

ESPULSIONE ED ESTRADIZIONE COME MEZZI DI RAFFORZAMENTO DEL
PENALE IN BRASILE DALL'IMPERO ALLA REPUBBLICA

*EXPULSION AND EXTRADITION AS MEANS OF STRENGTHENING CRIMINAL
LAW IN BRAZIL FROM EMPIRE TO REPUBLIC*

Diego Nunes
Universidade Federal de Santa Catarina (Brasile)
nunes.diego@ufsc.br

Abstract english: The work aims to reconstruct the legal regulation of expulsion and extradition in Brazil between the 19th and 20th century in order to demonstrate those instruments of international law were used as means of strengthening the criminal law. For this, an analysis of Brazilian legislation and legal scholarship was carried out during the empire and republic and has used the Italo-Brazilian treaties and Italian sources. It is noted that the provisions have presented a framework of progressive mitigation of protection and have served as an anchor to a expansive ultrastate criminal law.

Keywords: Extradition, Expulsion, Citizenship, Brazil (XIX-XX century), Criminal Law

Abstract italiano: Lo scopo del saggio è quello di ricostruire la disciplina giuridica dell'espulsione e dell'estradizione in Brasile fra Otto e Novecento al fine di dimostrare che oltre ad essere istituti di diritto internazionale erano utilizzati come mezzi di rafforzamento del penale. Si è svolta un'analisi della legislazione e della dottrina giuridica brasiliana durante impero e repubblica avvalendosi anche dei trattati italo-brasiliani sulla tematica e perciò di fonti italiane. Si nota che le disposizioni presentano un quadro di progressiva mitigazione della protezione e un inasprimento del diritto penale ultrastatale.

Parole chiave: Estradizione, Espulsione, Cittadinanza, Brasile (XIX-XX sec.), Diritto Penale

Sommario: 1. Introduzione - 2. Espulsione. - 2.1. Impero. - 2.2. Repubblica - 3. Estradizione - 3.1. Impero. - 3.2. Repubblica. - 4. Conclusioni.

1. Introduzione

La nascita del “transnational criminal Law”¹ ossia del “diritto penale ultrastatale”² in Occidente negli anni fra Otto e Novecento produce una forte ripercussione nella circolazione dei criminali all’interno degli stati nazionali. Tra le misure efficaci nella repressione della criminalità a livello internazionale ci sono l’extradizione e l’espulsione.

La prima si è rafforzata nell'Ottocento proprio nel contesto delle relazioni internazionali su cui pose le basi “il penale”³ di quel periodo: ogni Stato era totalmente sovrano e non poteva assicurare alla giustizia i criminali se rifugiatisi oltre le sue frontiere. La risposta giuridica per evitare tale limitazione fu la creazione di una procedura di cooperazione fra Stati. Sulla base di quanto stabilito da eventuali trattati bilaterali in essere o avendo almeno la promessa di reciprocità futura, lo Stato, tramite il Ministero dell’Interno, presentava una richiesta di estradizione per ottenere la consegna del fuggitivo presso lo Stato dove si era rifugiato sia che fosse stato già condannato sia che fosse ancora sottoposto a giudizio.

La seconda invece si configurava in uno spazio più ampio di discrezionalità. Poiché non era necessariamente frutto di una procedura di collaborazione visto che in base alla propria sovranità, lo Stato poteva impedire l’ingresso sul proprio territorio di stranieri che per ragioni di ordine pubblico non fossero desiderabili. Come già detto, la motivazione per espellere uno straniero poteva essere preventiva, allo scopo di evitare il compimento di reati oppure rientrare nell’ambito delle collaborazioni fra polizie, per prevenire futuri incidenti politici.

¹ Haerter, Hannapel, Tyrichter, 2019.

² Meccarelli, 2015.

³ Sbriccoli, 2009, p. 1307.

Nell'Ottocento il Brasile stava attraversando un periodo di forti contraddizioni nei confronti del suo inserimento nell'ordinamento giuridico internazionale. Da un lato dirigeva le sue energie verso un processo di civilizzazione in modo da giocare un ruolo importante nel panorama delle nazioni - appunto "civilizzate"⁴ - ed in questo modo potersi allontanare dall'immagine di ex colonia europea ed essere invece considerato alla stregua delle potenze europee. Dall'altro lato bisogna però tenere presente che il Brasile doveva ancora fare i conti con la pratica della schiavitù e con tutte le conseguenze che ciò comportava nelle relazioni internazionali, specialmente nei confronti del Regno Unito in relazione al traffico "negriero" nell'Atlantico, quando cercava in tutti i modi di sottrarsi agli accordi già stipulati fra britannici e portoghesi. Ciò era riconosciuto dalla nostra nuova nazione sudamericana almeno in ambito internazionale. All'interno, i grandi proprietari terrieri (i "Colonnelli") obbligavano il governo a non dare esecuzione ai trattati e alle leggi di repressione del commercio di schiavi africani.

Nel Novecento, superato giuridicamente il problema della schiavitù, anche grazie all'avvento della Repubblica, il Brasile divenne a tutti gli effetti parte del nuovo scenario internazionale. A livello regionale il panamericanismo emerse non solo come tentativo di dominio da parte degli Stati Uniti sulle altre potenze delle Americhe, ma anche come figura moderna di collaborazione che si opponeva all'Europa divisa dalle questioni imperialistiche che confluiranno nella Prima Guerra Mondiale.

Il diritto di cittadinanza, come visto sopra, aveva giocato un ruolo fondamentale nella creazione del diritto penale moderno, perché coinvolgeva direttamente la sovranità dello Stato. Il Brasile adottò una procedura non convenzionale che provocò molte conseguenze future. La costituzione repubblicana del 1891 impose una tacita naturalizzazione, vale a dire che tutti gli stranieri residenti in quel momento in Brasile che non avevano espressamente manifestato la volontà di mantenere la cittadinanza di origine divennero tacitamente brasiliani⁵.

⁴ Koskenniemi, 2001.

⁵ Dal Ri Jr., 2015.

Poiché in quegli anni il flusso di stranieri era molto variabile, e poiché entravano molti più individui di quelli che uscivano, si ponevano nuovi problemi di ordine pubblico che sfuggivano al controllo interno dello stato. Se nell'Ottocento, in seguito all'ingresso irregolare di africani si era presentato il problema di stabilire la differente condizione giuridica di quelle persone⁶ a seconda di quando e dove (in mare, porto, zona costiera o già all'interno del paese) e per chi (navi brasiliane o britanniche, la polizia o i proprietari terrieri) erano state catturate, nel Novecento invece l'orientamento politico di questi stranieri divenne un problema a sé, reale. La paura della "propaganda di fatto" degli anarchici con i suoi attentati ed anche la loro capacità di organizzarsi socialmente infiltrandosi nei nascenti movimenti sindacali erano questioni che la Repubblica Brasiliana doveva affrontare con decisione.

Creare regole giuridiche idonee alla necessità di contrastare tali minacce fu oggetto di ampio dibattito in parlamento che promulgò leggi con soluzioni originali, ognuna a suo modo. Se, riguardo all'estradizione, fu adottata una unica e radicale legge, sull'espulsione furono promulgate varie leggi che mutarono il regime di controllo sugli stranieri in base alle contingenze particolari.

Riguardo all'estradizione fu promulgata una unica legge che abrogò tutti i trattati stipulati dal Brasile nella sua quasi centenaria tradizione diplomatica e istituita una regola unica in base alla quale era possibile estradare non soltanto gli stranieri latitanti in territorio brasiliano ma anche consegnare ad una nazione straniera gli stessi cittadini brasiliani.

Per quanto riguarda l'espulsione, invece le leggi successive presero in considerazione i requisiti costituzionali: avere famiglia (cioè il regime matrimoniale e la paternità) ed il tempo di residenza in territorio brasiliano. Le condizioni diventavano più o meno rigide rispetto alle manifestazioni sociali dei lavoratori urbani.

2. Espulsione.

2.1. Impero.

⁶ Mamigonian, 2017.

Durante l'Impero, gli stranieri arrivati in Brasile godevano di un regime di "libertà di lavoro" sotto il segno della "precarietà", in parte simile alla condizione giuridica di alcune categorie di schiavi o "libertos" mediante l'atto della manomissione⁷.

Si ebbero manifestazioni di dissenso fra i "colonos" tedeschi destinati obbligatoriamente a Nova Friburgo nella provincia di Rio de Janeiro e Frankental in Bahia. Le ribellioni furono causate dalle promesse fatte all'inizio e non mantenute dai mercanti, come ad esempio la naturalizzazione immediata. Concretamente, il "colono", anche se non considerato formalmente come straniero, non aveva neppure libertà di circolazione, sottomesso totalmente nella colonia all'autorità dell'amministratore nominato dal governo stesso⁸.

Nel nodo fra l'espulsione e il penale durante l'impero, Ricardo Sontag⁹ chiarisce il quadro normativo e dottrinale. La costituzione del 1824 prevedeva all'art. 7, III, la perdita della cittadinanza per quei cittadini brasiliani condannati al bando. Il "Codigo Criminal" del 1830 dispose il bando nell'art. 50 (parte generale) però non comminò tale pena per nessun reato (parte speciale).

In un confronto tra "desterro", "degredo" (forme di domicilio coatto) e il bando nel codice del 1830, la principale differenza riguardava il fatto che le prime due forme permettevano al condannato di restare sul territorio brasiliano (in un luogo diverso dal domicilio della vittima), mentre il bando obbligava il condannato a lasciare il paese¹⁰.

La dottrina dunque suggerì l'espulsione come possibile commutazione della pena agli stranieri¹¹: Bandeira Filho¹² la difese ispirato dal caso di un portoghese risalente al 1833 (quindi, non era bando). J.R. De Sousa¹³ la riteneva possibile come commutazione della pena di morte o "galés"

⁷ Lima, 2005.

⁸ Seyferth, 2008.

⁹ Sontag, 2018.

¹⁰ Sontag, 2018, p. 476.

¹¹ Sontag, 2018, p. 480-481.

¹² Bandeira Filho, 1878.

¹³ Sousa, 1867.

(ergastolo con lavori forzati) in caso di reati politici, concessa come grazia dallo stesso imperatore per mezzo del "*Poder Moderador*" (art. 101, § 8º della costituzione del 1824). Il «*Vocabulário Jurídico*» del famoso Teixeira de Freitas definiva la distinzione tra deportazione (straniero) e bando (brasiliano). Tuttavia, in tale periodo era comune— specialmente negli atti parlamentari — l'uso indifferenziato di tali termini. Infatti, nel periodo imperiale mancava una disciplina generale in merito alla deportazione. Il primo e fallimentare tentativo di regolare l'espulsione di stranieri è stato registrato quando il Brasile si rese indipendente. Negli «*Annaes do Parlamento*» del 7 maggio 1831 il Sig. Carneiro da Cunha presentò un disegno di legge atto ad autorizzare il governo ad espellere dall'impero tutti gli stranieri "*vadios*" che, a causa della loro cattiva condotta, avessero offeso la morale e l'ordine pubblico¹⁴.

Era anche prevista nell'art. 5 della Legge n. 2.615 del 1875, una procedura indiretta di espulsione, ovvero gli stranieri che avessero commesso all'estero reati contro brasiliani come falso ideologico, falsa testimonianza ("*perjúrio*") o frode ("*estelionato*") e fossero entrati in territorio nazionale potevano essere espulsi od estradati su richiesta del paese di origine o puniti, ma solo nel caso venisse sporta una denuncia ("*queixa*") (presentata dall'offeso - la regola in Brasile era l'azione penale privata).

Oltre a ciò, la materia veniva regolata a seconda delle circostanze. Seyferth¹⁵ infatti considerò il problema della categoria "straniero" come più frequente nel decennio del 1830 a causa della regolamentazione della naturalizzazione. Sentenze e "*Avisos*"¹⁶ ridussero gli stranieri indesiderabili che si erano ribellati alle condizioni di insediamento, trasferimento forzato, ecc. Allo stesso modo, Mamigonian¹⁷ ha parlato del trattamento subito dalle vittime del traffico Atlantico e delle diverse situazioni a cui gli africani liberi (quindi stranieri) si dovevano sottomettere per rimanere in territorio nazionale, in generale forzatamente.

¹⁴ Brasil, 1878, p. 15-17.

¹⁵ Seyferth, 2008, p. 6.

¹⁶ Coelho, 2016.

¹⁷ Mamigonian, 2017.

L'immagine del colono civilizzatore come alternativa di popolamento non significò la piena accettazione dello straniero disposto a stabilirsi sul territorio e godere dei diritti di cittadinanza. Ottenere la naturalizzazione non era semplice per coloro che si erano stabiliti nei nuclei coloniali, isolati dalla società. Alla maggioranza dei coloni, la naturalizzazione viene concessa nel periodo della Repubblica con un decreto e di natura costrittiva¹⁸. Con il tempo, il colono straniero divenne anche un problema politico quando iniziò ad avanzare rivendicazioni e si mostrò meno remissivo¹⁹.

2.2. Repubblica.

Durante la Repubblica, tale processo iniziò all'avvento della migrazione straniera, con associazioni di persone con tendenze anarchiche che non sarebbero appartenute al contesto sociale brasiliano. Una prima risposta del governo nei confronti dell'anarchismo fu, pertanto, l'espulsione degli elementi considerati "pericolosi" ed "indesiderati" o che turbassero "l'ordine pubblico", gli "interessi della Repubblica", la "tranquillità pubblica" e la "sicurezza nazionale". Il tema, anche se molto discusso, non trovava una chiara collocazione nell'ordinamento giuridico, a causa del succedersi di leggi diverse e delle varie interpretazioni giurisprudenziali sull'argomento²⁰.

L'utilizzo dell'espulsione fu una procedura adottata per rafforzare la repressione nei confronti dei dissidenti politici e, in chiave diversa, per l'impero, una via per evitare l'applicazione della legge penale, poiché, in quel periodo, era proprio il mezzo per combattere i ribelli. Tale espediente, durante il periodo repubblicano, rappresentò quindi, non un ulteriore strumento all'interno del diritto penale, bensì una sua destrutturazione, avente comunque finalità repressive, rafforzando di fatto il penale. Come misura amministrativa estrema²¹, essa si presentò come un metodo più flessibile rispetto alla tradizionale via giurisdizionale penale. Era necessario

¹⁸ Dal Ri Jr., 2015.

¹⁹ Seyferth, 2008, p. 8.

²⁰ Nunes, 2014, p. 60-74.

²¹ Contuzzi, 1898.

rilevare inoltre, che l'espulsione si concentrava nelle mani del potere esecutivo, che in tale modo riusciva di fatto ad affrancarsi dal controllo del potere giudiziario.

Prima della Costituzione federale del 1891, infatti, l'entrata nel paese dei migranti europei come lavoratori era ammessa, anche se guidata dai criteri di valutazione stabiliti durante il periodo dell'impero. Gli stranieri autorizzati ad entrare nel paese non erano solo tollerati ma altresì benvenuti:

Decreto n. 528 - de 28 de junho de 1890. Regularisa o serviço da introdução e localização de imigrantes na Republica dos Estados Unidos do Brazil":
"Art. 1º E'inteiramente livre a entrada, nos portos da Republica, dos individuos válidos e aptos para o trabalho, que não se acharem sujeitos á acção criminal do seu paiz, exceptuados os indigenas da Asia, ou da Africa que sómente mediante autorização do Congresso Nacional poderão ser admittidos de accordo com as condições que forem então estipuladas.

La commistione fra la procedura amministrativa dell'espulsione ed il diritto penale è stata, quindi, l'elemento originario della repressione del dissenso politico nel Brasile repubblicano. In Italia, il bando fu suggerito dalla dottrina²² come una procedura adeguata contro gli anarchici italiani, anche se non fu mai applicata. Nel Codice penale brasiliano del 1890, invece, si prevedeva l'espulsione come pena accessoria soltanto in caso di contravvenzioni per "vadiagem" [vagabondaggio] (art. 399-400) e "capoeiragem" [la lotta degli afro-discendenti] (art. 402-404). Anche se tali condotte erano considerate indesiderabili, esse di per sé non erano caratterizzate da alcuna connotazione politica; venivano censurate solo perché portatrici di scarsa "igiene sociale". Pasquale Fiore²³ condannava tale pratica asserendo che era riservata ai reati politici (in linea con quanto rilevato da Meccarelli nella dottrina penale²⁴).

Nella Costituzione federale del 1891 non c'era alcuna disposizione in merito al provvedimento d'espulsione. Il *caput* dell'art. 72, che conteneva

²² Fani, 1896; Sernicoli, 1894.

²³ Fiore, 1890, p. 170.

²⁴ Meccarelli, 2015.

l'elenco dei diritti civili, equiparava i propri cittadini agli stranieri residenti. La dottrina, in generale, riteneva possibile questo istituto. Il diritto di espellere gli stranieri "*encerra a mais importante distincção entre eles e os nacionais*"²⁵.

L'Esecutivo lo esercitava in accordo con le direttive della giurisprudenza, attraverso l'istituto costituzionale dell'*habeas corpus*. Questo non significava che l'espulsione fosse veramente costituzionale²⁶. Era una risposta eccezionale in relazione ad una emergenza: la repressione dell'anarchismo avrebbe giustificato l'attacco alla costituzione.

Il cammino intrapreso, durante la Prima Repubblica, fu quello di creare una legislazione che potesse contrastare l'impossibilità di espellere gli stranieri, oltre che dare un'interpretazione costituzionale favorevole all'adozione di tali misure²⁷.

La facoltà di espulsione risulterebbe anteriore e superiore alla Costituzione poiché rappresenta una prerogativa attinente alla difesa della sovranità. In questo senso, l'azione anarchica contro qualsiasi forma di organizzazione sociale si porrebbe proprio contro il dovere originario di autoconservazione dello Stato. La questione è la natura della sovranità: se essa ha natura politica, la facoltà di espulsione va riconosciuta già prima del patto costituzionale; se, invece, essa ha natura giuridica, tale facoltà si considera coeva alla nascita della Costituzione.

D'accordo con le risoluzioni della riunione dell'*Institut de Droit International* realizzata a Ginevra (1892) veniva permessa l'espulsione degli elementi sovversivi, sospettati di attacchi specialmente da parte della stampa ma, assicurando sempre tutta una serie di garanzie agli stranieri:

Article 28 Peuvent être expulsés : [...] 7° Les étrangers qui se rendent coupables d'excitations à la perpétration d'infractions graves contre la sécurité publique, bien que ces excitations, comme telles, ne soient pas punissables selon la loi territoriale et que les infractions ne doivent se consommer qu'à l'étranger ; 8° Les étrangers qui, sur le territoire de l'Etat, se rendent coupables ou fortement suspects d'attaques, soit par la presse, soit

²⁵ Octavio [de Langgaard Menezes], 1909, p. 141; anche Tavares Bastos, 1924, p. 34

²⁶ Franca, 1930, p. 44-45.

²⁷ Guerra, 2015.

*autrement, contre un Etat ou un souverain étranger, ou contre les institutions d'un Etat étranger, pourvu que ces faits soient punissables d'après la loi de l'Etat expulsant, si, commis à l'étranger par des indigènes, ils étaient dirigés contre cet Etat lui-même; 9° Les étrangers qui, pendant leur séjour sur le territoire de l'Etat, se rendent coupables d'attaques ou d'outrages publiés par la presse étrangère contre l'Etat, la nation ou le souverain*²⁸.

In Brasile fu maggiormente condivisa, da parte prima della dottrina e poi dei legislatori, la prima considerazione. Rendere possibile l'espulsione privò, infatti, di significato l'equiparazione tra propri cittadini e stranieri residenti, prevista dall'art. 72, *caput*, della Costituzione federale del 1891.

Le leggi che nel primo decennio del Novecento avevano limitato il periodo minimo di residenza e la possibilità di ricorso ordinario furono abrogate da leggi successive. L'espulsione degli elementi "nocivi" diventava così un dovere dello Stato e un atto equiparabile alla legittima difesa²⁹.

Tale radicalizzazione finì, invece, per prendere una strada diversa. Riconoscendo la supremazia della Costituzione nell'ordinamento giuridico il Supremo Tribunale Federale dichiarò l'incostituzionalità della norma: la possibilità di espellere gli stranieri in qualsiasi momento risultava come una effettiva restrizione all'esercizio dei diritti costituzionali.

L'esistenza di leggi che consentissero l'espulsione, infatti, aveva una doppia valenza: per l'Esecutivo, essa rappresentava una forma di legittimazione dei suoi atti; per gli anarchici, invece, rappresentava un quadro legislativo capace di contenere il potere discrezionale dello Stato, per poter ottenere piccole vittorie. Agli anarchici tale soluzione sembrava migliore rispetto a quando non potevano fare appello ad un determinato periodo minimo di residenza. Considerando che la maggior parte degli anarchici stranieri si erano trasferiti in Brasile molto giovani, adottando le "dottrine del libertarismo", si trovavano nella situazione di potersi avvalere della legge a loro favore.

Il consolidamento della repressione degli anarchici nel corso degli anni Venti si impose con l'avvento della riforma costituzionale del 1926 che

²⁸ Institut de Droit International, 1892.

²⁹ Gordo, 1913.

ebbe, tra i suoi argomenti principali, la questione degli stranieri indesiderabili. La facoltà di espulsione fu inserita nella dichiarazione dei diritti con l'addizione del § 33 all'art. 72, della Costituzione federale del 1891: *“É permitido ao Poder Executivo expulsar do territorio nacional os suditos estrangeiros perigosos á ordem publica ou nocivos aos interesses da Republica”*.

Si vennero così a costituzionalizzare le idee presenti nella prefazione delle leggi del 1893. Veniva così a crearsi una garanzia individuale al contrario o, più precisamente, si abrogava un diritto in evidente contraddizione con l'incipit dello stesso art. 72. Infine, si creava la regola dell'eccezione³⁰. Si stabiliva un criterio definitivo per distinguere gli stranieri “buoni” da quelli “indesiderabili”, con la possibilità per questi ultimi di essere espulsi. Il riflesso pratico dell'adozione di tale criterio si poté misurare dalla quantità di espulsioni eseguite a partire dalla riforma. Tra la fine della *“República Velha”* e la Rivoluzione del 1930 sono state espulse più persone che in tutto il periodo repubblicano antecedente.

Successivamente alla riforma costituzionale, tornò al centro del dibattito il tema della distinzione tra sovranità politica e giuridica. Presso l'Accademia di Diritto Internazionale dell'Aja il francese Charles De Boeck, ignorando l'inserimento del § 33, indicò il Brasile come uno dei Paesi che non accettavano l'espulsione basandosi sul criterio della residenza³¹. Bento de Faria, nel commento sul “Codice di Diritto Internazionale Privato” dell'Organizzazione degli Stati Americani, dichiarò che la nuova disciplina costituzionale brasiliana era “facoltativa”, nel senso che la riteneva superflua. Ma questo non gli impedì di ammettere che *“sempre se praticou e se pratica, hoje mais do que antes”*³². Questo perché la garanzia della tutela dei diritti, così come formulata nella Costituzione federale del 1891 e nel Codice di Diritto Internazionale Privato, a suo avviso non garantiva la totale uguaglianza tra cittadini propri e stranieri residenti rispetto alle misure preventive o a quelle coercitive, come l'espulsione.

³⁰ Meccarelli, Palchetti, Sotis, 2011.

³¹ De Boeck, 1928, p. 526.

³² Bento de Faria, 1930, p. 17.

La disciplina dell'istituto durante tutto il periodo della prima Repubblica dimostra l'esistenza di un livello di legalità sommersa rispetto alla dialettica tra codice penale e leggi penali *extra codicem*. Le norme sull'espulsione si presentavano come uno strumento complementare alla repressione del dissenso politico.

L'intento dell'Esecutivo e del legislatore era sempre quello di cercare di evitare il controllo giurisdizionale, come tentarono di fare le misure di polizie europee. Un importante ruolo, in questo conflitto tra poteri, lo giocò la garanzia dell'*habeas corpus* che imponeva la supremazia del potere Giudiziario, "*inferior em força, superior em autoridade*"³³. L'ambito amministrativo, soggetto ad un minor controllo rispetto all'ambito penale, sarebbe stato più adeguato ad una pronta repressione.

Rimaneva in piedi però una questione: l'espulsione fu utilizzata come pena contro gli anarchici? Un'analisi formale del sistema normativo complessivo arriverebbe ad una risposta negativa. In fondo, tranne i casi previsti nel Codice penale brasiliano del 1890, che non riguardavano le azioni anarchiche, l'espulsione non era inizialmente stata considerata come punizione da parte del diritto penale. La questione risultava, invece, discutibile dal punto di vista materiale. Tutto lo sforzo parlamentare nel creare un sistema con il minor numero di garanzie possibile e la prassi del governo nel tentativo di utilizzare al massimo il suo preteso diritto di espellere "*com lei ou sem lei*"³⁴ dimostravano, invece, il contrario.

Lo stesso *modus operandi* proseguì nel periodo in cui Vargas fu al potere. A tal proposito la vicenda di Olga Benario è abbastanza esplicativa³⁵: le regole erano molto simili a quelle in vigore durante la Prima Repubblica, ma, indirizzate contro i comunisti. Rimaneva unicamente la facoltà dello Stato ospite di liberarsi degli elementi indesiderabili. L'aggancio costituzionale del 1934 praticamente ripeteva la disposizione presente nell'emendamento del 1926 della Costituzione precedente, quella del 1891. Tale riforma rappresentò il momento di maggior impatto sulle politiche migratorie della Prima Repubblica, diventate, ormai, pericolose

³³ Franca, 1930, p. 50-51.

³⁴ Bonfá, 2009.

³⁵ Nunes, 2015.

per la sicurezza nazionale, specialmente di fronte ai problemi dell'anarchismo e del comunismo. Il Decreto-legge del 1938, concepito durante "l'*Estado Novo*", sembrava essersi ispirato alla vicenda dell'espulsione di Olga. Da lì in poi sarebbero stati protetti dall'espulsione gli stranieri con più di 25 anni di residenza comprovata sul territorio nazionale oppure coloro che avessero figli brasiliani viventi nati da nozze legittime. Va ricordato, inoltre, che Olga entrò in Brasile clandestinamente e non contrasse mai matrimonio. Al di fuori di queste ipotesi non sarebbe stato possibile presentare nessun ricorso giudiziale contro tale provvedimento.

Il diritto brasiliano prevedeva la necessità di un procedimento amministrativo per espellere uno straniero, anche senza un rito definito, purché approvato da un decreto presidenziale. La possibilità dell'intervento giudiziale nel procedimento di espulsione era limitata alla verifica della sua effettiva legalità estrinseca. L'obiettivo sarebbe stato impedire l'arbitrarietà da parte del governo e, trattandosi di una questione di rispetto della libertà di circolazione, il rimedio processuale previsto era *l'habeas corpus*.

Tuttavia, l'Emendamento costituzionale n. 1 del 1935 cambiò la situazione. Esso permise al Congresso Nazionale di autorizzare il Presidente della Repubblica a dichiarare lo stato di "sommossa interna grave" equiparato allo "stato di guerra fittizio", in qualsiasi parte del territorio nazionale, nei casi di «sommossa interna grave» senza indicare espressamente quali garanzie costituzionali sarebbero state sospese. Tale prerogativa non fu attribuita al parlamento, che l'avrebbe autorizzata come imposizione di una misura eccezionale, ma al Presidente della Repubblica. Pur essendo limitata nel tempo, questa situazione di stato di assedio fu protratta dopo la votazione del Congresso nazionale, con l'attribuzione al presidente del potere di equiparare lo stato di guerra allo stato d'assedio, per quanto riguardava gli effetti. La dichiarazione avvenne il 21 marzo 1936 tramite il Decreto n. 702, nella prefazione introduttiva del quale veniva descritto uno scenario di grave pericolo. Per difendere l'autorità dello Stato e mantenere l'ordine sociale, vennero indicati i diritti e le garanzie individuali salvaguardati malgrado la misura eccezionale, fra questi non fu indicato *l'habeas corpus*.

Nel 1936, i tribunali, *in primis* la Corte suprema brasiliana, ricevettero svariate richieste di applicazione del provvedimento dell'*habeas corpus*. Tanti casi non avevano nessuna attinenza con la situazione politica del tempo, un esempio su tutti gli imputati per reati comuni, i quali lo ottennero per salvaguardare la libertà di circolazione. Trattandosi di reati comuni che, di fatto, non si riferivano allo stato d'assedio, la giurisprudenza della Corte Suprema decise, con un'ampia maggioranza (eccezione fatta per il sopracitato giudice Bento de Faria, che si mantenne in disaccordo), che l'*habeas corpus* sarebbe stato applicabile. La richiesta di Olga, data la sua particolare situazione, apparve eccezionale a causa della questione della gravidanza contemporanea all'espulsione, circostanza, peraltro, non regolata da leggi costituzionali o da trattati internazionali. Oltretutto, si trattava di una persona ritenuta, dalla polizia politica, pericolosa per l'ordine pubblico e nociva agli interessi del paese.

Durante la discussione la Corte assunse tre distinte posizioni. La prima affermava che la richiesta dell'*habeas corpus* sarebbe stata assolutamente vietata durante quel periodo. La seconda proibiva la richiesta del provvedimento solo di fronte ad una questione di ordine politico e sociale. La terza ampliò la seconda ipotesi, domandandosi se il rimedio costituzionale avrebbe dovuto essere impiegato contro la carcerazione preventiva durante un processo penale ma non contro la detenzione di carattere amministrativo come previsto dal decreto dello stato di assedio. La Corte fu favorevole alla seconda posizione. Non tenne conto della natura della detenzione (giudiziale o amministrativa), se fosse stata una questione di ordine politico la Corte non avrebbe potuto pronunciarsi, perché ciò avrebbe significato un'ingerenza nel Potere Esecutivo. Si aprì, quindi, la via dell'espulsione, visto che l'arresto amministrativo imposto ad Olga sarebbe stato giudizialmente incontestabile, anche al di fuori del periodo di stato d'assedio aggravato.

Una questione preliminare, infatti, risparmiò alla Corte Suprema la colpa di non avere effettivamente aderito alla richiesta e di non averla formalmente accettata. Si trattò dell'entrata in vigore dello stato d'assedio avente gli stessi effetti dello stato di guerra a seguito del turbamento dell'ordine pubblico. Alla base vi fu la diffusione del terrore da parte del governo. La rivoluzione comunista fu sconfitta sin dall'inizio ma gli effetti

repressivi perdurarono e giustificarono addirittura il regime autoritario che tormentò il Brasile fino al 1945.

Già nella dittatura militare il problema che emerse fu quello del bando, vale a dire la possibilità di espellere i propri cittadini. A proposito di questa vicenda Ricardo Sontag ha trattato l'argomento in modo esaustivo³⁶.

Negli ultimi anni la questione del traffico di stupefacenti ma, principalmente il problema migratorio (sudamericani ed africani che sono stati sottoposti a condizioni lavorative assimilate alla schiavitù) diventarono i problemi più significativi.

3. Estradizione.

3.1. Impero.

Secondo il penalista Emanuele Carnevale³⁷, il periodo fra la fine dell'Ottocento e l'inizio del Novecento fu caratterizzato dalla ricerca di una maggior collaborazione tra gli Stati nel campo dell'assistenza giudiziaria internazionale contro la criminalità, senza che si accertasse dove essa agisse e dove si trovassero i perseguitati. Allo stesso modo, secondo l'esperto di diritto internazionale brasiliano Laffayette Pereira³⁸, la nuova struttura del tessuto politico interno comportava un adattamento delle relazioni giuridiche nell'ambito internazionale che diffondesse la necessità di una "difesa internazionale contro il reato" derivante da un sentimento di solidarietà universale. È questo produttivo movimento, durante il XIX e il XX secolo, che darà le forme moderne a questo istituto giuridico³⁹.

Durante l'Impero brasiliano, l'utilizzo dell'estradizione veniva regolato mediante trattati internazionali o dalla semplice promessa di reciprocità; e, nell'ambito nazionale, in seguito ad atti amministrativi, situazione che rafforzava la necessità di realizzare trattative fra Stati⁴⁰. Fra il 1826 ed il 1836, il Brasile stipulò trattati con Francia, Regno Unito (rifacendosi al

³⁶ Sontag, 2018.

³⁷ Carnevale, 1933.

³⁸ Pereira, 1902, p. 280-282.

³⁹ Cherif Bassiouni, 1974.

⁴⁰ Acquarone, 2003, p. 49-53.

trattato del 1810), Prussia e Portogallo in merito a delitti quali alto tradimento e falsificazione (moneta, documenti, ecc.)⁴¹.

Come possiamo vedere di seguito dal testo tratto dal Decreto emanato durante l'Impero, dal Ministero degli Affari Esteri ai funzionari diplomatici e consolari, il 4 febbraio 1847, ripreso dalla Risoluzione del 28 giugno 1854, dopo anni di imbrogli tra governo e parlamento, nel quale furono stabilite le condizioni previste per l'extradizione per le seguenti cause, *in verbis*⁴²:

Quando os crimes pelos quais se reclamar a extradição tiverem sido cometidos no território do governo reclamante e este se oferecer ou se prestar à reciprocidade;

Quando pela sua gravidade e habitual freqüência forem capazes de pôr em risco a moral e a segurança dos povos, tais como os de roubo, assassinato, moeda falsa, falsificação e alguns outros;

Quando estiverem provados de maneira que as leis do Brasil justificassem a prisão e a acusação, se o crime tivesse sido nele cometido;

Quando o suspeito ou criminoso for reclamado pelo Ministério da Nação em que tiver lugar o delicto;

Se o mesmo indivíduo for criminoso em mais de um Estado e for reclamada sua entrega por mais de um governo, deve ser esta feita ao governo cujo território tiver sido cometido o mais grave delicto.

La "LEI N. 2.615 - DE 4 DE AGOSTO DE 1875. Providencia sobre o processo e julgamento de crimes que forem cometidos em paiz estrangeiro contra o Brazil e os brasileiros" prevedeva la possibilità di giudizio dei brasiliani all'estero o di stranieri che perpetrassero reati contro brasiliani all'estero. C'era in primo luogo il divieto di estradare i delinquenti politici ormai previsto dalla circolare del 1847 e dai vari trattati firmati⁴³.

Il punto di partenza era la definizione del reato politico come "delinquenza evolutiva"⁴⁴, che aveva come conseguenza un trattamento benevolo, espresso ad esempio dal regime penitenziario di custodia onesta (ossia senza rigore carcerario) e dal divieto di estradizione. Il fondamento

⁴¹ Briggs, 1909.

⁴² Marques, [1954] 2002, p. 346.

⁴³ Briggs, 1909, p. 56.

⁴⁴ Colao, 1986.

di tale trattamento privilegiato risiedeva nella considerazione secondo cui non aveva senso punire severamente una persona che era pur sempre mossa da motivazioni altruistiche, anche se si era avvalsa di mezzi inadeguati. Oltre a ciò, si faceva ormai strada l'argomento in base al quale solo i perdenti avrebbero dovuto essere puniti, poiché i vittoriosi non sono criminali, ma piuttosto eroi dell'avvenuta rivoluzione. Questioni tutte presenti nel dibattito sulla "penalistica civile" italiana fra Ottocento e Novecento⁴⁵. I "classici" ed i "positivisti" – avvalendosi di quella che, in Brasile, veniva definita come la "disputa fra le scuole"⁴⁶ – in generale riconobbero il carattere differenziato dell'infrazione politica. Il reato politico, in questo senso, prese un nuovo tono. Allontanata l'idea di lesa maestà, si creò una nuova visione della figura del rivoluzionario⁴⁷. L'avvento dell'estradizione significò la decadenza del diritto di asilo come pratica generale; per i reati politici, però, il movimento fece esattamente il contrario: il reato comune sarebbe stato frutto di collaborazione internazionale, mentre il reato politico sarebbe stato atto a non interferire sulla tutela delle reciproche sovranità. Tale divieto è, dunque, il risultato di un periodo storico del rafforzamento dello Stato liberale.

L'emergenza dell'anarchismo però, inizia a giocare anche un ruolo nella vicenda imperiale, anche se indirettamente. L'unico riferimento normativo precedente sulla questione anarchica in Brasile era presente nel trattato di estradizione (stipulato nel 1877) con il Cile, dove si precisava la differenza tra il criminale politico ed il criminale sociale⁴⁸.

Di ancor maggiore importanza risulta ciò che la dottrina sosteneva rispetto all'attentato contro il capo di Stato. L'ampia accettazione dei fondamenti della cosiddetta clausola belga di attentato (*Loi du 1er octobre 1833* con ammenda nel 1856) porta delle novità. Il Brasile stipulò questa clausola in trattati durante l'Ottocento con Germania, Austria-Ungheria,

⁴⁵ Sbriccoli, 1990.

⁴⁶ Lyra, 1936.

⁴⁷ Alves Jr., 1870, p. 17-18.

⁴⁸ Briggs, 1909.

Belgio, Stati Uniti, Spagna, Olanda, Paraguay e Portogallo nei trattati e sulla legge d'extradizione in Brasile⁴⁹.

Interessante è capire com'erano i rapporti italo-brasiliani sulla tematica⁵⁰. I trattati del 1872, 1932 e 1989 possono servire da esempio per analizzare i cambiamenti nelle tendenze internazionali sull'istituto, specialmente nel caso dei reati politici. Rispetto all'extradizione, i trattati in questione tra i due Paesi contenevano il divieto di estradizione per i delitti politici, senza le limitazioni della clausola belga o dei "delitti sociali" degli anarchici.

Con la stabilizzazione del processo di unificazione dell'Italia, fu possibile aprire le trattative per la stipulazione di un accordo bilaterale con il Brasile riguardo a questo argomento. D'altronde il Brasile vantava ormai una tradizione nel realizzare questo tipo di trattati sin dalla sua indipendenza, nel 1822. Stipulato a Rio de Janeiro nel 12 novembre 1872, il trattato italo-brasiliano affrontava i problemi di quel periodo. Né il Codice criminale penale brasiliano del 1830, né i codici penali italiani, (quello sardo del 1859 e quello di Zanardelli del 1888), durante il periodo di vigenza del trattato del 1872, cercarono di incorporare, al loro interno il concetto di reato politico.

Infine, la richiesta di estradizione degli stranieri veniva concessa sulla base principalmente delle clausole dei trattati stipulati o, in mancanza delle prime, delle promesse di reciprocità ed in ultimo sulla base del diritto di sovranità dello Stato. Il Supremo Tribunale Federale concesse la facoltà dell'*habeas corpus* proprio perché da quel momento in poi divenne necessario legiferare e regolamentare l'extradizione degli stranieri verso il paese di origine: Briggs⁵¹ addirittura registrò il caso in cui fu arrestato un argentino senza richiesta formale⁵² appellandosi al diritto di sovranità. La circolare imperiale era riconosciuta dai tribunali, che dichiaravano di non avere le competenze per conoscere gli *habeas corpus* impetrati dai profughi.

⁴⁹ Briggs, 1909, p. 56.

⁵⁰ Nunes, 2017.

⁵¹ Briggs, 1909, p.19.

⁵² O cruzeiro, RJ, 309, 6/11/1878, p. 2.

3.2. *Repubblica.*

Tale situazione cambiò con l'avvento della Repubblica quando la costituzione concesse ai cittadini ed agli stranieri gli stessi diritti. Non a caso, proprio in questo periodo iniziarono i dibattiti parlamentari per regolare l'istituto giuridico. E così si arriva alla Legge n. 2.416, del 28 giugno 1911, la prima legge brasiliana specifica sull'extradizione.

Il Brasile preservò sempre la clausola di divieto di estradare i criminali politici nei trattati bilaterali. Oltre a ciò, il Codice penale brasiliano del 1890 non trattava il tema, al contrario di quello che avveniva in altre realtà, come in Italia. Il Codice penale Zanardelli del 1889 disciplinava così l'extradizione:

9. Non è ammessa l'extradizione del cittadino. L'extradizione dello straniero non è ammessa per i delitti politici, né per i reati che a questi siano connessi. L'extradizione dello straniero non può essere offerta né consentita se non dal Governo del Re, e previa deliberazione conforme dell'Autorità giudiziaria del luogo in cui lo straniero si trovi. Nondimeno, su domanda od offerta di estradizione, può essere ordinato l'arresto provvisorio dello straniero.

Secondo Manzini⁵³ ciò era importante perché:

Per il vigente Codice penale i delitti anarchici, o terroristici in genere, sono indubbiamente delitti politici. Qualche convenzione, peraltro, li esclude dal novero dei delitti politici, agli effetti dell'extradizione.

La Legge n. 2416/1911, inizialmente, cercò di adattare l'istituto giuridico dell'extradizione al sistema repubblicano, sostituendo al sistema amministrativo unico per la valutazione della domanda, quello misto. In questo sistema, il Potere Giudiziario si occupò di controllarne la legalità e l'Esecutivo mantenne il potere del giudizio politico sulla domanda. Conformemente all'art. 10 della legge del 1911, sarebbe risultato di spettanza del Supremo Tribunale Federale il controllo di legalità dell'atto,

⁵³ Manzini, 1921, p. 432.

che consisteva nella certificazione dell'identità del soggetto e di altre formalità, come la natura del reato.

Su tale legge, in realtà, il Brasile è andato oltre. La nuova legge sull'estradizione del 1911 abrogò tutti i trattati stipulati fino ad allora ed aderì alla cosiddetta clausola svizzera di prevalenza. Questa creò una regola generale basata sul criterio particolare della clausola belga. Nei casi di concorso fra un reato politico e un reato comune, il reato più importante (ad esempio, quello con la pena più gravosa) era quello preponderante. Se fosse stato il reato politico, sarebbe stata impossibile l'estradizione; se fosse stato il reato comune sarebbe stato diverso, tanto che il Ministro José Hygino era anche contrario alla tesi del regicidio come reato di natura non politica. In verità, secondo lui, si trattava soltanto di un'eccezione valida ai fini dell'estradizione. Pertanto, egli affermava che la vera causa della creazione della clausola belga non si riferiva ai reati politici in sé, bensì ai soli attentati anarchici⁵⁴. Allo stesso modo poi Hungria dice: "*O systema da prevalencia, em ultima analyse, não é mais do que um desdobramento ou ampliação da chamada 'clausula belga'*"⁵⁵.

Interessante ora riesaminare i trattati italo-brasiliani, in questo momento era in vigore quello del 1932. Né il Codice penale del 1940, ma neppure il Codice penale del 1890, che era in vigore tra questo ed il trattato del 1872 contenevano al loro interno una definizione di reato politico. Il Codice penale del 1940, emanato durante l'"*Estado Novo*", non prevedeva neanche i reati politici. L'art. 15, i, Decreto n. 848/1890 fu tacitamente abrogato dalla Legge di sicurezza nazionale del 1935, che conteneva una nuova definizione di ordine politico e sociale. D'altra parte, il Codice penale Rocco del 1930 prevedeva una disposizione determinativa nel suo art. 8. Esso accolse la teoria mista: ai fini della legislazione italiana sarebbero valse le concezioni che accettavano sia il delitto politico oggettivo che quello soggettivo, situazione che portò a una serie di conseguenze nel campo dell'estradizione.

Il concetto di reato politico previsto nel Codice Rocco è argomento ricorrente nel pensiero giuridico-penale dell'epoca. Ad esempio, il progetto

⁵⁴ Duarte Pereira, 1898.

⁵⁵ Hungria, 1936, p. 43.

Alcantara Machado di Codice penale dell'“*Estado Novo*” brasiliano nel 1938 adottava il criterio soggettivo di reato politico. Come si sa, tale orientamento ha un carattere dubbio: da un lato, avrebbe ampliato l'applicazione delle garanzie specifiche dei reati politici ai reati comuni, come ad esempio la custodia onesta ed il divieto di estradizione; dall'altro, invece, avrebbe creato una situazione di incertezza sull'imputabilità del carattere politico dell'infrazione, in un quadro dove si concedeva al giudice tale discrezione.

Ma ai fini dell'extradizione, andava nella direzione opposta rispetto al consenso internazionale sul tema che, mirando ad una espansione nella collaborazione tra i Paesi, tendeva a restringere il concetto di delitto politico.

La legge brasiliana di estradizione del 1911 fece decadere tutti i trattati firmati fino a quel momento, incluso quello italo-brasiliano del 1872. La difficoltà di stabilire regole uniformi nelle relazioni diplomatiche sulla materia fece sì che, progressivamente, il Brasile tornasse a stipulare trattati bilaterali. In questo senso, Brasile e Italia prepararono un nuovo trattato, anche se in un contesto molto diverso da quello in cui era stato stipulato il trattato precedente, sia dal punto di vista politico (interno ed esterno) sia riguardo l'ambito giuridico (penale ed internazionale).

Quindi, Brasile ed Italia iniziarono, alla fine della Prima Repubblica, le trattative per redigere un nuovo trattato di estradizione, che sarebbe stato formalizzato solo dopo la Rivoluzione del 1930, cioè nel 1932. Questo fu il primo trattato firmato dal Brasile sin dalla legge del 1911. Secondo la Relazione del cancelliere brasiliano, plenipotenziario per questo accordo,

*moldado nos princípios mais liberaes e mais amplos da cultura jurídica dos nossos dias, elle constitue um complemento á serie de actos de aproximação anteriormente firmados entre os dois paizes*⁵⁶.

Vale a dire, il trattato era un compromesso rispetto alle tradizioni. La “tradizione” seguita nel nuovo trattato non era fedele al trattato precedente, ma si rifaceva allo sviluppo della disciplina sull'istituto secondo

⁵⁶ Mello Franco, 1932.

il pensiero giuridico e la prassi internazionale successiva al trattato del 1872.

Le “eccezioni all’eccezione” del divieto di estradare i delinquenti politici sono le stesse già presenti nella legislazione brasiliana del 1911. Si trattava della “clausola svizzera” di prevalenza dell’infrazione comune su quella di natura politica ai fini dell’extradizione. Però, né la “clausola belga” di attentato al capo di Stato, né la clausola sui reati sociali anarchici, furono accolte in questo trattato.

Una novità contenuta nel trattato italo-brasiliano del 1932 fu la previsione dell’impossibilità di estradizione se il delitto commesso nel Paese richiedente fosse di competenza di un Tribunale eccezionale. Tale disposizione era importante in quanto, nel momento in cui il trattato entrò in vigore in entrambi i paesi, era già in attività il Tribunale speciale per la difesa dello Stato in Italia e, pochi anni più tardi, sarebbe stato creato il “*Tribunal de Segurança Nacional*” in Brasile. Il problema si sarebbe presentato se uno di quei Paesi avesse considerato eccezionale un tribunale di natura simile al proprio, rifiutandone la giurisdizione. Dopo il crollo dell’“*Estado Novo*”, Bento de Faria difese la natura ordinaria del TSN durante la sua vigenza:

*Não se devem confundir, porém, a jurisdição de exceção com juízes ou tribunais especiais, aos quais incumbe, normalmente, como integrantes da organização judiciária, o processo e julgamento de certos fatos, v.g. o Tribunal de Segurança Nacional, hoje extinto*⁵⁷.

Pochi anni dopo già nella dittatura di Vargas fu emanato il Decreto-Legge n. 394, del 28 aprile 1938. L’art. 2^o della nuova legge brasiliana sull’extradizione manteneva la tradizionale clausola di divieto di estradare gli accusati o condannati per reati politici nei loro paesi di origine. Il dovere di cooperazione giudiziaria stabilito dalla legge, dai trattati internazionali o dalla reciprocità fu sempre argomento rilevante nella valutazione dei reati politici.

⁵⁷ Bento de Faria, 1958, p. 160-161.

Tuttavia, fu inserita tutta una serie di restrizioni a tale concetto, in modo da facilitare il più possibile la consegna dei criminali che avrebbero potuto nuocere anche al Brasile a causa delle loro ideologie politiche: il § 1º dell'art. 2º inserì la clausola svizzera ed il § 2º le clausole belga e anarchica. In questo stesso paragrafo, si permetteva l'extradizione se il reato politico avesse riguardato atti di anarchismo o terrorismo, o propaganda di guerra o sovversione dell'ordine politico e/o sociale. Lo stesso Bento de Faria affermava che le dottrine politiche quali anarchismo, nichilismo, comunismo, socialismo o ~~di~~ le dottrine assimilate erano sovversive e, pertanto, passibili di estradizione⁵⁸.

Infine, è necessario segnalare che in questa legge appare per la prima volta all'interno dell'ordinamento giuridico brasiliano il termine "terrorismo". Il "terrore" sarebbe stato considerato come causa per commettere il reato di attentato contro l'ordine politico e sociale nell'art. 2º, n. 8, LSN/1938, punito con la pena di morte.

È interessante, inoltre, incrociare il problema del "terrorismo" con il tema dell'extradizione. La legge di estradizione del 1938, così come la Legge di sicurezza nazionale del 1938, furono mantenute ancora in vigore dopo il crollo dell'"*Estado Novo*". Tale legge, quando trattava dei reati passibili di estradizione, non conteneva espressamente la riserva (presente nelle legislazioni e nei trattati successivi) che la regola era limitata solo all'esame dell'extradizione. Vale a dire, restava il dubbio se questa regola li avrebbe dovuti considerare come reati politici nei quali si sarebbe dovuta applicare l'extradizione o invece che non si trattasse affatto di reati politici; trattandosi di una specificazione operata dalla legge, poteva essere estesa all'interpretazione di altre norme, e non soltanto all'istituto dell'extradizione.

Un penalista militante durante il fascismo come Ugo Aloisi, nel trattare l'extradizione, considerava pericoloso l'utilizzo del termine "terrore/terrorismo", nella discussione su questo tema a causa della sua agile "mobilità"⁵⁹. Come nella legge precedente, era di competenza del

⁵⁸ Bento de Faria, 1958, p. 137.

⁵⁹ Aloisi, 1938.

Supremo Tribunale Federale l'analisi del carattere politico o meno dell'infrazione (art. 2º, § 3º).

Durante la dittatura militare, fu emanato il decreto-legge 941 del 1969 che riporta la questione dello straniero a livello di sicurezza nazionale. Il timore 'rosso' del periodo Vargas si rafforza durante la guerra fredda. L'ammissione o meno degli stranieri venne sottoposta a criteri ancora più severi di quelli applicati dall'"*Estado Novo*". Tuttavia, sin da questo periodo la principale preoccupazione, dal punto di vista della dottrina, fu quella di dare un trattamento tecnico agli istituti, mantenendo come principio guida la sovranità e la divisione tra i tre poteri⁶⁰.

Alla fine della dittatura militare la regolamentazione dell'extradizione e dell'espulsione vennero unificate sul piano legislativo. Nello "statuto dello straniero" del 1980 confluiscono in una unica legge entrambi gli istituti. Però rimasero anche alcune tracce di autoritarismo che mantennero l'ideologia della sicurezza nazionale⁶¹. Soltanto la recente "legge sulle migrazioni" del 2017 ha un po' alleggerito le disposizioni in merito a queste problematiche. Sull'extradizione, anche se con i nuovi piani riguardanti la "cooperazione giuridica internazionale" rimangono i postulati del diritto penale politico come base per l'accertamento di una domanda, mantenendo vivo il desiderio di collaborazione ultra-statale⁶².

Contemporaneamente a quella situazione, nel primo Novecento, si dette l'avvio ad una formula per la protezione degli individui che sarebbero presumibilmente stati estradati per reati comuni, ma che in realtà furono forme dissimulate per punire il dissenso politico. La Francia accettò una forma di protezione nel suo ordinamento interno con la "*Loi 10 mars 1927*", art. 5 (2), che impediva l'extradizione per reati comuni aventi una ragione politica di fondo oltre alla proibizione di estradare i delinquenti politici così come stabilito nel XIX secolo. Lo scopo della clausola francese era quello di proteggere il fuggitivo da eventuali persecuzioni ascrivibili alle sue convinzioni politiche dopo l'arresto per un reato comune, cosa fondamentale in tempi di restrizioni dell'asilo politico e di

⁶⁰ Polleti, 1976.

⁶¹ Dal Ri Jr., 2011; Nunes, 2014a.

⁶² Meccarelli, 2015.

depoliticizzazione della clausola sui reati politici secondo quanto asserito nelle clausole belga e svizzera.

Tale clausola possiede una doppia valenza: nel suo senso originale, evita l'estradizione politica non basata su fatti reali ma, concretizza anche il principio del “*non-refoulement*” come modo di impedire ulteriore prevenzione: in pratica funziona come una forma di asilo politico, per coloro che hanno subito minacce di morte o di restrizione della loro libertà personale basate su un giudizio di “*reasonable doubt*”⁶³.

Nell’area delle convenzioni, il trattato italo-brasiliano del 1989, che appare come uno dei più moderni in materia di protezione dei diritti umani nei confronti dei perseguitati, prevedeva la clausola francese ed il divieto di estradare i delinquenti politici (artt. 3, f e 5, a e b). Ma, come sappiamo, nell’ultimo decennio furono evidenti le difficoltà di attuazione di tale diritto. Questi cambiamenti, che erano sul tavolo, ad esempio nella vicenda Battisti presso il Supremo Tribunale Federale⁶⁴ servirono ad evidenziare tali problemi.

Le limitazioni nell’applicazione della clausola di non-discriminazione consistono nella difficoltà di provare un “sistema di giustizia criminale ingiusto (*unfair*)”. Non è consuetudine discutere il funzionamento del Potere Giudiziario o del sistema carcerario altrui, presumendone la buona fede.

Il rifiuto di estradare ha certamente un suo carattere garantistico dal punto di vista dei diritti del reo/condannato. L'applicazione della teoria dell’insindacabilità degli atti di sovranità in sede giurisdizionale, molto discussa al giorno d’oggi, rivelerebbe un “lato oscuro” dei diritti umani che servirebbero come scudo per non adempiere ad un obbligo internazionale. Vale a dire, quella che dovrebbe essere una garanzia potrebbe mutarsi in una “mercanzia di scambio”⁶⁵. Allo stesso tempo, tale uso sarebbe una presunzione di sfiducia nei riguardi del sistema giudiziario criminale del paese richiedente ed un uso alterato delle garanzie umanitarie a persone

⁶³ Van Der Wijngaert, 1980, p. 80-81

⁶⁴ Nunes, 2014b.

⁶⁵ Galgani, 2012, p. 19-20.

che sono fuori da questo rischio. Ciò può essere considerata *mala fides*⁶⁶ con tutte le sue conseguenze nel rapporto di cooperazione giuridica internazionale.

4. Conclusioni.

Le disposizioni presenti tanto nell'ordinamento interno quanto nel campo internazionale fra Otto e Novecento, presentano un quadro di progressiva diminuzione della protezione degli stranieri. Inoltre, per coloro che venivano coinvolti in questioni politiche la situazione divenne molto più precaria. La recente regolamentazione dei diritti umani negli ordinamenti internazionali e interni ha apportato alcune modifiche importanti: da un lato, sono subentrate nuove situazioni quali l'intervento umanitario, il problema dei profughi extracomunitari, ecc. atti a destrutturare i fondamenti tipici dello Stato di diritto come estradizione ed espulsione, nel diritto internazionale; dall'altro, nel diritto interno, è subentrata proprio la tendenza a considerare tutti gli stranieri come criminali ed il trattare i reati politici come quelli comuni appellandosi all'utilizzo di strumenti ordinari⁶⁷.

Tutto ciò dimostra la forte presenza di un elemento che sembra incapace di discostarsi dal penale moderno: la contingenza. Trattata da Mario Sbriccoli come tratto permanente del penale italiano⁶⁸, costituisce il campo di azione nella repressione penale di carattere ultra-statale. La ricerca, ogni volta, dei significati più nascosti della legalità furono un terreno fertile per procedure eccezionali.

Per dirimere, questa esperienza giuridica l'idea dei regimi giuridici dell'eccezione⁶⁹ si dimostra efficace anche in uno scenario interstatale. La perdita di significato (garantistico) del principio di legalità nella sua versione "legge-garanzia" e l'inasprimento della versione "legge-potenza"⁷⁰ è funzionale al diritto penale ultra-statale. Esso rafforza tale dimensione

⁶⁶ Ziccardi Capaldo, 2012.

⁶⁷ Storti, 2018.

⁶⁸ Sbriccoli, 1998.

⁶⁹ Meccarelli, 2009.

⁷⁰ Costa, 2007.

nel facilitare l'estradizione e dunque nel promuovere una collaborazione internazionale che ha come scopo aumentare la sovranità di ogni singolo stato⁷¹.

Il controllo del capo di stato su quelli che attentano contro l'ordine pubblico e la sua collaborazione con altri capi di stato sulle minacce politiche a loro rivolte può sembrare superata in un momento in cui si discute su spazi senza diritto⁷² come i centri di raccolta dei profughi ed i campi di detenzione per i terroristi, che ci portano ad un penale extra statale. Ma anche se viviamo proprio in tempi di riaffermazione del "*ne crimina remaneant impunita*", estradizione ed espulsione ancora giocano un ruolo importante proprio perché agiscono con un linguaggio giuridico di altri tempi.

Può sembrare una contraddizione con il discorso prima costruito, ma proprio quello che era un inasprimento del penale nel XX secolo forse potrebbe rivelarsi al giorno d'oggi un suo respiro garantistico. Estradizione ed espulsione ancora servono come ancoraggio ad un penale super-statale molto ampliato ma, con regole (ed eccezioni) abbastanza definite, un diritto con spazio - legislativo e giurisdizionale - funzionale allo Stato democratico di diritto che ancora è rimasto in questa modernità tardiva.

BIBLIOGRAFIA

Acquarone A. C., 2003: *Tratados de extradição: construção, atualidade e projeção do relacionamento bilateral brasileiro*, Brasília, Instituto Rio Branco & Fundação Alexandre de Gusmão

Aloisi U., 1938: *Estradizione*, in Mariano D'Amelio (ed.), "Nuovo digesto italiano", v. V, Torino, UTET

Alves Jr. Th., 1870: *Anotações theoreticas e praticas ao código criminal*, t. II, Rio de Janeiro, Francisco Luiz Pinto e Comp.a

Bandeira Filho A. H. de S., 1878: *O recurso de graça segundo a legislação brasileira: contendo a indicação e analyse das leis, decretos, avizos do governo e consultas do Conselho de Estado sobre a materia*, Rio de Janeiro, Typographia do Imperial Instituto Artistico

⁷¹ Meccarelli, 2015.

⁷² Costa, 2016.

Bassiouni M. C., 1974: *International Extradition and world public order*, Leyden, Dobbs Ferry & Sijthoff, Oceana

Bento de Faria A., 1930: *Da condição dos estrangeiros e o Código de Direito Internacional Privado*, Rio de Janeiro, Jachynto

Bento de Faria A., 1958: *Código Penal brasileiro (comentado): noções gerais, interpretação da lei penal, extradição (Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940)*, v. I, 2 ed., Rio de Janeiro, Record

Bonfá R. L. G., 2009: "Com lei ou sem lei". *As expulsões de estrangeiros na Primeira República*, in "Cadernos AEL", 26

Brasil, 1878: *Annaes do Parlamento Brasileiro: Camara dos Srs. Deputados: segundo anno da segunda legislatura: sessão de 1831*, Rio de Janeiro, Typographia de H. J. Pinto

Briggs A., 1909: *Extradição. Tratados vigentes entre o Brasil e outros paizes*, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional

Carnevale E., 1933: *Linee unitarie dell'azione internazionale contro il delitto*, in "Rivista penale", IV, p. II

Coelho, F. N. M., 2016: *Tipos normativos e separação dos poderes: a função política do aviso ministerial durante a regência (1831-1840)*, Florianópolis, UFSC

Colao F., 1986: *Il delitto politico tra Ottocento e Novecento: da delitto fittizio a nemico dello Stato*, Milano, Giuffrè

Contuzzi F. P., 1895-1898: *Espulsione di stranieri*, in "Digesto italiano", X, Torino, UTET, pp. 1021

Costa P., 2007: *Pagina introduttiva (Il principio di legalità: un campo di tensione nella modernità penale)*, in "Quaderni fiorentini", 36, pp. 1-39 (tradotto in portoghese in A. Dal Ri Jr. & R. Sontag (ed.), 2011: *Historia do direito penal entre medievo e modernidade*, Belo Horizonte, Del Rey, pp. 33-85)

Costa P., A 'Spatial Turn' for Legal History? A Tentative Assessment, in M. Meccarelli & M. J. Solla Sastre (ed.), 2016: *Spatial and Temporal Dimensions for Legal History. Research Experiences and Itineraries*, Frankfurt am Main, Max Planck Institute for European Legal History Open Access Publication

Dal Ri Jr. A., 2011: *Sicurezza nazionale e regime di eccezione in Brasile dall'Estado Novo alla dittatura militare brasiliana (1935-1985)*, In: M. Meccarelli, P. Palchetti & C. Sotis (ed.), 2011: *Le regole dell'eccezione. Un*

dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo, Macerata, eum, pp. 347-371

Dal Ri Jr., A., 2015: *El tratamiento jurídico del extranjero en Brasil: de la "gran naturalización" de la Primera República a la seguridad nacional en el Estado nuevo (1889-1945)*, in M. Meccarelli & P. Palchetti (ed.), *Derecho en movimiento*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, pp. 107-144

De Boeck C., 1928: *L'expulsion et les difficultés internationales qu'en souleve la pratique*, in *Recueil des cours. Academie de Droit International de La Haye*, 18, Paris, Hachette

Duarte Pereira J. H., 1898: *O atentado de 5 de novembro contra o Presidente da Republica constitue crime politico ou crime commum? Qual a justiça competente para o respectivo processo e julgamento?*, in "O Direito", 75

Fani A., 1896: *La deportazione. Studio di diritto punitivo per dissertazione di laurea in giurisprudenza*, Perugia, Unione Tipografica Cooperativa

Féraud-Giraud L.-J.-D. & Bar L. von, 1892: *Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers*, Genève, Institut de Droit International

Fiore P., 1890: *Il diritto internazionale codificato e la sua sanzione giuridica. Studii di Pasquale Fiore seguito da un sunto storico dei più importanti trattati internazionali*, Torino, UTET

Franca G. da, 1930: *Expulsão de estrangeiros*, Rio de Janeiro, Jornal do Commercio

Galgani B., 2012: *Estradizione, reato politico e clausola di non discriminazione*, in "Archivio Penale", 1, pp. 1-27

Gordo A., 1913: *A expulsão de estrangeiros. Discursos pronunciados na Câmara dos Deputados, nas sessões de 29 de Novembro e de 14 de Dezembro de 1912 pelo Sr. Adolpho Gordo Deputado por S. Paulo*, São Paulo, Espíndola

Guerra M. P., 2015: *Anarquistas, trabalhadores, estrangeiros: o constitucionalismo brasileiro na Primeira República*, Curitiba, Prismas

Härter K., Hannappel T. & Tyrlicher. J. C. (ed.), 2019: *The Transnationalisation of Criminal Law in the Nineteenth and Twentieth Century. Political Crime, Police Cooperation, Security Regimes and Normative Orders*, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann

Hungria N., 1936: *Compendio de direito penal. Parte especial I*, Rio de Janeiro, Jacyntho

Koskenniemi M., 2002: *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870– 1960*, Cambridge, CUP

Langaard Menezes R. O. de, 1909: *Direito do estrangeiro no Brazil*, Rio de Janeiro, Francisco Alves

Lima H. E., 2005: *Sob o domínio da precariedade: Escravidão e os significados da liberdade de trabalho no século XIX*, in "Topoi" ,11, pp. 289-325

Lyra R., 1936: *Novas escolas penaes*, Rio de Janeiro, Canton & Reile

M. Meccarelli, P. Palchetti & C. Sotis (ed.), 2011: *Le regole dell'eccezione. Un dialogo interdisciplinare a partire dalla questione del terrorismo*, Macerata, eum

Mamigonian B., 2017: *Africanos Livres: A Abolição do Tráfico de Escravos para o Brasil*, São Paulo Companhia das Letras

Manzini V., [1911] 1921: *Trattato di diritto penale italiano*, 2 ed., vol. V, Torino, UTET

Marques J.F., [1954] 2002: *Tratado de direito penal*, Campinas, Millennium

Meccarelli M., 2009: *Paradigmi dell'eccezione nella parabola della modernità penale: una prospettiva storico-giuridica*, in "Quaderni Storici", 131, pp. 493-522

Meccarelli M., 2015: *La difesa internazionale contro il crimine e il diritto penale politico. Prime note sul dibattito negli anni Venti e Trenta del Novecento*, in C. Storti (ed.), *Giustizia penale e politica in Italia tra Otto e Novecento. Modelli ed esperienze tra integrazione e conflitto*, Milano, Giuffrè, pp. 135-154

Mello Franco A. de, 1932: *O tratado de extradição do Brasil com a Itália: a exposição de motivos apresentada ao Chefe do Governo Provisório pelo Sr. Dr. Afrânio de Mello Franco, Ministro das Relações Exteriores*, in "Archivo Judiciario", 23

Nunes D., 2014a: *As iniciativas de reforma à Lei de Segurança Nacional na consolidação da atual democracia brasileira: da inércia legislativa na defesa do Estado Democrático de Direito à ascensão do terrorismo*, in "Revista Brasileira de Ciências Criminais", 22, pp. 265-305

Nunes D., 2014b: *Extradição, crimes políticos e a luta internacional contra o crime entre os séculos XIX e XX*, in *Constituição e direito internacional: formas de diálogo entre os séculos XIX E XX*, 2014, Itajaí/SC. Anais, Itajaí, Univali

Nunes D., 2015: *L'espulsione di Olga Benario. Legalità ed eccezione davanti alla Corte Suprema brasiliana nell'era Vargas*, in R. Pagano & F. Mastroberti (ed.), "Quaderni del Dipartimento Jonico n. 1/2015", Taranto, Università degli studi di Bari "Aldo Moro", pp. 121-140

Nunes D., 2017: *Extradition in Fascist Italy (1922-1943) and in Brazil of Getúlio Vargas (1930-1945) between the ascension of "Fascist Criminal Law" and the survival of the liberal tradition of Criminal Law*, in "forum historiae iuris", April 12

Polleti R. R. de B., 1976: *Extradição, expulsão e deportação*, in "R. Dir. adm", 125, pp. 460-466

Rodrigues Pereira L., 1902: *Principios de Direito Internacional*, Rio de Janeiro, Jacintho

Sbriccoli M., 1990: *La penalistica civile. Teorie e ideologie del diritto penale nell'Italia Unita*, in Pietro Costa et al., *Stato e Cultura Giuridica in Italia dall'Unità alla Repubblica*, Roma: Laterza, pp. 147-232

Sbriccoli M., 1998: *Caratteri originari e tratti permanenti del sistema penale italiano (1860-1990)*, in Luciano Violante (ed.), *Storia d'Italia. Annali, 14: Legge Diritto Giustizia*, Torino, Einaudi, pp. 485-551

Sbriccoli M., 2009: *Nel laboratorio*, in Id. (ed.), *Storia del diritto penale e della giustizia*, t. II, Milano, Giuffrè, pp. 1293-1312

Sernicoli E., 1894: *L'anarchia e gli anarchici. Studio storico e politico*, v. II, Milano, Treves

Seyferth G., 2008: *Imigrantes, estrangeiros: a trajetória de uma categoria incomoda no campo político*, Anais da 26a Reunião Brasileira de Antropologia, realizada entre os dias 01 e 04 de junho, Porto Seguro

Sontag R., 2018: *História de uma «situação extra-constitucional»: o banimento entre direito e política no Brasil (1824-1934)*, in "Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno", 47, pp. 469-505

Souza J. R. de, 1867: *Analyse e commentario da Constituição politica do Imperio do Brazil, ou, theoria e pratica do governo constitucional brasileiro*, São Luiz, B. de Mattos

DIEGO NUNES

Storti C., 2018: *Emigração, cidadania e soberania: cidadãos e estrangeiros de frente à soberania do Estado*, "Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Uberlândia, 46, pp. 1-16

Tavares Bastos J., 1924: *Expulsão de estrangeiros*, Curitiba, Placido e Silva

van der Wijngaert C., 1980: *The political offence exception to extradition*, Deventer, Kluwer

Ziccardi Capaldo G., 2012: *Il principio di buona fede nell'esecuzione dei trattati*, in T. Vassali di Dachenhausen (ed.), *Atti di convegno in memoria di Luigi Sico*, Napoli, Editoriale Scientifica, pp. 509-534