allo sfruttamento stesso: richiedere che la vittima sia sfruttata in uno Stato diverso da quella in cui è stata trasportata comporterebbe un’illogica disapplicazione della Convenzione in questione, richiedendo l’integrazione di una fattispecie materialmente impossibile.

⁽¹⁹⁾ V. *inter multos* L. ROMAGNOLI, *La traite Humaine à caractère sexuel et les associations abolitionnistes en France...cit.* p. 12.

⁽²⁰⁾ M. K. MEYER, E. PRÜGL, *Gender Politics in Global Governance*, Rowman & Littlefield, p.238.

⁽²¹⁾ “Whoever, in order to gratify the passions of another person, has procured, enticed or led away even with her consent, a woman or girl of full age *for immoral purposes to be carried out in another country*, shall be punished, notwithstanding that the various acts constituting the offence may have been committed in different countries” (corsivo aggiunto).

La seconda lettura dell'art.1, invece, vede l'*another country* come uno Stato diverso dallo Stato in cui la vittima è stata *reclutata*. In altre parole, tale interpretazione prevede che il reato di tratta sia integrato qualora la vittima venga (a) reclutata in uno Stato e sfruttata in un altro Stato (b) reclutata in uno Stato, trasportata attraverso altri Stati e sfruttata nel Paese di destinazione finale, che dovrà essere diverso dallo Stato di reclutamento iniziale ⁽²²⁾.

Ciò è sintomo della sempre maggiore rilevanza che sta assumendo il reato oggetto del dolo specifico di tratta.

Le Convenzioni finora analizzate, come ricordato, sanzionano solo gli atti di reclutamento e trasporto della vittima, non anche le condotte di sfruttamento poste in essere dopo il trasporto.

La Convenzione del 1904 non si applicava alla tratta interna.

Le Convenzioni del 1910 e del 1921, invece, si applicavano tanto alla tratta interna quanto alla tratta *cross-border*, focalizzandosi sull'elemento del trasporto della vittima ed assumendo come irrilevante, ai fini dell'integrazione del reato e dell'applicazione della Convenzione, il luogo di sfruttamento della stessa.

La Convenzione del 1933, invece, si applica tanto alla tratta interna quanto alla tratta *cross-border*, qualora il fine sia quello di sfruttare la vittima in uno Stato diverso da quello di reclutamento. Non si applicherà (e questo è l'effetto occulto della Convenzione in esame) in caso di tratta interna con finalità di sfruttamento all'interno dello Stato di reclutamento/trasporto.

Da questo punto di vista, si può ritenere che la Convenzione del 1933 sia sintomo di una nuova sensibilità della Comunità internazionale in merito al concetto di reato transnazionale.

Si tratta di un primo passo lungo il percorso che porterà all'adozione, nel 2000, della *United Nations Convention against Transnational Organized Crime*, che, all'art. 3, afferma che “[f]or the purpose of paragraph 1 of this article, an offence is transnational in nature if: (a) It is committed in more than one State; (b) It is committed in one State but a substantial part of its preparation, planning, direction

⁽²²⁾ L'ipotesi sub (b) è possibile grazie alla locuzione “notwithstanding that the various acts constituting the offence may have been committed in different countries” di cui all'art.1.

or control takes place in another State; (c) It is committed in one State but involves an organized criminal group that engages in criminal activities in more than one State; or (d) *It is committed in one State but has substantial effects in another State*” (corsivo aggiunto).

Prevedere la rilevanza, ai fini della qualificazione di un reato come reato transnazionale, degli effetti sostanziali *cross-border* dello stesso, altro non significa che dare rilevanza agli effetti di un dolo specifico che si è concretizzato. Non deve quindi sorprendere se la Convenzione del 1933, nella quale il dolo specifico della tratta ha assunto innegabilmente un maggior peso rispetto alle Convenzioni anteriori, preceda la *Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione* del 1949, volta a reprimere non solo le condotte di reclutamento e trasporto ma anche, come facilmente desumibile, lo sfruttamento della prostituzione quale oggetto del dolo specifico del reato di tratta.

Abbandonando le questioni definitorie e proseguendo nell’analisi della Convenzione in esame, si deve sottolineare come il preambolo della Convenzione presenti un esplicito riferimento alle Convenzioni dei 1904, del 1910 e del 1933, ponendosi l’obiettivo di implementare l’insieme degli strumenti anti tratta adottati negli anni precedenti ⁽²³⁾.

Molto importante, infine, è l’accento posto dalla Convenzione in commento sul *law enforcement* statale, nonché sugli obblighi di cooperazione in capo alle Parti. Per quanto concerne il *law enforcement*, l’art. 2 prevede che “[t]he High Contracting Parties whose laws are at present inadequate to deal with the offences specified in the preceding Article agree to take the necessary steps to ensure that these offences shall be punished in accordance with their gravity”.

L’art.3 contiene, invece, importanti disposizioni in materia di svolgimento di indagini congiunte.

⁽²³⁾ “[...] having decided to complete by a new Convention the Agreement of 18 May 1904[1] and the Conventions of 4 May 1910[2] and 30 September 1921[3] relating to the suppression of the traffic in women and children”.

Si prevede, infatti, che qualora gli elementi costitutivi la condotta criminosa sanzionata dalle Convenzioni del 1910, 1921 e 1933 siano stati commessi in più Stati parte della Convenzione in esame vi sia un obbligo per gli stessi di comunicarsi reciprocamente le sentenze di condanna o altre informazioni che possano essere utili per l'identificazione del soggetto autore del reato o del tentativo di reato, come ad esempio i connotati fisici, le impronte digitali o il casellario giudiziale. Sulle Parti grava anche l'obbligo di comunicare agli altri Stati parte della Convenzione che fossero coinvolti nelle indagini le misure di respingimento al confine o di espulsione di cui sia stato eventualmente oggetto l'autore del reato (o del tentativo di reato). Nello specifico si prevede che “[t]hese documents and information shall be sent direct and without delay to the authorities of the countries concerned in each particular case *by the authorities named in Article 1 of the Agreement concluded in Paris on 18 May 1904* and, if possible, in all cases when the offence, conviction, refusal of admission or expulsion has been duly established” (corsivo aggiunto).

L'art.4 disciplina le modalità di risoluzione delle controversie vertenti non solo sull'applicazione della Convenzione del 1933, ma anche sull'applicazione delle Convenzioni del 1910 e del 1921, e ciò a ulteriore testimonianza della forte interconnessione che lega le Convenzioni anti tratta finora analizzate.

L'articolo in questione prevede che, nel caso in cui una controversia tra le Parti non possa essere risolta in via diplomatica, essa dovrà essere regolata secondo le disposizioni, in vigore tra le Parti, in tema di regolamento delle controversie internazionali. Qualora tra le Parti non siano in vigore trattati di questo tipo, la questione dovrà essere devoluta ad arbitri o sottoposta a tribunali internazionali. Nel caso in cui non si riesca a trovare un accordo, allora la controversia sarà sottoposta, su richiesta di una delle Parti, alla Corte Permanente di Giustizia Internazionale (CPGI), come da previsione originale, alla Corte Internazionale di Giustizia (CIG), come da modifica successiva operata dal Protocollo di Lake Success del 1947, a patto che le Parti della controversia abbiano aderito allo Statuto delle suddette Corti. In caso negativo, la controversia sarà devoluta ad un

tribunale arbitrale costituito conformemente alla Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907 per la risoluzione pacifica dei conflitti internazionali.

Gli artt. 5, 6 e 7 disciplinano firma, ratifica e possibilità di adesione alla Convenzione, così come l'art. 10 che, prima delle modifiche apportate dal Protocollo di Lake Success del 1947, che ne hanno abrogato gran parte del contenuto, doveva essere letto in combinato disposto con il par.3 dell'art 1. Quest'ultimo, infatti, afferma che “[f]or the purposes of the present Article, the term "country" includes the colonies and protectorates of the High Contracting Party concerned, as well as territories under his suzerainty and territories for which a mandate has been entrusted to him”. L'art. 10 prevedeva la possibilità per lo Stato di dichiarare, al momento della firma, della ratifica o dell'adesione alla Convenzione, che questa non sarebbe entrata in vigore per l'insieme o una parte delle sue colonie, protettorati, territori d'oltre mare, territori posti sotto la sua sovranità o territori per i quali le è stato affidato un mandato. Tale dichiarazione poteva essere oggetto di dichiarazione contraria depositata presso il Segretario Generale della SdN, che avrebbe avuto effetto decorsi sessanta giorni dal ricevimento della stessa da parte del Segretario Generale (comma 2). Era altresì possibile ritirare la dichiarazione di cui al comma 2: la dichiarazione di ritiro avrebbe avuto effetto un anno dopo il suo ricevimento da parte del Segretario Generale. Da notare che, come precedentemente ribadito, l'art. 10 è stato oggetto di sostanziali modifiche ad opera del Protocollo di Lake Success del 1947, che ne ha abrogato i paragrafi 1, 2, 3 e 5 e ne ha modificato il par. 4.

La formulazione attuale dell'articolo è la seguente: “[t]he Secretary-General shall communicate to all the Members of the United Nations and to the non-member States to which the Secretary-General has communicated a copy of the Convention, the denunciations referred to in article 9”⁽²⁴⁾.

⁽²⁴⁾ Per una visione generale della Convenzione v. M. CHERIF BASSIOUNI, *International Criminal Law... cit.* p. 570; B. FASSBENDER, A. PETERS, S. PETER, D. HÖGGER, *The Oxford Handbook ...cit.* p. 134; S. SCARPA, *Trafficking in Human Beings ... cit.* p. 51; J. ALLAIN, *Slavery in International Law... cit.* p.344; A. T. GALLAGHER, *The International Law... cit.* p. 14; D. KYLE, R. KOSLOWSKI, *Global Human Smuggling: Comparative Perspectives*, JHU Press, p.130; J. ELLIOTT, *The Role of Consent... cit.* p. 50. Interessante come quest'ultima Autrice affermi che “[t]he instrument had the effect of extending pre-existing treaties to women of full age who had been trafficked, even with their consent”. Tale

8. Il Protocollo firmato a Lake Success, New York, il 12 Novembre 1947, di emendamento della Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli, conclusa a Ginevra il 30 settembre 1921, e della Convenzione concernente la repressione della tratta delle donne maggiorenni, conclusa a Ginevra l'11 ottobre 1933

La Convenzione del 1921 e la Convenzione del 1933 sono state emendate dal Protocollo di Lake Success del 1947 ⁽²⁵⁾. Scopo dell'emendamento fu quello di trasferire alla neonata Organizzazione delle Nazioni Unite (ONU) le funzioni prima attribuite alla Società delle Nazioni (SdN). Il Protocollo non ha quindi apportato modifiche di primaria rilevanza, né degne di nota in tema di definizione di tratta. La Convenzione del 1921 è stata emendata agli artt. 9, primo paragrafo

assunto lascia se non altro qualche dubbio, dal momento che la Convenzione in esame non contiene una disposizione che preveda l'applicazione di tutte le disposizioni delle precedenti Convenzioni alla tratta di donne maggiorenni consenzienti. Non solo, a differenza di quanto contenuto nella Convenzione del 1921, la Convenzione del 1933 non prevede neanche un obbligo per gli Stati di aderire alle o ratificare le precedenti Convenzioni. L'affermazione dell'Autrice potrebbe giustificarsi sulla base di quanto contenuto nel preambolo della Convenzione, che, come detto, afferma che le Parti contraenti hanno deciso "to complete by a new Convention the Agreement of 18 May 1904[1] and the Conventions of 4 May 1910[2] and 30 September 1921[3] relating to the suppression of the traffic in women and children". Potrebbe una simile disposizione, per altro contenuta nel preambolo, essere letta come un indiretto obbligo di ratifica delle Convenzioni precedenti di per sé bastante ad estendere la disciplina delle stesse anche alla tratta di donne maggiorenni consenzienti? Alla luce del dato letterale della disposizione, nonché del fatto che essa sia enunciata nel preambolo della Convenzione, una risposta affermativa sembra più che mai improbabile.

⁽²⁵⁾ Ufficialmente "Protocollo firmato a Lake Success, New York, il 12 Novembre 1947, di emendamento della Convenzione internazionale per la repressione della tratta delle donne e dei fanciulli, conclusa a Ginevra il 30 settembre 1921, e della Convenzione concernente la repressione della tratta delle donne maggiorenni, conclusa a Ginevra l'11 ottobre 1933", qui, per esigenze di snellezza espositiva, "Protocollo di Lake Success del 1947". L'Italia vi ha aderito il 5 gennaio 1949. Sul punto v. E. DECAUX, *Les formes contemporaines de l'esclavage... cit.* p. 100; J. SOREL, C. POPESCU (a cura di), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé... cit.* p. 266, nota 24; V. GHÉBALI †, *Contribution à l'étude du fonctionnement des organisation internationales pendant la guerre: Le cas de la société des nations et de l'Organisation internationales du travail*, Primento, 2013, p. 690.

(²⁶), 10 (²⁷), 12 (²⁸), 13 (²⁹). L'art.14, invece, è stato cancellato. La Convenzione del 1933 è stata, invece, emendata agli artt.4 (³⁰), 6 (³¹), 7 (³²), 9 (³³) e 10.

9. La Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione del 1949

(²⁶) Il testo emendato è il seguente: “[t]he present Convention is subject to ratification. With effect from 1 January 1948 instruments of ratification shall be transmitted to the Secretary-General of the United Nations, who will notify the receipt of them to Members of the United Nations and to non-member States to which the Secretary-General has communicated a copy of the Convention. The instruments of ratification shall be deposited in the archives of the Secretariat of the United Nations”.

(²⁷) Il testo emendato è il seguente: “[m]embers of the United Nations may accede to the present Convention.

The same applies to non-member States to which the Economic and Social Council of the United Nations may decide officially to communicate the present Convention. Accession will be notified to the Secretary-General of the United Nations, who will notify all Members of the United Nations and the non-member States to which the Secretary-General has communicated a copy of the Convention.”

(²⁸) Il testo emendato è il seguente: “[t]he present Convention may be denounced by any State which is a Party thereto, on giving twelve months' notice of its intention to denounce. Denunciation shall be effected by notification in writing addressed to the Secretary-General of the United Nations. Copies of such notification shall be transmitted forthwith by him to all Members of the United Nations and to non-member States to which the Secretary-General has communicated a copy of the Convention. The denunciation shall take effect one year after the date on which it was notified to the Secretary-General of the United Nations, and shall operate only in respect of the notifying Power.”

(²⁹) Il testo emendato è il seguente: “[a] special record shall be kept by the Secretary-General of the United Nations, showing which of the Parties have signed, ratified, acceded to or denounced the present Convention. This record shall be open at all times to any Member of the United Nations or any non-member State to which the Secretary-General has communicated a copy of the Convention; it shall be published as often as possible, in accordance with the directions of the Economic and Social Council of the United Nations.”

(³⁰) Per quanto concerne l'art. 4, le funzioni della CPGI sono state assunte dalla CIG.

(³¹) Il testo emendato è il seguente: “[t]he present Convention shall be ratified. With effect from 1 January 1948 the instruments of ratification shall be transmitted to the Secretary-General of the United Nations, who shall notify their receipt to all Members of the United Nations and to non-member States to which the Secretary-General has communicated a copy of the Convention.”

(³²) Il testo emendato è il seguente: “Members of the United Nations may accede to the present Convention. The same applies to non-member States to which the Economic and Social Council of the United Nations may decide officially to communicate the present Convention. The instruments of accession shall be transmitted' to the Secretary-General of the United Nations, who shall notify their receipt to all Members of the United Nations and to non-member States to which the Secretary-General has communicated a copy of the Convention”.

(³³) Per quanto concerne l'art. 9, le funzioni del Segretario Generale della SdN sono state assunte dal Segretario Generale dell'ONU.

Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite con risoluzione 317 (IV) del 2 dicembre 1949 ed entrata in vigore il 25 luglio 1951, la Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione del 1949 ⁽³⁴⁾ sostituisce o annulla, tra le Parti, le disposizioni delle Convenzioni del 1904, 1910, 1921 e 1933 ⁽³⁵⁾.

Tale Convenzione fu elaborata successivamente alla bozza di Convenzione unica in materia del 1937 ⁽³⁶⁾, e fu vista dalle Parti contraenti come uno strumento unico volto a rafforzare l'azione anti-tratta. Nonostante questo lodevole proposito, il testo adottato non manca di suscitare alcune perplessità, specialmente in merito alle questioni definitorie.

Come ha già rilevato parte della dottrina ⁽³⁷⁾, un primo elemento di incongruenza riguarda le discontinuità tra titolo, preambolo e testo della Convenzione.

Mentre il titolo della Convenzione parla di “repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione”, il preambolo afferma che “[...] *prostitution and the accompanying evil of the traffic in persons for the purpose of prostitution are incompatible with the dignity and worth of the human person and endanger the welfare of the individual, the family and the community*” (corsivo aggiunto), e il testo non fa alcun esplicito riferimento al termine tratta, limitandosi ad una perifrasi del concetto.

⁽³⁴⁾ D'ora in poi “Convenzione del 1949”. L'Italia vi ha aderito il 18 gennaio 1980.

⁽³⁵⁾ Ciò ai sensi dell'art. 28, che afferma che “[t]he provisions of the present Convention shall supersede in the relations between the Parties thereto the provisions of the international instruments referred to in subparagraphs 1, 2, 3 and 4 of the second paragraph of the Preamble, each of which shall be deemed to be terminated when all the Parties thereto shall have become Parties to the present Convention”. Gli strumenti cui si fa riferimento nel preambolo sono, per l'appunto, le Convenzioni anti tratta e anti “White Slave Traffic” precedentemente analizzate. Sul punto v. anche *Protecting children from sexual violence: a comprehensive approach*, COUNCIL OF EUROPE, 2011, p. 49, nota 4; E. DECAUX, *Les formes contemporaines de l'esclavage... cit.* p. 101 e ss; CHARLES-ÉRIC CLESSE, *La traite des êtres humains*, Primento, 2013, punto 355, nota 2.

⁽³⁶⁾ Il progetto di Convenzione del 1937 fu il risultato di due inchieste sulla tratta di esseri umani, condotte dalla SdN. La prima inchiesta (1927) fu condotta da un team di esperti in alcuni Paesi europei, del Medioriente e del continente americano. La seconda inchiesta, condotta nel 1932, invece, riguardò Paesi Asiatici, e dell'estremo Oriente. Sul punto v. S. SCARPA, *Trafficking in Human Beings ... cit.* p. 52.

⁽³⁷⁾ S. SCARPA, *Trafficking in Human Beings ... cit.* p. 52 e ss.

Tali discordanze possono senz'altro dirsi frutto di una certa sciatteria legislativa, anche se al di là di quanto affermato nel titolo e delle dichiarazioni di principio contenute nel preambolo, l'oggetto della Convenzione deve essere desunto dal testo, e nello specifico da quanto affermato dagli artt. 1, 2 e 4.

Proprio in relazione a quest'ultimo combinato disposto, si possono evidenziare le principali (e più gravi) contraddizioni della Convenzione.

L'art. 1, infatti, afferma che “[t]he Parties to the present Convention agree to punish any person who, to gratify the passions of another: (1) Procures, entices or leads away, for purposes of prostitution, another person, even with the consent of that person; (2) Exploits the prostitution of another person, even with the consent of that person”.

Non vi è dubbio che il punto (1) dell'art.1, mediante una perifrasi, abbia la finalità di prevedere l'obbligo per gli Stati parte della Convenzione di sanzionare la tratta per sfruttamento sessuale, mentre il punto (2) sia finalizzato a sanzionare lo sfruttamento della prostituzione *per se* ⁽³⁸⁾.

L'art. 2, invece, prevede che “[t]he Parties to the present Convention further agree to punish any person who: (1) Keeps or manages, or knowingly finances or takes part in the financing of a brothel; (2) Knowingly lets or rents a building or other place or any part thereof for the purpose of the prostitution of others”.

Per trovare un autonomo ambito di operatività all'articolo appena riportato, si deve ragionare sulla differenza tra l'*exploitation* di cui all'art 1 (2) e le ipotesi di cui all'art. 2, che non prevedono un “guadagno” per l'autore della condotta vietata. Detto in altre parole, per evitare che l'articolo in esame sia pleonastico e risulti

⁽³⁸⁾ Si noti, al riguardo, come il disposto del punto (2) dell'art.1 sia quantomai essenziale ragionando in un'ottica di *law enforcement* sia preventivo che repressivo. Il punto (1) dell'art.1 della Convenzione, infatti, si limita a sanzionare la tratta intesa come mero spostamento (coatto o non) della vittima. Senza la previsione dell'art. 1 (2), quindi, resterebbero escluse dall'ambito della Convenzione, in quanto *post factum* non punibili, le condotte di sfruttamento della prostituzione successive al trasferimento della vittima che non si siano concretizzate in un concorso morale o materiale nel reato di cui all'art. 1 (1). Per fare un esempio chiarificatore, in assenza del punto (2) art.1, la condotta del soggetto che, dopo il trasferimento della vittima e senza aver partecipato, con supporto morale o materiale, al trasferimento della stessa, ne sfrutta le prestazioni sessuali “to gratify the passions of another”, non sarebbe stata punita. Diversamente, la condotta di colui che, necessitando di persone da avviare alla prostituzione, commissiona ad altri il reclutamento e il trasporto delle stesse, sarebbe stata comunque sanzionabile a titolo di concorso “[t]o the extent permitted by domestic law”, ex art.4.

quindi essere assorbito dall'art. 1 (2), si deve ritenere che la disposizione di cui all'art.2 sia volta a prevedere l'obbligo, per gli Stati, di sanzionare le condotte di concorso nella fattispecie di cui all'art. 1(2) non finalizzate all'ottenimento di un guadagno in termini economici e non ⁽³⁹⁾.

L'art. 4, infine, prevede che “[t]o the extent permitted by domestic law, intentional participation in the acts referred to in articles 1 and 2 above shall also be punishable.

To the extent permitted by domestic law, acts of participation shall be treated as separate offences whenever this is necessary to prevent impunity”.

E proprio quest'ultimo articolo, nello specifico tramite l'incipit “to the extent permitted by domestic law”, potrebbe avere un effetto occulto di non secondaria rilevanza sulla portata degli obblighi di *law enforcement* della Convenzione in esame.

L'art. 4, infatti, non fa altro che rimettere alla discrezionalità statale l'obbligo di reprimere le condotte di concorso (“intentional participation”) nei reati di cui agli artt. 1 e 2.

Il primo effetto di tale disposizione sarebbe, quindi, quello di una parziale abrogazione dell'art. 2, che, disciplinando esclusivamente condotte di concorso, non dovrebbe essere più letto come un articolo che prevede un obbligo repressivo in capo agli Stati, quanto piuttosto come un articolo che lascia totale libertà agli Stati in merito alla criminalizzazione delle condotte enunciate.

Una libertà che, a ben vedere, gli Stati avrebbero avuto anche in assenza di una previsione espressa della Convenzione. Più che di abrogazione parziale, quindi, è più corretto parlare di abrogazione totale: a causa della lettura in combinato disposto con l'art. 4, l'art. 2 finirebbe per essere considerato *tamquam non esset*.

Di più, l'art. 4 si potrebbe estendere anche alle condotte di concorso nelle fattispecie di cui all'art. 1, creando così un effetto di abrogazione parziale dell'art. 1 (2). Come infatti precedentemente sottolineato, la condotta di colui che sfrutta

⁽³⁹⁾ Fattispecie che, nella prassi, si verificherà assai raramente, dal momento che è alquanto improbabile che un soggetto finanzia o affitti case chiuse senza la volontà di trarre un guadagno dallo sfruttamento della prostituzione altrui.

la prostituzione di un'altra persona anche se consenziente può consistere o meno in un concorso nel reato di tratta finalizzato alla prostituzione, a seconda del fatto che l'*exploiter* abbia o meno fornito un contributo morale o materiale alla tratta.

L'art. 4 avrebbe quindi l'effetto di rimettere alla volontà statale la sanzione di tutte le condotte ex art. 1 (2) che siano anche concorsuali nel reato di tratta.

Verrebbe così a crearsi una conseguenza paradossale: gli Stati avrebbero l'obbligo di sanzionare penalmente gli atti di sfruttamento della prostituzione posti in essere da parte di chi non ha concorso alla tratta della vittima, e la semplice facoltà di sanzionare penalmente condotte di concorso nella tratta sfociate nello sfruttamento delle prestazioni sessuali della vittima da parte del concorrente.

Portando alle estreme conseguenze tale ragionamento – non senza un cenno di provocazione – si potrebbe così concludere l'analisi degli effetti occulti dell'art. 4 della Convenzione in esame: dal momento che prevedere la non punibilità di una condotta più grave (concorso + sfruttamento della prostituzione) e la punibilità di condotte meno gravi (il semplice sfruttamento della prostituzione) risulterebbe non solo anti-giuridico ma perfino illogico, si potrebbe ritenere che l'art. 4 si estenda analogicamente anche all'ipotesi di mero sfruttamento, con conseguente abrogazione dell'art. 1 (2).

Seguendo questa linea di ragionamento, senza dubbio abbastanza estremista, si giungerebbe quindi ad affermare che la Convenzione del 1949, ragionando esclusivamente in termini di *law enforcement*, pur menzionando nel titolo lo sfruttamento della prostituzione, si occupi esclusivamente della repressione della tratta intesa come spostamento materiale della vittima con dolo specifico, lasciando agli Stati piena autonomia nella repressione della condotta ex art. 1 (2). Un simile ragionamento, che nasce da un'incongruenza intrinseca alla Convenzione in esame, non può essere accettato.

Le conseguenze cui perverrebbe l'estensione degli effetti occulti dell'art.4 conducono, infatti, ad un risultato chiaramente assurdo e irragionevole.

Per superare tale *empasse*, si dovrà ricorrere alle regole interpretative previste dagli artt. 31- 33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

Se è infatti vero che essa non si applica ai trattati stipulati prima dell'entrata in vigore della stessa ⁽⁴⁰⁾, non si può ignorare come autorevole dottrina abbia rilevato che gli articoli in questione hanno natura consuetudinaria, e possono applicarsi anche ai trattati stipulati prima del 1969 ⁽⁴¹⁾.

La Corte europea dei Diritti dell'Uomo (d'ora in poi ECHR), nel caso *Goldner*, ha infatti affermato che gli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati enunciano “principi generali comunemente accettati in diritto internazionale”.

Il plesso di articoli della Convenzione del 1949, quindi, dovrà essere riletto alla luce delle disposizioni contenute negli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna: il trattato dovrà essere interpretato “in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto ed alla luce del suo oggetto e del suo scopo” ⁽⁴²⁾.

Dal momento che i paradossi finora analizzati non sono dovuti all'interpretazione di un singolo termine contenuto nella Convenzione, quanto piuttosto al rapporto contraddittorio tra più articoli, dei quattro criteri principali (buona fede, senso comune da attribuire ai termini del trattato, contesto, e combinato disposto oggetto-scopo del trattato) se ne dovranno prendere in considerazione tre: la buona fede, il contesto e l'oggetto-scopo del trattato.

⁽⁴⁰⁾ Art.4. *Non-retroactivity of the present Convention*. “Without prejudice to the application of any rules set forth in the present Convention to which treaties would be subject under international law independently of the Convention, the Convention applies only to treaties which are concluded by States after the entry into force of the present Convention with regard to such States”.

⁽⁴¹⁾ V. D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto Internazionale*, Giuffrè, 2016, p. 137; M. DE SALVIA, V. ZAGREBELSKY, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia delle Comunità europee, Volume 1*, Giuffrè, 2006, p. 186; V. PETRALIA, *Equo processo, giudicato nazionale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, 2012, p. 149; F. FRANCONI, *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Giuffrè, 2008, p.36; E. MANIGLIA, *Rapporti fra le (due) Corti europee in materia di rimedi giurisdizionali: effettività della tutela e giusto processo*, in *Annali del seminario giuridico (2007-2008)*, Giuffrè, 2009, p.84; AA. VV., *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, 2007, p. 3; J. G. MERRILLS, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1995, p.69; M. DELMAS- MARTY, *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 286.

⁽⁴²⁾ Art. 31 della Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati.

L'interpretazione secondo buona fede "obbliga le Parti contraenti ad interpretare il trattato in modo ragionevole, nel rispetto sia delle norme sia della volontà dei suoi autori. È un principio per così dire 'classico'" (43). Non solo: il principio di buona fede "impedisce che una delle parti contraenti possa avvantaggiarsi di un'espressione ambigua del testo o di un errore commesso in sede di redazione del trattato" (44).

Applicando, quindi, la regola interpretativa al caso concreto, si nota come l'interpretazione del combinato disposto degli artt. 1, 2 e 4 precedentemente esposta porti non solo ad un risultato irragionevole, ma possa anche, a ben vedere, essere considerata come un potenziale abuso interpretativo fondato su un errore (45) commesso in sede di redazione della Convenzione.

Per quanto concerne il secondo criterio interpretativo, ossia quello dell'interpretazione contestuale, esso prevede che la singola disposizione-locuzione di un trattato non debba essere interpretata in maniera isolata, ma come parte di un più ampio disposto comprendente il preambolo, gli allegati e il titolo del trattato stesso (46). Unico limite all'interpretazione contestuale è rappresentato

(43) D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto Internazionale... cit.* p.137.

(44) R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Giuffrè, 2009, p.84. V. anche N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, 2016, p.210; A.GIOIA, *Diritto internazionale. Manuale breve. Tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Giuffrè, 2013, p. 93; E. DE BRABANDERE, I. VAN DAMME, *Good Faith in Treaty Interpretation*, in A. D. MITCHELL, M. SORNARAJAH, T. VOON, *Good Faith and International Economic Law*, OUP, 2015, p. 37 e ss.; F. A. ENGELEN, *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD, 2004, p.111; R. GARDINER, *Treaty Interpretation*, OUP, 2015, p. 167; R. KOLB, *La bonne foi en droit international public: Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Graduate Institute Publications, punto 215 e ss.; L.EHRLICH, "L'interprétation des traités", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 24/1928, p. 80 e ss.

(45) Perché di errore, in questo caso, si può parlare senza troppe incertezze. Se le modalità di risoluzione del contrasto tra la disposizione dell'art. 4 e le disposizioni degli artt. 1 e 2 della Convenzione del 1949 potrebbero apparire molteplici, l'esistenza di una frizione tra gli articoli summenzionati causata dalla locuzione "[t]o the extent permitted by domestic law" di cui all'art.4 sembra essere, a rigor di logica e di diritto, ineluttabile.

(46) V. D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto Internazionale... cit.* p.138, dove vengono riportati i passi del Parere consultivo della CPGI sulla *Competenza dell'OIL per la regolamentazione del lavoro nell'agricoltura*, ove la Corte afferma che "[p]er esaminare la questione attualmente pendente davanti alla Corte, alla luce stessa dei termini del trattato, bisogna evidentemente leggere [questo atto] nel suo insieme, senza determinare il suo significato sulla base di qualche

frase separata dal suo contesto e che, avulsa appunto da tale contesto, può essere interpretata in molti modi” e della sentenza della CIG nel caso del *Tempio di Préah-Vihéar* del 1962, dove la Corte statuisce che “[L]a Corte deve applicare le regole normali di interpretazione e la prima di queste è, secondo la propria giurisprudenza consolidata, che bisogna interpretare le parole nel loro senso naturale e ordinario nel contesto da cui esse emergono”. Significativo, al riguardo, anche il caso *Ambatielos*, in cui la CIG ha sostenuto che “le disposizioni [di una] dichiarazione [avevano] il carattere di clausole interpretative e, come tali, [dovevano] essere considerate come parti integranti del trattato”. V. anche A. GIOIA, *Diritto internazionale. Manuale breve... cit.* p. 93; A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Giuffrè, 2009, p. 187; R. BAGGIO, *Il principio di territorialità ... cit.* p. 215. Interessante anche la riflessione di E. Cannizzaro (E. CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, 2011, p. 224), che sottolinea come l’interpretazione contestuale, ai sensi dell’art. 31 par. 2 e 3, della Convenzione di Vienna, possa essere definita anche “interpretazione globale”. L’obbligo, per l’interprete, di prendere in considerazione non solo il contesto del singolo trattato, ma anche l’insieme degli accordi connessi e l’insieme delle norme di diritto internazionali, vincolanti e non, applicabili alle parti, espone il dato testuale ad un’interpretazione dinamica: la singola disposizione potrà essere, in certi casi, interpretata in maniera diversa alla luce di un mutamento del contesto esterno al trattato.

V. inoltre V. DURO DEGAN, *Medunarodno pravo*, Pravni fakultet Rijeka, 2000; J. ANDRASSY, *Medunarodno pravno*, Udzbenili zagrebackog sveucilista ed., 1958; V. DURO DEGAN, B. PAVISIC, *Medunarodno kazeno pravo*, Pravni fakultet Rijeka, 2005 e M. NOVAK, *Uvod v pravo*, Evropska pravna fakulteta v novi gorici, 2010, p. 409 e ss.

V. anche M. E. VILLIGER, *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, BRILL, 2009, pp. 423 e 427. Nello specifico l’Autore sottolinea come, nella prassi di CIG e CPGI precedente al 1969, il criterio di interpretazione prevalente fosse proprio quello contestuale, mentre l’approccio teleologico (che pur veniva spesso utilizzato per interpretare i trattati istitutivi di Organizzazioni Internazionali Governative – d’ora in poi OIG –) aveva natura sussidiaria e ancillare. Ciò emerge non solo dalla giurisprudenza della CIG (*Competenza dell’Assemblea generale per l’ammissione di uno Stato alle Nazioni Unite*, dove si afferma che “[i]f the relevant words in their natural and ordinary meaning make sense in their context, that is an end to the matter”), ma anche dallo studio di Sir Gerald Fitzmaurice sui principi di interpretazione adottati dalle Corti dell’Aja, studio che sottolinea come l’interpretazione predominante fosse, appunto, quella contestuale. L’interpretazione teleologica, di conseguenza, risultava sussidiaria alla prima. In tale senso parrebbe pronunciarsi anche U. Linderfalk (U. LINDERFALK, *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer Science & Business Media, 2007, p.7), che, analizzando la “gerarchia” dei criteri ermeneutici indicati dalla Convenzione di Vienna, afferma che “Some means of interpretation have no independent function at all; they can be used only relative to other means. Consider for example the case where an applier interprets a treaty using the context [...] [t]he context can be used only in relation to conventional language”. Tale affermazione non è, tuttavia, esente da obiezioni. È infatti evidente che tutti i mezzi di interpretazione non possono prescindere da un oggetto da interpretarsi, e che tale oggetto è proprio il “conventional language” cui fa riferimento Linderfalk. Tale ragionamento, tuttavia, può essere svolto in relazione a tutti i metodi interpretativi di cui all’art. 31 par.1 della Convenzione di Vienna. Si pensi, ad esempio, al criterio che prevede che un trattato deve essere interpretato in buona fede in base al senso comune da attribuire ai termini dello stesso. Chiaramente anche in questo caso per poter interpretare un testo secondo buona fede, non si potrà prescindere dall’esistenza del testo stesso. Ancora: il criterio ermeneutico che valorizza lo scopo del trattato presuppone un testo dal quale lo scopo si possa desumere. In altre parole, è l’idea di interpretazione stessa ad essere ancillare all’esistenza di un testo da interpretarsi, proprio perché l’interpretazione è un’attività che si svolge *sul* testo e *in funzione del* testo. Ciò non può portare a concludere che il criterio finalistico e quello contestuale siano subordinati al senso letterale dei termini convenzionali. *Rectius*, si può anche ammettere che l’interpretazione in buona fede in base al senso comune da

dalla ragionevolezza dell'esito interpretativo: l'interpretazione non dovrà portare a risultati irragionevoli o assurdi ⁽⁴⁷⁾.

Ciò a bene vedere equivale a dire che il criterio dell'interpretazione in buona fede (che, come si è visto, obbliga le Parti del trattato ad interpretarlo in modo ragionevole) è sovraordinato a quello dell'interpretazione contestuale, e ciò non per ragioni giuridiche quanto piuttosto per ragioni logiche. *Rectius*, il principio di buona fede inteso come regola sottostante le relazioni tra soggetti giuridici può essere considerato un *endoxa*, un principio primo di ogni ordinamento (un ordinamento che si fonda sul suo opposto, ossia sulla mala fede, sarebbe infatti destinato ad una disgregazione tanto ovvia quanto repentina). Tale considerazione trova conferma anche se si declina il concetto di buona fede come regola di interpretazione del trattato internazionale: il trattato deve essere interpretato secondo buona fede per il semplice motivo che l'interpretazione secondo mala fede porterebbe alla negazione stessa dell'idea di trattato come “an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation”⁽⁴⁸⁾.

A differenza del criterio di interpretazione secondo buona fede, che deriva quindi da un'esigenza logica, il criterio di interpretazione contestuale è un criterio di natura giuridica che, nella sua attuazione, dovrà sempre rispettare le esigenze, logicamente imposte, di buona fede e ragionevolezza.

attribuire ai termini del trattato sia il “criterio interpretativo principale”, una sorta di fuoco orientativo cui dovranno essere orientati gli altri criteri. Ciò, tuttavia, non in base al ragionamento proposto da Linderfalk, quanto piuttosto in ragione di esigenze logico-giuridiche che verranno a breve esposte.

V., infine, Y. RADI, *La standardisation et le droit international: Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Primento, 2013, punto 359; R. KOLB, *La bonne foi en droit international public: Contribution à l'étude des principes généraux de droit...cit.* punto 249 e ss.

⁽⁴⁷⁾ V. V. D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto Internazionale... cit.* p.138.

⁽⁴⁸⁾ Art. 2 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969. In tal senso sembra concludere anche M. K. YASSEEN, “La règle générale d'interprétation l'article 31 de la convention”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 151/1976, p. 22, dove l'Autore afferma che “[t]outefois, il est juste d'assigner au principe de la bonne foi un rôle général dans l'interprétation, qui lui assure une certaine supériorité. La bonne foi est, in effet, à la base de tout le droit international et du droit des traités surtout. En la mentionnant, la règle générale d'interprétation confirme sa fonction dans un domaine particulier, mais ne porte pas atteinte à sa valeur propre que justifie sa nature même et que reconnaît l'ordre juridique international”.

Dopo tali considerazioni risulta in ogni modo evidente che l'interpretazione, precedentemente esposta, degli artt. 1, 2 e 4 della Convenzione del 1949 è tutt'altro che in sintonia con il contesto della stessa.

Come si è infatti precedentemente affermato, l'ampliamento degli effetti occulti dell'art. 4 potrebbe condurre persino ad un'abrogazione dell'art. 1 (2), trasformando la Convenzione del 1949 in una Convenzione che – a livello di *law enforcement* – ha per oggetto solamente la tratta intesa come trasporto materiale della vittima.

Tale risultato stride in primo luogo con il titolo della Convenzione (“Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others”), che cita espressamente, tra i reati oggetto della stessa, non solo la tratta ma anche lo sfruttamento della prostituzione altrui.

Un secondo elemento di frattura si ha con il preambolo della Convenzione, che menziona, tra gli obiettivi operativi della Convenzione, quello di reprimere la prostituzione (focus principale dello strumento in esame) e il male che l'accompagna, la tratta di esseri umani finalizzata alla stessa (fine che, da preambolo, sembra essere secondario rispetto all'eradicazione dello sfruttamento della prostituzione) ⁽⁴⁹⁾.

Il terzo ed ultimo criterio che si dovrà prendere in considerazione è quello teleologico, in funzione quindi dell'oggetto-scopo del trattato.

Tale criterio prevede che il trattato debba essere interpretato alla luce delle proprie finalità, desumibili dalla volontà delle Parti contraenti ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁹⁾ “Whereas prostitution and the accompanying evil of the traffic in persons for the purpose of prostitution are incompatible with the dignity and worth of the human person and endanger the welfare of the individual, the family and the community [...].”

⁽⁵⁰⁾ V. D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto Internazionale... cit.* p.138 e 139. Nello specifico gli Autori sottolineano come tale criterio interpretativo sia ampiamente utilizzato sia dalla Corte di Giustizia UE (d'ora in poi CGUE) e dalla CIG nel caso, per esempio, dei *Diritti dei cittadini statunitensi in Marocco (Francia c. Stati Uniti)* del 1952 e dello *Statuto giuridico del Sud-Ovest africano (Etiopia c. SudAfrica, Liberia c. SudAfrica)* del 1966. V. anche A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale ...cit.* p. 187, dove gli Autori mettono in luce che “[l'] interpretazione teleologica è utilizzata spesso nei trattati a tutela dei diritti umani perché amplia, anche in via interpretativa, la protezione dell'individuo, materiale beneficiario del sistema

La Convenzione del 1949, come precedentemente sottolineato, sostituisce o annulla, tra le parti, le disposizioni delle Convenzioni del 1904, 1910, 1921 e 1933, ponendosi come strumento unico per la repressione della tratta e dello sfruttamento della prostituzione.

Proprio alla luce del fatto che la Convenzione in esame sostituisce i precedenti Trattati in materia e non si affianca, semplicemente, agli stessi, si può desumere l'implicita necessità, dettata da esigenze repressive, di ampliare in via ermeneutica (e per quanto consentito dal principio di tassatività, determinatezza e *favor rei*) lo spettro punitivo.

Anche per questo motivo, di conseguenza, la suesposta interpretazione dell'art.4, che conduce all'effetto occulto di ridurre drasticamente il ventaglio punitivo della Convenzione alla sola tratta intesa come spostamento materiale della vittima, risulta contraria alla volontà delle parti, una volontà desumibile sia dal testo del Trattato sia dal contesto dello stesso.

Oltre agli obblighi di *law enforcement* gravitanti intorno alle problematiche definitorie ora analizzate, la Convenzione del 1949 contiene disposizioni concernenti la tutela delle vittime di tratta e prostituzione nonché obblighi di cooperazione interstatale in relazione al riconoscimento delle sentenze di condanna, allo svolgimento delle indagini ed alle rogatorie.

Tra le disposizioni a tutela delle vittime si devono annoverare gli artt. 5, 16, 17 e 19 della Convenzione.

L'art. 5 prevede che la legislazione nazionale debba consentire la costituzione di parte civile alle persone lese nei loro diritti a seguito della commissione di uno dei reati oggetto della Convenzione. Tale diritto deve essere concesso tanto ai cittadini dello Stato, quanto agli stranieri, che dovranno potersi costituire parte civile alle medesime condizioni dei cittadini.

Anche l'art. 16 può essere visto come una disposizione atta a tutelare la vittima di tratta e prostituzione: esso infatti prevede un obbligo, in capo agli Stati, di adottare,

normativo: ad esempio, nel caso di due interpretazioni possibili, una favorevole allo Stato e l'altra all'individuo, si applica quella a favore dell'individuo [...]"

attraverso i propri servizi sociali, pubblici o privati, misure atte a prevenire la tratta di esseri umani e lo sfruttamento della prostituzione, nonché l'obbligo di assicurare la rieducazione e il reinserimento sociale delle vittime.

Pur nell'ambito di un più generale contesto preventivo, l'art.17 punto 1) prevede che gli Stati debbano impegnarsi a promulgare i regolamenti necessari per la protezione degli immigrati o emigranti, in particolare di donne e di bambini, nei luoghi di arrivo, in quelli di partenza e in quelli di transito. Anche tale disposizione che pur, lo si ripete, è inserita nel contesto di un articolo che si focalizza sulle esigenze di prevenzione della tratta nei luoghi particolarmente critici quali stazioni, aeroporti, porti marittimi ecc., pone l'accento sull'obbligo di protezione della vittima.

Rilevante è anche l'art. 19, che prevede l'obbligo statale di adottare una serie di misure provvisorie a tutela delle vittime di tratta e prostituzione in attesa del rimpatrio. Nello specifico l'articolo afferma che: “[t]he Parties to the present Convention undertake, in accordance with the conditions laid down by domestic law and without prejudice to prosecution or other action for violations thereunder and so far as possible:

- (1) Pending the completion of arrangements for the repatriation of destitute victims of international traffic in persons for the purpose of prostitution, to make suitable provisions for their temporary care and maintenance;
- (2) To repatriate persons referred to in article 18 who desire to be repatriated or who may be claimed by persons exercising authority over them or whose expulsion is ordered in conformity with the law. Repatriation shall take place only after agreement is reached with the State of destination as to identity and nationality as well as to the place and date of arrival at frontiers. Each Party to the present Convention shall facilitate the passage of such persons through its territory.

Where the persons referred to in the preceding paragraph cannot themselves repay the cost of repatriation and have neither spouse, relatives nor guardian to pay for them, the cost of repatriation as far as the nearest frontier or port of embarkation or airport in the direction of the State of origin shall be borne by the State where

they are in residence, and the cost of the remainder of the journey shall be borne by the State of origin”.

Tra gli articoli incentrati sull’obbligo di cooperazione statale a fini preventivi e repressivi rientrano gli artt. 7, 8, 9, 10, 13, 14, 15 e 18.

L’art. 7 prevede che le Parti debbano prendere in considerazione le precedenti sentenze di condanna pronunciate in altri Stati parte per i reati contemplati nella Convenzione, al fine di stabilire la recidiva e la decadenza del reo da determinati diritti civili.

In tema di estradizione, l’art.8 prevede che gli Stati debbano considerare i reati di cui agli artt. 1 e 2 come causa di estradizione nelle Convenzioni riguardanti l’extradizione da loro concluse o che verranno, in futuro, concluse. Si prevede inoltre che le Parti della Convenzione che ammettono la possibilità di estradizione anche senza l’esistenza di un trattato in materia debbano considerare i reati di cui agli artt. 1 e 2 come causa di estradizione nelle relazioni tra essi.

Rilevante, sempre in tema di estradizione, è l’art. 9, che prevede l’obbligo per lo Stato di cittadinanza che non ammette l’extradizione dei propri cittadini di sottoporre a processo il proprio cittadino che, dopo aver commesso all’estero uno dei reati di cui all’art. 1 e 2 della Convenzione, fa rientro in patria.

Due sono i casi in cui tale disposizione non trova applicazione: il primo è previsto dall’art. 9 stesso, che, al secondo comma, afferma che “[t]his provision shall not apply if, in a similar case between the Parties to the present Convention, the extradition of an alien cannot be granted”, mentre il secondo è individuato dall’art.10, che prevede che “[t]he provisions of article 9 shall not apply when the person charged with the offence has been tried in a foreign State and, if convicted, has served his sentence or had it remitted or reduced in conformity with the laws of that foreign State”.

L’art. 13 disciplina le modalità di trasmissione ed esecuzione delle rogatorie tra Stati parte della Convenzione, mentre gli artt. 14 e 15 prevedono l’obbligo, per gli Stati parte, di istituire un servizio incaricato di raccogliere i risultati delle ricerche relative ai reati di cui agli artt. 1 e 2 della Convenzione, creando così una rete di interscambio di informazioni.

L'art. 15 precisa inoltre che l'obbligo informativo riguarda anche “descriptions of the offenders, their fingerprints, photographs, methods of operation, police records and records of conviction”.

Da ultimo, l'art. 18 prevede un ulteriore obbligo informativo interstatale, affermando che “[t]he Parties to the present Convention undertake, in accordance with the conditions laid down by domestic law, to have declarations taken from aliens who are prostitutes, in order to establish their identity and civil status and to discover who has caused them to leave their State. The information obtained shall be communicated to the authorities of the State of origin of the said persons with a view to their eventual repatriation”.

10. La Convenzione concernente la schiavitù del 1926 ⁽⁵¹⁾ e la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù del 1956

L'art. 1 della Convenzione concernente la schiavitù del 1926 ⁽⁵²⁾ prevede che “[f]or the purpose of the present Convention, the following definitions are agreed upon: (1) Slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised. (2) *The slave trade includes all acts involved in the capture, acquisition or disposal of a person with intent to reduce him to slavery; all acts involved in the acquisition of a slave with a view to selling or exchanging him; all acts of disposal by sale or exchange of a*

⁽⁵¹⁾ La presente Convenzione viene qui trattata, in deroga all'ordine cronologico che segue il presente capitolo, per poter essere analizzata assieme alla Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù del 1956.

⁽⁵²⁾ D'ora in poi “Convenzione del 1926”. La Convenzione è stata ratificata dall'Italia il 25 agosto 1928, ed è entrata in vigore il medesimo giorno. Per una panoramica della Convenzione v., *inter multos*, E. DECAUX, *Les formes contemporaines de l'esclavage... cit.* p. 84 e ss.; C. VIALE (a cura di), *Les Définitions Des Droits de L'homme*, BRILL, 2008, ove riferimenti; D. GOMIEN, D. HARRIS, L. ZWAAK, *Convention européenne des droits de l'homme et Charte sociale européenne: droit et pratique*, Council of Europe, 1996, p. 131 e ss.; G. VAZ CABRAL, *La traite des êtres humains: Réalités de l'esclavage contemporain...cit.* cap. 6 e AA. VV., *Human Rights, A Compilation Of International Instruments - Universal Instruments*, 1994, p. 201.

slave acquired with a view to being sold or exchanged, and, in general, every act of trade or transport in slaves” (corsivo aggiunto).

La definizione di tratta degli schiavi delineata dall'articolo succitato viene ripresa anche dalla Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù del 1956 ⁽⁵³⁾ (art.7 lett. c), che all'art. 3 prevede, inoltre, che “[t]he act of conveying or attempting to convey slaves from one country to another by whatever means of transport, or of being accessory thereto, shall be a criminal offence under the laws of the States Parties to this Convention and persons convicted thereof shall be liable to very severe penalties. [...] The States Parties shall take all effective measures to prevent ships and aircraft authorized to fly their flags from conveying slaves and to punish persons guilty of such acts or of using national flags for that purpose. [...] The States Parties shall take all effective measures to ensure that their ports, airfields and coasts are not used for the conveyance of slaves. [...] The States Parties to this Convention shall exchange information in order to ensure the practical co-ordination of the measures taken by them in combating the slave trade and shall inform each other of every case of the slave trade, and of every attempt to commit this criminal offence, which comes to their notice” (corsivo aggiunto).

Alla luce delle definizioni precedentemente riportate, sorge spontaneo un interrogativo circa la sovrapponibilità della definizione di tratta di esseri umani al fine di prostituzione contenuta nella Convenzione del 1949 e la definizione di cui alla Convenzione del 1926.

Per verificare se vi sia sovrapponibilità tra le due definizioni, o quantomeno un rapporto di inclusione (dal momento che la definizione di cui alla Convenzione del 1949 si riferisce esclusivamente alla tratta al fine di sfruttamento sessuale, ed è quindi speciale rispetto alla più generica definizione della Convenzione concernente la schiavitù), si dovrà impostare un confronto che verterà su due

⁽⁵³⁾ D'ora in poi “Convenzione del 1956”. La Convenzione è stata ratificata dall'Italia il 7 settembre 1956, ed è entrata in vigore il 12 febbraio 1958.

elementi: la condotta, nonchè il presupposto della condotta e il dolo specifico di reato.

10.1 La condotta di reato

La Convenzione del 1949 prevede la punibilità di chi “procures, entices or leads away”, con lo scopo di avviarla alla prostituzione, un'altra persona, anche con il consenso di quest'ultima.

La definizione copre quindi un ampio spettro di condotte penalmente rilevanti, che vanno dall'atto di adescamento della vittima, al trasporto, alla cessione della stessa.

Pur essendo maggiormente dettagliata, anche la Convenzione del 1926 copre uno spettro di condotte che va dall'acquisto alla cessione dello schiavo. Il testo in esame prevede infatti la punibilità di (1) qualunque atto di cattura, di acquisto o di cessione d'un individuo *allo scopo di ridurlo in schiavitù* (2) qualunque atto di acquisto *di uno schiavo* (quindi di un individuo già ridotto in schiavitù) per venderlo o cambiarlo (3) qualunque atto di cessione mediante vendita o cambio di uno schiavo acquistato per essere venduto o cambiato (4) in generale, qualunque atto di commercio o di trasporto di schiavi.

Prescindendo, quindi, dal fatto che la vittima sia o meno già ridotta in schiavitù e dal dolo specifico del reato (elementi che verranno analizzati nel proseguo della trattazione), risulta evidente come entrambe le *figurae criminis* intendano sanzionare tutte le condotte rientranti nell'iter di mercificazione della vittima, a partire dalla fase iniziale (adescamento) passando per il trasporto, fino a giungere alla cessione della stessa.

10.2 Il presupposto della condotta e il dolo specifico di reato

Una considerazione diversa deve essere effettuata per quanto riguarda il presupposto della condotta criminale e l'oggetto del dolo specifico di reato.

La Convenzione del 1926, nonché la Convenzione supplementare del 1956, infatti, parlano di commercio di schiavi, prevedendo l'integrazione del reato in caso di commercio di un soggetto già ridotto in schiavitù o di cattura/acquisto/cessione di un individuo non ancora ridotto in schiavitù al fine di renderlo schiavo (si noti come, in quest'ultimo caso, la riduzione in schiavitù è oggetto del dolo specifico di reato e non presupposto della condotta).

Diversamente, la Convenzione del 1949 utilizza il termine *person*, e non *slave*, lasciando intendere che la condizione schiavile della vittima non sia presupposto per l'integrazione del reato di tratta.

Per comprendere, quindi, se le due *figurae criminis* siano, sotto questo punto di vista, sovrapponibili, si dovrà rispondere a due interrogativi.

Il primo verte sulla definizione internazionale di schiavitù.

Il secondo, invece, riguarda la questione se l'integrazione del reato di tratta delineato dalla Convenzione del 1949 presupponga *ipso iure* la riduzione in schiavitù della vittima, ovvero se, in caso di concretizzazione del reato oggetto del dolo specifico della *figura criminis* di cui alla Convenzione del 1949, (avviamento alla prostituzione della vittima), il soggetto passivo ricada automaticamente in una condizione schiavile.

10.3 La definizione internazionale di schiavitù

La definizione di riduzione in schiavitù fornita dalla Convenzione del 1926 è stata ripresa dallo Statuto della Corte Penale Internazionale (ICC), che, all'art. 7 (2) (c) afferma che “[e]nslavement means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children” (corsivo aggiunto).

Il reato di schiavitù come crimine contro l'umanità è da sempre di competenza dei principali Tribunali Penali Internazionali.

L'art. 6 (c) della Carta di Norimberga afferma che “[t]he Tribunal established by the Agreement referred to Article 1 hereof for the trial and punishment of the major

war criminals of the European Axis countries shall have the power to try and punish persons who, acting in the interests of the European Axis countries, whether as individuals or as members of organizations, committed any of the following crimes.

The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility: [...] (c) CRIMES AGAINST HUMANITY: namely, murder, extermination, *enslavement*, deportation, and other inhumane acts committed against any civilian population, before or during the war; or persecutions on political, racial or religious grounds in execution of or in connection with any crime within the jurisdiction of the Tribunal, whether or not in violation of the domestic law of the country where perpetrated” (corsivo aggiunto).

L’art. 5 (c) della Carta di Tokyo prevede ugualmente che “The Tribunal shall have the power to try and punish Far Eastern war criminals who as individuals or as members of organizations are charged with offences which include Crimes against Peace. The following acts, or any of them, are crimes coming within the jurisdiction of the Tribunal for which there shall be individual responsibility: [...] (c) CRIMES AGAINST HUMANITY: Namely, murder, extermination, *enslavement* [...]” (corsivo aggiunto).

Anche il Tribunale Penale Internazionale per la ex-Jugoslavia (ICTY) è competente a conoscere del reato di schiavitù. L’art.5 dello Statuto, infatti, prevede che “[t]he International Tribunal shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed in armed conflict, whether international or internal in character, and directed against any civilian population: [...] (c) *enslavement* [...]” (corsivo aggiunto).

Lo Statuto del Tribunale Penale Internazionale per il Rwanda (ICTR) afferma che “[t]he International Tribunal for Rwanda shall have the power to prosecute persons responsible for the following crimes when committed as part of a widespread or systematic attack against any civilian population on national, political, ethnic, racial or religious grounds: [...] (c) *Enslavement*” (corsivo aggiunto).

A differenza dello Statuto della ICC, tuttavia, gli strumenti precedentemente citati non danno una definizione di schiavitù, rinviando al diritto internazionale consuetudinario ⁽⁵⁴⁾.

Focalizzandoci, ora, sulla definizione contenuta nello Statuto dell'ICC, per sgombrare il campo da equivoci, occorre puntualizzare che, nonostante parte della dottrina affermi il contrario ⁽⁵⁵⁾, l'art. 7 (2) (c) non ha inteso includere nella definizione di schiavitù il traffico di persone, quanto piuttosto prevedere che la Corte sia competente per il reato di schiavitù anche se integrato nell'ambito della tratta di esseri umani.

Ciò si deduce da un'interpretazione letterale dell'articolo in questione, che ricorre alla locuzione “includes the exercise of such power *in the course of* trafficking in persons”.

In the course of, per l'appunto. La Corte sarà competente a giudicare *del reato di schiavitù* come *concretizzatosi durante la tratta di esseri umani*, ma non, almeno per mezzo dell'articolo in commento, della tratta di esseri umani in sé e per sé ⁽⁵⁶⁾.

Un contributo importante nell'individuazione degli elementi costitutivi il crimine di schiavitù viene fornito dal ICTY nel caso *Prosecutor v. Dragoljub Kunarać*,

⁽⁵⁴⁾ Sul punto v. G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, Giuffrè, 2006, p. 624 e ss; J. ALLAIN, *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, OUP, 2012; M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, CUP, 2011, p.378; A. GRABERT, *Dynamic Interpretation in International Criminal Law: Striking a Balance between Stability and Change*, Herbert Utz Verlag, 2015, p.61; Y. AKSAR, *Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Routledge, 2004, p.256; G. BOAS, W. SCHABAS (a cura di), *International Criminal Law: Developments in the Case Law of the ICTY*, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p.167; J. CAREY, W. V. DUNLAP, R. J. PRITCHARD, *International Humanitarian Law: Origins, Challenges, Prospects*, BRILL, 2005, p.58; A.M. DE BROUWER, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, Intersentia nv, 2005, p.86; *Customary International Humanitarian Law: pt. 1-2. Practice*, CUP, 2005, p.2230; W. SCHABAS, *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, CUP, 2006, p.281.

⁽⁵⁵⁾ V. *inter multos* G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale...cit.* p.627.

⁽⁵⁶⁾ Se poi la Corte possa essere, in virtù di altre disposizioni dello Statuto, competente a giudicare del reato di tratta di esseri umani, sarà uno degli argomenti che verranno affrontati nel proseguo della trattazione.

Radomir Kovać and Zoran Vuković ⁽⁵⁷⁾, dove il Tribunale ha affermato che “[t]he Statute does not define “enslavement”. It is therefore necessary to look to various sources that deal with the same or similar subject matter, including international humanitarian law and human rights law” ⁽⁵⁸⁾.

Il collegio ha quindi esaminato le principali convenzioni in materia, partendo nella sua analisi dalla Convenzione concernente la schiavitù del 1926, per verificare se la definizione in essa contenuta fosse, al momento dei fatti, accettata come consuetudine internazionale. In assenza di definizione statutaria esplicita, infatti, si deve ritenere che l’art. 5 rinvii, per quanto concerne la definizione di schiavitù, ad una consuetudine internazionale.

Ciò è espressamente riconosciuto dal par. 515 della sentenza in esame, che afferma che “[t]he Indictment charges both Dragoljub Kunarac and Radomir Kovać with enslavement as a crime against humanity under Article 5(c) of the Statute. The common elements of crimes against humanity under this Article are set out above. *What falls to be determined here is what constitutes “enslavement” as a crime against humanity; in particular, the customary international law content of this offence at the time relevant to the Indictment*” (corsivo aggiunto) ⁽⁵⁹⁾.

⁽⁵⁷⁾ *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovać and Zoran Vuković* (IT-96-23 & 23/1) (Trial Chamber) Il testo della sentenza della Trial Chamber è disponibile *on line* all’indirizzo <http://www.icty.org/x/cases/kunarac/tjug/en/kun-tj010222e.pdf>.

Kunarac era comandante della VRS (Vojska Republike Srpske), unità dell’esercito serbo-bosniaco. Kovac e Vukovic, invece, erano agenti della polizia militare serbo-bosniaca. Tra il giugno 1992 e il febbraio 1993 tutti e tre gli imputati hanno agito nella municipalità di Foca (motivo per cui il caso viene anche comunemente chiamato *Foca Case*). La popolazione non serba di Foca è stata oggetto di numerosi attacchi successivamente all’indipendenza della Bosnia-Erzegovina, con conseguente tentativo secessionista da parte della popolazione serbo-bosniaca. A tali attacchi presero parte anche Kunarac, Kovać e Vuković, che indirizzarono la propria azione verso i civili di religione musulmana, detenuta in centri in condizioni igieniche precarie, soggetta a stupri sistematici e violenze. Al termine del processo Kunarac è stato condannato a 28 anni per tortura e violenza sessuale come crimini contro l’umanità e violazioni delle leggi o delle consuetudini di guerra, nonché per schiavitù come violazione delle leggi e consuetudini di guerra. Kovać è stato condannato a 20 anni per violenza sessuale e oltraggio alla dignità personale come violazione delle leggi o delle consuetudini di guerra nonché riduzione in schiavitù e violenza sessuale come crimini contro l’umanità. Vukovic è stato condannato a 12 anni di reclusione, colpevole di violenza sessuale e tortura come violazione delle leggi e consuetudini di guerra e come crimini contro l’umanità. Per approfondimenti v. G. CALVETTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l’attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, Giuffrè, 2007, pp. 137 e 138.

⁽⁵⁸⁾ *Prosecutor v. Kunarac* (Trial Chamber), par. 518.

⁽⁵⁹⁾ *Prosecutor v. Kunarac* (Trial Chamber), par. 515.

Come sottolineato in dottrina ⁽⁶⁰⁾, il collegio giudicante non ha messo in dubbio la corrispondenza tra la definizione di schiavitù contenuta nella Convenzione del 1926 e quella accettata per consuetudine internazionale. Ciò anche alla luce del fatto che, a trent'anni di distanza, la Convenzione supplementare sull'abolizione della schiavitù, del commercio di schiavi, e sulle istituzioni e pratiche assimilabili alla schiavitù del 1956 ha riproposto una nozione identica ⁽⁶¹⁾.

A supporto di tale conclusione, il collegio ha richiamato due precedenti, il caso *Pohl* ⁽⁶²⁾ e il caso *Milch* ⁽⁶³⁾, in cui il Tribunale di Norimberga descriveva il reato di schiavitù in termini riconducibili alla definizione di cui alla Convenzione del 1926.

⁽⁶⁰⁾ Per una ricostruzione puntuale del ragionamento del Collegio giudicante v. *inter multos* F. LENZERINI, "La definizione internazionale di schiavitù secondo il tribunale per la ex-Jugoslavia: un caso di osmosi tra consuetudine e norme convenzionali", in *Riv. Dir. Int.*, 2/2001, p. 1026 e ss.

⁽⁶¹⁾ L' art.7 lett. a) afferma che "Slavery means, as defined in the Slavery Convention of 1926, the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised, and "slave" means a person in such condition or status".

⁽⁶²⁾ *US v Oswald Pohl and Others in Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law n. 10, Vol V, 1997*, sentenza del 3 novembre 1947. Nel caso in argomento Oswald Pohl ed altri 17 ufficiali delle SS furono accusati di crimini di guerra, crimini contro l'umanità e concorso in associazione criminale. I fatti risalgono al periodo tra il 1942 e il 1945 quando, nei campi di concentramento costruiti in Germania e nei territori occupati, secondo l'accusa, circa 10 000 000 di persone furono sottoposte a lavori forzati ed utilizzati come cavie per sperimentazioni scientifiche. Leader del WVHS (Wirtschafts und Verwaltungshauptamt), Pohl fu uno dei tre uomini più potenti delle SS. Suo il piano di riorganizzare i campi di concentramento, sovvertendone il fine: da centri ideati per punire ed annientare gli oppositori del regime nazista, questi diventarono veri e propri centri di sfruttamento del lavoro forzato delle vittime, le cui prestazioni vennero messe al servizio di industrie private, la maggior parte delle quali controllate direttamente dal WVHS. Dopo la cattura successiva al termine della Seconda Guerra Mondiale, Pohl fu condannato a morte il 27 marzo 1946, ed impiccato il 7 giugno 1951. In tema v. A. MIKABERIDZE, *Atrocities, Massacres, and War Crimes: An Encyclopedia [2 Volumes]: An Encyclopedia*, ABC-CLIO, 2013, p.529.

⁽⁶³⁾ *US v Milch in Trials of War Criminals Before the Nuernberg Military Tribunals under Control Council Law No. 10, Vol II 1997*, p. 773, sentenza del 31 luglio 1948. Nel caso in esame Erhard Milch, Field Marshal dell'aviazione tedesca, fu processato dal 13 novembre 1946 al 17 aprile 1947 per crimini di guerra e contro l'umanità. Assolto per il reato di sperimentazioni mediche sui corpi degli internati, Milch fu condannato per il reato di "slave labor and deportation to slave labor of the civilian populations of countries and territories occupied by the German armed forces, and in the enslavement, deportation, ill-treatment and terrorization of such persons. [...]" (*Ibidem*, p.790).

Nello specifico, al par. 525 del caso *Kunarać (Trial Chamber)*, il collegio afferma che “[t]he US Military Tribunal in the Pohl case, in considering war crimes and crimes against humanity charges, succinctly held as follows: *Slavery may exist even without torture. Slaves may be well fed, well clothed, and comfortably housed, but they are still slaves if without lawful process they are deprived of their freedom by forceful restraint. We might eliminate all proof of ill-treatment, overlook the starvation, beatings, and other barbarous acts, but the admitted fact of slavery - compulsory uncompensated labour - would still remain. There is no such thing as benevolent slavery. Involuntary servitude, even if tempered by humane treatment, is still slavery*” (corsivo aggiunto).

Al medesimo punto della sentenza, si legge che “[t]he accused in the Milch case before the US Military Tribunal was charged with slave labour and deportation to slave labour of German nationals and nationals of other countries as a crime against humanity. The Tribunal held that: *does anyone believe that the vast hordes of Slavic Jews who laboured in Germany’s war industries were accorded the rights of contracting parties? They were slaves, nothing less - kidnapped, regimented, herded under armed guards, and worked until they died from disease, hunger, exhaustion. [...]. As to non-Jewish foreign labour, with few exceptions they were deprived of the basic civil rights of free men; they were deprived of the right to move freely or to choose their place of residence; to live in a household with their families; to rear and educate their children; to marry; to visit public places of their own choosing; to negotiate, either individually or through representatives of their own choice, the conditions of their own employment; to organize in trade unions; to exercise free speech or other free expression of opinion; to gather in peaceful assembly; and they were frequently deprived of their right to worship according to their own conscience. All these are the sign-marks of slavery, not free employment under contract*” (corsivo aggiunto).

Esistono, inoltre, altri elementi a suffragio dell’esistenza di una consuetudine in tema. L’esistenza di una definizione consuetudinaria di schiavitù viene suffragata anche dal Commentario del Secondo Protocollo addizionale alle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949, che, come riportato dal collegio nel caso in

esame⁽⁶⁴⁾, richiama la definizione di schiavitù fornita dalla Convenzione del 1926⁽⁶⁵⁾, e dal Commentario al progetto di Codice sui crimini contro la Pace e la Sicurezza dell'Umanità⁽⁶⁶⁾, che nell'identificazione degli elementi del reato di schiavitù rinvia ancora una volta alla Convenzione del 1926⁽⁶⁷⁾.

Alla luce delle precedenti considerazioni, il collegio della *Trial Chamber* nel caso *Kunarać* ha quindi individuato una serie di elementi indicativi dell'esistenza di una condizione schiavile, tra cui il controllo psicofisico dello schiavo, la restrizione della libertà di movimento e autodeterminazione, l'adozione di misure volte a prevenire o impedire la fuga, il controllo della vita sessuale della vittima e della sua attività psicologica, l'assenza di consenso della vittima, reso spesso irrilevante a seguito di violenza, inganno o raggiri da parte dell'autore del reato.

Su quest'ultimo punto, ossia il fatto che la mancanza di consenso della vittima sia un elemento dell'offesa, l'*Appeals Chamber*, che pure accoglie gli altri elementi indicativi del reato di schiavitù enucleati dalla *Trial Chamber*, non concorda, affermando che “the Appeals Chamber does not accept the premise that lack of consent is an element of the crime since, in its view, enslavement flows from claimed rights of ownership; accordingly, lack of consent does not have to be proved by the Prosecutor as an element of the crime”⁽⁶⁸⁾.

Il semplice fatto che un soggetto sia nella condizione di poter essere venduto non significa, come sostenuto dal *Prosecutor*, che questi sia *ipso iure* in stato schiavile, pur essendo un elemento significativo della possibile esistenza di una condizione di schiavitù. L'ha affermato la *Trial Chamber*, statuendo espressamente, ai parr. 542 e 543 che “[u]nder this definition, indications of enslavement include elements

⁽⁶⁴⁾ Par. 529.

⁽⁶⁵⁾ “[t]he question may arise what is meant by the phrase “slavery and the slave trade in all their forms”. It was taken from the Slavery Convention, the first universal instrument on this subject, adopted in 1926 (Article 1). A Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade and Institutions and Practices Similar to Slavery, was adopted in 1956, and supplements and reinforces the prohibition [...]”.

⁽⁶⁶⁾ http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/commentaries/7_4_1996.pdf.

⁽⁶⁷⁾ “Enslavement means establishing or maintaining over persons a status of slavery, servitude or forced labour contrary to well-established and widely recognized standards of international law, such as: the Slavery Convention (slavery); the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery (slavery and servitude)” (Par.10).

⁽⁶⁸⁾ *Prosecutor v. Kunarać (Appeals Chamber)*, par. 120.

of control and ownership; the restriction or control of an individual's autonomy, freedom of choice or freedom of movement; and, often, the accruing of some gain to the perpetrator. The consent or free will of the victim is absent. It is often rendered impossible or irrelevant by, for example, the threat or use of force or other forms of coercion; the fear of violence, deception or false promises; the abuse of power; the victim's position of vulnerability; detention or captivity, psychological oppression or socio-economic conditions. Further indications of enslavement include exploitation; the exaction of forced or compulsory labour or service, often without remuneration and often, though not necessarily, involving physical hardship; sex; prostitution; and human trafficking [...] [t]he Trial Chamber is therefore in general agreement with the factors put forward by the Prosecutor, to be taken into consideration in determining whether enslavement was committed. These are the control of someone's movement, control of physical environment, psychological control, measures taken to prevent or deter escape, force, threat of force or coercion, duration, assertion of exclusivity, subjection to cruel treatment and abuse, control of sexuality and forced labour. *The Prosecutor also submitted that the mere ability to buy, sell, trade or inherit a person or his or her labours or services could be a relevant factor. The Trial Chamber considers that the mere ability to do so is insufficient, such actions actually occurring could be a relevant factor*" (Corsivo aggiunto).

Su tale questione, tuttavia, l'*Appeals Chamber* ha preferito non pronunciarsi, non essendo un punto rilevante per la risoluzione della causa ⁽⁶⁹⁾.

⁽⁶⁹⁾ "In this respect, the Appeals Chamber would also like to refer to the finding of the Trial Chamber in paragraph 543 of the Trial Judgement stating: 'The Prosecutor also submitted that the mere ability to buy, sell, trade or inherit a person or his or her labours or services could be a relevant factor. The Trial Chamber considers that the mere ability to do so is insufficient, such actions actually occurring could be a relevant factor'. However, this particular aspect of the Trial Chamber's Judgement not having been the subject of argument, the Appeals Chamber does not consider it necessary to determine the point involved". *Prosecutor v. Kunarać (Appeals Chamber)*, Par. 119.

Alla luce di quanto esposto, e considerando che quelli elencati sono fattori indicativi dell'esistenza di un reato di schiavitù, e non necessariamente elementi costitutivi il fatto tipico di reato, sorgono due considerazioni.

Innanzitutto, si deve riconoscere che, se è pur vero che nel caso *Prosecutor v. Kunarac* la *Trial Chamber* dell'ICTY ha adottato una "very broad definition" ⁽⁷⁰⁾, ciò non significa che, come si è sostenuto in dottrina ⁽⁷¹⁾, tale definizione assorba anche altre *figurae criminis* fino al momento concettualmente distinte quali la tratta di schiavi e il lavoro forzato.

Ciò per due motivi.

In primo luogo, è proprio il dato letterale della sentenza *Kunarac* a suffragare una simile tesi. Il par. 541 della sentenza in esame, infatti, recita testualmente "[t]his definition definition ⁽⁷²⁾ may be broader than the traditional and sometimes apparently distinct definitions of *either* slavery, the slave trade and servitude *or* forced or compulsory labour found in other areas of international law" (corsivo aggiunto) ⁽⁷³⁾.

È evidente che, nel paragrafo in commento, il collegio abbia voluto tenere ben distinte le fattispecie di *slavery*, *slave trade* e *servitude or forced or compulsory labour*, mediante l'utilizzo della congiunzione *either... or*, volta a disgiungere concettualmente le suelencate fattispecie.

In secondo luogo, ad analoga conclusione si giunge seguendo un *iter* puramente logico.

Si è infatti rilevato come il reato di tratta di schiavi di cui alla Convenzione del 1926 presupponga la condizione schiavile della vittima, ad eccezione del caso in

⁽⁷⁰⁾ Per usare le parole di H. ASKOLA in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Bloomsbury Publishing, 2014, p. 109, nota 32.

⁽⁷¹⁾ V. F. LENZERINI, "La definizione internazionale di schiavitù secondo il tribunale per la ex-Jugoslavia: un caso di osmosi tra consuetudine e norme convenzionali" ... *cit.* p.1037 dove si sostiene la tesi dell'inclusione per assorbimento del reato di tratta di schiavi in quello di schiavitù, rifacendosi al par. 541 del caso *Kunarac* (*Trial Chamber*).

⁽⁷²⁾ La ripetizione del termine è presente nell'originale del testo, frutto di un evidente refuso.

⁽⁷³⁾ *Prosecutor v. Kunarac* (*Trial Chamber*), par. 541.

cui il commercio di esseri umani sia effettuato al fine di (dolo specifico) ridurre gli stessi in condizione schiavile.

Come si potrebbe, logicamente, affermare che il reato presupposto (nel nostro caso la schiavitù) finisca con l'assorbire il reato (nel nostro caso la tratta di schiavi) che proprio sulla condizione schiavile della vittima fonda il proprio perfezionamento? Ciò equivarrebbe a negare l'esistenza stessa del reato di tratta di schiavi, portando ad un *empasse* logico e giuridico.

Detto in altri termini: senza guardare al risultato finale, ossia l'assorbimento di un reato A in un reato B, fenomeno frequente in diritto penale interno e in diritto internazionale penale, l'illogicità del ragionamento perorato in dottrina emerge se ci si pone dal punto di vista della *tecnica legislativa*. Non avrebbe senso che la Convenzione del 1926 o il diritto internazionale consuetudinario da essa scaturito prevedesse l'autonoma fattispecie del reato di tratta di schiavi e nel contempo "annullasse" la *figura criminis* medesima prevedendo l'assorbimento della stessa nel reato presupposto di schiavitù.

Proprio alla luce di queste considerazioni non avrebbe senso l'obiezione che eventualmente si potrebbe muovere al ragionamento suesposto, ossia che il reato di tratta di schiavi non presuppone sempre la consumazione del reato di schiavitù, dal momento che la Convenzione del 1926 prevede, all'interno della definizione di tratta, anche "all acts involved in the capture, acquisition or disposal of a person *with intent to reduce him to slavery*" (corsivo aggiunto).

Nel caso appena riportato la riduzione in schiavitù è oggetto del dolo specifico di reato, e caratteristica del dolo specifico è quella di "costituire una finalità richiesta da talune norme incriminatrici per l'esistenza del reato, che tuttavia non occorre sia realizzata" ⁽⁷⁴⁾, secondo una definizione circoscritta al diritto penale interno, ma sicuramente applicabile anche al diritto internazionale penale.

Si potrebbe quindi affermare che la tesi precedentemente esposta circa l'illogicità dell'orientamento dottrinale che vede nella sentenza *Kunarać* un ampliamento del

⁽⁷⁴⁾ S. BELTRANI, *Codice penale: Il reato: libro 1, artt. 39-58-bis*, Giuffrè, 2010, p. 364.

concetto di schiavitù, fino a ricomprendere anche la tratta di schiavi, crolli di fronte all'ipotesi di tratta finalizzata alla riduzione in schiavitù.

Tale obiezione, tuttavia, potrebbe essere paralizzata dalla seguente argomentazione: come precedentemente sottolineato, la tesi dell'assorbimento non è illogica per i risultati pratici cui potrebbe condurre, quanto piuttosto perché renderebbe irrazionale *ab initio* la scelta degli Stati firmatari della Convenzione del 1926 di prevedere il reato presupposto di schiavitù come elemento assorbente l'intero reato di tratta. Il che equivale a dire che basta verificare l'*empasse* cui conduce una lettura anche solo parziale dell'art. 1 par. 2 della Convenzione del 1926 per poter tacciare di illogicità la tesi dell'assorbimento.

Il tutto a voler ignorare un'ulteriore possibile considerazione: prevedere che il reato oggetto del dolo specifico, qualora consumatosi, assorba il reato a dolo specifico, non equivale forse a negare l'idea di dolo specifico? Volendo ragionare in termini di logica matematica, si potrebbe così argomentare: (1) A è un reato a dolo specifico (2) Ergo A esiste solo se tende a B, sia che B si realizzi, sia che B non si realizzi. (3- IPOTESI PER ASSURDO) Se B si realizza, allora B assorbe A (4) Ergo A esiste solo se tende a B a patto che B non si realizzi (5) Ergo – dato che siamo giunti alla negazione del punto (2) – A non è un reato a dolo specifico, il che contraddice la premessa (1).

Certo, in senso contrario, gli *Elements of Crimes* della ICC sia nel definire il reato di schiavitù, sia nel definire il reato di schiavitù sessuale, affermano in nota che “[i]t is understood that such deprivation of liberty may, in some circumstances, include exacting forced labour or otherwise reducing a person to a servile status as defined in the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery of 1956. It is also understood that the conduct described in this element includes trafficking in persons, in particular women and children” (corsivo aggiunto) ⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁵⁾ Art. 7 (1) (c) *Crime against humanity of slavery*, *Elements of Crimes*, nota 11 e Art. 7 (1) (g)-2 *Crime against humanity of sexual slavery*, *Elements of Crimes*, nota 18.

È indubbio che, ad una prima lettura, gli *Elements* appena riportati depongano in senso diametralmente opposto alla tesi relativa alla non inclusione del reato di tratta di schiavi nel reato di schiavitù⁽⁷⁶⁾.

Tale interpretazione, tuttavia, sarebbe frutto di un equivoco.

La nota degli *Elements* in commento, infatti, si riferisce al primo elemento del crimine di schiavitù e schiavitù sessuale, che recita “[t]he perpetrator exercised any or all of the powers attaching to the right of ownership over one or more persons, such as by purchasing, selling, lending or bartering such a person or persons, or by imposing on them a similar deprivation of liberty”⁽⁷⁷⁾.

Il termine *include*, in questo caso, si collega a *a similar deprivation of liberty* con una serie di condotte (*forced labour, servile status, trafficking in persons*) che sono qualificabili come pratiche *analoghe* alla schiavitù. E dal momento che analogo non può essere uguale, ciò che è analogo non può neanche essere incluso, dato che l’inclusione comporta un assorbimento che sfocia nell’identità tra l’elemento assorbente e quello assorbito.

Per questo motivo si deve ritenere che il verbo *include* non debba essere interpretato in termini di inclusione, quanto piuttosto come “sfocia in” o “si concretizza in”.

Una seconda considerazione sorge in merito al “peso specifico” ed all’importanza della sentenza *Kunarać*. Nel caso in questione, infatti, l’ICTY ha svolto un’importante opera di ricognizione del diritto consuetudinario in materia, giungendo a formulare (*rectius*, riconoscere) una definizione di schiavitù che

⁽⁷⁶⁾ Ammesso e non concesso che il reato di tratta di schiavi e quello di tratta di esseri umani coincidano, domanda a cui si vuole fornire una risposta nei presenti capitoli.

⁽⁷⁷⁾ Per chiarezza espositiva, quindi, si riporta di seguito il testo del primo elemento del crimine di schiavitù, seguito dalla nota in commento come se fosse un unico testo, di modo da rendere più agevole al lettore la comprensione del ragionamento che seguirà nel testo principale: “[t]he perpetrator exercised any or all of the powers attaching to the right of ownership over one or more persons, such as by purchasing, selling, lending or bartering such a person or persons, or by imposing on them a similar deprivation of liberty” nota “[i]t is understood that such deprivation of liberty may, in some circumstances, *include* exacting forced labour or otherwise reducing a person to a servile status as defined in the Supplementary Convention on the Abolition of Slavery, the Slave Trade, and Institutions and Practices Similar to Slavery of 1956. It is also understood that the conduct described in this element *includes* trafficking in persons, in particular women and children” (corsivo aggiunto).

copre non solo la schiavitù *de jure* (ossia la condizione di chi si trova giuridicamente nello status di schiavo), ma anche la schiavitù *de facto* (ossia la condizione di colui che, pur non avendo lo status giuridico di schiavo, si trova in condizione schiavile).

Come rilevato in dottrina, la definizione di schiavitù cui si giunge nel caso *Kunarać* è più ampia di quella fornita dall'ECHR nel caso *Siliadin* ⁽⁷⁸⁾. Non mancano, tuttavia, pronunce di giudici interni che hanno confermato la bontà della sentenza dell'ICTY.

Tra questi, ad esempio, si può citare il caso *The Queen v Tang*, dove si legge che “[w]ithout doubt, chattel slavery falls within the definition in Art 1 of the 1926 Slavery Convention, but it would be inconsistent with the considerations of purpose, context and text referred to in the preceding paragraph to read the definition as limited to that form of slavery. In the case of *Prosecutor v Kunarac*, before the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, where the charges were of “enslavement”, both the Trial Chamber and the Appeals Chamber adopted a view of the offence that was not limited to chattel slavery. The Trial Chamber, after an extensive review of relevant authorities and materials,

⁽⁷⁸⁾ V. J. ALLAIN, *Slavery in International Law... cit.* p.269, in cui l'Autore afferma che “the Appeals Chamber appeared to make the distinction between *de jure* slavery (read: chattel slavery) and *de facto* slavery, thought it does not express itself in those terms; instead it spoke of contemporary forms of slavery wherein «the victim is not subject to the exercise of the more extreme rights of ownership associated with “chattel slavery”, but in all cases, as a result of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership, there is some destruction of the juridical personality; the destruction is greater in the case of “chattel slavery” but the difference is one of degree».

V. anche H. ASKOLA in S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights...cit.* p. 109, dove l'Autrice rileva che nel caso *Siliadin v. France* (*Siliadin v. France*, App. no. 73316/01, ECHR, 26/10/2005, disponibile online all'indirizzo https://ec.europa.eu/anti-trafficking/sites/antitrafficking/files/siliadin_v_france_en_4.pdf) la Corte abbia rilevato una violazione dell'art. 4 della CEDU ma non del divieto di schiavitù. Ed effettivamente l'ECHR, al par. 122, dimostra di leggere la Convenzione del 1926 in senso restrittivo, ritenendola applicabile alle sole condotte di schiavitù “classiche”, ossia *de jure*. “The Court”, si legge al par. 122 “notes at the outset that, according to the 1927 Slavery Convention, ‘slavery is the status or condition of a person over whom any or all of the powers attaching to the right of ownership are exercised’. It notes that this definition corresponds to the ‘classic’ meaning of slavery as it was practised for centuries. Although the applicant was, in the instant case, clearly deprived of her personal autonomy, the evidence does not suggest that she was held in slavery in the proper sense, in other words that Mr and Mrs B. exercised a genuine right of legal ownership over her, thus reducing her to the status of an ‘object’”.

concluded that enslavement as a crime against humanity in customary international law consisted of the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person; the actus reus of the violation being the exercise of any or all of such powers and the mens rea consisting in the intentional exercise of such powers. The Trial Chamber identified, as factors to be taken into account, control of movement, control of physical environment, psychological control, measures taken to prevent or deter escape, force, threat of force or coercion, duration, assertion of exclusivity, subjection to cruel treatment and abuse, control of sexuality and forced labour. The Appeals Chamber agreed with those factors. However, it preferred to leave open, as a matter that was unnecessary for decision in that case, the Trial Chamber's added factor of an ability to buy and sell a person, and it disagreed with the Trial Chamber's view that lack of consent was an element of the offence, although accepting that it may be of evidential significance” (79).

10.4 L'integrazione del reato di tratta delineato dalla Convenzione del 1949 e la riduzione in schiavitù della vittima: un effetto *ipso iure*, una mera eventualità o una conseguenza giuridicamente impossibile?

Dopo aver delineato gli elementi del fatto tipico del crimine internazionale di schiavitù e gli indici di una condizione schiavile, ci si deve chiedere se l'integrazione del reato di cui all'art. 1 della Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione del 1949 comporti *ipso iure* la riduzione in schiavitù della vittima, se questa sia una mera eventualità o se le due fattispecie delittuose siano giuridicamente inconciliabili.

Non solo, si dovrà anche dare risposta alla seguente domanda: nel caso in cui il reato oggetto del dolo specifico della *figura criminis* di cui alla Convenzione del 1949 si concretizzi, ossia nel caso in cui la vittima di tratta sia poi avviata alla prostituzione, questa potrà essere definita giuridicamente una “schiava”?

(79) *The Queen v Tang*, HCA 39, 28 August 2008, parr. 27 e 28.

La risoluzione di tali questioni permetterà di sciogliere il nodo relativo al rapporto tra il reato di tratta di esseri umani di cui alla Convenzione del 1949 e il reato di tratta di schiavi di cui alla Convenzione del 1926.

Per poter rispondere a tale interrogativo, è opportuno analizzare due *figurae criminis* introdotte dallo Statuto della ICC che presentano elementi di contatto sia con il reato di schiavitù sia con i reati di tratta finalizzata all'avviamento alla prostituzione e sfruttamento della prostituzione di cui alla Convenzione del 1949. Si tratta del crimini internazionali di schiavitù sessuale e prostituzione forzata.

10.5 La schiavitù sessuale

L'art. 7 (1) (g) dello Statuto della ICC prevede che la Corte sia competente a conoscere e giudicare del crimine contro l'umanità di schiavitù sessuale ⁽⁸⁰⁾. La schiavitù sessuale rientra anche tra i crimini di guerra ex art. 8 (2) (b) (xxii).

Come sostenuto in dottrina ⁽⁸¹⁾, giurisprudenza, e in alcuni Report delle Nazioni Unite, tale reato, pur essendo qualificato dallo Statuto come una fattispecie autonoma, può essere considerato una particolare forma di schiavitù.

Nello specifico, si dovrà citare, ancora una volta, il caso *Prosecutor v. Kunarać*, (*Trial Chamber*), in cui si afferma che “[t]he ICC Statute makes numerous references to enslavement. As a crime against humanity (Art 7), ‘[e]nslavement’ as well as ‘[r]ape, sexual slavery, enforced prostitution, forced pregnancy, enforced sterilisation, or any other form of sexual violence of comparable gravity’ (Art 7(1)(g)) are prohibited. ‘Enslavement’ ‘[...] means the exercise of any or all of the powers attaching to the right of ownership over a person and includes the

⁽⁸⁰⁾ V. C. LAUCCI, *Code annoté de la Cour pénale internationale*, 2008, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 21.

⁽⁸¹⁾ G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale...cit.* p.694; W. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, OUP, 2010, p. 172 (dove la sentenza cui si fa riferimento non è la sentenza del ICTY *Prosecutor v. Kvočka et. al.* (IT-98-30/1-T), citata nell'Opera in nota 273, bensì la sentenza del medesimo Tribunale *Prosecutor v. Kunarać*, (*Trial Chamber*), n.d.a.); in tal direzione anche B. S. BROWN, *Research Handbook on International Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, 2011, p.106; R. CRYER, *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, CUP, 2010, p.256; M. BOOT, *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Intersentia nv, 2002, p. 513.

exercise of such power in the course of trafficking in persons, in particular women and children.’ (Art 7(2)(c)). ‘Forced pregnancy’ is defined as ‘the unlawful confinement, of a woman forcibly made pregnant, with the intent of affecting the ethnic composition of any population or carrying out other grave violations of international law. [...]’ (Art 7(2)(f)). *The setting out of the violations in separate sub-paragraphs of the ICC Statute is not to be interpreted as meaning, for example, that sexual slavery is not a form of enslavement. This separation is to be explained by the fact that the sexual violence violations were considered best to be grouped together*” (corsivo aggiunto) ⁽⁸²⁾.

Rilevante, in merito, è anche il *Report of the Special Rapporteur on systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict* del 22 giugno 1998, dove si afferma che “[t]he term ‘sexual’ is used in this report as an adjective to describe a form of slavery, not to denote a separate crime. In all respects and in all circumstances, sexual slavery is slavery and its prohibition is a *jus cogens* norm. The ‘comfort stations’ that were maintained by the Japanese military during the Second World War [...] and the ‘rape camps’ that have been well documented in the former Yugoslavia are particularly egregious examples of sexual slavery. Sexual slavery also encompasses situations where women and girls are forced into ‘marriage’, domestic servitude or other forced labour that ultimately involves forced sexual activity, including rape by their captors. For instance, in addition to the cases documented in Rwanda and the former Yugoslavia, there are reports from Myanmar of women and girls who have been raped and otherwise sexually abused after being forced into ‘marriages’ or forced to work as porters or minefield sweepers for the military. In Liberia, there are similar reports of women and girls who have been forced by combatants into working as cooks and who are also held as sexual slaves” ⁽⁸³⁾.

⁽⁸²⁾ *Prosecutor v. Kunarac*, (Trial Chamber) par. 541, nota 1333.

⁽⁸³⁾ *Report of the Special Rapporteur on systematic rape, sexual slavery and slavery-like practices during armed conflict*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1998/13, 22 giugno 1998, par. 30.

Degno di menzione, infine, il *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, Ms. Radhika Coomaraswamy del 26 gennaio 1998, che riporta: “[i]n addition to common article 3 and the section on grave breaches, the OTP has also charged rape as a crime against humanity, both as a specifically proscribed act and as “torture” and “enslavement”. The introduction of sexual violence as enslavement constitutes an important contribution to international law by the OTP. The Foca indictment included a charge of enslavement, a crime against humanity, for a situation in which women were detained against their will and forced for several months to provide sexual and household services for persons. The OTP argued that this constituted a slavery-like practice encompassed within the term ‘enslavement’”⁽⁸⁴⁾.

Tra la schiavitù sessuale e la schiavitù vi sarebbe, quindi, un rapporto di specialità. Ad una conclusione analoga si può giungere anche considerando che gli *Elements of Crimes* hanno definito il reato in questione utilizzando una terminologia analoga a quella utilizzata per descrivere il reato di riduzione in schiavitù: gli elementi del reato di schiavitù sessuale sono gli stessi del reato di schiavitù, con l’aggiunta di un *quid pluris* costituito dal fatto che “[t]he perpetrator caused such person or persons to engage in one or more acts of a sexual nature”⁽⁸⁵⁾.

Parte della dottrina, tuttavia, ritiene che il reato di schiavitù sessuale debba essere concettualmente distinto dal reato di schiavitù *per se*⁽⁸⁶⁾.

⁽⁸⁴⁾ *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences*, Ms. Radhika Coomaraswamy, UN Doc. E/CN.4/1998/54, 26 gennaio 1998, par. 76.

⁽⁸⁵⁾ Art. 7 (1) (g)-2 *Crime against humanity of sexual slavery*, *Elements of Crimes* e art. 8 (2) (e) (vi)-2 *War crime of sexual slavery*, *Elements of Crimes*.

⁽⁸⁶⁾ V. ad es. A. DE BROUWER, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence... cit.* p. 172, dove si legge che “Sexual slavery should be distinguished from enslavement but also from enforced prostitution, which does require that some pecuniary benefit is involved. In the ICTY, the sexual enslavement of women and girls was prosecuted as the crime against humanity of enslavement in the *Kunarac, Kovač and Vuković* case. Although the ICTY had no other option than to prosecute the sexual slavery as enslavement, the ICC will now be able to prosecute sexual slavery directly as sexual slavery, clearly recognising the sexual aspects of the slavery”. In questo senso anche A. T. GALLAGHER, *The International Law... cit.* p. 213: “[t]he inclusion of ‘sexual slavery’ as distinct and separate from enslavement in the ICC statute is a significant recognition of both the links and the differences between the two concepts. One important difference relates to the scope of application. Sexual slavery is identified as both a war crime and

10.6 La prostituzione forzata

Il crimine di prostituzione forzata è inserito tra i crimini contro l'umanità di competenza della ICC ex art. 7 (1) (g) del relativo Statuto, nonché tra i crimini di guerra ex art. 8 (2) (b) (xxii).

Non solo, Il crimine di prostituzione forzata è inserito anche tra i crimini di competenza della Corte Speciale per la Sierra Leone (SCSL), come crimine contro l'umanità, ex art. 2 del relativo Statuto, e come violazione dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e al II Protocollo addizionale, ex art. 3 (e), nonché tra i crimini di competenza dell'ICTR, come violazione dell'art. 3 comune alle Convenzioni di Ginevra e al II Protocollo addizionale, ex art. 4 (e).

Pur non rientrando espressamente nella competenza dell'ICTY, si ritiene che il Tribunale sia comunque implicitamente competente a conoscere del crimine in questione in quanto violazione implicita dell'art. 3 del relativo Statuto. ⁽⁸⁷⁾.

La prostituzione forzata, secondo la definizione fornita dallo Statuto dell'ICC, consiste nell'obbligare, mediante violenza o altri mezzi, un soggetto a fornire prestazioni sessuali, ottenendo o con l'intento di ottenere per sé o per altri un vantaggio, economico o non, derivante dalla prestazione sessuale coatta ⁽⁸⁸⁾.

a crime against humanity". Anche se poi l'Autrice afferma anche che "[a]cts of enslavement that include a sexual elements will, accordingly, be capable of being characterized as both enslavement and sexual slavery".

⁽⁸⁷⁾ Sul punto v. W. SCHABAS, *The UN International Criminal Tribunals...cit.* p. 213; A. CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSÓLI, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, OUP, 2015, p.354; V. M. KENDALL, T. M. FUNK, *Child Exploitation and Trafficking: Examining the Global Challenges and U.S. Responses*, Rowman & Littlefield, 2012, p.137.

⁽⁸⁸⁾ "The perpetrator caused one or more persons to engage in one or more acts of a sexual nature by force, or by threat of force or coercion, such as that caused by fear of violence, duress, detention, psychological oppression or abuse of power, against such person or persons or another person, or by taking advantage of a coercive environment or such person's or persons' incapacity to give genuine consent. The perpetrator or another person obtained or expected to obtain pecuniary or other advantage in exchange for or in connection with the acts of a sexual nature [...]". Art. 7 (1) (g)-3 *Crime against humanity of enforced prostitution, Elements of Crimes* e art. 8 (2) (e) (vi)-3 *War crime of enforced prostitution, Elements of Crimes*.

Sebbene ad una prima e superficiale analisi tale *figura criminis* possa sembrare simile al crimine di schiavitù sessuale, esistono delle sostanziali differenze tra tali due reati.

Un primo elemento di differenziazione tra prostituzione forzata e schiavitù sessuale consiste nel fatto che mentre il crimine di prostituzione forzata pone l'accento sul coinvolgimento della vittima in atti di natura sessuale, il crimine di schiavitù sessuale lede il bene giuridico consistente nella più generale libertà di autodeterminazione sessuale della vittima ⁽⁸⁹⁾.

Come rilevato in dottrina ⁽⁹⁰⁾, inoltre, la prostituzione forzata si differenzia dalla schiavitù sessuale per il vantaggio pecuniario o di altra natura che l'autore del reato ottiene per sé o per altri o spera di ottenere per sé o per altri.

Certo, si potrebbe discutere sul significato della locuzione “*pecuniary or other advantage*” (corsivo aggiunto) ⁽⁹¹⁾, e, nello specifico, sul perché del riferimento agli altri vantaggi di cui agli *Elements of Crimes*.

In assenza di giurisprudenza in merito, si può ritenere che tale locuzione sia stata inserita come formula di chiusura volta a coprire fattispecie di sfruttamento della prostituzione non connotate da un ritorno economico pagato dal cliente, quanto piuttosto da un'altra forma di guadagno comunque quantificabile (si pensi, ad esempio, ad un avanzamento di carriera). Solo in questo modo, infatti, si riesce a distinguere il crimine in questione dalla *figura criminis* di schiavitù sessuale, senza basare la distinzione sul solo criterio del bene giuridico tutelato, criterio che, nel caso specifico, risulta essere assai labile e indeterminato (cosa si deve intendere, infatti, per libertà di autodeterminazione sessuale della vittima, bene giuridico

⁽⁸⁹⁾ V. anche V. M. O'CONNOR, C. RAUSCH, H. ALBRECHT, G. KLEMENČIČ, *Model Codes for Post-conflict Criminal Justice, Volume 1*, US Institute of Peace Press, 2007, p.234; W. SCHABAS, *The UN International Criminal Tribunals...cit.* pp. 213 e 214 (dove l'Autore fa notare che “[t]here do not appear to have been any prosecutions at the tribunals for enforced prostitution”. Del medesimo tenore anche A. CLAPHAM, P. GAETA, M. SASSÓLI, *The 1949 Geneva Conventions...cit.* p.354).

⁽⁹⁰⁾ G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale...cit.* p.697.

⁽⁹¹⁾ Art. 7 (1) (g)-3 *Crime against humanity of enforced prostitution, Elements of Crimes* e art. 8 (2) (e) (vi)-3 *War crime of enforced prostitution, Elements of Crimes*.

tutelato dalla norma che sanziona la prostituzione forzata? Come si può distinguere adeguatamente il concetto di libertà di autodeterminazione della vittima da quello di coinvolgimento della vittima in atti di natura sessuale non desiderati?).

10.7 Tratta di esseri umani finalizzata allo sfruttamento della prostituzione, sfruttamento della prostituzione, schiavitù sessuale e prostituzione forzata

Dopo aver delineato i contorni delle due *figurae criminis*, ci si deve interrogare sul rapporto tra il reato di tratta di esseri umani finalizzato all'avviamento della prostituzione di cui alla Convenzione del 1949, il reato di schiavitù sessuale e quello di prostituzione forzata.

Dalle considerazioni effettuate risulta evidente che l'integrazione del reato (*rectius* dei reati) di cui alla Convenzione del 1949 comporta (quasi sempre) *ipso iure* l'integrazione del crimine di guerra e contro l'umanità di prostituzione forzata, mentre altrettanto non si può dire per il crimine di schiavitù sessuale.

L'elemento decisivo che porta a tale conclusione risiede nel fatto che, mentre la schiavitù sessuale non è connotata da nessun intento di guadagno, tanto la prostituzione forzata quanto la tratta finalizzata alla prostituzione, lo sfruttamento della prostituzione e la gestione/affitto di una casa chiusa sono intrinsecamente connotati dal fatto che “[t]he perpetrator or another person obtained or expected to obtain pecuniary or other advantage in exchange for or in connection with the acts of a sexual nature”, proprio per utilizzare le testuali parole enunciate dagli *Elements of Crimes*.

Nella prassi, le ipotesi che potranno verificarsi saranno le seguenti.

In primo luogo, è possibile che un soggetto procuri, adeschi o rapisca al fine di avviare alla prostituzione un'altra persona anche se consenziente ⁽⁹²⁾. In questo caso, l'avviamento (*rectius* lo sfruttamento) della prostituzione della vittima è

⁽⁹²⁾ Art. 1 della Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione del 1949.

oggetto del dolo specifico di reato. Nel caso in cui lo sfruttamento della prostituzione non si concretizzi, allora l'autore del reato sarà responsabile solamente del crimine transnazionale di tratta di esseri umani finalizzata alla prostituzione.

Nel caso, invece, in cui l'oggetto del dolo specifico di reato, ossia lo sfruttamento della prostituzione, si realizzi, alle condizioni richieste per l'integrazione di un crimine contro l'umanità⁽⁹³⁾ o di un crimine di guerra⁽⁹⁴⁾, l'autore del reato sarà penalmente responsabile anche per il crimine di prostituzione forzata.

In seconda ipotesi, si deve analizzare il caso di un soggetto che sfrutta la prostituzione di un'altra persona, anche se consenziente⁽⁹⁵⁾.

In questo caso, si può ritenere che vi sia coincidenza tra il reato delineato dalla Convenzione del 1949 e il crimine internazionale di prostituzione forzata. La condotta del reo si concretizzerà quindi in una violazione tanto della Convenzione del 1949 quanto dello Statuto della ICC.

Un discorso analogo vale per la condotta di chi mantenga, diriga, amministri o contribuisca a finanziare una casa chiusa o conceda o prenda in affitto, in tutto o in parte, un immobile o un altro luogo ai fini della prostituzione altrui⁽⁹⁶⁾. Dal momento che tale condotta è implicitamente animata dall'intento di trarre un vantaggio economico o di altra natura, si può ritenere che vi siano gli estremi per l'integrazione *ipso iure* del crimine internazionale di prostituzione forzata.

Un discorso analogo non può valere per il crimine di schiavitù *sub specie* di schiavitù sessuale: se è pur sempre possibile che in una situazione di sfruttamento

⁽⁹³⁾ "The conduct was committed as part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population. The perpetrator knew that the conduct was part of or intended the conduct to be part of a widespread or systematic attack directed against a civilian population". Art. 7 (1) (g)-3 *Crime against humanity of enforced prostitution, Elements of Crimes*.

⁽⁹⁴⁾ "The conduct took place in the context of and was associated with an armed conflict not of an international character. The perpetrator was aware of factual circumstances that established the existence of an armed conflict". Art. 8 (2) (e) (vi)-3 *War crime of enforced prostitution, Elements of Crimes*.

⁽⁹⁵⁾ Art. 1 della Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione del 1949.

⁽⁹⁶⁾ Art. 2 della Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione del 1949.

della prostituzione si consumino casi di schiavitù sessuale, è altrettanto indubbio che la schiavitù sessuale è un reato indipendente dalla tratta finalizzata alla prostituzione e dalla prostituzione forzata.

Detto in altre parole: la mancanza del dolo specifico di guadagno economico e non (implicito nelle *figurae criminis* di cui alla Convenzione del 1949, esplicito nel crimine di prostituzione forzata) che caratterizza la schiavitù sessuale traccia una linea di demarcazione invalicabile tra i reati di cui alla Convenzione del 1949 e quello di *sexual slavery*, linea di demarcazione che impedisce che l'integrazione dei primi comportamenti, ragionando in un'ottica di unità e identità d'azione, *ipso iure* la concretazione di fattispecie schiavili.

Proprio l'assenza di vantaggio pecuniario o di altra natura ha indotto alcuni Autori ⁽⁹⁷⁾ a ritenere, ad esempio, che le donne di conforto utilizzate dalle truppe giapponesi per soddisfare sessualmente i soldati nipponici durante la seconda guerra mondiale fossero delle schiave sessuali e non delle prostitute forzate.

10.8 Tratta di esseri umani finalizzata allo sfruttamento della prostituzione, sfruttamento della prostituzione e schiavitù

Se è vero che le considerazioni orora effettuate hanno chiarito il rapporto tra il reato di tratta di esseri umani finalizzata allo sfruttamento della prostituzione di cui alla Convenzione del 1949 ed i crimini internazionali di schiavitù sessuale e prostituzione forzata contemplati dallo Statuto della ICC, è altrettanto vero che tali conclusioni non possono essere estese *automaticamente* al rapporto tra tratta di esseri umani e schiavitù (intesa nel senso ampio del termine e non come schiavitù sessuale).

Si è infatti dimostrato come la schiavitù sessuale, *species* del *genus* schiavitù, non sia connotata da un dolo specifico di guadagno (economico e non). Tale implicito elemento del fatto tipico di reato funge da separatore tra la schiavitù sessuale e la

⁽⁹⁷⁾ K. KITTICHAISAREE, *International Criminal Law*, OUP, 2001, p. 114 richiamato in G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale...cit.* p.697 nota 339.

prostituzione forzata. Infine, si è dimostrato che, attraverso la medesima azione, è possibile l'integrazione concorrente del crimine di prostituzione forzata e delle *figurae criminis* delineate dalla Convenzione del 1949.

Per comprendere se sia possibile estendere tale ragionamento al reato di schiavitù "non sessuale", sarà previamente necessario analizzare il rapporto tra la schiavitù e la schiavitù sessuale.

Si è sottolineato come la seconda sia *species* del più ampio *genus* schiavitù. Icasticamente ragionando, si potrebbe raffigurare il rapporto tra i due reati ricorrendo a due insiemi, l'uno incluso nell'altro. L'insieme più grande rappresenta il reato di schiavitù, mentre l'insieme più piccolo, quello incluso, raffigura il reato di schiavitù sessuale. La schiavitù sessuale avrà quindi tutti gli elementi del fatto tipico di schiavitù, più un *quid pluris*, elemento connotante la specialità rispetto al *genus*.

Nello specifico, gli elementi di specialità sono due: il fatto che "[t]he perpetrator caused [...] person or persons to engage in one or more acts of a sexual nature" ⁽⁹⁸⁾ e l'assenza di dolo specifico di guadagno economico e non (elemento, quest'ultimo, implicitamente dedotto dal confronto con il reato di prostituzione forzata).

Proprio perché non vi è una corrispondenza biunivoca tra gli elementi del sottoinsieme (schiavitù sessuale) e gli elementi dell'insieme principale (schiavitù), è evidente che gli elementi caratterizzanti il reato di schiavitù sessuale non saranno propri anche del reato di schiavitù.

Per definizione, infatti, non si può instaurare una corrispondenza biunivoca tra gli elementi di un insieme e quelli di un suo sottoinsieme proprio. Tale fatto si verifica solamente nel caso di insiemi infiniti, secondo la definizione matematica di Cantor-Dedekind che statuisce che "un insieme si dice infinito se è equipotente a qualche sua parte propria" ⁽⁹⁹⁾. Tale definizione, tuttavia, non può essere applicata

⁽⁹⁸⁾ Art. 7 (1) (g)-2 *Crime against humanity of sexual slavery, Elements of Crimes* e art. 8 (2) (e) (vi)-2 *War crime of sexual slavery, Elements of Crimes*.

⁽⁹⁹⁾ Sul punto v. G. LOLLI, *Guida alla teoria degli insiemi*, Springer-Science & Business Media, 2008, p.38.

al caso in esame, ossia al rapporto tra schiavitù (insieme contenente) e schiavitù sessuale (insieme contenuto). Nello specifico, infatti, l'insieme è rappresentato dal reato, mentre gli elementi contenuti nell'insieme sono gli elementi del fatto tipico di reato, il cui numero è, appunto, finito.

Al riguardo, tuttavia, è necessario fare una precisazione.

Trattando dei due reati in esame, possiamo distinguere tra un elemento discriminante “forte” e un elemento discriminante “debole”.

Il primo elemento ora enunciato, ossia il coinvolgimento della vittima in uno o più atti sessuali coatti, può essere considerato come l'unica vera caratteristica di *discrimen* tra la schiavitù sessuale e la schiavitù.

Si potrebbe, in altri termini, definire un elemento discriminante “forte”.

Discorso diverso vale per il dolo specifico di guadagno.

Tale finalità, infatti, è stata dedotta dottrinalmente per distinguere la schiavitù sessuale dalla prostituzione forzata e non dalla schiavitù (ampiamente intesa). Ne consegue che il fine di guadagno sarà elemento di discriminazione “forte” in relazione al rapporto tra schiavitù sessuale e prostituzione forzata, ed elemento di discriminazione “debole” in merito al rapporto tra schiavitù e schiavitù sessuale: la schiavitù sessuale non sarà mai connotata dal fine di guadagno, mentre la schiavitù ampiamente intesa potrebbe essere colorata da tale dolo specifico come no. L'operatore del diritto che si trovi a dover distinguere tra *slavery* e *sexual slavery* potrà ricorrere al criterio dell'assenza di guadagno a fini orientativi, fermo restando che l'elemento discriminante decisivo resterà l'induzione alla prestazione sessuale coatta, non per niente l'unico espressamente enunciato dagli *Elements of Crimes* della ICC.

Tenendo a mente tali considerazioni, si può ora analizzare il rapporto intercorrente tra i reati delineati dalla Convenzione del 1949 e la schiavitù.

In primo luogo, è possibile che un soggetto procuri, adeschi o rapisca, al fine di avviare alla prostituzione, un'altra persona e che, nel corso della condotta tipica,

la vittima venga ridotta in schiavitù. Nulla impedisce, infatti, che vengano a crearsi le condizioni per l'esercizio di "any or all of the powers attaching to the right of ownership over one or more persons" ⁽¹⁰⁰⁾ in corso di tratta.

Successivamente, è possibile che il dolo specifico di avviamento alla prostituzione si concretizzi, o meno.

Nel primo caso, oltre al crimine di schiavitù, il soggetto agente consumerà anche il crimine di prostituzione forzata, fermo restando che, qualora la condizione schiavile permanga anche durante lo sfruttamento sessuale della vittima, il fine di guadagno intrinsecamente caratterizzante la violazione della Convenzione del 1949 impedirà che, per principio di specialità, la schiavitù "si trasformi" in schiavitù sessuale nell'ambito della medesima azione.

Nel secondo caso, ossia in caso di mancata concretizzazione del dolo specifico di reato, si perfezionerà il solo crimine di schiavitù.

Il tutto, si noti, in concorso con la violazione della Convenzione del 1949.

In secondo luogo, è possibile che durante la tratta la vittima non venga ridotta in stato schiavile. A seconda, quindi, dell'integrazione o meno dell'oggetto del dolo specifico (avviamento alla prostituzione), si assisterà all'integrazione del crimine internazionale di prostituzione forzata in concorso con la violazione della Convenzione del 1949, ovvero alla mera violazione della Convenzione in esame, senza il perfezionamento di alcun crimine internazionale.

In quest'ultimo caso, chiaramente, si allude all'ipotesi di adescamento della vittima (non ridotta in stato schiavile) al fine di avviamento alla prostituzione, fine poi non raggiunto dall'autore del reato.

Terza ipotesi: la semplice condotta di sfruttamento della prostituzione altrui, sanzionata dalla Convenzione del 1949, potrà integrare il solo reato di prostituzione forzata, ovvero anche il crimine di schiavitù, qualora ne ricorrano gli estremi. Ancora una volta, il fine di guadagno animante l'autore della condotta impedirà l'integrazione del reato di schiavitù sessuale, nell'ambito della medesima

⁽¹⁰⁰⁾ Art. 7 (1) (c) *Crime against humanity of enslavement, Elements of Crimes.*

azione, impedendo contestualmente la prevalenza di quest'ultima figura sulla schiavitù *latu sensu* in virtù del principio di specialità.

Quarta ed ultima ipotesi riguarda la condotta di colui che mantenga, diriga, amministri o contribuisca a finanziare una casa chiusa, conceda o prenda in affitto, in tutto o in parte, un immobile o un altro luogo ai fini della prostituzione altrui. In questo caso, la condotta (diretta violazione della Convenzione del 1949) comporterà una violazione diretta del divieto di prostituzione forzata, ovvero un possibile concorso nell'integrazione del reato medesimo.

Discorso analogo vale nel caso in cui, all'interno della casa chiusa, si verificano situazioni di schiavitù.

11. Ipotesi di concorso tra reati: le soluzioni date dalla giurisprudenza penale internazionale e la disciplina della ICC

Prima di analizzare l'istituto del concorso tra reati nella giurisprudenza penale internazionale, è opportuno effettuare una doverosa premessa. Quella appena conclusa è stata una prima analisi di possibili concorsi tra crimini internazionali (schiavitù, schiavitù sessuale e prostituzione forzata) e reati transnazionali (nello specifico, le diverse *figurae criminis* delineate dalla Convenzione del 1949). Si è trattata di una disamina *prima facie*, che non tiene conto della disciplina del concorso di reati nella giurisprudenza dei tribunali penali internazionali istituiti prima della ICC, nonché le soluzioni date dalla Corte stessa ⁽¹⁰¹⁾. Nelle pagine che seguiranno si affronterà sia l'argomento del *concursum delictorum* nella giurisprudenza internazionale, sia la questione del concetto di *unità di condotta criminale*, sottolineando la differenza tra unità di condotta e unità d'azione/omissione criminale, *discrimen* fondamentale per comprendere la disciplina del concorso di reati.

Successivamente, si applicherà il principio generale al caso concreto in esame.

⁽¹⁰¹⁾ Per una trattazione esauriente sul tema, v. su tutti O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters: Re-characterisation in International Criminal Law*, Intersentia nv, 2004.

11.1 Il concorso tra reati nella giurisprudenza dell'ICTY e dell'ICTR

In diritto internazionale penale, le ipotesi di concorso tra crimini internazionali sono tutt'altro che infrequenti ⁽¹⁰²⁾. Stante, tuttavia, lo stato ancora larvale di tale diritto ⁽¹⁰³⁾, gli Statuti dell'ICTY e dell'ICTR non contengono disposizioni in merito alla disciplina del concorso di reati, né, tantomeno, si rinvengono articoli utili nella Carta di Norimberga.

Come rilevato in dottrina ⁽¹⁰⁴⁾, tuttavia, si possono trovare delle indicazioni in materia alle Rules 87 e 101 delle *Rules of Procedure and Evidence* dell'ICTY.

La Rule 87, rubricata *Deliberations*, prevede, alla lettera (C), che “[i]f the Trial Chamber finds the accused guilty on one or more of the charges contained in the indictment, it shall impose a sentence in respect of each finding of guilt and indicate whether such sentences shall be served consecutively or concurrently, unless it decides to exercise its power to impose a single sentence reflecting the totality of the criminal conduct of the accused”.

La Rule 101, invece, merita un'attenzione maggiore.

Nonostante, infatti, in dottrina si ritenga che la parte saliente della Rule in commento sia la lettera (C) ⁽¹⁰⁵⁾, ad avviso di chi scrive a rilevare non è la Rule 101 lett. (C) (che a ben vedere afferma che “[c]redit shall be given to the convicted person for the period, if any, during which the convicted person was detained in custody pending surrender to the Tribunal or pending trial or appeal”, una

⁽¹⁰²⁾ Sul punto v. G. WERLE, F. JEBBERGER, *Principles of International Criminal Law*, OUP, 2014, p. 280, dove gli Autori affermano che “it is often the case in international criminal law that a single perpetrator’s conduct meets the definitions of several crimes”.

⁽¹⁰³⁾ Cfr. inter multos E. AMATI, *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, 2010, p. 28. L’Autore al riguardo afferma che “[c]iò che accoglie chi si avvicina e che continua ad accompagnare anche chi conosce, il diritto penale internazionale, è una forte sensazione di spaesamento. L’assenza delle coordinate proprie di un diritto nazionale, la disorganicità, l’eterogeneità delle fonti, la pluralità [...], e, in una parola, la complessità che lo caratterizzano rendono questa disciplina particolarmente interessante e peculiare”.

⁽¹⁰⁴⁾ V. G. WERLE, F. JEBBERGER, *Principles of International Criminal Law*,... cit. p. 280.

⁽¹⁰⁵⁾ Cfr. ad es. G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale...cit.* p.510 e 511.

statuizione che con il concorso di reati ha poco a che vedere), bensì la Rule 101 lett. (B) (iii), che prevede che “[i]n determining the sentence, the Trial Chamber shall take into account the factors mentioned in Article 24, paragraph 2, of the Statute, as well as such factors as: [...] (iii) *the general practice regarding prison sentences in the courts of the former Yugoslavia*”(corsivo aggiunto).

E proprio l’art. 48 del *Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia* detta i criteri per la determinazione della pena in caso di *Combination of criminal acts*, statuendo che: “(1) *If an offender by one deed or several deeds has committed several criminal acts, and if he is tried for all of the acts at the same time (none of which has yet been adjudicated), the court shall first assess the punishment for each of the acts, and then proceed with the determination of the integrated punishment (compounded sentence) for all the acts taken together...*” (corsivo aggiunto; il testo integrale dell’articolo in questione, che illustra i criteri per la determinazione della pena cumulativa, viene riportato in nota) ⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ Per completezza, si riporta qui di seguito il testo integrale dell’art. 48 del *Criminal Code of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia*, che detta i criteri per la determinazione della pena in caso di *Combination of criminal acts*, statuendo che: “(1) *If an offender by one deed or several deeds has committed several criminal acts, and if he is tried for all of the acts at the same time (none of which has yet been adjudicated), the court shall first assess the punishment for each of the acts, and then proceed with the determination of the integrated punishment (compounded sentence) for all the acts taken together.* (2) The court shall impose the integrated punishment by the following rules:

- 1) if capital punishment has been inflicted by the court for one of the combined criminal acts, it shall pronounce that punishment only;
- 2) if the court has decided upon a punishment of 20 years' imprisonment for one of the combined criminal acts, it shall impose that punishment only;
- 3) if the court has decided upon punishments of imprisonment for the combined criminal acts, the integrated punishment shall consist of an aggravation of the most severe punishment assessed, but the aggravated punishment may not be as high as the total of all incurred punishments, and may not exceed a period of 15 years' imprisonment;
- 4) if for the combined criminal acts several punishments of imprisonment have been decided upon which taken together do not exceed three years, the integrated punishment may not exceed a period of eight years of imprisonment;
- 5) if fines have been determined by the court for the combined criminal acts, the court shall increase the highest fine determined, but it may neither exceed the total of all punishments decided upon nor 50,000 dinars, that is to say 200,000 dinars when one or more of the criminal acts have been committed for the purpose of obtaining gain;
- 6) if the court has fixed punishments of imprisonment for some of the combined criminal acts, and fines for others, it shall impose one punishment of imprisonment and one fine under provisions set forth in items 3 to 5 of this paragraph.

Previsioni analoghe si rinvencono anche nelle *Rules of Procedure and Evidence* dell'ICTR⁽¹⁰⁷⁾.

Nell'affrontare il problema del *concursum delictorum*, i Tribunali Speciali si sono trovati di fronte alla possibilità di seguire due vie, tra loro alternative⁽¹⁰⁸⁾.

La prima via, più rispettosa del principio *nullum crimen/nulla poena sine lege (certa)*, avrebbe portato all'applicazione del diritto penale interno dell'ex Jugoslavia e del Ruanda in materia di concorso tra reati. Si tratta del metodo di giudizio più rispettoso del principio *nullum crimen/nulla poena sine lege (certa)* in quanto implicante l'applicazione di un diritto certo e presumibilmente conosciuto agli autori delle condotte al momento dell'azione/omissione criminale.

(3) The court shall impose an accessory punishment if it is prescribed for any one of the combined criminal acts, and if it has decided upon several fines it shall impose one compound fine under provisions set forth in item 5, paragraph 2 of this article.

(4) If the court has decided upon punishments of imprisonment and juvenile custody for the combined criminal acts, it shall impose a punishment of imprisonment as the compound sentence, following the rules set forth in items 2 to 4, paragraph 2 of this article" (corsivo aggiunto).

Proprio tale articolo è stato richiamato dalla *Trial Chamber* nel caso *Prosecutor v. Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic, Drago Josipovic, Dragan Papic, Vladimir Santic, Also Known As "Vlado"* (IT-95-16-T) (*Trial Chamber*), par. 864 e ss. Il testo della sentenza è disponibile all'indirizzo internet <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/tjug/en/kup-tj000114e.pdf>.

I sei imputati erano membri del Consiglio di Difesa Croato, l'HVO (Hrvatsko vijeće obrane). Tra il 1992 e il 1993 operarono in una divisione che era di stanza nella valle del fiume Lasva, e si resero protagonisti di attacchi a numerosi villaggi, tra cui anche il villaggio di Ahmici-Santici, la cui popolazione di Bosniaci musulmani fu sterminata tra l'ottobre 1992 e l'aprile 1993. I crimini ipotizzati sono stati l'omicidio ed il trattamento crudele come violazione delle leggi o delle consuetudini di guerra per tutti gli imputati eccetto Dragan Papic, e persecuzione per motivi politici, razziale e religiosi, omicidio ed altri atti disumani come crimini contro l'umanità. All'esito del processo d'appello, Zoran Kupreskic, Mirjan Kupreskic, Vlatko Kupreskic sono stati dichiarati non colpevoli, Drago Josipovic è stato condannato a 12 anni di reclusione, mentre Vladimir Santic a 18 anni di reclusione. Dragan Papic era stato assolto da tutte le accuse dalla camera di primo grado. Per approfondimenti v. G. CALVETTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Il tribunale per la ex-Jugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento...cit.* p.138.

⁽¹⁰⁷⁾ V. Rule 87 (C) e Rule 101 (B) iii.

⁽¹⁰⁸⁾ Sul punto v. A. BOGDAN, "Cumulative Charges, Convictions And Sentencing At The Ad Hoc International Tribunals For The Former Yugoslavia And Rwanda", in *Melbourne Journal of International Law*, 3/2002.

Il secondo approccio, invece, avrebbe condotto all'applicazione dei principi generali di diritto dei sistemi legali simili a quelli degli Stati coinvolti (Yugoslavia e Ruanda, per l'appunto).

Tale approccio si rivela meno rispettoso del principio *nullum crimen/nulla poena sine lege (certa)* rispetto al primo dal momento che i principi generali di diritto sono, a differenza del diritto nazionale, meno conoscibili dal *quisque de populo*. È quindi evidente che l'applicazione di tali principi, ancorchè fonte di diritto internazionale spesso richiamata con funzione suppletiva in settori poco sviluppati come appunto il diritto internazionale penale, può risultare in un sostanziale svuotamento del principio *nullum crimen/nulla poena sine lege*. *Rectius*, si può affermare che l'applicazione dei principi generali di diritto rispetti il principio del *nullum crimen/nulla poena sine lege*, ma non la sua conseguenza logico-giuridica, ossia il fatto che questa legge sia certa e conoscibile dal soggetto al momento della condotta criminosa. Da cui, appunto, la dicitura *nullum crimen/nulla poena sine lege certa*.

Tra i sistemi legali presentanti caratteristiche di prossimità con l'ordinamento penale Yugoslavo e Ruandese, i sistemi di civil law si mostrano più garantisti nei confronti dell'imputato, precludendo, o quantomeno sottoponendo a condizioni assai rigide, la possibilità di imputazioni cumulative o alternative ⁽¹⁰⁹⁾.

I sistemi di common law, invece, non presentano tale caratteristica di garanzia, aprendo alla possibilità di *multiple or alternative charges*, rimettendo al giudice la discrezionalità di condannare l'imputato per uno o più dei reati contestati ⁽¹¹⁰⁾.

La giurisprudenza del ICTY e dell'ICTR si è dimostrata, al riguardo, assai varia.

L'ICTY, nel caso *Kupreskic*, ha fatto ricorso al cosiddetto *Blockburger test* per individuare la possibilità, per il *Prosecutor*, di porre in essere *multiple charges*.

⁽¹⁰⁹⁾ Sul punto v. A. BOGDAN, "Cumulative Charges, Convictions And Sentencing At The Ad Hoc International Tribunals For The Former Yugoslavia And Rwanda"... cit. p.132, che richiama, per approfondimenti sul tema, J. PRADEL, *Droit pénal comparé*, Dalloz, 1995. V. anche G. STEFANI, G. LEVASSEUR, B. BOULOC, *Droit pénal général*, Dalloz, 2007.

⁽¹¹⁰⁾ Sul punto v. A. BOGDAN, "Cumulative Charges, Convictions And Sentencing At The Ad Hoc International Tribunals For The Former Yugoslavia And Rwanda"... cit. p.131, che richiama, per approfondimenti, M. CHERIF BASSIOUNI, *Substantive Criminal Law*, Thomas, 1978.

Dopo aver affermato il principio in base al quale il *Prosecutor*, pur nella possibilità di effettuare un *cumulative charging*, dovrebbe preferire l'imputazione alternativa o quantomeno limitare il numero di reati imputati sulla base della medesima condotta ⁽¹¹¹⁾, la *Trial Chamber* ha effettuato un'analisi della giurisprudenza delle principali Corti interne e internazionali ⁽¹¹²⁾, ricorrendo quindi ai principi generali di diritto (e abbracciando, tra le due soluzioni precedentemente esposte, quella meno garantista del principio *nullum crimen/nulla poena sine lege certa*) per colmare la lacuna dello Statuto dell'ICTY ⁽¹¹³⁾.

Da tale analisi comparatistica è emerso che, prima di verificare se e quando il *Prosecutor* può imputare all'accusato molteplici reati per la medesima condotta, è doveroso effettuare una distinzione in merito alla natura della condotta dalla quale scaturisce la molteplicità di infrazioni criminali.

⁽¹¹¹⁾ "The Prosecution: (a) may make cumulative charges whenever it contends that the facts charged violate simultaneously two or more provisions of the Statute [...] (b) should charge in the alternative rather than cumulatively whenever an offence appears to be in breach of more than one provision, depending on the elements of the crime the Prosecution is able to prove (c) should refrain as much as possible from making charges based on the same facts but under excessive multiple heads" (sottolineatura in originale) *Prosecutor v. Zoran Kupreskic (Trial Chamber)*, par. 727.

⁽¹¹²⁾ Ciò non prima di aver sottolineato come, in diritto internazionale penale, fosse ormai giunto il momento di trovare una soluzione alla questione relativa alle cumulative charges. Una questione che non era stata affrontata, per esempio, dal tribunale di Norimberga, che vide la condanna di imputati per il medesimo crimine "duplicato", ossia qualificato prima come crimine di guerra, poi come crimine contro l'umanità. La *Trial Chamber* ha motivato tale soluzione sulla base del fatto che, all'epoca, la categoria dei crimini contro l'umanità era appena emersa, e si temeva che, qualora l'accusato fosse stato imputato solamente per un crimine contro l'umanità, la Corte avrebbe applicato una legge nata *post facto*. In secondo luogo, si riteneva che la duplice imputazione fosse dovuta alla mancanza di una netta distinzione tra crimini di guerra e crimini contro l'umanità, sintomo di un diritto internazionale penale ancora allo stato embrionale (*Prosecutor v. Zoran Kupreskic (Trial Chamber)*, par. 676). La *Trial Chamber*, in ogni caso, ha fatto notare come "[h]owever, two defendants (Streicher and von Schirach) were only found guilty of crimes against humanity (IMT Judgement, pp. 304, 320), while another two defendants, Raeder and Doenitz, the two highest commanders of the naval forces, were convicted only of war crimes (IMT Judgement, pp. 317, 315)" (*Prosecutor v. Zoran Kupreskic (Trial Chamber)*, par. 676, nota 942).

⁽¹¹³⁾ "[I]t is now clear that to fill possible gaps in international customary and treaty law, international and national criminal courts may draw upon general principles of criminal law as they derive from the convergence of the principal penal systems of the world. Where necessary, the Trial Chamber shall use such principles to fill any lacunae in the Statute of the International Tribunal and in customary law" (*Prosecutor v. Zoran Kupreskic (Trial Chamber)*, par. 677).

In primo luogo, infatti, è possibile che *diversi segmenti di condotta di un medesimo disegno criminale* diano vita ad una pluralità di infrazioni ⁽¹¹⁴⁾. Se si volesse usare la terminologia propria del diritto penale italiano, allora si dovrebbe parlare di “più azioni” che “in senso naturalistico si ricompongono in un’azione giuridicamente unitaria se unico è lo scopo che le sorregge e se si susseguono nel tempo senza apprezzabile interruzione” ⁽¹¹⁵⁾. Tale condotta unica può dare vita ad un concorso formale omogeneo o eterogeneo, a seconda del fatto che la pluralità di violazioni abbia ad oggetto la medesima norma incriminatrice, o riguardi diverse disposizioni incriminatrici.

In secondo luogo, è possibile che *la medesima azione o omissione* si concreti nella violazione di più norme incriminatrici ⁽¹¹⁶⁾.

In tal caso, potranno verificarsi due ipotesi.

La prima ipotesi è quella di una condotta che viola per alcuni aspetti una norma incriminatrice, per altri un’altra norma incriminatrice. Il Collegio pone come esempio quello del bombardamento di un gruppo religioso con armi proibite durante un conflitto internazionale. In tale caso, parte della condotta integrerà il crimine di genocidio, mentre altra parte della condotta integrerà il crimine di guerra consistente nell’utilizzo di armi proibite ⁽¹¹⁷⁾.

La seconda ipotesi è quella di una condotta che viola interamente e simultaneamente due norme incriminatrici. L’esempio che viene portato dal Collegio è quello di crimini come il *systematic rape*, che sono coperti sia dalle

⁽¹¹⁴⁾ *Prosecutor v. Zoran Kupreskic (Trial Chamber)*, par. 678.

⁽¹¹⁵⁾ G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, 2009, p.661.

⁽¹¹⁶⁾ La differenza che giustifica la bipartizione effettuata dalla *Trial Chamber* sembrerebbe essere di tipo naturalistico piuttosto che giuridico. In altre parole, ciò che distingue la prima fattispecie dalla seconda è che, naturalisticamente, nel primo caso abbiamo una pluralità di azioni, mentre nel secondo caso si ha un’azione sola. Giuridicamente ragionando, invece, non vi è differenza tra il primo caso affrontato dalla *Trial Chamber* ed il secondo, stante il fatto che la pluralità di azioni o omissioni (naturalisticamente considerate) di cui al primo caso viene equiparata all’azione/omissione singola del secondo caso, alla luce del fatto che i “various elements” sono parte di una “general criminal transaction”.

⁽¹¹⁷⁾ *Prosecutor v. Zoran Kupreskic (Trial Chamber)*, par. 679.

disposizioni sui crimini di guerra sia dalle disposizioni sui crimini contro l'umanità ⁽¹¹⁸⁾.

Dopo aver effettuato questa doverosa premessa (non avrebbe senso, infatti, parlare di *cumulative charges* se prima non si precisa cosa si intende per unità di condotta), ed accogliendo, almeno in via implicita, la linea di pensiero che vede il *medesimo disegno criminale* come elemento unificatore di una pluralità di condotte naturalisticamente intese, la *Trial Chamber* cita due esempi paradigmatici di risoluzione della questione relativa alle *cumulative charges* tratti dalla giurisprudenza statunitense.

Il primo esempio vede la *Supreme Court of Massachusetts* nel caso *Morey v. The Commonwealth* del 1871⁽¹¹⁹⁾ statuire che “[a] single act may be an offence against two statutes: and if each statute requires proof of an additional fact which the other does not, an acquittal or conviction under either statute does not exempt the defendant from prosecution and punishment under the other”.

Il secondo esempio, invece, riguarda il caso *Blockburger v. United States of America* del 1932 ⁽¹²⁰⁾, nel quale si sancisce il criterio noto altrimenti come *Blockburger test*, che vuole che “the applicable rule is that where the same act or transaction constitutes a violation of two distinct statutory provisions, the test to be applied to determine whether there are two offences or only one, is *whether each provision requires proof of an additional fact which the other does not*” (corsivo aggiunto).

Se si volesse ragionare a mediante un'icastica rappresentazione insiemistica, il *Blockburger test* sarebbe soddisfatto qualora il rapporto tra le due ⁽¹²¹⁾ fattispecie incriminatrici potesse essere rappresentato da due insiemi dotati di

⁽¹¹⁸⁾ *Prosecutor v. Zoran Kupreskic (Trial Chamber)*, par. 679.

⁽¹¹⁹⁾ *Morey v. The Commonwealth*, (1871) 108 Mass. 433 e 434. Sul punto v. anche J. E. ACKERMANN, E. O'SULLIVAN, *Practice and Procedure of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: With Selected Materials from the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Martinus Nijhoff Publishers, 2000, p. 256.

⁽¹²⁰⁾ *Blockburger v US* (1932) 284 U.S. 299, 304, 52 S.Ct. 180.

⁽¹²¹⁾ Nel caso si parla di due fattispecie incriminatrici per ragioni di semplicità, ma il *Blockburger test* può essere applicato anche a tre o più fattispecie incriminatrici.

un'intersezione: l'intersezione rappresenta l'elemento comune (o gli elementi comuni) alle due fattispecie, mentre le parti autonome di *ciascun* insieme rappresentano l'*additional fact* che deve essere provato.

Qualora tale situazione non si verifichi, allora significa che una delle due fattispecie incriminatrici comprende tutti gli elementi dell'altra fattispecie, più un *quid pluris*: il rapporto tra le norme sarà un rapporto di *genus/species*, con conseguente prevalenza della fattispecie speciale su quella generale ⁽¹²²⁾.

In merito, è opportuno citare il passo del par. 684 del caso *Kupreskic*, dove la *Trial Chamber* afferma che “[t]he rationale behind the principle of speciality is that if an action is legally regulated both by a general provision and by a specific one, the latter prevails as most appropriate, being more specifically directed towards that action. Particularly in case of discrepancy between the two provisions, it would be logical to assume that the lawmaking body intended to give pride of place to the provision governing the action more directly and in greater detail”.

A tale principio orora esposto, e logicamente condivisibile, si deve aggiungere una dovuta eccezione. Vi sono dei casi, infatti, in cui il rapporto tra due fattispecie incriminatrici non può essere risolto in termini di *genus/species*, eppure non si è in presenza di un potenziale caso di *cumulative charging*.

Si tratta della dottrina, propria dei Paesi di common law, della “lesser included offence”: come affermato dal giudice Nieto-Navia nella sua *dissenting opinion* nel caso *Caballero Delgado and Santana* risolto dalla Corte interamericana dei diritti dell'uomo nel 1955 “[i]n criminal law if a person is killed by a dagger it is obvious that he was also the victim of wounding. However, the crime that was committed is murder, and no judge will interpret the norms in such a way that the dead person was the victim of “murder and wounding” (pag. 99). Nel caso, tra le ferite e l'omicidio non vi è un rapporto *genus/species*, cionondimeno il ferimento della vittima sarà assorbito dal reato di omicidio.

Tornando all'analisi del *cumulative charging*, si deve infine ricordare che, oltre al *Blockburger test*, sarà necessaria l'applicazione di un *secondo test*, *ausiliario al primo*, che consisterà nel verificare se le due norme incriminatrici tutelano o meno

⁽¹²²⁾ *Prosecutor v. Zoran Kupreskic (Trial Chamber)*, par. 683 e ss.

differenti valori. Come si è affermato in dottrina e come appena sottolineato, tale secondo test valoriale ha carattere ancillare rispetto al *Blockburger test* ⁽¹²³⁾.

Anche alla luce dell'evoluzione della giurisprudenza dello stesso ICTY ⁽¹²⁴⁾, i criteri adottati dalla *Trial Chamber* nel caso in esame verranno ribaltati dall'*Appeals Chamber* ⁽¹²⁵⁾.

Da ultimo, la *Trial Chamber* affronta il problema di come una (corretta) *cumulative charge* possa riflettersi in sentenza. Nello specifico, si afferma che “the sentences consequent upon the convictions for the same act shall be served concurrently, but the Trial Chamber may aggravate the sentence for the more serious offence if it considers that the less serious offence committed by the same conduct significantly adds to the heinous nature of the prevailing offence, for instance because the less serious offence is characterised by distinct, highly reprehensible elements of its own (e.g. the use of poisonous weapons in conjunction with the more serious crime of genocide)” ⁽¹²⁶⁾.

⁽¹²³⁾ Così A. BOGDAN, “Cumulative Charges, Convictions And Sentencing At The Ad Hoc International Tribunals For The Former Yugoslavia And Rwanda”... cit. p.145, dove l'Autore afferma che “in Kupreskic the ‘protection of values’ aspect of the test is auxiliary to the ‘same elements’ component of the test”. D'altronde la sussidiarietà del test valoriale è desumibile anche dal dato letterale della sentenza in esame, che, al par. 695, afferma che “the Trial Chamber’s review of national case law indicates that the test is hardly ever used other than in conjunction with, and in support of, the other tests mentioned above (ossia il *Blockburger test*)”. La preminenza del *Blockburger test* è inoltre deducibile anche dal fatto che, in caso di impossibilità di *cumulative charging*, solo il *Blockburger test* potrà indicare la fattispecie incriminatrice applicabile in base al principio di specialità. Tale indicazione, invece, non potrà essere fornita dal ‘*protection of values’ test*, dal momento che il principio di specialità non è facilmente applicabile ai valori protetti dalle norme penali.

⁽¹²⁴⁾ Su tutti si vedano i casi *Prosecutor v. Zejnil Delalic, Zdravko Mucic (aka “Pavo”), Hazim Delic and Esad Landžo (aka “Zenga”) noto anche come Celebici Case* (IT-96-21-A) (*Appeals Chamber*), testo disponibile all'indirizzo internet <http://www.icty.org/x/cases/mucic/acjug/en/cel-aj010220.pdf> e *Prosecutor V. Goran Jelusic* (IT-95-10-A) (*Appeals Chamber*), con testo disponibile all'indirizzo internet <http://www.icty.org/x/cases/jelusic/acjug/en/jel-aj010705.pdf> che verranno analizzati nel prosieguo della trattazione.

⁽¹²⁵⁾ *Prosecutor v. Kupreskic* (IT-95-16-A) (*Appeals Chamber*), testo disponibile all'indirizzo <http://www.icty.org/x/cases/kupreskic/acjug/en/kup-aj011023e.pdf>.

⁽¹²⁶⁾ *Prosecutor v. Kupreskic* (*Trial Chamber*), par.718.

Come si è rilevato in dottrina ⁽¹²⁷⁾, in tal caso il ragionamento della *Trial Chamber* è, se non contraddittorio, per lo meno incompleto. Il Collegio, infatti, basa l'aumento di pena su un presupposto tutt'altro che dimostrato, ossia l'esistenza di una gerarchia, in ordine di gravità, tra i crimini di competenza dell'ICTY. Non solo, anche presupponendo l'esistenza di tale gerarchia (cosa che si rivela intuitiva per alcuni reati, un po' meno per altri), la *Trial Chamber* non spiega sulla base di quali criteri si possa individuare l'esistenza di un crimine di maggiore gravità e quella di un crimine di minore gravità. Si può quindi ritenere che il passo in commento sia potenzialmente pericoloso nel momento in cui concede al giudice una discrezionalità assai ampia nel determinare il reato più grave ed il conseguente aumento di pena per lo stesso. Il tutto a discapito dei diritti dell'accusato. Seguendo in toto l'argomentazione logico giuridica del Collegio nel caso *Kupreskic*, infatti, non solo si fonda la possibilità di un *cumulative charging* sulla base di principi generali di diritto presumibilmente sconosciuti all'accusato al momento della condotta, ma si prevede anche la possibilità, per i giudici, di aumentare la pena per il reato più grave sulla base di una scala valoriale ancora una volta presumibilmente sconosciuta all'accusato al momento della condotta. La violazione del principio *nullum crimen nulla poena sine lege (certa)*, in questo caso, è evidente. Certo ci si potrebbe chiedere se tali rilevamenti hanno senso all'interno di un contesto di giustizia punitivo repressiva come quello dell'ICTY, un sistema nato *post facto* e spesso tacciato di essere portatore di una "giustizia selettiva", che punisce gli autori di gravi crimini commessi in determinati contesti ma lascia impuniti gli altri. Tale obiezione, tuttavia, non sembra poter giustificare l'allargamento delle maglie della legalità internazionale a discapito dei diritti dell'imputato.

Un ulteriore contributo alla materia viene fornito dall'*Appeals Chamber* dell'ICTY nel caso *Celebici* ⁽¹²⁸⁾.

⁽¹²⁷⁾ A. BOGDAN, "Cumulative Charges, Convictions And Sentencing At The Ad Hoc International Tribunals For The Former Yugoslavia And Rwanda" ... cit. p.143.

⁽¹²⁸⁾ *Prosecutor v Zejnir Delalic, Zdravko Mucic (aka "Pavo"), Hazim Delic and Esad Landžo (aka "Zenga")* (IT-96-21-A) (*Appeals Chamber*). I crimini ipotizzati nel caso in esame furono la

Dopo un'analisi dettagliata della giurisprudenza internazionale e nazionale (¹²⁹), l'*Appeals Chamber* afferma che “[h]aving considered the different approaches

detenzione illegale di civili, l'inflizione intenzionale di grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute, omicidio, tortura e trattamenti inumani come infrazioni gravi delle Convenzioni di Ginevra del 1949, nonché omicidio, tortura, trattamento crudele e saccheggio come violazioni delle leggi o delle consuetudini di guerra. I fatti contestati risalgono al 1992, quando Delalic era comandante militare dell'esercito bosniaco, ed aveva il compito di coordinare le forze bosniache nella municipalità di Konjic. Mucic e Delic erano rispettivamente Capo e vice capo del campo di detenzione di Celebici, da cui il caso prende appunto il nome, mentre Landzo era una guardia del campo. Proprio a Celebici, civili serbo-bosniaci provenienti dalla municipalità di Konjic furono detenuti e sottoposti a soprusi. Al termine di un processo incominciato il 18 marzo 1996 con l'arresto di Delalic e Mucic e conclusosi l'8 aprile 2003, dopo due istanze di appello e un rinvio (successivo alla prima istanza d'appello) alla *Trial Chamber*, la Camera d'appello ha condannato a 9 anni di reclusione Mucic, Landzo a 15 anni di reclusione e Delic a 18 anni. Delalic, invece, è stato assolto. Il caso si dimostra di particolare rilevanza non solo per il tema del *cumulative charging*, ma anche perché si tratta del primo caso che delinea i contorni della responsabilità penale del superiore per condotte dei sottoposti. Per approfondimenti v. G. CALVETTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento...cit.* p.125; S. YEE, *International Crime and Punishment: Selected Issues, Volume 1*, University Press of America, 2003, p.143 e ss; H. FISCHER, A. McDONALD, *Yearbook of International Humanitarian Law - 2002, Volume 5*, CUP, 2011, p. 101; L. YARWOOD, *Women and Transitional Justice: The Experience of Women as Participants*, Routledge, 2013, p. 63; R. PROVOST, *International Human Rights and Humanitarian Law*, CUP, 2002, p.39 e ss.; A. CASSESE, A. WHITING, *International Criminal Law: Cases and Commentary*, OUP, 2011, p.30 e ss.; F. BOUCHET-SAULNIER, *The Practical Guide to Humanitarian Law*, Rowman & Littlefield Publishers, 2013, p.600. V. anche la Press release dell'ICTY all'indirizzo internet <http://www.icty.org/en/press/celebici-case-judgement-trial-chamber-zejnil-delalic-acquitted-zdravko-mucic-sentenced-7-years>.

(¹²⁹) In primo luogo i giudici dell'*Appeals Chamber* richiamano il caso *Tadic* (*Prosecutor v. Dusko Tadic, IT-94-1-Tbis-R117, Trial Chamber e Appeals Chamber*), dove l'imputato “was cumulatively convicted with respect to the same conduct, based on numerous different groups of counts. The problem of multiple convictions was not addressed as such by the Chamber. The multiple convictions were however taken into account in the Tadic Sentencing Appeal Judgement, where the Appeals Chamber imposed concurrent sentences on the accused” (*Celebici Case, Appeals Chamber*, par. 403). Al par. 404, inoltre, si fa riferimento al caso *Aleksovski* (*Prosecutor v. Zlatko Aleksovski, IT-95-14/1-A, Appeals Chamber*), dove il Collegio giudicante, *condannando l'imputato in base ad uno solo dei tre capi di imputazione derivanti dalla medesima condotta*, ha statuito che “[t]he material acts of the Appellant underlying the charges are the same in respect of Counts 8 and 9, as in respect of Count 10, for which the Appellant has been convicted. Thus, even if the verdict of acquittal were to be reversed by a finding of guilt on these counts, it would not be appropriate to increase the Appellant's sentence. Moreover, any sentence imposed in respect of Counts 8 and 9 would have to run concurrently with the sentence on Count 10” (*Prosecutor v. Aleksovski, Appeals Chamber*, par. 60). Da evidenziare come nel caso in commento l'*Appeals Chamber* abbia affrontato in via del tutto superficiale solamente la questione degli effetti delle imputazioni cumulative in sentenza, e non anche il tema, strettamente connesso al diritto di difesa, della possibilità per il Prosceutor di porre in essere *cumulative charges*. Ciò viene anche sottolineato dal Collegio giudicante nel caso Celebici, dal momento che l'*Appeals chamber* ammette che “[t]his analysis of the Tribunal's jurisprudence reveals that multiple convictions based on the same acts have sometimes been upheld, with potential issues of unfairness to the accused being addressed at the sentencing phase” (*Celebici Case, Appeals Chamber*, par. 405).

expressed on this issue both within this Tribunal and other jurisdictions, this Appeals Chamber holds that reasons of fairness to the accused and the consideration that only distinct crimes may justify multiple convictions, lead to the conclusion that multiple criminal convictions entered under different statutory provisions but based on the same conduct are permissible only if each statutory provision involved has a materially distinct element not contained in the other. *An element is materially distinct from another if it requires proof of a fact not required by the other*” (corsivo aggiunto) ⁽¹³⁰⁾.

Non mancano riferimenti alla giurisprudenza nazionale (Germania, Zambia e Stati Uniti, rispettivamente ai parr. 407, 408 e 409).

⁽¹³⁰⁾ *Celebici Case (Appeals Chamber)*, par. 412. Tale criterio sarà ripreso dall'*Appeals Chamber* nel caso *Jelusic (Prosecutor v Goran Jelusic, IT-95-10-A, Appeals Chamber)*. Goran Jelusic, noto anche come l'“Adolf serbo”, era comandante del campo di detenzione di Luka, in Bosnia, dove i civili non serbi furono detenuti in condizioni disumane. Secondo l'accusa, ogni giorno Jelusic si recava nell'hangar principale del campo e interrogava, spesso sottoponendo a percosse che poi sfociavano nella morte, i prigionieri. Arrestato nel 1998, Jelusic fu accusato di omicidio, trattamento crudele e saccheggio come violazioni delle leggi o delle consuetudini di guerra, genocidio e omicidio e altri atti disumani come crimini contro l'umanità. In primo grado Jelusic è stato condannato a 40 anni di reclusione per tutte le imputazioni, ad eccezione di quella di genocidio, per la quale è stato proscioltto. La condanna è stata confermata in appello, e il 29 maggio 2003 Jelusic è stato trasferito in Italia per scontare la pena. Sul punto v. anche G. CALVETTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento...cit.* p.125 e 126; T. W. SIMON, *The Laws of Genocide: Prescriptions for a Just World*, Greenwood Publishing Group, 2007, p.82 e ss.; J. QUIGLEY, *The Genocide Convention: An International Law Analysis*, Routledge, 2016, p.114; Y. AKSAR, *Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court... cit.*, p. 218; N. A. COMBS, *Guilty Pleas in International Criminal Law: Constructing a Restorative Justice Approach*, Stanford University Press, 2007, p.61; A. CASSESE, L. CHAND VOHRAH (a cura di), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Martinus Nijhoff Publishers, 2003, p. 472 e ss.; P. R. BARTROP, *A Biographical Encyclopedia of Contemporary Genocide: Portraits of Evil and Good*, ABC-CLIO, 2012, p.143 e ss.

Il Criterio *Celebici* fu adottato anche nel caso *Krstic (Prosecutor v Radislav Krstic, IT-98-33-T, Trial Chamber)*. Radislav Krstic è stato vice comandante del corpo d'armata “Drina” dell'unità dell'esercito serbo bosniaco VRS (Vojska Republike Srpske), che attaccò, nel luglio 1995, la città di Srebrenica, istituita zona protetta dal Consiglio di sicurezza ONU. Dopo l'ingresso in città, l'11 luglio, le forze del corpo d'armata “Drina” hanno deportato e ucciso i residenti di etnia non serba. Arrestato il 2 dicembre 1998, Radislav Krstic è stato accusato di omicidio come violazione delle leggi o delle consuetudini di guerra, sterminio, omicidio, persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi, deportazione o trasferimento forzato come crimini contro l'umanità, genocidio o complicità in genocidio. Condannato a 46 anni di reclusione in primo grado, la sentenza è stata riformata dall'*Appeals Chamber*, che ha ridotto la pena a 35 anni. Sul punto v. G. CALVETTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento...cit.* p.106 e 107; A. McDONALD, *Yearbook of International Humanitarian Law - 2001, Volume 4*, CUP, 2011, p. 284 e ss.; P. R. BARTROP, S. LEONARD JACOBS *Modern Genocide: The Definitive Resource and Document Collection*, ABC-CLIO, 2014, p. 303 e ss.; R. MULGREW, D. ABELS, *Research Handbook on the International Penal System*, Edward Elgar Publishing, 2016, p. 436 e ss.

L'elemento di novità nel caso in esame, tuttavia, è rappresentato dalla *separate and dissenting opinion* del giudice David Hunt e del giudice Mohamed Bennouna. Nell'ammettere, in concerto con la maggioranza, la possibilità di un *cumulative charging* ⁽¹³¹⁾ a patto che "each offence has a unique element that the other offence or offences do not" ⁽¹³²⁾, i due giudici si dimostrano contrari alle modalità di svolgimento del *Blockburger test*.

Se infatti la maggioranza aveva ritenuto di dover fare rientrare nell'ambito di applicazione del test non solo la condotta dell'accusato ma tutti gli elementi del fatto tipico di reato, inclusi "the legal prerequisites relating to the circumstances of the relevant offences, or the chapeaux to the Articles, as well as the elements of the crimes which go to the *actus reus* and *mens rea* of the offences" ⁽¹³³⁾, i due giudici in *dissenting opinion* ritengono che l'oggetto del *Blockburger test* debba essere solo ed esclusivamente la *condotta criminosa*.

Al Par. 26 della *Separate and Dissenting Opinion*, infatti, si legge: "[w]e believe that it is not meaningful to consider for this purpose legal prerequisites or contextual elements which do not have a bearing on the accused's conduct, and that the focus of the test should therefore be on the *substantive elements which relate to an accused's conduct, including his mental state*. The *elements relating to the international nature of the conflict and protected person status* in relation to Article 2, or considerations which may arise under Article 3 such as the

⁽¹³¹⁾ "As a preliminary point, we agree with the majority that the cumulative charging should generally be permitted. As a practical matter, it is not reasonable to expect the Prosecution to select between charges until all of the evidence has been presented. It is not possible to know with precision, prior to that time, which offences among those charged the evidence will prove, particularly in relation to the proof of differing jurisdictional prerequisites [...] further, as has been observed at the Trial Chamber level, the offences in the Statute do not refer to specific categories of well-defined acts, but to broad groups of offences, the elements of which are not always clearly defined and which may remain to be clarified in the Tribunal's jurisprudence. The fundamental consideration raised by this issue is that it is necessary to avoid any prejudice being caused to an accused by being penalised more than once in relation to the same conduct. In general, there is no prejudice to an accused in permitting cumulative charging and in determining the issues arising from accumulation of offences after all of the evidence has been presented" (*Separate and Dissenting Opinion of Judge David Hunt and Judge Mohamed Bennouna*, par. 12, corsivo aggiunto).

⁽¹³²⁾ *Separate and Dissenting Opinion of Judge David Hunt and Judge Mohamed Bennouna*, par. 24.

⁽¹³³⁾ *Ibid*, par. 25.

limitation of offences charged under common Article 3 to ‘persons taking no active part in hostilities’ – are in practice not relevant to the conduct and state of mind of the accused” (corsivo aggiunto).

Senza entrare nel merito di tale orientamento, che indubbiamente si dimostra più favorevole all’accusato, riducendo la possibilità di *cumulative charges*, è necessario effettuare alcune considerazioni.

I giudici in *dissenting opinion* sottolineano la necessità di focalizzarsi sugli elementi sostanziali inerenti alla condotta dell’accusato. Ciò che viene escluso dall’ambito di applicazione del test sembrerebbe essere quello che viene definito *chapeau* o *elemento di contesto*, ad esempio l’esistenza di un conflitto di natura internazionale, non essendo questo elemento direttamente connesso alla condotta del soggetto ⁽¹³⁴⁾.

Ad un’attenta lettura, tuttavia, si nota come, secondo il ragionamento in esame, a dover essere presa in considerazione non sia solamente la condotta materialmente intesa, ma la condotta del reo “*including his mental state*”.

Sembrerebbe quasi che i giudici Hunt e Bennouna intendano affermare che il *Blockburger test* debba prendere in considerazione solamente la condotta (dolosa, aggiungiamo) del reo, ma non anche il *chapeau* del crimine, l’elemento di contesto, in quanto estraneo all’oggetto del dolo. Non è questa la sede per analizzare approfonditamente la natura dell’elemento di contesto ⁽¹³⁵⁾. Ai fini della presente trattazione basti ricordare che, come sottolineato in dottrina ⁽¹³⁶⁾, la

⁽¹³⁴⁾ Una dura critica a questo ragionamento può essere trovata in O. OLUSANYA, *Double Jeopardy Without Parameters: Re-characterisation in International Criminal Law...* cit. p. 252, dove l’autore fa notare come l’esclusione del *chapeau* dal novero degli elementi propri del crimine internazionale al fine della caratterizzazione dello stesso porterebbe ad un’inevitabile confusione tra fattispecie criminose che, il più delle volte, si differenziano proprio per l’esistenza di un diverso elemento di contesto.

⁽¹³⁵⁾ Per una trattazione più ampia si veda *inter multos* G. WERLE, F. JESSBERGER, *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, 2007, p. 286; K. AMBOS, *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, 2002, p. 774- 775 e 778-780; L.N. SADAT, *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Transnational Publishers, 2002, p.152.

⁽¹³⁶⁾ Sul punto v. G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale...*cit. p.602; R. SICURELLA, *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, 2008, p. 194; A. CASSESE, *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, OUP, 2009, p.260, dove l’Autore del paragrafo, ALEXANDER ZAHAR, sembra abbracciare la teoria degli elementi di contesto come elementi fondanti la giurisdizione del tribunale

giurisprudenza penale internazionale ha assunto un atteggiamento sempre più garantista nei confronti dell'accusato. Se i giudici del Tribunale di Norimberga, dell'ICTY e dell'ICTR hanno sempre verificato l'esistenza di un nesso psicologico tra condotta strettamente intesa ed elemento di contesto, lo statuto dell'ICC richiede espressamente che il dolo ricada anche sull'elemento di contesto, sì da evitare situazioni di responsabilità oggettiva vietata espressamente dall'art. 25 del medesimo Statuto. Da ciò si comprende perchè la visione degli elementi di contesto come elementi di mero fondamento della giurisdizione della Corte e perciò estranei al fatto tipico di reato in quanto non costitutivi lo stesso debba essere abbandonata a favore di una lettura degli stessi come parte integrate il fatto tipico di reato, e per ciò sottoposti ai medesimi corollari della legalità penale adottati per gli elementi materiali dei crimini.

Tornando all'analisi della *dissenting opinion* dei giudici Hunt e Bennouna non resta che concludere per l'"infelicità" della locuzione "*including his mental statute*" concettualmente contrapposta al *chapeau* del crimine internazionale, una contrapposizione più che mai foriera di equivoci. Altra cosa sarebbe stata lo scorporo tra elemento materiale ed elemento di contesto, e l'esclusione del secondo elemento dal *Blockburger test* non in quanto estraneo all'oggetto del dolo, ma per mere ragioni di politica criminale tendenti ad un'ottica di *favor rei*.

Un approccio ancora meno garantista nei confronti dell'imputato viene adottato dall'ICTR nel caso *Akayesu* ⁽¹³⁷⁾, in cui la *Trial Chamber* affermò la possibilità di imputazioni multiple nel caso in cui venissero soddisfatti tre criteri tra loro *alternativi*.

internazionale e non come elementi del fatto tipico di reato e per questo motivo estranei all'oggetto del dolo. Nel testo, infatti, si legge che "Whilst most chapeaux define conditions of applicability, the chapeau of genocide is unusual, in that its main purpose seems to be to give the 'meaning' of genocide with reference to the mens rea".

⁽¹³⁷⁾ *Prosecutor v Akayesu* (ICTR-96-4-T) (*Trial Chamber*). Jean Paul Akayesu fu prima maestro poi sindaco del comune di Taba in Ruanda. Durante il mandato di Akayesu, tra aprile e giugno 1994, 2000 Tutsi furono uccisi a Taba. Akayesu fu accusato di genocidio, crimini contro l'umanità e violazione dell'art.3 comune alle quattro Convenzioni di Ginevra secondo il sistema del *multiple charging*. Sul punto v. anche A. DE BROUWER, *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence... cit.* p. 105.

Nello specifico, i giudici hanno affermato che “[i]t is acceptable to convict the accused of two offences in relation to the same set of facts in the following circumstances: (i) where the offences have different elements; or (2) where provisions creating the offences protect different interests; or (3) where it is necessary to record a conviction for both offences in order fully to describe what the accused did”. “However”, prosegue il Collegio, “the Chamber finds that it is not justifiable to convict an accused of two offences in relation to the same set of facts where (a) one offence is a lesser included offence of the other, for example, murder and grievous bodily harm, robbery and theft, or rape and indecent assault; or (b) where one offence charges accomplice liability and the other offence charges liability as a principal, e.g. genocide and complicity in genocide” ⁽¹³⁸⁾.

Si tratta di una statuizione meno garantista nei confronti del soggetto imputato rispetto al *dictum* della sentenza *Kupreskic*: nel caso in esame, infatti, i primi due dei tre criteri sono tra loro alternativi, mentre nel caso *Kupreskic* il secondo criterio era ausiliario al primo, ossia al *Blockburger test*.

Inoltre, in *Akayesu*, si è introdotta una terza giustificazione al *cumulative charging*, consistente nella non precisata necessità di meglio descrivere la condotta dell'accusato ⁽¹³⁹⁾.

Il criterio adottato nel caso *Akayesu* è stato poi parzialmente ripreso dalla *Trial Chamber* nel caso *Kayishema* ⁽¹⁴⁰⁾.

In tale caso la *Trial Chamber* afferma che “[i]t is only acceptable to convict an accused of two or more offences in relation to the same set of facts in the following circumstances: (1) where offences have differing elements, or (2) where the laws in question protect differing social interests”.

Si può notare come, nel caso in esame, il criterio adottato sia un criterio mediano tra quello adottato in *Kupreskic* e quello adottato in *Akayesu*.

⁽¹³⁸⁾ *Prosecutor v Akayesu (Trial Chamber)*, par. 468.

⁽¹³⁹⁾ Così fa notare A. BOGDAN, “Cumulative Charges, Convictions And Sentencing At The Ad Hoc International Tribunals For The Former Yugoslavia And Rwanda”... *cit.* p.145.

⁽¹⁴⁰⁾ *The Prosecutor v Clement Kayishema and Obed Ruzindana (ICTR-95-1-T) (Trial Chamber)*.

Pur restringendo, infatti, le ipotesi di *cumulative charging* alle prime due contemplate nella sentenza *Akayesu*, la *Trial Chamber* continua infatti a ritenere che la seconda voce, ossia *where the laws in question protect differing social interests*, sia alternativa alla prima e non ancillare alla stessa, il che rende il criterio adottato dai giudici in *Kayishema* meno garantista, nei confronti dell'imputato, di quello enunciato nella sentenza *Kupreskic*.

Di non secondaria importanza la *dissenting opinion* del giudice *Khan*, che, con un ragionamento che sarà ripreso dalla *Trial Chamber* dell'ICTR nei casi *Rutaganda* ⁽¹⁴¹⁾ e *Musema* ⁽¹⁴²⁾, riprende il ragionamento della *Trial Chamber* nel caso *Akayesu*, riaffermando la possibilità di *cumulative charging* anche nel caso in cui “it is necessary to record a conviction for both offences in order fully to describe what the accused did”. Secondo la *dissenting opinion* di *Khan*, inoltre, l'oggetto del test non deve essere, ancora una volta, la fattispecie criminosa quanto piuttosto la condotta colpevole.

11.2 Il concorso tra reati nella giurisprudenza della ICC

La ICC ha affrontato la questione del *cumulative charging* o imputazione multipla nel caso *Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* ⁽¹⁴³⁾, accogliendo quasi totalmente l'approccio metodologico del *Blockburger test*. Dopo aver ricordato che “the cumulative charging approach is followed by national courts and

⁽¹⁴¹⁾ *Prosecutor v. Rutaganda*, ICTR-96-3-T, *Trial Chamber*.

⁽¹⁴²⁾ *Prosecutor v. Musema*, ICTR-96-13-T, *Trial Chamber*.

⁽¹⁴³⁾ *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08). Bemba Gombo, cittadino congolese, era presidente del MLC, *Movimento di Liberazione del Congo* e *Commander-in-Chief* dell'*Armée de Libération du Congo* ("ALC"). Il 21 marzo 2016 è stato condannato per due crimini contro l'umanità, omicidio e stupro, e tre crimini di guerra: omicidio, stupro e saccheggio. La condanna si riferisce ai fatti commessi tra ottobre 2002 e marzo 2003 nell'Africa Centrale ("CAR"), da parte di una truppa del MLC su cui Bemba Gombo aveva il controllo. Sul punto v. il sito dell'ICC all'indirizzo <https://www.icc-cpi.int/car/bemba>, nonché il case information sheet, all'indirizzo <https://www.icc-cpi.int/car/bemba/Documents/BembaEng.pdf>. V. anche S. C. GROVER, *The Torture of Children During Armed Conflicts: The ICC's Failure to Prosecute and the Negation of Children's Human Dignity*, Springer Science & Business Media, 2013, p.82 e ss.

international tribunals under certain conditions”⁽¹⁴⁴⁾, ed aver richiamato la giurisprudenza dell’ICTY e dell’ICTR in merito⁽¹⁴⁵⁾, la Corte statuisce che “the prosecutorial practice of cumulative charging is detrimental to the rights of the Defence since it places an undue burden on the Defence. The Chamber considers that, as a matter of fairness and expeditiousness of the proceedings, only distinct crimes may justify a cumulative charging approach and, ultimately, be confirmed as charges. *This is only possible if each statutory provision allegedly breached in relation to one and the same conduct requires at least one additional material element not contained in the other*”⁽¹⁴⁶⁾.

È, in tal caso, esplicito (lo si ritrova in sentenza, in nota 277, che recita testualmente “[a]long the same reasoning, see ICTY, Prosecutor v Delalic et al., Case No. IT-96-21-A, "Appeals Chamber Judgment", 20 February 2001, para. 412”) l’accoglimento del criterio adottato dalla maggioranza dei giudici nel caso

⁽¹⁴⁴⁾ *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08), *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 giugno 2009, par. 200.

⁽¹⁴⁵⁾ Sembra significativo, al riguardo, riportare la nota 276, che ripercorre le sentenze qui precedentemente analizzate, sintomo e simbolo dell’influenza che la giurisprudenza dei tribunali *ad hoc* ha avuto sull’operato della Corte. In nota si citano: “ICTY, *Prosecutor v Delalic et al*, Case No. IT-96-21-A, "Appeals Chamber Judgment", 20 February 2001; ICTY, *Prosecutor v. Kupreskic et al*, Case No. IT-95-16-T, "Decision on the Defence Challenges to Form of Indictment", 15 May 1998: "the Prosecutor may be justified in bringing cumulative charges when the articles of the Statute referred to are designed to protect different values and when each article requires proof of a legal element not required by the others". See the inconsistencies in jurisprudence. ICTR, *The Prosecutor v. Kayishema and Ruzindanda*, Case No. ICTR-95-I, "Trial Judgment", 21 May 1999, paras 625-650 (where crime against humanity was subsumed in the crime of genocide and cumulative charges were rejected. Cumulative charging is acceptable only where the offences have differing elements or where laws in question protect differing social interests); For a different approach where cumulative charges were accepted, see ICTY, *Prosecutor v. Kupreskic et al*, Case No. IT-95-16-T, "Decision on the Defence Challenges to Form of Indictment", 15 May 1998 ("the Prosecutor may be justified in bringing cumulative charges when the articles of the Statute referred to are designed to protect different values and when each article requires proof of a legal element not required by the others"); For a different test applied the "Kupreskic test": see ICTR *The Prosecutor v. Akayesu*, Case No. ICTR-96-40-T, "Trial Judgment", 2 September 1998 (case establishing a test where cumulative charging is accepted). This approach was followed in the ICTR, *The Prosecutor v Rutaganda*, Case No. ICTR-96-3, "Judgment", 6 December 1999; ICTR, *The Prosecutor v Musema*, Case No. ICTR-96-13-A, "Judgment and Sentence", 27 January 2000, as well as in the dissenting opinion of Judge T. H. Khan in ICTR, *The Prosecutor v. Kaytshema and Ruzindanda*, Case No. ICTR-95-I, "Trial Judgment", 21 May 1999”.

⁽¹⁴⁶⁾ *The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo* (ICC-01/05-01/08), *Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo*, 15 giugno 2009, par. 202.

Celebici ⁽¹⁴⁷⁾ ed il conseguente rigetto della *dissenting opinion* dei giudici Hunt e Bennouna nella medesima sentenza espressa.

“In addition”, continua il par. 203, “the Chamber further recalls that the ICC legal framework differs from that of the *ad hoc* tribunals, since under regulation 55 of the Regulations, the Trial Chamber may re-characterise a crime to give it the most appropriate legal characterisation. Therefore, before the ICC, there is no need for the Prosecutor to adopt a cumulative charging approach and present all possible characterisations in order to ensure that at least one will be retained by the Chamber” ⁽¹⁴⁸⁾.

La regulation 55 delle *regulations of the Court*, giova sottolinearlo, afferma che “[i]n its decision under article 74, the Chamber may change the legal characterisation of facts to accord with the crimes under articles 6, 7 or 8, or to accord with the form of participation of the accused under articles 25 and 28, without exceeding the facts and circumstances described in the charges and any amendments to the charges”.

Alla luce di ciò, parte della dottrina ⁽¹⁴⁹⁾ ha rilevato come l’istituto dell’*alternative charging* sia un’eredità dei tribunali *ad hoc*, il cui collegio giudicante era vincolato alla qualificazione dei fatti operata dal *Prosecutor*. Venuto meno tale vincolo, grazie alla possibilità di riqualificazione data dalla *regulation 55*, sarebbe logico

⁽¹⁴⁷⁾ *Celebici Case, IT-96-21-A, (Appeals Chamber)*.

⁽¹⁴⁸⁾ Per una lettura critica circa i possibili usi distorti di tale strumento nel contrasto al terrorismo internazionale si veda, se permesso, F. COLÒ, “Terrore globale e terrori globali: la nascita di una definizione partecipata di terrorismo internazionale”, in *Federalismi.it*, 9/2015, p. 19 e ss.

In merito alla tecnica del *cumulative charging* davanti alla ICC, v. L. REYDAMS, J. WOUTERS, C. RYNGAERT, *International Prosecutors*, OUP, 2012, p.637; C. STAHN, *The Law and Practice of the International Criminal Court*, OUP, 2015, par. 33.3.3; W. SCHABAS, *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute... cit.* p. 738; A. CASSESE, P. GAETA, L. BAIG, M. FAN, C. GOSNELL, *Cassese's International Criminal Law*, OUP, 2013, p.370; U. FASTENRATH, *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, OUP, 2011, p. 997; G. SLUITER, H. FRIMAN, S. LINTON, S. VASILIEV, S. ZAPPALÀ, *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, OUP, 2013, p.393; E. AMATI, *Introduzione al diritto penale internazionale...cit.* p. 434.

⁽¹⁴⁹⁾ V. H. KUCZYŃSKA, *The Accusation Model Before the International Criminal Court: Study of Convergence of Criminal Justice Systems*, Springer, 2015, p.137.

abbandonare l'istituto dell'*alternative charging*, in un'ottica di *favor rei* processuale.

Tale opinione deve essere meglio precisata. Il ragionamento ora esposto, infatti, ha senso solo se si prende, come premessa, una situazione “quasi patologica”, ossia quella di un *Prosecutor* che, in dubbio sulla qualificazione dei fatti, ricorre ad un'imputazione alternativa seguendo il ragionamento che *ubi maior minor est* e rimettendo, di conseguenza, al collegio la scelta tra due (o più) imputazioni in un'ottica di alternatività.

Non anche se si ragiona a mente di un cumulo giuridico (*cumulative and non alternative charging*) che, nell'ottica del *Prosecutor*, dovrebbe riflettersi in sentenza senza porre il collegio davanti alla necessità di operare una scelta tra due imputazioni ⁽¹⁵⁰⁾ o di effettuare una riqualificazione del fatto ⁽¹⁵¹⁾.

Per quanto concerne, invece, il riflesso del *cumulative charging* in sentenza, il collegio dovrà applicare l'art. 78 (3) dello Statuto della ICC, che prevede che “when a person has been convicted of more than one crime, the Court shall pronounce a sentence for each crime and a joint sentence specifying the total period of imprisonment. This period shall be no less than the highest individual sentence pronounced and shall not exceed 30 years imprisonment or a sentence of life imprisonment in conformity with article 77, paragraph 1 (b)”.

11.3 Schiavitù, schiavitù sessuale e prostituzione forzata: ipotesi di concorso tra reati

Alla luce delle osservazioni effettuate e della giurisprudenza analizzata, si possono ora fare alcune considerazioni in merito al rapporto tra i crimini internazionali di schiavitù, schiavitù sessuale e prostituzione forzata, per verificare l'eventuale

⁽¹⁵⁰⁾ E sarebbe il caso dell'ICTY e dell'ICTR, nel cui Statuto non era inserita una previsione analoga alla *Regulation 55*.

⁽¹⁵¹⁾ E sarebbe il caso della ICC, il cui collegio può applicare la *Regulation 55*.

possibilità di concorso tra i reati in questione. Prima di entrare nel vivo della questione, sono necessarie tre premesse.

In primo luogo, tra i molti metodi utilizzati dalla giurisprudenza internazionale per fondare (o giustificare) il *cumulative charging*, si adotterà quello utilizzato dalla ICC nel caso *Prosecutor v. Bemba*, una sorta di ripresa del *Blockburger test* che, lo si ripete ancora una volta, prevede che il cumulative charging “*is only possible if each statutory provision allegedly breached in relation to one and the same conduct requires at least one additional material element not contained in the other*”.

In secondo luogo, per chiarezza espositiva e per evitare virtuosismi concettuali, è preferibile escludere dalla campo d’indagine la distinzione tra Crimini di Guerra e Crimini contro l’umanità. In altre parole, si ragionerà *tamquam discrimen non esset*, senza quindi considerare gli *chapeaux* che distinguono le due categorie concettuali, tenendo bene a mente, tuttavia, che l’esistenza degli stessi potrebbe integrare proprio “l’elemento in più”, tale da differenziare due crimini con un nucleo comune (l’intersezione dell’insieme) e giustificare il *cumulative charging*.

In terzo luogo, dal momento che, in materia, non si rinviene giurisprudenza della ICC, si sottolinea come le considerazioni che verranno sono delle semplici congetture *de jure condendo*.

11.4 Schiavitù e schiavitù sessuale

In merito al rapporto tra il crimine di schiavitù e quello di schiavitù sessuale, risulta evidente che il secondo sia *species* rispetto al primo. Nel caso in esame, quindi, si applicherà il principio di specialità, non essendoci alcun *additional material element* caratterizzante il crimine di schiavitù rispetto a quello di schiavitù sessuale, con conseguente impossibilità di *cumulative charging*.

11.5 Schiavitù sessuale e prostituzione forzata

Per quanto concerne il rapporto tra schiavitù sessuale e prostituzione forzata, si è precedentemente sottolineato come le due *figurae criminis* non possano istantaneamente coesistere, in virtù del fatto che l'integrazione della prima richiede la presenza di un fine di guadagno, mentre la schiavitù sessuale richiede (implicitamente) proprio che il soggetto agisca senza essere animato da tale fine di guadagno.

In relazione, quindi, alla medesima azione o omissione, la consumazione di un reato esclude la consumazione dell'altro.

Se, tuttavia, si adotta il concetto di condotta unitaria intesa *non come unità di azione o omissione*, ma come *diversi segmenti di condotta di un medesimo disegno criminale* che diano vita ad una pluralità di infrazioni, concetto già enunciato dall'ICTY ⁽¹⁵²⁾, allora ecco paventarsi la possibilità di un *cumulative charging*, dal momento che il crimine di schiavitù sessuale richiede l'assenza del fine di guadagno, mentre il crimine di prostituzione forzata richiede l'esistenza di tale fine.

Paradossalmente, l'elemento discriminante che impedisce che, tramite la medesima azione o omissione, il soggetto consumi entrambi i reati (ciò perché non è possibile agire animati da un fine di guadagno e nel contempo senza essere animati da tale fine), diventa uno degli elementi chiave per permettere un *cumulative charging*, nel caso di una pluralità di azioni/omissioni poste in essere per la realizzazione di un unico disegno criminoso.

Certo, si tratta di uno degli elementi chiave, ma non dell'unico.

Sempre considerando che la condotta non è sinonimo di azione/omissione, ma può consistere in una pluralità delle stesse, "colorate" da un unico piano, si potrebbe soddisfare il *Blockburger* test considerando che la schiavitù sessuale e la prostituzione forzata, oltre ad avere un nucleo comune, sono caratterizzate da un ulteriore *quid pluris* discriminante: la schiavitù sessuale necessita della prova

⁽¹⁵²⁾ *Prosecutor v. Zoran Kupreskic (Trial Chamber)*, par. 678.

dell'esercizio di *any or all of the powers attaching to the right of ownership over one or more persons*, mentre la prostituzione forzata necessita della prova del già menzionato fine di guadagno (*the perpetrator or another person obtained or expected to obtain pecuniary or other advantage in exchange for or in connection with the acts of a sexual nature*).

Perché il *Blockburger test* sia soddisfatto, e potrebbe sembrare pleonastico sottolinearlo, ma è preferibile farlo a scanso di equivoci, non è necessario che il *quid pluris* che distingue le due fattispecie criminose presentanti elementi di intersezione consista in un elemento (A) e nella sua negazione (non A) come accade per il primo caso esposto, ossia la presenza del fine di guadagno e l'assenza dello stesso.

11.6 Schiavitù e prostituzione forzata

Analizzando, da ultimo, il rapporto tra prostituzione forzata e schiavitù, si nota come la modalità di integrazione del crimine di prostituzione forzata apra le porte a due possibili soluzioni.

In primo luogo, è possibile che l'autore del crimine di prostituzione forzata non eserciti *any or all of the powers attaching to the right of ownership* sulla vittima. Certo, si tratta di un caso limite, forse di scuola.

Nella realtà fattuale è assai raro che la vittima di prostituzione sia privata della libertà in forma "tenue", senza essere mercificata e ridotta ad oggetto.

In tale circostanza, le due fattispecie criminali si configurano come distinte e separate (due insiemi senza intersezione).

La seconda eventualità contempla la possibilità di reificazione della vittima, ossia l'esercizio sulla stessa di uno o tutti i poteri relativi al diritto di proprietà. In tal caso, non si potrebbe parlare di *cumulative charging* quanto piuttosto del prevalere della fattispecie di prostituzione forzata sul crimine di schiavitù in virtù del *quid pluris* richiesto per l'integrazione del reato di *enforced prostitution*.

11.7 Tratta di esseri umani, schiavitù sessuale, prostituzione forzata e schiavitù: ipotesi di concorso tra reati

Precedentemente, si sono analizzati i rapporti tra il reato di tratta di esseri umani e i tre crimini internazionali di schiavitù, schiavitù sessuale e sfruttamento della prostituzione, così come delineati dallo Statuto dell'ICC e dagli *Elements of Crimes*.

La parte successiva della trattazione si è poi concentrata sul *cumulative charging* nella giurisprudenza dei Tribunali Penali Internazionali, rilevando come il metodo prevalentemente utilizzato sia quello del cosiddetto *Blockburger test*, che consiste nel verificare se *each provision requires proof of an additional fact which the other does not*.

Nei paragrafi che seguiranno, si analizzerà nuovamente il rapporto tra tratta di esseri umani, schiavitù variamente declinata e sfruttamento della prostituzione, per verificare se le considerazioni precedentemente avanzate siano giuridicamente valide anche dopo i rilevamenti effettuati in merito al *Blockburger test*.

Prima di “azionare” il test, tuttavia, è doveroso ricordare come tale esercizio giuridico sia una mera *fictio iuris*, dal momento che consiste nell'applicare un *modus decidendi* proprio della ICC ad un reato transnazionale – la tratta di esseri umani – espressamente non contemplata dallo Statuto della Corte e quindi *prima facie* non rientrante nella competenza della stessa.

La questione relativa alla possibilità che la tratta rientri, in via indiretta, nella competenza della ICC, è e sarà il *fil rouge* di questo lavoro, una domanda cui si darà, a breve, una prima e parziale risposta.

Perché il *Blockburger test* possa avere esito positivo, permettendo quindi un *cumulative charging*, è necessario, giova ripeterlo, che le due norme incriminatrici presentino, oltre ad un nucleo comune, uno o più elementi di autonomia che è necessario provare per dimostrare l'integrazione delle fattispecie delittuose.

Confrontando il reato di tratta di esseri umani con quello di *sexual slavery*, risulta evidente l'impossibilità di un *cumulative charging* proprio alla luce della mancanza di un nucleo comune alle due fattispecie.

Elemento discriminante che impedisce la formazione di un nucleo comune alle due *figurae criminis* è, come precedentemente sottolineato, il dolo specifico di guadagno caratterizzante la tratta di esseri umani, una finalità che, invece, dovrà essere estranea all'autore del crimine di schiavitù sessuale.

Si può quindi affermare che le considerazioni effettuate nei precedenti paragrafi "resistano" anche dopo l'attuazione del *Blockburger test*: la mancanza del dolo specifico di guadagno economico e non che caratterizza la schiavitù sessuale traccia una linea di demarcazione invalicabile tra il reato di cui alla Convenzione del 1949 e quello di *sexual slavery*.

Per analizzare nuovamente il rapporto tra tratta di esseri umani e prostituzione forzata alla luce di un possibile *cumulative charging*, è ancora una volta opportuno distinguere le diverse possibilità che possono presentarsi nell'integrazione delle fattispecie delittuose.

In primo luogo, è possibile che il dolo specifico del reato di tratta non venga realizzato. In tal caso, in mancanza di sfruttamento sessuale della vittima, verrà meno quel nucleo comune richiesto dal *Blockburger test* per l'applicazione di un *cumulative charging*. Considerazione che pare assai ovvia, dal momento che equivale ad affermare che il reato di prostituzione forzata, oggetto del dolo specifico di tratta, non risulti integrato.

Ancora una volta, quindi, varranno le considerazioni precedentemente effettuate. In secondo luogo, è possibile che il reato di tratta finalizzata all'avviamento alla prostituzione si concretizzi nell'effettivo sfruttamento della prostituzione della vittima. Applicando il *Blockburger test* a tale fattispecie, tuttavia, si nota come non risultino, dal confronto delle due fattispecie, elementi aggiuntivi tali da poter giustificare un'imputazione cumulativa. In altri termini, icasticamente ragionando, più che di due insiemi con un'intersezione comune, possiamo parlare di due

insiemi tra loro sovrapponibili, con prevalenza della *lex specialis* su quella *generalis*.

Al riguardo, sembrerebbe corretto affermare la prevalenza del reato di tratta su quello di prostituzione forzata, dal momento che il primo richiede un *quid pluris* costituito dalla condotta di adescamento, rapimento e trasferimento della vittima. Senonchè, si potrebbe prontamente obiettare per la prevalenza del crimine internazionale di prostituzione forzata, in virtù della maggior specificità e tassatività dei relativi *Elements*.

La questione non è di facile risoluzione, ma il nodo gordiano può essere prontamente tagliato se si ricorda che la tratta non rientra nella competenza della ICC.

L'asse del ragionamento, quindi, non deve riguardare la prevalenza di un crimine sull'altro in virtù del principio di specialità, quanto piuttosto la considerazione che, per il tramite della *figura criminis* di prostituzione forzata, la tratta di esseri umani finalizzata alla prostituzione ricade indirettamente nella competenza della ICC.

Se, come precedentemente precisato, il filo conduttore di questo lavoro consiste nel verificare se e in che modo la ICC può giudicare del reato di tratta di esseri umani, si può ritenere di essere quindi giunti ad una prima e parziale conclusione. Alla luce della sovrapponibilità tra la fattispecie di tratta finalizzata alla prostituzione e la fattispecie di prostituzione forzata, si può ritenere che non l'intero *genus* tratta di esseri umani, quanto piuttosto la sua più limitata *species* tratta finalizzata alla prostituzione sia attratta alla competenza della ICC.

Ciò, chiaramente, a due condizioni.

In primo luogo, è necessaria la realizzazione del dolo specifico del reato di tratta. In secondo luogo, dovranno verificarsi le condizioni per l'integrazione di un crimine di guerra o di un crimine contro l'umanità.

Le considerazioni finora esposte sono di per sé sufficienti per risolvere anche il rapporto tra il crimine transnazionale di tratta di esseri umani e quello internazionale di schiavitù. Si è infatti dimostrato come, nel caso di esercizio, sulla

vittima, dei poteri afferenti al diritto di proprietà, il crimine di prostituzione forzata prevale su quello di schiavitù in quanto *lex specialis*. Si è anche dimostrato come, nel rapporto tra prostituzione forzata e tratta di esseri umani che sfocia nello sfruttamento della prostituzione della vittima (nel caso, quindi, di integrazione del dolo specifico di reato), a prevalere sia la seconda *figura criminis*, che presenta elementi di specialità rispetto alla prima.

Unendo i due ragionamenti, va da sé che, confrontando un reato di tratta di esseri umani consumatosi con l'esercizio di poteri attinenti al diritto di proprietà sulla vittima, vittima poi avviata alla prostituzione, non si potrebbe parlare di imputazione cumulativa, quanto piuttosto di prevalenza della fattispecie di tratta su quella di schiavitù in virtù del principio di specialità.

11.8 Conclusione

Nei paragrafi precedenti, si è ricorso – per finalità di snellezza espositiva - al termine “tratta” per indicare una specifica manifestazione del fenomeno, una *species* rispetto ad un più ampio *genus*, ossia la *species* di tratta con finalità di avviamento alla prostituzione. Come si vedrà nel prosieguo del lavoro, il crimine transnazionale (o internazionale?) di tratta di esseri umani si è evoluto, ingrandendosi fino a comprendere diverse fattispecie oggetto del dolo specifico di reato, diverse dall'avviamento/sfruttamento della prostituzione.

Da ultimo, giova ricordare come all'interno del *genus* tratta, una particolare *species* della stessa, la tratta finalizzata all'avviamento/sfruttamento della prostituzione, presentando elementi propri del fatto tipico del crimine internazionale di prostituzione forzata, rientri nella competenza della ICC. L'affermazione che vede la Corte priva di giurisdizione sul crimine di tratta di esseri umani, quindi, perde già parte della sua assolutezza, contemplando una prima eccezione consistente proprio nel reato contemplato (e represso) dall'art. 1(1) della Convenzione per la repressione della tratta degli esseri umani e dello sfruttamento della prostituzione del 1949.

12. La dichiarazione universale dei diritti umani del 1949

Anche la dichiarazione universale dei diritti umani ⁽¹⁵³⁾, proclamata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 10 dicembre 1948, prevede, all'art.4, il divieto di tratta di schiavi. Nello specifico, l'articolo summenzionato afferma che “[n]o one shall be held in slavery or servitude; slavery and the slave trade shall be prohibited in all their forms”.

Nonostante l'articolo in questione non menzioni espressamente la tratta di esseri umani, parlando piuttosto di “tratta di schiavi”, ossia di persone già rese in condizione schiavile, l'accomunamento delle due *figurae criminis* è quantomai sintomatico della vicinanza concettuale tra tratta e schiavitù. Una vicinanza concettuale che, tuttavia, non deve indurre a confondere le due fattispecie delittuose: l'espressione che vede la tratta di esseri umani come una “forma contemporanea di schiavitù”, infatti, seppurpregna di un forte significato valoriale, risulta giuridicamente scorretta o quantomai imprecisa.

Sul rapporto tra tratta di esseri umani e schiavitù, si è ampiamente disquisito nei paragrafi precedenti.

13. La Convenzione per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali del 1950 (CEDU)

⁽¹⁵³⁾ In merito, si veda ONU, *I Diritti Internazionali - Le Dichiarazioni dell'O.N.U.*, Il Narratore, 2015; F. TEDESCO, *Diritti umani e relativismo*, Laterza, 2009; A. MARCHESI, *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, FrancoAngeli, 2007; G. M. CHIODI, *I diritti umani: un'immagine epocale*, Guida editori, 2000; A. DEL RE, V. LONGO, L. PERINI (a cura di), *I confini della cittadinanza. Genere, partecipazione politica e vita quotidiana*, FrancoAngeli, 2010, ove riferimenti; R. ABATI, *Storia dei Diritti Umani*, GOODmood, 2013; J. MORSINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, University of Pennsylvania Press, 2010; J. MORSINK, *Inherent Human Rights: Philosophical Roots of the Universal Declaration*, University of Pennsylvania Press, 2012; W. SWEET, *Philosophical Theory and the Universal Declaration of Human Rights*, University of Ottawa Press, 2003; G. S. ALFREDSSON, A. EIDE, *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999; S. M. DARRAJ, *The Universal Declaration of Human Rights*, Infobase Publishing, 2010; W. A. SCHABAS, *The Universal Declaration of Human Rights: The Travaux Préparatoires*, Cambridge University Press, 2013; W. KOREY, *NGO's and the Universal Declaration of Human Rights: A Curious Grapevine*, Springer, 2001; J. W. NICKEL, *Making Sense of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, University of California Press, 1987; E. BREMS, *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, 2001

La CEDU (¹⁵⁴) non prevede espressamente il divieto di tratta di esseri umani. L'art. 4 della Convenzione, rubricato “[p]rohibition of slavery and forced labour”, afferma che “1. [n]o one shall be held in slavery or servitude. 2. No one shall be required to perform forced or compulsory labour” (¹⁵⁵).

Come, tuttavia, si è rilevato in dottrina (¹⁵⁶), l'ECHR, nel caso *Rantsev* (¹⁵⁷), ha ritenuto che, alla luce del diritto vivente, l'art. 4 CEDU si applicasse anche in caso di tratta di esseri umani.

(¹⁵⁴) Firmata a Roma il 4 novembre 1950 dai 12 stati al tempo membri del Consiglio d'Europa (Belgio, Danimarca, Francia, Grecia, Irlanda, Islanda, Italia, Lussemburgo, Norvegia, Paesi Bassi, Regno Unito, Svezia, Turchia) ed entrata in vigore il 3 settembre 1953. La Convenzione è stata ratificata dall'Italia il 4 agosto 1955.

Tra una vastissima dottrina in materia si segnalano, senza pretesa di esaustività: C. RUSSO, P.M. QUAINI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Giuffrè, 2006; B. NASCIBENE, F. ABRUZZO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, 2002; U. VILLANI, *Dalla dichiarazione universale alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cacucci, 2015; S. SONELLI (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano: Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Giappichelli, 2015; G. RAIMONDI, *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, 2005; V. EBOLI, *Gli effetti extraterritoriali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, UTET, 2003; A. DI STEFANO, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà: contributo ad una lettura sistematica degli articoli 13 e 35*, Ed.it, 2009; A. MOWBRAY, *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2012; F. EDEL, *Prohibition of Discrimination Under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, 2010; P. VAN DIJK, G. J. H. HOOF, G. J. H. VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998; D. HARRIS, M. O'BOYLE, E. BATES, C. BUCKLEY, *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, 2014; WILLIAM A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, 2015; E. BATES, *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, 2010; I. BANTEKAS, L. OETTE, *International Human Rights, Law and Practice*, Cambridge University Press, 2016, p.235 e ss.

(¹⁵⁵) Per completezza, si riporta il testo integrale dell'articolo, che recita: “1. No one shall be held in slavery or servitude. 2. No one shall be required to perform forced or compulsory labour. 3. For the purpose of this Article the term “forced or compulsory labour” shall not include: (a) any work required to be done in the ordinary course of detention imposed according to the provisions of Article 5 of this Convention or during conditional release from such detention; (b) any service of a military character or, in case of conscientious objectors in countries where they are recognised, service exacted instead of compulsory military service; (c) any service exacted in case of an emergency or calamity threatening the life or well-being of the community; (d) any work or service which forms part of normal civic obligations.”

(¹⁵⁶) A. ANNONI, “Gli obblighi internazionali in materia di tratta degli esseri umani”, in S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani, fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, Jovene, 2013.

(¹⁵⁷) *Rantsev c. Cirpo e Russia*, 7 gennaio 2010, ric. n. 25965/04. La vicenda riguarda Oxana Rantseva, arrivata a Cipro dalla Russia il 5 marzo 2001 con un visto per artisti, ed impiegata

Nonostante non manchino letture diverse ⁽¹⁵⁸⁾, si può affermare che in tale pronuncia la Corte non abbia “confuso” tratta di esseri umani e schiavitù, mantenendone salda la distinzione concettuale.

L’operazione ermeneutica dei giudici di Strasburgo, invece, è consistita in una lettura evolutiva dell’art. 4 CEDU, il cui *dictum* normativo è stato esteso fino a ricomprendere situazioni para-schiavili (ma, appunto, non schiavili) come la tratta ⁽¹⁵⁹⁾.

A voler essere più precisi, si può notare come il passo della sentenza affermi testualmente che “[i]n view of its obligation to interpret the Convention in light of present-day conditions, the Court considers it *unnecessary to identify whether the treatment about which the applicant complains constitutes “slavery”, “servitude” or “forced and compulsory labour”*. Instead, the Court concludes that trafficking itself, within the meaning of Article 3(a) of the Palermo Protocol and Article 4(a) of the Anti-Trafficking Convention, falls within the scope of Article 4 of the Convention” (corsivo aggiunto).

a Limassol nel cabaret di X.A. Con un permesso di soggiorno temporaneo, Oxana Ransteva, aveva soggiornato in un appartamento con altre ragazze, anch’esse impiegate presso il cabaret di X.A., gestito dal fratello M.A. Il 19 marzo 2001, M.A. veniva informato dalle altre coinquiline che O. Ransteva aveva lasciato l’alloggio, dopo soli tre giorni di lavoro, con l’intento di tornare in Russia. Lo stesso giorno, M.A. informava la polizia dell’accaduto, ma, nonostante ciò, il nome della ragazza non veniva inserito tra l persone ricercate dalle forze dell’ordine cipriote. Trovata in una discoteca, in evidenti condizioni di ubriachezza, il 28 marzo 2001, attorno alle 4 di mattina, Ms. Ransteva veniva portata, assieme a M.A., presso un commissariato di polizia, ma non veniva trattenuta dalle forze dell’ordine. Ricondata presso un appartamento da M.A. stesso, Ms. Ransteva veniva trovata morta, attorno alle 6.30 di mattina, nella strada antistante l’appartamento dove era stata forzatamente portata poche ore prima. Il ricorso alla Corte è stato presentato dal padre della giovane donna, verosimilmente costretta a prostituirsi ma non ancora ridotta in condizioni tali da poter essere considerata una schiava.

⁽¹⁵⁸⁾ V. ad esempio *Enciclopedia del diritto. Annali, Volume 4, ...cit.* p.252, nota 17.

⁽¹⁵⁹⁾ Nello specifico, la Corte afferma che: “[t]here can be no doubt that trafficking threatens the human dignity and fundamental freedoms of its victims and cannot be considered compatible with a democratic society and the values expounded in the Convention. In view of its obligation to interpret the Convention in light of present-day conditions, *the Court considers it unnecessary to identify whether the treatment about which the applicant complains constitutes “slavery”, “servitude” or “forced and compulsory labour”*. Instead, the Court concludes that trafficking itself, within the meaning of Article 3(a) of the Palermo Protocol and Article 4 (a) of the Anti-Trafficking Convention, falls within the scope of Article 4 of the Convention. The Russian Government’s objection of incompatibility *ratione materiae* is accordingly dismissed” (corsivo aggiunto). *Rantsev c. Cipro e Russia*, par. 282.

In altre parole, seguendo l'iter logico della Corte come emergente da una lettura testuale della sentenza, l'interpretazione estensiva dell'art. 4 rende superfluo (*unnecessary*) approfondire se le circostanze fattuali siano sfociate in una reificazione della vittima con conseguente riduzione in schiavitù, non pronunciandosi tuttavia sul rapporto giuridico tra tratta di esseri umani e schiavitù, reati che, evidentemente, la Corte ritiene essere ontologicamente distinti.

Tale concezione è stata confermata anche in altre sentenze, come quella riguardante il caso *M. e altri c. Italia e Bulgaria* ⁽¹⁶⁰⁾, dove la Corte ha, ancora una volta, affermato che la tratta di esseri umani ricade all'interno delle fattispecie punite ex art. 4 CEDU ⁽¹⁶¹⁾, richiamando proprio i già citati paragrafi del caso *Ranstev*.

14. Il Patto internazionale sui diritti civili e politici del 1966

L'art.8 del Patto internazionale sui diritti civili e politici ⁽¹⁶²⁾ afferma che “*I. No one shall be held in slavery; slavery and the slave-trade in all their forms shall be*

⁽¹⁶⁰⁾ 31 luglio 2012, ric. n. 40020/03.

⁽¹⁶¹⁾ *M. e altri c. Italia e Bulgaria*, par. 151.

⁽¹⁶²⁾ Adottato dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione 2200A (XXI) del 16 dicembre 1966. Entrato in vigore il 23 marzo 1976. Gli Stati Parte al 1° gennaio 2017 sono 169. Il Patto è stato ratificato dall'Italia il 15 settembre 1978. In merito v. AA.VV. *Enciclopedia del diritto. Annali, Volume 5*, Giuffrè, 2012, p.565; A. MARCHESI, *I diritti dell'uomo e le Nazioni Unite: controllo internazionale e attività statali di organi internazionali*, FrancoAngeli, 1996, p.66; A. SINAGRA, P. BARGIACCHI, *Lezioni di diritto internazionale ...cit.* p. 477 e ss.; A. GIOIA, *Diritto internazionale. Manuale breve... cit.* p. 331; C. FOCARELLI, *Diritto internazionale, Volume 1*, CEDAM, 2012, p. 440 e ss.; S.M. CARBONE, R. LUZZATTO (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, 2016, p.402.

Sul punto v. anche D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto Internazionale... cit.* pp. 436 e 437, dove gli Autori fanno notare come le disposizioni del Patto abbiano avuto, in alcuni casi, una diretta efficacia davanti al giudice interno italiano e francese. Tale diretta efficacia comporta, per dirlo con le parole degli Autori, che “pur se lo Stato che viola il Patto internazionale sui diritti civili e politici non è soggetto ad una giurisdizione internazionale ma ad un mero organismo internazionale di controllo del trattato, l'attuazione del Patto dinanzi ai giudici interni consentirà allo stesso Stato di dimostrare più agevolmente la propria compliance dinanzi agli organi dell'ONU”.

In lingua inglese, v. MARC J. BOSSUYT, *Guide to the "travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1987; S. JOSEPH, M. CASTAN, *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, OUP, 2013; D. J. HARRIS, S. JOSEPH, *The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law*, Clarendon Press, 1995; J. BAIR, *The International Covenant on Civil and Political*

prohibited. 2. No one shall be held in servitude. 3. (a) No one shall be required to perform forced or compulsory labour; (b) Paragraph 3 (a) shall not be held to preclude, in countries where imprisonment with hard labour may be imposed as a punishment for a crime, the performance of hard labour in pursuance of a sentence to such punishment by a competent court; (c) For the purpose of this paragraph the term "forced or compulsory labour" shall not include: (i) Any work or service, not referred to in subparagraph (b), normally required of a person who is under detention in consequence of a lawful order of a court, or of a person during conditional release from such detention; (ii) Any service of a military character and, in countries where conscientious objection is recognized, any national service required by law of conscientious objectors; (iii) Any service exacted in cases of emergency or calamity threatening the life or well-being of the community; (iv) Any work or service which forms part of normal civil obligations" (corsivo aggiunto).

In dottrina ⁽¹⁶³⁾ si è affermato che il riferimento alla tratta di schiavi (*slave-trade*) non intende ricomprendere anche il *trafficking in women* ⁽¹⁶⁴⁾. Tale affermazione deve, tuttavia, essere precisata. Se infatti è vero che, come precedentemente

Rights and its (first) optional protocol: a short commentary based on views, general comments, and concluding observations by the Human Rights Committee, Peter Lang, 2005; I. BOEREFIJN, *The reporting procedure under the Covenant on Civil and Political Rights: practice and procedures of the Human Rights Committee*, Intersentia, 1999; S. N. CARLSON, G. GISVOLD, *Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights*, Transnational Publishers, 2003; A. CONTE, R. BURCHILL, *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Routledge, 2016; D. MCGOLDRICK, *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, 1994.

⁽¹⁶³⁾ A. T. GALLAGHER, *The International Law...* cit. p. 182 e ss.

⁽¹⁶⁴⁾ Nello specifico l'Autrice afferma che "drafters were [...] explicit on the point that the reference to the slave trade in Article 8 was *not* meant to encompass trafficking in women". Ciò dal momento che, durante i lavori preparatori del Patto, la proposta di sostituire al termine *slave trade* il termine *trafficking in women* è stata respinta. V. UN Doc.E/CN.4/SR.199, par. 101 ("Mr. Cassin [France] wished the words "the slave trade" in paragraph 1. of that article to be replaced by the words 'the trade in human beings' so that the paragraph could cover 'traffic in women' who were not slaves in law"), par. 102 ("Mr. Hoare [United Kingdom] pointed out that the first paragraph dealt solely with the slave trade as such"), par. 103 ("Mr. Cassin [France] withdraw his suggestion"). Il documento può essere trovato *on line* all'indirizzo http://uvalsc.s3.amazonaws.com/travaux/s3fs-public/E-CN_4-SR_199.pdf?null. In merito, v. anche v. MARC J. BOSSUYT, *Guide to the "travaux Préparatoires..."* cit. p.165.

chiarito, il *trafficking in women* non comporta *ipso iure* la reificazione della vittima ed il conseguente esercizio sulla stessa dei poteri inerenti al diritto di proprietà, è tuttavia possibile che durante la tratta si verificino tali condizioni, e la vittima diventi una vera e propria schiava.

L'affermazione precedentemente riportata è quindi giuridicamente corretta, anche se ciò non significa che il Patto internazionale sui diritti civili e politici non trovi applicazione in situazioni di *human trafficking* che, tramite la reificazione della vittima, si evolvono in veri e propri episodi di *slave trade*.

Nella prassi dell'Organo di controllo del Patto internazionale sui diritti civili e politici, tuttavia, è prevalsa una tendenza opposta, consistente nell'equiparare la tratta di esseri umani alla schiavitù e alla tratta di schiavi, *rectius*, a far ricadere la tratta di esseri umani all'interno delle condotte vietate ex art. 8 ⁽¹⁶⁵⁾.

Si possono, ad esempio, citare le *Concluding observations* del Comitato per i diritti umani (*Concluding observations: Croatia*, 31 aprile 2001, doc. CCPR/CO/71/HRV, par. 12): “[t]he Committee notes the delegation's statement that the State party has a variety of measures at its disposal in its criminal law to combat the practice of trafficking of women into and through its territory, particularly for purposes of sexual exploitation. Despite widespread reports of the extent and seriousness of the practice, however, the Committee regrets that it was not provided with information on actual steps taken to prosecute the persons involved. *The State party should take appropriate steps to combat this practice, which constitutes a violation of several Covenant rights, including the right under article 8 to be free from slavery and servitude*” (corsivo aggiunto).

Sulla stessa linea si pongono le *Concluding observations* del 27 agosto 2001 (*Concluding observations: Czech Republic*, 27 agosto 2001, doc. CCPR/CO/72/CZE, par. 13), che recitano “[t]he Committee is deeply concerned about reports of trafficking of women, with the State party being a country of origin and transit as well as a recipient country (arts. 3, 8). The State party should take resolute measures to combat this practice, which constitutes a violation of

⁽¹⁶⁵⁾ A. ANNONI, “Gli obblighi internazionali in materia di tratta degli esseri umani”, ...*cit.*

several Covenant rights, including article 3 and the right under article 8 to be free from slavery and servitude. The State party should also strengthen programmes aimed at providing assistance to women in difficult circumstances, particularly those coming from other countries who are brought into its territory for the purpose of prostitution. Strong measures should be taken to prevent this form of trafficking and to impose sanctions on those who exploit women in this way. Protection should be extended to women who are the victims of this kind of trafficking so that they may have a place of refuge and an opportunity to give evidence against the person responsible in criminal or civil proceedings. The Committee wishes to be informed of the measures taken and their result” (corsivo aggiunto).

Da ultimo, giova riportare anche le *Concluding observations* del 6 novembre 2001 (*Latvia*, 6 novembre 2001, doc. CCPR/CO/79/LVA, par. 12): “[t]he Committee notes the efforts made by the State party to address the situation regarding trafficking in persons, in particular by amending legislation, the adoption of a preventive strategy by providing information to potential victims, and through international cooperation. However, the Committee is concerned about the slow progress made in implementing those policies and notes that it has received only limited statistical information from the State party (arts. 3 and 8). The State party should take measures to combat this practice, which constitutes a violation of several Covenant rights, including article 3 and the right under article 8 to be free from slavery and servitude. Strong measures should be taken to prevent trafficking and to impose sanctions on those who exploit women in this way. Protection should be extended to women who are victims of this kind of trafficking so that they may have a place of refuge and an opportunity to give evidence against the persons responsible in criminal or civil proceedings. The Committee encourages the State party to continue its cooperative efforts with other States to eliminate trafficking across national borders. The Committee wishes to be informed of the measures taken and their result” (corsivo aggiunto).

I casi menzionati sono sintomatici del fatto che sia il Comitato per i diritti umani che l’ECHR abbiano abbracciato una linea interpretativa rispettivamente dell’art. 8 del Patto e dell’art. 4 CEDU volta ad ampliarne l’ambito applicativo fino a

comprendere situazioni di tratta di esseri umani. Tratta di esseri umani che, tuttavia, resta concettualmente e ontologicamente distinta dalla schiavitù.

Ritenere che, alla luce della giurisprudenza dell'ECHR e dei Report del Comitato, la tratta di esseri umani sia sempre e ontologicamente una forma di schiavitù, sarebbe un errore non solo giuridico, ma anche logico.

Sarebbe, in altre parole, equivalente ad affermare che se A (ossia il *chapeaux* costituito dall'art. 4 CEDU e dall'art. 8 del Patto) contiene B (schiavitù) e C (tratta), allora B = C.

Il che è un ragionamento logicamente errato.

15. La Convenzione sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione contro le donne (CEDAW), del 1979

L'art. 6 della Convenzione in esame ⁽¹⁶⁶⁾ prevede che “States Parties shall take all appropriate measures, including legislation, to suppress *all forms of traffic in women and exploitation of prostitution of women*” (corsivo aggiunto).

Si può notare, al riguardo, come ci si trovi di fronte ad una Convenzione che obbliga gli Stati parte a reprimere la tratta femminile *in tutte le sue forme*, e non soltanto quella a scopo di sfruttamento della prostituzione.

Ciò è sintomo di una sempre maggiore sensibilità della Comunità internazionale in merito al fenomeno della tratta, non solo finalizzata allo sfruttamento della prostituzione, ma anche caratterizzata da un dolo specifico di differente natura.

⁽¹⁶⁶⁾ Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 18 dicembre 1979 ed entrata in vigore il 3 settembre 1981, la Convenzione è stata ratificata dall'Italia il 10 giugno 1985. In merito A. HELLUM, H. SINDING AASEN, *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge University Press, 2013; S. ZWINGEL, *Translating International Women's Rights: The CEDAW Convention in Context*, Springer, 2016; T. M. LEONARD, *Encyclopedia of the Developing World, Volume 3*, Taylor & Francis, 2006, p.1717; B. GOLDBLATT, *Developing the Right to Social Security - A Gender Perspective*, Routledge, 2016; H. KURY, S. REDO, E. SHEA, *Women and Children as Victims and Offenders: Background, Prevention, Reintegration: Suggestions for Succeeding Generations, Volume 1*, Springer, 2016; A. STEWART, *Aspirations to Action: 25 Years of the Women's Convention (CEDAW)*, British Council, 2004; N. MATTIUCCI (a cura di), *Corpi, linguaggi, violenze: La violenza contro le donne come paradigma*, FrancoAngeli, 2016. Si veda inoltre il sito <http://www.ohchr.org/en/hrbodies/cedaw/pages/cedawindex.aspx>.

In merito all'articolo in commento, tuttavia, si deve evidenziare una lettura quantomai forviante da parte del Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro donne. Il Comitato, nella *General Recommendation No. 19*, relativa alla violenza sulle donne, afferma infatti, in commento all'art. 6, che “States parties are required by article 6 to take measures to suppress all forms of traffic in women and exploitation of the prostitution of women. Poverty and unemployment increase opportunities for trafficking in women. *In addition to established forms of trafficking there are new forms of sexual exploitation, such as sex tourism, the recruitment of domestic labour from developing countries to work in developed countries and organized marriages between women from developing countries and foreign nationals.* These practices are incompatible with the equal enjoyment of rights by women and with respect for their rights and dignity. They put women at special risk of violence and abuse. Poverty and unemployment force many women, including young girls, into prostitution. Prostitutes are especially vulnerable to violence because their status, which may be unlawful, tends to marginalize them. They need the equal protection of laws against rape and other forms of violence. Wars, armed conflicts and the occupation of territories often lead to increased prostitution, trafficking in women and sexual assault of women, which require specific protective and punitive measures” (corsivo aggiunto, parr. 13-16).

Si noti come il comitato, nell'affermare che “[i]n addition to established forms of trafficking there are new forms of sexual exploitation, such as sex tourism, the recruitment of domestic labour from developing countries to work in developed countries”, ricorra ad una locuzione (“new forms of sexual exploitation”) che può dare luogo ad equivoci, o quantomai poco chiara.

Ad una prima lettura, infatti, sembrerebbe quasi che le fattispecie elencate dal Comitato, compreso “the recruitment of domestic labour from developing countries to work in developed countries” siano delle *species* del *genus sexual trafficking*. Tale lettura è errata. La tratta finalizzata al lavoro forzato (domestico o non) delle donne deve infatti essere concettualmente distinta dalla tratta

finalizzata alla prostituzione o allo sfruttamento sessuale della vittima. Se è, pur vero che l'art. 6 della CEDAW riguarda *all forms of traffic in women*, è altrettanto doveroso tenere ontologicamente distinta la tratta con dolo specifico di sfruttamento della prostituzione dalla tratta con dolo specifico di sfruttamento del lavoro forzato.

Un equivoco simile può sorgere dalla lettura del par. 24 della medesima *General recommendation*, che prevede che “States parties in their reports should describe the extent of all these problems and the measures, including penal provisions, preventive and rehabilitation measures that have been taken to protect women engaged in prostitution or subject to *trafficking and other forms of sexual exploitation*. The effectiveness of these measures should also be described” (corsivo aggiunto).

Dal tenore letterale del passo riportato, infatti, sembrerebbe che il *trafficking* sia una specie del genere “sfruttamento sessuale”, una sorta di sottoinsieme di un insieme includente, lo sfruttamento sessuale, appunto. Tale interpretazione comporterebbe un'importante implicazione, ossia che, ai sensi della CEDAW, l'unica tratta rilevante sia quella finalizzata allo sfruttamento sessuale della vittima. Tale interpretazione, tuttavia, non può essere accolta, dal momento che si pone in frattura con quanto affermato dall'art. 6 CEDAW, né avrebbe senso sostenere che il Comitato abbia dato un'interpretazione evolutiva dell'articolo in questione, dal momento che tale interpretazione finirebbe per restringere il raggio di tutela delle vittime di trafficking alle vittime di tratta finalizzata alla prostituzione o allo sfruttamento sessuale in generale.

Di conseguenza, è preferibile leggere il passo in commento come una “svista” del Comitato.

Come rilevato dal Comitato per l'eliminazione della discriminazione contro le donne, il fenomeno della tratta riguarda indirettamente anche altri articoli della CEDAW, quali, ad esempio l'art. 2, relativo all'obbligo, per gli Stati parte, di

condannare e prevenire le discriminazioni contro le donne ⁽¹⁶⁷⁾. Nella *General recommendation No. 26 on women migrant workers*, inoltre, il Comitato riconosce una stretta connessione tra la necessità, generale, di tutelare le donne migranti e l'esigenza di prevenire e reprimere la tratta delle stesse ⁽¹⁶⁸⁾.

16. La Convenzione sui diritti dell'infanzia, del 1989 ⁽¹⁶⁹⁾ e il Protocollo facoltativo alla convenzione sui diritti dell'infanzia riguardante il traffico di bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile del 2000

La Convenzione sui diritti dell'infanzia ⁽¹⁷⁰⁾ prevede, all'art. 35, che “States Parties shall take all appropriate national, bilateral and multilateral measures to

⁽¹⁶⁷⁾ Si veda, ad esempio, la *General recommendation No. 28 on the core obligations of States parties under article 2 of the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women*, dove si afferma che “States parties in particular are obliged to promote the equal rights of girls since girls are part of the larger community of women and are more vulnerable to discrimination in such areas as access to basic education, trafficking, maltreatment, exploitation and violence [...]” (par. 21). Ne medesimo rapporto (par.31) si può leggere che “[c]ertain groups of women, including women deprived of their liberty, refugees, asylumseeking and migrant women, stateless women, lesbian women, disabled women, women victims of trafficking, widows and elderly women, are particularly vulnerable to discrimination through civil and penal laws, regulations and customary law and practices [...]”.

⁽¹⁶⁸⁾ “This general recommendation deals only with the work-related situation of women migrants. While it is a reality that in some instances women migrant workers may become victims of trafficking due to various degrees of vulnerability they face, this general recommendation will not address the circumstances relating to trafficking. The phenomenon of trafficking is complex and needs more focused attention. The Committee is of the opinion that this phenomenon can be more comprehensively addressed through article 6 of the Convention which places an obligation on States parties “to take all appropriate measures, including legislation, to suppress all forms of traffic in women and exploitation of prostitution of women”. *The Committee emphasizes however, that many elements of the present general recommendation are also relevant in situations where women migrants have been victims of trafficking*” (corsivo aggiunto). *General recommendation No. 26 on women migrant workers*, par. 4, nota 4.

⁽¹⁶⁹⁾ **E Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale, del 1993 (cenni).**

⁽¹⁷⁰⁾ Approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 20 novembre 1989 e ratificata dall'Italia il 27 maggio 1991. In tema v. S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999; L. SWEPSTON, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 32: Protection from Economic Exploitation*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012; J. TODRES, M. E. WOJCIK, C. REVAZ, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: An Analysis of Treaty Provisions and Implications of U.S. Ratification*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006; A. GLENN MOWER, *The Convention on the Rights of the Child: International Law Support for Children*, Greenwood Publishing Group, 1997; M. FREEMAN, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3: The Best Interests of the Child*, BRILL, 2007; S. DETRICK, J. E. DOEK, N.

prevent the abduction of, the sale of or traffic in children for any purpose or in any form”.

Si tratta effettivamente di una definizione assai vasta di tratta di bambini, che, ancora una volta, non prevede la sola rilevanza della tratta finalizzata allo sfruttamento sessuale. Sintomo, chiaramente, di un’evoluzione della sensibilità della Comunità internazionale, consapevole del fatto che la tratta (di donne, bambini, ed esseri umani in più ampia accezione) si è evoluta assumendo anche forme e contorni diversi da quelli del *sex trafficking*.

L’art. 35, tuttavia, non è il solo articolo della Convenzione in esame ad occuparsi del fenomeno della tratta di bambini.

L’art. 21, lettera d, afferma, in tema di adozioni internazionali, che “States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration and they shall: [...] d) [t]ake all appropriate measures to ensure that, in inter-country adoption, the placement does not result in *improper financial gain* for those involved in it” (corsivo aggiunto) ⁽¹⁷¹⁾.

CANTWELL, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992; A. BOWERS ANDREWS, N. HEVENER KAUFMAN, *Implementing the U.N. Convention on the Rights of the Child: A Standard of Living Adequate for Development*, Greenwood Publishing Group, 1999.

⁽¹⁷¹⁾ Per completezza, si riporta di seguito l’intero testo dell’articolo in esame: “States Parties that recognize and/or permit the system of adoption shall ensure that the best interests of the child shall be the paramount consideration and they shall: (a) Ensure that the adoption of a child is authorized only by competent authorities who determine, in accordance with applicable law and procedures and on the basis of all pertinent and reliable information, that the adoption is permissible in view of the child's status concerning parents, relatives and legal guardians and that, if required, the persons concerned have given their informed consent to the adoption on the basis of such counselling as may be necessary; (b) Recognize that inter-country adoption may be considered as an alternative means of child's care, if the child cannot be placed in a foster or an adoptive family or cannot in any suitable manner be cared for in the child's country of origin; (c) Ensure that the child concerned by inter-country adoption enjoys safeguards and standards equivalent to those existing in the case of national adoption; (d) Take all appropriate measures to ensure that, in inter-country adoption, the placement does not result in improper financial gain for those involved in it; (e) Promote, where appropriate, the objectives of the present article by concluding bilateral or multilateral arrangements or agreements, and endeavour, within this framework, to ensure that the placement of the child in another country is carried out by competent authorities or organs”.

È evidente come, nella prassi, condotte tangenti l'adozione internazionale possano sfociare in crimini di tratta di minori.

Al riguardo, è interessante notare che dai lavori preparatori della Convenzione in esame emerge che il rappresentante del Venezuela abbia criticato l'introduzione, nell'art. 21 lettera d) del testo, della locuzione *improper financial gain*, sostenendo che tale espressione avrebbe, *a contrariis*, reso lecite adozioni internazionali volte ad ottenere un profitto economico "lecito".

In altre parole, secondo il rappresentante del Venezuela, l'introduzione della locuzione summenzionata avrebbe reso leciti fenomeni di tratta di bambini con dolo specifico di lucro ⁽¹⁷²⁾.

Il ragionamento suesposto, tuttavia, non può essere condiviso per una serie di motivi.

Si può innanzitutto effettuare una prima obiezione, derivante da una lettura comparata con la Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale. La locuzione in questione è stata introdotta per evitare che alcuni soggetti coinvolti in maniera più o meno pregnante nell'*iter* adottivo del bambino, sfruttando la condizione di vulnerabilità psicologica dei soggetti desiderosi di adottare, chiedano, per i servizi offerti, un compenso eccessivo e quindi *improper* ⁽¹⁷³⁾.

Ciò è desumibile anche da una lettura comparata della Convenzione in esame con la Convenzione dell'Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale ⁽¹⁷⁴⁾, che, all'art.32, afferma che "(1) [n]o one shall

⁽¹⁷²⁾ Sul punto v. S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child...cit.* p. 353 e ss.

⁽¹⁷³⁾ In merito, v. S. DETRICK, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child...cit.* p. 354, dove si sottolinea come in alcuni casi anche avvocati, notai, impiegati pubblici, giudici e persino professori universitari abbiano chiesto somme di denaro eccessive per i servizi forniti nell'*iter* adottivo ai soggetti richiedenti.

⁽¹⁷⁴⁾ Il testo della Convenzione, con i relativi materiali allegati, è accessibile al sito www.hcch.net, sotto la voce "Conventions" o sotto la voce "Intercountry Adoption Section". La Convenzione è stata firmata il 29 maggio 1993 ed è stata ratificata dall'Italia il 18 gennaio 2000 (la Convenzione è entrata in vigore per l'Italia il 1 maggio 2000). In tema v. G. VERMEULEN, *EU Quality Standards in Support of the Fight Against Trafficking in Human Beings and Sexual Exploitation of Children: Exploratory Study of the Potential and Feasibility of Self-regulation Or Public-private Co-operation*, Maklu, 2007, p.102; T. BUCK, *International Child Law*, Psychology

derive *improper financial or other gain* from an activity related to an intercountry adoption. (2) *Only costs and expenses, including reasonable professional fees of persons involved in the adoption, may be charged or paid.* (3) The directors, administrators and employees of bodies involved in an adoption shall not receive remuneration which is unreasonably high in relation to services rendered” (corsivo aggiunto).

Il fatto che la Convenzione dell’Aja sulla protezione dei minori e la cooperazione in materia di adozione internazionale metta in relazione, all’interno del medesimo articolo, il termine *improper financial or other gain* di cui al punto 1 ed il *dictum* di cui al punto 2, che per l’appunto prevede che *only costs and expenses, including reasonable professional fees of persons involved in the adoption, may be charged or paid* è quantomai sintomatico del fatto che il divieto, contenuto nelle due Convenzioni, di ottenere dall’adozione un illegittimo vantaggio economico, debba essere inteso come volto a sanzionare la richiesta di somme di denaro spropositate o illegittime da parte dei funzionari, pubblici o non, coinvolti nell’iter adottivo. Che è anche, a ben vedere, quanto espressamente vietato dal punto 3 dell’art. 32 della Convenzione dell’Aja sulla cooperazione in materia di adozione internazionale.

In secondo luogo, si rileva come l’osservazione del rappresentante del Venezuela sia giuridicamente inaccettabile nel momento in cui sembrerebbe sostenere l’esistenza di un profitto lecito conseguente ad un *children trafficking*.

Detto in altre parole, affermare che l’introduzione della locuzione *improper financial gain* nel suindicato art. 21 sia, dal punto di vista della tecnica legislativa,

Press, 2005, p.303 e ss.; R. L. BALLARD, N. H. GOODNO, R. F. COCHRAN, *The Intercountry Adoption Debate: Dialogues Across Disciplines*, Cambridge Scholars Publishing, p.280 e ss.

Due i riferimenti espressi alla tratta di bambini presenti in questa Convenzione. Il primo, all’interno del preambolo, in cui gli Stati parte si professano “Convinced of the necessity to take measures to ensure that intercountry adoptions are made in the best interests of the child and with respect for his or her fundamental rights, and to prevent the abduction, the sale of, or traffic in children”, mentre il secondo è presente nell’art. 1, dove si afferma che “The objects of the present Convention are – a) to establish safeguards to ensure that intercountry adoptions take place in the best interests of the child and with respect for his or her fundamental rights as recognised in international law; b) to establish a system of co-operation amongst Contracting States to ensure that those safeguards are respected and thereby prevent the abduction, the sale of, or traffic in children; c) to secure the recognition in Contracting States of adoptions made in accordance with the Convention” (corsivo aggiunto).

perniciosa, dal momento che potrebbe aprire la strada a condotte di *trafficking* caratterizzate dall'esistenza di un dolo specifico consistente in un guadagno non illecito, comporta logicamente e giuridicamente la presupposizione dell'esistenza di un reato di *trafficking* con dolo specifico consistente in un *proper financial gain*. Senonchè, nel reato di tratta, l'eventuale legittimità della condotta oggetto del dolo specifico di reato considerata come condotta a sé stante è condizione del tutto trascurabile, dal momento che il dolo specifico è parte integrante il fatto tipico di reato e quindi di per sé sempre illecito: la pronta conclusione del ragionamento è che non esistono *proper financial gains* caratterizzanti il reato di tratta.

Il ragionamento appena esposto potrebbe trovare una pronta obiezione: l'affermazione del rappresentante del Venezuela si pone in un momento logico precedente quello della qualificazione della condotta delittuosa come tratta di esseri umani, e considera il guadagno economico in maniera avulsa dal contesto. Di conseguenza sarebbe possibile distinguere tra guadagni "leciti" e guadagni "illeciti".

Tale obiezione, tuttavia, non può essere accolta, dal momento che appare come una *fictio iuris* barocca e artificiosa.

Da ultimo, il ragionamento del rappresentante del Venezuela può trovare una pronta obiezione proveniente dal piano della logica giuridica.

Il ragionamento del rappresentante, infatti, si basa su una logica *a contrariis*, logica che implica che negare A (A) consiste nell'affermare non A (\bar{A}), e che laddove, all'interno di un *genus*, la legge abbia espressamente regolato una *species* del *genus* stesso prevedendo per essa la regolamentazione A, implicitamente (*a contrariis*, appunto) alle altre fattispecie rientranti nel *genus* si applicherebbe la regolazione non A (\bar{A}) ⁽¹⁷⁵⁾.

A voler quindi applicare tale schema logico (come ha fatto appunto il rappresentante del Venezuela) al caso concreto, ne risulterebbe il seguente ragionamento: se la legge sanziona espressamente l'adozione internazionale che

⁽¹⁷⁵⁾ Per fare un esempio chiarificatore, considerando il *genus* conifere, qualora esistesse una legge che vieta la piantagione di pini (*species* rispetto al *genus*), *a contrariis* la piantagione di tutte le altre conifere che non sono pini sarebbe lecita.

comporta un *improper financial gain*, allora ne deriva, *a contrariis*, che la tratta di bambini animata da un *proper financial gain* sia lecita.

Anche a voler trascurare il fatto che, come precedentemente detto, l'illiceità della tratta travolge anche la condotta oggetto del dolo specifico, e anche trascurando le conseguenze giuridicamente e moralmente inaccettabili del suesposto ragionamento, si nota come l'argomentazione del rappresentante del Venezuela pecchi di una intrinseca illogicità. Essa infatti implicherebbe che il fatto giuridico di adozione e il fatto giuridico di tratta siano entrambi parte di un unico *genus*, sul quale poter imbastire un ragionamento *a contrariis*. Trovare, tuttavia, una stretta correlazione tra tratta e adozione, che vada al di là di situazioni di contatto sporadiche e accidentali, appare assai arduo, così come appare impossibile trovare un *genus* che comprenda i due fatti giuridici appena menzionati.

Alla luce di queste considerazioni, quindi, si può concludere che il ragionamento del rappresentante del Venezuela, in sede di *drafting* della Convenzione sui diritti dell'infanzia, sia un paralogismo.

Il 25 maggio 2000, l'Assemblea Generale dell'ONU ha adottato il Protocollo facoltativo alla convenzione sui diritti dell'infanzia riguardante il traffico di bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile ⁽¹⁷⁶⁾. Tale Protocollo definisce la tratta di bambini nell'ambito del più ampio contesto della vendita di bambini, anch'essa vietata.

L'art. 3, comma 1, infatti, afferma che “[e]ach State Party shall ensure that, as a minimum, the following acts and activities are fully covered under its criminal or penal law, whether such offences are committed domestically or transnationally or on an individual or organized basis: (a) In the context of sale of children as defined in article 2: (i) *Offering, delivering or accepting, by whatever means, a child for the purpose of: a. Sexual exploitation of the child; b. Transfer of organs of the child for profit; c. Engagement of the child in forced labour;* (ii) Improperly

⁽¹⁷⁶⁾ Aperto a firma, ratifica e adesione con Risoluzione dell'Assemblea generale del 25 maggio 2000 ed entrato in vigore il 18 gennaio 2002. L'Italia ha ratificato lo strumento in esame il 9 maggio 2002.

inducing consent, as an intermediary, for the adoption of a child in violation of applicable international legal instruments on adoption; (b) *Offering, obtaining, procuring or providing a child for child prostitution, as defined in article 2*” (corsivo aggiunto).

Il Protocollo in questione apporta un contributo importante in merito all’individuazione della definizione di traffico di bambini, reato individuato e definito con un livello di tassatività maggiore rispetto alla *figura criminis* delineata all’art. 35 della Convenzione sui diritti dell’infanzia.

Nello specifico, si può ritenere che la tratta sia definita, all’interno dell’art. 3 del Protocollo, come la condotta consistente nell’ “(i) *Offering, delivering or accepting, by whatever means, a child for the purpose of: a. Sexual exploitation of the child; b. Transfer of organs of the child for profit; c. Engagement of the child in forced labour [...]; (b) Offering, obtaining, procuring or providing a child for child prostitution, as defined in article 2*”.

Al di là dei meriti che possono essere attribuiti alla definizione in esame (come detto, più dettagliata di quella contenuta nell’art. 35 della Convenzione), non si può tuttavia ignorare una certa carenza dal punto di vista della tecnica legislativa. Sarebbe stato, infatti, preferibile, che i redattori del Protocollo avessero inserito il dolo specifico di sfruttamento della prostituzione infantile all’interno dell’elenco sub lettera (i), piuttosto che effettuare un immotivato scorporo, con la creazione di due elenchi paralleli (uno contenente il dolo specifico di *Sexual exploitation of the child (a.)*, *Transfer of organs of the child for profit (b.)* ed *Engagement of the child in forced labour (c.)* ed un secondo elenco contenente il solo dolo specifico di sfruttamento della *child prostitution*).

Proprio tale scorporo ha comportato una ripetizione foriera di equivoci interpretativi circa la differenza tra la condotta di *offering, delivering or accepting, by whatever means, a child for the purpose of (etc...)* e la condotta di *offering, obtaining, procuring or providing a child for (etc...)*.

Si tratta di una ripetizione pleonastica, dal momento che in entrambi i *tricoli* è presente il verbo *offering*, il verbo *delivering* presente nel primo *tricolon*

corrisponde al verbo *procuring* di cui al secondo *tricolon*, mentre il verbo *accepting* corrisponde al verbo *obtaining*.

Abbandonando le questioni relative alla definizione di tratta di bambini, è ora opportuno effettuare una panoramica sugli altri articoli del Protocollo in esame.

Gli artt. 1 e 2 del Protocollo enunciano le finalità dello stesso (proibire la vendita di bambini, la prostituzione infantile e la pornografia infantile) e definiscono tre concetti cardine quali quello di vendita di bambini (“any act or transaction whereby a child is transferred by any person or group of persons to another for remuneration or any other consideration”), prostituzione infantile (“the use of a child in sexual activities for remuneration or any other form of consideration”) e pornografia infantile (“any representation, by whatever means, of a child engaged in real or simulated explicit sexual activities or any representation of the sexual parts of a child for primarily sexual purposes”).

L’art. 3, commi 2-5, prevede l’obbligo per gli Stati di punire tentativo e concorso nei reati di cui al comma 1 (comma 2), di prevedere pene appropriate (comma 3) e la responsabilità penale, civile o amministrativa delle persone fisiche nel caso di reati di cui al comma 1 commessi nell’interesse delle stesse (comma 4) e l’obbligo, per gli Stati, di adottare tutte le adeguate misure legali ed amministrative per assicurare che le persone coinvolte nell’adozione di un bambino agiscano in conformità agli strumenti giuridici internazionali vigenti.

L’art. 4, in materia di giurisdizione, afferma che “1. Each State Party shall take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 3, paragraph 1, when the offences are committed in its territory or on board a ship or aircraft registered in that State. 2. Each State Party may take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the offences referred to in article 3, paragraph 1, in the following cases: (a) When the alleged offender is a national of that State or a person who has his habitual residence in its territory; (b) When the victim is a national of that State. 3. Each State Party shall also take such measures as may be necessary to establish its jurisdiction over the aforementioned offences when the alleged offender is present in its territory and it

does not extradite him or her to another State Party on the ground that the offence has been committed by one of its nationals. 4. The present Protocol does not exclude any criminal jurisdiction exercised in accordance with internal law”.

L’art. 5, in tema di estradizione, prevede che “1. The offences referred to in article 3, paragraph 1, shall be deemed to be included as extraditable offences in any extradition treaty existing between States Parties and shall be included as extraditable offences in every extradition treaty subsequently concluded between them, in accordance with the conditions set forth in such treaties. 2. If a State Party that makes extradition conditional on the existence of a treaty receives a request for extradition from another State Party with which it has no extradition treaty, it may consider the present Protocol to be a legal basis for extradition in respect of such offences. Extradition shall be subject to the conditions provided by the law of the requested State. 3. States Parties that do not make extradition conditional on the existence of a treaty shall recognize such offences as extraditable offences between themselves subject to the conditions provided by the law of the requested State. 4. Such offences shall be treated, for the purpose of extradition between States Parties, as if they had been committed not only in the place in which they occurred but also in the territories of the States required to establish their jurisdiction in accordance with article 4. 5. If an extradition request is made with respect to an offence described in article 3, paragraph 1, and the requested State Party does not or will not extradite on the basis of the nationality of the offender, that State shall take suitable measures to submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution”.

Gli Stati hanno inoltre l’obbligo di fornirsi reciproca assistenza durante lo svolgimento delle indagini per i reati di cui all’art. 3 comma 1 (art. 6), confiscare e sequestrare oggetti e materiali utilizzati per commettere i reati oggetto del Protocollo o frutto degli stessi (art. 7), adottare misure appropriate per proteggere i diritti e gli interessi dei bambini vittime delle pratiche proibite dal Protocollo durante tutte le fasi del processo di giustizia penale (art. 8), sensibilizzare l’opinione pubblica e la cooperazione internazionale anche tramite la predisposizione di accordi internazionali (artt. 9 e 10).

L'art. 11 contiene una clausola di salvaguardia, che prevede che nessuna disposizione del Protocollo potrà avere effetto su alcuna disposizione che induca alla realizzazione dei diritti dell'infanzia e che possa essere contenuta nelle leggi di uno Stato Parte o nei trattati internazionali in vigore in detto Stato.

L'art. 12 prevede che “1. [e]ach State Party shall, within two years following the entry into force of the present Protocol for that State Party, submit a report to the Committee on the Rights of the Child providing comprehensive information on the measures it has taken to implement the provisions of the Protocol. 2. Following the submission of the comprehensive report, each State Party shall include in the reports they submit to the Committee on the Rights of the Child, in accordance with article 44 of the Convention, any further information with respect to the implementation of the present Protocol. Other States Parties to the Protocol shall submit a report every five years. 3. The Committee on the Rights of the Child may request from States Parties further information relevant to the implementation of the present Protocol”.

Infine, gli artt. 13-17 contengono disposizioni in materia di firma, ratifica, denuncia, emendamenti al Protocollo e lingue ufficiali dello stesso.

17. La Convenzione sulle forme peggiori di lavoro minorile, del 1999

L'art. 3 della Convenzione sulle forme peggiori di lavoro minorile ⁽¹⁷⁷⁾ afferma che “[f]or the purposes of this Convention, the term the worst forms of child labour comprises: (a) all forms of slavery or practices similar to slavery, *such as the sale and trafficking of children*, debt bondage and serfdom and forced or compulsory

⁽¹⁷⁷⁾ Adottata a Ginevra, durante l'87esima sessione dell'ILO, il 17 giugno 1999, ed entrata in vigore il 19 novembre 2000. La Convenzione è stata ratificata dall'Italia il 25 maggio 2000. In merito v. M. HELFER, *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile: una ricerca comparatistica*, Wolters Kluwer Italia, 2007, ove riferimenti; F. CARINCI- A. PIZZOFRATTO, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, UTET Giuridica, 2011, p.48; P. BENEVEDE, *Il lavoro minorile*, Maggioli, 2012, p. 34; T. BUCK, *International Child Law...cit.* p. 251, dove l'Autore specifica che l'intento della Convenzione in esame non fosse solamente quello di ridurre eventuali lacune nella protezione dei minori, quanto piuttosto quello, più ambizioso, di riscuotere un impatto reale nella lotta al lavoro minorile, facendo della stessa una delle linee guida portanti all'interno dell'attività dell'ILO.

labour, including forced or compulsory recruitment of children for use in armed conflict; (b) *the use, procuring or offering of a child for prostitution, for the production of pornography or for pornographic performances*; (c) *the use, procuring or offering of a child for illicit activities, in particular for the production and trafficking of drugs as defined in the relevant international treaties*; (d) work which, by its nature or the circumstances in which it is carried out, is likely to harm the health, safety or morals of children”(corsivo aggiunto).

È quindi evidente come, all'interno del *chapeaux* costituito dalle *worst forms of child labour*, rientrino fattispecie come *all forms of slavery, practices similar to slavery, such as the sale and trafficking of children, the use, procuring or offering of a child for prostitution [...], the use, procuring or offering of a child for illicit activities, in particular for the production and trafficking of drugs as defined in the relevant international treaties, etc.*

Tale elenco è sintomatico dello stretto legame intercorrente tra il reato di tratta di esseri umani e quello di schiavitù. Occorre, tuttavia, sgombrare ancora una volta il campo da facili equivoci: come ampiamente dimostrato nelle pagine precedenti, il fatto che la fattispecie di schiavitù (fattispecie A) e la fattispecie di tratta di esseri umani (fattispecie B) ricadano all'interno di un unico *genus* (C), nel caso in esame il *chapeaux* costituito dalla nozione di *worst forms of child labour*, non comporta che, *ipso iure*, la tratta di esseri umani possa essere considerata una forma di schiavitù. Ciò perché, ritenere che qualora A e B rientrino nel medesimo *genus* C, allora A sia uguale a B, è un ragionamento paralogistico.

Da segnalare, inoltre, come l'art. 2 della Convenzione stabilisca che per minore si deve intendere colui che ha un'età inferiore ai 18 anni.

Un breve *excursus* sul contenuto degli altri articoli della Convenzione in esame.

L'art. 4 prevede che i tipi di lavoro cui si fa riferimento nell'art. 3 lettera d), ossia i lavori che, per la loro natura o per le circostanze nelle quali vengono svolti, compromettono la salute o la sicurezza del minore, devono essere individuati dal

legislatore nazionale di concerto con le autorità competenti, previa consultazione delle organizzazioni dei datori di lavoro e dei lavoratori interessate. La lista nazionale dei lavori così individuati deve essere soggetta a revisione e riaggiornamento periodico. Si tratta di una previsione particolarmente importante, che rimette alla discrezionalità statale l'individuazione di fattispecie rientranti all'interno di un *genus*, quello individuato dalla Convenzione in esame, che altrimenti sarebbe stato più che mai indeterminato ed a basso livello di tassatività. Gli artt. 5, 6 e 7, invece, contengono una serie di disposizioni volte a rendere effettivo il contenuto della Convenzione.

Nello specifico, l'art. 5 prevede che ogni Stato membro debba istituire una procedura volta a monitorare l'effettiva attuazione della Convenzione, mentre l'art. 6 obbliga gli Stati Parte della Convenzione ad elaborare un programma d'azione per l'eliminazione delle forme peggiori di lavoro minorile. L'art. 7, infine, statuisce che “[e]ach Member shall take all necessary measures to ensure the effective implementation and enforcement of the provisions giving effect to this Convention including the provision and application of penal sanctions or, as appropriate, other sanctions. 2. Each Member shall, taking into account the importance of education in eliminating child labour, take effective and time-bound measures to: (a) Prevent the engagement of children in the worst forms of child labour; (b) Provide the necessary and appropriate direct assistance for the removal of children from the worst forms of child labour and for their rehabilitation and social integration; (c) Ensure access to free basic education, and, wherever possible and appropriate, vocational training, for all children removed from the worst forms of child labour; (d) Identify and reach out to children at special risk; and (e) Take account of the special situation of girls. 3. Each Member shall designate the competent authority responsible for the implementation of the provisions giving effect to this Convention”.

In tema di assistenza reciproca e cooperazione internazionale, l'art. 8 stabilisce l'obbligo, in capo agli Stati, di intraprendere, di concerto, iniziative volte all'eliminazione della povertà ed all'implementazione dello sviluppo economico e sociale.

Gli artt. 9, 10 e 11 contengono disposizioni in tema di ratifica e denuncia.

L'art. 9 prevede che le ratifiche della Convenzione devono essere comunicate al Direttore Generale dell'Ufficio Internazionale del Lavoro, per essere registrate, l'art. 10 stabilisce che la Convenzione vincola solamente i membri dell'ILO che hanno ratificato la Convenzione seguendo la procedura di cui all'art. 9, a far data dal dodicesimo mese successivo alla ratifica.

In merito alla possibilità di denunciare la Convenzione, l'art. 11 dispone che, a partire dai 10 anni successivi all'entrata in vigore (iniziale) della Convenzione, ciascuno Stato può denunciare la stessa, mediante comunicazione al Direttore Generale dell'Ufficio Internazionale del Lavoro. La denuncia entra in vigore dopo che è trascorso un anno dalla registrazione effettuata dal Direttore Generale.

Il secondo comma dell'art. 11, inoltre, prevede un meccanismo alquanto complesso che vincola gli Stati nella possibilità di denunciare la Convenzione in questione. Si è infatti sottolineato come il comma 1 dell'art. 11 preveda la possibilità di denunciare la Convenzione alla scadenza dei 10 anni dall'entrata in vigore iniziale della stessa. Qualora lo Stato membro non eserciti tale diritto nel tempo previsto (ossia nell'anno successivo alla scadenza dei 10 anni dall'entrata in vigore iniziale), sarà vincolato per un periodo ulteriore di 10 anni, e potrà denunciare la Convenzione solo nell'anno successivo alla scadenza di ogni periodo di 10 anni. Si tratta evidentemente di un meccanismo volto a conferire stabilità alla Convenzione.

Gli artt. 12 e 13 prevedono che “[t]he Director-General of the International Labour Office shall notify all Members of the International Labour Organization of the registration of all ratifications and acts of denunciation communicated by the Members of the Organization [...] When notifying the Members of the Organization of the registration of the second ratification, the Director-General shall draw the attention of the Members of the Organization to the date upon which the Convention shall come into force” (art. 12) e che “[t]he Director-General of the International Labour Office shall communicate to the Secretary-General of the United Nations, for registration in accordance with article 102 of the Charter of the United Nations, full particulars of all ratifications and acts of denunciation

registered by the Director-General in accordance with the provisions of the preceding Articles” (art. 13).

L’art. 14 prevede la possibilità per ogni Stato di presentare alla Conferenza generale un rapporto sullo stato di applicazione della Convenzione, con la possibilità per la Conferenza di effettuare una revisione totale o parziale della Convenzione, previo inserimento della questione nell’ordine del giorno da parte dello Stato proponente. E proprio dell’eventuale adozione, da parte della Conferenza, di una nuova Convenzione volta a sostituire in tutto o in parte la presente Convenzione, si occupa l’art. 15, che recita: “[s]hould the Conference adopt a new Convention revising this Convention in whole or in part, then, unless the new Convention otherwise provides: (a) The ratification by a Member of the new revising Convention shall ipso jure involve the immediate denunciation of this Convention, notwithstanding the provisions of Article 11 above, if and when the new revising Convention shall have come into force; (b) As from the date when the new revising Convention comes into force, this Convention shall cease to be open to ratification by the Members. 2. This Convention shall in any case remain in force in its actual form and content for those Members which have ratified it but have not ratified the revising Convention”.

18. Il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini e il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria, del 2000

Tra gli strumenti più importanti sul panorama internazionale in tema di contrasto alla tratta di esseri umani ed al favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, i due Protocolli in questione ⁽¹⁷⁸⁾ integrano la Convenzione delle Nazioni Unite

⁽¹⁷⁸⁾ Che fanno parte, assieme al *Protocollo sulla lotta contro la fabbricazione e il traffico illeciti di armi da fuoco, loro parti e componenti e munizioni* del gruppo dei c.d. “Protocolli di

contro la Criminalità organizzata transnazionale e forniscono una definizione dei reati di tratta di esseri umani e di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina.

In merito alla definizione fornita di tratta di esseri umani, il *Protocollo anti-trafficking*, all'art.3, afferma che “[t]rafficking in persons’ shall mean the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation. Exploitation shall

Palermo”, adottati dalle Nazioni Unite per implementare la *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale* (Convenzione di Palermo).

La Convenzione è stata adottata con Risoluzione numero 55/25 del 15 novembre 2000, ed è entrata in vigore il 29 settembre 2003. È stata ratificata, assieme ai relativi Protocolli, dall'Italia il 16 marzo 2006.

Il *Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria* è entrato in vigore il 28 gennaio 2004, il *Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini* è entrato in vigore il 25 dicembre 2003, mentre il *Protocollo sulla lotta contro la fabbricazione e il traffico illeciti di armi da fuoco, loro parti e componenti e munizioni* è entrato in vigore il 25 luglio 2005.

Mentre il *Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria* ed il *Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini* sono stati firmati a Palermo il 12 dicembre 2000, il *Protocollo sulla lotta contro la fabbricazione e il traffico illeciti di armi da fuoco, loro parti e componenti e munizioni* è stato firmato l'11 luglio 2001.

Per snellezza espositiva, d'ora in poi, nel corso della trattazione, *Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la Criminalità organizzata transnazionale per combattere il traffico di migranti via terra, via mare e via aria* verrà denominato, in via convenzionale e atecnica, **Protocollo anti-smuggling**, mentre il *Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini* sarà denominato, sempre in via convenzionale e atecnica, **Protocollo anti-trafficking**.

Per approfondimenti sul fenomeno criminale dello *smuggling*, si veda T. BAIRD, *Human Smuggling in the Eastern Mediterranean*, Taylor & Francis, 2016; S. CARRERA, E. GUILD, *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Centre for European Policy Studies, 2016; E. GUILD, P. PAUL, E. MINDERHOUD, *Immigration And Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 2006; M. VENTRELLA, *The Control of People Smuggling and Trafficking in the EU: Experiences from the UK and Italy*, Routledge, 2016; A. TRIANDAFYLIDOU, T. MAROUKIS, *Migrant Smuggling: Irregular Migration from Asia and Africa to Europe*, Palgrave Macmillan, 2012.

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

Per quanto attiene, invece, alla definizione di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina, il *Protocollo anti-smuggling*, all’art.3, afferma che lo *smuggling* deve essere inteso come “the procurement, in order to obtain, directly or indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State Party of which the person is not a national or a permanent resident; ‘Illegal entry’ shall mean crossing borders without complying with the necessary requirements for legal entry into the receiving State”.

In primo luogo, è necessario effettuare un confronto tra le due *figurae criminis*, in modo da delineare la linea di demarcazione tra il reato di tratta e quello di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina.

Come sottolineato in dottrina ⁽¹⁷⁹⁾, la definizione di tratta contiene tre elementi distinti: una condotta (es. *the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons*), una modalità di integrazione della condotta (*by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, etc.*) e un *dolo specifico (for the purpose of exploitation)*.

Tali considerazioni non valgono qualora la vittima di tratta sia un bambino (soggetto di età inferiore ai 18 anni, ai sensi dell’art.3 lettera d) del *Protocollo anti-trafficking*): in questo caso la condotta del reo deve essere considerata tratta di esseri umani anche se manca il *means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person*, ossia se

⁽¹⁷⁹⁾ R. T. GUERETTE, *Migration, Culture Conflict, Crime and Terrorism*, Routledge, 2016, p.137.

manca l'elemento "modalità di integrazione della condotta", secondo punto della tripartizione sopra esposta ⁽¹⁸⁰⁾.

Si deve tenere conto, inoltre, che, ai sensi dell'art. 3 lettera b) del *Protocollo anti-trafficking*, il consenso della vittima è irrilevante, e non funge da scriminante per il soggetto che abbia posto in essere una condotta integrante il reato di tratta ⁽¹⁸¹⁾.

Diversamente, il reato di *smuggling* contiene un elemento condotta (consistente nel favorire l'entrata illegale in uno Stato di cui il migrante non è cittadino) ed un elemento dolo specifico (il fine di ottenere un vantaggio finanziario o un altro vantaggio materiale).

È evidente come le due definizioni siano molto simili se non, per certi aspetti, sovrapponibili ⁽¹⁸²⁾.

In dottrina ⁽¹⁸³⁾ si è affermato che gli elementi per poter distinguere la tratta di esseri umani dallo *smuggling* sarebbero tre: *consent*, *transnationality* ed *exploitation*.

In merito al primo elemento, il *consent*, emerge come mentre in caso di tratta il consenso della vittima sia assente o reso irrilevante a causa della condotta dei trafficanti, la vittima di *smuggling* fornisce, solitamente, il suo consenso all'autore del reato.

⁽¹⁸⁰⁾ "The recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of a child for the purpose of exploitation shall be considered 'trafficking in persons' even if this does not involve any of the means set forth in subparagraph (a) of this article" (Art. 3 lett. c).

⁽¹⁸¹⁾ "The consent of a victim of trafficking in persons to the intended exploitation set forth in subparagraph (a) of this article shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used".

⁽¹⁸²⁾ in merito v. UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Toolkit to Combat Trafficking in Persons*, United Nations Publications, 2008, p.4, dove si afferma che "[t]he consequences of mistakenly treating a trafficking victim as a smuggled migrant can be very severe for the victim. In practice, it may be difficult to distinguish between a situation of trafficking and a situation of smuggling, for many reasons: smuggled migrants may become victims of trafficking; traffickers may also act as smugglers and use the same routes for both trafficking and smuggling; conditions for smuggled persons may be so bad that it is difficult to believe they consented to it".

⁽¹⁸³⁾ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Toolkit to Combat Trafficking in Persons...cit.*

Per quanto riguarda l'elemento della transnazionalità, mentre lo *smuggling* implica sempre il superamento di un confine internazionale, la tratta di esseri umani non richiede necessariamente che la vittima sia portata oltre confine.

Da ultimo, di solito lo sfruttamento nello *smuggling* consiste in una transazione commerciale tra vittima e autore del reato, transazione che si esaurisce una volta terminato il valico di confine, mentre in caso di tratta di esseri umani, la vittima continua ad essere sfruttata anche dopo che si è consumato l'elemento di trasporto materiale della stessa.

Se gli elementi finora indicati siano da intendersi come elementi discriminanti "forti", o semplici indizi è questione tutt'altro che semplice.

Partendo dall'elemento della transnazionalità, si può notare come questo sia un semplice indizio del fatto che ci si trovi in presenza di un reato di *smuggling*, un indizio che tuttavia non può – proprio in quanto tale – essere considerato un elemento discriminante forte, in grado di segnare un netto distinguo tra *trafficking* e *smuggling*.

Se infatti è vero che il trafficking può essere tanto interno quanto transnazionale, secondo, invece, il *dictum* del *Protocollo anti-smuggling*, come previamente sottolineato, non esiste lo *smuggling* interno, essendo necessario, per l'integrazione del reato, il superamento di un confine Statale.

Da ciò si deduce come, a fronte di una condotta *cross-border*, l'operatore del diritto non sia in grado di distinguere tra *trafficking* e *smuggling* facendo esclusivamente affidamento sull'elemento della transnazionalità.

Prima di passare all'analisi del secondo elemento potenzialmente discriminante in relazione al rapporto tra *trafficking* e *smuggling*, è utile soffermarsi sull'analisi della natura del confine che deve essere superato come *conditio sine qua non* per l'integrazione del crimine di *smuggling*.

Giova ripeterlo, il confine in questione deve essere un confine Statale.

Ciò a mente del dettato del *Protocollo anti-smuggling*, che per l'appunto parla di "illegal entry of a person *into a State Party*" (corsivo aggiunto). Non integra, di conseguenza, condotta punibile ai sensi del Protocollo in questione la condotta di chi favorisse, ad esempio, il transito di un soggetto tra due Stati federati membri di un unico Stato federale.

Ciò per due motivi.

In primo luogo, perché generalmente all'interno dei principali stati federali si è previsto il principio della libertà di circolazione dei cittadini. È il caso della Svizzera. È il caso degli Stati Uniti, in cui la libertà di circolazione viene derivata dall'art. IV della Costituzione.

In secondo luogo, anche a voler ipotizzare l'esistenza di un ordinamento giuridico federale che non ammetta la libera circolazione dei propri cittadini tra Stati federati, si può affermare che l'applicazione dell'art.3 del *Protocollo anti-smuggling* a tale particolare fattispecie (ossia ad uno *smuggling* che si svolge, materialmente tra Stati federati), sarebbe una violazione del principio generale di diritto che pone il divieto di interpretazione estensiva delle fattispecie incriminatrici penali.

Una pronta obiezione a tale ragionamento potrebbe fare rilevare come il divieto di analogia *in malam partem* ed il (correlato) divieto di interpretazione estensiva delle fattispecie penali incriminatrici non sia presente in tutti gli ordinamenti statali (esistono, ad esempio, ordinamenti come quello danese che ammettono l'interpretazione analogica in diritto penale, e non solo in un'ottica di *favor rei*).

Tale obiezione può essere facilmente superata se si tiene conto di due considerazioni. In primo luogo, affinché un principio sia considerato principio generale di diritto non è necessario che esso sia presente in tutti gli ordinamenti statali del mondo. *Inter multos*, si cita autorevole dottrina: "[...] va ricordato che, analogamente a quanto accade in materia consuetudinaria, nel nostro tempo è impossibile dimostrare che un principio generale di diritto sia riconosciuto da tutti gli Stati del mondo. In effetti, basta in teoria che una vasta maggioranza di Stati abbia adottato una data regola nel proprio diritto interno affinché divenga possibile

trasporta successivamente a titolo di ‘principio generale di diritto’ e, soprattutto, invocarne a tale titolo la sua opponibilità internazionale”⁽¹⁸⁴⁾.

In secondo luogo, l’esistenza di un principio generale di diritto che vieta l’interpretazione analogica *in malam partem* può essere testimoniata dal fatto che lo Statuto della ICC stesso preveda, all’art. 22, rubricato *Nullum crimine sine lege*, il divieto di interpretazione analogica dei crimini statutari (“[t]he definition of a crime shall be strictly construed and shall not be extended by analogy. In case of ambiguity, the definition shall be interpreted in favour of the person being investigated, prosecuted or convicted”).

Resta da domandarsi se sussista un reato di *smuggling* così come delineato nei suoi elementi costitutivi dal Protocollo in commento, qualora un soggetto aiuti un altro soggetto a superare un confine tra Stati che sono parte di un accordo internazionale che prevede il principio della libera circolazione dei cittadini tra i Paesi membri (il primo esempio che viene in mente - è superfluo dirlo- è quello dell’Unione europea).

In tale ipotesi, la prima risposta proponibile è quella che propende per la mancata integrazione del reato di *smuggling*, dal momento che manca un elemento del fatto tipico, ossia la illiceità dell’ingresso del migrante.

A tale ragionamento, in linea di principio corretto, si deve tuttavia porre un’eccezione.

La libertà di circolazione all’interno dell’Unione europea, infatti, non è illimitata, ma è soggetta alle condizioni previste dal TFUE. Orbene, qualora un soggetto riesca a favorire il passaggio di confine tra due Stati appartenenti all’Unione europea, di una persona che non ha le caratteristiche previste dal TFUE, si potrà ritenere che la fattispecie ricada nell’ambito di applicazione del *Protocollo anti-smuggling*. Il tutto, chiaramente, a patto che l’illiceità dell’ingresso fosse oggetto del dolo dell’autore del reato, che vuole e si rappresenta tutti gli elementi del fatto tipico. Il reato di *smuggling*, infatti, è quello che potrebbe essere definito, con un lessico preso in prestito alla dottrina penalistica italiana, un *reato ad*

⁽¹⁸⁴⁾ D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto Internazionale... cit.* p.272.

antigiuridicità o illiceità speciale, ossia un reato per il quale è la fattispecie incriminatrice stessa a richiedere che il fatto sia realizzato illecitamente ⁽¹⁸⁵⁾.

Venendo ora al secondo elemento potenzialmente discriminante, ossia il consenso della vittima, dobbiamo imbastire il ragionamento tenendo ben presente che se una fattispecie richiede il consenso della vittima (A) e la seconda fattispecie richiede (in maniera implicita o esplicita) che la vittima non acconsenta (\bar{A}), allora possiamo affermare che il consenso della vittima è un elemento discriminante forte che permette sempre di distinguere le due fattispecie. Qualora, invece, tale condizione non si verifichi, si dovrà concludere che anche il consenso della vittima, così come la transnazionalità, è un elemento discriminante debole, ossia un semplice indizio, utile ma non risolutivo per l'operatore del diritto che voglia capire se una persona è vittima di *trafficking* o di *smuggling*.

Analizzando il testo dei due Protocolli, si nota come, in primo luogo, il *Protocollo anti-smuggling* nulla dica in merito al consenso della vittima, consenso che però sembrerebbe essere un elemento implicitamente richiesto dalla definizione di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Ciò in virtù di un combinato disposto di elementi, tra cui il fatto che, per esempio, il migrante e il favoreggiatore pattuiscono un compenso al termine della traversata *cross-border*, nonché il fatto che l'art. 5 del Protocollo stesso, rubricato "criminal liability of migrants" preveda espressamente che "[m]igrants shall not become liable to criminal prosecution under this Protocol for the fact of having been the object of conduct set forth in article 6 of this Protocol". Una tale previsione non avrebbe senso se non presupponendo il consenso del migrante alla traversata.

In altre parole, una lettura *a contrariis* dell'art. 5 del *Protocollo anti-smuggling* ci fa capire che il reato di *smuggling* è quello che la dottrina penalistica italiana definirebbe un reato plurisoggettivo necessario improprio, ossia un reato per il quale la pluralità di agenti è elemento necessario del fatto tipico, a fronte di una

⁽¹⁸⁵⁾ Sul punto v. G.P. DEMURO, *Il dolo: L'accertamento*, Giuffrè, 2007, p. 523, nota 191, dove l'autore fa notare come spesso, a fronte di tali fattispecie criminose, il rischio è che ci si accontenti più della conoscibilità dell'illiceità che della effettiva conoscenza della stessa.

norma incriminatrice che prevede esclusivamente la punibilità di uno o alcuni degli agenti ⁽¹⁸⁶⁾ (nel caso dello *smuggling*, si prevede solamente la punibilità dello *smuggler*).

Diversamente, il *Protocollo anti-trafficking* prevede che il consenso della vittima sia reso irrilevante dalle modalità di svolgimento della tratta, dal momento che il trafficante adesca e mantiene sotto il proprio controllo la vittima “by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability [...]”.

Si può, al riguardo, notare come l’art. 3 lettera b) del *Protocollo anti-trafficking*, come già precedentemente riportato, preveda che “[t]he consent of a victim of trafficking in persons to the intended exploitation set forth in subparagraph (a) of this article shall be irrelevant where any of the means set forth in subparagraph (a) have been used”.

Tale articolo può dare adito ad una doppia interpretazione.

La prima via percorribile consiste nell’interpretare il termine *where* come sinonimo di *se*. Tale lettura porterebbe a far concludere che i *means* di cui all’art. 3 lettera a) non siano elementi costitutivi dell’illecito di *trafficking*, quanto piuttosto degli elementi meramente eventuali. La tratta di esseri umani potrebbe, quindi, perfezionarsi anche in assenza di inganni, artifici, raggiri, minaccia dell’uso della forza o uso della forza in senso stretto.

Secondo tale prima interpretazione, qualora la tratta fosse svolta mediante uno o più di questi *means*, allora il consenso della vittima sarebbe irrilevante.

Tale interpretazione, tuttavia, desta numerose perplessità. Su tutte, porterebbe ad una parziale abrogazione, *rectius*, ad una modifica dell’art. 3 lettera a), il cui contenuto, tuttavia, è più che mai chiaro nell’indicare i *means* come elementi del fatto tipico di reato ⁽¹⁸⁷⁾. In secondo luogo, il Protocollo non spiega in quale misura e con quali effetti il consenso della vittima sarebbe rilevante qualora i *means* di

⁽¹⁸⁶⁾ Sul punto v. R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2008, p. 1201; V. LUSA, S. PASCASI, *La persona oggetto di reato. Reati ed analisi scientifica delle condotte avverse alla vita ed all’incolumità individuale*, Giappichelli, 2011, p.29; G. DE VERO, *Corso di diritto penale: II*, Giappichelli, 2017, p.72.

⁽¹⁸⁷⁾ Come anche d’altronde rilevato in dottrina precedentemente citata: R. T. GUERETTE, *Migration, Culture Conflict, Crime and Terrorism...cit.* p. 137.

cui all'art. 3 lettera a) non venissero posti in essere. Si potrebbe pensare ad un eventuale effetto scriminante nei confronti dell'autore della condotta, ma il testo in merito nulla dice.

La seconda interpretazione, preferibile alla prima, porta a leggere il *where* come sinonimo di *dal momento che* o di *dato che*. Tale interpretazione riconosce che i *means* di cui alla lettera a) sono elementi costitutivi dell'illecito e, nel contempo, riconosce anche che il consenso della vittima è sempre irrilevante ai fini dell'integrazione del reato di tratta dal momento che i *means* devono sempre essere posti in essere in quanto, appunto, elementi costitutivi dello stesso.

Tale lettura è ulteriormente suffragata da quanto affermato dalla lettera c) dell'art. 3, che recita: “[t]he recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of a child for the purpose of exploitation shall be considered ‘trafficking in persons’ even if this does not involve any of the means set forth in subparagraph (a) of this article”. Da una lettura *a contrariis*, quindi, si può dedurre che *di regola* la tratta di esseri umani prevede che la condotta sia posta in essere con uno o più dei means indicati nell'art. 3 lettera a). L'eccezione alla regola è indicata dalla lettera c), costitutiva di una nuova fattispecie, la tratta di minori, che è considerata ontologicamente tratta anche senza la realizzazione di uno o più dei means di cui alla lettera a). Ciò spiega anche la necessità di una previsione espressa volta a ricondurre nel *genus* tratta una condotta che altrimenti, proprio per l'assenza di un elemento costitutivo del reato, non sarebbe stata ascrivibile a tale categoria concettuale.

Inoltre, sembra quantomai ragionevole ritenere che il Protocollo in questione preveda l'irrilevanza del consenso anche qualora la vittima di tratta sia un minore di 18 anni e la condotta non sia posta in essere attraverso uno o più dei means di cui all'art. 3 lettera a).

Tale lettura, come detto, è rispettosa del principio di buona fede interpretativa: risulterebbe, infatti, più che mai ingiusto ritenere irrilevante il consenso dell'adulto vittima di tratta con frode e violenza e, nel contempo, ritenere rilevante il consenso del minore vittima di una tratta posta in essere senza ricorrere ai means di cui alla lettera a) dell'art. 3.

Il tutto, inoltre, senza tenere conto che, qualora si ritenesse che l'assenza di frode, minaccia o uso della forza sul minore implicassero la rilevanza del consenso dello stesso, non si capirebbe in che misura e con quali effetti tale consenso rilevarebbe, oltre che come causa di giustificazione dell'autore della condotta.

Alla luce di tali considerazioni, si può ritenere che l'elemento consenso è un indizio rilevante per distinguere tra *trafficking* e *smuggling*, ma non può essere considerato come un elemento di distinzione forte tra le due fattispecie delittuose. Ciò perché mentre – lo si è visto – l'assenza di consenso è elemento costitutivo del fatto tipico di reato di *smuggling*, la fattispecie incriminatrice del reato di *trafficking* prevede che il consenso della vittima possa esserci come no: semplicemente, esso è irrilevante ai fini dell'integrazione del reato e della punibilità del reo.

Si è dimostrato come sia l'elemento della transnazionalità sia l'elemento del consenso siano dei semplici indizi, utili ma non decisivi per capire se ci si trova in presenza di un reato di *trafficking* o in presenza di un reato di *smuggling*.

Non resta, ora, che analizzare l'ultimo elemento discriminante, ossia l'elemento *exploitation* – sfruttamento.

Si è precedentemente sottolineato come in dottrina l'elemento *exploitation* sia considerato un elemento discriminante tra il reato di tratta e quello di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina, dal momento che nel primo caso “[t]he relationship between traffickers and their victims involves ongoing exploitation of the victims to generate profit for the traffickers”⁽¹⁸⁸⁾, mentre nel secondo caso “[t]he relationship between the smuggler and the migrant is a commercial transaction which usually ends after the border crossing”⁽¹⁸⁹⁾.

Tale rilevazione sembra essere corretta, al punto che si può affermare che il vero elemento forte di distinguo tra il reato di tratta e il reato di *smuggling* è proprio l'*exploitation* oggetto del dolo specifico del reato di *smuggling* e di *trafficking*.

⁽¹⁸⁸⁾ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Toolkit to Combat Trafficking in Persons...cit.* p.5.

⁽¹⁸⁹⁾ UNITED NATIONS OFFICE ON DRUGS AND CRIME, *Toolkit to Combat Trafficking in Persons...cit.* p.4.

Certo, parlare di *exploitation* in relazione al reato di *smuggling* non sembra essere corretto, dal momento che il *Protocollo anti-smuggling* fa piuttosto riferimento a “financial or other material benefit”, con una locuzione che allude, per l’appunto, ad un “prezzo” pagato dal migrante all’autore del reato, controprestazione per aver procurato l’ingresso illegale nel territorio di uno Stato.

Un concetto, quest’ultimo, totalmente diverso dallo sfruttamento cui sono sottoposte le vittime di *trafficking*, uno sfruttamento che “shall include, at a minimum, the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs” ⁽¹⁹⁰⁾.

Si può quindi concludere che, mentre l’oggetto del dolo specifico del reato di *smuggling* è il pagamento, da parte della vittima, di una somma denaro o di un altro “material benefit”, un’azione quasi “istantanea”, l’oggetto del dolo specifico del reato di tratta è un’attività di sfruttamento che comporta un lungo e continuato assoggettamento della vittima al volere dello sfruttatore (in alcuni casi potrà essere il trafficante, in altri casi anche un soggetto che non ha materialmente partecipato alla tratta).

Si tratta di un elemento che permette di distinguere le due fattispecie in maniera chiara e netta.

Dopo aver tracciato le linee distintive tra il crimine di *trafficking* e il crimine di *smuggling*, non resta che analizzare nello specifico le criticità sollevate dalla definizione del crimine di tratta di esseri umani.

Il riferimento va all’utilizzo di due termini del *Protocollo anti-tratta*, rientranti nella locuzione “harbouring or receipt of persons”.

Come si è sottolineato in dottrina ⁽¹⁹¹⁾, l’introduzione di questi due termini nella definizione di tratta di esseri umani ha aperto la strada ad una duplice via interpretativa.

⁽¹⁹⁰⁾ *Protocollo anti-trafficking*, art. 3 lettera a).

⁽¹⁹¹⁾ A. T. GALLAGHER, *The International Law... cit.* p. 29 e ss.

In primo luogo, sarebbe possibile ritenere che, tramite l'introduzione della summenzionata locuzione, il *Protocollo anti-trafficking* abbia esteso l'ambito di applicazione del reato di tratta anche a coloro che non hanno preso parte allo spostamento materiale della vittima ma, una volta che questa è stata portata a destinazione con le modalità e i mezzi fraudolenti descritti dal Protocollo ⁽¹⁹²⁾, ne limitano la libertà al fine di sfruttamento (*exploitation*). Il che equivale ad affermare che sarebbe giuridicamente configurabile come tratta di esseri umani la condotta di chi *pur non avendo concorso in alcun modo allo spostamento preliminare della vittima*, “nasconde” o “fornisce alloggio” ad un soggetto con minaccia della violenza, uso della stessa o mezzi fraudolenti, *for the purpose of exploitation*.

Una tale interpretazione, come sottolineato anche in dottrina ⁽¹⁹³⁾, sembra essere inaccoglibile per una serie di ragioni.

In primo luogo, stante il fatto che, giova ripeterlo, la condotta di “harbouring or receipt of persons” non presuppone un precedente coinvolgimento del reo nello spostamento materiale della vittima, non si comprende se il soggetto che “ospita” o “accoglie” sia punibile solamente se a conoscenza del fatto che le vittime “provengono” da una precedente tratta, o anche qualora ignori totalmente il loro progresso.

Nel primo caso, la conoscenza della “provenienza” delle vittime opererebbe come una condizione obiettiva di punibilità.

Nella seconda ipotesi, invece, ci si troverebbe di fronte ad una responsabilità oggettiva dell'autore della condotta di *harbouring*, responsabilità che, secondo quello che può essere considerato un principio generale di diritto ormai radicato anche nello Statuto della ICC ⁽¹⁹⁴⁾, non può trovare spazio, in quanto illegittima, in un sistema penale.

⁽¹⁹²⁾ O anche senza il ricorso ai *means* indicati, qualora la vittima sia un minore.

⁽¹⁹³⁾ A. T. GALLAGHER, *The International Law... cit.* p. 31, dove l'Autrice sottolinea che non vi sono, nei lavori preparatori del Protocollo, elementi che possano dare concretamente adito ad una simile interpretazione dei termini in esame.

⁽¹⁹⁴⁾ In merito v. G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale...cit.* p. 323, dove gli Autori fanno notare come l'esclusione di forme automatiche ed oggettive di imputazione della responsabilità derivi dall'art. 30 dello Statuto della ICC, che, rubricato *mental*

Un ulteriore elemento di debolezza di questa prima via interpretativa della locuzione “harbouring or receipt of persons” consiste nel fatto che essa si concreterebbe in un’interpretazione estensiva *in malam partem*.

In tal senso, e per questi motivi, tale accezione della locuzione in esame non può essere accolta.

È quindi preferibile ritenere che l’introduzione dei termini *harbouring* e *receipt* (frutto di una tecnica di redazione del Procollo giuridicamente discutibile) sia volta a dare rilevanza alla condotta di chi “ospita” o “accoglie” *vittime di tratta in corso di tratta, consapevole del fatto che i soggetti ospitati sono, appunto, trafficked persons*.

Detto altrimenti, i termini in questione altro non sarebbero che delle enfattizzazioni (ridondanti e foriere di equivoci interpretativi) della necessità di sanzionare quella che altro non è che una condotta concorsuale.

Tale conclusione porta con sé un’importante conseguenza, ossia quella di imperniare la definizione di tratta di esseri umani attorno all’elemento *trasferimento – spaziale*.

Detto in altri termini, si è sottolineato come la definizione di tratta di esseri umani sia solitamente scorporata in 3 elementi: *the act, the means* e *the purpose* ⁽¹⁹⁵⁾.

Il *purpose* altro non è che il dolo specifico di reato, la cui realizzazione concreta non è necessaria per l’integrazione del fatto tipico.

element, recita: “[u]nless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge. 2. For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events. 3. For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. “Know” and “knowingly” shall be construed accordingly.”

⁽¹⁹⁵⁾ Si tratta di una tripartizione assai diffusa in dottrina. Si veda, ad esempio, P. FUSSEY, P. RAWLINSON, *Child Trafficking in the EU: Policing and Protecting Europe’s Most Vulnerable*, Routledge, 2007; DAVID P FORSYTHE, *Encyclopedia of Human Rights, Volume 1*, OUP USA, 2009, p.495; J. ALLAIN, *The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation*, BRILL, 2015, p.223; D. SIEGEL, H. BUNT, D. ZAITCH, *Global Organized Crime: Trends and Developments*, Springer Science & Business Media, 2012, p.86.

The means implica le modalità di integrazione della condotta, modalità che sono irrilevanti nel caso in cui la vittima sia di età inferiore ai 18 anni.

Da ultima, la condotta *-the act-* consiste, come si è visto, in “the recruitment, transportation, transfer, harbouring or receipt of persons”: le azioni di *recruitment*, *transportation* e *transfer* implicano inequivocabilmente un trasferimento spaziale della vittima.

Interpretare la locuzione *harbouring or receipt of persons* come una condotta di concorso nel trasferimento della persona trafficata porta a concludere che *non può esistere una tratta senza un trasferimento nello spazio e non necessariamente cross-border della vittima*.

Inoltre, si deve ricordare come, dal momento che il *Protocollo anti-trafficking* è allegato alla *Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale*, esso si applica solamente qualora la forma delittuosa sia stata commessa in forma associativa.

Ciò a mente dell’art. 1 del *Protocollo anti-trafficking*, che, rubricato “[r]elation with the United Nations Convention against Transnational Organized Crime”, recita: “1. This Protocol supplements the United Nations Convention against Transnational Organized Crime. It shall be interpreted together with the Convention. 2. The provisions of the Convention shall apply, mutatis mutandis, to this Protocol unless otherwise provided herein. 3. The offences established in accordance with article 5 of this Protocol shall be regarded as offences established in accordance with the Convention”, e dell’art. 4 (“[s]cope of application”), che recita “[t]his Protocol shall apply, except as otherwise stated herein, to the prevention, investigation and prosecution of the offences established in accordance with article 5 of this Protocol, *where those offences* are transnational in nature and *involve an organized criminal group, as well as to the protection of victims of such offences*” (corsivo aggiunto).

Al riguardo, si può notare come la parte dell’art. 4 che recita “*where those offences* are transnational in nature” sembrerebbe contrastare con quanto precedentemente affermato circa la natura non essenzialmente transnazionale della tratta.

A tale obiezione si può replicare sottolineando come l'elemento della transnazionalità ivi richiesto non fa necessariamente riferimento alla specifica condotta di reato, ma piuttosto alle circostanze generali di commissione del crimine. In altre parole, la locuzione di cui all'art. 4 non deve essere letta *strictu sensu* come parte della fattispecie incriminatrice, tale da aggiungere alla condotta di cui all'art. 3 un elemento ulteriore, quello della transnazionalità del trasferimento, ma piuttosto come una condizione di applicazione del Protocollo, che per l'appunto si applicherà qualora il reato sia caratterizzato da un qualche elemento di transnazionalità (da cui, appunto, l'espressione "transnational in nature").

Il Protocollo, quindi, potrà applicarsi anche nel caso di una tratta interna, a patto che gli autori del crimine appartengano ad uno Stato diverso da quello di nazionalità della vittima, o a quello di svolgimento materiale della tratta.

Da ultimo, non resta che sottolineare come il *Protocollo anti-trafficking* contiene disposizioni in materia di tutela delle vittime di tratta, cooperazione tra Stati e rimpatrio delle vittime di tratta di persone.

Nel dettaglio, l'art. 5, rubricato "[c]riminalization", prevede l'obbligo per gli Stati ratificanti di sanzionare penalmente le condotte di cui all'art. 3, qualora esse siano state commesse intenzionalmente. Tale espressione ("when committed intentionally"), sembrerebbe quindi escludere la punibilità di un eventuale concorso colposo in delitto doloso di tratta. L'art. 5, inoltre, prevede l'obbligo per gli Stati di punire il tentativo e il concorso di tratta, nonché la direzione delle operazioni da parte di chi non è esecutore materiale del reato.

L'art. 6 prevede l'obbligo per gli Stati di adottare una serie di misure di assistenza alla vittima di tratta, quali ad esempio la messa a disposizione di alloggi adeguati per la durata del processo.

Da leggere in combinato disposto con l'art. 6, il comma 1 dell'art. 7 afferma che "[i]n addition to taking measures pursuant to article 6 of this Protocol, each State Party shall consider adopting legislative or other appropriate measures that permit

victims of trafficking in persons to remain in its territory, temporarily or permanently, in appropriate cases”.

L’art. 8 contiene disposizioni in merito al rimpatrio della vittima di tratta, mentre i capo III del Protocollo, formato dagli artt. da 9 a 13, contiene disposizioni in materia di prevenzione e cooperazione. Di particolare rilevanza l’art. 11 che, ai primi 3 commi, recita “[w]ithout prejudice to international commitments in relation to the free movement of people, States Parties shall strengthen, to the extent possible, such border controls as may be necessary to prevent and detect trafficking in persons. 2. Each State Party shall adopt legislative or other appropriate measures to prevent, to the extent possible, means of transport operated by commercial carriers from being used in the commission of offences established in accordance with article 5 of this Protocol. 3. Where appropriate, and without prejudice to applicable international conventions, such measures shall include establishing the obligation of commercial carriers, including any transportation company or the owner or operator of any means of transport, to ascertain that all passengers are in possession of the travel documents required for entry into the receiving State”.

L’art. 15, compreso nelle disposizioni finali, prevede che le eventuali dispute in merito all’interpretazione del Protocollo debbano essere risolte tramite negoziato. In caso di fallimento del tentativo di negoziato, si dovrà procedere ad arbitrato. Qualora non si riesca a giungere ad un accordo in merito all’organizzazione dell’arbitrato, le Parti dovranno deferire la causa alla CIG. Il comma 3 del medesimo articolo, infine, afferma che “[e]ach State Party may, at the time of signature, ratification, acceptance or approval of or accession to this Protocol, declare that it does not consider itself bound by paragraph 2 of this article. The other States Parties shall not be bound by paragraph 2 of this article with respect to any State Party that has made such a reservation”.

Gli artt. da 16 a 20, infine, contengono disposizioni in merito a firma, ratifica, entrata in vigore, possibilità di emendamento, denuncia, depositario e lingue ufficiali.

CAPITOLO II

LA DEFINIZIONE DI TRATTA DI ESSERI UMANI NEL DIRITTO INTERNAZIONALE REGIONALE

1. La definizione di tratta di esseri umani nel diritto internazionale dell'OAS (*Organizations of American States*) e della SAARC (*South Asian Association for Regional Cooperation*) – cenni

La Convenzione interamericana sui diritti umani, del 1969 ⁽¹⁹⁶⁾, statuisce, all'art. 6 par. 1, che “no one shall be subject to slavery or to involuntary servitude, which are prohibited in all their forms, as are the slave trade and traffic in women”.

Una definizione di tratta minorile può essere trovata anche nella Convenzione interamericana sulla tratta di minori, del 1995 ⁽¹⁹⁷⁾, la quale, nel preambolo, richiama l'attenzione proprio sulla problematica della tratta di minori, affermando che “international traffic in minors is a universal concern”.

La tratta di minori viene definita all'art. 2 lettera b, dove si afferma che “[i]nternational traffic in minors’ means the abduction, removal or retention, or attempted abduction, removal or retention, of a minor for unlawful purposes or by unlawful means”.

La Convenzione interamericana sulla prevenzione, punizione e sradicamento della violenza contro le donne, del 1995, adottata a Belem do Para, Brasile, il 9 giugno 1994 ed entrata in vigore il 5 marzo 1995, non si focalizza, invece, sulla tratta, né tantomeno ne prevede una definizione, limitandosi a chiarire, all'art. 2 par. b), che ai fini dell'applicazione della Convenzione stessa, la violenza contro le donne include la violenza fisica, sessuale e psicologica “that occurs in the community

⁽¹⁹⁶⁾ Adottata a San Josè, in Costa Rica, il 22 settembre 1969 ed entrata in vigore il 18 luglio 1978.

⁽¹⁹⁷⁾ Adottata il 18 marzo 1994, durante la quinta *Inter-American Specialized Conference on Private International Law*.

and is perpetrated by any person, including, among others...*trafficking in persons*" (corsivo aggiunto).

Diversamente, la Convenzione SAARC sulla prevenzione del traffico di donne e di minori a scopo di prostituzione, del 2002, ⁽¹⁹⁸⁾ definisce il reato di tratta di esseri umani all'art. 1 punto 3), come "the moving, selling or buying of women and children for prostitution within and outside a country for monetary or other considerations with or without the consent of the person subjected to trafficking". Da notare, inoltre, come lo strumento in commento definisca anche la nozione di *traffickers* ("persons, agencies or institutions engaged in any form of trafficking") e di *persons subjected to trafficking* ("women and children victimised or forced into prostitution by the traffickers by deception, threat, coercion, kidnapping, sale, fraudulent marriage, child marriage, or any other unlawful means").

2. La definizione di tratta di esseri umani nel diritto dell'Unione europea. In particolare: un focus sulla direttiva 2011/36/UE

Prima di analizzare nello specifico la direttiva in commento, è opportuno effettuare una panoramica generale sugli strumenti precedenti la direttiva 2011/36/UE. Il *Protocollo anti-trafficking* delle Nazioni Unite ha avuto un'influenza notevole sulla decisione quadro 2002/629/GAI ⁽¹⁹⁹⁾, la quale definisce il reato di tratta come "the recruitment, transportation, transfer, harbouring, subsequent reception of a person, including exchange or transfer of control over that person, where: (a) use is made of coercion, force or threat, including abduction, or (b) use is made of deceit or fraud, or (c) there is an abuse of authority or of a position of vulnerability, which is such that the person has no real and acceptable alternative but to submit to the abuse involved, or (d) payments or benefits are given or received to achieve the consent of a person having control over another person for the purpose of

⁽¹⁹⁸⁾ Adottata a Kathmandu il 5 gennaio 2002 in seno alla *South Asian Association for Regional Cooperation*.

⁽¹⁹⁹⁾ Adottata il 19 luglio 2002 e reperibile all'indirizzo internet <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32002F0629>.

exploitation of that person's labour or services, including at least forced or compulsory labour or services, slavery or practices similar to slavery or servitude, or for the purpose of the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, including in pornography”.

La critica principale che è stata mossa a tale decisione quadro la vedeva carente sotto il profilo della tutela delle vittime.

Lo strumento in questione, infatti, si limitava a prevedere misure di assistenza alle famiglie in caso di coinvolgimento di minori (art. 7 par. 3).

Per il resto, si focalizzava sulle finalità repressive, prevedendo l'irrelevanza della scriminante del consenso della vittima (art. 1 par. 2), la procedibilità d'ufficio del reato (art.7 par. 1), l'obbligo per gli Stati di punire adeguatamente istigazione, favoreggiamento e concorso nella tratta (art. 2) nonché un aspro corredo sanzionatorio (art. 3). Agli artt. 4 e 5 si prevedeva, inoltre, l'obbligo per gli Stati di dotarsi di un adeguato quadro sanzionatorio nei confronti delle persone giuridiche in caso di reato commesso nel loro interesse da soggetti apicali appartenenti alle stesse.

Sotto il profilo della giurisdizione, infine, l'art. 6 prevedeva l'obbligo di procedere per lo Stato sul cui territorio si fosse consumato il reato, nonché nel caso di reato commesso da un proprio cittadino o da un cittadino straniero nell'interesse di una persona giuridica con sede sul territorio statale.

Proprio per colmare la lacuna relativa alla tutela delle vittime di tratta ed incentivare il profilo collaborativo delle stesse, è stata adottata la direttiva 2004/81/CE ⁽²⁰⁰⁾, volta a stabilire le condizioni per il rilascio di un permesso di soggiorno a titolo temporaneo a vantaggio degli stranieri vittime di *smuggling* o *trafficking* che abbiano collaborato con le locali autorità nello svolgimento delle indagini e del processo.

⁽²⁰⁰⁾ Adottata il 29 Aprile 2004.

Il regime delineato dalla decisione quadro 2002/629/GAI è divenuto obsoleto a seguito dell'emanazione della direttiva 2011/36/UE che è la prima direttiva in materia di cooperazione giudiziaria penale adottata dopo il trattato di Lisbona.

A livello definitorio, la direttiva non si discosta dalla precedente fonte in materia, enunciando all'art. 2 una definizione che, salvo differenza formali, riprende fedelmente il dettato dell'art. 1 della precedente decisione quadro. Il reato di tratta viene infatti delineato come “[t]he recruitment, transportation, transfer, harbouring or reception of persons, including the exchange or transfer of control over those persons, by means of the threat or use of force or other forms of coercion, of abduction, of fraud, of deception, of the abuse of power or of a position of vulnerability or of the giving or receiving of payments or benefits to achieve the consent of a person having control over another person, for the purpose of exploitation”.

Sempre all'art. 2 si prevede l'irrelevanza della scriminante del consenso del soggetto passivo a fronte dell'uso di violenza, minaccia, inganno o frode.

Un'importante novità è data dall'inasprimento dei massimi sanzionatori (art. 4 par. 2): attualmente il reato di tratta dovrà essere punito con una pena massima di 5 anni di reclusione, 10 anni in caso in cui il reato sia stato commesso ponendo in pericolo la vita del migrante, con violenza, su minori, arrecando un grave danno alla vittima. La pena è aumentata anche qualora il reato sia stato commesso da un'associazione a delinquere.

Da notare come, a mente della precedente decisione quadro, il massimo edittale in presenza di tratta semplice era rimesso alla discrezionalità dello Stato, mentre a fronte di circostanze aggravanti si prevedeva una pena di massimo 8 anni.

Se le discipline relative alla perseguibilità d'ufficio del reato (art. 9) ed alla giurisdizione (art. 10) sono sostanzialmente molto simili a quelle previste dalla decisione quadro del 2002, i principali profili di novità della direttiva del 2011 sulla tratta si riscontrano in materia di assistenza e sostegno delle vittime di tratta (artt. 11-17).

Si prevede, in particolare, che le misure di assistenza e sostegno siano concesse prima, durante e dopo il procedimento penale, su base consensuale e informata e non siano subordinate alla volontà della vittima di collaborare.

Le misure di sostegno, inoltre, devono essere erogate tenendo conto delle diverse esigenze della vittima del reato (o presunta tale).

Si prevede, inoltre, la gratuità del patrocinio legale nel caso in cui (come spesso avviene) la vittima non disponga dei mezzi economici sufficienti per poter retribuire il proprio rappresentante legale.

Sempre in un'ottica di tutela della vittima finalizzata ad evitare alla stessa lo stress da dibattimento, si prevede, poi, l'obbligo per gli Stati di evitare, in quanto possibile, il contatto tra vittima ed imputato, le domande non necessarie sulla vita privata della vittima, la ripetizione non necessaria di audizioni durante il procedimento penale, la pubblicità delle udienze.

Particolare attenzione, inoltre, è dedicata alla figura della vittima minorenni, con l'introduzione della regola *in dubio pro minore aetate*, la previsione della nomina di un tutore qualora, in virtù del diritto nazionale, un conflitto di interessi tra il minore e i titolari della responsabilità genitoriale impedisca a questi ultimi di assicurare l'interesse superiore del minore e/o di rappresentare il minore stesso, nonché la previsione di particolari precauzioni processuali per evitare al minore un trauma da processo.

Rilevante, inoltre, è la previsione contenuta nell'articolo 17, che afferma che gli Stati membri devono provvedere affinché le vittime della tratta di esseri umani abbiano accesso ai sistemi vigenti di risarcimento delle vittime di reati dolosi violenti.

In un'ottica di prevenzione si pone poi l'art. 18, che prevede l'impegno da parte degli Stati a scoraggiare la domanda di immigrazione illegale, mediante campagne di sensibilizzazione e istruzione.

Sempre in un'ottica preventiva, infine, si prevede la possibilità di adottare misure che dispongano che costituisca reato la condotta di chi ricorre consapevolmente ai servizi, oggetto dello sfruttamento di cui all'art. 2, prestati da una persona che è vittima di uno dei reati di cui al medesimo articolo.

Il testo della direttiva 2011/36/UE, nonostante sia apprezzabile sotto numerosi profili, non da ultimi quelli relativi alla tutela delle vittime ed alle misure di prevenzione, non è esente da critiche e dubbi interpretativi.

Una delle principali perplessità che ha suscitato il menzionato strumento riguarda il significato da attribuire ai due termini di cui all'art. 2 par. 1 "harbouring or reception".

Ne è risultata una fattispecie delittuosa che sanziona "il reclutamento, il trasporto, il trasferimento, *l'alloggio o l'accoglienza* di persone [...]" (corsivo aggiunto).

Si tratta di un problema interpretativo simile a quello già affrontato analizzando il *Protocollo anti-trafficking*, che tuttavia presenta alcuni tratti peculiari.

Nello specifico, infatti, la questione relativa all'interpretazione dei termini in esame dovrà essere risolta tenendo presente l'esistenza della previsione di cui all'art. 18 par. 4, precedentemente citata⁽²⁰¹⁾ e di quanto disposto dall'art. 3, che, rubricato "[i]ncitement, aiding and abetting, and attempt", afferma che "[m]ember States shall take the necessary measures to ensure that inciting, aiding and abetting or attempting to commit an offence referred to in Article 2 is punishable".

⁽²⁰¹⁾ Per completezza espositiva, si riporta il testo dell'art. 18, che prevede, ai primi tre paragrafi, che "1. [m]ember States shall take appropriate measures, such as education and training, to discourage and reduce the demand that fosters all forms of exploitation related to trafficking in human beings. 2. Member States shall take appropriate action, including through the Internet, such as information and awareness- raising campaigns, research and education programmes, where appropriate in cooperation with relevant civil society organisations and other stakeholders, aimed at raising awareness and reducing the risk of people, especially children, becoming victims of trafficking in human beings. 3. Member States shall promote regular training for officials likely to come into contact with victims or potential victims of trafficking in human beings, including front-line police officers, aimed at enabling them to identify and deal with victims and potential victims of trafficking in human beings".

Il paragrafo 4, fondamentale ai fini della risoluzione della questione interpretativa oggetto di trattazione, recita invece "4. [i]n order to make the preventing and combating of trafficking in human beings more effective by discouraging demand, *Member States shall consider taking measures to establish as a criminal offence the use of services which are the objects of exploitation as referred to in Article 2, with the knowledge that the person is a victim of an offence referred to in Article 2*" (corsivo aggiunto). Connesso all'articolo in questione, l'art. 23, par. 2, ha previsto che entro il 6 aprile 2016, la Commissione dovesse presentare al Parlamento europeo e al Consiglio una relazione sull'impatto sulla prevenzione della tratta di esseri umani, della legislazione nazionale vigente, che incriminasse l'utilizzo di servizi oggetto dello sfruttamento legato alla tratta.

In primo luogo, si potrebbe ritenere che tramite l'introduzione della locuzione "harbouring or reception", la direttiva abbia inteso includere nella definizione di tratta anche la condotta di chi, pur non partecipando attivamente all'atto materiale di trasporto del soggetto vittima di tratta, usufruisca delle sue prestazioni, consapevole o non del fatto che la vittima sia stata precedentemente oggetto di tratta.

Come facilmente intuibile, e come sottolineato in dottrina ⁽²⁰²⁾, la prima interpretazione or ora esposta non può essere accolta.

Tale via interpretativa, infatti, porterebbe inevitabilmente ad un *empasse* giuridico, ad una contraddizione interna alla direttiva in esame, alla luce di quanto affermato dal succitato art. 18, par. 4, che prevede appunto la mera *facoltà* (e non quindi l'obbligo) per gli Stati di sanzionare la condotta di chi ricorre ai servizi prestati da una persona vittima di tratta.

Non avrebbe, in altri termini, alcun senso prevedere che lo sfruttamento delle prestazioni fornite dalla persona vittima di *trafficking* sia considerabile *per se* tratta di esseri umani, con conseguente obbligo sanzionatorio gravante in capo agli Stati ex art. 2, par. 1, per poi statuire, all'art. 18, la mera possibilità per gli Stati di valutare la possibilità di sanzionare la condotta dello sfruttatore dei servizi delle vittime.

Risulta quindi evidente come le condotte di *harbouring and reception* facciano riferimento a coloro i quali, durante lo spostamento materiale della vittima, offrono alla stessa alloggio o accoglienza, ponendo così in essere una condotta che è parte integrante del disegno criminoso di tratta.

In ossequio, quindi, al principio di tassatività e determinatezza, la direttiva in questione contiene una fattispecie incriminatrice ad alto tasso di dettaglio.

Certo, si potrebbe discutere della bontà di tale tecnica legislativa che, in ultima analisi, ha introdotto due termini forieri delle ambiguità interpretative appena

⁽²⁰²⁾ Si veda, ad esempio, M.VENTUROLI, "La direttiva 2011/36/UE: uno strumento 'completo' per contrastare la tratta sugli esseri umani", in S. FORLATI (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani... cit.* p. 52, dove l'Autore afferma che, nonostante la domanda delle prestazioni oggetto del dolo specifico di sfruttamento incentivi fortemente il fenomeno della tratta, la direttiva non ha previsto "l'incriminazione della condotta di sfruttamento delle suddette prestazioni".

evidenziate per sanzionare delle condotte ⁽²⁰³⁾ che sarebbero comunque ricadute sotto l'“ombrello” dell'art. 3 in quanto fattispecie concorsuali.

L'ultima questione che resta da analizzare in merito alla direttiva 2011/36/UE riguarda la sua base giuridica, ossia la norma del Trattato che stabilisce la competenza e le modalità di adozione della stessa da parte degli organi dell'Unione europea ⁽²⁰⁴⁾.

Con riguardo alla base giuridica indicata dalla direttiva 2011/36/UE, il riferimento è agli articoli 82, paragrafo 2, lettera c TFUE ⁽²⁰⁵⁾ e 83 paragrafo 1 TFUE ⁽²⁰⁶⁾, articoli che fanno riferimento alla cooperazione giudiziaria in materia penale.

⁽²⁰³⁾ Quelle consistenti nel fornire alloggio e accoglienza alle vittime di tratta con la coscienza e la volontà di partecipare al disegno criminoso dei trafficanti.

⁽²⁰⁴⁾ G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, CEDAM, 2013, p.152. Si ricorda come l'art. 2 par. 6 del TFUE afferma che “la portata e le modalità d'esercizio delle competenze dell'Unione sono determinate dalle disposizioni dei trattati relative a ciascun settore”.

La scelta della base giuridica deve essere effettuata tenendo conto di elementi oggettivi, quali l'oggetto e lo scopo dell'atto. Nel caso in cui il singolo atto presenti più scopi o una pluralità di oggetti, allora si dovrà in primo luogo ricorrere al criterio della prevalenza. Qualora non sia possibile individuare l'oggetto o la finalità prevalente, l'atto dovrà essere adottato sulla base di una pluralità di basi giuridiche, qualora prevedano procedure tra loro compatibili. Nel caso in cui, invece, le procedure non risultino essere compatibili, si dovrà ricorrere alla base giuridica che prevede il maggior coinvolgimento delle Istituzioni. In merito v. Parlamento c. Consiglio, C-164 e 165/97, punto 12; Commissione c. Consiglio, C-269-97, punto 43 e ss.; Commissione c. Consiglio, C-338/01, punto 54; Commissione c. Consiglio, C-155/91, punti 20,21; Commissione c. Consiglio, C-300/89, punto 16 e ss.; Paesi Bassi c. Parlamento e Consiglio, C-377/98, punti 27-29, riferimenti in G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea...cit.* pp. 152 e 153, note 198 e 199.

⁽²⁰⁵⁾ *“To the extent necessary to facilitate mutual recognition of judgments and judicial decisions and police and judicial cooperation in criminal matters having a cross-border dimension, the European Parliament and the Council may, by means of directives adopted in accordance with the ordinary legislative procedure, establish minimum rules. Such rules shall take into account the differences between the legal traditions and systems of the Member States. They shall concern: (a) mutual admissibility of evidence between Member States; (b) the rights of individuals in criminal procedure; (c) the rights of victims of crime; (d) any other specific aspects of criminal procedure which the Council has identified in advance by a decision; for the adoption of such a decision, the Council shall act unanimously after obtaining the consent of the European Parliament. Adoption of the minimum rules referred to in this paragraph shall not prevent Member States from maintaining or introducing a higher level of protection for individuals”* (corsivo aggiunto).

⁽²⁰⁶⁾ *“The European Parliament and the Council may, by means of directives adopted in accordance with the ordinary legislative procedure, establish minimum rules concerning the definition of criminal offences and sanctions in the areas of particularly serious crime with a cross-border dimension resulting from the nature or impact of such offences or from a special need to combat them on a common basis. These areas of crime are the following: terrorism, trafficking in human beings and sexual exploitation of women and children, illicit drug trafficking, illicit arms trafficking, money laundering, corruption, counterfeiting of means of payment, computer crime*

Al riguardo, tuttavia, le commissioni FEMM (commissione sui diritti della donna ed uguaglianza di genere) e LIBE (commissione sulle libertà civili, giustizia e affari interni), proponevano che, oltre alle summenzionate basi giuridiche, si inserisse il riferimento alla base giuridica ex articolo 79 paragrafo 2 lettera d TFUE ⁽²⁰⁷⁾, che fa espressamente riferimento alla possibilità di adottare, nell'ambito della politica comune dell'immigrazione, misure volte a debellare il fenomeno della tratta di esseri umani ⁽²⁰⁸⁾.

Un inserimento di tale articolo come base giuridica, a ben vedere, avrebbe avuto, più che fini pratici rilevanti, una valenza di principio.

Entrambe le basi giuridiche, infatti, prevedono che gli atti debbano essere adottati secondo la procedura legislativa ordinaria.

and organised crime. On the basis of developments in crime, the Council may adopt a decision identifying other areas of crime that meet the criteria specified in this paragraph. It shall act unanimously after obtaining the consent of the European Parliament” (corsivo aggiunto).

⁽²⁰⁷⁾ “For the purposes of paragraph 1, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt measures in the following areas: [...] (d) combating trafficking in persons, in particular women and children”.

⁽²⁰⁸⁾ In argomento v. C. GABRIELLI, “La direttiva sulla tratta di esseri umani tra cooperazione giudiziaria, penale, contrasto all’immigrazione illegale e tutela dei diritti”, in *Studi sull’integrazione europea*, 3/2011, p. 614 e ss.

CAPITOLO III

TRATTA DI ESSERI UMANI E FAVOREGGIAMENTO DELL'IMMIGRAZIONE

CLANDESTINA NEL DIRITTO PENALE ITALIANO

1. La definizione dei reati data dall'art. 12 del testo unico sull'immigrazione e dall'art.601 c.p.

L'art. 12 del testo unico sull'immigrazione definisce il reato di *smuggling* al comma 1, affermando che “[s]alvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da uno a cinque anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona”.

Tale definizione, come sottolineato in dottrina ⁽²⁰⁹⁾, è frutto della forte influenza esercitata dal Protocollo di Palermo.

Nella versione iniziale del testo legislativo, infatti, l'unica condotta punibile era quella volta a procurare l'ingresso illegale di migranti nel territorio italiano, rimanendo non punibile sia la condotta di colui che favorisce il transito illegale di un migrante sul territorio italiano, transito finalizzato poi all'ingresso illegittimo in un altro Stato, sia la condotta di colui che favorisce l'ingresso illegittimo in un altro Stato, ingresso di un soggetto che legittimamente si trova sul territorio italiano.

Tali condotte sono, invece, allo stato attuale del diritto, sanzionabili grazie alle modifiche apportate al testo originario del testo unico da parte del d.l. 241 del 14 settembre 2004, convertito in legge 271 del 2004.

⁽²⁰⁹⁾ E.ROSI, *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto penale italiano*, in G.PALMISANO (a cura di) *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Giuffrè, 2008.

In merito alla definizione di tratta di esseri umani, invece, il riferimento di diritto positivo italiano è all'art. 601 c.p., che afferma: “[è] punito con la reclusione da otto a venti anni chiunque recluta, introduce nel territorio dello Stato, trasferisce anche al di fuori di esso, trasporta, cede l'autorità sulla persona, ospita una o più persone che si trovano nelle condizioni di cui all'articolo 600, ovvero, realizza le stesse condotte su una o più persone, mediante inganno, violenza, minaccia, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica, psichica o di necessità, o mediante promessa o dazione di denaro o di altri vantaggi alla persona che su di essa ha autorità, al fine di indurle o costringerle a prestazioni lavorative, sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportano lo sfruttamento o a sottoporsi al prelievo di organi.

Alla stessa pena soggiace chiunque, anche al di fuori delle modalità di cui al primo comma, realizza le condotte ivi previste nei confronti di persona minore di età.

La pena per il comandante o l'ufficiale della nave nazionale o straniera, che commette alcuno dei fatti previsti dal primo o dal secondo comma o vi concorre, è aumentata fino a un terzo.

Il componente dell'equipaggio di nave nazionale o straniera destinata, prima della partenza o in corso di navigazione, alla tratta è punito, ancorché non sia stato compiuto alcun fatto previsto dal primo o dal secondo comma o di commercio di schiavi, con la reclusione da tre a dieci anni”.

Ancora una volta, l'influenza delle fonti internazionali in materia è assai evidente. Nello specifico, si nota come la definizione in questione riprenda fortemente sia la definizione contenuta nel *Protocollo anti-trafficking*, sia nella direttiva 2011/36/UE.

Tornando alla definizione del crimine di *trafficking* (o favoreggiamento dell'immigrazione clandestina) di cui all'art. 12 del testo unico sull'immigrazione, si può notare come tale reato sia per sua natura un reato a consumazione anticipata, avendo il legislatore previsto la punibilità di condotte già di per sé prodromiche all'*eventus criminis*. Non sarà, per ciò, configurabile il tentativo, essendo il tentativo già equiparato ad un reato consumato dal testo di legge.

Il secondo comma dell'art. 12 del testo unico in esame prevede una scriminante ulteriore rispetto a quelle già previste dal c.p.

Non è infatti punibile la condotta di colui che ha commesso il fatto per esigenze umanitarie (“[f]ermo restando quanto previsto dall'articolo 54 del codice penale, non costituiscono reato le attività di soccorso e assistenza umanitaria prestate in Italia nei confronti degli stranieri in condizioni di bisogno comunque presenti nel territorio dello Stato”).

Si tratta, a ben vedere, di una disposizione ridondante, dal momento che la non punibilità di colui che pone in essere la condotta in esame motivata da attività di soccorso e assistenza umanitaria potrebbe senza dubbio essere ricondotta sotto l'egida della scriminante di cui all'art. 52 c.p. (legittima difesa) o 54 c.p. (stato di necessità).

Il crimine di *smuggling*, inoltre, si configura come un reato plurisoggettivo improprio: per la consumazione dello stesso, infatti, è necessario il concorso di almeno due persone (il favoreggiatore e il migrante, appunto), ma il migrante non è punibile penalmente per il mero ingresso illegale nello Stato italiano (o per le altre condotte integranti il crimine di *smuggling*, quali ad esempio, come ricordato, il transito nello Stato italiano al fine di entrare illegalmente in un altro Stato).

La *ratio* di tale previsione potrebbe ravvisarsi in un'esigenza di politica criminale consistente nella volontà di incentivare la denuncia degli *smugglers* da parte delle vittime (magari in presenza di condotte che, nella fenomenologia dei fatti, sfociano in episodi di tratta di esseri umani), vittime che sarebbero molto più restie ad esporsi di fronte alle autorità competenti qualora la propria confessione potesse portare ad una sanzione penale.

Si può inoltre notare come, secondo la giurisprudenza maggioritaria, il reato di *smuggling* risulti integrato anche in caso di ingresso legale finalizzato alla permanenza illegale.

Si può, in merito, citare cospicua giurisprudenza della Cassazione (Cass. Sez. VI, n. 9233 del 2005, Cass. Sez. I, n. 42985 del 2007, Cass. Sez. I, n. 23210 del 2004,

Cass. Sez. I, n. 45187 del 2004), che ha abbracciato questo orientamento, a fronte, invece, di una corrente minoritaria (Cass. Sez. I, n.40258 del 2004) che ritiene necessario, ai fini dell'integrazione del reato, un ingresso illegittimo.

Al riguardo, la Corte di Cassazione affrontando nell'appena citata sentenza n. 40258 del 2004 il caso di un soggetto che aveva trasportato in Italia cittadini extracomunitari muniti di regolare visto turistico, con il fine però di mantenerne il soggiorno sul territorio oltre i termini dal visto previsti, ha affermato che “è insussistente l'addebito di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina contestato a persona che aveva trasportato in Italia cittadini extracomunitari muniti di regolare visto turistico, sul rilievo che appariva meramente congetturale l'ipotesi di una permanenza degli stranieri nel nostro Paese oltre i limiti temporali indicati nel visto stesso. La condotta penalmente rilevante prevista dall'art. 12 commi primo e terzo, del d.lgs. 1988 n. 286 è esclusivamente quella intesa a favorire l'ingresso nel territorio dello Stato dello straniero in violazione delle norme del testo unico, cioè in assenza di valido documento legittimante l'ingresso o in presenza di documento ottenuto con artifici o in modo illecito e non anche quella di chi favorisce l'ingresso di persona munita di regolare visto, a nulla rilevando i progetti, le intenzioni o le speranze di quest'ultima, eventualmente difformi da quanto consentito dal visto”⁽²¹⁰⁾.

L'orientamento ora esposto, seppur minoritario rispetto alla linea della Cassazione, appare, ad avviso di chi scrive, preferibile, non tanto alla luce di politiche criminali e di esigenza repressiva, quanto piuttosto perché appare più rispettoso del divieto di interpretazione estensiva *in malam partem*.

L'art 12 comma 1 del testo unico in esame, infatti, sanziona la condotta di chiunque “promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l'ingresso nel territorio dello Stato”.

⁽²¹⁰⁾ In merito v. U. TERRACCIANO, O. LUPO, *Codice degli stranieri commentato. Testo unico dell'immigrazione spiegato articolo per articolo e annotato con la giurisprudenza*, Maggioli, 2011, p.317.

L'elemento consistente in un illecito trasporto *cross-border* della vittima, di conseguenza, sembra essere elemento integrante il fatto tipico di reato. E a nulla rileva il fatto che il legislatore abbia, come precedentemente sottolineato, voluto anticipare la punibilità al compimento di atti prodromici la condotta in esame: l'illicietà dell'ingresso, sia essa oggetto del dolo di reato o fine cui mira un atto preparatorio, resta *conditio sine qua non* per la punibilità del soggetto.

Un orientamento "estensivo" è stato adottato dalla Cassazione anche in materia di affermazione della giurisdizione italiana, avendo affermato la Corte la propria giurisdizione non solo in presenza di un materiale transito del migrante sul territorio dello Stato italiano, ma anche qualora siano stati effettuati, sul territorio dello Stato, atti preparatori o organizzativi dello spostamento, materialmente svoltosi sul territorio di altri Stati.

Per fare un esempio chiarificatore, il giudice italiano è dotato di giurisdizione in due casi.

Il primo caso è quello classico di un soggetto o un'organizzazione criminale che favorisce il transito o l'ingresso illegale di un migrante in territorio italiano.

E in tale caso, *nulla questio*.

E' tuttavia competente il giudice italiano anche qualora il migrante non entri nel territorio italiano, ma segua un iter differente attraverso altri Stati, a patto che il soggetto o l'organizzazione che ne favorisce il transito illegale compiano uno o più atti sul territorio italiano.

Si può, in merito, citare la Cass. Sez. I, n. 46994 del 2006, la Cass. Sez. I n. 5583 del 2004 o la Cass. Sez. I. n. 325 del 2002.

In quest'ultima sentenza, a titolo esemplificativo, la Corte ha affermato che "[s]ussiste la giurisdizione dell'Autorità giudiziaria italiana anche in ordine a delitti – naufragio e omicidio colposo plurimo verificatisi in acque internazionali come epilogo del reato di favoreggiamento dell'immigrazione clandestina scoperto in prossimità delle coste italiane dalla Guardia di Finanza – consumati esclusivamente in acque internazionali, allorchè essi siano in rapporto di connessione con i reati commessi nel mare territoriale per i quali sia stato

esercitato il cosiddetto ‘diritto di inseguimento’ previsto dall’art. 23 della Convenzione sull’alto mare di Ginevra del 29 aprile 1958, in forza del quale è consentito l’inseguimento di navi straniere, sempre che questo si sia iniziato nel mare territoriale dello Stato rivierasco o nella zona contigua, e si sia ininterrottamente protratto fino al fermo, allorchè vi sia fondato motivo, da parte dell’autorità di detto Stato, per ritenere che tali navi abbiano violato suoi regolamenti o leggi”⁽²¹¹⁾.

2. Ipotesi di concorso tra reati

Rilevanti in materia sono anche le disposizioni dei commi 3, 3 bis e 3 ter dell’art. 12 in commento.

Il comma 3 afferma che “[s]alvo che il fatto costituisca più grave reato, chiunque, in violazione delle disposizioni del presente testo unico, promuove, dirige, organizza, finanzia o effettua il trasporto di stranieri nel territorio dello Stato ovvero compie altri atti diretti a procurarne illegalmente l’ingresso nel territorio dello Stato, ovvero di altro Stato del quale la persona non è cittadina o non ha titolo di residenza permanente, è punito con la reclusione da cinque a quindici anni e con la multa di 15.000 euro per ogni persona nel caso in cui:

- a) il fatto riguarda l’ingresso o la permanenza illegale nel territorio dello Stato di cinque o più persone;
- b) la persona trasportata è stata esposta a pericolo per la sua vita o per la sua incolumità per procurarne l’ingresso o la permanenza illegale;
- c) la persona trasportata è stata sottoposta a trattamento inumano o degradante per procurarne l’ingresso o la permanenza illegale;
- d) il fatto è commesso da tre o più persone in concorso tra loro o utilizzando servizi internazionali di trasporto ovvero documenti contraffatti o alterati o comunque illegalmente ottenuti;
- e) gli autori del fatto hanno la disponibilità di armi o materie esplosive”.

⁽²¹¹⁾ U. TERRACCIANO, O. LUPO, *Codice degli stranieri commentato...cit.* p.326.

Proprio in relazione a tale comma, la Corte di Cassazione, in recentissima informazione provvisoria del 21 giugno 2018, ha ritenuto che «le fattispecie previste nell'art. 12, comma 3, d.lgs. n. 286 del 1998 configurano circostanze aggravanti del reato di pericolo di cui al comma 1 del medesimo articolo».

Il comma 3 bis prosegue con: “[s]e i fatti di cui al comma 3 sono commessi ricorrendo due o più delle ipotesi di cui alle lettere a), b), c), d) ed e) del medesimo comma, la pena ivi prevista è aumentata”.

Da ultimo, il comma 3 ter prevede che: “[l]a pena detentiva è aumentata da un terzo alla metà e si applica la multa di 25.000 euro per ogni persona se i fatti di cui ai commi 1 e 3:

- a) sono commessi al fine di reclutare persone da destinare alla prostituzione o comunque allo sfruttamento sessuale o lavorativo ovvero riguardano l'ingresso di minori da impiegare in attività illecite al fine di favorirne lo sfruttamento;*
- b) sono commessi al fine di trarne profitto, anche indiretto” (corsivo aggiunto).*

Proprio tale ultima previsione (frutto, ad avviso di chi scrive, di una tecnica legislativa non impeccabile) apre la porta a numerosi dubbi interpretativi in merito ad un possibile concorso con il crimine di tratta di cui al già menzionato art. 601 c.p.

Invero, riesce assai arduo individuare un ambito applicativo autonomo alla fattispecie di cui al comma 3 ter dell'art.12 del testo unico sull'immigrazione.

Grazie alla clausola di riserva “[s]alvo che il fatto costituisca più grave reato” di cui al comma 3 art. 12, infatti, la fattispecie (che a rigor di diritto si configura come un'aggravante, così come la fattispecie di cui al comma 3 bis) di cui al comma 3 ter è applicabile solamente in via residuale.

Trovare un ambito applicativo residuo non coperto dal crimine di tratta di esseri umani ex art. 601 c.p. risulta quantomai difficile.

La tratta di esseri umani, infatti, non presuppone (né come crimine transnazionale, né come crimine interno, né – come si dimostrerà nella seconda parte del presente lavoro – come crimine internazionale) necessariamente la riduzione in schiavitù

della vittima. Di conseguenza, non si può perorare la tesi che vedrebbe la fattispecie di cui all'art. 601 c.p. applicata in caso di tratta di schiavi, e la fattispecie di cui all'art 12 comma 3 ter del testo unico sull'immigrazione applicata in caso di trasporto e sfruttamento di una persona non reificata, ossia non ridotta in schiavitù (giòva ricordarlo, nell'ordinamento italiano il reato di riduzione in schiavitù si consuma mediante l'esercizio sulla vittima dei poteri inerenti al diritto di proprietà, a mente dell'art 600 c.p. che recita “[c]hiunque esercita su una persona poteri corrispondenti a quelli del diritto di proprietà ovvero chiunque riduce o mantiene una persona in uno stato di soggezione continuativa, costringendola a prestazioni lavorative o sessuali ovvero all'accattonaggio o comunque al compimento di attività illecite che ne comportino lo sfruttamento ovvero a sottoporsi al prelievo di organi, è punito con la reclusione da otto a venti anni).

La riduzione o il mantenimento nello stato di soggezione ha luogo quando la condotta è attuata mediante violenza, minaccia, inganno, abuso di autorità o approfittamento di una situazione di vulnerabilità, di inferiorità fisica o psichica o di una situazione di necessità, o mediante la promessa o la dazione di somme di denaro o di altri vantaggi a chi ha autorità sulla persona”).

Né tantomeno si può ritenere che l'art. 12 comma 3 ter trovi applicazione in presenza di una tratta di esseri umani consumatasi “in forma più tenue”, non essendo chiaro in cosa consista tale maggiore tenuità rispetto alla fattispecie di cui all'art. 601 c.p.

Né può essere d'aiuto, ai fini del distinguo in esame, la giurisprudenza della Corte di Cassazione Sez. III, n. 27748 del 2001, che non traccia una linea di demarcazione tra il crimine in esame e la tratta di esseri umani, quanto piuttosto tra il reato di *smuggling* aggravato e il reato di sfruttamento della prostituzione.

La Cassazione in esame, infatti, afferma che mentre nel crimine di cui all'art. 12 comma 3 ter del testo unico, lo sfruttamento della prostituzione è semplicemente oggetto del dolo specifico di reato, e di conseguenza l'integrazione dello stesso non è indispensabile per l'integrazione del reato, affinché si consumi il reato di sfruttamento della prostituzione è necessario che si concretino “condotte violente”

con un “rigoroso vincolo di subordinazione” che conduca la vittima allo sfruttamento.

Si tratta di un percorso giuridico più che condivisibile, ma che, come accennato, non è sufficiente anche a delineare il confine con la fattispecie ex art. 601 c.p.

Ciò, si noti, proprio perché anche il crimine di tratta (finalizzata allo sfruttamento della prostituzione, o ad altre forme di sfruttamento) è un crimine a dolo specifico che non presuppone, per la propria consumazione, la concretizzazione dell’oggetto del dolo specifico stesso.

Dalle fonti finora analizzate, emerge, in ogni caso, come il diritto interno italiano sia stato fortemente influenzato dalle fonti internazionali in tema di tratta di esseri umani e traffico di migranti, fattispecie che si è visto essere tangente e per alcuni versi molto simile al crimine di tratta.

Ciò altro non è che un ulteriore indizio a suffragio della tesi che conduce all’affermazione dell’esistenza di una definizione consuetudinaria di tratta di esseri umani.

CAPITOLO IV I DATI E LE ROTTE DEI TRAFFICANTI E DEGLI *SMUGGLERS*

1. Dati e statistiche in tema di tratta di esseri umani

Ancorchè il lavoro in questione abbia l'obiettivo di analizzare i crimini di tratta, deportazione, schiavitù e trasferimento forzato sotto un punto di vista meramente giuspositivistico, risulta ora opportuno, per un fine di chiarezza espositiva, riportare alcuni dati statistici in merito al fenomeno della tratta di esseri umani e dello *smuggling of migrants*, a coronamento delle considerazioni orora effettuate.

Secondo quanto rilevato dall'IOM, (International Organization of Migration), in un recente rapporto sulla tratta di esseri umani attraverso la rotta del Mediterraneo centrale, le vittime di tratta nell'area interessata sarebbero circa 7.000 ogni anno. Si tratta, tuttavia, di numeri sicuramente al ribasso, dal momento che, come si fa notare nel rapporto e come suggerisce anche il senso comune, dal novero delle statistiche sono escluse le vittime che non hanno denunciato il reato o che, in qualche modo, non sono giunte all'attenzione delle autorità competenti.

Dal 2002, anno in cui l'IOM ha incominciato a monitorare i dati relativi alla tratta di esseri umani nel Mediterraneo, i casi di tratta registrati sono circa 46.000. La nazionalità delle vittime è assai varia: i numeri parlano di soggetti passivi provenienti da 140 diversi Stati, con flussi migratori ondivaghi, influenzati fortemente dagli eventi geopolitici nell'area di provenienza.

Come evidenzia l'Organizzazione, ad esempio, nell'arco di tempo intercorrente tra il 2015 e il 2016 la maggior percentuale dei migranti proveniva dal Corno d'Africa e dalla Nigeria, e giungeva nel mediterraneo dopo una traversata via terra finalizzata al raggiungimento delle coste della Libia.

Dal 2017 in poi, invece, i migranti provenienti dal Corno d'Africa hanno lasciato il primato a soggetti provenienti dall'Africa Occidentale.

Di chiaro interesse (anche strumentale a fini interpretativi e non solo delle Convenzioni finora analizzate) sono i dati relativi al sesso della vittima. Tra le vittime di tratta registrate, circa la metà (51%) sono donne adulte, mentre gli

uomini sono solamente il 21%, i bambini (indipendentemente dal sesso) sono il 28% del totale.

Le donne sono per lo più oggetto di tratta finalizzata allo sfruttamento sessuale, mentre gli uomini sono prevalentemente oggetto di sfruttamento lavorativo (si tratta dell'85,7% dei casi).

Nel 2017 la tratta di esseri umani è stata la quarta voce per entità numerica nel prospetto dei crimini di cui si è occupata *Eurojust*, con 57 casi giunti all'attenzione dell'Organizzazione, dietro ai 75 di frode internazionale, 85 di riciclaggio, e 90 di differenti figure criminose consumate in forma associativa (*Eurojust National Desk, 12 gennaio 2018*).

Per combattere tale fenomeno, inoltre, nel triennio 2015 – 2017 *Eurojust* ha creato 93 *Joint Investigation Teams* (21 nel 2015, 32 nel 2016 e 41 nel 2017). Si tratta di una misura investigativa coerente con l'inserimento della tratta tra i crimini la cui repressione risulta essere prioritaria per l'Organizzazione, assieme alla frode internazionale, al traffico di stupefacenti, al terrorismo internazionale ed alla categoria residuale dei crimini di diversa natura consumati in forma associata.

Anche i dati relativi al business retrostante il fenomeno della tratta sono piuttosto consistenti. Come rilevato dalla Commissione europea nella sua Comunicazione al Parlamento europeo e al Consiglio (relazione sul seguito dato alla strategia dell'UE per l'eradicazione della tratta degli esseri umani e individuazione di ulteriori azioni concrete) del 4 dicembre 2017, infatti, la tratta di esseri umani nelle sue svariate fattispecie genererebbe un profitto, per i trafficanti, ammontante a circa 29,4 miliardi di EUR all'anno.

2. I dati dello *smuggling*

Distinta dalla tratta di esseri umani, la *figura criminis* di *smuggling* rappresenta un fenomeno non meno frequente dello *human trafficking*. Secondo quanto rilevato dall'IOM (*Migrant Smuggling Data and Research: A global review of the emerging evidence base*, rapporto del 2016) il 90% dei migranti che entrano o

tentano di entrare nell'Unione europea lo fa tramite l'ausilio di uno *smuggler*, soggetto che, come si è visto, aiuta l'irregolare traversata di un confine dietro compenso di denaro.

Le principali rotte dei migranti interessano l'Unione europea (o l'Europa intesa come concetto geografico) lungo due assi principali: l'asse sud – nord e l'asse est-ovest.

Più nello specifico, le traversate principali sono tre. Si tratta dell'asse che dal Marocco porta alle coste spagnole, dell'asse che congiunge la Libia con l'Italia e Malta, nonché della via greco-turca.

Dal 2016 in poi, oltre ai migranti provenienti dall'Africa centrale e dai Paesi nordafricani, si sono aggiunti soggetti provenienti dall'estremo oriente (India, Bangladesh, Cina e Vietnam), che cercano di entrare in Europa attraverso la via greco-turca.

Se la Grecia, l'Italia, la Spagna e Malta sono i principali Paesi di primo ingresso, le mete preferite sono prevalentemente Grecia, Svezia e Regno Unito.

Negli ultimi anni, la via greco-turca è stata la più utilizzata da migranti e *smugglers* (nel 2015 sono stati 885.000 i migranti che hanno percorso tale rotta), forti della possibilità di scegliere una traversata prevalentemente via terra o una sostanzialmente via mare.

La rotta mediterranea (dalla Libia all'Italia), invece, ha visto flussi ondivaghi nell'ultimo decennio, con un consistente decremento di approdi dal 2015 in poi.

Quasi del tutto irrilevante, infine, sembra essere la rotta del nord, che attraversa il confine con la Russia e vede i migranti diretti verso Svezia e Norvegia. Si tratta di flussi che, nel quadro complessivo, rappresentano solamente lo 0.01% dei migranti diretti verso l'Europa.

Bisogna tuttavia sottolineare come, dal 2015 in poi, tale flusso risulti in graduale ma costante crescendo.

Non sempre, inoltre, i migranti che hanno scelto di varcare il confine con l'Unione europea ricorrendo ai servizi di uno *smugglers* continuano ad affidarsi a questi anche per continuare la traversata all'interno del continente.

Seppur, inoltre, non sia possibile generalizzare, si possono individuare delle linee guida comuni in relazione al rapporto tra il punto di varco del confine europeo e la destinazione finale del migrante.

Come rilevato dall'IOM nel succitato Rapporto, infatti, la maggior parte dei migranti che raggiunge la Grecia dalla Turchia attraversa il Peloponneso per poi uscire nuovamente dall'Unione e rientrarvi via terra attraverso Croazia e Serbia, per poi raggiungere la destinazione finale, solitamente Austria e Germania.

Diversa, invece, la rotta di coloro che raggiungono l'Italia dalla Libia o dalle coste greche. In questo caso la destinazione privilegiata sono i Paesi dell'Europa occidentale (Spagna, Portogallo), raggiunti attraverso una lunga traversata via terra.

Dei migranti che raggiungono il nord Italia, una parte prende la via del nord Europa, dirigendosi verso Germania, Austria o Francia per tentare la traversata verso il Regno Unito.

CAPITOLO V CONCLUSIONI

1. L'esistenza di una definizione consuetudinaria di tratta di esseri umani

Le fonti analizzate evidenziano come, nel passare degli anni, la Comunità internazionale abbia cristallizzato il proprio consenso attorno ad una definizione di tratta di esseri umani che, nei suoi elementi principali, può ormai essere ascritta al diritto internazionale consuetudinario.

L'analisi delle Convenzioni precedentemente citate ha evidenziato come, dalle prime e poco tassative definizioni di tratta di esseri umani, si sia giunti a delineare una *figura criminis* rispettosa del principio di determinatezza e tassatività, che, a livello di tecnica legislativa, trova la sua più alta espressione nell'art. 3 del *Protocollo anti-trafficking*.

Se non bastasse l'alto numero di ratifiche del Protocollo ⁽²¹²⁾ a dimostrare l'ormai consolidato consenso della Comunità internazionale in merito alla definizione di tratta di esseri umani, un ulteriore elemento a conferma di tale tesi è fornito proprio dalla direttiva 2011/36/UE, che presenta una *figura criminis* che molto deve, in termini definitivi, al precedente Protocollo di Palermo.

A ulteriore riprova, l'analisi dei testi legislativi e della giurisprudenza della Corte di Cassazione italiana ha rappresentato un indizio in più in relazione all'esistenza di un crimine di tratta di esseri umani ormai condiviso in via consuetudinaria.

Ancora una volta, come sottolineato da autorevole dottrina ⁽²¹³⁾, le OIG si dimostrano un elemento catalizzatore per la formazione di regole consuetudinarie. Come emerso dall'analisi precedentemente effettuata, la definizione consuetudinaria di tratta di esseri umani verte attorno al trasferimento spaziale della vittima.

⁽²¹²⁾ Ad oggi il Protocollo conta 170 Stati parte, come indicato dal sito delle Nazioni Unite https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XVIII-12-a&chapter=18&clang=_en.

⁽²¹³⁾ V. ad esempio D. CARREAU, F. MARRELLA, *Diritto Internazionale... cit.* ove riferimenti.

Il fatto che i principali e più recenti strumenti in materia ⁽²¹⁴⁾ non includano, all'interno della definizione di tratta, la condotta di colui che, senza concorrere in alcun modo al trasporto della vittima, usufruisce dei servizi della stessa, è sintomo di una *figura criminis* che ruota attorno al trasferimento spaziale della persona trafficata. Ciò anche alla luce del fatto che l'integrazione del fine di sfruttamento oggetto del dolo specifico di reato non è *conditio sine qua non* per la consumazione del reato di *trafficking*.

Le considerazioni avanzate avvicinano concettualmente il reato di tratta ai crimini internazionali di deportazione e trasferimento forzato.

Il rapporto tra queste figure delittuose sarà oggetto di studio nel prosieguo della trattazione.

⁽²¹⁴⁾ Si veda, per l'appunto, il *Protocollo anti-trafficking* e la direttiva 2011/36/UE.

***Parte seconda: la tratta di esseri umani come moderna
forma di deportazione e la competenza a giudicare della
ICC***

Nella prima parte del lavoro si è cercato di dimostrare, attraverso l'analisi delle principali convenzioni in materia, come nel corso degli anni sia sorta una definizione consuetudinaria di tratta di esseri umani, definizione incentrata sul trasporto spaziale della vittima.

Poste queste premesse, si tratterà ora di verificare se il crimine (ad avviso di chi scrive, consuetudinario) di tratta di esseri umani possa rientrare nella competenza della ICC.

In questa parte del lavoro, quindi, ci si concentrerà sull'individuazione dei confini tra il reato di tratta di esseri umani e i crimini internazionali di deportazione e trasferimento forzato, reati che, ai sensi degli artt. 7 e 8 dello Statuto della ICC, rientrano tra i crimini di competenza della Corte.

Nello specifico, l'obiettivo è quello di verificare se tra il reato di tratta di esseri umani e i crimini di deportazione e trasferimento forzato sussiste un rapporto di identità/specialità, o se le *figurae criminis* in esame devono essere considerate concettualmente distinte.

Così come accaduto in merito all'analisi del rapporto tra tratta di esseri umani e schiavitù, il risultato di tale analisi avrà delle importanti ricadute pratiche in merito alla competenza della ICC a giudicare di condotte riconducibili al fenomeno di *human trafficking*.

Per considerare *the law in action* piuttosto che *the law in books*, in questa seconda parte del lavoro si farà ampio ricorso all'analisi, con correlate citazioni, della giurisprudenza dei tribunali penali internazionali, con particolare attenzione alle pronunce dell'ICTY.

CAPITOLO I

I CRIMINI DI DEPORTAZIONE E DI TRASFERIMENTO FORZATO NELLO STATUTO E NELLA GIURISPRUDENZA DEL TRIBUNALE INTERNAZIONALE MILITARE DI NORIMBERGA DEL 1945

1. Le prime forme di incriminazione di deportazione e trasferimento forzato

La giurisprudenza del tribunale di Norimberga ha fornito un importante contributo in merito alla definizione del crimine internazionale di deportazione.

Come sottolineato in dottrina ⁽²¹⁵⁾, prima della Seconda Guerra Mondiale i riferimenti alla *figura criminis* di deportazione erano assai scarsi.

Nel 1863 il *Lieber Code*, codice militare statunitense, proibiva il trasferimento di popolazione affermando che “private citizens are no longer ... carried off to distant parts”.

Numerosi anni dopo, nel 1919, la Commissione creata dai delegati presenti alla Conferenza di Pace al termine della Prima Guerra Mondiale menzionava, tra i crimini di guerra, sia la deportazione di civili che l’impiego degli stessi in lavori forzati.

Il crimine di deportazione è considerato come crimine contro l’umanità e crimine di guerra dall’art. 6 dello Statuto del Tribunale di Norimberga ⁽²¹⁶⁾. Nello specifico, tra i crimini di guerra si menziona il crimine di deportazione “*to slave labour or for any other purpose of civilian population of or in occupied territory*”

⁽²¹⁵⁾ G. DAWSON, S. FARBER, *Forcible Displacement Throughout the Ages: Towards an International Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Forcible Displacement*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012, p. 46.

⁽²¹⁶⁾ Adottato l’8 agosto 1945 come Accordo tra il Governo del Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda, il Governo degli Stati Uniti d’America, Il Governo provvisorio della Repubblica Francese e il Governo dell’Unione delle Repubbliche Socialiste Sovietiche.
Alla fine della Seconda Guerra Mondiale, circa 30 milioni di persone erano state deportate o allontanate dai territori di residenza, la maggior parte per opera di esponenti del regime Nazista.

(corsivo aggiunto), mentre tra i crimini contro l'umanità, il riferimento è al semplice crimine di deportazione, senza ulteriori specificazioni.

Nessun riferimento al crimine di trasferimento forzato di popolazione, invece, è presente all'interno dello Statuto.

In mancanza di una definizione tassativa del crimine di deportazione, un contributo fondamentale per l'individuazione dei casi di illiceità della condotta in esame viene fornito dalla giurisprudenza del Tribunale. Particolare importanza rivestono i casi *Milch, Krupp e Von Leeb and Others*.

Per quanto riguarda il caso *Milch*, il giudice *Philipps*, nella sua *concurring opinion*, afferma che vi sono tre casi in cui la deportazione risulta vietata dal diritto internazionale in quanto crimine di guerra.

In primo luogo, quando “there is no title in the deporting authority”, in secondo luogo, quando “the purpose of displacement is illegal”, e, infine, quando “the deportation is characterized by inhumane or illegal methods” ⁽²¹⁷⁾.

Tale *concurring opinion* è stata poi ripresa Nei casi *Krupp* ⁽²¹⁸⁾ e *Von Leeb and Others* ⁽²¹⁹⁾.

Da sottolineare, inoltre, come nel caso *I.G. Farben* ⁽²²⁰⁾, la Corte abbia stabilito che i crimini di schiavitù e deportazione della popolazione dai territori occupati o controllati dalla Germania fossero atti commessi “unlawfully, wilfully and knowingly [...], violations of international conventions [...] of the laws and customs of war, of the general principles of criminal law as derived from criminal laws of the countries in which such crimes were committed [...]” ⁽²²¹⁾.

⁽²¹⁷⁾ US Military Tribunal, Nuremberg, *Trial of Erhard Milch*, 20 december 1946-17 april 1947, Concurring Opinion of Judge Philipps, parr. 45-46 e 55-56. Sul punto v. Y. ARAI, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and Its Interaction With International Human Rights Law*, Brill, 2009, p. 341.

⁽²¹⁸⁾ US Military Tribunal, Nuremberg, *The Krupp Trial*, 17 November 1947 – 30 June 1948, par. 144.

⁽²¹⁹⁾ US Military Tribunal, Nuremberg, *Trial of Wilhelm Von Leeb and Thirteen Others*, 30 December 1947 – 28 October 1948, parr. 393 – 394.

⁽²²⁰⁾ US Military Tribunal, Nuremberg, *I.G. Farben Trial*, 24 July 1948, parr. 4-5.

⁽²²¹⁾ In merito v. anche H. WILLMOT, M. WELLER, R. MAMIYA, S. SHEERAN, *Protection of Civilians*, OUP, 2016, p. 187.

Tale affermazione venne ripresa anche nel caso *Flick* ⁽²²²⁾.

Si può notare come la condotta di deportazione diventi illecita nel momento in cui si verifica anche una sola delle tre condizioni sopra menzionate, che quindi dovranno essere lette come alternative e non cumulative.

Volendo fare un esempio, quindi, un atto di trasferimento della popolazione di per sé lecito come ad esempio l'evacuazione di civili, sfocerà nel crimine di deportazione qualora sia posto in essere con un fine (dolo specifico) illecito oppure con metodi inumani.

2. Il crimine di deportazione nella giurisprudenza del Tribunale di Norimberga: una *figura criminis* dai contorni indefiniti, sintomo del basso livello di tassatività del diritto internazionale penale nel secondo dopoguerra

Come sottolineato in dottrina ⁽²²³⁾ il crimine di deportazione delineato dalla giurisprudenza del Tribunale di Norimberga è un crimine generico e poco tassativo. Tale opinione è stata condivisa anche dalla giurisprudenza, potendosi citare la *Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Schomburg* dell'ICTY nel caso *Naletilić (Appeals Chamber)*, che, ai paragrafi 11 e 12, recita: “Nuremberg jurisprudence dealt with very specific forms of deportation committed during World War II. Except maybe for the deportation of foreigners to Germany for the purposes of slave labour, deportation carried out by the Nazis did not necessarily involve the crossing of a State border. When adjudicating the Nazi policy of ‘driving out’ all persons (believed to be) of ‘nonAryan race’ from territories under German rule as well as the ‘gathering’ of Europe’s Jewish population and other “undesirable” groups in concentration and extermination camps, Nuremberg concentrated not so much on where the victims had been taken,

⁽²²²⁾ US Military Tribunal, Nuremberg, *Flick Trial*, 20 April - 22 December 1947, par. 3. In merito e per approfondimenti v. Y. ARAI, *The Law of Occupation: Continuity and Change of International Humanitarian Law, and Its Interaction With International Human Rights Law...cit.* pp. 341 e 342.

⁽²²³⁾ G. DAWSON, S. FARBER, *Forcible Displacement Throughout the Ages: Towards an International Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Forcible Displacement... cit.* p. 48.

but on their having been forced to leave their homes and prevented from ever returning. In this sense, deportation was not considered a strict terminus technicus, but was often used interchangeably with ‘transfer’, ‘evacuation’, or ‘expulsion’. [...] The Nuremberg Judgement did not preoccupy itself with a meticulous analysis of borderlines and especially refrained from discussing the legal status of territories which had been annexed, occupied, or had in any other way succumbed to German rule in relation to ‘Germany proper’. It thus speaks about the ‘deportation’ of Alsatians to France without commenting on the nature of the border between Alsace and France during Nazi occupation and refers to ‘deportation’ without mentioning whether or not a border was crossed. In the *RuSHA Case*, repeated mention is made of ‘deportation’ of persons from that part of Poland which had been incorporated into Germany in 1939 to the remainder of Poland (the so-called General Government), which was then under Nazi occupation. Transfers from the incorporated part of Poland to ‘Germany proper’ were also considered to be ‘deportation’. Similarly, the Supreme National Tribunal of Poland tried *Artur Greiser* (former Gauleiter of the incorporated part of Poland) for *inter alia*, imprisoning Polish Jewish citizens under his authority in the Łódź ghetto and finally deporting them to the Chełmno extermination camp (both located in Poland). Greiser was also convicted for deporting Polish civilians to the General Government and to forced labour camps in ‘Germany proper’. The Supreme National Tribunal considered both acts to be “deportation”⁽²²⁴⁾.

È infatti stato considerato dal Tribunale di Norimberga alla stregua di deportazione il semplice trasferimento di persone obbligate a lasciare le proprie abitazioni, indipendentemente dal fatto che il trasferimento delle stesse comportasse o meno il superamento di un confine statale.

In tal senso, il crimine di deportazione ha assunto, durante il processo di Norimberga, dei confini labili, divenendo in alcuni casi sinonimo di trasferimento forzato, espulsione ed evacuazione.

⁽²²⁴⁾ *Prosecutor v. Naletilić and Martinović* (IT-98-34-A) (*Appeals Chamber*), *Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Schomburg*, parr. 11 e 12. Il testo integrale della sentenza è reperibile all’indirizzo internet http://www.icty.org/x/cases/naletilic_martinovic/acjug/en/nal-aj060503e.pdf.

Si tratta di una rilevazione di non secondaria importanza, alla luce del peso che assume il principio di tassatività e determinatezza nel diritto internazionale penale in generale, nonché nei processi penali internazionali nello specifico.

Se infatti è vero che, come precedentemente riportato, la giurisprudenza di Norimberga ha precisato le tre condizioni alternative alle quali il trasferimento di popolazione diventa illecito, è altrettanto vero che non si è minimamente soffermata sulla questione relativa alla necessità di superamento di un confine statale ai fini dell'integrazione del crimine.

Così, ad esempio, nel momento in cui hanno fatto riferimento alla deportazione in Francia degli abitanti dell'Alsazia, i giudici del Tribunale non hanno analizzato la natura del confine tra Alsazia e Francia (questione di non facile risoluzione, dal momento che l'Alsazia, occupata dall'esercito tedesco nel 1940, si trovava di fatto annessa al *Reichsgebiet*, ma formalmente era ancora un territorio francese).

Parimenti, fu considerato deportazione il trasferimento di popolazione dai territori polacchi annessi alla Germania nel 1939 ai territori polacchi non incorporati, e dai territori polacchi formalmente incorporati alla Germania alla Germania *stricto sensu*.

Tale mancanza di tassatività porta a due conseguenze.

In primo luogo, come afferma il giudice Schomburg nel caso precedentemente citato⁽²²⁵⁾, “these inconsistencies in language and in substance make it impossible to rely on Nuremberg jurisprudence as an authority for a *de jure* cross-border transfer requirement for the crime of deportation”.

In secondo luogo, potrebbero sorgere dei casi limite di difficile risoluzione. Si pensi, ad esempio, al trasferimento di un gruppo di civili da un paese A ad un paese B distante solo pochi chilometri. Potrà tale condotta integrare il crimine di deportazione o l'esigua distanza percorsa e l'assenza di superamento di un confine internazionale potranno in qualche modo influire sulla qualificazione della condotta o sulla punizione del reo?

⁽²²⁵⁾ *Prosecutor v. Naletilić and Martinović (IT-98-34-A) (Appeals Chamber), Separate and Partially Dissenting Opinion of Judge Schomburg*, par. 13.

Alla luce delle considerazioni precedentemente avanzate, che vedono la giurisprudenza di Norimberga considerare il crimine di deportazione come sinonimo di espulsione o evacuazione, si potrebbe propendere per la prima soluzione, che appunto non tiene conto né della distanza che le vittime sono obbligate a coprire, né dell'internazionalità del trasferimento.

Ragionando, invece, in termini di politica criminale, un simile ragionamento risulta alquanto inopportuno, dal momento che riunirebbe sotto la medesima *figura criminis* condotte tra loro molto distanti sia per natura che per lesività.

CAPITOLO II
DEPORTAZIONE E TRASFERIMENTO FORZATO NELLO STATUTO E NELLA
GIURISPRUDENZA DELL'ICTY

1. La nascita e il contesto dell'ICTY (cenni)

L'ICTY è stato istituito con la risoluzione 827 del 25 maggio 1993 del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, con giurisdizione su ogni persona sospettata di aver commesso gravi violazioni della Convenzione di Ginevra del 1949, violazione delle leggi o delle consuetudini di guerra, genocidio, crimini contro l'umanità durante il conflitto interetnico che ha dilaniato la Repubblica Federale Socialista di Jugoslavia negli anni '90.

A differenza dell'ICC, dotata di giurisdizione complementare rispetto alle giurisdizioni nazionali, attivabile solamente nel caso in cui lo Stato non possa o non voglia assicurare un giusto processo all'imputato, l'ICTY può avocare a sé qualsiasi processo penale nazionale su cui abbia competenza, anche nel caso in cui tale processo sia già in corso di svolgimento.

La seconda grande differenza tra l'ICTY e l'ICC è la seguente.

L'ICC è un esempio di giurisdizione penale internazionale stabile, competente a giudicare solamente i crimini enunciati nel proprio statuto e consumatisi successivamente all'entrata in vigore dello stesso. Si tratta, a ben vedere, di una disposizione che ben rispetta il principio generale di diritto penale interno e internazionale *nullum crimen, nulla pena sine lege certa*.

Detto in altri termini, gli imputati davanti alla ICC, nel momento della commissione dei crimini che li hanno condotti dinanzi alla Corte, conoscevano o avrebbero potuto/dovuto conoscere l'esistenza della stessa e la possibilità che la consumazione dei crimini internazionali commessi li portasse dinanzi alla giurisdizione in questione.

L'ICTY, invece, è un classico esempio di giustizia punitiva sorta *ex post*, alla stregua del Tribunale di Norimberga.

Al momento dei conflitti interetnici svoltisi nella Repubblica Federale Socialista di Jugoslavia, durante i quali si sono consumati i crimini di guerra e contro l'umanità previsti dal (successivo) statuto dell'ICTY, infatti, il Tribunale non era ancora stato istituito.

Si tratta, a ben vedere, di una palese violazione del già enunciato principio *nullum crimen, nulla pena sine lege certa*.

Pur non essendo questa la sede per addentrarci in disamine circa il rapporto tra crimini internazionali, violazioni di norme di *Jus Cogens* e principio di irretroattività, tassatività e determinatezza del diritto internazionale penale, non si può non sottolineare come, ad avviso di chi scrive, l'istituzione di una giurisdizione penale internazionale con competenza a giudicare delle persone fisiche in quanto soggetti di diritto internazionale non possa esulare dalle più elementari garanzie di tutela dell'imputato.

Tra queste, il principio di irretroattività del diritto penale e il principio del *nullum crimen, nulla pena sine lege certa* si pongono come condizioni indispensabili per lo svolgimento di un giusto ed equo processo.

Detto in altre parole: se la Comunità internazionale si arroga la competenza in materia penale – pur in specifici ed eccezionali ambiti – non può non accompagnare a tale presa di potere anche l'accoglimento delle garanzie procedurali e sostanziali riconosciute all'imputato da parte dei principali sistemi giuridici nazionali.

A chi obietta che i crimini di competenza dell'ICTY sono tutti violazioni di norme di *Jus Cogens*, e tale loro natura sarebbe bastante ad assicurare il rispetto del principio *nullum crimen, nulla pena sine lege certa*, si possono muovere tre critiche.

In primo luogo, tale affermazione sembra essere errata o semplicistica in partenza. Infatti, non tutti i reati contemplati dallo Statuto dell'ICTY presentano natura consuetudinaria.

Non avrebbe altrimenti senso l'affermazione dello Statuto che prevede che, qualora un crimine non sia definito dallo stesso, si deve presumere che esso abbia definizione e natura consuetudinaria.

Da una lettura *a contrariis* di tale disposizione, infatti, si deduce che esistono anche crimini, quelli appunto definiti espressamente dallo Statuto del Tribunale, che non hanno natura consuetudinaria (né di consuetudine ordinaria, né di *Jus Cogens*). E tali crimini, si noti, non erano stati definiti dallo statuto all'epoca della loro consumazione da parte degli imputati essendo lo Statuto stesso, come il Tribunale, sorto *post facto*.

In secondo luogo, si può sottolineare come la natura consuetudinaria di alcuni crimini mal si addica all'esigenza di tassatività e determinatezza del diritto penale interno e internazionale.

La consuetudine, infatti, pur essendo espressione di una pratica generale accettata come diritto, non presenta, proprio per la sua natura di fonte non scritta nata dalla prassi, le caratteristiche di certezza proprie di una fonte scritta.

In terzo luogo, da ultimo, si deve sottolineare come il brocardo *nullum crimen, nulla pena sine lege certa* preveda che ad essere determinata e tassativa non sia solamente la definizione del reato, ma anche la sanzione ad esso collegata, ossia la pena.

Detto in altre parole, in un'ottica repressiva e general preventiva di diritto internazionale penale, oltre ad essere determinata la definizione del crimine internazionale, deve essere determinata prima della commissione del reato anche la pena ad esso conseguente.

Tale condizione non è stata rispettata dallo Statuto dell'ICTY, perché, come detto, tale fonte è stata emanata *post facto*.

L'ICTY è diviso in quattro camere: tre *Trial Chambers* (Camere di primo grado) e un'*Appeals Chamber* (Camera d'appello).

In merito alle tre *Trial Chambers*, si deve sottolineare come ognuna di queste sia composta da 3 giudici, a differenza dell'*Appeals Chamber*, formata da 5 giudici. Il giudizio davanti all'*Appeals Chamber* è un giudizio eventuale, che si instaura

solamente nel caso in cui la sentenza al termine del giudizio di primo grado venga impugnata dalla difesa o dal *Prosecutor*. Da sottolineare come i giudici dell'*Appeals Chamber* dell'ICTY fungano anche da giudici dell'*Appeals Chamber* dell'ICTR.

Il *Prosecutor* è l'organo incaricato di sostenere l'accusa. In quanto tale, è a capo del proprio ufficio, diviso in *Prosecution Division*, *Immediate Office* e *Appeals Division*.

La *Prosecution Division* è responsabile di tutti gli aspetti prodromici all'atto di accusa, ed è formata da un team di esperti investigatori, avvocati e analisti. Nello specifico, vanno a comporre tale *Division* i *Trial Teams*, il *Military Analyst Team*, il *Leadership Research Team*, la *Trial Support Unit*, l'*Information and Evidence Section*, la *Mapping Library* la *Photovisual Reproduction Unit*, e la *Geographic Information Systems Unit*.

L'*Immediate Office* (formato da *Transition Team*, *Request Unit* e *Field Offices*), invece, è responsabile delle operazioni volte ad ottenere la cooperazione degli Stati coinvolti nel processo. Si tratta, inoltre, della sezione dell'ufficio del *Prosecutor* responsabile del trasferimento di casi alla giurisdizione degli Stati nazionali, della preparazione del bilancio dell'ICTY e dei documenti da inviare alle Nazioni Unite. Da ultima, l'*Appeals Division* si occupa di tutti gli aspetti relativi all'impugnazione delle sentenze di primo grado.

La segreteria o *Registry*, infine, è formata da *Division of Judicial Support Services*, *Immediate Office*, *Chambers Legal Support Section* e *Administration Division*.

La *Division of Judicial Support Services* si occupa di aspetti importanti quali il supporto alle vittime ed ai testimoni, l'assegnazione di un difensore d'ufficio, la gestione e l'amministrazione degli archivi e la traduzione degli atti giudiziari.

L'*Immediate Office* è responsabile degli aspetti relativi alla cooperazione con gli Stati, all'esecuzione delle sentenze, ed alle relazioni esterne del Tribunale.

La *Chambers Legal Support Section* è, invece, formata da assistenti giudiziari che coadiuvano la *Trial* e l'*Appeals Chamber* nello svolgimento dei processi fornendo assistenza materiale e amministrativa.

Da ultima, l'*Administration Division* svolge funzioni di gestione del personale e supporto tecnico durante lo svolgimento dei processi.

2. Due *figurae criminis* di creazione “quasi giurisprudenziale”

L'ICTY ha fornito, con la sua attività, alcuni tra i contributi più significativi in merito all'individuazione di una definizione tassativa e determinata del crimine di deportazione. Non solo, la giurisprudenza del Tribunale per la ex- Jugoslavia ha, per la prima volta, delineato con chiarezza gli elementi chiave che differenziano il crimine di deportazione da quello di trasferimento forzato.

Il Tribunale è competente a conoscere e giudicare del crimine di deportazione come grave violazione delle Convenzioni di Ginevra del 1949 in virtù dell'art. 2 lettera g) del proprio Statuto, nonché come crimine contro l'umanità in virtù dell'art. 5 dello Statuto. Per quanto riguarda, invece, il crimine di trasferimento forzato, questo è espressamente annoverato solamente tra le gravi violazioni delle Convenzioni di Ginevra, a mente del testo dell'appena menzionato art. 2, che recita che “[t]he International Tribunal shall have the power to prosecute persons committing or ordering to be committed grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention: [...] (g) unlawful deportation or transfer or unlawful confinement of a civilian”.

Si deve, tuttavia, ricordare come sia possibile qualificare il crimine di trasferimento forzato come crimine contro l'umanità facendolo rientrare nel *genus* “other inhumane acts” di cui all'art. 5 lettera i) dello Statuto.

In questo senso, anche l'operato dei giudici del tribunale ha pienamente confermato tale lettura.

In assenza, quindi, di una definizione statutaria tassativa dei crimini di deportazione e trasferimento forzato, l'attenzione deve essere rivolta alla giurisprudenza dell'ICTY, il cui apporto in merito è fondamentale.

Dall'analisi del repertorio delle sentenze del Tribunale, emerge come i crimini di trasferimento forzato e deportazione siano stati portati all'attenzione della Corte in dodici casi.

Si tratta, nello specifico, dei casi *Prosecutor v. Krnojelac* (IT-97-25), *Prosecutor v. Radoslav Brdjanin* (IT-99-36), *Prosecutor v. Momcilo Krajisnik* (IT-00-39), *Prosecutor v. Biljana Plavsic* (IT-00-41/1), *Prosecutor v. Radislav Krstic* (IT-98-33), *Prosecutor v. Blagoje Simic, Miroslav Tadic, Simo Zaric* (IT-95-9), *Prosecutor v. Milomir Stakic* (IT-97-24), *Prosecutor v. Stevan Todorovic* (IT – 95-9/1), *Prosecutor v. Vidoje Blagojevic, Dragan Jokic* (IT-02-60) , *Prosecutor v. Mladen Naletilic, Vinko Martinovic* (IT-98-34), *Prosecutor v. Dragan Obrenovic* (IT-02-60/2) e *Prosecutor v. Momir Nikolic* (IT-02-60/1)⁽²²⁶⁾.

In merito al caso *Prosecutor v. Krnojelac*, si deve sottolineare come Krnojelac fosse il comandante della prigione “KP Dom”, a Foca, divenuta, durante la guerra, una struttura detentiva per civili musulmano-bosniaci. In tale struttura, durante il conflitto, sono stati deportati numerosi civili, sottoposti a trattamenti inumani.

⁽²²⁶⁾ Per una più esaustiva analisi dei casi citati, nonché per una panoramica giuridica e sociologica del conflitto nella Ex-Jugoslavia, si veda G. CALVETTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Il tribunale per la ex-jugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento...cit.* ove riferimenti, nonché K. STROBL *Ustavno pravno sfr jugoslavije*, Pravna fakulteta ddu univerzum, 2000; D. KOROSEK, D. ZAGOREC, M. AMBROZ, *Mednarodno kazensko pravo praktikum*, Zalozba urdani list Republike Slovenije, 2006; B. PAVISIC, T. BUBALOVIC, *Medunarodno kazeno pravo*, Pravni fakultet sveucilista u Rijeci, 2013; AA. VV. *White Paper On The Border Between The Republic Of Slovenia And The Republic Of Croatia*, 2006; AA. VV., *International Human Rights And Humanitarian Law, Treaties, Cases And Analysis*, CUP, 2006; B. BAPULY, R. KNEZ, A. KMECL, *Pravo eu pred slovenskimi sodisci*, Zalobzva 2005; I. SIMONITI, *Diplomatsko pravo*, Zbirka mednarodno pravo, 2014; S. BESSON, J. TASIOLAS, *The Philosophy Of International Law*, OUP, 2010, p. 493 e ss.; R. HOOLBROOKE, *To End A War*, Modern Library, 1998; AA. VV., *Slovensko Pravno in guspodartsvo ob vstopu slovenije v evropsko unijo*, Pravna Fakulteta ed., 2004; L. HANNIKAINEN, *Peremptory Norms (Jus Cogens) In International Law*, Lakimiesliiton Kustannus Ed., 1988; A. ANGHIE, *Imperialism Sovereignty And The Making Of International Law*, CUP, 2018 ove rif; R. H. STEINBERG, *Assessing the Legacy of the ICTY*, Martinus Nijhoff Publishers, 2011; B. S. BRAMMERTZ, M. JARVIS, *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*, Oxford University Press, 2016; K. NOTBURGA, *The Trial Proceedings Of The International Criminal Court: ICTY And ICTR Precedents*, BRILL, 2006 e H. ROGGEMANN, P. SARCEVIC, *National Security and International Criminal Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, 2002.

I crimini ipotizzati a carico di Krnojelac sono stati: deportazione, persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi, tortura, altri trattamenti disumani, omicidio, incarcerazione e riduzione in schiavitù come crimini contro l'umanità. Gli sono, inoltre, state contestate le violazioni delle leggi o delle consuetudini di guerra per tortura, trattamento crudele, omicidio e riduzione in schiavitù.

Condannato in primo grado a 7 anni e mezzo di reclusione nel 2002, Krnojelac ha visto una riforma *in pejus* della sua pena dopo che la Camera d'Appello ha accolto le istanze della procura, condannando l'imputato a 15 anni di reclusione.

Di non secondaria importanza anche il caso *Prosecutor v. Radoslav Brdjanin*. Radoslav Brdjanin, dirigente del Partito Democratico Serbo di Bosnia Erzegovina, è stato imputato di genocidio, crimini contro l'umanità, violazione delle leggi o delle consuetudini di guerra e gravi infrazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949. Tra i crimini contro l'umanità di cui all'art. 5 dello Statuto dell'ICTY rientra anche la deportazione. Brdjanin è stato condannato a 32 anni in primo grado, ma tra i capi di condanna non rientra la deportazione. In appello, la pena è stata ridotta a 30 anni di reclusione.

Trattando, ora, del caso *Prosecutor v. Momcilo Krajisnik*, i crimini ipotizzati a carico di Momcilo Krajisnik sono stati genocidio, crimini contro l'umanità e violazione delle leggi o delle consuetudini di guerra. Tra i crimini contro l'umanità, figurano la deportazione ed il trasferimento forzato *sub specie* di "altri atti disumani". Krajisnik è stato condannato a 27 anni di reclusione in primo grado per persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi, omicidio, sterminio, deportazione e trasferimento forzato.

Unica donna ad essere stata processata dall'ICTY, Biljana Plavsic (*caso Prosecutor v. Biljana Plavsic*) si è vista imputare i crimini di genocidio, omicidio (come crimine contro l'umanità o, in alternativa, come violazione delle leggi o delle consuetudini di guerra), sterminio, persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi, deportazione e trasferimento forzato (imputazioni alternative). Biljana

Plavsic si è dichiarata colpevole di persecuzione, ed è stata condannata in primo grado a 11 anni di reclusione

Il caso *Prosecutor v. Radislav Krstic*: la sentenza in esame ha una grande importanza per motivi storici e giuridici. Nel caso in commento, infatti, i giudici dell'ICTY hanno riconosciuto il genocidio di Srebrenica, condannando Krstic, vice comandante del Corpo d'Armata "Drina" dell'esercito Serbo Bosniaco, a 46 anni in primo grado per genocidio, persecuzione e assassinio. Il crimine di persecuzione ha incluso, tra gli altri, anche il crimine di trasferimento forzato. Il reato di deportazione, ipotizzato dall'accusa, non è invece stato confermato dalla Corte. La camera d'appello ha poi riformato la sentenza riducendo la pena a 35 anni di reclusione.

Spostando, ora, l'attenzione sul caso *Prosecutor v. Blagoje Simic, Miroslav Tadic, Simo Zaric*, si deve ricordare che Blagoje Simic, Miroslav Tadic, Simo Zaric sono stati imputati per crimini contro l'umanità, tra cui il reato di deportazione e gravi infrazioni delle Convenzioni di Ginevra del 1949 *sub specie* di illegale deportazione di civili. Tutti e tre gli imputati sono stati condannati in primo grado.

Rilevante in tema di trasferimento forzato e deportazione anche il caso *Prosecutor v. Milomir Stakic*. I crimini ipotizzati sono stati: genocidio, crimini contro l'umanità tra cui deportazione e trasferimento forzato (rientrante nella categoria degli "altri atti inumani") e violazione delle leggi e consuetudini di guerra. Condannato all'ergastolo per tutti i crimini ipotizzati dall'accusa ad eccezione del genocidio e del trasferimento forzato come atto disumano, Milomir Stakic ha presentato istanza d'appello. La Camera d'appello ha ridotto la sentenza a 40 anni di reclusione, delineando la differenza tra deportazione e trasferimento forzato.

Il caso *Prosecutor v. Stevan Todorovic*: comandante della polizia serbo bosniaca, Todorovic si è reso protagonista di una serie di attacchi sistematici contro la popolazione della municipalità di Bosanski Samac. I crimini ipotizzati sono stati:

violazioni gravi delle Convenzioni di Ginevra del 1949, violazioni delle leggi o consuetudini di guerra e crimini contro l'umanità. Nello specifico, Todorovic è stato processato per illegale deportazione o trasferimento di un civile, tortura o trattamenti inumani, inflizione intenzionale di sofferenze, trattamento crudele, omicidio, tortura, trattamento umiliante e degradante, persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi, deportazione, omicidio, stupro, tortura e altri atti disumani. Dichiaratosi colpevole di persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi, la procura ha ritirato le altre accuse a suo carico condannandolo a 10 anni di reclusione.

Processo di grande importanza storica e giuridica, il caso *Prosecutor v. Vidoje Blagojevic, Dragan Jokic* ha visto coinvolta la città di Srebrenica, dichiarata "area sicura" dal Consiglio di sicurezza dell'ONU, e successivamente (nonostante tale dichiarazione) bombardata ed assaltata dal Corpo d'armata "Drina", di cui Blagojevic era comandante e Jokic pianificatore d'azione.

I crimini ipotizzati per i due imputati sono stati: genocidio e complicità in genocidio (per Blagojevic), sterminio, omicidio, persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi e altri atti inumani *sub specie* di trasferimento forzato (solo per Blagojevic) come crimini contro l'umanità, e omicidio *sub specie* di violazione delle leggi o delle consuetudini di guerra. Il processo di primo grado si è concluso con la condanna a 18 anni per Blagojevic e a 9 anni per Jokic. Tra i capi d'imputazione confermati nei confronti di Blagojevic rientrava anche il trasferimento forzato *sub specie* di persecuzione e altri atti inumani. In appello la condanna di Jokic è stata confermata, mentre la condanna di Blagojevic è stata ridotta a 15 anni di reclusione a causa dell'assoluzione dell'imputato per il reato di complicità in genocidio.

Venendo ora al caso *Prosecutor v. Mladen Naletilic, Vinko Martinovic*, i crimini ipotizzati nei confronti di Naletilic e Martinovic (entrambi membri del Consiglio di Difesa Croato) sono stati: omicidio, tortura, inflizione intenzionale di grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute, trattamenti inumani,

trasferimento illegale di civili, distruzione di beni su larga scala eseguita in maniera illecita e arbitraria come infrazioni gravi delle Convenzioni di Ginevra del 1949; trattamento crudele, illegale costrizione al lavoro, omicidio, devastazione non giustificata da necessità militare, saccheggio, sequestro, distruzione o danneggiamento deliberato di edifici consacrati al culto come violazione delle leggi o delle consuetudini di guerra; crimini contro l'umanità di persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi, omicidio, altri atti disumani e tortura.

I fatti si riferiscono all'arco di tempo tra il 1993 e il 1994, quando, nei dintorni della cittadina di Mostar, le forze Croato-Bosniache, dirette e capitanate dai due imputati, hanno svolto attacchi contro la popolazione civile musulmana. Al termine del processo di primo grado, Naletilic è stato ritenuto colpevole di persecuzione, tortura, inflizione intenzionale di grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute, trasferimento illegale di civili, devastazione non giustificata da necessità militare, illegale costrizione al lavoro, saccheggio di beni pubblici o privati. Condanna a 20 anni di reclusione. Martinovic, invece, è stato condannato a 18 anni di reclusione per persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi, altri atti disumani, omicidio, trattamenti inumani, tortura, inflizione intenzionale di grandi sofferenze o gravi danni all'integrità fisica o alla salute, trasferimento illegale di civili ex art. 2 e 3 dello Statuto e omicidio.

Le condanne sono state confermate in appello.

Il caso *Prosecutor v. Dragan Obrenovic*: si tratta ancora una volta di una sentenza dagli importanti risvolti storico giuridici, dal momento che i fatti in causa coinvolgono la "safe area" di Srebrenica, bombardata dal corpo d'armata "Drina" dell'Esercito Serbo-Bosniaco, di cui Obrenovic era il comandante maggiore. Imputato per genocidio *sub specie* di complicità in genocidio, crimini contro l'umanità (sterminio, omicidio, persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi e trasferimento forzato come "altro atto inumano") e violazione delle leggi o delle consuetudini di guerra (omicidio), Obrenovic è stato condannato in primo grado a 17 anni di reclusione. Alla sentenza non è seguito appello.

Venendo ora al caso *Prosecutor v. Momir Nikolic*, si ricorda che Nikolic era un insegnante che si era arruolato nell'Esercito Serbo-Bosniaco. Successivamente, è divenuto capitano del Corpo d'Armata "Drina" che ha bombardato, deportato e ucciso la maggioranza dei cittadini non serbi della zona.

I crimini ipotizzati sono stati: genocidio alternativo alla complicità in genocidio, crimini contro l'umanità di sterminio, omicidio, persecuzione per motivi politici, razziali e religiosi, e altri atti inumani (trasferimento forzato) e violazione delle leggi o delle consuetudini di guerra *sub specie* di omicidio.

Condannato a 27 anni di reclusione in primo grado, la Camera d'appello ha poi riformato la sentenza portando la condanna a 20 anni.

Di particolare rilevanza, come precedentemente ricordato, per l'individuazione degli elementi del crimine di deportazione, è la sentenza dell'*Appeals Chamber* nel caso *Prosecutor v. Milomir Stakic*.

In essa, l'*Appeals Chamber* affronta tre questioni fondamentali sollevate dall'appellante.

In primo luogo, ci si interroga se l'elemento del trasferimento cross-border sia essenziale al fatto tipico di deportazione.

In secondo punto, la Corte si interroga "whether deportation requires an intent to permanently displace the victims".

Da ultimo, la Corte, in sede d'appello, si interroga se la *Trial Chamber* abbia errato nell'analizzare e classificare gli elementi di fatto che hanno portato alla condanna dell'imputato, in primo grado, per deportazione ⁽²²⁷⁾.

In merito all'individuazione degli elementi del crimine di deportazione, l'*Appeals Chamber* rileva come tale reato, benchè menzionato in strumenti precedenti ⁽²²⁸⁾, non fosse mai stato tassativamente definito.

⁽²²⁷⁾ *Prosecutor v. Milomir Stakic (Appeals Chamber)*, par. 274.

⁽²²⁸⁾ "[D]eportation was considered a crime against humanity in other legal instruments such as in the Nuremberg Charter, the IMT Judgement, the Charter of the International Military Tribunal for the Far East, (Allied) Control Council Law No. 10, the International Law Commission's

Facendo, quindi, riferimento al precedente operato dell'ICTY ⁽²²⁹⁾, il collegio si sofferma sugli elementi del crimine di deportazione e trasferimento forzato su cui si è formata una giurisprudenza pacifica e assodata.

In primo luogo, l'interesse protetto è lo stesso per deportazione e trasferimento forzato, e si tratta del diritto della vittima di rimanere nella propria abitazione e nel proprio luogo di residenza, nonché del diritto di non essere privata dei propri beni come conseguenza della dislocazione forzata ⁽²³⁰⁾.

In merito, poi, alla condotta integrante il crimine di deportazione, essa consiste nel “forced displacement of persons by expulsion or other forms of coercion from the area in which they are lawfully present, *across a de jure state border or, in certain circumstances, a de facto border*, without grounds permitted under international law” ⁽²³¹⁾ (corsivo aggiunto).

Tra gli elementi che devono essere oggetto del dolo di deportazione, inoltre, non rientra l'intento di trasferire stabilmente e definitivamente le persone deportate. In altre parole, integra deportazione anche la condotta di colui che trasporta temporaneamente oltre confine un gruppo di persone, togliendole dal proprio luogo di residenza legittima senza un giusto motivo ⁽²³²⁾.

Passando, successivamente, agli elementi del crimine di controversa definizione, l'*Appeals Chamber* si focalizza in primo luogo sul concetto di spostamento *forzato* della popolazione. Sia per quanto riguarda il crimine di deportazione, sia per quanto riguarda il crimine di trasferimento forzato, il collegio sottolinea come l'atto di trasporto della vittima debba essere coattivo, ossia senza che sia lasciata, alla persona offesa, una “genuine choice”. Ciò significa che il trasferimento deve

Principles of International Law Recognised in the Charter of the Nuremberg Tribunal (IMT), and the 1954 Draft Code of Offences against the Peace and Security of Mankind. *However, neither the Statute nor the other instruments referred to above provide a clear definition of deportation*”. *Prosecutor v. Milomir Stakic (Appeals Chamber)*, par. 276, corsivo aggiunto.

⁽²²⁹⁾ *Prosecutor v. Krnojelac (Trial Chamber)*, in particolare il riferimento è al paragrafo 474.

⁽²³⁰⁾ *Prosecutor v. Milomir Stakic (Appeals Chamber)*, par. 277.

⁽²³¹⁾ *Prosecutor v. Milomir Stakic (Appeals Chamber)*, par. 278.

⁽²³²⁾ *Prosecutor v. Milomir Stakic (Appeals Chamber)*, par. 278.

essere svolto o mediante violenza o mediante inganno ⁽²³³⁾. La violenza esercitata sulla popolazione, inoltre, potrà essere sia una violenza fisica che una violenza psichica ⁽²³⁴⁾.

Nel caso in esame, ad esempio, la Corte conferma l'affermazione della *Trial Chamber*, ossia che “the atmosphere in the municipality of Prijedor during the time relevant to the indictment was of such a coercive nature that the persons leaving the municipality cannot be considered as having voluntarily decided to give up their homes” ⁽²³⁵⁾.

È tuttavia opportuno sgombrare il campo da un equivoco. Il crimine di deportazione, così come il crimine di trasferimento forzato di popolazione, è un crimine a dolo generico: la legge esige la *coscienza* e *volontà* del fatto materiale. Sarebbe quindi contrario al principio di legalità ritenere colpevole per deportazione un soggetto che, pur rappresentandosi la possibile fuga di civili dal rispettivo luogo di residenza come conseguenza di una propria condotta, ne accetta l'eventualità. In tal caso, infatti, pur sussistendo la *coscienza* dell'evento, mancherebbe la *volontà* dello stesso, elemento essenziale per l'integrazione del dolo generico.

Per fare un esempio chiarificatore, poniamo che sussistano due situazioni tra loro differenti. Nel primo caso, il capo di un corpo d'armata assedia una cittadina disseminando il terrore tra i civili. Questi ultimi, presi dal panico, abbandonano in massa il loro luogo di residenza per trasferirsi in un altro posto più sicuro oltre confine. Il capo del corpo d'armata si è rappresentato mentalmente l'esodo dei civili come conseguenza della sua azione, ma non ha voluto tale evento. La prova materiale della mancanza dell'elemento volitivo è data dal fatto che questi non ha ordinato al proprio corpo d'armata di porre in essere alcuna condotta volta ad

⁽²³³⁾ Un esempio di deportazione condotta mediante inganno è fornito dal collegio giudicante medesimo che richiama il caso *Prosecutor v. Krstić*, ricordando come “In the Krstić Trial Judgement, for example, the Trial Chamber held that ‘despite the attempts by the VRS to make it look like a voluntary movement, the Bosnian Muslims of Srebrenica were not exercising a genuine choice to go, but reacted reflexively to a certainty that their survival depended on their flight’”.

⁽²³⁴⁾ *Prosecutor v. Milomir Stakic (Appeals Chamber)*, par. 279

⁽²³⁵⁾ *Prosecutor v. Milomir Stakic (Trial Chamber)*, par. 707 ripreso in *Prosecutor v. Milomir Stakic (Appeals Chamber)*, par. 282.

agevolare l'esodo della popolazione. Non ha, ad esempio, ordinato lo spostamento dei civili a mezzo di autovetture, o a piedi, sotto scorta dei militari.

A fronte di tali evidenze, il capo del corpo d'armata non potrà essere condannato per deportazione (o trasferimento forzato nel caso di mancanza dell'elemento transfrontaliero) dal momento che l'esodo della popolazione è solamente una conseguenza della sua condotta, ma non è stata da esso voluto.

Diverso sarebbe, invece, se il capo del corpo d'armata si rappresentasse e volesse l'esodo dei civili, e, oltre a causarlo tramite un attacco indiscriminato atto a creare il panico tra la popolazione, lo agevolasse tramite condotte di trasporto materiale dei civili, quali ad esempio lo spostamento degli stessi a mezzo di furgoni o vagoni ferroviari.

In tal caso, infatti, la condotta di colui che ordina (o esegue materialmente) la deportazione è sintomatica della sua *volontà* di integrazione del fatto tipico di reato, volontà che si aggiunge alla *coscienza* dell'evento ed integra, quindi, il dolo generico richiesto per la consumazione del crimine di deportazione.

Da ultimo, è rilevante sottolineare quanto affermato dall'*Appeals Chamber*, ossia che nonostante il trasferimento di civili per ragioni umanitarie sia, in certe situazioni, giustificabile, tale causa di esclusione dell'illecito non opera quando la crisi umanitaria che sarebbe in astratto atta a giustificare il trasferimento dei civili è il risultato di una condotta illecita dell'accusato del crimine di deportazione o trasferimento forzato. Nello specifico, la Camera afferma che “[a]lthough displacement for humanitarian reasons is justifiable in certain situations, the Appeals Chamber agrees with the Prosecution that it is not justifiable where the humanitarian crisis that caused the displacement is itself the result of the accused’s own unlawful activity”⁽²³⁶⁾.

Nel par. 288 della sentenza in esame, l'*Appeals Chamber* si sofferma sull'analisi di quanto affermato dalla *Trial Chamber* al par. 680, ossia che l'individuazione dell'elemento di trasferimento della popolazione cross-border, sia esso un confine

⁽²³⁶⁾ *Prosecutor v. Milomir Stakic (Appeals Chamber)*, par.287.

de jure o *de facto*, è un'operazione del tutto trascurabile dal momento che, in realtà, deportazione e trasferimento forzato sono il medesimo crimine.

Tale interpretazione, si legge tra le righe della sentenza dell'*Appeals Chamber*, sembra essere non solo affrettata e non supportata da valide argomentazioni, ma anche eccessivamente fantasiosa e incurante del principio di legalità.

La *Trial Chamber* aveva infatti, nel paragrafo precedentemente citato, affermato che “[i]t is enlightening in this context to consider how the crime of deportation has been regulated in the Statute of the International Criminal Court. That Statute utilises a single category of ‘deportation or forcible transfer of population’ and defines this crime as the ‘forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law’. According to the Elements of Crimes for the International Criminal Court, the first element of this crime against humanity is that ‘[t]he perpetrator deported or forcibly transferred, without grounds under international law, one or more persons to another State or location, by expulsion or other coercive acts.’ While such simultaneous use of both terms (deportation and forcible transfer) might create terminological confusion in the law, it is clear that the Statute of the International Criminal Court does not require proof of crossing an international border but only that the civilian population was displaced”⁽²³⁷⁾.

Il limite di tale ragionamento è evidente, e viene ammesso dalla stessa *Trial Chamber* nel passo di sentenza immediatamente successivo a quello ora riportato. Il termine di paragone su cui appoggia tutto il ragionamento logico della *Trial Chamber*, infatti, è la definizione di deportazione e trasferimento forzato contenuta nello Statuto della ICC, Statuto che è temporalmente successivo sia ai fatti oggetto del caso *Stakic*, sia alla nascita dell'ICTY. Né la mancanza di logicità giuridica del ragionamento può essere sanata dalla considerazione relativa al fatto che “customary international law has long penalised forced population displacements and the fact that the Statute of the International Criminal Court has accepted the two terms ‘deportation’ and ‘forcible transfer’ in one and the same

⁽²³⁷⁾ *Prosecutor v. Milomir Stakic (Trial Chamber)*, par.680.

category only strengthens the view that what has in the jurisprudence been considered two separate crimes is in reality one and the same crime” (238).

Con l'intento di chiarire definitivamente l'eventuale differenza tra il Crimine di deportazione e quello di trasferimento forzato, dimostrando che l'elemento discriminante forte tra le due *figurae criminis* è proprio il superamento di un confine *de jure* o *de facto*, l'*Appeals Chamber* pone in essere un'importante ricognizione delle fonti internazionali in materia. Tra le fonti citate nella sentenza in esame, si ricordano i casi *Milch* e *Krupp*, portati all'attenzione del Tribunale di Norimberga successivamente alla Seconda Guerra Mondiale, l'art. 49 della IV Convenzione di Ginevra e gli articoli 85 e 17 del primo e del secondo Protocollo Addizionale, nonché il *Draft Code* del 1991 sui crimini contro la pace e l'umanità. Rilevante, infine, è anche il richiamo, nei parr. 298 e 299 del caso *Stakic*, alla giurisprudenza del Tribunale (*Trial Chamber*) nei casi *Krstic*, *Brdanin* e *Nikolic*. In quest'ultimo caso, la *Trial Chamber* ha sottolineato come il superamento di un confine *de facto*, ancorchè non riconosciuto a livello internazionale, sia sufficiente per l'integrazione del crimine di deportazione. *A contrariis*, tale ragionamento suffraga la tesi che vede la deportazione come concettualmente differente dal trasferimento forzato, essendo necessario, per l'integrazione del primo crimine, il superamento di un confine sia esso *de jure* o *de facto* (239).

Nel caso *Krstic*, invece, la *Trial Chamber* afferma che deportazione e trasferimento forzato non sono sinonimi, laddove la prima richiede il trasferimento oltre confine, mentre la seconda richiede un trasferimento interno (240).

Tale affermazione viene confermata anche nel caso *Brdanin*, che vede il collegio sottolineare come “[t]he Trial Chamber by a majority vote is unable to agree with the Stakić approach. Significant evidence has been advanced in previous

(238) *Prosecutor v. Milomir Stakic (Trial Chamber)*, par.680.

(239) “[I]t would make little or no sense to prohibit acts of deportation, in the words of the Security Council, ‘regardless of whether they are committed in an armed conflict, international or internal in character’ and at the same time to limit the possibility of punishment to cases involving transfers across internationally recognised borders only”. *Prosecutor v. Dragan Nikolic, (Trial Chamber)*, par.23.

(240) *Prosecutor v. Krstic, (Trial Chamber)*, par.678.

judgements of this Tribunal to the effect that, under customary international law, ‘deportation’ requires that an internationally recognised border be crossed. While the Stakić Trial Judgement (and the Prosecution’s Final Brief in the instant case) may advance excellent policy arguments in favour of dispensing with a cross-border element for the crime of deportation, the Trial Chamber is not convinced that this reflects customary international law as it stood at the relevant time. It is customary international law, and not policy, which the Trial Chamber is bound to apply. The Trial Chamber therefore maintains the cross-border element as a criterion in order to distinguish between ‘deportation’ and ‘forcible transfer’”⁽²⁴¹⁾. Anche nel passo appena citato, risulta evidente la critica all’approccio adottato dalla *Trial Chamber* nel caso *Stakic*, un approccio che risulta essere fondato su indeterminate ragioni di politica criminale e non su tassativi elementi giuridici. Alla luce delle considerazioni appena riportate, nonché delle fonti citate, l’*Appeals Chamber* ritiene di poter giungere alle seguenti conclusioni in materia di deportazione e trasferimento forzato.

In primo luogo, secondo l’*Appeals Chamber*, il superamento di un confine è elemento essenziale del crimine di deportazione, nonché elemento discriminante tra il medesimo e il reato internazionale di *forcible transfer*.

In secondo luogo, si sottolinea come alla luce del diritto internazionale consuetudinario codificato dall’art. 49 della IV Convenzione di Ginevra, il confine superato debba essere un confine *de jure*, non bastando il superamento di un confine *de facto* per qualificare un trasferimento forzato come deportazione.

Pur non essendo un confine propriamente *de jure*, la Corte ha sottolineato come anche la dislocazione coatta di parte della popolazione al di fuori di un territorio occupato possa essere qualificato come deportazione, e non come semplice trasferimento forzato.

Nello specifico, quindi, qualora una potenza A occupi parzialmente un territorio di uno Stato B, obbligando parte della popolazione a trasferirsi dai territori occupati ad un’altra zona dello Stato B, sarà integrato il crimine di deportazione

⁽²⁴¹⁾ *Prosecutor v. Brdanin, (Trial Chamber)*, par.542.

da parte dei capi dello Stato A autori dell'operazione pur in assenza del superamento di un confine internazionalmente riconosciuto.

Giunti a tal punto nella trattazione, sorgono spontanei due interrogativi. La prima domanda, non espressamente affrontata dall'*Appeals Chamber* nel caso in esame, verte sulla qualificazione giuridica di un trasferimento oltre frontiera non permanente. La seconda questione, invece, riguarda il trasferimento di persone attraverso "constantly changing frontlines". Tale questione, a differenza della prima, è stata affrontata dall'*Appeals Chamber* nel caso *Stakic* al paragrafo 301 e seguenti.

Il primo interrogativo non ha trovato risposta né nella dottrina né nella giurisprudenza internazionalistica. Ad avviso di chi scrive, sarebbe interessante capire se integra il crimine di deportazione la condotta di colui che trasporta coattivamente una o più persone oltre un confine *de jure*, per poi ricondurle all'interno dello Stato di provenienza. Detto in altre parole, ci si potrebbe chiedere se il trasporto coatto di persone stanziate inizialmente in uno Stato A sul territorio di uno Stato B, trasporto poi culminante in un ritorno sul territorio dello Stato A, integri il crimine di deportazione o di trasferimento forzato.

Ragionando nell'ottica del bene giuridicamente tutelato, ossia il diritto di una popolazione (o di parte di essa) a rimanere nella propria abitazione e nel proprio luogo di residenza, sembrerebbe preferibile ritenere che la condotta suindicata integri non tanto il crimine di deportazione quanto piuttosto quello di trasferimento forzato. Ciò, naturalmente, a patto che la permanenza della popolazione trasferita, sul territorio dello Stato B, sia minimo, o quantomai strumentale al rientro nel territorio dello Stato A.

Al par. 301 della sentenza *Stakic*, l'*Appeals Chamber* affronta, invece, la questione relativa al trasferimento di popolazione attraverso "*constantly changing frontlines*". Nello specifico, si sottolinea come tale fattispecie non possa essere ricondotta automaticamente né nella categoria di un trasferimento oltre confine *de jure*, né nella categoria di un confine *de facto* derivante dall'occupazione di una potenza straniera.

“It is clear from the facts of the case”, afferma il collegio giudicante, “that the constantly changing frontlines in question are neither de jure state borders nor the de facto borders of occupied territory, either of which would automatically be sufficient to amount to deportation under customary international law, as discussed above. Therefore, it is necessary to examine whether customary international law would support a finding that ‘constantly changing frontlines’ may amount to de facto borders sufficient for the purposes of the crime of deportation”⁽²⁴²⁾.

La questione, allora, si sposta su un piano differente: è necessario dimostrare che il trasferimento *cross constantly changing frontlines* può essere considerato, ai sensi del diritto internazionale consuetudinario, come un più generale confine *de facto* non derivante da occupazione.

Allo stato del diritto ai tempi del giudizio, l’*Appeals Chamber* rileva come non vi siano evidenze di una consuetudine sul punto: affermare che il crimine di deportazione copra anche condotte di trasferimento attraverso confini cangianti in virtù di una non meglio identificata consuetudine sul punto integra una violazione del principio *nullum crimen sine lege*⁽²⁴³⁾.

Un’ultima questione riguarda l’oggetto della *mens rea*, ossia l’intento di trasferire la popolazione. La questione è già stata precedentemente affrontata in via tangente, ma ora si rende necessario un approfondimento.

La *Trial Chamber* nel caso *Stakic* aveva affermato che il crimine di deportazione necessita dell’intento di spostare permanentemente la popolazione. Ciò sulla base di un’interpretazione data dal Comitato Internazionale della Croce Rossa all’art. 49 della IV Convenzione di Ginevra.

Nel Commentario alla IV Convenzione, infatti, si legge che “[u]nlike deportation and forcible transfers, evacuation is a provisional measure entirely negative in character, and is, moreover, often taken in the interests of the protected persons themselves”.

⁽²⁴²⁾ *Prosecutor v. Milomir Stakic (Appeals Chamber)*, par. 301.

⁽²⁴³⁾ *Prosecutor v. Milomir Stakic (Appeals Chamber)*, par. 302.

Sulla base di tale considerazione, il collegio della *Trial Chamber* ha statuito, *a contrariis*, che la deportazione deve intendersi come trasferimento *permanente* di popolazione.

Tale interpretazione non ha incontrato il favore dell'*Appeals Chamber* (par. 306), che ha ritenuto inopportuno fare eccessivo riferimento al Commentario della Convenzione di Ginevra, fonte certamente autorevole ma non fondamentale in materia. Secondo la Camera, inoltre, “the Commentary to Article 49 in particular is primarily an attempt to distinguish ‘evacuation’, a form of removal permitted by the Convention which is by definition provisional, from the crimes of deportation and forcible transfer”⁽²⁴⁴⁾.

Si è quindi dimostrato, facendo ampio riferimento alla sentenza dell'*Appeals Chamber* nel caso *Stakic*, come in ossequio al principio di legalità ci sia una netta differenza tra il crimine di deportazione e quello di trasferimento forzato. Mentre il primo comporta un ineliminabile valico di confine, il secondo si consuma all'interno del medesimo Stato di stanziamento delle vittime.

In secondo luogo, la deportazione si consuma sia al passaggio di un confine *de jure*, sia al passaggio di un confine *de facto*, come ad esempio quello derivante da un'occupazione in tempo di guerra. Non può, tuttavia, essere considerato come confine *de facto* un confine che, a causa di circostanze straordinarie, è costantemente cangiante.

Né, tantomeno, è necessario che l'autore della deportazione abbia l'intento di spostare definitivamente la popolazione deportata.

⁽²⁴⁴⁾ *Prosecutor v. Milomir Stakic (Appeals Chamber)*, par. 307.

CAPITOLO III

I CRIMINI DI DEPORTAZIONE E DI TRASFERIMENTO FORZATO NELLO STATUTO E NELLA GIURISPRUDENZA DELL'ICC

1. Il contesto e la competenza della Corte (cenni)

L'ICC, secondo quanto statuito dal primo articolo dello Statuto di Roma, è una giurisdizione complementare alle giurisdizioni nazionali, permanente e dotata di competenza a giudicare delle persone fisiche che hanno commesso i più gravi crimini internazionali (crimini di guerra e crimini contro l'umanità) disciplinati dallo Statuto medesimo ⁽²⁴⁵⁾.

L'ICC, a differenza delle precedenti giurisdizioni penali internazionali, è il primo organo permanente dotato di competenza a giudicare dei crimini internazionali. Le precedenti giurisdizioni, infatti, dal Tribunale di Norimberga fino all'ICTY, hanno avuto il carattere meramente transitorio di giurisdizione creata *ad hoc* per giudicare specifici crimini commessi in contesti bellici di particolare gravità per la pace e la convivenza della Comunità internazionale.

L'ICC, invece, è l'apice di un progetto volto a prevedere un'istituzione complessa e permanente, finalizzata – secondo le due ottiche storicamente intrinseche al diritto penale interno e internazionale, ossia l'ottica preventiva e quella repressiva – a condannare e prevenire i principali crimini di guerra e contro l'umanità, reati di natura prevalentemente consuetudinaria attorno ai quali si è concentrata l'attenzione della Comunità degli Stati.

Affinchè la competenza dell'ICC venga attivata, è necessario che lo Stato nazionale che avrebbe naturale giurisdizione sul crimine o sui crimini commessi non possa o non voglia procedere.

⁽²⁴⁵⁾ V. in merito G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale...cit.* e A. LANCIOTTI, *La Corte penale internazionale e la repressione delle gravi violazioni del diritto umanitario*, Giappichelli, 2013.

L'ICC è entrata in vigore non nel momento dell'adozione dello Statuto di Roma, ossia il 17 luglio 1998, quanto piuttosto nel momento dell'entrata in vigore dello stesso come accordo internazionale, il primo giorno del mese successivo al sessantesimo giorno che segue la data di deposito del sessantesimo strumento di ratifica, accettazione, approvazione o adesione presso il segretario generale delle Nazioni Unite, il tutto ai sensi dell'art. 126 dello Statuto dell'ICC.

L'ICC ha sede a l'Aja, capitale che storicamente ha da sempre ospitato le principali giurisdizioni penali internazionali (si pensi, ad esempio, all'ICTY o alle sezioni d'appello dell'ICTR).

I processi si svolgono prevalentemente a l'Aja, ma nulla vieta che possano svolgersi anche altrove, qualora motivate esigenze lo richiedano.

L'ICC possiede tutti i crismi di un'organizzazione internazionale vera e propria, basata su un accordo istitutivo e dotata di personalità giuridica interna e internazionale distinta da quella degli Stati membri.

La Corte è dotata di propri fondi, necessari per il normale svolgimento dell'attività della stessa, e possiede capacità giuridica necessaria al raggiungimento degli scopi della stessa.

Si tratta di un elemento che non rappresenta una novità sul piano del diritto internazionale, ma di non secondaria rilevanza per garantire l'indipendenza e l'efficacia dell'operato della Corte.

Essa, infatti, potrà esercitare le competenze ad essa riconosciute dal relativo Statuto, ma, in virtù della teoria dei poteri impliciti, anche quelle necessarie al raggiungimento dei fini propri dell'Organizzazione stessa.

Giova, quindi, ripeterlo nuovamente: a differenza di altre giurisdizioni permanenti, l'ICC non è un organo giurisdizionale di un'Organizzazione internazionale, ma è essa stessa un'Organizzazione internazionale.

Oltre alla personalità giuridica di diritto internazionale, la Corte è dotata di una personalità giuridica di diritto interno agli Stati membri.

In quanto Organizzazione internazionale intergovernativa, la Corte non rappresenta un singolo Stato, ma si fa portavoce dell'intera Comunità

internazionale, guardiana dell'esigenza repressiva dei principali crimini contro l'umanità.

Proprio per tali motivi, è quantomai essenziale che l'ICC operi in condizioni di totale imparzialità e indipendenza, stante per l'appunto la natura giurisdizionale della stessa, a maggior ragione se si considera la peculiarità di un processo penale internazionale ad un singolo individuo.

A ben vedere, si può ritenere che l'ICC rappresenti un importante passo avanti verso l'obiettivo di una giurisdizione penale internazionale effettivamente, ossia sia *de jure* che *de facto*, terza e indipendente.

Il Tribunale di Norimberga, infatti, non presentava caratteristiche di terzietà e indipendenza: i giudici del collegio giudicante potevano essere rimossi in corso di processo, e non solo per malattia o grave impedimento.

Non solo: i procuratori erano espressione della volontà delle Potenze Alleate, e quindi tutt'altro che imparziali e indipendenti.

Anche l'operato dell'ICTY ha ricevuto pesanti critiche, non tanto per una paventata mancanza di terzietà e indipendenza sulla carta, quanto piuttosto perché *de facto*, si è visto, nell'operato dello stesso, un esempio di giustizia punitiva e parziale, che ha voluto colpire prevalentemente l'etnia serba.

Da ultimo, e prima di procedere all'analisi della struttura della Corte, si deve ricordare che i giudici, il *Prosecutor* e il personale tutto della Corte non sono rappresentanti dello Stato di rispettiva nazionalità, ma funzionari indipendenti di un'Organizzazione autonoma.

In quanto tali, godono di particolari privilegi e immunità, finalizzati a mantenerne l'indipendenza nello svolgimento dell'attività e a limitare al minimo le interferenze esterne sia statali che non.

L'ICC è formata da 18 giudici, che devono rappresentare i principali sistemi giuridici del mondo. La composizione della Corte deve rispettare una congrua proporzione tra uomini e donne. Da ricordare, inoltre, come non possano essere presenti in contemporanea, all'interno della Corte, due giudici con la medesima

nazionalità. I giudici vengono eletti dall'Assemblea degli Stati e restano in carica per 9 anni, con mandato non rinnovabile.

L'attività di giudice della ICC è incompatibile con altre attività professionali, e deve essere pertanto svolta a tempo pieno.

La procedura di elezione dei giudici segue un meccanismo complesso, che prevede la presentazione di due liste di candidati. La prima lista comprende i giudici che hanno competenza prevalentemente penalistica, mentre la seconda lista riguarda i giudici che hanno competenza prevalentemente internazionalistica. Dei 18 giudici, almeno 9 dovranno avere competenza penalistica. Tale vincolo, invece, non sussiste per i giudici di competenza prevalentemente internazionalistica.

I giudici della Corte godono di particolari privilegi e immunità per atti svolti nell'esercizio delle proprie funzioni.

Tre sono le sezioni che compongono la Corte: la Sezione preliminare, la Sezione di primo grado e la Sezione d'appello. Le prime due Sezioni sono composte da almeno 6 giudici, di cui la maggioranza deve avere competenza penalistica. La Sezione d'appello è, invece, composta da Presidente e altri 4 giudici. Salvo che sia diversamente statuito, la Corte delibera a maggioranza dei presenti con prevalenza del voto del Presidente in caso di parità.

Il Presidente della Corte è a capo della ICC, nonché dell'Ufficio di Presidenza. Quest'ultimo è formato dal presidente stesso e dal primo e secondo vice-Presidente, restanti in carica per 3 anni, con mandato rinnovabile, a maggioranza assoluta dei membri della Corte.

Tra le varie funzioni del Presidente indicate dallo Statuto, si ricorda che questi può: (1) presentare all'Assemblea degli Stati parte un progetto di codice deontologico per l'avvocato che esercita la sua professione davanti alla ICC (2) designare i giudici supplenti (3) pubblicare in tutte le lingue ufficiali, alla stregua delle sentenze, le proprie decisioni nei processi davanti alla Corte (4) aumentare il numero dei giudici della Corte, qualora il carico di lavoro lo richieda (5) diminuire il numero dei giudici precedentemente aumentato, qualora la situazione contingente e straordinaria di aumento del carico di lavoro che aveva motivato

l'aumento dei giudici venga meno (da sottolineare, tuttavia, come i giudici non possano mai scendere sotto al numero minimo di 18) (6) decidere se impiegare alcuni giudici a tempo pieno o parziale.

Il Procuratore o *Prosecutor* è l'organo che sostiene l'accusa davanti alla ICC. Esso, pertanto, pur essendo organo della Corte, agisce indipendentemente e separatamente da essa.

Il Procuratore è a capo del proprio Ufficio, riceve le comunicazioni in merito alle *notiziae criminis* e avvia le operazioni di investigazione. Nel caso in cui vi siano indizi di colpevolezza, il procuratore rinvia a giudizio gli accusati e sostiene l'accusa.

Il Procuratore viene eletto dall'Assemblea degli Stati, a maggioranza assoluta e a scrutinio segreto, per un mandato di 9 anni non rinnovabile.

Fanno parte dell'Ufficio del Procuratore anche i vice-Procuratori o Procuratori aggiunti, di differente nazionalità, e gli investigatori impiegati durante la fase delle indagini.

In merito alla figura dei Procuratori aggiunti, va sottolineato come questi abbiano le stesse caratteristiche del procuratore in quanto a imparzialità e indipendenza. Sia il Procuratore che i Procuratori aggiunti, inoltre, non possono delegare le funzioni essenziali a membri dello Staff dell'Ufficio che non abbiano la qualifica di Procuratore o vice-Procuratore. In relazione a queste ultime figure, si deve sottolineare come si tratti di personale messo a disposizione della ICC da parte degli Stati parte, delle OIG e delle ONG, a titolo gratuito. Trattandosi di personale a rischio di parzialità (con conseguente rischio in merito a possibili interferenze da parte di Stati o Organizzazioni internazionali), si può ben comprendere la *ratio* della disposizione in commento, finalizzata a preservare l'imparzialità e l'indipendenza dell'accusa.

Relativamente all'impulso processuale, si deve ricordare che il Procuratore può avviare le indagini su richiesta del Consiglio di Sicurezza dell'ONU, di propria iniziativa ovvero anche su richiesta di uno o più Stati parte.

Stante la particolare natura dei crimini che solitamente vengono portati all'attenzione della ICC, all'interno dell'organizzazione della stessa riveste un ruolo importante l'Unità per la protezione delle vittime e dei testimoni, incaricata di fornire assistenza morale e materiale alle vittime dei crimini internazionali nonché ai testimoni chiamati a deporre durante i processi dell'ICC.

L'Unità è formata da personale altamente qualificato in materia penalistica ma anche in campo psicologico.

Presieduta dal Cancelliere, eletto a maggioranza assoluta dai giudici della Corte con scrutinio segreto e mandato di 5 anni rinnovabile per un volta, la Cancelleria si occupa degli aspetti burocratici di amministrazione della Corte. Tra le varie funzioni chiamata a svolgere, si sottolinea quella di notificazione dei vari atti processuali.

In merito alle lingue ufficiali della Corte, si deve distinguere tra lingue di lavoro e lingue di pubblicazione degli atti.

Le lingue di lavoro sono inglese e francese. In caso di motivata richiesta, la Corte può autorizzare all'utilizzo di una lingua diversa dal francese e dall'inglese.

Le sentenze e le principali decisioni giudiziarie, invece, devono essere pubblicate nelle lingue ufficiali della Corte, che sono le stesse delle Nazioni Unite, ossia arabo, cinese, inglese, francese, russo e spagnolo.

2. Deportazione e trasferimento forzato: la definizione dello Statuto della ICC e quella degli *Elements of Crimes*

Lo Statuto della ICC annovera il crimine di deportazione sia tra i crimini contro l'umanità che tra i crimini di guerra. L'art. 7 afferma che “[f]or the purpose of this Statute, ‘crime against humanity’ means any of the following acts when committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population, with knowledge of the attack: [...] (d) Deportation or forcible transfer of population [...]”. L'articolo prosegue affermando che “[d]eportation or

forcible transfer of population' means forced displacement of the persons concerned by expulsion or other coercive acts from the area in which they are lawfully present, without grounds permitted under international law". L'art. 8, relativo ai crimini di guerra, afferma che "[f]or the purpose of this Statute, 'war crime' means: (a) Grave breaches of the Geneva Conventions of 12 August 1949, namely, any of the following acts against persons or property protected under the provisions of the relevant Geneva Convention: [...] (vii) Unlawful deportation or transfer or unlawful confinement; [...]"]".

Il crimine di deportazione, inoltre, è anche menzionato tra le altre violazioni delle leggi e delle consuetudini di guerra, sub lettera b) dell'articolo di cui sopra: "[o]ther serious violations of the laws and customs applicable in international armed conflict, within the established framework of international law, namely, any of the following acts: [...] (viii) [t]he transfer, directly or indirectly, by the Occupying Power of parts of its own civilian population into the territory it occupies, or the deportation or transfer of all or parts of the population of the occupied territory within or outside this territory".

Ancora una volta, l'unica differenza intercorrente tra deportazione e trasferimento forzato sarebbe il carattere *cross-border* della prima, non ravvisabile come elemento costitutivo della condotta di trasferimento forzato, destinata ad esaurirsi all'interno dello Stato di soggiorno iniziale della vittima o delle vittime.

Conditio sine qua non per l'integrazione dei due crimini in esame è la natura coattiva dello spostamento della vittima, che, come sottolineato in dottrina ⁽²⁴⁶⁾, deve essere involontario, ossia posto in essere in condizioni fisiche o psicologiche tali da non permettere una scelta genuina e autentica da parte del soggetto trasferito.

In merito, inoltre, all'elemento psicologico dei crimini di deportazione e trasferimento forzato, esso deve consistere non solo nella coscienza e volontà di

⁽²⁴⁶⁾ Cfr., *inter multos*, G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale...cit.* p. 638 e 639.

trasferire la vittima, ma anche nella consapevolezza che tale trasferimento abbia carattere duraturo, o persino definitivo.

Detto in altre parole, non rilevano, ai fini dell'applicazione della fattispecie incriminatrice, spostamenti temporanei della vittima.

3. Il rapporto tra il crimine di deportazione/trasferimento forzato e la tratta di esseri umani

Allo stato attuale del diritto, né la deportazione né il trasferimento forzato sono giunti all'attenzione della ICC. E' pertanto impossibile effettuare un'analisi delle *figurae criminis* oggetto di studio alla luce della giurisprudenza della Corte, ossia del diritto vivente.

Ciononostante, si possono svolgere alcune considerazioni in merito al rapporto tra tratta di esseri umani e deportazione, a partire da quanto affermato all'interno degli *Elements of Crimes* della ICC, già più volte richiamati per risolvere dubbi ermeneutici relativi ai crimini di competenza della Corte.

Prima di procedere, tuttavia, all'analisi del rapporto intercorrente tra tratta di esseri umani e deportazione, è necessario porre due premesse.

In primo luogo, si deve tenere ben presente come gli *Elements of Crimes*, seppur utili per sanare eventuali dubbi ermeneutici sollevati dalle disposizioni dello Statuto dell'ICC, sono a questo gerarchicamente subordinati.

In secondo luogo, giova ricordare come le disposizioni dello Statuto debbano essere interpretate in maniera funzionale alla più intensa protezione del bene giuridicamente tutelato, nello specifico il diritto del soggetto passivo a non essere forzatamente trasferito, nonché la libertà di autodeterminazione della vittima.

Poste tali doverose premesse, si può sottolineare come l'art 7 (1) (d) (1) degli *Elements of Crimes* affermi che i crimini di deportazione e trasferimento forzato sono integrati laddove “[t]he perpetrator deported or forcibly transferred, without

grounds permitted under international law, *one or more persons* to another State or location, by expulsion or other coercive acts” (corsivo aggiunto).

Stando, quindi, alla lettera del testo, sembrerebbe che la deportazione sussista anche in assenza di un trasferimento di massa di popolazione, essendo sufficiente che l'autore del crimine trasporti contro la sua volontà anche un solo individuo.

Parte della dottrina ⁽²⁴⁷⁾ ritiene che una simile interpretazione sia concettualmente errata in quanto contraria al rapporto gerarchico intercorrente tra Statuto e *Elements*, che vede il primo prevalere sui secondi.

Tale obiezione può essere prontamente smentita se, invece di ragionare in un'ottica di gerarchia delle fonti, ci si focalizza sul ruolo degli *Elements*. Tale fonte del diritto internazionale ha, infatti, sì una funzione ancillare rispetto allo Statuto, ma nel contempo è stata creata proprio per precisare eventuali dubbi ermeneutici propri dello stesso.

Detto in altre parole, gli *Elements* sono stati creati proprio per riempire di significati determinati le maglie larghe dello Statuto, in ossequio al principio di determinatezza e tassatività del diritto penale.

Da ciò consegue, quindi, che il confronto non dovrà essere tra Statuto ed *Elements*, con prevalenza del primo sui secondi, quanto piuttosto tra termine “population” e “persons” (contenuti nello Statuto) e locuzione “one or more persons” contenuta negli *Elements*. Impostando la questione in tali termini, ne deriverà la prevalenza della locuzione “one or more persons” sul concetto di “population”, in virtù della maggior determinatezza della prima rispetto al secondo.

Come riportato in dottrina ⁽²⁴⁸⁾, la tesi orora esposta viene condivisa anche da alcuni Autori ⁽²⁴⁹⁾ e dalla giurisprudenza internazionale ⁽²⁵⁰⁾.

Tale soluzione interpretativa sembra essere la migliore anche dal punto di vista della politica criminale, in quanto volta a fornire una maggiore tutela del bene giuridicamente protetto dalla fattispecie incriminatrice.

⁽²⁴⁷⁾ G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale...cit.* p. 637.

⁽²⁴⁸⁾ G. LATTANZI, V. MONETTI (a cura di), *La Corte penale internazionale...cit.* p. 638.

⁽²⁴⁹⁾ M. CHERIF BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1999, pag. 301.

⁽²⁵⁰⁾ *Prosecutor v. Milomir Stakic (Trial Chamber)*, par. 685.

CAPITOLO IV

CONCLUSIONI

1. La competenza della ICC in merito al crimine di tratta di esseri umani

Nella prima parte dell'opera si è cercato di dimostrare come il diritto internazionale si sia evoluto verso la definizione di una norma consuetudinaria di tratta di esseri umani, definizione che verte attorno al trasporto spaziale della vittima ed esclude la condotta di colui che, senza concorrere in alcun modo al trasporto del soggetto passivo del reato, usufruisce dei servizi dello stesso.

Si è anche ricordato come l'integrazione del fine di sfruttamento oggetto del dolo specifico di reato non è *conditio sine qua non* per la consumazione del crimine di *trafficking*.

Nel contempo, riconoscere che il crimine di deportazione (e trasferimento forzato, se consumato all'interno del medesimo Stato) viene consumato anche qualora sia perpetrato nei confronti di una sola vittima, porta a concludere che sia dal punto di vista della condotta, sia dal punto di vista del soggetto passivo del reato, tratta di esseri umani e deportazione/trasferimento forzato diventano due *figurae criminis* perfettamente sovrapponibili. In altre parole, si tratterebbe del medesimo significato proposto dietro due differenti significanti.

Se, tuttavia, ci si spinge oltre nel ragionamento, includendo nei termini di confronto anche il dolo, ossia la *mens rea*, allora ecco che il crimine di deportazione/trasferimento forzato diventa un sottoinsieme del più grande insieme "tratta di esseri umani". Tra i due crimini, in altre parole, intercorre un rapporto di inclusione del secondo nei confronti del primo, dal momento che la tratta di esseri umani richiede, per potersi dire consumata, tutti gli elementi della deportazione più un *quid pluris* consistente nel dolo specifico di sfruttamento.

Nonostante, quindi, parte della letteratura giuridica definisca la tratta di esseri umani come una moderna forma di schiavitù, si può, alla luce delle considerazioni svolte, ritenere che l'assimilazione della tratta alla schiavitù abbia senso solo se

considerata dal punto di vista sociologico-assiologico, ma sia errata dal punto di vista *stricto sensu* giuridico. Ragionando in termini di geometria giuridica, infatti, la tratta presenta molte più affinità con il crimine di deportazione/trasferimento forzato che con il crimine di schiavitù.

La conseguenza che deriva dalle tesi suesposte è di primaria importanza, e investe la competenza della ICC in merito al crimine di *trafficking*.

Ritenere, infatti, che sussista un rapporto di inclusione tra la tratta di esseri umani e il crimine di deportazione, risolvibile nell'equazione *tratta = deportazione + quid pluris* non sarebbe di per sé sufficiente a dimostrare la competenza della Corte a giudicare del crimine di tratta, perché se è vero che *in maior stat minus*, non è vero il contrario; non è quindi vero che se la Corte è competente a giudicare del crimine incluso, è altrettanto competente a giudicare del crimine includente, ossia la tratta di esseri umani.

A tagliare tale nodo gordiano, tuttavia, interviene una considerazione ulteriore, ma di per sé sufficiente a smontare il ragionamento appena esposto.

Nell'equazione *tratta = deportazione + quid pluris*, il *quid pluris* è caratterizzato dal dolo specifico di sfruttamento, dolo specifico la cui integrazione, tra l'altro, non è necessaria ai fini della consumazione del crimine di tratta.

Dal punto di vista pratico, quindi, il fatto che il soggetto agente sia animato da un dolo specifico di sfruttamento o dal semplice dolo generico consistente nella volontà di trasferire la vittima del reato, rileva solamente ai fini della classificazione formale del reato, laddove formale deve intendersi come sinonimo di formalistica.

Se, quindi, fosse portata all'attenzione della Corte una condotta criminosa consistente nel trasferimento di uno o più soggetti passivi, condotta formalmente qualificata come deportazione (o trasferimento forzato, giova ripeterlo, nel caso di mancata consumazione *intra limes*), la Camera non avrebbe alcuna ragione di indagare l'esistenza del dolo specifico di sfruttamento, incorrendo tra l'altro nel rischio di andare *ultra petita*.

Né avrebbe senso, in questo caso, richiamare l'applicazione della *regulation 55* delle *regulations of the Court*, la quale, in applicazione del principio *iura novit*

curia, permette al collegio giudicante la riqualificazione dei fatti avanzati dal *Prosecutor* in modo da riqualificare un crimine di guerra in crimine contro l'umanità o viceversa.

Tale obiezione, si diceva, non avrebbe senso per due motivi.

In primo luogo, perché la *regulation 55* permette sì la riqualificazione dei fatti oggetto del processo, ma solamente a patto che tale riqualificazione operi tra (1) crimini di guerra e crimini contro l'umanità, o viceversa (2) crimini di guerra e genocidio, o viceversa (3) crimini contro l'umanità e genocidio, o viceversa. Non si fa, invece, menzione a figure criminali non contenute negli articoli 6, 7 e 8 dello Statuto.

Tale contro obiezione, tuttavia, presenta, all'apparenza, un punto debole di non secondaria importanza.

Si potrebbe, infatti, ribattere affermando che l'accertamento del dolo specifico di sfruttamento non si sostanzierebbe in una riqualificazione dei fatti bensì in un accertamento della situazione *de facto* sufficiente a motivare il difetto di competenza della Corte.

Nulla di più falso. Ancora una volta, tale conclusione viene smontata da un ragionamento di logica giuridica. Dal momento che, infatti, si è dimostrato che, icasticamente ragionando, la deportazione è un sottoinsieme del *genus* tratta di esseri umani, si può dedurre che l'accertamento del dolo specifico di sfruttamento da parte del collegio giudicante non esoneri lo stesso dall'obbligo di pronunciare sentenza in merito ai fatti integranti la deportazione.

La conclusione, di conseguenza, è che, *qualora sussistano le condizioni per l'attivazione della competenza della ICC*, detto giudice internazionale è competente a conoscere sia del crimine di tratta che del crimine di deportazione. Si tratta infatti di due crimini che, seppur formalmente (o formalisticamente) distinti, si dimostrano sostanzialmente legati da forti elementi di continuità e da un rapporto di inclusione sufficiente a legittimare la ICC a conoscere e giudicare, dietro la formale imputazione di deportazione, l'intera condotta integrante il crimine di tratta di esseri umani.

Bibliografia

- AA. VV., *White Paper On The Border Between The Republic Of Slovenia And The Republic Of Croatia*, S.L., 2006
- AA. VV., *Slovensko Pravno in gospodartsvo ob vstopu slovenije v evropsko unijo*, Pravna Fakulteta ed., Nova Gorica, 2004
- AA. VV., *Enciclopedia del diritto. Annali, Volume 5*, Giuffrè, Milano, 2012
- AA. VV., *Human Rights, A Compilation Of International Instruments - Universal Instruments*, Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, Geneva, 1994
- AA. VV., *International Human Rights And Humanitarian Law, Treaties, Cases And Analysis*, CUP, Cambridge, 2006
- AA. VV., *The European Convention on Human Rights: Collected Essays*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2007
- ABATI R., *Storia dei Diritti Umani*, GOODmood, Padova, 2013
- ACKERMANN J. E., O'SULLIVAN E., *Practice and Procedure of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia: With Selected Materials from the International Criminal Tribunal for Rwanda*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2000
- AKSAR Y., *Implementing International Humanitarian Law: From the Ad Hoc Tribunals to a Permanent International Criminal Court*, Routledge, London, 2004
- ALFREDSSON G. S., EIDE A., *The Universal Declaration of Human Rights: A Common Standard of Achievement*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1999
- ALLAIN J., *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012
- ALLAIN J., *The Law and Slavery: Prohibiting Human Exploitation*, BRILL, Leiden, 2015

- ALLAIN J., *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, OUP, 2012
- ALSTON P., GOODMAN R., *International Human Rights*, OUP, Oxford, 2012
- AMATI E., *Introduzione al diritto penale internazionale*, Giuffrè, Milano, 2010
- AMBOS K., *Der allgemeine Teil des Völkerstrafrechts: Ansätze einer Dogmatisierung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002
- ANDRASSY J., *Medunarodno pravno*, Udzbenili zagrebackog sveucilista ed., Zagreb, 1958
- ANGHE A., *Imperialism Sovereignty And The Making Of International Law*, CUP, Cambridge, 2018
- ANNONI A., "Gli obblighi internazionali in materia di tratta degli esseri umani", in FORLATI S. (a cura di), *La lotta alla tratta di esseri umani, fra dimensione internazionale e ordinamento interno*, p.1 e ss., Jovene, Napoli, 2013
- APPLETON P., *La traite des blanches*, Université de Lyon, Lyon, 1903
- ASKOLA H. "Article 5" in PEERS S., HERVEY T., KENNER J., WARD A. (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, p. 101 e ss., Bloomsbury Publishing, London, 2014
- BAGGIO R., *Il principio di territorialità ed i limiti alla potestà tributaria*, Giuffrè, Milano, 2009
- BAIR J., *The International Covenant on Civil and Political Rights and its (first) optional protocol: a short commentary based on views, general comments, and concluding observations by the Human Rights Committee*, Peter Lang, Bern, 2005
- BAIRD T., *Human Smuggling in the Eastern Mediterranean*, Taylor & Francis, London, 2016

BALLARD R. L., GOODNO N. H., COCHRAN R. F., *The Intercountry Adoption Debate: Dialogues Across Disciplines*, Cambridge Scholars Publishing, Cambridge, 2015

BANTEKAS I., OETTE L., *International Human Rights, Law and Practice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016

BAPULY B., KNEZ R., KMECL A., *Pravo eu pred slovenskimi sodisci*, Zalobzva, S.L., 2005

BARTROP P. R., *A Biographical Encyclopedia of Contemporary Genocide: Portraits of Evil and Good*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 2012

BARTROP P. R., LEONARD JACOBS S. *Modern Genocide: The Definitive Resource and Document Collection*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 2014

BATES E., *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2010

BELTRANI S., *Codice penale: Il reato: libro 1, artt. 39-58-bis*, Giuffrè, Milano, 2010

BESSON S., TASIIOULAS J., *The Philosophy Of International Law*, OUP, Oxford, 2010

BOAS G., SCHABAS W. (a cura di), *International Criminal Law: Developments in the Case Law of the ICTY*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003

BOEREFIJN I., *The reporting procedure under the Covenant on Civil and Political Rights: practice and procedures of the Human Rights Committee*, Intersentia, Cambridge, 1999

BOGDAN A., "Cumulative Charges, Convictions And Sentencing At The Ad Hoc International Tribunals For The Former Yugoslavia And Rwanda", in *Melbourne Journal of International Law*, p. 341 e ss., 3/2002

BOOT M., *Genocide, Crimes Against Humanity, War Crimes: Nullum Crimen Sine Lege and the Subject Matter Jurisdiction of the International Criminal Court*, Intersentia, Cambridge, 2002

BOSSUYT M. J., *Guide to the "travaux Préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1987

BOUCHET-SAULNIER F., *The Practical Guide to Humanitarian Law*, Rowman & Littlefield Publishers, Lanham, 2013

BOWERS A., HEVENER KAUFMAN N., *Implementing the U.N. Convention on the Rights of the Child: A Standard of Living Adequate for Development*, Greenwood Publishing Group, Santa Barbara, 1999

BRAMMERTZ B. S., JARVIS M., *Prosecuting Conflict-Related Sexual Violence at the ICTY*, Oxford University Press, Oxford, 2016

BREMS E., *Human Rights: Universality and Diversity*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2001

BROWN B. S., *Research Handbook on International Criminal Law*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2011

BUCK T., *International Child Law*, Routledge, London, 2005

BUZZATI G. C., "Les conférences de Paris contre la traite des blanches et la littérature obscène", in *Revue de droit international privé et de droit pénal international*, 6/1910

CALVETTI G., SCOVAZZI T. (a cura di), *Il tribunale per la ex-Iugoslavia: l'attività svolta e il suo prossimo scioglimento*, Giuffrè, Milano, 2007

CANNIZZARO E., *Corso di diritto internazionale*, Giuffrè, Milano, 2011

CARBONE S.M., LUZZATTO R. (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016

CAREY J., DUNLAP W. V., PRITCHARD R. J., *International Humanitarian Law: Origins, Challenges, Prospects*, BRILL, Leiden, 2005

CARINCI F., PIZZOFEFFERATO A., *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, UTET Giuridica, Milano, 2011

CARLSON S. N., GISVOLD G., *Practical Guide to the International Covenant on Civil and Political Rights*, Transnational Publishers, New York, 2003

CARREAU D., MARRELLA F., *Diritto Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2016

CARRERA S., GUILD E., *Irregular Migration, Trafficking and Smuggling of Human Beings: Policy Dilemmas in the EU*, Centre for European Policy Studies, 2016

CASSESE A., GAETA P., BAIG L., FAN M., GOSNELL C., *Cassese's International Criminal Law*, OUP, Oxford, 2013

CASSESE A., *The Oxford Companion to International Criminal Justice*, OUP, Oxford, 2009

CASSESE, A. WHITING A., *International Criminal Law: Cases and Commentary*, OUP, Oxford, 2011

CASSESE A., CHAND VOHRAH L. (a cura di), *Man's Inhumanity to Man: Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2003

CHERIF BASSIOUNI M., *Crimes Against Humanity in International Criminal Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1999

CHERIF BASSIOUNI M., *Crimes against Humanity: Historical Evolution and Contemporary Application*, CUP, Cambridge, 2011

CHERIF BASSIOUNI M., *International Criminal Law: Sources, Subjects and Contents*, BRILL, Leiden, 2008

CHERIF BASSIOUNI M., *Substantive Criminal Law*, Thomas, Springfield, 1978

CHIODI G. M., *I diritti umani: un'immagine epocale*, Guida editori, Napoli, 2000

CLAPHAM A., GAETA P., SASSÓLI M., *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, OUP, Oxford, 2015

CLESSE C., *La traite des êtres humains*, Primento, Bruxelles, 2013

COLÒ F., "Terrore globale e terrori globali: la nascita di una definizione partecipata di terrorismo internazionale", in *Federalismi.it*, p. 2 e ss., 9/2015

COMBS N. A., *Guilty Pleas in International Criminal Law: Constructing a Restorative Justice Approach*, Stanford University Press, Palo Alto, 2007

CONFORTI B., *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018

CONSTANT M., “Combats contre la traite des femmes à la Société des Nations (1920-1940)”, in *Relations internationales*, p. 39 e ss., 3/2007

CONTE A., BURCHILL R., *Defining Civil and Political Rights: The Jurisprudence of the United Nations Human Rights Committee*, Routledge, London, 2016

CRYER R., *An Introduction to International Criminal Law and Procedure*, CUP, Cambridge, 2010

DARRAJ S. M., *The Universal Declaration of Human Rights*, Infobase Publishing, New York, 2010

DAWSON G., FARBER S., *Forcible Displacement Throughout the Ages: Towards an International Convention for the Prevention and Punishment of the Crime of Forcible Displacement*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012

DE BRABANDERE E., VAN DAMME I., *Good Faith in Treaty Interpretation*, in MITCHELL A. D., SORNARAJAH M., VOON T., *Good Faith and International Economic Law*, OUP, Oxford, 2015

DE BROUWER A. M., *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of the ICTY and the ICTR*, Intersentia nv, Cambridge, 2005

DE SALVIA M., ZAGREBELSKY V., *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di Giustizia delle Comunità europee, Volume 1*, Giuffrè, Milano, 2006

DE VERO G., *Corso di diritto penale: II*, Giappichelli, Torino, 2017

DECAUX E., *Les formes contemporaines de l'esclavage*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2009

DEL RE A., LONGO V., PERINI L. (a cura di), *I confini della cittadinanza. Genere, partecipazione politica e vita quotidiana*, FrancoAngeli, Milano, 2010

DELMAS- MARTY M., *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection Versus National Restrictions*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1992

DEMURO G.P., *Il dolo: L'accertamento*, Giuffrè, Milano, 2007

DETRICK S., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1999

DETRICK S., DOEK J. E., CANTWELL N., *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the "Travaux Préparatoires"*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1992

DI STEFANO A., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e principio di sussidiarietà: contributo ad una lettura sistematica degli articoli 13 e 35*, Ed.it, Firenze, 2009

DURO DEGAN V., *Medunarodno pravo*, Pravni fakultet Rijeka, Rijeka, 2000

DURO DEGAN V., PAVISIC B., *Medunarodno kazeno pravo*, Pravni fakultet Rijeka, Rijeka, 2005

EBOLI V., *Gli effetti extraterritoriali della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, UTET, Torino, 2003

EDEL F., *Prohibition of Discrimination Under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe, Strasbourg, 2010

EHRlich L., "L'interprétation des traités", in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, p. 1 e ss., Brill, Leiden, 24/1928

ELLIOTT J., *The Role of Consent in Human Trafficking*, Routledge, London, 2014

ENGELEN F. A., *Interpretation of Tax Treaties under International Law*, IBFD, Amsterdam, 2004

FASSBENDER B., PETERS A., PETER S., HÖGGER D., *The Oxford Handbook of the History of International Law*, OUP, Oxford, 2012

FASTENRATH U., *From Bilateralism to Community Interest: Essays in Honour of Judge Bruno Simma*, OUP, Oxford, 2011

- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2009
- FISCHER H., McDONALD A., *Yearbook of International Humanitarian Law - 2002, Volume 5*, CUP, Cambridge, 2011
- FORSYTHE D. P., *Encyclopedia of Human Rights, Volume 1*, OUP, Oxford, 2009
- FRANCIONI F., *Accesso alla giustizia dell'individuo nel diritto internazionale e dell'Unione europea*, Giuffrè, Milano, 2008
- FREEMAN M., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 3: The Best Interests of the Child*, BRILL, Leiden, 2007
- FUSSEY P., RAWLINSON P., *Child Trafficking in the EU: Policing and Protecting Europe's Most Vulnerable*, Routledge, London, 2007
- GABRIELLI C., "La direttiva sulla tratta di esseri umani tra cooperazione giudiziaria, penale, contrasto all'immigrazione illegale e tutela dei diritti", in *Studi sull'integrazione europea*, p. 609 e ss., Cacucci, Bari, 3/2011
- GALLAGHER T., *The International Law of Human Trafficking*, CUP, Cambridge, 2010
- GARDINER R., *Treaty Interpretation*, OUP, Oxford, 2015
- GHÉBALI V.†, *Contribution à l'étude du fonctionnement des organisation internationales pendant la guerre: Le cas de la société des nations et de l'Organisation internationales du travail*, Primento, Bruxelles, 2013
- GIOIA A., *Diritto internazionale. Manuale breve. Tutto il programma d'esame con domande e risposte commentate*, Giuffrè, Milano, 2013
- GIOVAGNOLI R., *Studi di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, Milano, 2008
- GOLDBLATT B., *Developing the Right to Social Security - A Gender Perspective*, Routledge, London, 2016

- GOMIEN D., HARRIS D., ZWAAK L., *Convention européenne des droits de l'homme et Charte sociale européenne: droit et pratique*, Council of Europe, Strasbourg, 1996
- GRABERT A., *Dynamic Interpretation in International Criminal Law: Striking a Balance between Stability and Change*, Herbert Utz Verlag, Munchen, 2015
- GROVER S. C., *The Torture of Children During Armed Conflicts: The ICC's Failure to Prosecute and the Negation of Children's Human Dignity*, Springer Science & Business Media, Berlin, 2013
- GUERETTE R. T., *Migration, Culture Conflict, Crime and Terrorism*, Routledge, London, 2016
- GUILD E., PAUL P., MINDERHOUD E., *Immigration And Criminal Law in the European Union: The Legal Measures and Social Consequences of Criminal Law in Member States on Trafficking and Smuggling in Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006
- HANNIKAINEN L., *Peremptory Norms (Jus Cogens) In International Law*, Lakimiesliiton Kustannus Ed., Helsinki, 1988
- HARRIS D. J., JOSEPH S., *The International Covenant on Civil and Political Rights and United Kingdom Law*, Clarendon Press, Oxford, 1995
- HARRIS D., O'BOYLE M., BATES E., BUCKLEY C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014
- HELPER M., *Sulla repressione della prostituzione e pornografia minorile: una ricerca comparatistica*, Wolters Kluwer Italia, Milano, 2007
- HELLUM A., SINDING AASEN H., *Women's Human Rights: CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013
- HOOLBROOKE R., *To End A War*, Modern Library, New York, 1998
- JOSEPH S., CASTAN M., *The International Covenant on Civil and Political Rights: Cases, Materials, and Commentary*, OUP, Oxford, 2013

- KENDALL V. M., FUNK T. M., *Child Exploitation and Trafficking: Examining the Global Challenges and U.S. Responses*, Rowman & Littlefield, Lanham, 2012
- KNEEBONE S., DEBELJAK J., *Transnational Crime and Human Rights: Responses to Human Trafficking in the Greater Mekong Subregion*, Routledge, London, 2012
- KOLB R., *La bonne foi en droit international public: Contribution à l'étude des principes généraux de droit*, Graduate Institute Publications, Geneva, 2015
- KOREY W., *NGO's and the Universal Declaration of Human Rights: A Curious Grapevine*, Springer, Berlin, 2001
- KOROSEC D., ZAGOREC D., AMBROZ M., *Mednarodno kazensko pravo praktikum*, Zalozba urdani list Republike Slovenije, 2006
- KUCZYŃSKA H., *The Accusation Model Before the International Criminal Court: Study of Convergence of Criminal Justice Systems*, Springer, Berlin, 2015
- KURY H., REDO S., SHEA E., *Women and Children as Victims and Offenders: Background, Prevention, Reintegration: Suggestions for Succeeding Generations, Volume 1*, Springer, Berlin, 2016
- KYLE D., KOSLOWSKI R., *Global Human Smuggling: Comparative Perspectives*, JHU Press, London, 2001
- LANCIOTTI, A., *La Corte penale internazionale e la repressione delle gravi violazioni del diritto umanitario*, Giappichelli, Torino, 2013
- LATTANZI G., MONETTI V. (a cura di), *La Corte penale internazionale: organi, competenza, reati, processo*, Giuffrè, Milano, 2006
- LAUCCI C., *Code annoté de la Cour pénale internationale, 2008*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012
- LAVAUD-LEGENDRE B. [a cura di], *Prostitution nigériane: Entre rêves de migration et réalités de la traite*, KARTHALA Editions, Paris, 2013

- LENZERINI F., "La definizione internazionale di schiavitù secondo il tribunale per la ex-Jugoslavia: un caso di osmosi tra consuetudine e norme convenzionali", in *Riv. Dir. Int.*, p.1026 e ss., 2/2001
- LEONARD T. M., *Encyclopedia of the Developing World, Volume 3*, Taylor & Francis, Abingdon, 2006
- LINDERFALK U., *On the Interpretation of Treaties: The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer Science & Business Media, Berlin, 2007
- LUSA V., PASCASI S., *La persona oggetto di reato. Reati ed analisi scientifica delle condotte avverse alla vita ed all'incolumità individuale*, Giappichelli, Torino, 2011
- MANIGLIA E., *Rapporti fra le (due) Corti europee in materia di rimedi giurisdizionali: effettività della tutela e giusto processo*, in *Annali del seminario giuridico (2007-2008)*, Giuffrè, Milano, 2009
- MARCHESI A., *Diritti umani e Nazioni Unite. Diritti, obblighi e garanzie*, FrancoAngeli, Milano, 2007
- MARCHESI A., *I diritti dell'uomo e le Nazioni Unite: controllo internazionale e attività statali di organi internazionali*, FrancoAngeli, Milano, 1996
- MATTIUCCI N. (a cura di), *Corpi, linguaggi, violenze: La violenza contro le donne come paradigma*, FrancoAngeli, Milano, 2016
- MCDONALD A., *Yearbook of International Humanitarian Law - 2001, Volume 4*, CUP, Cambridge, 2011
- MCGOLDRICK D., *The Human Rights Committee: Its Role in the Development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994
- MEMMI D., *Le gouvernement des corps*, Éditions de l'École des hautes études en sciences sociales, Paris, 2015
- MERRILLS J. G., *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, Manchester, 1995

MEYER M. K., PRÜGL E., *Gender Politics in Global Governance*, Rowman & Littlefield, Lanham, 1999

MEYERSFELD B., *Domestic Violence and International Law*, Bloomsbury Publishing, New York, 2010

MIKABERIDZE A., *Atrocities, Massacres, and War Crimes: An Encyclopedia [2 Volumes]: An Encyclopedia*, ABC-CLIO, Santa Barbara, 2013

MOREHOUSE C., *Combating Human Trafficking: Policy Gaps and Hidden Political Agendas in the USA and Germany*, Springer Science & Business Media, Berlin, 2009

MORSINK J., *Inherent Human Rights: Philosophical Roots of the Universal Declaration*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2012

MORSINK J., *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2010

MOWBRAY A., *Cases, Materials, and Commentary on the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2012

MOWER G., *The Convention on the Rights of the Child: International Law Support for Children*, Greenwood Publishing Group, Westport, 1997

MULGREW R., ABELS D., *Research Handbook on the International Penal System*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2016

NASCIMBENE B., ABRUZZO F., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo: profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Giuffrè, Milano, 2002

NICKEL J. W., *Making Sense of Human Rights: Philosophical Reflections on the Universal Declaration of Human Rights*, University of California Press, Berkeley, 1987

NOTBURGA K., *The Trial Proceedings Of The International Criminal Court: ICTY And ICTR Precedents*, BRILL, Leiden, 2006

NOVAK M., *Uvod v pravo*, Evropska pravna fakulteta v novi gorici, Nova Gorica, 2010

O'BOKATA T., *Trafficking of Human Beings from a Human Rights Perspective: Towards a More Holistic Approach*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006

O'CONNOR V. M., RAUSCH C., ALBRECHT H., KLEMENČIČ G., *Model Codes for Post-conflict Criminal Justice, Volume 1*, US Institute of Peace Press, Washington, 2007

O'KEEFE R., *International Criminal Law*, OUP, Oxford, 2015

OLUSANYA O., *Double Jeopardy Without Parameters: Re-characterisation in International Criminal Law*, Intersentia nv, Cambridge, 2004

PAVISIC B., BUBALOVIC T., *Medunarodno kazneno pravo*, Pravni fakultet sveucilista u Rijeci, Rijeci, 2013

PETRALIA V., *Equo processo, giudicato nazionale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giappichelli, Torino, 2012

PLOUFFE-MALETTE K., *Protection des victimes de traite des êtres humains*, Primento, Paris, 2013

PRADEL J., *Droit pénal comparé*, Dalloz, Paris, 1995

PROVOST R., *International Human Rights and Humanitarian Law*, CUP, Cambridge, 2002

QUIGLEY J., *The Genocide Convention: An International Law Analysis*, Routledge, London, 2016

RADI Y., *La standardisation et le droit international: Contours d'une théorie dialectique de la formation du droit*, Primento, Paris, 2013

RAIMONDI G., *Il Consiglio d'Europa e la Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005

RENAULT L., "La 'traite des blanches' et la Conférence de Paris au point de vue du droit international", in *Revue générale de droit international public*, Pedone, Paris, 9/1902

REYDAMS L., WOUTERS J., RYNGAERT C., *International Prosecutors*, OUP, Oxford, 2012

ROBERTS A., GUELF R., *Documents Of The Laws Of The War*, Clarendon Press, Oxford, 1995

ROGGEMANN H., SARCEVIC P., *National Security and International Criminal Justice*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2002

ROMAGNOLI L., *La traite Humaine à caractère sexuel et les associations abolitionnistes en France*, Editions L'Harmattan, Paris, 2010

RONZITTI N., *Introduzione al diritto internazionale*, Giappichelli, Torino, 2016

ROSI E., *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto penale italiano*, in PALMISANO G. (a cura di) *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, p. 159 e ss., Giuffrè, Milano, 2008

ROTH V., *Defining Human Trafficking and Identifying Its Victims: A Study on the Impact and Future Challenges of International, European and Finnish Legal Responses to Prostitution-Related Trafficking in Human Beings*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011

RUSSO C., QUAINI P.M., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, Giuffrè, Milano, 2006

SADAT L.N., *The International Criminal Court and the Transformation of International Law: Justice for the New Millennium*, Transnational Publishers, New York, 2002

SCARPA S., *Trafficking in Human Beings: Modern Slavery*, OUP, Oxford, 2008

SCHABAS W. A., *The European Convention on Human Rights: A Commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2015

SCHABAS W. A., *The Universal Declaration of Human Rights: The Travaux Préparatoires*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013

SCHABAS W., *The International Criminal Court: A Commentary on the Rome Statute*, OUP, Oxford, 2010

SCHABAS W., *The UN International Criminal Tribunals: The Former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone*, CUP, Cambridge, 2006

SICURELLA R., *Per una teoria della colpevolezza nel sistema dello statuto della Corte Penale Internazionale*, Giuffrè, Milano, 2008

SIEGEL D., BUNT H., ZAITCH D., *Global Organized Crime: Trends and Developments*, Springer Science & Business Media, New York, 2012

SIMON T. W., *The Laws of Genocide: Prescriptions for a Just World*, Greenwood Publishing Group, Santa Barbara, 2007

SIMONITI I., *Diplomatsko pravo*, Zbirka mednarodno pravo, 2014

SINAGRA A., BARGIACCHI P., *Lezioni di diritto internazionale pubblico*, Giuffrè, Milano, 2009

SLUITER G., FRIMAN H., LINTON S., VASILIEV S., ZAPPALÀ S., *International Criminal Procedure: Principles and Rules*, OUP, Oxford, 2013

SONELLI S. (a cura di), *La convenzione europea dei diritti dell'uomo e l'ordinamento italiano: Problematiche attuali e prospettive per il futuro*, Giappichelli, Torino, 2015

SOREL J., POPESCU C. (a cura di), *La protection des personnes vulnérables en temps de conflit armé*, Groupe de Boeck, Bruxelles, 2010

SPIJKERBOER T., VAN WALSUM S., *Women and Immigration Law: New Variations on Classical Feminist Themes*, Routledge, London, 2007

STAHN C., *The Law and Practice of the International Criminal Court*, OUP, Oxford, 2015

STEFANI G., LEVASSEUR G., BOULOC B., *Droit pénal général*, Dalloz, Paris, 2007

STEINBERG R. H., *Assessing the Legacy of the ICTY*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2011

STEWART A., *Aspirations to Action: 25 Years of the Women's Convention (CEDAW)*, British Council, 2004

STROBL K., *Ustavno pravno sfr jugoslavije*, Pravna fakulteta du univerzum, 2000

SWEET W., *Philosophical Theory and the Universal Declaration of Human Rights*, University of Ottawa Press, Ottawa, 2003

SWEPESTON L., *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child, Article 32: Protection from Economic Exploitation*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2012

TEDESCO F., *Diritti umani e relativismo*, Laterza, Bari, 2009

TERRACCIANO U., LUPO O., *Codice degli stranieri commentato. Testo unico dell'immigrazione spiegato articolo per articolo e annotato con la giurisprudenza*, Maggioli, Santarcangelo, 2011

TESAURO G., *Diritto dell'Unione europea*, CEDAM, Padova, 2013

TODRES J., WOJCIK M. E., REVAZ C., *The United Nations Convention on the Rights of the Child: An Analysis of Treaty Provisions and Implications of U.S. Ratification*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 2006

TRIANDAFYLLOU A., MAROUKIS T., *Migrant Smuggling: Irregular Migration from Asia and Africa to Europe*, Palgrave Macmillan, Basingstoke, 2012

VAN DIJK P., HOOF G. J. H., VAN HOOF G. J. H., *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, 1998

VAZ CABRAL G., *La traite des êtres humains: Réalités de l'esclavage contemporain*, La Decouverte, Paris, 2013

VENTRELLA M., *The Control of People Smuggling and Trafficking in the EU: Experiences from the UK and Italy*, Routledge, London, 2016

VERMEULEN G., *EU Quality Standards in Support of the Fight Against Trafficking in Human Beings and Sexual Exploitation of Children: Exploratory Study of the Potential and Feasibility of Self-regulation Or Public-private Co-operation*, Maklu, Antwerpen, 2007

VIALE C. (a cura di), *Les Définitions Des Droits de L'homme*, BRILL, Leiden, 2008

VILLANI U., *Dalla dichiarazione universale alla convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cacucci, Bari, 2015

- VILLIGER M. E., *Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, BRILL, Leiden, 2009
- VITTA C., “La défense internationale de la liberté et de la moralité individuelles”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 45/1933
- WERLE G., JESSBERGER F., *Principles of International Criminal Law*, OUP, Oxford, 2014
- WERLE G., JESSBERGER F., *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007
- WESTON B. H., GREAR A., *Human Rights in the World Community: Issues and Action*, University of Pennsylvania Press, Philadelphia, 2016
- WILLMOT H., WELLER M., MAMIYA R., SHEERAN S., *Protection of Civilians*, OUP, Oxford, 2016
- YARWOOD L., *Women and Transitional Justice: The Experience of Women as Participants*, Routledge, London, 2013
- YASSEEN M. K., “La règle générale d'interprétation l'article 31 de la convention”, in *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, 151/1976
- YEE S., *International Crime and Punishment: Selected Issues, Volume 1*, University Press of America, Lanham, 2003
- ZWINGEL S., *Translating International Women's Rights: The CEDAW Convention in Context*, Springer, New York, 2016

Ringraziamenti

Il mio più riconoscente ringraziamento va al Professor Fabrizio Marrella, che è stato mio mentore in questi tre anni, mi ha trasmesso la sua passione per la ricerca scientifica ed è stato per me un esempio di competenza, passione e rigore nello studio del diritto internazionale.

Desidero ringraziare la Professoressa Carmela Camardi, coordinatrice del dottorato in *Diritto, mercato e persona*, la Professoressa Sara De Vido, e la Professoressa Elisabetta Bergamini, per la disponibilità mostrata in questo percorso dottorale.

Estratto per riassunto della tesi di dottorato

L'estratto (max. 1000 battute) deve essere redatto sia in lingua italiana che in lingua inglese e nella lingua straniera eventualmente indicata dal Collegio dei docenti.

L'estratto va firmato e rilegato come ultimo foglio della tesi.

Studente: Francesco Colò

Matricola: 956236

Dottorato: Diritto, mercato e persona

Ciclo: 31°

Titolo della tesi: La lotta internazionale alla tratta di esseri umani

Abstract:

Il lavoro che qui si presenta si svolge seguendo un duplice obiettivo.

La prima parte della tesi, infatti, è volta a dimostrare l'esistenza di una definizione consuetudinaria di tratta di esseri umani, analizzando la *figura criminis* nella sua evoluzione storica e delineando il confine tra il crimine di *human trafficking* e il reato internazionale di schiavitù.

Negli anni, a partire dalle prime convenzioni concernenti la tratta delle bianche, fino ad arrivare al recente Protocollo di Palermo, si è cristallizzata una definizione consuetudinaria di tratta di esseri umani, incentrata sul trasporto spaziale della vittima e ben distinta dal crimine di schiavitù così come delineato dallo Statuto della Corte Penale Internazionale.

La seconda parte della tesi, invece, dimostra, attraverso lo studio della giurisprudenza delle principali giurisdizioni penali internazionali, che, nonostante la tratta di esseri umani non sia espressamente tra i crimini di competenza della Corte Penale Internazionale, tale istituzione potrà giudicare di condotte criminali integranti lo *human trafficking*.

This dissertation offers a dual objective.

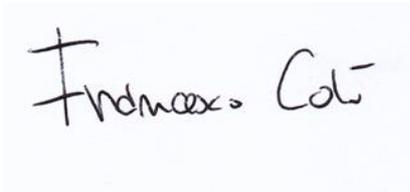
The first part aims at illustrating the presence of a customary definition of trafficking in human beings, analysing the *figura criminis* in its historical evolution and setting out the border between the human trafficking crime and the international crime of slavery.

Over the years, starting from the first agreements concerning white slavery trafficking, culminating in the recent Palermo protocol, a customary definition of trafficking in human beings crystallized, focused on victim's space transportation

and well separated from the crime of slavery, as described by the Statute of the International Criminal Court.

The second part, instead, shows that, through the law study of the main international criminal jurisdictions, even if the trafficking in human beings is not explicitly listed among the crimes falling within the remit of the International Criminal Court, this institution shall judge the criminal conducts including the human trafficking.

Firma dello studente

A handwritten signature in black ink on a light blue background. The signature reads "Francesco Coli". The first name "Francesco" is written in a cursive style, and the last name "Coli" is written in a simpler, more blocky cursive style.

AUTORIZZO

- l'Università a riprodurre ai fini dell'immissione in rete e a comunicare al pubblico tramite servizio on line entro l'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto il testo integrale della tesi depositata;
- l'Università a consentire:
 - la riproduzione a fini personali e di ricerca, escludendo ogni utilizzo di carattere commerciale;
 - la citazione purché completa di tutti i dati bibliografici (nome e cognome dell'autore, titolo della tesi, relatore e correlatore, l'università, l'anno accademico e il numero delle pagine citate).

DICHIARO

- 1) che il contenuto e l'organizzazione della tesi è opera originale da me realizzata e non infrange in alcun modo il diritto d'autore né gli obblighi connessi alla salvaguardia di diritti morali od economici di altri autori o di altri aventi diritto, sia per testi, immagini, foto, tabelle, o altre parti di cui la tesi è composta, né compromette in alcun modo i diritti di terzi relativi alla sicurezza dei dati personali;
- 2) che la tesi di dottorato non è il risultato di attività rientranti nella normativa sulla proprietà industriale, non è stata prodotta nell'ambito di progetti finanziati da soggetti pubblici o privati con vincoli alla divulgazione dei risultati, non è oggetto di eventuali registrazione di tipo brevettuale o di tutela;
- 3) che pertanto l'Università è in ogni caso esente da responsabilità di qualsivoglia natura civile, amministrativa o penale e sarà tenuta indenne a qualsiasi richiesta o rivendicazione da parte di terzi.

A tal fine:

- dichiaro di aver autoarchiviato la copia integrale della tesi in formato elettronico nell'Archivio Istituzionale ad Accesso Aperto dell'Università Ca' Foscari;
- consegno la copia integrale della tesi in formato cartaceo presso la segreteria didattica del dipartimento di riferimento del corso di dottorato ai fini del deposito presso l'Archivio di Ateneo.

Data 4/12/2018

Firma Franco Alici

La presente dichiarazione è sottoscritta dall'interessato in presenza del dipendente addetto, ovvero sottoscritta e inviata, unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del dichiarante, all'ufficio competente via fax, ovvero tramite un incaricato, oppure a mezzo posta

Firma del dipendente addetto

Ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. n. 196/03 si informa che il titolare del trattamento dei dati forniti è l'Università Ca' Foscari - Venezia.

I dati sono acquisiti e trattati esclusivamente per l'espletamento delle finalità istituzionali d'Ateneo; l'eventuale rifiuto di fornire i propri dati personali potrebbe comportare il mancato espletamento degli adempimenti necessari e delle procedure amministrative di gestione delle carriere studenti. Sono comunque riconosciuti i diritti di cui all'art. 7 D. Lgs. n. 196/03.

