

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Vulnerabilidade(s) e Direito

ANO LXII

2021

NÚMERO 1 | TOMO 1

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXII (2021) 1

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Christian Baldus (Professor da Universidade de Heidelberg)
Dinah Shelton (Professora da Universidade de Georgetown)
Ingo Wolfgang Sarlet (Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Jean-Louis Halpérin (Professor da Escola Normal Superior de Paris)
José Luis Díez Ripollés (Professor da Universidade de Málaga)
José Luís García-Pita y Lastres (Professor da Universidade da Corunha)
Judith Martins-Costa (Ex-Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Sul)
Ken Pennington (Professor da Universidade Católica da América)
Marc Bungenberg (Professor da Universidade do Sarre)
Marco Antonio Marques da Silva (Professor da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo)
Miodrag Jovanovic (Professor da Universidade de Belgrado)
Pedro Ortego Gil (Professor da Universidade de Santiago de Compostela)
Pierluigi Chiassoni (Professor da Universidade de Génova)

DIRETOR

M. Januário da Costa Gomes

COMISSÃO DE REDAÇÃO

Pedro Infante Mota
Catarina Monteiro Pires
Rui Tavares Lanceiro
Francisco Rodrigues Rocha

SECRETÁRIO DE REDAÇÃO

Guilherme Grillo

PROPRIEDADE E SECRETARIADO

Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
Alameda da Universidade – 1649-014 Lisboa – Portugal

EDIÇÃO, EXECUÇÃO GRÁFICA E DISTRIBUIÇÃO LISBON LAW EDITIONS

Alameda da Universidade – Cidade Universitária – 1649-014 Lisboa – Portugal

ISSN 0870-3116

Depósito Legal n.º 75611/95

Data: Agosto, 2021

TOMO 1

- **M. Januário da Costa Gomes**
11-17 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

- **António Menezes Cordeiro**
21-58 Vulnerabilidades e Direito civil
Vulnerabilities and Civil Law
- **Christian Baldus**
59-69 Metáforas e procedimentos: Vulnerabilidade no direito romano?
Metaphern und Verfahren: Vulnerabilität im römischen Recht?
- **José Tolentino de Mendonça**
71-76 Sobre o Uso do Termo Vulnerabilidade
On the Use of the Word Vulnerability

ESTUDOS DOUTRINAIS

- **A. Dywyná Djabulá**
79-112 A Dinâmica do Direito Internacional do Mar em Resposta à Crescente Vulnerabilidade da Biodiversidade Marinha
The Dynamics of International Sea Law in Response to the Increasing Vulnerability of Marine Biodiversity
- **Alfredo Calderale**
113-143 Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano
Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems
- **Aquilino Paulo Antunes**
145-168 Covid-19 e medicamentos: Vulnerabilidade, escassez e desalinamento de incentivos
Covid-19 and drugs: Vulnerability, scarcity and misalignment of incentives
- **Cláudio Brandão**
169-183 O g genesis do conceito substancial de Direitos Humanos: a prote ção do vulnerável na Escolástica Tardia Ibérica
Genesis of the substantial concept of Human Rights: protection of the vulnerable person in Late Iberian Scholastic
- **Eduardo Vera-Cruz Pinto**
185-208 Direito Vulnerável: o combate jurídico pelo Estado Republicano, Democrático e Social de Direito na Europa p s-pand mica
Vulnerable Law: The Legal Combat for the Republican, Democratic and Social State of Law in the post-pandemic Europe

-
- 209-230 **Elsa Dias Oliveira**
Algumas considerações sobre a proteção do consumidor no mercado digital no âmbito do Direito da União Europeia
Some considerations about the consumer protection in the digital market on the scope of the European Union Law
-
- 231-258 **Fernando Loureiro Bastos**
A subida do nível do mar e a vulnerabilidade do território terrestre dos Estados costeiros
Sea level rise and the vulnerability of the land territory of coastal states
-
- 259-281 **Filipa Lira de Almeida**
Do envelhecimento à vulnerabilidade
From ageing to vulnerability
-
- 283-304 **Francisco de Abreu Duarte | Rui Tavares Lanceiro**
Vulnerability and the Algorithmic Public Administration: administrative principles for a public administration of the future
Vulnerabilidade e Administração Pública Algorítmica: princípios administrativos para uma Administração Pública de futuro
-
- 305-339 **Hugo Ramos Alves**
Vulnerabilidade e assimetria contratual
Vulnerability and contractual asymmetry
-
- 341-374 **Isabel Graes**
Uma “solução” setecentista para a vulnerabilidade social: a Intendência Geral da Polícia
A “solution” to the social vulnerability in the 18th century: The General Police Intendency
-
- 375-404 **Jean-Louis Halpérin**
La protection du contractant vulnérable en droit français du Code Napoléon à aujourd’hui
A proteção do contraente vulnerável em Direito francês do Código Napoleão aos dias de hoje
-
- 405-489 **João de Oliveira Galdes**
Sobre a determinação da morte e a extração de órgãos: a reforma de 2013
On the Determination of Death and Organ Harvesting: the 2013 Reform
-
- 491-515 **Jones Figueirêdo Alves**
Os pobres como sujeitos de desigualdades sociais e sua proteção reconstrutiva no pós-pandemia
The poor as subject to social inequalities and their reconstructive protection in the Post-Pandemic
-
- 517-552 **Jorge Cesa Ferreira da Silva**
A vulnerabilidade no Direito Contratual
Vulnerability in Contract Law
-
- 553-564 **José Luís Bonifácio Ramos**
Problemática Animal: Vulnerabilidades e Desafios
Animal Issues: Vulnerabilities and Challenges

-
- Júlio Manuel Vieira Gomes**
565-602 O trabalho temporário: um triângulo perigoso no Direito do Trabalho (ou a vulnerabilidade acrescida dos trabalhadores temporários)
The temporary agency work: a dangerous triangle in Labour Law (or the increased vulnerability of temporary agency workers)

TOMO 2

-
- Mafalda Carmona**
603-635 “Para o nosso próprio bem” – o caso do tabaco
“For our own good” – the tobacco matter
-
- Marco Antonio Marques da Silva**
637-654 Vulnerabilidade e Mulher Vítima de Violência: Aperfeiçoamento dos Mecanismos de Combate no Sistema Interamericano de Direitos Humanos e no Direito Brasileiro
Vulnerability and Woman Victim of Violence: The improvement of the Fighting Mechanisms in the Inter-American Human Rights System and Brazilian Law
-
- Margarida Paz**
655-679 A proteção das pessoas vulneráveis, em especial as pessoas idosas, nas relações de consumo
The protection of vulnerable people, especially the elderly, in consumer relations
-
- Margarida Seixas**
681-703 Intervenção do Estado em meados do século XIX: uma tutela para os trabalhadores por conta de outrem
State intervention in the mid-19th century: a protection for salaried workers
-
- Maria Clara Sottomayor**
705-732 Vulnerabilidade e discriminação
Vulnerability and discrimination
-
- Maria Margarida Silva Pereira**
733-769 O estigma do adultério no Livro das Sucessões e a conseqüente vulnerabilidade (quase sempre feminina) dos inocentes. A propósito do Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de março de 2019
The adultery's stigma in the Book of Succession Law and the consequent vulnerability (nearly always feminine) of the innocents. With regard to the Portuguese Supreme Court of Justice Judgement of May 28, 2019
-
- Míriam Afonso Brigas**
771-791 A vulnerabilidade como pedra angular da formação cultural do Direito da Família – Primeiras reflexões
Vulnerability as the cornerstone of the cultural development of Family Law – First reflections

-
- Nuno Manuel Pinto Oliveira**
793-837 Em tema de renegociação – a vulnerabilidade dos equilíbrios contratuais no infinito jogo dos acasos
On renegotiation – the vulnerability of contractual balance against the background of an infinite game of chance
-
- Pedro Infante Mota**
839-870 De venerável a vulnerável: *trumping* o Órgão de Recurso da OMC
From venerable to vulnerable: trumping the WTO Appellate Body
-
- Sandra Passinhas**
871-898 A proteção do consumidor no mercado em linha
Consumers' protection in digital markets
-
- Sérgio Miguel José Correia**
899-941 Maus-tratos Parentais – Considerações sobre a Vitimação e a Vulnerabilização da Criança no Contexto Parental-Filial
Parental Maltreatment – Considerations on Child Victimization and Vulnerability within the Parental-Filial Context
-
- Silvio Romero Beltrão | Maria Carla Moutinho Nery**
943-962 O movimento de tutela dos vulneráveis na atual crise económica: a proteção dos interesses dos consumidores e o princípio da conservação da empresa diante da necessidade de proteção das empresas aéreas
The vulnerable protection movement in the current economic crisis: the protection of consumers interests and the principle of conservation of the company in face of the protection of airline companies
-
- Valentina Vincenza Cuocci**
963-990 Vulnerabilità, dati personali e *mitigation measures*. Oltre la protezione dei minori
Vulnerability, personal data and mitigation measures. Beyond the protection of children

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- Maria Fernanda Palma**
993-1002 O mito da liberdade das pessoas exploradas sexualmente na Jurisprudência do Tribunal Constitucional e a utilização concetualista e retórica do critério do bem jurídico
The myth of the freedom of sexually exploited people in the Constitutional Court's Jurisprudence and the conceptual and rhetorical use of the criterion of the legal good
-
- Pedro Caridade de Freitas**
1003-1022 Comentário à decisão da Câmara Grande do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem – caso *Vavříčka e Outros versus República Checa* (Proc. 47621/13 e 5), 8 de Abril de 2021
Commentary on the decision of the Grand Chamber of the European Court of Human Rights – Vavříčka and Others v. Czech Republic case (Proc. 47621/13 and 5), 8th April 2021

-
- Rui Guerra da Fonseca**
1023-1045 Vacinação infantil compulsória – o Ac. TEDH *Vavříčka & Outros c. República Checa*,
queixas n.ºs 47621/13 e outros, 08/04/2021
Compulsory childhood vaccination – ECHR Case of Vavříčka and Others v. the Czech Republic, appl.
47621/13 and others, 08/04/2021

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- António Pedro Barbas Homem**
1047-1052 Doutoramentos e centros de investigação
Doctoral degrees and research centers
-
- Christian Baldus**
1053-1065 Arguição da tese de doutoramento do Mestre Francisco Rodrigues Rocha sobre “Da
contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao
primeiro quartel do IV d.C.”
*Soutenance de la thèse de doctorat du Maître Francisco Rodrigues Rocha sur “Da contribuição por
sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Século I a.C. ao primeiro quartel do IV d.C.”*
-
- José A. A. Duarte Nogueira**
1067-1078 *Da contribuição por sacrifício no mar na experiência jurídica romana. Do Século I a. C.*
ao primeiro quartel do IV d. C. (Francisco Barros Rodrigues Rocha). Arguição nas provas
de Doutoramento (Lisboa, 5 de Março de 2021)
The contribution by sacrifice on the sea in the Roman legal experience between the 1st century
BC. and the first quarter of 4th century AD, by *Francisco Barros Rodrigues Rocha. Argument in
the Doctoral exams (Lisbon, March 5, 2021)*

LIVROS & ARTIGOS

-
- Antonio do Passo Cabral**
1081-1083 Recensão à obra *A prova em processo civil: ensaio sobre o direito probatório*, de Miguel
Teixeira de Sousa
-
- Dário Moura Vicente**
1085-1090 Recensão à obra *Conflict of Laws and the Internet*, de Pedro de Miguel Asensio
-
- Maria Chiara Locchi**
1091-1101 Recensão à obra *Sistemas constitucionais comparados*, de Lucio Pegoraro e Angelo Rinella

Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano

Vulnerability and immigration in the Italian and Brazilian legal systems

Alfredo Calderale*

Estratto: La vulnerabilità è un concetto chiave nel dibattito contemporaneo e un punto di partenza per discutere di ineguaglianze, discriminazioni e difficoltà di ogni sorta. Per questa ragione la vulnerabilità può descrivere la condizione degli immigrati, segnata da forme di precarietà e discriminazione. In diversi momenti storici, l'immigrazione ha costituito un problema tipico in Italia e in Brasile. In entrambi i Paesi, la logica securitaria della politica migratoria ha ispirato le misure legali. Nel nome della sicurezza, il diritto dell'immigrazione ha inciso negativamente sulla qualità della vita, sull'integrazione e sui diritti umani dei migranti. Per il diritto internazionale i migranti godono di diritti in virtù della loro umanità. In questa prospettiva, le corti italiane, la Corte europea di Giustizia e la Corte europea dei diritti umani hanno restaurato i loro diritti. In Brasile, dove l'immigrazione è stato un dato fondamentale nella formazione della società e della cultura, recenti leggi hanno disciplinato l'immigrazione nella ottica di assicurare il rispetto dei diritti costituzionali e dei diritti umani degli immigrati. In questa lotta per il diritto è essenziale il ruolo della società civile.

Abstract: Vulnerability is a key concept in contemporary debate and an entry point for discussing inequalities, discriminations, adversities of some kind. That is why vulnerability can outline the situation of immigrants, marked by forms of precariousness and discrimination. In various historical periods immigration has been a highly salient issue in Italy and in Brazil. In both countries the securitization of migration policy has enabled legal measures to be taken. In the name of security immigration law has negatively affected the quality of life, the integration and the Human Rights of migrants. Under international law, migrants have rights by virtue of their humanity. In this perspective the Italian court, the European Court of Justice and the European Court of Human rights have restored their rights. In Brazil, where immigration has always constituted an important phenomenon in the formation of society and culture, new statutes laid down rules for immigration in the light to ensure respect of constitutional and Human rights of immigrants. The contribution of civil society to the rights fight is decisive.

* Professore nell'Università di Foggia (Italia).

Parole chiave: vulnerabilità, immigrati, diritti umani, diritti costituzionali. il ruolo delle corti e della legge in Brasile e in Italia, il contributo della società civile alla lotta per i diritti.

Keywords: vulnerability, Human rights, constitutional rights, the role of the courts and statutes in Italy and Brazil; the contribution of the civil society to the rights fight.

Sommario: 1. La vulnerabilità al tempo della globalizzazione; 2. La vulnerabilità dei diritti umani degli immigrati nel sistema giuridico italiano; 3. Il ruolo delle corti e della società civile nella crisi del patrimonio dei diritti umani; 4. Le recenti leggi brasiliane sull'immigrazione: dalla tutela della sicurezza nazionale alla tutela degli immigrati; 5. Flussi migratori, economia e trattamento giuridico degli immigrati in Brasile; 6. Immigrazione e diritto privato brasiliano.

1 *La vulnerabilità al tempo della globalizzazione.* La categoria della vulnerabilità, elaborata compiutamente nel corso del XX secolo da studiosi impegnati in diverse discipline¹, è stata accolta, più di recente, dai cultori del diritto alla ricerca di utili strumenti di lettura delle nuove situazioni proprie dei tempi tormentati e incerti della globalizzazione². Essi se ne sono serviti per classificare e, magari, denunciare aree segnate da disuguaglianze e discriminazioni che mortificano la dignità umana³. Ha contribuito alla affermazione di questa nuova categoria anche il legislatore, nazionale o sovranazionale, che, in tempi recenti, ha più volte utilizzato il termine 'vulnerabilità' o ha descritto e disciplinato le più disparate situazioni a essa riconducibili. Se si studia questo materiale normativo con la mente disponibile ad astrarre moltissimo, si deve constatare che esso regola fattispecie il cui tratto comune si può individuare nella predisposizione di un soggetto a subire ferite, in senso letterale o in senso figurato⁴.

¹ Nel Novecento, a partire dagli anni della Grande Guerra, entrò in crisi la categoria filosofica della *stabilità* come strumento idoneo ad ancorare il discorso scientifico a paradigmi incontrovertibili. A causa della sofferenza e della instabilità causate dalla guerra, S. Freud evidenziò la delusione del "cittadino del mondo civile" che "si sente smarrito in un mondo che gli è divenuto straniero" (S. FREUD, *Zeitung über Krieg und Tod*, in *Imago*, 1915, p. 4, trad. it., *Considerazioni attuali sulla guerra e la morte*, Roma 1999). Nel secondo dopoguerra la riflessione ha abbracciato non solo il campo della sfera individuale, annientata dai totalitarismi (H. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1951), ma anche quello dei rapporti sociali (E. LEVINAS, *Les droits de l'homme et les droits d'autrui*, in *Hors sujet*, Montpellier, 1987).

² In argomento, si rinvia a G. ZANETTI, *Filosofia della vulnerabilità. Percezione, discriminazione, diritto*, Roma, 2019.

³ Nella letteratura italiana, centrale è il lavoro di G. TUCCI, *La giustizia e il diritto degli esclusi*, Napoli, 2013.

⁴ H. JONAS, *Das Prinzip Verantwortung: Versuch einer Ethik für die technologische Zivilisation* Frankfurt/M., 1979, trad. it., *Il principio di responsabilità*, Torino, 1990, p. 12 ss.

Per citare solo alcuni esempi, nel 1998 il concetto di vulnerabilità ha contribuito ad ispirare la dichiarazione di Barcellona, ossia il *report* alla Commissione Europea circa i *Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw: Autonomy, Dignity, Integrity and Vulnerability*⁵, principi che attengono alla metabolizzazione delle innovazioni scientifiche e tecniche che incidono soprattutto sul modo come si nasce e si muore⁶, sulla costruzione del corpo all'epoca della sua riproducibilità tecnica e sulla possibilità stessa di progettare la persona⁷. Nel 2000 il Protocollo addizionale della Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transazionale per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, si riferisce a “persone vulnerabili alla tratta”⁸ e indica “la povertà, il sottosviluppo e la mancanza di pari opportunità”⁹ quali cause che li espongono al rischio. Il Parlamento europeo, nella sua risoluzione del 22 maggio 2012¹⁰, ha auspicato il “rafforzamento dei diritti dei consumatori più vulnerabili”.

In linea generale, la recente considerazione di gruppi sociali che vivono ai margini della società¹¹ o in condizione di permanente incertezza dovuta alla precarietà del rapporto di lavoro¹² o che precipitano nei gradini inferiori della scala sociale¹³ in seguito alle periodiche crisi economiche o alla attuale pandemia¹⁴ si è

⁵ Le relazioni del *meeting* tenutosi a Barcellona nel novembre del 1998 sono state pubblicate in due volumi. *Final Project Report on Basic Ethical Principles in European Bioethics and Biolaw*, Copenhagen, 2000.

⁶ Nel documento in esame si ricorda che una delle prime iniziative per regolare la biomedicina fu intrapresa nel 1931 dalla Repubblica di Weimar per la protezione degli esseri umani nel campo dei trattamenti medici e della ricerca biomedica e che il consenso libero e informato venne proposto come regola fondamentale, che fu necessario ribadire e potenziare nel dopoguerra dopo i sinistri esperimenti nazisti sui prigionieri dei campi di sterminio.

⁷ S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2016, p. 15.

⁸ *Preambolo*.

⁹ Art. 9 (4).

¹⁰ In *GUCE*, 13 settembre 2013, C/264 E/11.

¹¹ Sugli *homeless* negli Stati Uniti, E. GRANDE, *Guai ai poveri. La faccia triste dell'America*, Torino, 2017.

¹² G. STANDING, *The Precariat: The New Dangerous Class*, London-New York, 2011, trad. it., *Precari. La nuova classe esplosiva*, Bologna 2012. Per una esposizione dei motivi che, in una ottica neolibera, hanno reso necessaria e utile la flessibilità del lavoro in Italia, P. ICHINO, *Il lavoro ritrovato. Come la riforma sta abbattendo il muro tra i garantiti, i precari e gli esclusi*, Milano, 2015.

¹³ N. NEGRI, *La vulnerabilità sociale. I fragili orizzonti delle vite contemporanee*, in *Animazione sociale*, agosto/ settembre 2016, p. 1 ss. individua le cause del fenomeno nell'indebolimento di tre istituzioni centrali per la persona: il mercato del lavoro, il *welfare state*, la famiglia, diventata estremamente instabile.

¹⁴ N. DA COSTA CABRAL, *O impacto económico da crise do COVID 19 e as medidas de recuperação a nível nacional e europeu*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2020, p. 521 ss.

affiancata alla più risalente attenzione riservata alle figure di soggetti fragili regolate dai codici civili e da numerose leggi speciali e destinatarie di protezioni indirizzate alla sfera patrimoniale o personale. Si tratta dei minori, degli incapaci e delle persone colte nei momenti di difficoltà della loro esistenza, come, per esempio, i disabili¹⁵. Questi soggetti erano considerati come eccezioni rispetto al modello di individuo autonomo e perfettamente capace di decisioni razionali, perno della società di stampo liberale¹⁶ e, sul piano formale, delle codificazioni civili. Nel contesto neo-liberista oggi dominante¹⁷ a questo tipo ideale è stata attribuita anche la capacità di essere l' imprenditore di se stesso e l' artefice di meritate e intoccabili fortune economiche legittimate dal talento personale¹⁸.

Secondo alcuni, l' emergere di nuove figure fragili ha assunto “una potente carica sovversiva”¹⁹ della rappresentazione neoliberista della società, carica tanto più dirompente quanto più la vulnerabilità è diventata una condizione comune e non eccezionale per gran parte della società²⁰, alla quale lo stesso diritto, spesso responsabile di una distribuzione ineguale della ricchezza²¹, fonte principale della precarietà attuale, non è sempre in grado di porre rimedio, diventando esso stesso vulnerabile²².

Se il diritto è chiamato a svolgere un ruolo più incisivo per rimuovere, in nome della solidarietà²³ e del principio di uguaglianza sostanziale, la vulnerabilità diffusa a livello sociale o per favorire la parità di genere con particolare riguardo alle donne che reclamano il pieno riconoscimento della loro dignità, al diritto stesso si richiede, invece, di lasciare un più ampio margine alle decisioni autonome degli interessati sui temi della vita, delle relazioni affettive e del rapporto con il sé²⁴.

Sulle limitazioni dei diritti umani in tempo di pandemia, E. NALIN, *COVID-19 e deroghe e restrizioni alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2020, p. 629 s.

¹⁵ Sulla discriminazione contro il disabile e i rimedi giuridici nell'ordinamento italiano, G. TUCCI, *La giustizia*, cit., p. 33 ss.

¹⁶ I. S. CORTÈS e D. FERRARI (a cura di), *I soggetti vulnerabili nei processi migratori*, Torino, 2020, p. 2.

¹⁷ Su questi temi si rinvia ad ANTONIO AVELÁS NUNES, *O que é preciso é transformar o mundo*, Lisboa, 2020.

¹⁸ M. YOUNG, *The Rise of Meritocracy 1870-2033: An Essay on Education and Equality*, New Brunswick, 1994, trad. it., *L'avvento della meritocrazia*, Roma, 2014.

¹⁹ C. PATENAM, *The Sexual Contract*, Stanford University Press, Stanford (Ca.), 1988, p. 27 ss.

²⁰ M. ALBERTSON FINEMAN, *The Vulnerable Subject: Anchoring Equality in the Human Condition*, in *20 Yale Law Journal of Law and Feminism*, 2008, p. 1 ss.

²¹ J. BUTLER, *Can One Lead a Good Life in a Good Life?*, in *20 Radical Philosophy*, 2012, p. 176 ss.

²² V. NITRATO RIZZO, *Note su vulnerabilità del diritto e indecidibilità*, in *Etica & Politica*, 2019, p. 326 ss.

²³ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Una utopia necessaria*, Bari, 2014.

²⁴ S. RODOTÀ, *La vita e le regole*, cit., p. 15 ss.

Poiché la vulnerabilità è una nozione di per se stessa dai confini molto ampi che abbraccia situazioni di debolezza personale, economica o sociale, essa è stata riferita anche ai migranti, i dannati della globalizzazione, e, tra questi, agli irregolari, che sono confinati tra i ‘senza diritti’. Questa formula evoca la condanna all’emarginazione e all’espulsione dalla comunità di quanti non corrispondono alle regole fissate per l’ingresso nel paese²⁵ e la giustificazione della presenza, regole che gli Stati pongono legittimamente in essere perché il diritto positivo afferma il diritto di emigrare, ma non quello di immigrare e il diritto di cercare asilo, ma non ancora quello di ottenerlo²⁶.

Nella realtà è frequente perciò la violazione dei diritti fondamentali e umani di cui i migranti stessi sono titolari e che, sganciati dal requisito della cittadinanza nei testi normativi, assicurano il rimedio formale alla loro vulnerabilità.

In Italia, il decreto legislativo n. 142/2015²⁷, nel predisporre misure di accoglienza dei “richiedenti protezione internazionale” in attuazione della direttiva 2013/33 UE²⁸, ha dichiarato che tali misure “tengono conto della specifica situazione delle persone vulnerabili quali i minori non accompagnati, i disabili, gli anziani, le donne in stato di gravidanza, i genitori singoli con figli minori, le vittime della tratta degli esseri umani, le persone affette da gravi malattie o da disturbi mentali,

²⁵ Le condizioni per l’ingresso legale in Italia dei cittadini di paesi non aderenti all’UE sono dettate dall’art. 4, comma 1, del decreto-legislativo 25 luglio 1998, n. 286, *Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell’immigrazione e norme sulla condizione dello straniero*, in *GU*, 18 agosto 1998- *Supp. Ord.*, n. 139 e dal c.d. codice frontiere Schengen, ossia dal regolamento UE del 9 marzo 2016, *Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un codice unionale relativo al regime di attraversamento delle frontiere da parte delle persone*, in *GUCE*, 23 giugno 2016 L/77 1, il cui art. 6 indica le “condizioni d’ingresso per i cittadini di paesi terzi”. Queste disposizioni s’integrano tra loro sicché ogni ingresso effettuato al di fuori delle condizioni da esse previste è illegale. Sul punto, G. SAVIO, *Il diritto amministrativo dell’ingresso e del soggiorno*, in P. MAROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione, asilo, cittadinanza*, Santarcangelo di Romagna, 2021, p. 15 ss.

²⁶ Cfr. la Dichiarazione universale dei diritti umani firmata a Parigi il 10 dicembre 1948 che, all’art. 13, comma 2, afferma che “ogni individuo ha diritto di lasciare qualsiasi Paese, incluso il proprio, e di ritornare nel proprio Paese” e l’art. 14, comma 1, il quale recita “ogni individuo ha diritto di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni”. In argomento, E. PACIOTTI, *L’Europa dei diritti e le migrazioni. Le norme e la realtà*, in *Questione giustizia*, 2019, rivista on line di Magistratura democratica.

²⁷ *Attuazione della direttiva 2013/33/UE recante norme relative all’ accoglienza dei richiedenti protezione internazionale, nonché della direttiva 2013/32/UE, recante procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale* in *GU*, 15 settembre 2015, n. 214.

²⁸ *Direttiva 2013/33/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013, recante norme relative all’accoglienza dei richiedenti protezione internazionale*, in *GUCE*, 29 giugno 2013 L 180/96.

le persone per le quali è stato accertato che hanno subito torture, stupri o altre forme gravi di violenza psicologica, fisica o sessuale o legata all'orientamento o all'identità di genere, le vittime di mutilazioni genitali". Nel 2018, la bozza del *Global compact* dell' Onu per la migrazione sicura, benché sia un documento non vincolante e sia stato giudicato "molto deludente"²⁹, prevede che siano adottati e applicati i principi e le linee guida elaborati dal *Global migration group* sulla protezione dei diritti umani dei migranti in situazione di vulnerabilità.

2. *La vulnerabilità dei diritti umani degli immigrati nel sistema giuridico italiano.*- In passato, le immigrazioni in Italia costituivano episodi specifici e occasionali provocati da persecuzioni innescate da conflitti a sfondo politico o religioso scatenatisi nei luoghi di origine dei migranti, che lasciavano il loro Paese in gruppi ristretti o elitari³⁰. Da qualche decennio, invece, sulle nostre coste approdano grandi masse di diseredati, che, attraversando il Mediterraneo, fuggono dalla fame e da guerre feroci in cerca di un tenore di vita almeno accettabile, spesso promesso da quanti si dedicano alla tratta degli esseri umani³¹. Quasi sempre, però, questa aspettativa è destinata a rimanere delusa perché gli immigrati, in quanto irregolari, sono costretti a collocarsi al di fuori del mercato regolamentato del lavoro³² e diventano oggetto di uno sfruttamento di natura schiavistica gestito, nella più parte dei casi, da organizzazioni criminali. Contrastato da disposizioni di legge nazionali³³ e internazionali³⁴, tale sfruttamento pone, di fatto, gli immigrati in

²⁹ M. G. GIAMMARINARO, *L'individuazione precoce delle vulnerabilità alla tratta nel contesto dei flussi migratori misti*, in *Questione Giustizia*, 2018, n. 2, p. 129.

³⁰ Al riguardo è emblematica la traiettoria della emigrazione albanese ripercorsa con passione da G. TUCCI, *La giustizia*, cit., p. 8 s., il quale sottolinea che tra la fine del XV e gli inizi del XVI secolo profughi albanesi trovarono rifugio in Italia per sfuggire all'invasione turca, specialmente dopo la morte di Giorgio Castriota Scandeborg, l'eroe nazionale albanese che era riuscito a contrastare per decenni l'avanzata dell'impero turco impedendogli ogni altra iniziativa contro l'Occidente. Per questa ragione ideale quei profughi beneficiarono della solidarietà del Regno di Napoli, si integrarono con le popolazioni che li ospitavano e contribuirono all'unificazione dell'Italia durante il Risorgimento, in particolare durante la spedizione dei Mille, organizzata in buona parte dall'italo-albanese Francesco Crispi. È degna di nota anche la storia della più prestigiosa istituzione culturale italo-albanese, il Collegio di Sant'Adriano fondato a San Demetrio dal Vescovo Felice Samuele Rodotà nel 1732.

³¹ P. MATVEJEVIC, *La Méditerranée et L'Europe. Leçons au College de France*, Paris, 1988, trad. it. *Il Mediterraneo e l'Europa*, Milano, 1988, p. 65 ss.

³² Sul tema della migrazione c. d. economica, si rinvia a P. INFANTE MOTA, *Migração económica, a última fronteira*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2020, p. 551 ss.

³³ Si veda ad esempio la legge 29 ottobre 2016, n. 199, *Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, allo sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo del settore agricolo*,

competizione con le fasce meno protette dei lavoratori italiani, altera il corretto gioco della concorrenza tra le imprese³⁵ e crea un clima diffuso di ostilità verso l'immigrazione che si traduce in consenso verso visioni politiche e culturali di stampo xenofobo e antidemocratico. Tali visioni occultano la realtà delle cose, cioè che immigrati e gruppi collocati al livello più basso della società, nonché i ceti in discesa lungo la piramide sociale sono tutti parimenti vittime di una logica capitalistica distorta, fonte di una distribuzione della ricchezza insopportabilmente diseguale³⁶.

In questo scenario, l'esame di alcuni casi giudiziari rivela che improvvide disposizioni emanate per arginare il fenomeno dell'immigrazione irregolare violano i diritti umani dei migranti in "totale dispregio dei valori indivisibili e universali su cui si fondano la nostra Costituzione e l'Unione Europea"³⁷ sia nella fase in cui essi tentano di raggiungere le coste italiane, sia nella successiva fase in cui alcuni sono riusciti a permanere regolarmente nel Paese.

Nel caso *Xhavara e altri vs Italia e Albania*³⁸ la Corte Europea dei diritti umani ha preso in esame la richiesta di risarcimento rivolta contro lo stato italiano e lo stato albanese da cittadini della 'repubblica delle aquile' parenti delle ottantasei persone morte, il 28 marzo 1997, nel canale di Otranto, a causa dello speronamento di una "carretta del mare", la *Kaider I Rades* (Battello in rada), colma di persone³⁹, a opera di una nave militare italiana. La corvetta *Sibilla* aveva manovrato pericolosamente per interrompere la navigazione del battello in ottemperanza agli ordini ricevuti dalle autorità italiane sollecite nell' eseguire gli accordi presi con il governo albanese allo

in *GU*, 3 novembre 2016, n. 257. In argomento, cfr. M. D'ONGHIA e C. DE MARTINO, *Gli strumenti giuslavoristici di contrasto allo sfruttamento in agricoltura nella legge n. 119/2016: ancora timide risposte a un fenomeno molto più complesso*, in *Variazioni su temi di diritto del lavoro*, 2018, p. 93 ss.

³⁴ Sulla proibizione della schiavitù e del lavoro forzato, si vedano l'art. 4 della Convenzione europea dei diritti dell'Uomo e l'art. 5 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, approvata il 12 dicembre 2007 (in *GUCE*, 14 dicembre 2007, n. C 303) che ha 'giuridicizzato', modificandola solo in parte, la Carta di Nizza proclamata il 7 dicembre 2000 (in *GUCE*, 18 dicembre 2000, n. C 364).. Sul coordinamento di queste disposizioni, G. TUCCI, *Nuove schiavitù e mercato globale*, in *Questione giustizia*, 2015, p. 19.

³⁵ F. BUCCELLATO e M. RESCIGNO (a cura di), *Impresa e "forced labour": strumenti di contrasto*, Bologna, 2015.

³⁶ ANTONIO JOSÉ AVELÁS NUNES, *Uma leitura crítica da actual crise do capitalismo*, in *Boletim de ciências económicas*, 2011, p. 1 ss.

³⁷ È la vibrante denuncia di G. TUCCI, *La giustizia*, cit., p. 5.

³⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, 11 gennaio 2001, ric. 39473/98.

³⁹ La *Kader i Rades* era un battello in disarmo da molti anni, lungo 21,5 metri e largo 3,5 metri, capace di ospitare un equipaggio di otto persone, senza passeggeri. L'imbarcazione lasciò il porto di Durazzo con più di centoventi persone a bordo, tra le quali molte donne e bambini.

scopo di aiutarlo a gestire con il pugno di ferro una difficile situazione interna, causa di fughe massicce. In Albania, infatti, si verificavano estese rivolte provocate dal crollo di alcune brigantesche società finanziarie, le quali, con la interessata protezione di esponenti governativi, avevano gettato sul lastrico migliaia di persone.

Gli attori lamentavano la violazione degli artt. 2, 3 e 5 §1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell' art. 2 § 2 del IV Protocollo addizionale, disposizioni che tutelano, rispettivamente, il diritto alla vita; a non essere sottoposti a trattamenti degradanti; alla libertà e alla sicurezza; alla libertà di lasciare il proprio Paese. La domanda è stata dichiarata irricevibile per ragioni procedurali e a causa di una interpretazione delle disposizioni invocate sfavorevole agli attori e di una valutazione dei fatti benevola verso gli autori del disastro, come, per esempio, quando è stato ritenuto non provato che il naufragio del battello fosse stato provocato intenzionalmente. Di conseguenza, gli attori si sono dovuti accontentare del risarcimento del danno disposto in loro favore dalla legge finanziaria italiana del 2000⁴⁰ e della condanna per omicidio colposo inferta ai comandanti delle navi dal Tribunale di Brindisi e dalla Corte di appello di Lecce⁴¹.

Nel caso *Harsa Jamana e altri c. Italia*⁴² la Corte europea dei diritti umani fu adita da undici cittadini somali e tredici cittadini eritrei, parte di un gruppo di circa duecento persone che, dopo un lungo viaggio, aveva raggiunto la Libia e si era imbarcato per l'Italia. Il 6 maggio 2009, mentre non erano ancora giunti in acque territoriali italiane, le loro imbarcazioni furono intercettate da tre navi della Guardia di finanza e della Guardia costiera. I passeggeri del battello vennero trasferiti sulle navi italiane e ricondotti a Tripoli, senza essere stati né identificati, né informati della destinazione. Giunti in porto, i migranti furono costretti con la forza a lasciare le navi e consegnati alle autorità libiche. Perciò gli attori chiesero alla Corte di condannare l'Italia sia ai danni morali, sia ai danni patrimoniali. La domanda fu accolta in quanto i giudici ritennero, del tutto correttamente, che la condotta delle autorità italiane aveva violato il principio di *non refoulement*. Stando a tale principio, uno Stato, anche

⁴⁰ La legge 23 dicembre 2000, n. 388, *Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale della Stato (legge finanziaria dello Stato)*, in *GU*, 29 dicembre 2000, n. 302, *Suppl. Ord.* n. 119, all'art. 83, comma 3, disponeva che il Ministero della difesa era autorizzato, fino al limite complessivo di 10 miliardi di lire, in ragione di 5 miliardi di lire per ciascuno degli anni 2002 e 2002, a definire consensualmente, anche in deroga alle disposizioni di legge in materia, ogni lite in corso con le persone fisiche che avevano subito danni a seguito del naufragio della nave "Kaider i Rades A451" avvenuto nel canale di Otranto il 28 marzo 1997.

⁴¹ Su questa penosa vicenda si legga l'amara intervista rilasciata da Krenar Xhavara al quotidiano *Il Manifesto* del 27 marzo 2007.

⁴² Corte europea dei diritti dell'uomo, 28 febbraio 2012, ric. 27765/09.

se agisce in alto mare⁴³, non può respingere una persona verso territori nei quali la sua vita e la sua libertà sarebbero messe a rischio. Secondo la Corte tale principio si fonda sull'art. 33 par. 1 della Convenzione di Ginevra del 1951 sui rifugiati e, per gli Stati aderenti alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, sull'art. 3 e sull'art. 4 del IV Protocollo ad essa annesso i quali vietano le espulsioni collettive. Meritano di essere riferite le parole del giudice Blackmun della Corte suprema degli Stati Uniti riportate dal giudice Paulo Pinto de Albuquerque nella sua opinione concorrente perché descrivono mirabilmente la vulnerabilità dei migranti: “essi domandano all'Europa, culla dell'idealismo in materia di diritti dell'uomo e luogo di nascita dello Stato di diritto, soltanto di cessare di chiudere le sue porte a persone disperate che fuggono dall'arbitrio e dalla brutalità. È una preghiera modesta peraltro sostenuta dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Non restiamo sordi a questa preghiera”. *Ex abundantia cordis* si deve ritenere che l'UE è, ancor oggi, molto lontana dall'ascoltare tale invocazione, data l'esistenza di accordi stipulati con Paesi notoriamente non definibili “porti sicuri”⁴⁴ affinché, in cambio di cospicue sovvenzioni, impediscano ai migranti di varcare i confini dell'Unione.

Nel 2010 il Tribunale di Milano, sezione lavoro, con una ordinanza collegiale⁴⁵ ha ritenuto discriminatoria e priva di ogni giustificazione razionale, ai sensi dell'art. 3 della Costituzione, la delibera di un comune ‘padano’ che concedeva l'assegno di natalità (c.d. *bonus bebé*) per i soli neonati i cui genitori fossero entrambi italiani⁴⁶. Successivamente, la Corte costituzionale ha condannato forme aggiornate di discriminazione all'accesso dei servizi sociali in relazione al requisito della residenza prolungata per un certo periodo di tempo sul territorio nazionale, regionale o

⁴³ Il governo italiano aveva sostenuto, invece, che sia il divieto di *refoulement*, sia l'art. 3 della Convenzione dei diritti dell'uomo non si applicano in alto mare. Questa tesi era stata prospettata in passato da altri Stati occidentali. Durante la crisi haitiana del 1992, la Corte Suprema degli Stati Uniti ritenne legittimo l' *executive order* n. 12807 del presidente George H. W. Bush con cui si ordinava il respingimento dei *boat people* appunto per la suddetta ragione: *Sale vs Haitian Center Council*, in 509 *U.S.*, 155 (1993), poi considerata illegittima dalla Commissione interamericana dei diritti umani con la decisione del 13 marzo 1992 *Haitian Centre for Human Rights et al. vs United States* Case 10.675, *Report* No. 51/96, Inter-Am.C.H.R., OEA/Ser.L/V/II.95 Doc. 7 rev. at 550 (1997), March 13, 1997.

⁴⁴ Ci si può riferire, ad esempio, all'accordo stipulato dall'UE con la Turchia il 18 marzo 2016 che prevede, tra l'altro, il rinvio in Turchia dei migranti (siriani, iracheni, afgani, iraniani pakistani, etc.) giunti in Grecia a partire dal 20 marzo 2016, anche se abbiano diritto alla protezione internazionale. Cfr. M. MARCHEGIANI e L. MAROTTI, *L'accordo tra l'Unione Europea e la Turchia per la gestione dei flussi migratori: cronaca di una morte annunciata?*, in *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2016, p. 30 ss.

⁴⁵ Trib. Milano, sezione lavoro, 26 luglio 2010, causa n. 5049/10.

⁴⁶ G. TUCCI, *La giustizia*, cit., p. 65 ss.

comunale o, in alternativa o in aggiunta, al possesso di un determinato titolo di soggiorno. Per i giudici di legittimità tali disposizioni violano anche l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che vieta, appunto, ogni forma di discriminazione e l'articolo 1 del protocollo addizionale sulla tutela dei beni di ciascuno così come interpretati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴⁷.

La Corte costituzionale, nel 2011⁴⁸, ha escluso che la celebrazione del matrimonio tra una cittadina italiana e un extracomunitario potesse essere subordinato al possesso di un documento attestante la regolarità del soggiorno nel territorio italiano così come previsto dall'art. 116 del nostro codice civile nella versione introdotta dall'art. 1, comma 15, della legge 15 luglio 2009, n. 94⁴⁹, il c.d. pacchetto sicurezza. I giudici hanno motivato la loro decisione rilevando che la norma incriminata violava il diritto fondamentale di contrarre matrimonio sia del cittadino italiano sia del cittadino straniero e si rivelava uno strumento sproporzionato e irrazionale rispetto alla dichiarata esigenza di garantire il presidio e la tutela delle frontiere. La Corte ha riconosciuto che il diritto di contrarre matrimonio discende dagli art. 2 e 29 della Costituzione italiana ed è espressamente enunciato da disposizioni di livello sovranazionale che il legislatore italiano è tenuto a rispettare ex art. 117, primo comma, della Costituzione, ossia dall'art. 16 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948; dall'art. 12 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dall'art. 9 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea⁵⁰.

⁴⁷ Corte cost., 28 maggio 2010, n. 187, in *Rivista critica del diritto del lavoro*, 2010, p. 359 ss., con nota di A. GUARISO, *Prestazioni assistenziali e "parametro ineludibile" di eguaglianza secondo la Corte costituzionale*, relativamente alla corresponsione di un assegno di invalidità. In successive sentenze i giudici delle leggi hanno confermato l'opinione che la condizione della residenza prolungata è teoricamente idonea a fondare forme di discriminazione indiretta quando si tratta di prestazioni finalizzate al soddisfacimento dei bisogni primari della persona che non ammettono distinzioni di sorta tra i residenti. Una rassegna di questa giurisprudenza è in M. FIERRO (a cura di), *Prestazioni sociali e cittadinanza. La giurisprudenza costituzionale. Quaderno predisposto in occasione dell'incontro trilaterale tra Corte costituzionale italiana, Tribunale costituzionale spagnolo e Corte costituzionale portoghese*, s. d. In argomento, W. CHIAROMONTE e A. GUARISO, *Discriminazioni e welfare*, in M. BARBERA e A. GUARISO (a cura di), *La tutela antidiscriminatoria. Fonti, strumenti, interpreti*, Torino, 2019, p. 367 ss.

⁴⁸ Corte cost., 25 luglio 2011, n. 245, in *Giur. it.*, 2012, c. 1289 con nota di M. ROBLES, *Le nozze dell'extracomunitario senza permesso di soggiorno definitivamente (o quasi) consacrate dalla Consulta*.

⁴⁹ Legge contenente *disposizioni in materia di sicurezza pubblica*, in *GU.*, 24 luglio 2009, *Suppl. Ord.* n. 128.

⁵⁰ La decisione dei giudici italiani si è collocata sulla stessa linea della sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 14 dicembre 2010, *O'Donoghue and Others vs The United Kingdom*, causa n. 34848/2007, la quale, affrontando il problema della tutela del diritto inviolabile del cittadino straniero, anche clandestino, di celebrare un matrimonio vero ed autentico, ha giudicato che la

La stessa Corte costituzionale con sentenza del 9 luglio 2020, n. 186 ha dichiarato illegittimo, per violazione dell'art. 3 della Costituzione, l'art. 13 del decreto legge n. 113 del 2018⁵¹, il nuovo 'decreto sicurezza' voluto dal Ministro dell'interno Matteo Salvini⁵², in parte corretto dal successivo 'decreto Lamorgese'⁵³. La norma incriminata escludeva i richiedenti asilo dall'iscrizione all'anagrafe comunale in quanto non costituiva titolo per ottenerla il permesso di soggiorno rilasciato all'atto della domanda di protezione internazionale. La Corte ha sottolineato l'intrinseca irrazionalità della disposizione in ragione della sua incoerenza rispetto alle finalità perseguite dallo stesso decreto-legge. L'articolo in esame, infatti, limitava la capacità di controllo dell'autorità pubblica sulla popolazione residente, che pure il legislatore aveva inteso potenziare, e pregiudicava l'erogazione di servizi pubblici essenziali alla persona, quali l'assistenza sanitaria, l'abitazione, gli alimenti, servizi di cui i migranti, anche irregolari, hanno diritto di fruire, stando alla giurisprudenza

normativa del Regno Unito sull'immigrazione, che restringeva considerevolmente tale diritto, si poneva in contrasto con l'art. 12 (libertà di contrarre matrimonio) e l'art. 14 (divieto di discriminazione) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

⁵¹ C. MORSELLI, *La Consulta boccia l'art. 13 d.l. 113/2018 (c.d. decreto Sicurezza) sul veto di iscrizione anagrafica del richiedente asilo, ma lo scrutinio ablativo risulta monopolizzato dal parametro dell'art. 3 (in un cono d'ombra l'art 20, c. 3 C.)*, in *Federalismi*, 2020, p. 110. Il titolo annuncia chiaramente le osservazioni critiche dell'A.

⁵² Si veda il testo coordinato del decreto legge 4 ottobre 2018, n. 113 in *GU*, 4 ottobre 2018, n. 231, coordinato con la legge di conversione 1 dicembre, n. 132 recante "*Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*", in *GU*, 3 dicembre 2018, n. 281. Il decreto in parola ha cancellato i permessi di soggiorno umanitari, trasformando migliaia di rifugiati in immigrati illegali, ha revocato la protezione umanitaria a chi avesse commesso reati; ha ridotto l'accoglienza gestita dai comuni; ha tagliato il contributo all'accoglienza fornita da organizzazioni non governative. Sul punto, E. PACIOTTI, *L'Europa dei diritti*, cit., p. 8.

⁵³ Si veda il testo coordinato del decreto legge 21 ottobre 2020, n. 130, in *GU*, 21 ottobre 2020, n. 261, coordinato con la legge di conversione 18 dicembre 2020, n. 173 recante "*Disposizioni urgenti in materia di immigrazione, protezione internazionale e complementare, modifiche agli articoli 131-bis, 391-bis 391-ter e 588 del codice penale, nonché misure in materia di divieto all'accesso agli esercizi pubblici ed ai locali di pubblico intrattenimento, di contrasto all'utilizzo distorto del web e di disciplina del Garante nazionale dei diritti delle persone private della libertà personale*", in *GU*, 19 dicembre 2020, n. 314. Il decreto è intervenuto sulla convertibilità in permessi di lavoro di alcune tipologie di permessi di soggiorno; quanto alla protezione internazionale, le modifiche introdotte alla previgente normativa riguardano la procedura di esame prioritario o di esame accelerato delle domande e sono state estese le categorie di soggetti che possono beneficiare di permessi di soggiorno per protezione speciale in presenza di seri motivi di carattere umanitario. Viene anche prevista l'iscrizione del richiedente protezione internazionale nell'anagrafe della popolazione residente.

della Corte medesima. Ciò provocava anche una irragionevole disparità di trattamento tra stranieri richiedenti asilo e altre categorie di stranieri legalmente soggiornanti nel territorio statale, oltre che con i cittadini italiani. Inoltre, i giudici hanno sottolineato che lo stigma sociale collegato all'impossibilità di ricevere la carta d'identità determinava una illegittima lesione della "pari dignità sociale" di cui all'art. 3 della Costituzione. Queste motivazioni hanno assorbito ulteriori questioni di legittimità costituzionale prospettate dai Tribunali remittenti. Tra esse meritano di essere segnalate quelle che imputavano alla norma in parola di essere in contrasto con l'art. 14 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, con l'art. 2 del Protocollo n. 4 alla stessa Convenzione e con l'art. 26 della Convenzione internazionale sui diritti politici e civili del 1966, disposizioni che, invece, il legislatore avrebbe dovuto rispettare ex art. 117, primo comma, della Costituzione. L'art. 2 del Protocollo n. 4 sarebbe stato violato in quanto, costituendo l'iscrizione all'anagrafe "l'essenza stessa del fissare la residenza in un comune dello Stato", il diniego dell'iscrizione implicherebbe la lesione del diritto a scegliere liberamente la propria residenza. Inoltre, essendo stato, questo diniego, dettato da ragioni discriminatorie, sarebbe chiara la violazione delle altre disposizioni appena elencate, che vietano, appunto, ogni forma di discriminazione⁵⁴.

I casi passati in rassegna e altri successivi dello steso tipo dimostrano che, anche in Italia, la protezione dei diritti umani dei dannati della terra è stata affidata a un sistema di tutela multilivello⁵⁵ o, secondo altri, composito⁵⁶, inteso nel senso che un diritto fondamentale può essere garantito da diverse corti, nazionali o sovranazionali, ossia dalle corti italiane e, in primo luogo, dalla Corte Costituzionale, dalla Corte europea dei diritti umani e dalla Corte di Giustizia dell'UE. Esse 'dialogano' in quanto operanti in ordinamenti che, in varia misura, si integrano con quello italiano in forza dei vincoli derivanti alla potestà legislativa del nostro Stato dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali (art. 117, comma I, Cost.)⁵⁷.

⁵⁴ C. CARLETTI, *Un bilancio circa l'attuazione dei patti internazionali delle Nazioni Unite sui diritti civili, politiche economiche e culturali nella celebrazione dell'entrata in vigore*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, 2006, p. 398 ss.; A. ARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1951, trad. port., *Origens do Totalitarismo*, São Paulo, 2000, p. 355: "A calamidade que se vem abatendo sobre um número cada vez maior de pessoas não é a perda de direitos específicos, mas a perda de uma comunidade disposta e capaz de garantir quaisquer direitos".

⁵⁵ A. RUGGIERI, *Dialogo tra le Corti e tecniche decisorie a tutela dei diritti fondamentali*, in *I quaderni europei*, dic. 2013, n. 59, p. 4 ss.

⁵⁶ F. BIONDI, *Quale dialogo tra le Corti?*, in *Federalismi*, 2019, n. 18, p. 3.

⁵⁷ In argomento, si vedano gli atti del convegno internazionale svoltosi a Bari il 20 novembre del 2009 dal titolo *Il nuovo pluralismo delle fonti e il dialogo tra le corti*, atti pubblicati nel n. 2 del 2010 della *Rivista di diritto privato*.

Ma nessun argine giudiziario è in grado di resistere a lungo senza un vasto consenso sociale e senza una mobilitazione della società a difesa dei diritti e dei valori enunciati nei testi legislativi⁵⁸. In questa prospettiva, assume un particolare significato la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 2011/629 concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani⁵⁹. Tale direttiva auspica una mobilitazione delle organizzazioni della società civile accanto agli Stati per una serie di iniziative di carattere politico e culturale tese a contrastare questo traffico indecente⁶⁰, una indicazione che può essere utilmente estesa al tema della difesa dei diritti dei migranti⁶¹. In questo scenario, va sottolineata l'importanza del ruolo "istituzionale" svolto dai sindacati italiani nel contrasto al fenomeno dello sfruttamento dei lavoratori stranieri⁶², i più vulnerabili sul mercato. Dal punto di vista storico, questa azione richiama la esperienza degli anni Cinquanta del Novecento, quando le organizzazioni sindacali riuscirono a organizzare

⁵⁸ G. TUCCI, *La giustizia*, p. 123 ss.

⁵⁹ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 5 aprile 2011 *concernente la prevenzione e la tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/ GAI*, in *GUCE*, 15 aprile 2011, L101/1.

⁶⁰ Il considerando n. 6 afferma che gli Stati dovrebbero incoraggiare le organizzazioni della società civile, comprese le organizzazioni non governative, la cui attività è riconosciuta nella lotta contro la tratta degli esseri umani, a collaborare strettamente con essi, in particolare per quanto riguarda le iniziative politiche, le campagne di informazione e sensibilizzazione, i programmi di ricerca e istruzione e la formazione, nonché la verifica e la valutazione dell'impatto nelle misure di contrasto della tratta.

⁶¹ Un modello di organizzazione della difesa dei soggetti più vulnerabili è rappresentato, in Argentina, dal *Movimiento de Trabajadores Excluidos (MTE, Cartones)*, che si dedica alla tutela di coloro che, nelle periferie di Buenos Aires, scavano tra i rifiuti per recuperare tutto ciò che ha un valore. In argomento, J. GRABOIS, *Precariedad laboral, exclusión social y economía popular*, in *41 Sustainable humanity, sustainable Nature: our responsibility (Extra Series)* Città del Vaticano, 2014, p. 1 e G. TUCCI, *La giustizia*, cit., p. 20.

⁶² W. CHIAROMONTE e M. D. FERRARA, *Integrazione e inclusione sociale dei lavoratori migranti: il ruolo del sindacato*, in W. CHIAROMONTE e M. D. FERRARA, M. RANIERI, *Migranti e lavoro*, Bologna, 2020, p. 213 ss. sottolineano le soluzioni offerte dalla contrattazione collettiva all'inclusione fisiologica degli stranieri e di prevenzione dei fenomeni di segregazione professionale, al riconoscimento delle loro particolari esigenze di carattere culturale e religioso e alla soddisfazione di loro specifici bisogni fissando, ad esempio, modalità di godimento delle ferie e dei permessi per agevolare il rientro a casa degli stranieri. Uno speciale rilievo assume, inoltre, il crescente ruolo assegnato e svolto dalle parti sociali sul piano del governo della legalità e della prevenzione dei fenomeni elusivi e di sfruttamento che, specialmente in alcuni settori, come quello dell'agricoltura, coinvolgono i lavoratori stranieri. Dal 2016 si è assistito ad una trasformazione di tale ruolo in una *partnership* istituzionalizzata con le autorità pubbliche nell'ambito della Rete del lavoro agricolo di qualità.

efficacemente la difesa dei lavoratori più deboli, come i braccianti del settore agricolo⁶³, anche attraverso la figura di veri e propri avvocati ‘sociali’. In relazione a questa specifica figura di operatori pratici del diritto vanno richiamate, per la loro attualità, le riflessioni di Thurgood Marshall, il primo giudice di colore della Corte Suprema degli Stati Uniti, nominato nel 1967 dal presidente Lyndon B. Johnson. Memore della sua attività di avvocato presso la *National Association for the Advancement of Colarated People (NAACP)*, egli sottolineò la necessità di organizzare, all’interno di associazioni dedite alla difesa dei cittadini di colore, oggetto di odiose discriminazioni, un’offerta di servizi legali tale da consentire agli avvocati di essere riformatori sociali nella pratica quotidiana e di contribuire all’attuazione della Costituzione, altrimenti condannata a rimanere un elenco di nobili, ma astratti principi. Tale strategia è stata recentemente riproposta da coloro che considerano la difesa dei diritti dei lavoratori nelle aule di giustizia fondamentale per riequilibrare rapporti sociali sbilanciati a favore del capitale⁶⁴ e restituire al diritto anche “una funzione educativa” necessaria per combattere le teorie di coloro che contestano il principio di eguaglianza e i diritti fondamentali dalla persona. In effetti, anche in Italia è stato teorizzato che il principio di uguaglianza costituisce un frutto avvelenato della rivoluzione francese⁶⁵; che esso, in realtà, è impossibile da realizzare perché l’eliminazione di un determinato stato di ineguaglianza, ne evidenzia immediatamente uno nuovo⁶⁶ e che eliminare la disuguaglianza sarebbe socialmente dannoso perché spunterebbe il pungolo dei singoli a lavorare, danneggiando la crescita dell’economia⁶⁷. Di conseguenza, è stato proposto di mantenere un certo tasso di insicurezza e di disuguaglianza; di riformare lo stato in chiave federale; di legittimare le effettive e diverse dinamiche di governo storicamente affermatesi nelle diverse aree del Paese e basate sui rapporti interpersonali⁶⁸ rendendo ‘costituzionali’ i fenomeni mafiosi⁶⁹ e, inoltre, di “riesaminare” l’art. 48 della Costituzione sul voto eguale⁷⁰ attribuendo un

⁶³ G. BOLAFFI, A. VAROTTI, *Agricoltura capitalistica e classi sociali in Italia*, Bari, 1973, p.185 ss.; C. DANEO, *Agricoltura e sviluppo capitalistico in Italia*, Torino, 1969.

⁶⁴ L. UNDIEMI, *La lotta di classe nel XXI secolo*, Milano, 2021, p. 163. Più in generale, D. HARVEY, *The Anti-capitalist Chronicles*, London, 2020, trad. it., *Cronache anticapitalistiche. Guida alla lotta di classe per il XXI secolo*, Milano, 2021.

⁶⁵ G. MIGLIO, *Una Costituzione per i prossimi trent’anni*, Bari, 1990, p 15 ss.

⁶⁶ G. MIGLIO, *Lezioni di politica*, Vol. 2. *Scienza della politica*, Bologna, 2011, p. 405 ss.

⁶⁷ G. MIGLIO, *Una Costituzione*, cit., p. 50 ss.

⁶⁸ G. MIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 22.

⁶⁹ G. MIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 12.

⁷⁰ G. MIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 53.

maggior peso elettorale a coloro che, svolgendo in proprio attività economiche, sono i protagonisti dello sviluppo della società e si contrappongono a coloro che preferiscono vivere a carico del bilancio dello stato⁷¹.

Ma il patrimonio dei diritti fondamentali e/o umani della persona è il lascito ancora vivo dell'illuminismo settecentesco e della scuola giusnaturalistica napoletana. Il più illustre esponente di quest'ultima, Gaetano Filangieri⁷², pose i diritti umani al centro della costituzione dello stato e fu un critico implacabile della schiavitù tollerata dalla stessa Costituzione statunitense del 1787⁷³. Tale lascito è stato raccolto dal preambolo del Trattato di Lisbona, nel quale si menzionano "le eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti inalienabili ed inviolabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello stato di diritto".

4. *Le recenti leggi brasiliane sull'immigrazione: dalla tutela della sicurezza nazionale alla tutela degli immigrati.* Consentendo allo "straniero con situazione irregolare" di richiedere e ottenere la residenza provvisoria e assicurandogli "i diritti e i doveri previsti nella Costituzione Federale del 1988, tranne quelli riservati esclusivamente ai brasiliani", la legge 2 luglio 2009, n. 11 rappresenta un dignitoso capitolo della secolare storia dell'immigrazione in Brasile.

Secondo quanto ha dichiarato il Presidente Lula durante la cerimonia di ufficializzazione della legge, la normativa ha risposto alla esigenza di trattare l'immigrazione irregolare come "una questione umanitaria" e non "come un problema di criminalità" e per questo ha adottato "un approccio inclusivo ed equilibrato tenendo presenti i principi dell'universalità, dell'interdipendenza e dell'indivisibilità dei diritti umani". Pertanto, il legislatore brasiliano ha preso le distanze dalla deludente "politica praticata dai paesi ricchi". Tra questi si deve indicare l'Italia, autrice di normative che, già da titoli tipo "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica", hanno rivelato una impostazione radicalmente diversa e criticata anche da alcuni studiosi brasiliani secondo i quali "*A Itália é um exemplo perfeito da natureza demagoga das novas leis anti-imigração*"⁷⁴.

⁷¹ G. MIGLIO, *op. ult. cit.*, p. 116. Per approfondire l'opera e la figura di Gianfranco Miglio, uno dei più autorevoli studiosi di Carl Schmitt del Novecento, G. MIGLIO, *La regolarità della politica. Scritti scelti raccolti e pubblicati dagli allievi*, Vol. I e II, Milano, 1988.

⁷² G. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, a cura di M. T. SILVESTRINI ed Altri, Napoli, 2003.

⁷³ V. FERRONE, *La società giusta ed equa. Repubblicanesimo e diritti dell'uomo in Gaetano Filangieri*, Bari-Roma, 2008, p. 101 ss.

⁷⁴ T. MARANHÃO, *A nova onda de xenofobia*, in 259 *Revista Exame*, 2009, p. 88-90.

Per il Presidente Lula le nuove disposizioni confermano la disponibilità del Brasile, “nazione formata da immigrati”, ad accogliere “europei, asiatici, arabi, ebrei, americani” ed esprimono la consapevolezza che il Paese ha “un debito storico con il popolo africano che mai potrà essere pagato in moneta, ma invece attraverso gesti come questo, attraverso la solidarietà e il riconoscimento”. Oltre che la giustificazione di una politica lungimirante, “esempio che il Brasile vuole dare al mondo”, in queste parole è possibile cogliere il riferimento allo stretto legame tra schiavitù e immigrazione, una vicenda che ha avuto grande importanza nella storia economico- sociale del Paese e nelle riflessioni di numerosi intellettuali impegnati a definire il carattere del popolo brasiliano.

Sulla medesima lunghezza d’onda della normativa del 2009 si sono collocati la legge n. 13.445 del 24 maggio 2017 e il relativo *Decreto* del 20 novembre del medesimo anno, i quali hanno inteso valorizzare la “dignità della persona del migrante”, attribuendogli “eguali diritti, doveri e opportunità nella società brasiliana”⁷⁵ per stimolare la costruzione di una “società più fraterna”⁷⁶ e aderente al valore della solidarietà espresso dalla Costituzione del 1988. Pertanto, pure tra cautele e preoccupazioni circa il rischio che, a causa di una immigrazione meno controllata, possa crescere il già elevato tasso di instabilità e di violenza presente nella società, timori che sono stati alla base del veto posto dal Presidente della repubblica Michel Temer ad alcuni articoli, la legge 13.445/2017 ha abbandonato la concezione secondo cui l’immigrato povero, vulnerabile e marginalizzato vada considerato un “nemico sociale” pronto ad attentare alla “*segurança nacional*”. È coerente con questa prospettiva, la centralità assegnata al *diálogo social*⁷⁷ che sollecita l’impegno politico degli immigrati nella formulazione, applicazione e valutazione delle politiche migratorie, una partecipazione ostacolata da alcune leggi precedentemente in vigore⁷⁸, segnate da una logica autoritaria e di ispirazione razzista, secondo una tradizione assai risalente nel tempo.

Nel complesso si è rivitalizzata la concezione della piena attribuzione di diritti agli stranieri risalente alla codificazione del 1916. Di conseguenza, sono state abolite alcune leggi precedenti e, tra esse, la *lei* 6.815/1980, lo *Estatuto do*

⁷⁵ I. LOPEZ, *Dignidade de pessoa humana e mudança de paradigma da lei da migração no Brasil*, in *Revista de direito internacional*, 2017, p. 27.

⁷⁶ Il riferimento a una “società fraterna” si trova nel preambolo della Costituzione del 1988 che “comunica al popolo brasiliano lo scopo dell’istituendo Stato costituzionale”.

⁷⁷ *Art.* 3, n. X.

⁷⁸ T. F. FERNANDES PEREIRA, *O Estatuto do estrangeiro: um óbice ao diálogo social*, in D. MAGALHÃES, et al. *Anais do III Seminário de imigração e emigração Internacional e I Observatório de migrações internacionais do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, 2018, p. 21 ss.

Estrangeiro, sotto la vigenza del quale sono state attuate, fino a un recentissimo passato, misure arbitrarie tese a fare pressione su immigrati, anche inseriti in fasce sociali elevate, impegnati in battaglie politiche⁷⁹. Nel maggio del 2016 una professoressa italiana di diritto dell'Università Federale del Minas Gerais, Maria Rosária Barbato, fu raggiunta da un mandato di comparizione affinché fornisse chiarimenti alla Polizia Federale sulla sua attività nel Sindacato dei Professori delle Università Federali di Belo Horizonte e di Montes Claros. L'inchiesta fu sospesa da un *habeas corpus*. Nel mese di aprile dello stesso 2016, allo scopo di impedire la partecipazione di immigrati alla manifestazione di protesta contro l'*impeachment* della presidente della repubblica Dilma Roussef, la Federazione Nazionale delle Polizie Federali (FENAPEF) emise una nota per informare gli stranieri che essi erano soggetti al divieto legale di partecipare a manifestazioni politiche in Brasile e che coloro i quali avessero violato la legge sarebbero stati *detidos e encaminhados*. Pertanto, assumono una speciale importanza le nuove regole che riconoscono agli immigrati il diritto a svolgere una serie di attività di natura politica prima vietate, tra le quali riunirsi per fini pacifici e partecipare, da posizioni dirigenti, alla vita sindacale⁸⁰.

Con queste leggi recenti l'ordinamento giuridico brasiliano ha inteso assicurarsi, in primo luogo, un più solido ancoraggio al diritto internazionale che protegge i diritti umani, come la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo del 1948 e la Convenzione Americana sui diritti umani del 1969 (il c. d. *Pacto de São José da Costa Rica*). In secondo luogo, l'ordinamento ha voluto aggiornare la posizione giuridica dell'immigrato sia nel senso di riconoscere alla sua persona un patrimonio di diritti umani che egli, per dir così, porta con sé quando attraversa la frontiera, sia di attribuirgli un patrimonio di diritti civili, sociali, culturali ed economici⁸¹ che si sgancia dal requisito della cittadinanza come puro meccanismo dispositivo

⁷⁹ Su questi episodi, A. P. MARTINS AMARAL, L. ROADO COSTA, *A (não) criminalização das migrações e políticas migratórias no Brasil: do Estatuto do Estrangeiro à nova lei de migração*, in *Justiça do direito*, 2017, p. 216 s.

⁸⁰ La legge inoltre garantisce agli immigrati l'accesso a servizi, programmi, benefici sociali, beni pubblici, educazione, assistenza giudiziaria pubblica e gratuita in condizioni di parità con i cittadini; abolisce alcuni reati previsti specificatamente per gli immigrati dalla legislazione precedente; riduce considerevolmente i margini di discrezionalità della pubblica amministrazione nei procedimenti di espulsione ed estradizione e regola i casi nei quali è possibile il rientro in Brasile; subordina la estradizione a una sentenza penale di condanna passata in giudicato e sostituisce la detenzione in carcere durante il procedimento con misure alternative; rivede in senso più favorevole il trattamento del migrante irregolare. Cfr. A. P. MARTINS AMARAL, L. ROADO COSTA, *op. ult. cit.*, p. 215 ss.

⁸¹ L'elenco di tali diritti è fornito dall'art. 4.

di esclusione⁸². Pertanto, nella legge, il termine *pessoa* evoca una soggettività anche fisica portatrice di particolari bisogni che il tradizionale termine ‘soggetto di diritto’, consegnato alla onnipotenza del legislatore, tende a relegare in secondo piano.

In questo quadro, la repressione penale è concentrata su individui e organizzazioni criminali che sfruttano i migranti per scopi odiosi, come, ad esempio, la prostituzione minorile⁸³ o, che, secondo la stessa legge 13.445 /2017, promuovono la migrazione illegale⁸⁴.

L’ingresso clandestino nel Paese e il soggiorno irregolare costituiscono soltanto una infrazione amministrativa sanzionata con l’espulsione dell’immigrato⁸⁵. Al contrario, in Italia queste condotte costituiscono un reato (art. 10-*bis* del testo unico dell’immigrazione) introdotto nell’ordinamento dalla legge 94/2009 anche se la sanzione comminata è la sola ammenda, il che determina l’inquadramento della fattispecie fra le contravvenzioni, e legittima “il giudizio di estremo simbolismo della previsione”⁸⁶. L’art. 10-*bis* del t. u. ha superato il vaglio della Corte Costituzionale⁸⁷ pronta a legittimare il potere dello stato ad esercitare una ragionevole repressione dell’immigrazione irregolare e insensibile alla osservazione secondo cui la norma contraddirebbe il principio di eguaglianza perché l’incriminazione si fonderebbe sulla condizione soggettiva del reo⁸⁸. Sia la regola brasiliana, sia la regola italiana, al di là della loro efficacia deterrente, invero abbastanza modesta, vengono criticate perché, anche a causa della procedure più o meno severe e rispettose del principio dei diritti della difesa mediante cui si giunge all’espulsione, diffondono la idea del migrante irregolare come “nemico” con il rischio di preparare future violazioni dei diritti umani⁸⁹.

5. *Flussi migratori, economia e trattamento giuridico degli immigrati in Brasile.* La storia brasiliana è sin dalla stessa scoperta di Pedro Álvares Cabral una storia

⁸² V. PASSOS DE FREITAS, *Comentários ao estatuto do estrangeiro e opção de nacionalidade*, Campinas/SP, 2006, p. 2.

⁸³ *Lei n. 13.344 de 6 de outubro 2016, dispõe sobre a prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção de vítimas.*

⁸⁴ R. C. LIMA DA SILVA SANTOS, D. RIBEIRO BRASIL, *O tipo penal brasileiro de promoção de migração ilegal e o princípio de não criminalização de mobilidade humana*, in *Revista de direito internacional*, 2020, p. 332 ss.

⁸⁵ *Art. 125 della lei 6.815/80.*

⁸⁶ E. LANZA, *Diritto penale dell’immigrazione*, in P. MAROZZO DELLA ROCCA, *Immigrazione*, cit., p. 289.

⁸⁷ Corte cost., 8 luglio 2010, n. 250, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1187 ss.

⁸⁸ E. LANZA, *Diritto penale*, cit., p. 293.

⁸⁹ C. GOMES BEZERRA DOS SANTOS, *A criminalização da imigração irregular e os direitos humanos. Os casos específicos de Brasil e Itália*, in *Revista da FARN*, 2010, p. 107.

di schiavi e di ‘immigrati’ in senso molto ampio, dato che i primi a ‘trasferirsi’ nel Paese furono i colonizzatori portoghesi⁹⁰. Qui s’intende trattare specificatamente dell’ingresso degli stranieri che, in epoche diverse, hanno alimentato il mercato del lavoro⁹¹ e dell’incidenza che questa vicenda ha avuto nelle riflessioni dei giuristi e nell’attività del legislatore.

Il primo significativo flusso di immigrati fu, nel XVIII secolo, quello dei portoghesi attratti dalla possibilità di arricchirsi con lo sfruttamento delle miniere del Minas Gerais. Essi provenivano dalle Azzorre e dalla zona del Minho, che aveva conosciuto un forte incremento demografico. L’immigrazione portoghese fu prevalente durante il 1700, mentre la presenza italiana fu limitata ed episodica⁹². Alla fine del secolo erano approdati in Brasile 600.000 portoghesi, in gran parte proprietari terrieri e imprenditori falliti nella madrepatria che, attraverso la distribuzione di *sesmarias*⁹³, sognavano di arricchirsi velocemente per poi ritornare in Portogallo. Poiché nel medesimo periodo furono condotti nella colonia anche 600.000 schiavi africani, il Brasile ebbe la maggior popolazione africana fuori dell’Africa e la maggior popolazione portoghese fuori della madrepatria.

È legata a questa vicenda settecentesca l’idea che la colonizzazione brasiliana differisce da quella dei territori nordamericani che avrebbero formato gli Stati Uniti d’America. Infatti, mentre gli immigrati nella colonia inglese intendevano dar vita a una società stabile la quale, escludendo negri e indiani, sarebbe stata presto segnata da forti tensioni razziali, in Brasile l’assenza di risentimenti razziali dei colonizzatori portoghesi, dovuta alla storia particolare della penisola iberica⁹⁴, e la

⁹⁰ CAIO PRADO JUNIOR, *História Econômica do Brasil*, 40ª edição, São Paulo, 1993, p. 183.

⁹¹ Una preziosa rassegna della legislazione brasiliana in tema di immigrazione è stata curata da BASSENEZI, SCOTT, BACELLAR, TRUZZI, GOUVÊA, *Repertório de legislação brasileira e paulista referente à imigração*, São Paulo, 2008.

⁹² Dal 1500 fino alla fine del 1700 giunsero in Brasile solo pochi elementi: marinai, viaggiatori, mercanti, sacerdoti, studiosi, ingegneri. L’unico contingente di una certa importanza fu rappresentato dai seicento soldati inviati dal Regno di Napoli, capitanati da Vincenzo Sanfelice, conte di Bagnoli, per aiutare le truppe portoghesi impegnate a combattere gli olandesi insidiatisi a Bahia nel 1624 e nel Pernambuco nel 1620. Quando le operazioni militari ebbero termine, alcuni soldati rimasero in Brasile.

⁹³ La *sesmaria* è l’attribuzione di terra in cambio dell’impegno del ricevente di coltivarla (*sesmos*). La parola *sesmo* proviene dal latino *seximus* e significherebbe la divisione della terra da assegnare in sei lotti, uno per ciascun giorno della settimana, esclusa la domenica. Si tratta di un istituto della tradizione portoghese oggetto di una *lei* del 1375, la *Lei das Sesmarias*. Cfr. MARCELLO CAETANO, *História do direito português*, 4ª edição, Lisboa, São Paulo, 2000, p. 280 ss.

⁹⁴ T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, Roma, 1949, p. 83, collega la mancanza di una linea di colore nella penisola iberica alla dominazione araba, che rendeva ‘belli’ agli occhi degli spagnoli i caratteri somatici africani.

mancanza di un progetto definitivo di vita avrebbero favorito la mescolanza tra bianchi e schiavi negri nelle piantagioni di canna da zucchero e tra *bandeirantes* e indi⁹⁵, forgiando nel tempo il carattere melanconico⁹⁶ e cordiale⁹⁷ del brasiliano.

La distinzione di razza, assente sul piano politico, si affermò piuttosto sul terreno sociale tendendo a coincidere con una distinzione di classe. Ci sono sempre stati mulatti nelle più alte cariche dell'esercito e dello stato, nel parlamento e nell'università, ma ancora negli anni Quaranta del secolo scorso le famiglie dei ceti superiori cercavano di conservare la loro purezza razziale per mezzo dei matrimoni tra cugini⁹⁸ e Ascarelli afferma che era "considerato di cattivo gusto ricordare a chi faccia parte di una famiglia di alto rango un ascendente di colore"⁹⁹. In quel medesimo periodo i brasiliani di antica discendenza locale prediligevano, come segno di distinzione, il titolo di dottore in legge, la carriera accademica e gli impieghi pubblici, lasciando agli immigrati europei il più lucroso campo dell'industria e del commercio¹⁰⁰.

Dopo la deludente esperienza delle prime colonie di popolamento formate da immigrati dal Vecchio Continente¹⁰¹ e sorte per iniziativa del governo agli inizi

⁹⁵ GILBERTO FREYE, *Casa-Grande e Sanzala. Formação da Família Brasileira sob o Regime de Economia Patriarcal*, Rio de Janeiro, 1958; trad. it., *Padroni e schiavi. La Formazione della famiglia brasiliana in regime di economia patriarcale*, Milano, 1965, p. 76 ss.

⁹⁶ PAULO PRADO, *Retrato do Brasil. Ensaio sobre a tristeza brasileira*, São Paulo, 1928, trad. it., *Ritratto del Brasile. Saggio sulla tristezza brasiliana*, Roma 1995, p. 56 ss.

⁹⁷ L'espressione è dello scrittore Roberto Couto in una lettera indirizzata ad Alfonso Reyes. Cfr. SÉRGIO BUARQUE DE HOLLANDA, *Raízes do Brasil*, trad. it., *Le radici del Brasile*, Firenze, 2000, p.155 ss.

⁹⁸ GILBERTO FREYE, *Nordeste*, Rio de Janeiro, 1960, trad. it., *Nordeste. L'uomo e gli elementi*, Milano 1970, p. 3 ss.

⁹⁹ Cfr. T. ASCARELLI, *Sguardo*, cit., p.87.

¹⁰⁰ T. ASCARELLI, *op. ult. cit.*, p.85.

¹⁰¹ Le prime colonie erano state fondate nel 1812 nello stato di Espírito Santo, nel 1817 a Leopoldina, nel 1819 a Nova Friburgo nello stato di Rio de Janeiro, e nel 1828 a S. Amaro nello stato di São Paulo. I primi coloni erano prevalentemente svizzeri, tedeschi e olandesi. Nel primo ventennio del XIX secolo si stabilì a Rio de Janeiro un piccolo gruppo di italiani che viveva di lavori manuali, di piccolo commercio o esercitava una libera professione. Nel 1820 la Corte del Regno delle Due Sicilie inviò in Brasile alcune centinaia di "facinorosi" che avrebbero dovuto essere impiegati in un progetto di colonizzazione. Una operazione simile fu attuata, nel 1837, dallo Stato Pontificio che imbarcò alcuni condannati politici alla volta del paese sudamericano. Tra il 1820 e il 1834 il Brasile accolse degli esuli politici, soprattutto mazziniani, fra i quali Livio Zambecari, Luigi Rossetti e Giuseppe Garibaldi. Molti di essi parteciparono alla *guerra dos Farrapos*, (la guerra regionale di carattere repubblicano contro il governo imperiale scatenata, dal 1835 al 1845, dalla provincia di São Pedro do Rio Grande do Sul) schierandosi dalla parte degli insorti. Nel 1843 col matrimonio di Dom Pedro II con Maria Cristina di Borbone, giungerà dall'Italia un modesto numero di cortigiani e artisti. Nella metà del secolo XIX gli immigrati erano solo 12.000. Nel 1870

dell'Ottocento¹⁰², l'immigrazione europea assunse un ritmo accelerato a partire dal decennio che precedette l'abolizione della schiavitù, avvenuta nel 1888¹⁰³, e la nascita della Repubblica federale proclamata nel 1889 col sostegno dalla classe dei latifondisti coltivatori del caffè. Non fu, però, la fine della schiavitù in se stessa a determinare le condizioni favorevoli all'immigrazione¹⁰⁴, ma la penuria di schiavi, risalente già agli anni Settanta del diciannovesimo secolo¹⁰⁵ e trasformatasi in carenza di manodopera libera dopo il 1889, quando i liberti rimasero quasi tutti alle dipendenze degli antichi padroni per un salario più o meno pari al valore del loro mantenimento al tempo del lavoro servile¹⁰⁶. Pertanto, alla fine del decennio 1880-1890 erano già entrati in Brasile un milione e mezzo di europei¹⁰⁷.

A causa della richiesta di mano d'opera il movimento di immigrazione fu in gran parte sussidiato da ciascuno Stato interessato¹⁰⁸. Società autorizzate dal governo

il Brasile aveva ricevuto solo 70.000 immigrati e perciò l'immigrazione, pur aumentando, rimaneva di modesta entità. Gli italiani erano circa 6.000. Cfr. R. C. SIMONSEN, *A Evolução Industrial do Brasil*, São Paulo, 1939.

¹⁰² VISCONTE DI MAUÁ, *Autobiografia*, 2ª edição, Rio de Janeiro, 1943, p. 218, per il quale le colonie “pesavano con una mano di ferro sulle finanze del Paese” senza contribuire in nulla alla soluzione del problema della scarsità della manodopera.

¹⁰³ *Lei 13 de maio* 1888, n. 3.353.

¹⁰⁴ Infatti, già nel 1865 il Governo imperiale aveva concesso una serie di facilitazioni agli immigrati (*Decisão* n. 486 de 25 de abril; *Decisão* n. 487 de 25 de abril; *Decisão* n. 488 de 25 de abril; *Lei* n. 1.245 de 26 de junho; *Decisão* n. 353 de 11 de agosto). La politica verso gli immigrati era gestita dalla *Inspectoria Geral de Terras e Colonização*, prevista dal *Decreto* n. 6.129 de 20 de fevereiro 1876 alla quale veniva attribuita la competenza a dirigere tutti i servizi concernenti la colonizzazione, di promuovere l'immigrazione spontanea o per conto di privati, di curare la ricezione degli immigrati.

¹⁰⁵ La riduzione del numero degli schiavi era dovuta non solo alla pressione dell'Inghilterra che combatteva il commercio degli schiavi e nel 1826 stipulò un trattato che avrebbe costretto il governo brasiliano a dichiararlo illegale dal 1829, ma anche al fatto che, nonostante questo, i padroni non si preoccupavano della loro riproduzione *in loco* mediante l'organizzazione di un sistema di vita meno duro. Sulla traiettoria della schiavitù in Brasile contrastata anche da una parte della classe dirigente, R. E. CONRAD, *Os Últimos Anos da Escravatura no Brasil*, 2ª ed., Rio de Janeiro, 1978.

¹⁰⁶ CELSO FURTADO, *Formação Econômica do Brasil*, Rio de Janeiro, 1959, trad. it., *La formazione economica del Brasile*. Torino, 1970, p. 159 s.

¹⁰⁷ Nel 1889 il governo brasiliano decise di concedere d'ufficio la cittadinanza a tutti gli stranieri residenti a meno che essi non avessero dichiarato di voler mantenere la propria nazionalità (*Decreto* n. 13-A de 26 de novembro e *Decreto* n. 58-A de 14 de dezembro). Ciò provocò le proteste di molti governi europei, compreso quello italiano, i quali sottolinearono che un gran numero di loro cittadini non era nemmeno a conoscenza dei provvedimenti che li riguardavano. Le norme furono reiterate nel 1891, ma questo fu l'ultimo tentativo di naturalizzazione forzata posta in essere dal governo brasiliano.

¹⁰⁸ Nel 1890 la c.d. legge Glicério assicurò il trasporto gratuito non solo a famiglie di agricoltori ma anche a contadini celibi o vedovi tra i 18 e i 50 anni e a operai e artigiani della stessa fascia di

negoziavano e trasportavano gli immigrati per porli a disposizione dei proprietari terrieri, spesso esponendoli in piazza, affinché si potessero scegliere quelli più robusti da avviare al lavoro nelle piantagioni¹⁰⁹. Quasi altri tre milioni di persone, giunsero tra gli Anni Novanta dell'Ottocento e la prima guerra mondiale¹¹⁰. Tra di loro vi era un gran numero di contadini italiani¹¹¹ che avevano lasciato il Paese per sfuggire alle conseguenze della crisi dell'agricoltura e dei rapporti commerciali con la Francia¹¹². I nuovi arrivati si diressero prevalentemente verso gli stati meridionali cogliendo le disponibilità capitalistiche create simultaneamente dalla cultura del caffè e dagli investimenti stranieri, massicci nello Stato di São Paulo. Moltissimi trovarono lavoro nelle coltivazioni di caffè del Centro-Sud. Coloro che non erano riusciti a diventare coloni vivevano spesso in condizioni tanto misere da ricordare quelle degli schiavi e suscitare le reazioni del governo italiano tradotte nel famoso decreto Perinetti che, nel 1902, proibì l'emigrazione sussidiata in Brasile¹¹³. Altri, specialmente siriano-libanesi, presero a esercitare un piccolo

età, sia pure in misura più limitata. Dopo il 1894, con il trasferimento dei servizi di immigrazione dal governo centrale ai singoli stati, cessò in pratica la politica di colonizzazione poiché solo gli stati più ricchi, primo tra tutti lo stato di São Paulo, potevano permettersi le spese di introduzione degli immigrati. Successivamente il *Decreto Presidencial de 19 de Abril* de 1907 favorì la creazione di *núcleos coloniais* formati da persone in grado di dedicarsi ai lavori agricoli. L' *art. 2*, infatti, recitava “*Serão acolhidos como imigrantes os estrangeiros menores de 60 anos, que não sofrendo de doenças, não exercendo profissão ilícita, nem sendo reconhecidos como criminosos, desordeiros, mendigos, vagabundos, dementes, ou inválidos, chegarem aos portos nacionais com passagem de terceira classe, à custa da União, dos Estados ou de terceiros; e os que, em igualdade de condições, tendo pago as suas passagens, quiserem gozar dos favores concedidos aos recém-chegados*”.

¹⁰⁹ T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, cit., p. 88.

¹¹⁰ T. H. HOLLOWAY, *Imigrantes para o Café*, Rio de Janeiro, 1984.

¹¹¹ ROUVILIO COSTA e LUIS ALBERTO DE BONI (a cura di), *La presenza italiana nella storia e nella cultura del Brasile*, edizione italiana a cura di Angelo Trento, Torino, 1991.

¹¹² Cfr. A. DE CLEMENTI, *La “grande emigrazione” dalle origini alla chiusura degli sbocchi americani*, in P. BEVILACQUA, A. DE CLEMENTI, E. FRANZINA, *Storia dell'emigrazione italiana*, Vol. I, Milano, 2009, p. 197, la quale sottolinea che per le cause suddette, vi fu una notevole emigrazione dalla Liguria, dal Piemonte, dalla Lombardia e dal Veneto.

¹¹³ Più precisamente il decreto proibiva l'espatrio a viaggio pagato per il Brasile di gruppi se non in base a contratti approvati dalla Commissione Generale per l'Emigrazione o da istituzioni assistenziali quali la Società Umanitaria, la Bonomelli e altre. Rimase libera l'emigrazione spontanea e quella prepagata di singoli chiamati da parenti già insediati in Brasile, purché la richiesta fosse corredata dal nullaosta consolare. Le restrizioni del decreto Perinetti sarebbero passate nel Testo Unico della legge sull'immigrazione del 1919. Numerosi furono gli stratagemmi escogitati dai *fazendeiros* per aggirare il decreto. I più comuni consistevano nel convincere i propri lavoratori a chiamare i parenti e nel rimborsare il costo del biglietto agli immigrati spontanei che andassero a lavorare nella coltura del caffè. Nonostante ciò, la misura del 1902 si rivelò di una certa efficacia e, insieme alle periodiche crisi della produzione del caffè, contribuì a ridurre il numero degli italiani emigrati in Brasile.

commercio e altri ancora divennero operai dell'industria nascente. Il settore industriale fu trainato dalla stessa immigrazione perché soddisfaceva i bisogni primari degli abitanti, sviluppandosi essenzialmente nei settori tessile e alimentare¹¹⁴. Poiché la popolazione locale si dedicava soprattutto alla coltivazione della terra, mentre molti immigrati e i loro figli parteciparono maggiormente all'industrializzazione del Paese acquistando ricchezza e prestigio, col passare del tempo si annullò la distinzione sociale tra questi gruppi. In tale scenario il matrimonio costituì "la strada maestra per la fusione"¹¹⁵. In qualche caso, tuttavia, l'integrazione non si verificò spontaneamente. Per esempio, i tedeschi stabilitesi negli Stati del Paraná, di Santa Caterina e di Rio Grande del Sud, benché contribuissero in misura considerevole allo sviluppo di quelle regioni e costituissero una classe media di buona cultura, rimasero gelosamente attaccati alla loro lingua e alle loro abitudini. Questi atteggiamenti di chiusura crearono alla classe dirigente un problema politico, legato al timore della perdita della identità nazionale brasiliana e alla diffusione di idee 'aliene'¹¹⁶. Negli anni Quaranta la questione sarebbe stata risolta con l'emanazione di leggi speciali che imponevano l'insegnamento del portoghese e vietavano le scuole straniere, nonché l'insegnamento delle lingue straniere nelle scuole elementari allo scopo di imporre una integrazione fondata in primo luogo sulla omogeneità linguistica¹¹⁷.

Appartiene agli Anni Venti del Novecento una percezione ottimistica dell'immigrato europeo, considerato un modello di operosità e di diversificazione produttiva, nonché un elemento importantissimo per il miglioramento razziale del brasiliano, inteso come meticcio e, quindi, come individuo infiacchito dai mali inerenti alla razza nera¹¹⁸. Di questo clima sono interessante testimonianza due lettere firmate dal presidente dello Stato del Rio Grande do Sul e dal Duce Benito Mussolini pubblicate nel preambolo di un volume dedicato al cinquantenario

¹¹⁴ WILSON SUZIGAN, *Indústria Brasileira. Origem e Desenvolvimento*, São Paulo, 1986.

¹¹⁵ T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, cit., p. 91, il quale sottolinea che il pollaio della nobile famiglia impoverita, sposando la ricca ereditiera dell'emigrante, apriva a tutta la famiglia di questi porte prima chiuse e che i rapporti di parentela tra vecchie famiglie e immigrati creavano nuovi legami e nuove solidarietà.

¹¹⁶ H. BETHLEM, *O vale de Itajaí. Jornadas de Civismo*, Rio de Janeiro, 1936, p. 16: "Cinquenta anos de República irresponsável e alguns anos de descuido do Império permitiram que os núcleos de colonização estrangeira se transformassem em verdadeiros quistos raciais; ameaçadores de nossa soberania – centros de divulgação e irradiação de ideais alienígenas – e de soluções de continuidade do espírito nacional".

¹¹⁷ T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, cit., p. 93.

¹¹⁸ L. F. BENEDUZI, *Etnicità, immaginario sociale e caccia alle streghe: gli immigrati italiani e la politica di nazionalizzazione nel sud del Brasile (1930-1945)*, in *Deportati, esuli, profughe*. Rivista telematica sulla condizione, femminile, 2009, p. 113.

dell'immigrazione¹¹⁹ nelle quali si esalta la riqualificazione del *gaucho* per merito dell'operosità del colono italiano¹²⁰.

Il ritmo dell'immigrazione si ridusse enormemente a partire dallo scoppio della prima guerra mondiale a causa del cambiamento della struttura economica, divenuta meno elastica a partire dagli anni Trenta, e dell'affievolirsi “dello spirito liberale del quale l'emigrazione costituisce a sua volta un riflesso”¹²¹. Di questa tendenza fu espressione il *Decreto n. 14.247* del 1921 che attribuì all'esecutivo il potere di impedire l'ingresso nel Paese di alcune categorie di immigrati indesiderabili essenzialmente perché inadatti al lavoro¹²², una impostazione che conteneva venature di razzismo destinate a diventare assai più marcate negli anni Quaranta.

Riflettendo il sostegno al settore industriale, chiamato a sostituire le importazioni con prodotti nazionali, e la politica di protezione della classe lavoratrice nel quadro di una organizzazione dell'economia dai tratti corporativi mutuati dall'esperienza italiana¹²³, la Costituzione del 1937, imposta da Getúlio Vargas, disciplinava, ancora più restrittivamente il fenomeno migratorio mediante il sistema delle quote¹²⁴, già introdotto nella Carta del 1934¹²⁵ in continuità con strette di poco precedenti¹²⁶. Non fu però, vietato l'ingresso di alcune etnie, come quella giapponese¹²⁷, già oggetto di antiche diffidenze¹²⁸. Tale misura discriminatoria

¹¹⁹ Cinquantenario della colonizzazione italiana nel Rio Grande del Sud, 1925.

¹²⁰ “Nel nobile orgoglio che eleva i vostri animi, mentre sostate per contemplare i risultati della lunga e tenace fatica, [...] sono fiero di mandare il mio saluto a voi, che così nobilmente avete contribuito a mettere in valore le fertili terre che vi accolgono e a stringere in salda amicizia l'Italia e il Brasile”.

¹²¹ T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, cit., p. 97.

¹²² Tra questi, oltre ai soliti soggetti inabili al lavoro, erano menzionati coloro che avevano più di sessant'anni di età.

¹²³ A. CALDERALE, *La circolazione del modello italiano nelle codificazioni brasiliane di diritto privato*, in S. LANNI e P. SIRENA (a cura di), *Il modello giuridico-scientifico e legislativo-italiano fuori dell'Europa*. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD, Napoli, 2013, p. 207 ss.

¹²⁴ Art. 151: *A entrada, distribuição e fixação de imigrantes no território nacional estará sujeita às exigências e condições que a lei determinar, não podendo, porém, a corrente imigratória de cada país exceder, anualmente, o limite de dois por cento sobre o número total dos respectivos nacionais fixados no Brasil durante os últimos cinquenta anos.*

¹²⁵ *Emenda à Constituição* de 1934, e precisamente all'art. 21.

¹²⁶ Desiderando limitare “a entrada desordenada de estrangeiros, que nem sempre trazem o concurso útil de quaisquer capacidades, mas frequentemente contribuem para aumento da desordem econômica e da insegurança social”, il *Decreto-lei n. 19.482, de 12 de Dezembro de 1930* limitò, per un anno, l'entrata nel Paese a coloro che potessero esibire una offerta di lavoro nel settore agricolo proveniente dal Ministero del Lavoro, Industria o Commercio o da parenti già residenti in Brasile.

¹²⁷ Durante l'*Assembleia Nacional Constituinte* del 1933, i deputati Miguel Couto, Artur Neiva e Antonio Xavier de Oliveira chiesero il blocco dei “degenerati giapponesi”.

sarebbe stata riproposta nell' *Assembleia Nacional Constituinte* del 1946 sfiorando il successo¹²⁹.

Il sistema delle quote fu regolato dettagliatamente dal *Decreto-Lei* n. 406 del 1938¹³⁰, il quale riservò un trattamento privilegiato ai portoghesi in nome di una comune identità luso-brasiliana e, riprendendo alcune esperienze risalenti ai tempi della *República Velha*¹³¹, annunciò una politica repressiva verso gli immigrati che, avendo diffuso tra i lavoratori il sindacalismo e le idee socialiste e anarchiche, erano considerati pericolosi per il nuovo ordine¹³². La normativa in parola si collegava, da un lato, alla tradizionale tendenza brasiliana di pianificare e controllare l'economia, derivante dal mercantilismo dell'epoca coloniale, dall'altro, alla idea che considerava l'immigrazione un sostituto della mano d'opera servile piuttosto che un fattore dello sviluppo e della stessa costituzione del Paese, come avveniva negli Stati Uniti¹³³. Questa serie di provvedimenti rivelava anche un mutato atteggiamento nei confronti degli immigrati e dei loro discendenti. Essi venivano percepiti come una minaccia alla nazione a causa della presenza di *ethnic enclosures*; della tendenza a innescare conflitti sociali e a ricorrere all'arma dello sciopero, bollato sprezzantemente come una sorta di 'patto dell'ozio' da una classe imprenditoriale ancora non affrancata dalla mentalità schiavistica. In definitiva, gli immigrati erano visti come quasi ontologicamente estranei alla 'brasilianità', ossia, incapaci per loro natura di adattarsi alla ideologia e alla prassi

¹²⁸ Il decreto n. 528 del 28 de Julho 1890, firmato dal Presidente della Repubblica Deodoro da Fonseca e dal ministro per l'Agricoltura Francisco Glicério, stabiliva che l'entrata in Brasile di emigranti dell'Asia e dell'Africa sarebbe dipesa dall'autorizzazione del *Congresso Nacional*. Questo provvedimento fu revocato nel 1907 per permettere l'immigrazione giapponese.

¹²⁹ Solo per un voto fu, infatti, respinta l'*emenda* n. 3165 proposta dal deputato carioca Miguel Couto Filho, che stabiliva: "É proibida a entrada no país de imigrantes japoneses de qualquer idade e de qualquer procedência".

¹³⁰ Decreto de Lei n. 406 de 04 de maio de 1938, *Dispõe sobre a entrada de estrangeiros em território nacional*.

¹³¹ Il riferimento è alla *lei* n. 1641 de 7 de janeiro 1907, la c. d. *lei* Adolfo Gordo, che prevedeva l'espulsione dello straniero "che, per qualunque motivo, compromette la sicurezza nazionale o la tranquillità pubblica" (art. 1), una normativa approntata, in realtà, per reprimere gli scioperi che si erano manifestati essenzialmente tra gli operai di São Paulo. In argomento, C. BATALHA, *O Movimento Operário na Primeira República*, Rio de Janeiro, 2000, p. 87.

¹³² Il decreto in parola restrinse la presenza di stranieri considerati contrari alla "*composição étnica e social*" del Brasile e di coloro che dimostravano difficoltà di "*assimilação*", espressioni volutamente vaghe e quindi disponibili ai più diversi usi politici. In questa prospettiva si specificava che in ciascuna colonia di popolamento era obbligatorio "*fixar um mínimo de 30% de brasileiros e o máximo de 25% de cada nacionalidade estrangeira*. In mancanza del 30% di brasiliani, quel minimo poteva "*ser suprido por estrangeiros de preferência portugueses*".

¹³³ Marca queste caratteristiche T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, cit., p. 99.

dello *Estado Novo* che della ‘brasilianità’ erano l’attuale espressione, dopo che, ai tempi della indipendenza, la ‘brasilianità’ si era identificata nel carattere nazionale risultante dalla fusione tra il buon selvaggio, l’indio, e il buon portoghese¹³⁴. In questo scenario, fu istituito, in primo luogo, il *Conselho Nacional de Imigração e Colonização* chiamato ad amministrare il sistema delle quote secondo criteri severi¹³⁵ e, subito dopo la fine della seconda guerra mondiale, a sfondo smaccatamente razziale. Infatti, il *Decreto-Lei 7.967/45*¹³⁶, che ambiva a imprimere alla politica immigratoria del Brasile “un orientamento razionale e definitivo” in vista di ondate migratorie massicce a causa delle devastazioni causate dalla guerra in Europa, annunciava che la inevitabile selezione degli immigrati avrebbe tenuto conto della “*necessidade de preservar e desenvolver, na composição étnica da população, as características mais convenientes da sua ascendência europeia*”. Questa svolta rifletteva gli esiti del dibattito sul profilo desiderabile del immigrato ospitato dalla *Revista de Imigração e Colonização* edita dal *Conselho Nacional* e animato da medici, psichiatri, igienisti, educatori, giornalisti e giuristi. Tra costoro si distinse la psichiatra Lira Cavalcanti le cui idee estreme, impregnate di teorie razziste proprie del nazi-fascismo, finirono per influenzare il legislatore¹³⁷. Al riguardo bisogna sottolineare che, dal punto di vista giuridico, la legge non giunse mai a discriminare esplicitamente soggetti appartenenti a certe razze ed etnie, ma la discriminazione si manifestò sul piano della maggior apertura riservata a soggetti appartenenti ad etnie e razze diverse, una scelta all’ apparenza coerente con il mantenimento del mito del brasiliano cordiale ereditato dal passato coloniale.

In secondo luogo, si stabilì che, nelle imprese industriali e commerciali operanti in numerosi settori, i 2/3 dei posti di lavoro avrebbero dovuto essere riservati ai brasiliani e che, in caso di crisi della impresa, sarebbero stati licenziati per primi gli stranieri¹³⁸ discriminando così gli immigrati anche sotto l’aspetto economico.

¹³⁴ L. F. BENEDUZI, *Etnicità*, cit., p. 122 ss.

¹³⁵ *Decreto de Lei n. 406 de 4 de maio de 1938, Dispõe sobre a entrada de estrangeiros em território nacional, arts. 1 e 2*. In particolare, quest’ultima disposizione stabiliva che, sentito il *Conselho Nacional de Imigração e Colonização*, il governo avrebbe potuto “limitare o sospendere, per motivi economici o sociali, l’ingresso di individui appartenenti a determinate razze o origini”. Cfr. M. GOMES DURÃES, J. ALVES DE SOUSA Junior, *O Ingresso do Estrangeiro no Brasil, análise histórica dos textos normativos referentes à recepção do imigrante trabalhador no território nacional*, in D. MAGALHÃES, et al. *Anais*, cit., p. 56.

¹³⁶ *Decreto de Lei n. 7.967 de 18 de setembro de 1945, Define sobre imigração e colonização e dá outras providências*.

¹³⁷ E. PÀJARO PERES, *Proverbial Hospitality? A Revista de Imigração e Colonização e o discurso oficial sobre o emigrante (1945-1955)*, in 10 *Acervo*, 1997, p. 85 ss.

¹³⁸ *Decreto de Lei n. 5.452 de 1 de maio de 1943, Aprova a consolidação das leis do trabalho, arts. 352-358*.

Destinato a rimanere in vigore fino agli anni Ottanta del Novecento, il meccanismo delle quote contribuì a ridurre l'immigrazione, scoraggiata anche dal cattivo andamento dell'economia, flagellata da vistosi processi inflattivi iniziati nel periodo della democrazia populista, esplosi al tempo della dittatura militare, e protrattisi anche nei primi anni della restaurazione della democrazia, cioè fino alla metà degli anni Novanta. Tutto ciò spiega perché, a partire dagli anni Cinquanta, il flusso migratorio verso il Brasile sia stato notevolmente più ridotto di quello diretto verso gli Stati Uniti e verso altri Paesi dell'America Latina, come l'Argentina.

Ai tempi della dittatura militare assunse una particolare importanza la legge n. 6.185/80, l' *Estatuto do Estrangeiro*, che, avendo abolito il *Decreto-lei* 7.967/45, prospettò apertura delle frontiere fondata su criteri meno ottusi¹³⁹. La ragione è che a molti degli immigrati, autorizzati a entrare nel Paese in base a un nuovo sistema di ammissione¹⁴⁰, si richiedeva, a differenza che in passato, una elevata qualificazione professionale indispensabile alle industrie chiamate a utilizzare le tecnologie importate dagli oligopoli internazionali¹⁴¹, sicché le logiche razziste, non completamente assenti, furono almeno relegate in secondo piano.

Di questa normativa si vuole sottolineare che lo straniero, legittimato "soddisfatte le condizioni di questa legge, a entrare e rimanere in Brasile e uscirne, avuto riguardo agli interessi nazionali" (*art.* 1), era privato di diritti di impegnarsi in attività politiche e sindacali (*arts* 106 e 107). La legge 6.185/80 esibiva, dunque, una impronta securitaria molto accentuata che, al principio della dittatura, aveva ricevuto una più nitida formulazione teorica nei termini dello '*Estado policial*' ad opera del generale Golbery do Couto e Silva¹⁴².

¹³⁹ Il bilancio del fenomeno delle migrazioni europee in Brasile e negli altri Paesi dell'America Latina e delle sue complesse implicazioni è tracciato da G. MATTIAZZI, *Migrazioni, influenze politiche e ibridazione culturale fra Europa e America Latina (XVII-XIX Sec.)*, Torino, 2009.

¹⁴⁰ Il *Decreto-Lei* n. 941 de 13 de outubro de 1969, *Da entrada de estrangeiros no Brasil* prevede due strade per l'entrata regolare in Brasile. La prima fu quella *Espontânea* per la quale il migrante chiedeva l'autorizzazione a entrare nel Paese. La seconda fu la *Imigração Direcionada*, per la quale l'ammissione dello straniero veniva condizionata alla disponibilità di risiedere in certe zone, generalmente in quelle a vocazione *agropecuária* come l'Amazzonia o il Pantanal.

¹⁴¹ La dittatura segnò il passaggio dal modello di sviluppo economico basato sulla sostituzione delle importazioni al modello di sviluppo economico associato, sia pure in posizione subalterna, agli oligopoli internazionali che controllavano la produzione e l'uso della tecnologia (centri di ricerca, laboratori, tec.) indispensabile alla competitività dell'industria sul mercato internazionale. In argomento, cfr. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, *Desenvolvimento Associado-Dependente e Teoria Democrática*, in A. STPAN (ed.), *Democratizando o Brasil*, Rio de Janeiro, 1988, p. 440 ss.

¹⁴² P. FERNANDES, *O direito internacional dos direitos humanos e a ditadura militar no Brasil: o isolacionismo deceptivo*, in *Jornada de estudos sobre ditaduras e direitos humanos*, Porto Alegre, 2011, p. 438 ss.

Un capitolo particolare è quello della immigrazione degli intellettuali, una vicenda iniziata negli anni Ottanta dell'Ottocento quando giunse in Brasile, per ragioni rimaste in gran parte oscure, il figlio del grande giurista tedesco Rudolf von Jhering, Hermann von Jhering, naturalista famoso che si dedicò allo studio della fauna e della flora tropicali e che, sul piano politico, s'impegnò per la naturalizzazione dei suoi ostinati connazionali¹⁴³.

Al tempo dei fascismi europei si diresse verso il Brasile anche una emigrazione borghese in cerca di salvezza dalle persecuzioni politiche e razziali, per quanto paradossale fosse approdare in un Paese governato da Getúlio Vargas. Questa contraddizione fu rinfacciata duramente a Stefan Zweig, quando, da poco giunto a Rio de Janeiro, pubblicò nel 1941 un libro entusiasta, *Brasil, país do futuro*¹⁴⁴, dallo stile un po' saccante di chi già la sapeva lunga sulla realtà brasiliana. Non molto tempo dopo lo scrittore austriaco si sarebbe suicidato nella città di Petropolis, la residenza estiva dell'Imperatore, appresa la notizia che le truppe naziste, sfilando a Parigi, avevano definitivamente distrutto 'il mondo di ieri'. Dall'Italia ripararono in Brasile anche i professori Alessandro Seppilli, Giulio Usiglio, Tullio Liebman e Tullio Ascarelli, costretti a lasciare l'università dalle vergognose leggi razziali del 1938¹⁴⁵. Tullio Ascarelli trovò ospitalità presso l'*Universidade de São Paulo* dove avrebbe lasciato una traccia indelebile, ancor oggi visibile, sia nella biblioteca a lui dedicata, sia nel ricordo devoto dei suoi ultimi allievi¹⁴⁶. Furono protagonisti di questa vicenda non più di trentamila persone che comunque contribuirono in misura considerevole alla formazione di una classe media colta, in quell'epoca più debole di quanto non sia adesso, e alla modernizzazione di importanti settori dell'economia.

In anni meno lontani, in seguito alla 'rivoluzione dei garofani' del 1974 in Portogallo, che segnò la fine della dittatura salazarista¹⁴⁷, fuggirono in Brasile molti esponenti del regime abbattuto, tra i quali diversi docenti universitari che trovarono ospitalità negli atenei brasiliani. Tra loro, l'ultimo presidente del Consiglio salazarista, Marcello Caetano, insigne storico del diritto dell'Università di Lisbona.

¹⁴³ M. LOSANO, *Un giurista tropicale. Tobias Barreto tra Brasile reale e Germania ideale*, Bari, 2000, p. 135 ss.

¹⁴⁴ S. ZWEIG, *Brasilien (Ein Land der Zukunft)*, Stockholm, 1941, trad. it., *Brasile (terra dell'avvenire)*, Milano, 1949.

¹⁴⁵ V. GALIMI, G. PROCACCI, "Per la difesa della razza". *L'applicazione delle leggi antiebraiche nelle università italiane*, Milano, 2009, pp. 37 e 96.

¹⁴⁶ N. BOBBIO, *L'itinerario di Tullio Ascarelli*, in *Studi in onore di Tullio Ascarelli*, Milano, 1969, Vol. I, p. 89 ss.

¹⁴⁷ J. H. SARAIVA, *História concisa de Portugal*, 2004, 302, trad. it., *Storia del Portogallo*, Milano, p. 325.

6. *Immigrazione e diritto privato brasiliano.*- Nella storia del diritto privato brasiliano¹⁴⁸ l'immigrazione ha fornito spunti importanti di riflessione ai giuristi e ha influenzato la pratica degli affari e l'attività del legislatore.

Nella *Consolidação das leis Civis* del 1857, opera nella quale tutta la legislazione civile dell'epoca, escluse le leggi sulla schiavitù, deliberatamente omesse, veniva consolidata in 1333 articoli, arricchiti di note dettagliate e preceduti da una monumentale introduzione, Augusto Teixeira de Freitas tenne conto della realtà del Brasile come terra giovane e d'immigrazione. Egli assicurò agli stranieri i 'diritti civili', ossia la capacità di essere soggetti di rapporti di diritto privato, sottolineando che la tesi contraria, pure sostenibile secondo la tradizione del diritto romano, avrebbe avuto conseguenze aberranti¹⁴⁹. Rivoluzionario in una epoca in cui lo straniero era escluso dal godimento dei diritti civili e l'unica via per attribuirglieli era la condizione di reciprocità, questo punto di vista sarebbe stato accolto dal codice civile del 1916 di Clovis Beviláqua¹⁵⁰, da quello del 2002¹⁵¹ e dalla Convenzione Americana sui diritti umani del 1969¹⁵². Il giurista bahiano, inoltre, disciplinò lo "estatuto pessoal" secondo la legge del *domicílio* e non secondo la *nacionalidade* delle persone, un'idea che, invece, fino all' *Estado Novo*, stenterà ad affermarsi¹⁵³.

È degno di nota che, nello scrivere la regolamentazione della capacità giuridica degli stranieri secondo la impostazione di Teixeira de Freitas, Clovis Beviláqua abbia tenuto in gran conto l'art. 3 del codice civile italiano del 1865¹⁵⁴, merito di un giurista dallo straordinario spessore, Pasquale Stanislao Mancini, il quale operò in un ambiente che rifletteva sul rapporto tra diritti civili e cittadinanza con grandi aperture. Il giurista brasiliano avrebbe infatti citato la norma italiana come la prima regola "che in Europa osò affermare questo principio che costituiva l'aspirazione di tutti gli uomini liberi"¹⁵⁵.

¹⁴⁸ Per una ricostruzione storica del diritto privato brasiliano nella letteratura italiana, A. CALDERALE, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Milano, 2005.

¹⁴⁹ *Consolidação das Leis Civis*, nell'edizione del 1915, pubblicata a Rio de Janeiro e *autorizada pelo governo, Introdução*, XCIII, pagine in cui ritorna la consapevolezza dei limiti del diritto romano: "Immaginare attualmente un diritto civile basato sulla pura nazionalità, negare i diritti civili agli stranieri è concepire uno stato di cose chimerico, che evoca le tradizioni del diritto romano".

¹⁵⁰ Art. 2. In argomento, CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Direito Civil, Vol. I, 19ª edição*, Rio de Janeiro, 2001, p. 142.

¹⁵¹ Art. 1.

¹⁵² Art. 4, I. Cfr. F. AMARAL, *Direito Civil. Introdução, 7ª edição*, Rio de Janeiro, p. 255.

¹⁵³ ANNA MARIA VILLELA, *O Direito Internacional Privado no Esboço de Teixeira de Freitas*, in SCHIPANI (a cura di) *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latino-americano*, Padova, 1998, p.179 ss.

¹⁵⁴ L'art. 3 recitava che «lo straniero è ammesso a godere dei diritti civili attribuiti ai cittadini».

¹⁵⁵ CLOVIS BEVILÁQUA, *Resumo das lições de legislação comparada sobre o direito privado*, Bahia, 1897, p. 134.

Influenzata dalla questione dell'immigrazione fu anche la *lei de Terras* del 1850 voluta dal primo ministro José Bonifacio per introdurre un regime ordinato ed efficiente di proprietà agraria anche in vista dell'abolizione della schiavitù e dei conseguenti incentivi all'immigrazione¹⁵⁶. In questa prospettiva, la legge offriva ai nuovi venuti una *chance*, sia pure remota, di diventare proprietari di terre allo scopo di tenerli legati al lavoro salariato nelle piantagioni. Era stabilito, infatti, che le terre pubbliche dovevano essere vendute a un prezzo sufficientemente alto da impedirne l'acquisto da parte di occupanti o immigrati poveri e che era vietato acquistarle a coloro che fossero giunti in Brasile con un viaggio finanziato prima che fossero trascorsi tre anni di permanenza nel Paese.

Verso la fine della *República Velha*, segnata da un clima liberale che, incarnato nella figura del venerando senatore Rui Barbosa, non coglieva le nuove tensioni della società, si manifestò solo una timida apertura verso i diritti sociali. Nello Stato di São Paulo, dove nel 1911 il *Dipartimento Estadual do Trabalho* aveva creato o *Patronato Agrícola* per arbitrare le controversie tra *fazendeiros* e immigrati, nel 1922 furono istituiti i *Tribunais Rurais do Estado*, presto alle prese con nuovi tipi contrattuali. Sfruttando la libertà di contrarre consacrata dal *código civil* del 1916, i proprietari avevano coniato alcune figure per regolare i rapporti con gli immigrati che si offrivano di lavorare la terra. Tralasciando la *parceria*¹⁵⁷ prevista dal codice civile, essi ricorsero al c. d. *colonato*. Ai coloni veniva affidato un appezzamento da coltivare a caffè. Essi ricevevano due pagamenti: uno, annuale, correlato all'estensione del terreno, e l'altro in occasione della raccolta, di ammontare variabile in relazione alla quantità del prodotto. Inoltre, il *fazendeiro* forniva l'alloggio e cedeva piccole estensioni di terra affinché il colono fosse in grado di produrre gli alimenti necessari alla sua vita. Il *colonato* si distingueva dalla *parceria* perché, tra l'altro, non esisteva la divisione del profitto ricavato dalla vendita del raccolto e non costituiva neanche una forma pura di lavoro salariato in quanto prevedeva altri tipi di retribuzione e in una certa misura concentrava anche sul colono il rischio dell'attività. Le piantagioni nuove erano oggetto di accordi chiamati '*contratos de formação*'. I coloni piantavano il caffè e curavano le piante per un periodo variabile tra i quattro e i sei anni, ossia per il tempo necessario alla prima raccolta. I '*formadores*' non ricevano praticamente salario, ma potevano dedicarsi alla produzione di generi alimentari tra le fila delle

¹⁵⁶ CIRME LIMA, *Terras Devolutas*, Porto Alegre, 1935.

¹⁵⁷ Arts 1.410- 1.415 del *código civil* del 1916. La *parceria* è assimilabile alla colonia del codice civile italiano del 1942 e, nell'ordinamento brasiliano, subì notevoli modifiche in forza dello *Estatuto da terra* del 1964. Cfr. CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Direito Civil*, Vol. III, 10ª edição, Rio de Janeiro, 1999, p. 292.

nuove piante. Poiché questo contratto incontrava il favore dei coloni, si può ragionevolmente dedurre che essi riuscivano a collocare una parte dei loro prodotti sul mercato. Grazie alle possibilità di guadagno che era in grado offrire, il *colonato* stabilizzò i rapporti di lavoro in agricoltura e le condizioni dei *colonos*, nel complesso, non furono drammatiche.

In quegli stessi anni la rilevanza dell'immigrazione contribuì ad animare il dibattito circa gli effetti del matrimonio con uno straniero sulla nazionalità della donna brasiliana. Benché né la Costituzione del 1891¹⁵⁸, né la legislazione speciale prevedessero espressamente che la donna perdesse la nazionalità, come avveniva in molti altri ordinamenti giuridici, non mancavano interpretazioni in questo senso, basate, dopo l'emanazione del codice civile del 1916, sulle disposizioni che limitavano la capacità della *mulher casada*. Nella difesa dei diritti delle donne e specificatamente a favore della tesi che esse conservavano la loro nazionalità e anzi favorivano l'acquisto della nazionalità brasiliana da parte del coniuge straniero¹⁵⁹ si distinse in particolare Berta Lutz, una delle esponenti più autorevoli del movimento femminista sudamericano.

Appartiene invece agli effetti che, fino agli Anni Cinquanta, l'immigrazione ha avuto sull'andamento del valore degli immobili urbani l'indifferenza verso l'istituto della lesione enorme, nella tradizione europea destinato a proteggere il venditore, perché, data la tendenza al rialzo dei prezzi dovuta alla crescente domanda provocata dagli immigrati, l'ipotesi normale era quella della vendita con profitto, che rendeva più rara e meno meritevole di tutela la vendita a prezzo inferiore a quello di mercato. Salutata come segno di "eticità" del nuovo diritto privato¹⁶⁰, la disciplina della *lesão* ha fatto il suo ingresso trionfale nel codice civile del 2002¹⁶¹.

¹⁵⁸ Art. 69.

¹⁵⁹ Cfr. l'art. 69, 5, della Costituzione del 1891.

¹⁶⁰ JUDITH MARTINS-COSTA, *O Novo Código Civil Brasileiro: em Busca da "Ética da Situação"*, in JUDITH MARTINS-COSTA, GERSON LUIZ, CARLOS BRANCO, *Diretrizes Teóricas do Novo Código Civil Brasileiro*, São Paulo, 2002, p. 92 ss.

¹⁶¹ Art. 175.