

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

LISBON LAW REVIEW



Número Temático: Tecnologia e Direito

ANO LXIII

2022

NÚMEROS 1 E 2

REVISTA DA FACULDADE DE DIREITO
DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
Periodicidade Semestral
Vol. LXIII (2022) 1 e 2

LISBON LAW REVIEW

COMISSÃO CIENTÍFICA

Alfredo Calderale (Professor da Universidade de Foggia)
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

Paula Rosado Pereira
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: Outubro, 2022

-
- M. Januário da Costa Gomes
9-16 Editorial

ESTUDOS DE ABERTURA

-
- Guido Alpa
19-34 On contractual power of digital platforms
Sobre o poder contratual das plataformas digitais

-
- José Barata-Moura
35-62 Dialéctica do tecnológico. Uma nótula
Dialectique du technologique. Une notule

ESTUDOS DOUTRINAIS

-
- Ana Alves Leal
65-148 Decisões, algoritmos e interpretabilidade em ambiente negocial. Sobre o dever de explicação das decisões algorítmicas
Decisions, Algorithms and Interpretability in the Context of Negotiations. On the Duty of Explanation of Algorithmic Decisions

-
- Ana María Tobío Rivas
149-215 Nuevas tecnologías y contrato de transporte terrestre: los vehículos automatizados y autónomos y su problemática jurídica
Novas tecnologias e contrato de transporte terrestre: veículos automatizados e autónomos e seus problemas jurídicos

-
- Aquilino Paulo Antunes
217-236 Avaliação de tecnologias de saúde, acesso e sustentabilidade: desafios jurídicos presentes e futuros
Health technology assessment, access, and sustainability: present and future legal challenges

-
- Armando Sumba
237-270 *Crowdinvesting* e proteção do investidor: vantagens e limites do financiamento colaborativo de empresas em Portugal
Crowdinvesting and investor protection: the advantages and limits of business crowdfunding in Portugal

-
- Diogo Pereira Duarte
271-295 O Regulamento Europeu de *Crowdfunding*: risco de intermediação e conflitos de interesses
The European Crowdfunding Regulation: intermediation risk and conflicts of interests

-
- Eduardo Vera-Cruz Pinto
297-340 Filosofia do Direito Digital: pensar juridicamente a relação entre Direito e tecnologia no ciberespaço
Digital Law Philosophy: thinking legally the relation between Law and Technology in the Cyberspace

-
- Francisco Rodrigues Rocha**
341-364 O «direito ao esquecimento» na Lei n.º 75/2021, de 18 de Novembro. Breves notas
Le « droit à l'oubli » dans la loi n. 75/2021, de 18 novembre. Brèves remarques
-
- Iolanda A. S. Rodrigues de Brito**
365-406 The world of shadows of disinformation: the emerging technological caves
O mundo das sombras da desinformação: as emergentes cavernas tecnológicas
-
- João de Oliveira Geraldés**
407-485 Sobre a proteção jurídica dos segredos comerciais no espaço digital
On the Legal Protection of Trade Secrets in the Digital Space
-
- João Marques Martins**
487-506 Inteligência Artificial e Direito: Uma Brevíssima Introdução
Artificial Intelligence and Law: A Very Short Introduction
-
- Jochen Glöckner | Sarah Legner**
507-553 Driven by Technology and Controlled by Law Only? – How to Protect Competition
on Digital Platform Markets?
*Von Technologie getrieben und nur durch das Recht gebremst? – Wie kann Wettbewerbschutz auf
digitalen Plattformmärkten gelingen?*
-
- Jones Figueirêdo Alves | Alexandre Freire Pimentel**
555-577 Breves notas sobre os preconceitos decisoriais judiciais produzidos por redes neurais
artificiais
Brief notes about the judicial decisional prejudices produced by artificial neural networks
-
- José A. R. Lorenzo González**
579-605 Reconhecimento facial (FRT) e direito à imagem
Facial recognition (FRT) and image rights
-
- José Luis García-Pita y Lastres**
607-661 Consideraciones preliminares sobre los llamados *smart contracts* y su problemática
en el ámbito de los mercados bursátiles y de instrumentos financieros [Las órdenes
algorítmicas y la negociación algorítmica]
*Considerações preliminares sobre os chamados smart contracts e os seus problemas no domínio dos
mercados bolsistas e dos instrumentos financeiros [As ordens algorítmicas e a negociação
algorítmica]*
-
- Mariana Pinto Ramos**
663-727 O consentimento do titular de dados no contexto da *Internet*
The consent of the data subject in the Internet
-
- Neuza Lopes**
729-761 O (re)equilíbrio dos dois pratos da balança: A proteção dos consumidores perante
os avanços no mundo digital – Desenvolvimentos recentes no direito europeu e
nacional
*(Re)balancing the scale: Consumer protection in the face of advances in the digital world – Recent
developments in European and national law*

-
- Nuno M. Guimarães**
763-790 Sistemas normativos e tecnologias digitais: formalização, desenvolvimento e convergência
Normative systems and digital technologies: formalization, development, and convergence
-
- Paulo de Sousa Mendes**
791-813 Uma nota sobre Inteligência Artificial aplicada ao Direito e sua regulação
A Note on Artificial Intelligence in Legal Practice and Its Regulation
-
- Renata Oliveira Almeida Menezes | Luís Eduardo e Silva Lessa Ferreira**
815-838 *Cyberbullying* por divulgação de dados pessoais
Cyberbullying by doxxing
-
- Rui Soares Pereira**
839-865 Sobre o uso de sistemas de identificação biométrica (e de tecnologias de reconhecimento facial) para fins de segurança pública e de aplicação coerciva da lei: reflexões a propósito da proposta de regulamento europeu sobre a inteligência artificial
On the use of biometric data systems (and facial recognition technologies) for security and law enforcement purposes: reflections on the proposal for the european regulation on artificial intelligence
-
- Rute Saraiva**
867-930 Segurança Social, Direito e Tecnologia – Entre *Rule-as-Code* e a personalização
Social Security, Law and Technology – Between rule-as-Code and personalization

VULTOS DO(S) DIREITO(S)

-
- Alfredo Calderale**
933-969 Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883)

JURISPRUDÊNCIA CRÍTICA

-
- A. Barreto Menezes Cordeiro**
973-981 Anotação ao Acórdão *Meta Platforms* – TJUE 28-abr.-2022, proc. C-319/20
Commentary to the Meta Platforms Judgment – CJEU 28-apr.-2022 proc. C 310/20
-
- Rui Tavares Lanceiro**
983-999 2020: um ano histórico para a relação entre o Tribunal Constitucional e o Direito da UE – Um breve comentário aos Acórdãos do Tribunal Constitucional n.º 422/2020 e n.º 711/2020
2020: A landmark year for the relationship between the Constitutional Court and EU law – A brief commentary on the Constitutional Court judgments 422/2020 and 711/2020

VIDA CIENTÍFICA DA FACULDADE

-
- J. M. Sérvulo Correia**
1003-1007 Homenageando o Doutor Jorge Miranda
Homage to Professor Dr. Jorge Miranda

- **Jorge Miranda**
1009-1016 Nótula sobre os direitos políticos na Constituição portuguesa
Notice about Political Rights in the Portuguese Constitution

LIVROS & ARTIGOS

- **M. Januário da Costa Gomes**
1019-1024 Recensão à obra *L'intelligenza artificiale. Il contesto giuridico*, de Guido Alpa

Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883)

Alfredo Calderale*

Estratto: Erede della tradizione giuridica portoghese, Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) fu un eminente giurista i cui prolifici lavori ispirarono alcune codificazioni del diritto privato in Sudamerica. Egli compose la prima sistematica compilazione del diritto privato brasiliano (*Consolidação das Leis Civis*, 1857), che, di fatto, prese il posto di un codice civile fino al 1916. La sua opera più importante l'*Esboço de Código Civil* (1860-1864) rimase incompiuto nonostante i suoi 4.908 articoli. A dispetto della sua poderosa cultura giuridica, Teixeira de Freitas non riuscì a redigere il codice civile a causa della sua ossessione per le questioni teoriche e della sua difficoltà di cogliere l'evoluzione economica e sociale del Brasile.

Parole chiave: Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, *Esboço de Código Civil*.

Sommario: 1. La vita di Augusto Teixeira de Freitas; 2. Il diritto privato brasiliano tra codificazione e consolidazione; 3. Teixeira de Freitas e la *Consolidação das leis civis*; 4. L'*Esboço*; 5. Le opere didattiche; 6. Teixeira de Freitas fra fisiocrazia e diritto.

Resumo: Herdeiro da tradição jurídica portuguesa, Augusto Teixeira de Freitas (1816-1883) foi um eminente jurista brasileiro, cujos prolíficos trabalhos inspiraram algumas codificações de direito privado na América do Sul. Ele compôs a primeira compilação sistemática do direito privado brasileiro (*Consolidação das Leis Civis*, 1857), que, de facto, acabou por fazer as vezes de um código civil até 1916. A sua obra mais importante, o *Esboço de Código Civil* (1860-1864), permaneceu incompleta, não obstante os seus 4908 artigos. A despeito da sua poderosa cultura jurídica, Teixeira de Freitas não conseguiu redigir o Código civil por causa da sua obsessão pelas questões teóricas e da sua dificuldade de considerar a evolução económica e social do Brasil.

Keywords: Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, *Esboço de Código Civil*.

* Professore nell'Università di Foggia (Italia).

1. La vita di Augusto Teixeira de Freitas **

Augusto Teixeira de Freitas nacque il 19 agosto del 1816 a Cachoeira, nell'antica «Capitania da Baía de Todos os Santos», oggi Stato di Bahia. Nel 1826, suo padre, Antonio Teixeira de Freitas, fu insignito del titolo nobiliare di barone di Itaparica¹ per volere dell'Imperatore². D. Pedro I, infatti, era desideroso di ricompensarlo per essersi schierato con il «partido brasileiro»³ nel corso degli eventi che sarebbero sfociati, il 7 settembre 1822, nell'indipendenza del Brasile e nella sua ascesa al trono⁴. Dell'infanzia di Augusto non si sa molto, tranne che dall'età di sette anni fu un alunno diligente e dedito con passione agli studi. Contravvenendo alla consolidata abitudine dell'élite brasiliana di frequentare l'Università di Coimbra, egli si iscrisse al corso di diritto impartito dall'*Academia de Sciencias Sociaes e Juridicas* di Olinda nel Pernambuco, uno dei due corsi di diritto offerti, dal 1827, nel Paese che, soltanto a partire dagli anni Trenta del Novecento, avrebbe organizzato il suo sistema universitario, avendo lasciato, fino a quel momento, intatto il monopolio delle università portoghese⁵. Dopo aver frequentato il primo anno, insoddisfatto dell'insegnamento ricevuto, Teixeira de Freitas si trasferì nella Academia di São Paulo, indicata oggi con il nome di «Velha Academia». Mentre attendeva

** Ho discusso con profitto l'impostazione di questo lavoro con il Prof. Francisco Barros Ferreira Rodrigues Rocha che ringrazio per la intelligente e paziente attenzione che ha voluto dedicarmi.

¹ I titoli nobiliari, concessi dall'imperatore, non erano ereditari e, quindi, si estinguevano con la morte del titolare. Pertanto, durante l'impero, esistette una nobiltà, ma non un'aristocrazia brasiliana. Con l'avvento della Repubblica, i titoli nobiliari furono aboliti ed eccezionalmente riservati a personaggi che si erano particolarmente distinti per servizi resi allo Stato. In argomento, C. G. RHEINGANTZ, *Titulares do Império*, Arquivo Nacional, Rio de Janeiro, 1960, p. 8.

² Il diploma fu firmato da Ministro José Feliciano Fernandes Pinheiro. Cfr. ANTONIO JEOVÁ DA SILVA SANTOS, *Teixeira de Freitas*, in A. GASQUEZ RUFINO e J. DE CAMARGO PENTEADO (orgs.), *Grandes Juristas Brasileiros*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p. 356 s.

³ Nel 1822, Antonio Teixeira de Freitas era stato chiamato a far parte della «Junta de Defesa» di Cachoeira determinata a sostenere la definitiva permanenza in Brasile del principe reale, D. Pedro. Egli era stato nominato «Regente do Reino do Brasil» con decreto del 7 marzo di quello stesso anno in seguito alla decisione del re D. João VI di ritornare in Portogallo. Cfr. H. VIANNA, *História do Brasil*, Vol. II, *Monarquia e República*, 3ª ed., Edições Melhoramentos, São Paulo, 1965, p. 46 ss.,

⁴ In argomento, B. FAUSTO, *História do Brasil*, Edusp, São Paulo, 2002, p. 129 ss.

⁵ Nell'intento di formare la classe politica e amministrativa nazionale, il *Decreto Imperial* del 9 gennaio 1825 istituì provvisoriamente un corso di diritto presso la Corte nella città di Rio de Janeiro e il 5 marzo del medesimo anno, uno dei più influenti esponenti della nobiltà, il visconte di Cachoeira, ne pubblicò lo statuto. La istituzione di corsi universitari contrappose l'élite imperiale all'élite delle province sia in ordine alla individuazione delle sedi universitarie, sia in ordine ai curricula. Cfr. A. W. BASTOS, *O Ensino Jurídico no Brasil*, 2ª ed., Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2000, p. 3 ss. e 221 ss.

ai corsi del quarto anno, contestò l'imparzialità di alcuni professori, secondo lui non di buona levatura e per questo ritornò a Olinda, rivelando un carattere determinato fino ai limiti dell'arroganza e un'alta considerazione di se stesso, alimentata dall'impegno molto intenso profuso negli studi. A Olinda si laureò nel 1837, un anno dopo essersi sposato con una sua cugina, Matilde Teixeira de Lima, dalla quale avrebbe avuto dieci figli. Dopo la laurea, fece ritorno nella sua provincia natale dove fu coinvolto nella rivolta repubblicana degli anni 1837-1838, la così detta *Sabinada*. Si trattò di una delle numerose agitazioni che segnarono il periodo della Reggenza (1831-1840)⁶ durante il quale si consolidò la vittoria dei latifondisti esportatori di zucchero e caffè, già saldamente al potere, grazie a leggi elettorali fortemente censitarie⁷, sulla fazione portoghese beneficiaria ancora di certi privilegi. Alcune di queste ribellioni invocavano un governo centrale forte, mentre altre, come, appunto, la *Sabinada*, esprimevano, anche confusamente, l'ambizione dei ceti sociali egemoni di gestire in proprio la politica e l'economia locali attraversate dalle tensioni innescate dalla prospettiva del superamento della schiavitù⁸. Dal

⁶ La reggenza coprì il periodo di tempo compreso tra il 7 aprile 1831, giorno dell'abdicazione dei D. Pedro I, e il 23 luglio 1840, quando fu proclamato imperatore D. Pedro II, la cui maggiore età era stata appositamente anticipata a 14 anni. D. Pedro I aveva abdicato in seguito alla rivolta del 6 e 7 aprile, innescata dalla sua resistenza a nominare un gabinetto più gradito al popolo, perché tale richiesta gli era sembrata una lesione del suo *poder moderador*; dal timore che egli, desideroso di ritornare in Portogallo, ripristinasse la più completa sottomissione del Brasile a Lisbona e dall'ostilità verso i privilegi ancora riservati ai portoghesi. Cfr. B. FAUSTO, *História do Brasil*, cit., p. 154 ss.

⁷ Secondo la Costituzione del 1824 (arts. 94 ss.) e le varie «Instrucções» che si succedettero nel tempo, il voto era indiretto e censitario. Nelle elezioni per la Camera dei deputati votavano i cittadini brasiliani, compresi gli schiavi liberati, che, tra l'altro, avessero una rendita annuale di almeno 100.000 reali proveniente da beni immobili, dall'esercizio di attività industriali o commerciali o dall'impiego. Essi potevano eleggere gli elettori tra coloro che, oltre ai requisiti per votare, godessero di una rendita di almeno 200.000 reali e non fossero schiavi liberati. Questi "grandi" elettori eleggevano i deputati tra coloro che potessero vantare una entrata di almeno 400.000 reali. Per il Senato in ogni provincia si doveva eleggere una lista di tre candidati, tra i quali l'imperatore nominava un senatore a vita. Cfr. F. B. SOARES DE SOUZA, *O sistema eleitoral no Império*, Senado Federal, Brasília, 1979. Nel 1881, la c.d. Lei Saraiva, ossia il Decreto n. 3029 del 9 gennaio 1881, introdusse per la prima volta l'elezione diretta delle cariche legislative, ma mantenne una impostazione fortemente censitaria, avendo riservato il diritto di votare a coloro che fossero stati in grado di dimostrare una rendita annuale di 200.000 reali, ossia all' 1,5% della popolazione, essenzialmente grandi proprietari terrieri e commercianti. Cfr. V. NUNES LEAL, *Coronelismo, enxada e voto*, Editoria Schwarcz, São Paulo, 2012.

⁸ La rivolta prese il nome dal suo capo, il Dr. Sabino Viera Barroso, giornalista e professore della Scuola di medicina. Egli fece proseliti tra esponenti del ceto medio, soprattutto tra i commercianti, imbevuti di idee repubblicane e federaliste, mentre fu avversato dalla classe dei produttori di zucchero legati al governo che consideravano un protettore dei loro interessi. La rivolta è ricordata per aver partorito la singolare idea di una Repubblica provvisoria destinata a durare fino a che D. Pedro II

governo rivoluzionario Teixeira de Freitas fu nominato giudice ed esercitò l'ufficio fino alla restaurazione dell'ordine costituito quando fu processato per sedizione e, nel 1839, assolto. Questa esperienza fu l'unico episodio movimentato della esistenza del giurista baiano. Nel 1843, regnando D. Pedro II, l'Imperatore che «governò bonariamente, ma con mano ferma»⁹, Teixeira de Freitas si stabilì a Rio de Janeiro, dove, senza distrazioni di alcun genere, esercitò l'avvocatura, continuò a studiare e, per incarico del governo, si dedicò all'opera di aggiornamento del diritto nazionale. Nel 1848 fu ammesso come avvocato a far parte del Consiglio di Stato, organo consultivo dell'Imperatore. Nel 1857 venne eletto alla presidenza dell'*Instituto dos Advogados Brasileiros* (IAB) del quale era stato tra i fondatori. Teixeira de Freitas mantenne la carica di presidente per poco tempo perché si dimise per contrasti con alcuni colleghi sulla soluzione da dare al quesito se, secondo il diritto romano, vigente in Brasile come diritto suppletivo, potessero essere ritenuti schiavi i figli di una schiava liberata con la clausola di continuare a servire il padrone finché egli fosse rimasto in vita¹⁰. Venuto a esistenza nel 1843 in rapporto all'istituzione di corsi universitari di diritto con lo scopo principale di fondare e disciplinare l'Ordine degli avvocati brasiliani¹¹ sul modello dell'*Ordre des Avocats*, creato da

non fosse stato in grado di esercitare i suoi poteri costituzionali. Il movimento trovò un compromesso sul problema della sorte degli schiavi, che, in più occasioni, si erano ribellati. Si decise, infatti, che gli schiavi nati in Brasile sarebbero stati liberati se avessero combattuto al fianco dei rivoltosi, mentre gli altri sarebbero rimasti schiavi. Cfr. B. FAUSTO, *História do Brasil*, cit., p. 164 ss. e H. VIANNA, *História do Brasil*, Vol II, *Monarquia e República*, cit., p. 118. Tale ambiguità rifletteva sostanzialmente la ridotta rilevanza economica della questione specialmente nelle zone dove quasi non esistevano terre coltivabili dagli ex schiavi per una economia di sussistenza, con la conseguenza che la liberazione degli schiavi non avrebbe potuto modificare la organizzazione della produzione o la distribuzione del reddito. Nonostante questi aspetti, in Brasile il problema della schiavitù era, in linea generale, vissuto come una «ecatombe sociale» a causa della grande stabilità strutturale del sistema economico schiavistico. Cfr. C. FURTADO, *Formação econômica do Brasil*, Editôra Fundo de Cultura, Rio de Janeiro, 1959, trad. it. *La formazione economica del Brasile*, Einaudi, Torino, 1979, p. 181 ss.

⁹ T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 31.

¹⁰ Benché fosse radicalmente ostile alla schiavitù, Teixeira de Freitas diede una risposta positiva al quesito basandosi su alcuni passi del Digesto e ritenendo che questioni giuridiche si dovessero risolvere in base a principi giuridici e non a pulsioni antischiavistiche. Le critiche ricevute ebbero una pepata risposta nella lettera di dimissioni nella quale egli scriveva: «Tomo a ousadia de oferecer ao Instituto a pequena quantia de 1000 \$ para ser aplicada à fundação da sua biblioteca, e recomendo-vos, sobretudo, que enriqueçais logo com o *Corpus Iuris*, que deve ser a fonte vital onde devemos beber sempre e sem descanso». Questa lettera fu pubblicata nella *Revista Jurídica* del 1862, a p. 137.

¹¹ L'*Ordem dos Advogados do Brasil* (OAB) sarebbe stato creato soltanto nel 1930 con il Decreto n. 19.408 del 18 novembre, emesso da Getúlio Vargas. Il ritardo fu causato dall'ostinata resistenza opposta dai «râbulas», più tardi chiamati anche «provisionados», ossia di coloro che, privi di un

Napoleone nel 1810 e dell' *Associação dos Advogados de Lisboa*, creata nel 1837, l'IAB¹² fu una struttura professionale elitaria chiamata a partecipare alla vita politica e istituzionale dell'Impero fornendo uomini al governo ed elaborando pareri giuridici per il legislatore e i tribunali.

Teixeira de Freitas morì a Niterói, il 12 dicembre 1883, all'età di sessantasette anni¹³.

Nelle sue opere si intravedono il paesaggio, le attività economiche e la stratificazione sociale del Brasile nel quale egli visse ed operò. Vi sono menzionati casali, villaggi e città, i «predios nobres» dotati di scuderie e le catapecchie urbane; magazzini aperti alla vendita e botteghe sedi di piccole attività; terreni coltivati grandi e piccoli, terre incolte e devolute; aziende agricole e fattorie, miniere e giacimenti di diamanti. Centrale è il riferimento al mondo legato alla produzione dello zucchero, peraltro, già in declino. Ecco gli «engenhos»¹⁴ con i mulini e i locali necessari alle varie fasi della lavorazione della canna da zucchero; 'la casa grande' dove viveva «o senhor» con la sua famiglia; le «senzalas», ossia le baracche degli schiavi¹⁵ delle quali «o senhor» conosceva anche troppo bene la via¹⁶ che percorreva per dare il suo contributo alla formazione del carattere cordiale e melanconico del brasiliano¹⁷. Ecco gli stranieri, ossia gli immigrati che, fino agli anni Settanta dell'Ottocento,

diploma universitario, avevano ricevuto l'autorizzazione provvisoria a esercitare la professione in virtù di una qualche conoscenza del diritto. Questa resistenza trovava un appiglio formale nei n. 24 e 25 dell'art. 179 della Costituzione del 1824. Tali disposizioni recitavano, rispettivamente che «nenhum genero de trabalho, de cultura, de industria, ou commercio pôde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes públicos, á segurança, e saúde dos cidadãos» e «ficam abolidas as Corporações de Officios, seus Juizes, Escrivães e Mestres». Cfr. VENÂNCIO FILHO, *Notícia histórica da Ordem dos Advogados do Brasil (1930-1980)*, Folha Carioca Editora, Rio de Janeiro, 1982.

¹² M. DA GLORIA BONELLI, *O Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros e o Estado: a profissionalização no Brasil e os limites dos modelos contrados no mercado*, in *Revista brasileira de ciências sociais*, 1999, p. 61 ss.

¹³ Le biografie più accreditate sono quelle di S. SÁ MEIRA, *Augusto Teixeira de Freitas, o Jurisconsulto do Império. Vida e Obra*, Livraria José Olympio Editôra, Rio de Janeiro, 1979 e di MANUEL ALVARO DE SOUSA SÁ VIANNA, *Augusto Teixeira de Freitas. Traços biográficos*, Typ. Hidebrandt, Rio de Janeiro, 1905. Si veda anche E. ROBERTO GRAU, *Teixeira de Freitas*, in *Revista da Faculdade de Direito da UFMG*, 2002, p. 35 ss.

¹⁴ L'«engenho» era il complesso agricolo-industriale comprendente le piantagioni di canna da zucchero e gli stabilimenti per la macinazione e spesso anche per la raffinazione dello zucchero. Cfr. P. PORRU, *Analisi storico giuridica della proprietà fondiaria in Brasile*, Giuffrè, Milano, 1983, p. 15.

¹⁵ Art. 50 della *Consolidação das Leis Civis*.

¹⁶ GILBERTO FREYRE, *Casa-Grande e Senzala. Formação da Família Brasileira sob o Regime de Economia Patriarcal*, Livraria José Olympio Editôra, Rio de Janeiro, 1958.

¹⁷ SÉRGIO BUARQUE DE HOLLANDA, *Raízes do Brasil*, Livraria José Olympio Editôra, Rio de Janeiro, 1936.

sarebbero stati poco numerosi, ma che da quel momento in poi sarebbero vertiginosamente aumentati di numero principalmente a causa dello sviluppo delle coltivazioni del caffè¹⁸.

Teixeira de Freitas apre una finestra sulla nascita di una nazione.

2. Il diritto privato brasiliano tra codificazione e consolidazione

Proclamata l'indipendenza dal Portogallo, la legge del 20 ottobre 1823 dispose che, fino al 25 aprile 1821, sarebbero rimaste in vigore nell'Impero le fonti del diritto lusitano. Questa data segna il ritorno del re D. João VI in Portogallo dal quale, nel 1808, era fuggito con la sua corte per sottrarsi all'invasione napoleonica e, quindi, indica la rottura dell'unità dei due ordinamenti. Infatti, la legge in parola aveva conferito alle fonti portoghesi del diritto un'autorità provvisoria stabilendo che esse sarebbero rimaste in vigore «enquanto se não organizasse un novo Código ou não fossem specialmente alterados» (art. 1). La Costituzione imperiale del 1824 rinforzò questo proposito annunciando che, «fundado nas sólidas bases da justiça e equidade», si sarebbe dovuto fare quanto prima anche un nuovo *código civil*, inteso, secondo una formulazione che può collegarsi alla costituzione francese del 1793, come codice di tutto il diritto, fuorché il criminale (art. 179, XVIII)¹⁹. In questa prospettiva, il diritto privato vigente era destinato ad essere riformulato. Esso risultava disciplinato dalle scarse disposizioni del libro IV delle *Ordenações Filipinas*, del 1603, in tema di contratto e testamento, «que são pobrissimas»²⁰; da innumerevoli «leis extravagantes», che con le *Ordenações* formavano un vero «imbroglio»; dagli usi; dagli «assentos da Casa de Suplicação»²¹ e, infine, per colmare

¹⁸ A. CALDERALE, *Vulnerabilità e immigrazione nei sistemi giuridici italiano e brasiliano*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2021, 1, p. 113 ss.

¹⁹ C. PECORELLA, *Consolidazione e codificazione in una esperienza brasiliana*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 228, sottolinea che la norma costituzionale costituiva già una eccezione rispetto al *Corpus Juris Civilis*, nel quale 'civile' era tutto quanto riguardava la vita del cittadino senza alcuna distinzione tra tributario, penale, civile e commerciale.

²⁰ *Consolidação das Leis Cíveis*, Jacintho Ribeiro dos Santos Livreiro-Editor, Rio de Janeiro, 1915, *Introdução*, XXV. Le Ordinanze furono emesse nel 1603 da Filippo II del Portogallo (III di Spagna) e costituivano essenzialmente una testimonianza dell'età media nei tempi moderni. Cfr. MARCELLO CAETANO, *História do direito português*, Editorial Verbo, Lisboa/ São Paulo, 4ª edição, 2000, p. 529 ss e 620 ss.

²¹ Gli «assentos» erano sentenze che recepivano l'interpretazione del re, organo giudiziario di ultima istanza e che gli altri giudici erano obbligati a seguire nei casi simili. In Portogallo, coerentemente al principio della scolastica giuridica «illius est interpretari cuius est condere», l'interpretazione autentica della legge fu sempre un privilegio del re che lo esercitava attraverso la pubblicazione di «leis interpretativas» o «em Relação», cioè presiedendo le sessioni dei tribunali superiori. A causa della crescente complessità

le molte lacune esistenti, dal diritto romano, interpretato alla luce della legge 18 agosto 1769, la «lei da boa razão» come l'avrebbe chiamata Corrêa Telles nel *Comentário Critico* del 1824²², legge che era stata una delle più significative espressioni del riformismo illuminista portoghese²³, frutto della politica del Marchese di Pombal²⁴, primo ministro del re D. José I.

Tuttavia, nonostante i voti della Costituzione, il codice civile fu emesso solo nel 1916, poco meno di un secolo dopo. Le cause di questo ritardo che, secondo Tullio Ascarelli, avvicinava l'esperienza giuridica brasiliana a quella tedesca²⁵,

dell'amministrazione, il re prese a disertare le sessioni dei tribunali sicché con Alvará di 10 dicembre 1518 D. Manuel I «trasferì» i poteri regi alla «Casa da Supplicação», rimanendo prerogativa del sovrano decidere i casi nei quali il tribunale si fosse manifestato esitante e che, per tale ragione, gli venissero sottoposti dal *Regedor*. La legge del 1518 fu recepita dalle *Ordenações Manuelinas* (Livro V, 58,1) e dalle *Ordenações Filipinas* (Livro I, Tít. V, § 5, intitolato *Dos Desembargadores da Casa de Supplicação*). Oltre agli «assentos por efeito de dúvidas de interpretação levantadas pelo desembargadores», le Ordinanze Filippine receperono anche gli «assentos» *por efeito de glosa do Chanceler*, già previsti dalle lei del 10 ottobre 1534 emessa da D. João III per l'ipotesi che il Cancelliere, al momento di sigillare le sentenze del tribunale, fosse stato colto da dubbi sulla loro legittimità in quanto gli fossero sembrate contraddire la lettera delle Ordinanze o il testo espresso del diritto romano applicato a titolo di diritto sussidiario. A lato di questi due tipi di *assentos*, la Carta Regia del 7 giugno 1605 di Filippo II del Portogallo ne aggiunse un terzo, gli *assentos para definição de «estilos» antigos da «Casa da Supplicação»*, tesi a ribadire l'applicazione al caso concreto delle decisioni precedenti della Corte se su di esse fossero sorti dubbi o fossero state alterate. La legge della *boa razão* introdusse una quarta categoria di «assentos», quelli «por efeito de dissidência entre os advogados dos litigantes quanto ao entendimento da lei aplicável» (art. 6). Questi *assentos* erano chiamati a risolvere i contrasti degli avvocati sull'interpretazione della legge, ma anche a reprimere gli abusi di coloro che fossero ricorsi a «raciocínios frívols». Cfr. G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário na história do direito português*, Imprensa da Universidade de Coimbra, Coimbra, 1974, p. 283 ss. La regola dello *stare decisis* era conosciuta anche in altri ordinamenti dell'Europa continentale nei quali si realizzava il processo di unificazione del diritto *sub specie interpretationis*. Sui tribunali supremi degli Stati Italiani dei secoli XVI-XVIII e sulle bine iudicaturae, cfr. G. GORLA, *I Tribunali Supremi degli Stati italiani preunitari quali fattori della unificazione del diritto dello Stato e della sua uniformazione fra Stati*, in G. GORLA, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, p. 543 ss. In Brasile hanno aggiornato questa tradizione, la EC n. 25/2004 e la lei 11.417 del 19 dicembre 2006, che hanno introdotto la «súmula vinculante». Cfr. ANDRÉ RAMOS TAVARES, *O novo instituto da súmula vinculante no direito brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2006, p. 333 ss.

²² JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, *Comentário Critico à lei da Boa Razão em Data de 18 Agosto de 1769*, Lisboa, 1824.

²³ G. BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica do moderno direito privado português e brasileiro*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*, 1955, p. 50 ss.

²⁴ Cfr. R. M. DE FIGUEREDO MARCOS, *A Legislação Pombalina. Alguns Aspectos Fundamentais*, Almedina, Coimbra, 2006.

²⁵ Nel 1947, Ascarelli osservò che il fatto che dal 1500, data della scoperta del Brasile e dell'inizio della colonizzazione portoghese, fosse rimasto in vigore un sistema di diritto comune imperniato

possono essere individuate, in primo luogo, in una certa vitalità del *código comercial* del 1850 le cui disposizioni furono utilizzate per l'interpretazione analogica dei contratti e delle garanzie del diritto civile²⁶ e che, in generale, si rivelò adatto a soddisfare gli interessi della classe dei latifondisti al potere; in secondo luogo, nello stesso processo di formazione del codice civile, particolarmente complesso, anche se non segnato dalle polemiche sull'opportunità di codificare che erano divampate in Germania nei primi decenni dell'Ottocento²⁷. Per di più dibattito tedesco sarebbe rimasto sconosciuto in Brasile fino al 1865, quando Antonio Joaquim Ribas, nel suo *Curso de Direito Civil*²⁸, diede conto delle opposte posizioni di Thibaut e Savigny²⁹. In questo scenario, l'avvocato Carvalho Moreira aveva pubblicato, nel 1845, un lavoro nel quale reclamava la codificazione, ritenendola necessaria per sostituire la legislazione brasiliana vigente, giudicata «esparsa, antinamica, desordenada e numerosissima»³⁰, ed Euzébio de Queiroz aveva proposto di adottare, come codice, il *Digesto portuguez* di Corrêa Telles, una soluzione giudicata estremamente conservatrice e respinta dall'IAB nel 1851³¹. Si affermò, invece, l'idea che, per aver chiaro il quadro normativo su cui il codice civile sarebbe dovuto intervenire, sarebbe stata necessaria la preventiva consolidazione del diritto vigente. Il governo ne fissò precisamente le caratteristiche: «La Consolidazione sarà fatta per titoli e articoli nei quali saranno riprodotte in proposizioni chiare e succinte le disposizioni in vigore. Nelle note corrispondenti si dovrà citare la legge da cui la disposizione è tratta e illustrare la consuetudine che si sia formata oltre o contro di essa». Su queste basi, il 15 febbraio 1855, lo stesso governo stipulò con Teixeira de Freitas

sulle *Ordenações Filipinas*, collocabili nel quadro del diritto romano comune vigente in Europa nel secolo XVII, senza che nel corso del secolo XIX vi fosse stato alcun rinnovamento legislativo riconducibile alla rivoluzione francese, accomuna la storia giuridica del Brasile a quella della Germania, dove pure si è passati dal sistema del diritto comune al codice civile del 1900. T. ASCARELLI, *Notas de direito comparado privado italo-brasileiro*, in *Revista Forense*, 1947, p. 317, pubblicato nei *Saggi giuridici*, Giuffrè, Milano, 1949, p. 110, col titolo *Osservazioni di diritto comparato italo-brasiliano*.

²⁶ Sulla storia del diritto civile brasiliano, si veda il classico lavoro di PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, 2ª ed., Companhia Editora Forense, Rio de Janeiro, 1981.

²⁷ G. MARINI (a cura di) *A. F. G. Thibaut-F.C. Savigny. La polemica sulla codificazione*, ESI, Napoli, 1992.

²⁸ *Curso de Direito Civil*, Vol. I, Typ. Univ. Laemmert, Rio de Janeiro, 1865, p. 349 ss.

²⁹ THIAGO REIS, *Teixeira de Freitas leitor de Savigny*, in *FGV Direito SP*, 2015, p. 16 scaricabile nel website della FGV Direito SP all'indirizzo <http://direitogv.fgv.br/publicacoes/working-papers>, p. 16.

³⁰ CARVALHO MOREIRA, *Da Revisão geral e codificação das leis civis e do processo no Brasil*, Rio de Janeiro, 1846.

³¹ PONTES DE MIRANDA, *Fontes*, cit., p. 79.

un contratto per il quale egli si impegnava a «raccolgere e classificare tutta la legislazione patria, compresa la legislazione portoghese anteriore all'indipendenza dell'Impero nonché le leggi abrogate o obsolete» (art. 1 del contratto). L'essere stata la Consolidazione destinata al progetto della futura codificazione del diritto civile spiega l'inserimento di norme «abrogadas e obsoletas» che, di regola, non trovano posto nel riordinamento di leggi in un unico testo, appunto la consolidazione, destinato a sottoporre i cittadini alle disposizioni sopravvissute alla abrogazione del legislatore o alla disapplicazione dei giudici³².

3. Teixeira de Freitas e la *Consolidação das leis civis*

Studio per proprio conto del diritto romano, perché la materia non fu insegnata nelle università brasiliane fino al 1854, a causa del protrarsi della disputa circa la sua natura “imperiale”³³; consapevole della inapplicabilità di alcune regole

³² C. PECORELLA, *Consolidazione e codificazione in una esperienza brasiliana*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas e il diritto latinoamericano*, Cedam, Padova, 1988, p. 222 s.

³³ In seguito alla istituzione di un corso di diritto presso La Corte imperiale, il 5 marzo 1825, uno dei più influenti membri della nobiltà, Luiz José de Carvalho e Melo, Visconte di Cachoeira, ne pubblicò lo statuto nel quale era prevista la cattedra di diritto romano al primo anno. Proprio l'insegnamento di questa materia fu al centro di un'accesa controversia di carattere ideologico nel Parlamento che, non essendo stato applicato il decreto del 1825, l'anno seguente esaminò il progetto di istituire dei *cursos jurídicos*. Intervenendo nella discussione caratterizzata dalla lucida consapevolezza dei rapporti tra Stato e istituzioni chiamate a impartire l'insegnamento superiore, il deputato José Bernardino Pereira affermò: «Se mi persuadessi che il corso che stiamo per creare è destinato a insegnare le dottrine e i principi del governo assolutista, allora voterei per il diritto romano; però, dal momento che questa idea è ben lungi da me, voto contro. Signor Presidente, il diritto romano è il diritto dell'imbroglio e l'avvocato o il giudice che di esso si fa forte è un cattivo avvocato o un cattivo giudice». Di contro, il deputato José Cesário de Miranda Ribeiro sosteneva: «Quanto al diritto romano, benché si cerchi di provarne l'inutilità sostenendo che non serve ad aumentare la comprensione delle nostre leggi, non cessa di essere vero che non si conosce alcuna legislazione che non tragga origine dal diritto romano. Non approvarei l'impostazione della Università di Coimbra dove ancora oggi si studia più diritto romano che diritto patrio, ma non ammettere neanche una cattedra di *Instituta!*, questo non l'approvarei mai». Riaccendendo la tradizionale polemica circa la natura “imperiale” del diritto romano, che nel mondo anglosassone veniva contrapposto alla natura democratica del *common law* (su questo tema si rinvia al classico lavoro di R. POUND, *The Spirit of Common Law*, Marshall Jones Company Publishers, Francetown, New Hampshire, 1921), nel parlamento brasiliano si fronteggiavano, da un lato, le élite imperiali che effettivamente detenevano il controllo dello Stato in formazione e si muovevano lungo direttrici politiche autoritarie, dall'altro le élite civili regionali. La legge dell'11 agosto 1827, nell'attivare due corsi di *Ciências Jurídicas e Sociais* a São Paulo e Olinda, non contemplò nei *curricula* l'insegnamento del diritto romano. Soltanto nel 1854 si istituì la cattedra di *Institutas do Direito Romano* creata dal Decreto del 16 agosto 1851. Cfr. A. W. BASTOS, *O Ensino Jurídico no Brasil*, cit., p. 8 ss.

romanistiche alla realtà del Paese come, per fare un primo esempio, quelle in tema di garanzie del credito³⁴; cultore delle fonti del diritto e della dottrina lusitane; conoscitore, spesso critico, della legislazione e della dottrina francesi dei primi cinquanta anni dell'Ottocento³⁵ e del *code civil*, il più autorevole codice borghese dell'epoca; molto addentro nella cultura giuridica tedesca³⁶ specialmente in quella tributaria delle idee di Leibniz che aveva teorizzato un sistema coerente di norme organizzato intorno a principi fondamentali³⁷; ammiratore dell'opera di Savigny³⁸, che leggeva nelle traduzioni francesi circolanti in Brasile, ma di cui ignorava, almeno di prima mano, il *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, inaccessibile al tempo dell'Impero³⁹; influenzato, attraverso la lettura delle opere di Heinrich Ahrens, dalle teorie di Karl Friederich Krause, che aveva valorizzato la relazione tra diritto e strutture politiche ed economiche⁴⁰; animato da alcune idee della storica tedesca, rivelata dalla tendenza a tradurre i concetti giuridici in regole⁴¹, e seguace della scuola "raciojusnaturalista", la quale affermava l'esistenza di un diritto naturale razionale espresso da enunciati giuridici essenziali legati alla natura delle cose, il Teixeira de Freitas che si accingeva alla

³⁴ Egli affermò che «o direito romano também legou o detestável sistema das hipotecas ocultas». Cfr. *Consolidação, Introdução*, CXXXIX.

³⁵ P. VILLARD, *La tradition juridique française dans l'oeuvre de Teixeira de Freitas*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 269 ss. Più in generale sull'influenza sulla circolazione del modello francese in Brasile, A. JUNQUEIRA DE AZEVEDO, *L'influence de droit français sur le droit brésilien*, in A. WALD et C. JAUFFRET-SPINOSI (*Sous la direction de*), *Le droit brésilien hier, aujourd'hui et demain*, Société de législation comparée, Paris, 2005, p. 455 ss.

³⁶ Per una rassegna degli autori tedeschi presenti nella libreria di Teixeira de Freitas e citati nelle sue opere, K. LUIG, *La pandettistica come scienza guida della scienza giuridica dell'Ottocento*, in S. SCHIPANI (a cura di), *op. ult. cit.*, p. 296 ss.

³⁷ J. MARTINS-COSTA, *O sistema na codificação civil brasileira: de Leibniz a Teixeira de Freitas*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul*, 1999, p. 89 ss.

³⁸ Un elenco delle citazioni delle opere Savigny nei lavori di Teixeira de Freitas è stato redatto da K. LUIG, *La pandettistica*, cit., p. 297.

³⁹ THIAGO REIS, *Teixeira de Freitas*, cit., p. 16.

⁴⁰ In Brasile, il krausismo penetrò sia attraverso la mediazione della cultura di lingua spagnola, sia attraverso l'influenza delle università portoghese, giacché il krausismo fu la filosofia dominante, per almeno due generazioni a Coimbra, dove gli studenti brasiliani ascoltavano le lezioni di Vicente Ferrer Neto Pavia (1798-1836). Il krausismo penetrò poi nella facoltà giuridica di São Paulo grazie all'opera di Galvão Bueno e João Teodoro. In argomento si rinvia alla dettagliata ricostruzione di M. G. LOSANO, *Un giurista tropicale. Tobias Barreto tra Brasile reale e Germania ideale*, Laterza, Bari, 2000, p. 27 ss. Si veda anche M. REALE, *Filosofia em São Paulo*, Conselho Estadual de Cultura, São Paulo, 1959, p. 9 ss.

⁴¹ ORLANDO DE CARVALHO, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*, in *Universidade de Coimbra. Boletim da Faculdade de Direito*, 1984, p. 28.

Consolidação concepiva il sistema giuridico, ritenuto fonte di ordine e di progresso, come una coerente costruzione sistematica, modellata essenzialmente sul diritto romano e collegata alla realtà del Brasile⁴². Nel sistema, regolato dalla gerarchia delle fonti, ogni relazione aveva «a sua séde propria». Un'assoluta centralità spettava alla persona, titolare di diritti assoluti quali libertà, sicurezza, personalità, e proprietà, diritti la cui attribuzione e realizzazione concreta Teixeira de Freitas faceva dipendere dallo sviluppo «possível» del diritto positivo⁴³, una costruzione, quella secondo cui i diritti si acquistano in virtù delle regole del diritto positivo nel quadro di relazioni formalizzate, mutuata da Savigny⁴⁴.

Teixeira de Freitas descrisse con precisione come aveva realizzato la *Consolidação*. Egli dichiarò di aver studiato, innanzitutto, «as leis em seus próprios textos sem influência de alheias opiniões»⁴⁵. Tale affermazione si salda a un altro passo della *Introdução*, dove si denunciava la confusione generata nell'interpretazione della legge da giuristi all'affannosa ricerca della «buona ragione», nozione di per se stessa a maglie assai larghe⁴⁶. Collegabili alle più risalenti riflessioni di Pascoal José de Melo Freire dos Reis⁴⁷ sull'assoluta centralità del sovrano legislatore e sul suo potere d'interpretare in ultima istanza le leggi, le osservazioni suddette possono spiegare il motivo per cui il nostro avrebbe esasperato la tendenza ad assegnare al legislatore un ruolo eminente anche nella puntigliosa definizione di questioni sistematiche. Il giurista baiano avrebbe spinto questa posizione fino alle estreme conseguenze nel successivo tentativo di codificazione determinandone il fallimento.

⁴² Sulla cultura giuridica di Teixeira de Freitas, M. REALE, *Humanismo e realismo jurídicos de Teixeira de Freitas*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 41 ss. e FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *A técnica jurídica na obra de Freitas. A criação da dogmática civil brasileira*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 155 ss.

⁴³ *Consolidação das Leis Cíveis, Introdução*, XLIX, dove si precisa che i diritti assoluti entrano «na compreensão da Legislação criminal, que os protege e assegura com a penalidade», mentre solo il diritto di proprietà rientra anche nella legislazione civile. Nella nota 65 osserva che l'elenco dei diritti assoluti spettanti alla persona è redatto da ogni studioso secondo il proprio arbitrio.

⁴⁴ THIAGO REIS, *Teixeira de Freitas*, cit., p. 37.

⁴⁵ *Consolidação das Leis Cíveis, Introdução*, XXXII.

⁴⁶ *Introdução*, XXV: «Tudo concorreu, para que os nossos Juristas carregassem suas Obras de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos». Il medesimo disagio era stato denunciato, in Portogallo, da Corrêa Telles e Coelho da Rocha. Cfr. G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário*, cit., p. 397 s.

⁴⁷ Il giurista portoghese sostenne che, nell'ipotesi di oscurità della legge, non spettava all'interprete di osare una interpretazione, ma bisognava «recorrer ao Príncipe». Cfr. R. LONGHI, *Continuidades e descontinuidades: a «opinião comum dos doutores na interpretação dos juristas brasileiros*, in *Interpretatio Prudentium*, III, 2018, 1, p. 164.

Intanto, Teixeira de Freitas, in vista della futura codificazione, si accinse a dar vita a un sistema giuridico rinnovato con il materiale normativo esistente⁴⁸. Per raggiungere questo obiettivo, egli aveva ritenuto necessario misurare le leggi civili e la loro portata⁴⁹, definirne i confini, creare «com livre espírito essa unidade superior, que concentra verdades isoladas, penetra as mais recônditas relações»⁵⁰, ricorrendo «a estudos de outra natureza», consultando «os monumentos legislativos», meditando «as tradições da Sciencia», comparando «attentamente as leis novas com as antigas». Il risultato di questo «trabalho consciencioso» sarebbe stato, tra gli altri, una nuova sistematica del diritto civile incentrata su divisioni dicotomiche⁵¹.

Il metodo adottato da Teixeira de Freitas per raccogliere e classificare tutta la legazione patria può farsi risalire alla tradizione innescata dalla *Lei da boa razão*, più volte citata, e dalle sue applicazioni ottocentesche nell'ambiente giuridico portoghese.

Infatti, Teixeira de Freitas trascurò l'opera dei glossatori (cfr. art. 13 della *Lei da boa razão*). Un esempio è l'art. 567, che tratta la lesione enormissima nella vendita: nella nota egli osservò che «a lei entretanto não define o que seja *lesão enormissima*», ma non riferì che i dottori erano stati concordi nell'individuare in quella che comportava un prezzo inferiore a 1/4 del valore del bene⁵². Valutò il diritto romano alla luce della *recta ractio* pombalina, svelata dalla dottrina impegnata ad accertare, al di là di quanto aveva tramandato la tradizione, il vero e ragionevole pensiero dei giuristi romani e, alla luce di questa indagine, ripudiò le regole che se ne discostavano. Considerò leggi e codici stranieri e comparò il diritto luso-brasiliano con numerosi complessi normativi e, in primo luogo, con il diritto francese, chiamato, insieme al diritto romano, a dare completezza all'opera legislativa. Affrontando questo studio, il giurista baiano si collegò idealmente sia alla stessa legge del 1769⁵³, la quale, per definire il diritto suppletivo, richiamava non solo varie legislazioni a cui espressamente faceva rinvio, ma anche le leggi dei popoli civilizzati (cfr. art. 9 della *Lei da boa razão*), sia all'opera dei giuristi portoghesi, a lui ben noti, che, a partire dalla rivoluzione del 1820, rivestirono le norme pombaline con «l'abito di moda dell'individualismo»,

⁴⁸ FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *A técnica jurídica*, cit., p. 160 s.

⁴⁹ *Consolidação das Leis Cíveis, Introdução*, XXXII: «medir com precisão o alcance e as consequências de umas e outras; eis o laborioso processo que empregado temos para conhecer a substância viva da legislação».

⁵⁰ *Introdução*, XXXVI.

⁵¹ S. SCHIPANI, *Il 'método didático' di Augusto Teixeira de Freitas (prime osservazioni)*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 543 s.

⁵² C. PECORELLA, *Consolidazione e codificazione*, cit., p. 224 ss.

⁵³ DÁRIO MOURA VICENTE, *O contributo da Lei da Boa Razão para o Direito Comparado e o seu ensino: breve relance*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2019, 2, p. 61 ss.

nel tentativo di aggiornare il diritto lusitano, tentativo, in realtà, destinato sovente a infrangersi contro la lettera delle Ordinanze e delle leggi ad esse collegate⁵⁴. Tra questi giuristi, Corrêa Telles, nel suo *Digesto Português*, aveva invocato, per la soluzione dei «casos omissos», volta a volta, i codici civili francese, austriaco e prussiano. Per giustificare le medesime scelte, Coelho da Rocha era ricorso a un sofisma «semplice e ingenuo»⁵⁵: «se gli *Estatutos da Universidade*, a chiarimento della *Lei da boa razão*, permettono di investigare l'uso moderno delle Nazioni per mezzo delle opere dei loro giureconsulti, a maggior ragione [l'uso moderno] deve essere cercato nelle loro leggi»⁵⁶.

Teixeira de Freitas terminò la sua fatica nel 1857, pubblicando la *Consolidação das leis civis*, opera nella quale tutta la legislazione civile, escluse le leggi sulla schiavitù, deliberatamente omesse, veniva consolidata in 1.333 articoli arricchiti da note dettagliate e preceduti da una introduzione veramente monumentale. La *Introdução* è articolata in sei parti. La prima, senza titolo, è la vera e propria Introduzione, che pone questioni di carattere generale in ordine all'estensione e alle modalità della consolidazione. La seconda, *Actual sistema do direito civil*, tratta del sistema del diritto civile contemporaneo e dei suoi difetti. La terza, *Noções fundamentais*, mette in rilievo la contrapposizione tra diritti reali e diritti personali. La quarta, *Aplicação de princípios*, applica, appunto, i principi stabiliti nella parte precedente. La quinta, *Importancia pratica*, espone l'utilità dell'applicazione di tali principi. La sesta, *Relações economicas*, descrive gli effetti del diritto civile sull'economia. Ponendo le basi per l'impostazione sistematica del futuro *código civil*, seguono una *parte geral* e una *parte especial*. La *parte geral* espone, in due titoli, i principi giuridici comuni a tutti i rapporti di diritto civile e ai loro elementi, ossia le persone e le cose. La *parte especial* disciplina le relazioni giuridiche in due libri, l'uno dedicato ai diritti personali, l'altro ai diritti reali⁵⁷. In altre parole, procedendo dal generale al particolare, Teixeira de Freitas organizzò tutta la legislazione secondo la bipartizione persone-cose nella parte generale, alla quale corrispondeva, nella parte speciale, secondo una corretta sequenza, la bipartizione diritti personali e diritti reali, «chiave di tutte le relazioni civili»⁵⁸. Tale impostazione

⁵⁴ G. BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica*, cit., p. 12 s.

⁵⁵ G. BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica*, cit., p. 22.

⁵⁶ MANUEL ANTÓNIO COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, Vol. I, Coimbra, 1857, § 40.

⁵⁷ FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *A técnica jurídica*, cit., p. 160 s.

⁵⁸ *Introdução*, XXXVI.

costituiva una novità teorica per l'ambiente giuridico luso-brasiliano⁵⁹, nel quale circolavano costruzioni fedeli alla tripartizione gaiana, persone, cose e azioni, in qualche misura fatte proprie anche da Mello Freire e Borges Carneiro, destinatari delle osservazioni critiche di Teixeira de Freitas⁶⁰. Punti di partenza della architettura freitiana furono la critica di Leibniz alla tradizionale tripartizione di Gaio e la contrapposizione, elaborata dallo stesso giurista tedesco, tra diritti verso le persone e diritti sulle cose⁶¹. Di questo binomio Teixeira de Freitas ritenne di trovare conferma nella distinzione di Savigny tra diritti che vincolano individui determinati e diritti che vincolano tutti gli estranei⁶².

Realizzando il programma annunciato nella introduzione, Teixeira de Freitas fissò i confini della consolidazione civile in una «*acção mais stricta*». Egli escluse le leggi processuali, anche se poi non manca qualche richiamo a regole di questo genere e anche di natura tributaria provenienti dal libro I e III delle Ordinanze, quelle relative alla organizzazione giudiziaria e le «*disposições excepcionais*» del diritto commerciale raccolte nel codice del 1850. Ostile alla dicotomia diritto

⁵⁹ *Introdução*, XXII, note 13-18. Sul tema C. PECORELLA, *Consolidazione e codificazione in una esperienza brasiliana*, in S. SCHIPANI (a curadi), *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 228.

⁶⁰ *Introdução*, XXXIII.

⁶¹ Nella *Nova methodus discendae docendaeque jurisprudentiae ex artis didactae principiis* (1667), Leibniz aveva obiettato alla tradizionale ripartizione personae, res, actiones di «non ex iuris, sed facti visceribus sunta». Per Leibniz infatti, le personae e le res sono, nella loro individualità fisica, infinite e non possono «ad universalia redigi», mentre il giurista deve operare con i «termini iuris». Cfr. C. VASOLI, *Enciclopedismo, pansofia e riforma 'metodica' del diritto nella 'Nova Methodus' di Leibniz*, in *Quaderni fiorentini*, 2, 1963, p. 68 ss.

⁶² *Introdução*, XXXVII e XXXVIII. Pertanto de Freitas ritenne che ogni diritto, oggettivamente considerato, non può esistere senza un soggetto passivo. La conseguenza fu definire diritti personali solo quelli aventi come oggetto immediato i soggetti passivi e diritti reali quelli aventi come oggetto immediato le cose materiali, anche se essi hanno come oggetto mediato le persone. In questa prospettiva, diritti reali e diritti personali esauriscono tutte le relazioni civili in ordine alle quali è categoricamente affermato che non esiste diritto senza obbligo corrispondente. Nell'ambito dei diritti personali vengono poi distinte le sottocategorie dei diritti personali nelle relazioni di famiglia e dei diritti personali nelle relazioni civili. In questo contesto la categoria classica della obbligazione è costituita essenzialmente dai diritti personali nelle relazioni civili, caratterizzato dall'aver come oggetto immediato la persona dell'obbligato e come oggetto mediato la cosa, il fatto o la prestazione dovuta. I diritti reali si caratterizzano, invece, per avere ad oggetto cose corporali o materiali, assoggettate al potere più o meno ampio del titolare del diritto senza l'intermediazione di persone determinate e a essi corrisponde una obbligazione generale e negativa di tutti i terzi di astenersi da qualunque atto in grado di turbare l'esercizio del diritto da parte del titolare. Ai diritti reali o personali si accompagnano sempre azioni costruite quali facoltà di agire in giudizio per farli valere: tra diritti e azione non c'è identità in quanto l'obbligazione preesiste all'azione in personam e, a sua volta, il diritto reale, come potere sulla cosa, è condizione necessaria dell'azione *in rem*.

civile-diritto commerciale, il giurista brasiliano si era illuso, prima di incominciare il lavoro, di potere assorbire il secondo nel primo⁶³. Arresosi alla impossibilità di realizzare questo progetto, da un lato, egli svalutò, al cospetto del diritto civile, la stessa importanza del diritto commerciale in quanto «isto è excepções, favores, e liberdades, em prol do commércio»⁶⁴, ma, allo stesso tempo, istituì un collegamento in termini di reciproca sussidiarietà tra i due apparati di regole, per fonderli nella prospettiva di una futura unificazione. Infatti, nella nota all' art. 538, § 2, accettando l'impostazione dell'art. 291 del codice di commercio, riconobbe che «o Direito Civil é subsidiario da legislação commercial», ma nella nota all'art. 25, che tratta della rappresentanza dei minori di quattordici anni, prendendo atto che «quanto a *negocios extrajudiciaes*, não temos lei civil, que proclame em geral a incapacidade dos impuberes», scrive che «esta lacuna da nossa legislação civil póde ser supprida, quanto á incapacidade dos impuberes que fizerem contractos, pelo Art. 129, n. 1 Cod. do Com., que declara nullos todos os contractos commerciaes, que forem celebrados entre pessoas inhabeis para contractar. O que se diz sobre a nullidade dos contractos commerciaes, em tal caso, é applicavel aos contractos em geral, porque a razão è a mesma». Più nettamente si espresse nella nota 5 all'art. 481: «É applicável em matéria civil a disposição do Cod. do Com.»⁶⁵. Dalla Consolidazione escluse, poi, le disposizioni relative allo statuto degli schiavi, considerati, all'epoca, come cose riservandone la raccolta in un «código negro», in attesa della caduta di quelle «disposições vergonhosas»⁶⁶ e incompatibili con il suo umanesimo cristiano che lo portava a considerare gli schiavi «pessoas» in quanto capaci di acquistare diritti per quanto limitati fossero⁶⁷.

Avendo affermato che la legislazione civile è sempre dominata pela «organisação politica» e poiché le leggi vigenti in Brasile si erano formate in buona parte sotto l'assolutismo portoghese⁶⁸, il giurista baiano ritenne revocate le disposizioni

⁶³ Nella lettera del 7 luglio del 1854, riprodotta da S. SÁ MEIRA, *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 98 s aveva, infatti, scritto: «Se por amor ao que existe vamos apresentar um Código defeituoso melhor é que nada façamos».

⁶⁴ Già definire il codice di commercio legge speciale anziché legge ordinaria per una serie specifica di rapporti dimostra, secondo C. PECORELLA, *Consolidazione*, cit., p. 230, la riluttanza di *Teixeira de Freitas* a riconoscere la realtà di interessi di gruppo che erano riusciti a diventare interessi pubblici e modellavano diversamente le proprie esigenze nei confronti dello Stato.

⁶⁵ C. PECORELLA, *Consolidazione*, cit., p. 230 s.

⁶⁶ *Introdução*, XXVIII.

⁶⁷ *Esboço*, nota sub art. 21, dove si legge che anche nel «código negro» non avrebbe considerato gli schiavi «coisas». In argomento, A. SURGIK, *O pensamento codificador de Augusto Teixeira de Freitas em face da escravidão no Brasil*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 427 ss.

⁶⁸ *Introdução*, XXVI.

configgenti con la Costituzione del 1824. Di conseguenza, scartò le regole delle Ordinanze filippine (L. 4, 81,4) che proibivano agli eretici e agli apostati di fare testamento perché l'art. 179, 5 della Costituzione dell'Impero disponeva che nessuno poteva essere perseguitato per ragioni religiose e delimitò la «odiosa differenza nos direitos da successão hereditária» tra figli dei nobili e i figli dei braccianti a causa della soppressione dei privilegi e la proclamazione del principio di uguaglianza fatta dall'art. 179, 13 e 16 della Costituzione⁶⁹.

Polemizzando contro il *code civil* e la dottrina francese, assicurò i diritti civili agli stranieri, sottolineando che la tesi contraria, pur sostenibile secondo la tradizione del diritto romano, avrebbe avuto conseguenze aberranti⁷⁰. Disciplinò lo «estatuto pessoal» secondo le regole del «domicílio» e non secondo la «nacionalidade» delle persone tenendo realisticamente conto della realtà del Brasile come Paese giovane e d'immigrazione. La scelta sulla capacità giuridica degli stranieri segnata dal rifiuto del principio di reciprocità, ribadita nell'*Esboço*, approvata dallo stesso imperatore D. Pedro II e, infine, fatta propria dal codice civile del 1916, anche con riferimento all'art. 3 del codice civile italiano del 1865⁷¹, contribuirà ad allineare il sistema giuridico brasiliano alle leggi ispano-americane espresse dall'art. 57 del codice civile di Andrés Bello (art. 55) e dall'art. 6 del codice di Velez e a formare un carattere comune del diritto latinoamericano. Per legittimare questa operazione, Teixeira de Freitas si richiamò al carattere universale del diritto romano nell'ambito del quale il concetto stesso di “straniero” era scomparso con la «Constitutio Antoniniana» del 212⁷².

Collocando questo diritto universale all'interno dell'Impero brasiliano, egli si congiunse al filone culturale che già da tempo aveva identificato in Rio de Janeiro una “Roma Americana”, della quale José da Silva Lisboa, futuro Visconte di Cairú⁷³, aveva parlato, nel 1823, a proposito della istituzione di corsi giuridici

⁶⁹ *Introdução*, XXVI.

⁷⁰ *Introdução*, XCVIII s., pagine in cui ritorna la consapevolezza dei limiti delle regole del diritto romano. «Suppôr actualmente um *Direito Civil* de pura nacionalidade, negar direitos civis aos estrangeiros; é conceber um chimerico estado de cousas, que evoca tradições do *Direito Romano*».

⁷¹ A. CALDERALE, *La circolazione del modello italiano nelle codificazioni brasiliane del diritto privato*, in S. LANNI e P. SIRENA, *Il modello giuridico-scientifico e legislativo italiano fuori dell'Europa. Atti del II Congresso Nazionale della SIRD*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2013, p. 206 s.

⁷² I. CASTELLUCCI, *Sistema Jurídico Latinoamericano. Una verifica*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 81 ss.

⁷³ G. CELESTINO, *From Conciliation to Threat: Silva Lisboa, Viscount of Cairu, and the Luso-Brazilian Empire in 1821*, in *Bulletim of Latin American Research*, 41, 2022, 2, p. 227 ss.

nel Paese⁷⁴. Il tema della “Roma Americana” circola anche ai nostri giorni. Esso viene evocato da studiosi impegnati a porre il diritto romano attualizzato a fondamento di un diritto civile comune del continente latino-americano⁷⁵, diritto segnato da una maggiore valorizzazione della persona umana rispetto alle logiche economiche incentrate sul profitto a ogni costo⁷⁶.

Delle disposizioni inserite nella Consolidazione, Teixeira de Freitas, in adempimento degli impegni assunti con il governo, segnalò quelle che risultavano in uso soltanto in Portogallo, quelle che erano cadute in disuso sia in Portogallo sia in Brasile e, per quanto riguarda il suo Paese, dichiarò, con toni insolitamente pacati, che le decisioni dei giudici, a volte sollecitati dai «praxistas», erano la causa della obsolescenza di alcune norme. Emblematico è il caso della pena de commissio nell’aforamento, l’enfiteusi, prevista dall’art. 629, che recepisce Ord. L. 4, T. 39 §2. In nota si legge che «A acção de commissio é mui odiosa, e não obstante o silencio da Lei os Praxistas têm mitigado seu rigor com diversas excepções de defeça, que quasi sempre a excludem». A volte de Freitas denunciò l’ingiustizia di una disposizione, sottintendendo il proposito di escluderla dal redigendo codice civile. Due esempi. Basata sull’*Assento* del 5 dicembre 1770, l’art. 382 imponeva la prova per scrittura pubblica dei contratti. Nella nota de Freitas osservava: «Quanto é injusta semelhante disposição! Espírito diverso dictou a legislação do art. 304 do Cod. do Com». Receptendo Ord. L. 4, T 24, l’art. 669 § 4 consentiva lo sfratto del conduttore prima dello spirare della locazione «se, por caso novo, e imprevisto, o proprietario precisar do predio para sua habitação, ou de seus filhos ou irmãos». Nella nota si legge: «Disposição bem injusta!». Inoltre, vi sono norme frutto della pratica⁷⁷ e altre forgiate dallo stesso Teixeira de Freitas mediante la combinazione di diverse

⁷⁴ A. SACCOCCIO, *Il sistema giuridico latinoamericano: storia di una storia*, in A. SACCOCCIO e S. CACACE (a cura di), *Sistema giuridico latinoamericano*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 31 ss.; P. CATALANO in S. SCHIPANI (a cura di) *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 10 ss.

⁷⁵ E. VERA-CRUZ PINTO, *A História do direito civil brasileiro codificado e identidade latino-americana: notas de leitura do livro de Myriam Benarós*, in *Interpretatio Prudentium*, V, 2020, 2, p. 43 ss.

⁷⁶ S. SCHIPANI, *Releer los Digesta de Justiniano para un Código de las obligaciones latino americano*, in ‘Roma e America’. *Colloquio di giusprivatisti per l’armonizzazione del diritto privato latinoamericano*, Mucchi Editore, Padova, 2008, p. 59. Per esempio, considerando che D. 17.2.63 pr. stabiliva che il debitore rispondeva delle obbligazioni assunte con il suo patrimonio e non più con la sua stessa persona e che lo stesso D. 17.2.63 ha già conosciuto una evoluzione tale per il cui il debitore non va ridotto in miseria, questo studioso propone di ‘rileggerlo’ nel senso che dovrebbero essere stabiliti alla escussione i limiti necessari a garantire all’obbligato il rispetto della sua vita, della sua salute, della sua famiglia, della sua abitazione.

⁷⁷ Nota all’art. 701 «A Curadoria Geral dos Orphãos é Officio creado pelo costume sem Lei que previamente mandasse creá-lo. Sua legalidade vem de creações locais».

disposizioni⁷⁸, benché la sua creatività possa essere ritenuta esorbitante rispetto ai compiti che gli erano stati assegnati dal governo⁷⁹. Di certe regole, infine, egli proclama, in nota, la caducazione⁸⁰.

Considerata «grandiosa, ampia e erudita», la consolidazione fu approvata con decreto dell'imperatore D. Pedro II e, benché formalmente non potesse avere valore di legge per la particolare impostazione che si era voluto conferirle, ebbe, tuttavia una grande autorità persuasiva soppiantando di fatto le vecchie Ordinanze filippine⁸¹. La *Consolidação* consegnò al Brasile, come fonti del diritto nazionale, numerose leggi civili di stampo portoghese aggiornate e perfezionate⁸² che avrebbero accresciuto la tradizionale influenza lusitana sul diritto brasiliano⁸³, ma, al tempo stesso, avrebbero conferito al diritto vigente una impronta complessivamente conservatrice resistente alle più aperte innovazioni che sarebbero state proposte successivamente⁸⁴.

4. L'*Esboço*

Sull'onda del successo della *Consolidação*, il 10 gennaio del 1859 il governo stipulò un nuovo contratto con Teixeira de Freitas, incaricandolo di redigere il codice civile entro il 31 dicembre del 1861, termine poi prorogato al 30 giugno 1864. Si inaugurava così la stagione dei legislatori solitari, destinata a durare fino alla fine dell'Impero e ai primi anni della Repubblica. Costoro erano personaggi provenienti dalla classe dirigente che sarebbe stata ammirata da Ascarelli. Appartenenti

⁷⁸ Art. 262 su coloro che «não poder ser Tutores e Curadores»; art. 296 circa l'indisponibilità, salvo eccezioni, del denaro degli orfani. Nelle note di tali articoli sono indicate le varie disposizioni in essi riunite.

⁷⁹ C. PECORELLA, *Consolidazione*, cit., p. 235.

⁸⁰ Nell'ambito della disciplina della prescrizione trentennale «dos direitos pessoaes», l'art. 854 stabilisce che, in questa prescrizione, motivata soltanto dalla negligenza del creditore, non si esige il requisito della buona fede. Nella nota spiega che l' Ord. L. 4, T. 79 pric, stabiliva il contrario, ma poiché la sua ratio era «*porque este não poderão prescrever por tempo algum, por se não dar ocasião de peccar, tendo o alheio indevidamente*», era necessario applicare il § 12 della *lei da boa razão*, il quale ordinava che si avesse «*por não escripta a supposição de pecado*» come motivo das Leis pátrias». Ora, la buona o mala fede, concludeva Teixeira de Freitas, non si può verificare nella prescrizione estintiva, per la quale basta il trascorrere di un lasso di tempo, «*como é hoje de doutrina corrente*».

⁸¹ JOÃO BAPTISTA VILLELA, *Da Consolidação das leis civis à teoria das consolidações: problemas histórico-dogmáticos*, in *Inf. Legisl. Brasília*, 1986, p.334 s.

⁸² SÍLVIO MEIRA, *O Jurisconsulto brasileiro Augusto Teixeira de Freitas em face do direito universal*, in S. SCHIPANI (a cura di) *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 74.

⁸³ PONTES DE MIRANDA, *A influência portuguesa no direito brasileiro*, in *Jurídica*, 1972, p. 1 ss.

⁸⁴ G. BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica*, cit., p. 93.

a famiglie di latifondisti «con solide radici nel Paese fin dall'epoca coloniale», essi⁸⁵ erano persone «di livello moralmente e intellettualmente elevato», dotate di «elevato spirito pubblico» e immerse «nell'atmosfera improntata alla tradizione inglese» che si respirava in quegli anni. Furono dei «solitari comparatisti per necessità»⁸⁶ perché, mancando una letteratura nazionale, si dedicarono allo studio delle leggi e degli autori stranieri⁸⁷, prevalentemente francesi e tedeschi⁸⁸.

Nel solco della tradizione portoghese che si è indicata, Teixeira de Freitas fece ricorso alle sue conoscenze dei codici stranieri⁸⁹ e del diritto romano confrontando su molti punti vecchie e nuove soluzioni. In questo quadro, il ricorso a raffinati riferimenti e a dotte elaborazioni del diritto romano a volte generò regole lungimiranti e innovative, ma altre volte, ancorando nuove disposizioni al diritto romano tramandato dalle Ordinanze filippine, avrebbe contribuito, nella misura in cui gli esiti di questa operazione furono accolti da Clovis Bevilacqua, a rendere il codice civile del 1916 più conservatore dello stesso codice portoghese del 1867, che era stato maggiormente aperto alle influenze straniere di stampo liberale⁹⁰. Il cauto

⁸⁵ Nel 1872 fu incaricato di redigere il codice civile José Thomas Nabuco de Araújo. Nato da una delle famiglie più antiche ed illustri di Bahia, fu fine giurista, senatore, uomo di stato. I Nabuco de Araújo esprimevano senatori dell'Impero fin dai tempi del regno di D. Pedro I. José Thomas sposò Anna Benigna de Sá Barreto appartenente a una delle più importanti famiglie del Pernambuco, che esercitava una grande influenza nella provincia fin dal XVI secolo, discendendo da Fernando Paes Barreto ultimo erede 'maggiorascato' del marchese di Recife. Nel 1878 si offrì di redigere il codice Joaquim Felício dos Santos di Minas Gerais, repubblicano convinto e futuro senatore del primo Congresso della Repubblica, giurista conosciuto e stimato e autore di opere storiche molto apprezzate. Nel 1890, fu dato l'incarico a Coelho Rodrigues, professore di diritto civile nella facoltà di diritto del Pernambuco, autore di una magnifica traduzione delle Istituzioni di Giustiniano, deputato durante l'Impero e membro dell'ultima commissione di studio sul codice civile.

⁸⁶ T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, cit., p. 31.

⁸⁷ A. WALD, *Le droit comparé au Brésil*, in *Rev. Inter. droit comp.*, 1999, p. 814.

⁸⁸ A partire dagli anni Ottanta del XIX secolo, l'autodidattismo assoluto dei singoli fu affiancato dalla generale diffusione del diritto comparato voluto dall'ordinamento degli studi universitari, il quale stabilì che «o estudo do direito Constitucional, Criminal, Civil, Comercial e Administrativo será sempre acompanhado da comparação de legislação pátria com a dos povos cultos», un sistema ereditato dalla tradizione portoghese del XVIII secolo. Cfr. A. W. BASTOS, *O ensino jurídico*, cit., p. 145 ss.

⁸⁹ Mentre Teixeira de Freitas operava, erano in vigore l'*Allgemeines Landrecht* prussiano del 1794; il *code civil* del 1804; l'*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco del 1811; l'*Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* del 1851 e, nell'America del Sud, i codici civili della Bolivia (1831), di Costa Rica (1841) e Perù (1851), grandemente influenzati dal *code civil* che fu adottato da Haiti (1826) e dalla Repubblica Domenicana (1845). Nel 1855 il grande giurista Andrés Bello redasse il codice civile del Cile.

⁹⁰ G. BRAGA DA CRUZ, *Formação histórica*, cit., p. 65 s.

atteggiamento di Teixeira de Freitas si legava bene con le resistenze che in Brasile incontravano generalmente le idee liberali europee, a causa della marginalità, durante l'Impero, della classe borghese ancora stretta nei tentacoli della società coloniale basata sullo sfruttamento del lavoro schiavo⁹¹. Nel giurista bahiano, il rifiuto delle impostazioni più liberali del *code civil*⁹² erano motivate da ragioni sistematiche che, in definitiva, nobilitavano la più esplicita considerazione che il diritto francese «nada tem de semelhante com a realidade de nossa vida civil»⁹³.

Publicato tra il 1860 e il 1865, l'*Esboço*, nel quale è manifesta l'influenza del diritto romano, fu una opera incompleta, benché composto da ben 4.908 articoli organizzati in un sistema parzialmente diverso e più articolato rispetto a quella della *Consolidação*⁹⁴, ma sempre basato sulla centralità della relazione giuridica e sulla dicotomia diritti reali-diritti personali⁹⁵. Che ci fossero stati o no contatti con Visconte di Seabra, autore del codice civile portoghese, per fargli fare anche quello brasiliano⁹⁶,

⁹¹ ORLANDO GOMES, *Raízes históricas e sociológicas do código civil brasileiro*, Martins Fontes, São Paulo, 2003, p.10 s.

⁹² Erano accomunati in questa critica il codice civile portoghese che Teixeira considerava carente di metodo e il codice civile spagnolo, «copia servil» del *code civil*.

⁹³ *Consolidação das Leis Cíveis, Introdução*, XCVIII.

⁹⁴ Nel 1860 Teixeira de Freitas pubblicò in due volumi la parte generale del progetto (arts. 1-866) (Livro I, Dos elementos dos direitos: *Secção I, Das pessoas; Secção II, Das coisas; Secção III, Dos factos*. Nel 1861 apparve, anch'essa in due volumi, una parte del Livro II sui *direitos pessoais: Secção I, Dos direitos pessoais em geral*, arts 867-1.236 e *Secção II, Dos direitos pessoais nas relações de família*, arts.1.237-1.829. Solo nel 1865 furono pubblicati il resto del libro II, cioè la *Secção III, Dos direitos pessoais nas relações civis*, arts. 1.830-3.702 e una parte del Livro III riguardante *Os direitos reais: Secção I, Dos direitos reais em geral*, arts. 3703-4070; *Secção II sui direitos reais sobre cousas próprias*, arts. 4.071-4.422 e *Secção III sui direitos reais sobre cousas alheias*, ossia *enfiteuse, usufruto, uso, habitação e servidões*, arts. 4.423-4.908, che risulta incompleto in quanto manca tutta la parte relativa a hipoteca, anticresi e penhor. Attualmente l'*Esboço* può essere letto nella edizione pubblicata dal Ministério da Justiça e Negócios Interiores, introdotto da uno estudo crítico-biográfico di Levi-Carneiro.

⁹⁵ FRANCISCO DOS SANTOS AMARAL NETO, *A técnica jurídica* cit., p. 170.

⁹⁶ Verso la fine del 1871, poco prima che il governo brasiliano decidesse di risolvere il contratto con Teixeira de Freitas, il Visconte di Seabra inviò all'imperatore D. Pedro II i primi articoli di un nuovo codice civile allo scopo di ottenere l'incarico di completare l'opera. Forse perché l'episodio non ebbe alcuna influenza sulle successive vicende della codificazione, la sua dinamica non è mai stata chiarita del tutto. All'epoca si sospettò persino che l'Imperatore in persona avesse sollecitato il giurista portoghese, ma il consigliere José Feliciando de Castilho, amico del Visconte, dichiarò che né D. Pedro, né il governo brasiliano gli avevano chiesto alcunché. In ogni caso, secondo PONTES DE MIRANDA, *Fontes*, cit., p. 81 s., la questione fu lasciata cadere in quanto il Parlamento aveva mostrato irritazione all'idea che il codice civile fosse redatto da uno straniero. Dopo aver consultato l'archivio del Ministero della Giustizia, Clóvis Beviláqua, in *Código civil dos Estados Unidos do Brasil Comentado*, Vol. I, Rio de Janeiro, 1940, *Preliminares*, XIX, riferì che il lavoro constava solo di un titolo preliminare e di alcuni articoli sulla «capacità civile e il suo esercizio» e, particolare curioso e

il 18 novembre del 1872 il governo risolse il contratto del 1859 anche a causa del disaccordo sul carattere e l'estensione da dare al codice⁹⁷. Benché incompiuto, «l'Abbozzo», insieme alla *Consolidação*, occupa un posto di rilievo nella storia del diritto non solo del Brasile, ma anche di tutta l'America latina. Infatti, queste opere vennero conosciute da Vélez Sarsfield, che, nel redigere il codice civile argentino del 1869⁹⁸, poi adottato anche dall'Uruguay, anche se non vi introdusse una parte generale, fece propria la distinzione tra diritti personali e reali come strumento di organizzazione della disciplina⁹⁹, recepì diversi punti della *Consolidação* e redasse poco più di un quarto degli articoli del suo codice mediante la traduzione o la riduzione più o meno letterale di articoli del progetto di de Freitas¹⁰⁰.

Anche se è stato e continua a essere considerato un «edificio de extraordinária solidez, talhado na rocha viva dos bons princípios, pela mão vigorosa de um artista superior»¹⁰¹, un'opera di «forte poder inventivo»¹⁰², «extraordinaria»¹⁰³, l'*Esboço* non divenne codice essenzialmente per l'«unico defeito» di essere «delongado e prolixo» a causa dell'eccessiva «preocupação da teoria»¹⁰⁴. Questa ossessione teorica era dovuta all'idea che spetta al legislatore organizzare sistematicamente la disciplina¹⁰⁵

sospetto, che sulla copertina del manoscritto l'autore si era dichiarato «nativo di Rio de Janeiro e cadetto onorario dell'antico reggimento di cavalleria di stanza in Minas Gerais». Pur a distanza di molto tempo si sarebbe malignato che l'ostilità dell'irascibile Teixeira de Freitas verso il codice civile portoghese del 1867 era stata dettata dal disappunto per la disinvolta iniziativa del giurista d'oltreoceano. Cfr. RODRIGO OCTAVIO, *La codification du droit civil au Brésil*, in *Rev. Trim. droit civil*, 1930, p. 1022 ss.

⁹⁷ JOSÉ CARLOS DE MATOS PEIXOTO, *A Codificação de Teixeira de Freitas*, in *Revista Forense*, 1939, p. 18 s.

⁹⁸ Sul giurista argentino, S. SCHIPANI (a cura di), *Dalmacio Vélez Sarsfield e il diritto latino-americano*, Cedam, Padova, 1991.

⁹⁹ A. BURDESE, *Il sistema del codice civile argentino e la distinzione tra diritti personali reali (Dal pensiero di Teixeira de Freitas a quello di Vélez Sarsfield)*, in S. SCHIPANI, *op. ult. cit.*, p. 151 ss.

¹⁰⁰ C. PENNA NOCCHI, *A influência de Augusto Teixeira de Freitas na elaboração do código civil argentino*, in *Revista do CAAP*, 2010, p. 37 ss; L. SEGOVIA, *El Código Civil de la República Argentina*, in A. GUZMÁN BRITO, *Historia de la Codificación Civil en Iberoamérica*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2006, p. 272 ss. S. SÁ MEIRA, *O Jurisconsulto*, cit., p. 78 ss. traccia il bilancio della circolazione delle opere di Teixeira de Freitas nel mondo.

¹⁰¹ CLÓVIS BEVILÁQUA, *Em defeza do projecto do código civil brasileiro*, Rio de Janeiro, São Paulo, Belo Horizonte, 1916, p. 23.

¹⁰² PONTES DE MIRANDA, *Fontes*, cit., p. 86.

¹⁰³ LEVI CARNEIRO, *Estudo*, cit., XXXV.

¹⁰⁴ CLÓVIS BEVILÁQUA, *Resumo das licções de legislação comparada sobre o direito privado*, José Luiz de Fonseca Magalhães Editor, Bahia, 1897, p. 114, n.1.

¹⁰⁵ In una lettera dl 22 settembre 1867 indirizzata al Ministero della Giustizia, e pubblicata integralmente da MANUEL ALVARO DE SOUSA SÁ VIANNA, *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 19,

e dettare le definizioni per evitare gli errori della dottrina, la quale «nunca deve contrariar o pensamento legislativo, deve sómente explica-lo»¹⁰⁶, come appunto avveniva in Francia¹⁰⁷. Ora è interessante notare che di recente in Italia, a fronte di alluvionali interventi legislativi, è ritornata attuale la necessità di richiamare il legislatore al rispetto della chiarezza e della precisione terminologica e concettuale¹⁰⁸, un monito frutto dell'impostazione razionalista e giusnaturalista.

Nell'*Esboço* spicca la presenza una parte generale. La parte geral distacca l'*Esboço* dal *Code Napoléon* e lo avvicina ai modelli germanici che si sarebbero concretizzati nel BGB¹⁰⁹. L'organizzazione sistematica del diritto civile elaborata da Teixeira de Freitas sarebbe stata influente fino ai nostri giorni. Una «parte geral» sarebbe stata inserita, infatti, in tutti i progetti di codificazione succedutesi fino alla caduta dell'Impero e durante la Repubblica, con una sola eccezione¹¹⁰; nello stesso codice civile del 1916, che recepì anche un certo numero di disposizioni dell'Abbozzo¹¹¹; nel codice civile del 2002, sia pure dopo qualche perplessità sull'opportunità di mantenerla¹¹².

Teixeira de Freitas scrisse una frase estremamente significativa del valore che attribuiva alla sistemazione del diritto: «sem definir, sem distinguir, sem dividir, nunca me foi possível formular a parte imperativa das materias».

¹⁰⁶ *Consolidação das Leis Civis, Introdução*, XLVI.

¹⁰⁷ *Consolidação das Leis Civis, Introdução*, XLVI, n. 57, dove si sottolinea che «Em França os professores não podem alterar no ensino o methodo dos Codigos. A unica Obra, em que o Direito Civil Francez accomoda-se em divisões diferentes é a de Zachariae, escriptor allemão de grande merecimento. Ultimamente foi essa Obra reduzida por Massé e Vergé a ordem do Codigo. Nunca approvaremos, que no ensino da legislação codificada altera-se a ordem de materias, como recentemente, quanto ao nosso Cod. do Proc. Crim., fizera um Professor da Faculdade de S. Paulo».

¹⁰⁸ G. TUCCI, *Usura e autonomia privata nella giurisprudenza della Corte di Cassazione*, in *Giur. it.*, 2001, p. 680 ss.

¹⁰⁹ JOSÉ CARLOS DE MATOS PEIXOTO, *A Codificação*, cit., p. 9.

¹¹⁰ Nel 1939, durante la dittatura di Getúlio Vargas, la Commissione incaricata dal governo di redigere un nuovo codice civile, invece di impostare la riforma del codice civile secondo i canoni della *popularização* del diritto privato, scelse una prospettiva di continuità con la tradizione, ma, nonostante questo, fu proposta l'abolizione della parte generale. Richiamando le critiche e le perplessità che l'*Allgemeiner Teil* del BGB aveva suscitato nella stessa Germania, la Commissione ritenne la parte geral opera eccessivamente teorica tale da rendere «difficile l'insegnamento e la comprensione immediata del significato delle norme giuridiche» sicché, in definitiva, la «sua riduzione o soppressione» sarebbe stata una «opera di realismo». Cfr. OROZIMBO NONATO, FILADELFO AZEVEDO, HAHNEMANN GUIMARÃES, *A reforma do código civil*, in *Revista Forense*, 1941, p. 567 ss.

¹¹¹ PONTES DE MIRANDA, *Fontes*, cit., p. 93 conta 189 disposizioni dell'*Esboço* transitate nel codice civile del 1916.

¹¹² Essa venne considerata o un fattore di appesantimento e un'opera puramente teorica eliminabile senza rimpianti oppure una irrinunciabile fucina di principi fondamentali destinati a ispirare la

Se si compara la «parte geral» dell'*Esboço* con l'*Allgemeiner Teil* del codice civile tedesco, le differenze prevalgono sulle concordanze: la «parte geral» è più estesa e manca della figura del negozio giuridico, categoria centrale del BGB, che sarebbe stato regolato, ma non definito dal codice civile del 2002¹¹³. A sua volta, la parte generale del BGB contiene la disciplina di materie non previste da de Freitas, ossia l'esercizio dei diritti, l'autotutela e le prestazioni di garanzie, mentre esclude dai fatti giuridici il luogo e il tempo. Nel luogo e nel tempo, disciplinati nel «Título preliminar», sono collocati, invece, persone, beni e fatti¹¹⁴, che sono le categorie fondamentali presenti anche nella parte generale del BGB. Alla successione di persone, beni e fatti della parte generale corrisponde, nella parte speciale, la disciplina, anche se incompleta, dei diritti personali e dei diritti reali secondo una scansione di cui terrà conto il codice civile del 1916¹¹⁵, i cui elementi architettonici, nei limiti in cui si può dare rilievo a questo dato, rispecchiavano i rapporti di una società che da relativamente poco tempo aveva abolito la schiavitù, era appena agli

disciplina della parte speciale e a guidare l'interprete soprattutto nell'applicazione della parte generale. Ha espresso il primo punto di vista ORLANDO DE CARVALHO, *A teoria geral da relação jurídica – seu sentido e limites*, Centelha, Coimbra, 1981, p. 60, il quale segnalava anche il rischio che l'astrazione del soggetto della relazione giuridica, considerato un mero elemento del rapporto di diritto civile, concorresse alla «reificazione e disumanizzazione del sistema». Ha sostenuto l'opposto punto di vista LUIZ ROLDÃO DE FREITAS GOMES, *Inovações da parte geral do projeto do código civil*, in *Revista Doutrinária*, 2001, p. 21.

¹¹³ JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *O novo código civil brasileiro: principais inovações na disciplina do negócio jurídico e suas bases romanísticas*, in Atti del congresso internazionale «il nuovo codice civile del Brasile e il sistema giuridico latinoamericano», in *Roma e America. Diritto romano comune*, 2003, n. 16, p. 11 ss.

¹¹⁴ Ritenendo provvisoria la classificazione delle «cause produttrici di diritti» fatta nella *Consolidação*, de Freitas vi aggiunse i fatti. Egli sostenne che *os factos* «podem ser actos humanos e podem ser também factos exteriores em que a vontade não tem parte». Preferiva il termine «factos exteriores» all'espressione «factos naturais» e alla denominazione «factos accidentais». Come sottolinea ORLANDO DE CARVALHO, *Teixeira de Freitas e a unificação do direito privado*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 125, nota 56, Teixeira de Freitas trasse questo schema dalle opere del giurista tedesco Ferdinand Mackeldey. Sulla figura del giurista tedesco e sulle opere di questi consultate dal giurista brasiliano, K. LUIG, *La pandettistica*, cit., p. 298 ss.

¹¹⁵ Per l'impostazione di Beviláqua, vicina a quella di Teixeira de Freitas, la distribuzione delle materie seguiva un ordine logico che andava dal generale al particolare, dai principi alle applicazioni pratiche: ai libri delle persone, dei beni e dei fatti giuridici corrispondevano, nella parte speciale, secondo una corretta sequenza, i libri destinati rispettivamente alla famiglia e dunque alla trama delle relazioni fondamentali che coinvolgono le persone fisiche, ai diritti reali, cioè ai diritti che cadono sui beni, alle obbligazioni e ai contratti, e, infine alle successioni quali strumenti di trasmissione *inter vivos* o *mortis causa* della ricchezza, Cfr. A. CALDERALE, *Diritto privato e codificazione in Brasile*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 87.

albori della società industriale e organizzava un mercato fondato sull'autonomia dei singoli attori e sulla proprietà privata¹¹⁶.

Distinguendosi dai codici di stampo casistico come il codice generale prussiano, l'*Esboço*, nella «parte geral», tende a tradurre l'articolata realtà economico-sociale in definizioni coniate coi termini generali mutuati dalla cultura giuridica e prevalentemente dalla Pandettistica¹¹⁷. Per esempio, la distinzione tra persone fisiche e persone giuridiche¹¹⁸ è legata al dato dell'esistenza visibile o invisibile, che riprende il serrato dibattito sulla soggettività del diritto e la polemica realtà-finzione relativa agli enti collettivi e le fondazioni¹¹⁹. Esprime l'esigenza di sistemare nel tempo e nello spazio persone e beni la disciplina dell'esistenza prima della nascita (arts. 53-61 e 221-233) e dei momenti iniziali della persona giuridica (arts. 284-316). In questo quadro, l'art. 153 definisce «pessoas» coloro che «não sendo ainda nascidas, acham-se, porém, já concebidas no ventre materno» e quindi attribuisce loro la capacità giuridica. La disposizione in parola si distanzia, pertanto, dal diritto romano, secondo il quale durante la gestazione il figlio non era ancora una creatura umana, e opta per la soluzione del codice della Prussia per cui «i diritti comuni all'umanità appartengono ai figli non ancora nati a partire dal momento del concepimento» (cfr. la nota all'art. 221). Riflettono la rilevanza dei molteplici «stati personali» nella società dell'epoca le disposizioni relative alla capacità di minori (arts. 62-77), alienati mentali (arts. 78-100), sordomuti (arts. 101-106), donne coniugate (arts. 130-131), commercianti falliti (arts. 132-134) e religiosi (arts. 135-138).

Tra i «modos particulares de existir nas relações de família» si trovano disciplinati la parentela (arts. 150-168), l'affinità (arts. 159-165) e il regime della parentela illegittima (arts. 166-174). Quest'ultimo dato è «interessante»¹²⁰ e si spiega con la necessità di accettare il «fruto de uma conduta repreensível» attribuendo al «parentesco ilegítimo» alcuni effetti civili, ma senza equiparare figli legittimi e figli naturali secondo le regole del diritto romano e delle Ordinanze filippine (cfr. la nota all'art. 166). In quest'ordine di idee, teso a privilegiare la famiglia fondata sul matrimonio, va ricordato che, nella parte speciale, la dichiarazione giudiziale di paternità viene

¹¹⁶ ORLANDO GOMES, *Raízes Históricas*, cit., p. 31 ss.

¹¹⁷ P. RESCIGNO, *La «parte generale» del codice civile nell'Esboço di Teixeira de Freitas*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 343.

¹¹⁸ JOSÉ LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, *A teoria das pessoas no Esboço de Teixeira de Freitas. Superação e permanência*, in S. SCHIPANI (a cura di), *op. ult. cit.* p. 347 ss.

¹¹⁹ Una sintesi delle varie posizioni della dottrina dell'epoca è in G. MENOTTI DE FRANCESCO, *Persona giuridica (Diritto privato e pubblico)* voce del *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. XII, Utet, Torino, 1965, p. 1036 ss.

¹²⁰ P. RESCIGNO, *La «parte generale»*, cit., p. 344.

ammessa non solo nel caso di stupro e ratto della donna all'epoca del concepimento, ma anche nell'ipotesi in cui il soggetto «que se reputar filho» agisca per ottenere gli alimenti (art.1.594).

Riprendendo tutte le classificazioni della dottrina elaborate in chiave normativa, le cose, ossia tutti gli oggetti materiali suscettibili di «medida de valor» (art. 317)¹²¹, sono minuziosamente definite in relazione alle persone, pubbliche o private, alle quali possono appartenere: vengono distinte le cose mobili e immobili, quelle in commercio e fuori commercio, le cose fungibili e infungibili, consumabili e inconsumabili, principali e accessorie con la disciplina delle pertinenze e dei frutti¹²². La classificazione precede la specifica disciplina contenuta nella «parte especial». Adottata dal giurista baiano in relazione ad un ambiente segnato da non rapidi né frequenti mutamenti di ricchezza, questa tecnica viene generalmente respinta dai legislatori moderni alle prese, invece, con i repentini mutamenti dell'economia¹²³, che impediscono di fissare un elenco duraturo dei beni rilevanti.

Nei fatti sono compresi «todos os acontecimentos susceptíveis de produzir alguma aquisição, modificação ou extinção de direitos» (art. 431) e, quindi, in primo luogo, gli atti volontari, leciti o illeciti. Ciò spiega perché sia stata inserita nella *parte geral* la considerazione dell'illecito¹²⁴, che, in altre esperienze, è collocata fuori di essa¹²⁵, una impostazione particolare confermata dal codice civile del 2002¹²⁶.

¹²¹ Seguendo il diritto romano, non sono considerate cose le *coisas incorpóreas* (cfr. nota all' art. 317) e, allontanandosi da esso, anche le *res communes omnium*, come, per esempio, il mare (art. 318). La ragione è che le cose materiali comuni e inesauribili non possono essere giuridicamente rilevanti in quanto sono prive di valore di scambio e sono dotate solo di valore d'uso (cfr. la nota all'art. 318).

¹²² Si veda la *Secção II* del I libro.

¹²³ P. RESCIGNO, *La «parte generale»*, cit., p. 344.

¹²⁴ L'art. 828 dice che il danno risarcibile consiste nell'ingaggiare ad alcuno un pregiudizio suscettibile di valutazione pecuniaria o direttamente alle cose di sua proprietà o in suo possesso o detenzione ovvero indirettamente per il male fatto alla sua persona o ai suoi diritti e facoltà. Questa disposizione dà forma alle idee contenute nella *Consolidação, Introdução*, CXIV ss., secondo cui l'illecito si fonda sulla violazione di un diritto individuato, di volta in volta, nella sfera dei diritti della personalità o della proprietà. Nell'area della proprietà è compresa anche titolarità dei diritti di credito e dei diritti personali nelle relazioni familiari. Sottolinea la modernità di queste idee con riguardo alla evoluzione della responsabilità civile, per esempio, riguardo alla risarcibilità dei diritti di credito, A. BURDESE, *La distinzione tra diritti personali e diritti reali nel pensiero di Teixeira de Freitas*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 316.

¹²⁵ P. RESCIGNO, *La «parte generale»*, cit., p. 344.

¹²⁶ Nel titolo III del libro terzo della parte generale è scritta la disciplina degli atti illeciti (arts. 186-188). Cfr. G. JUDICA, *Profili della responsabilità extracontrattuale secondo il nuovo código civil brasileiro*, in A. CALDERALE (a cura di), *Il nuovo codice civile brasileiro*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 294 ss.

Negli atti volontari (art. 437), vengono inquadrati gli atti giuridici¹²⁷, corrispondenti a quelli che la Pandettistica chiamava negozi giuridici, categoria che quindi non entra nell'*Esboço*¹²⁸. Per la mancata recezione della figura negoziale, l'*Esboço* registra la più significativa distanza dalle costruzioni tedesche e presta una sostanziale adesione alle categorie consacrate dal *code civil*¹²⁹.

Il più significativo esempio di fedeltà alla tradizione è l'accoglimento della regola, tipica del diritto romano e presente nelle Ordinanze Filippine¹³⁰, che il trasferimento della proprietà impone la presenza della coppia *titulus acquirenti, modus acquirendi*¹³¹, quest'ultimo consistente, per i beni immobili, nella trascrizione nel *Registro Conservatório* «dos respectivos instrumentos públicos» (art. 3.809). Tale impostazione fu accompagnata da critiche severissime all'indirizzo di Antonio Luiz de Seabra che, nel suo progetto di codificazione in Portogallo, aveva accettato un meccanismo di passaggio della proprietà basato sullo scambio del consenso dei contraenti. Espressa dall'art. 1.138 del *code civil*¹³², questa norma di stampo naturalistico¹³³, era già stata presente nei *coutumes*¹³⁴ e, nella storia della codificazione civile brasiliana, sarebbe stata seguita solo da Joaquim Felício dos Santos, nei suoi «Apontamentos para o Projecto do Código Civil brasileiro» del 1881. Stabilizzando

¹²⁷ Quasi ossessionato dalla necessità di sistemare la materia, de Freitas confessò che questo compito costituiva la parte più delicata del suo lavoro. Cfr. *Esboço*, I, p. 230.

¹²⁸ JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *A formação romanística de Teixeira de Freitas e seu espírito invador*, in A. SCHIPANI (a cura di) *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 33.

¹²⁹ P. RESCIGNO, *La «parte generale»*, cit., p. 344.

¹³⁰ Il sistema di trasferimento della proprietà mediante *traditio* era previsto nel Livro 4, T. V, par. 1 e T VII delle *Ordenações*. Tuttavia, secondo A. RÖTHLISBERGER, *Traditionsprinzip und Konsensprinzip bei der Mobilienübertragung. Eine vergleichende Untersuchung zu den iberischen und lateinamerikanischen Kodifikationen*, Zürich, 1982, p. 18-20, il principio consensualistico era ricavabile non solo dalle stesse Ordinanze Filippine (Livro IV T. II e V), ma anche dalla traduzione portoghese delle *Siete Partidas* del re D. Alfonso X, *el Sabio*, che disciplinavano minutamente «o direito das coisas» e servirono da modello al legislatore lusitano. Dal canto suo, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direitos Reais*, Livraria Petrony Lisboa, 1971, p. 236 ss. registra la prassi della «espiritualização» della *traditio*, fenomeno conosciuto da de Freitas. In questo scenario JOÃO BAPTISTA VILLELA, *Da Consolidação das leis civis*, cit., p. 330, ha sostenuto che la scelta del giurista bahiano fu il consapevole risultato di una forzatura interpretativa tesa a evitare la soluzione alla francese che egli avversava.

¹³¹ *Esboço*, arts 1.971, 3.809, 3.814.

¹³² *Nova Apostilla á censura do Senior Alberto Moraes de Carvalho sobre o projecto do Código Civil Portuguez*, Rio de Janeiro, 1859, dove si sottolinea l'incoerenza del sistema francese di trasferimento della proprietà dei beni in virtù della contraddizione della regola «possessione vale titolo» per i beni mobili e il trasferimento degli immobili mediante scambio del consenso.

¹³³ G. GORLA, *Il contratto*, I, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1 ss.

¹³⁴ G. STOLFI, *Appunti sul c.d. principio consensualistico*, in *Rivista di diritto commerciale*, 1977, p. 5 ss.

la proprietà dei beni nelle mani dell'acquirente anche prima del pagamento del prezzo, la disposizione francese era destinata a favorire la più rapida circolazione della ricchezza nel mercato, reclamata dalla classe borghese emergente¹³⁵. Invece, il giurista brasiliano la giudicò «perigosa» e «opposta á boa razão»¹³⁶ perché in grado di permettere trasferimenti di proprietà senza l'individuazione sicura del proprietario del bene, informazione che solo il possesso della cosa trasmette¹³⁷. Teixeira de Freitas era però, consapevole che, per conferire un'assoluta certezza delle transazioni, era necessario un sistema di registrazione delle proprietà assolutamente efficiente, come quelli che vigevano in Prussia, in Austria e in quasi tutti gli Stati della Germania¹³⁸. Nell'ambiente luso-brasiliano il sistema catastale era, invece, lacunoso¹³⁹. In Brasile, essendo curata la trascrizione da ufficiali pubblici assolutamente passivi, la semplice copia letterale o per estratto dei titoli di trasferimento della proprietà, non era in grado di fornire «provas de estado certo da propriedade»¹⁴⁰

¹³⁵ In argomento, M. VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Giappichelli, Torino, 1999.

¹³⁶ *Consolidação, Introdução*, CXXXV.

¹³⁷ *Consolidação, Introdução*, CXXXV e nota all'art. 909. Si vedano anche gli arts. 4.705, n. 1; 4.076 e 4.274, n. 2 dell' *Esboço*. In argomento, MUNIR KARAM, *O processo de codificação do direito civil brasileiro (da Consolidação de T. de Freitas ao projeto Beviláqua)*. *O sistema do Esboço*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 331 ss.

¹³⁸ *Consolidação, Introdução*, CXL.

¹³⁹ Il sistema dei registri immobiliari fu creato in Portogallo con Decreto del 26 ottobre 1836, seguito dal Decreto di attuazione del 3 gennaio 1837 per consentire la iscrizione delle ipoteche. Stando alle osservazioni di COELHO DA ROCHA, *Instituições de direito civil português*, Livraria Clássica Editor A. M. Teixeira, Lisboa, 1917, p. 635, quelle disposizioni davano vita a un sistema assai confuso e poco comprensibile, successivamente perfezionato dal legislatore. In Brasile, il registro delle ipoteche fu timidamente introdotto dall'art. 45 della «Lei Orçamentária» n. 317 del 21 ottobre 1843 e da successivi regolamenti emessi nel 1846 (Decreto n. 482), nel 1854 (Decreto n.1.318) e nel 1865 (Decreto n.3.453). Nella *Consolidação*, Teixeira de Freitas nella nota 24 all'art. 905, che imponeva a tutti i proprietari di far registrare le loro proprietà, si riferì ai registri disciplinati dal Regolamento 1.318 e osservò che il sistema produceva una semplice descrizione statistica delle proprietà e non «uma exacta conta corrente de toda a propriedade immovel do paiz» ed era quindi ben lontano dal catasto delle proprietà immobiliari, base del regime ipotecario tedesco. Fu il Regolamento n. 3.453 a creare il Registro geral per le iscrizioni non solo delle ipoteche convenzionali e legali, ma anche dei titoli coi quali si trasferiva la proprietà degli immobili o si costituivano su di essa jura in re aliena nonché a stabilire il valore dichiarativo della pubblicità degli atti di acquisto *inter vivos*, regola ribadita da successivi provvedimenti del legislatore. Per una rassegna di queste disposizioni WILSON DE SOUZA CAMPOS BATALHA, *Comentarios à lei de Registros Públicos*, Vol. I, 2ª edição, Forense, Rio de Janeiro, p. 28 ss. e per la storia dei registri M. M. DE SERPA LOPES, *Tratado dos Registros Públicos*, 3ª edição, Brasilia Juridica, Brasilia, 1955, opera della quale il terzo volume è dedicato ai registri relativi alla proprietà immobiliare.

¹⁴⁰ *Consolidação, Introdução*, CXLI

perché mancava il rigoroso controllo del titolo che avrebbe dovuto essere affidato «a uma magistratura, a Juizes que conhecessem da verdade dos actos e da sua forma»¹⁴¹. Poiché a ragione Teixeira de Freitas aveva previsto che «o systema cadastral é impossivel entre nós»¹⁴², questo dato avrebbe condizionato le regole sul trasferimento della proprietà degli immobili codificate da Clóvis Beviláqua nel senso che il *modus acquirendi* non sarebbe stato astratto rispetto al *titulus*, come nel BGB, ma causale e quindi la registrazione avrebbe prodotto solo una presunzione relativa di proprietà in capo all'acquirente¹⁴³.

Fedeli al diritto romano e distanti dalle soluzioni alla francese proposte da alcuni giuristi portoghesi furono, tra le altre, le norme che dichiaravano irrilevante l'errore di diritto (art. 456); consentivano la retrovendita (arts. 2.012 e 2.080-2.083), legittimavano il contratto di adozione (arts. 1.629-1.633), stabilivano la mora *ex re* (art. 935, in tema di interessi moratori nelle obbligazioni di pagare somme di denaro).

Nel campo del diritto di famiglia il rapporto con il diritto romano tradizionale risulta maggiormente articolato in quanto su alcuni punti l'*Esboço* contiene regole più vicine alla logica che reggeva la famiglia nucleare borghese affermatasi nell'Ottocento in Europa¹⁴⁴. Nel disciplinare i rapporti personali e patrimoniali tra i coniugi la tensione tra vecchio e nuovo diritto risulta particolarmente chiara. I rapporti personali e patrimoniali tra marito e moglie sono impostati nell'ottica dei diritti e delle obbligazioni reciproci che sorgono «desde o dia da celebração do casamento» (art. 1.299) e non più dal momento della «copula carnal depois da celebração solemne do matrimonio» come era stabilito nelle *Ordenações* (livro IV T XLVI § 1 e T XCIV e T XCV) per determinare il momento in cui nasceva la comunione dei beni. Ora, proprio questa innovazione dimostra che Teixeira de Freitas, abbandonando la tradizione che valorizzava il «méro contacto corporeo», fonda la famiglia sull'elemento spirituale e affettivo, secondo l'ottica tipica del matrimonio borghese, che sarà accolta nel codice civile del 1916¹⁴⁵. In questa nuova prospettiva, è vero che il «patriarcalismo domestico», ereditato dalla tradizione prevale nella configurazione concreta del rapporto coniugale, ma esso è mitigato

¹⁴¹ *Consolidação, Introdução*, CXLIV.

¹⁴² Nota all' art. 905 della *Consolidação*, che imponeva a tutti i proprietari terrieri di registrare le loro proprietà ai sensi dell'art. 34 del Reg. del 30 de Janeiro 1854 n. 1318.

¹⁴³ CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, *Instituições de Direito Civil*, Vol. IV, 13ª edição, Editora Forense, Rio de Janeiro, 1999, p. 90 ss.

¹⁴⁴ Sul punto si rinvia alla sintesi di GUILHERME DE OLIVEIRA, *Transformações do direito de família*, in A. CALDERALE (a cura di), *Il nuovo codice civile*, cit., p. 342 ss.

¹⁴⁵ G. FURGIUELE, *Rapporti personali fra coniugi da Augusto Teixeira de Freitas al código civil di Clóvis Beviláqua*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 391 ss.

da alcune innovazioni. In effetti, il marito è il capo della famiglia, il rappresentante «necessário» della moglie, il titolare di un «poder marital» sulla sua persona e sui beni della società coniugale (art. 1.300) che evoca la *potestas* riconosciuta al *pater familias* del diritto romano e si traduce anche nel diritto di negare gli alimenti alla donna che si rifiuta di coabitare con lui e nella possibilità di ricorrere alla forza pubblica per riportarla tra le mura domestiche (art. 1306), ma al suo potere sono posti dei limiti sconosciuti anche al *code civil*, punto di riferimento obbligato della materia. Infatti, la moglie può legittimamente rifiutarsi di coabitare col coniuge se ciò si traduca nel fondato pericolo di vita o di perdita della salute (art. 1.306), una disposizione che non sarà accolta dal codice civile del 1916, e, poiché incapace di atti di disposizione del patrimonio, si presume autorizzata ad acquistare i beni necessari al consumo domestico (art. 1.307). Di questa ultima disposizione si deve segnalare che configura il ruolo della donna come amministratrice esclusiva dell'economia domestica secondo il tipico schema della famiglia borghese del tempo¹⁴⁶.

Un notevole elemento di novità si registra nella disciplina della protezione dei minori rispetto agli atti di disposizione aventi natura patrimoniale¹⁴⁷: la tutela si attua attraverso la rappresentanza sicché, in dichiarata antitesi con l'art. 1.305 del *code civil* (nota all'art. 43), viene abolito il beneficio della *restitutio in integrum*, previsto dal diritto romano, in ossequio al principio *minor restituitur non tamquam minor sed tamquam laesus* e accolto dalle Ordinanze Filippine (libro I, T. LXXXVIII § XXVIII). Degna di nota è la ragione di questa scelta: la *restitutio in integrum* è «um privilégio irracional» perché rende «vacillante a confiança das aquisições» e mina «a certeza do direito de propriedade» (nota all'art. 43), una prospettiva lungimirante che sarà accolta dal codice civile del 1916¹⁴⁸.

Nel 1867 Teixeira formulò un piano più ambizioso di codificazione. Prima che in Europa sorgesse il movimento per l'unificazione del diritto privato¹⁴⁹, che in Italia porterà al codice civile del 1942, oggetto di contrastanti giudizi, il giurista brasiliano espresse l'opinione che la vigenza del codice di commercio desse vita a una «calamitosa duplicação de leis civis»¹⁵⁰. In questa prospettiva, egli propose la

¹⁴⁶ GUILHERME DE OLIVEIRA, *Transformações*, cit., p. 342.

¹⁴⁷ E. AUTORINO-P. STANZIONE, *Augusto Teixeira de Freitas e problemi di capacità dei minori*, in S. SCHIPANI (a cura di), *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 460 ss.

¹⁴⁸ Anche il codice civile portoghese del 1867 aveva abolito il beneficio in parola. Cfr. arts. 38 e 297.

¹⁴⁹ JOSÉ CARLOS MOREIRA ALVES, *A unificação do direito privado no Brasil*, in M. ROTONDI, *Inchiesta di diritto comparato*, III, Cedam, Padova, 1973, p. 353 ss.

¹⁵⁰ ORLANDO DE CARVALHO, *Teixeira de Freitas*, cit., p. 7 afferma che l'idea di unificare tutto il diritto privato era stata abbozzata dal giurista brasiliano già nel 1854 in una lettera indirizzata al

redazione di due codici: un *código geral* che, sovraordinato a tutta la legislazione e a tutti i rami del diritto, contenesse le definizioni degli istituti e le regole sulla pubblicazione, l'interpretazione e l'applicazione delle leggi e un *código civil*, che provvisto di una sua propria parte geral, nella quale la 'generalità' delle previsioni non ne rimuoveva il carattere normativo, fosse un codice unico di diritto privato, ossia disciplinasse il diritto civile e il diritto commerciale come preconizzato nell'*Esboço*. I due codici avrebbero risposto ad esigenze diverse. Nel codice generale «as leis que ensinam», nell'altro «as leis que mandam», ossia il codice generale per gli uomini di scienza, l'altro per il popolo¹⁵¹. Il dissenso con il Governo non poteva essere più radicale. Il 15 maggio 1869 lo rese esplicito il Ministro della Giustizia in una relazione all'*Assembleia Geral Legislativa*. Egli osservò che la forma popolare di legislazione, quella che rompe il monopolio della scienza e contribuisce a diffondere il diritto scritto, è senza dubbio il codice, ma che un codice civile non è soltanto opera di scienza e di talento brillante, è soprattutto un'opera di costumi, di tradizioni, in una parola, di civilizzazione di un popolo¹⁵².

5. Le opere didattiche

La proposta di un *código geral* non è spiegabile soltanto una ossessione sistematica di Teixeira de Freitas, frutto dell'attaccamento morboso ai risultati dei suoi studi approfonditi, ma anche con la sua convinzione che bisognava contribuire ad acculturare il ceto di giuristi, teorici e pratici, mediamente di livello non eccelso,

Ministro della giustizia Nabuco de Araújo, che ne aveva sondato la disponibilità ad impegnarsi nell'opera di consolidazione delle leggi dell'impero. Discutendo della futura codificazione, Teixeira de Freitas, riferendosi al futuro codice civile, scriveva: «Quando esse Código aparecer, devem forçosamente acompanhá-lo um Código de Comércio e um Código de Processo Civil, cessando a um só tempo toda a legislação actual, concernente a tais matérias. Se quisermos conservar o Código de Comércio, que temos, e seus Regulamentos sobre o processo, ficaremos agrilhoados, não poderemos fazer um bom Código Civil. O actual Código do Comércio é abundante, invadiu os domínios do Código Civil, e nós ou havemos de repetir ociosamente o que já está legislado, e mal legislado, ou havemos de omitir, e fazer um Código Civil incompleto. Se por amor ao que existe vamos apresentar um Código defeitoso, melhor é que nada façamos. Não se pode separar impunemente as partes de um corpo, que deve ser homogéneo; o Código do Comércio e do Processo Civil, são o mesmo Código Civil, são partes integrantes dele». Lo stesso ORLANDO DE CARVALHO, *op. ult. cit.*, osserva, a p. 9, che il tema dell'omogeneità del diritto privato anticipa di circa trenta quattro anni un argomento presente nel dibattito italiano sull'unificazione del diritto privato.

¹⁵¹ Cfr. la lettera del 20 settembre del 1867 pubblicata in MANUEL ALVARO DE SOUSA SÁ VIANNA, *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 179.

¹⁵² S. SÁ MEIRA, *Augusto Teixeira de Freitas*, cit., p. 370.

anche a causa dei ritardi del sistema universitario nazionale, e di prepararli ai compiti che un nuovo codice avrebbe loro richiesto. Sull'attività dei giudici la valutazione di Teixeira de Freitas non erastata particolarmente lusinghiera. Nella *Consolidação* egli aveva già segnalato alcune deficienze: «Nunca vi executar semelhante pena que é desconhecida em nosso Fôro»¹⁵³, «São rarissimas essas condemnações»¹⁵⁴. Inoltre, era consapevole che l'avvocatura era praticata da un gran numero di «provisionados»¹⁵⁵ e riteneva, per diretta esperienza, che diversi professori di diritto non potevano essere considerati di primissimo piano, tanto che i dibattiti più importanti non avvenivano prevalentemente nell'ambiente accademico, ma nel Consiglio di Stato¹⁵⁶ e nell'Istituto degli Avvocati Brasiliani.

Dunque, se in Portogallo e in Brasile giudici e professori si erano aggrovigliati nella difficile ricerca della *boa razão*, con esiti che, sulla scia di alcuni autori portoghesi¹⁵⁷ anche Teixeira de Freitas aveva giudicato negativamente¹⁵⁸, la presenza della Consolidazione e la prospettiva di un codice, come la stessa *Consolidação*, sistematicamente strutturato, all'interno del quale gli operatori giuridici avrebbero potuto trarre le regole da applicare mediante l'interpretazione, richiedeva un radicale

¹⁵³ Nota all'art. 675, che sanzionava il conduttore che avesse preso pegni dal conduttore adempiente al pagamento del canone.

¹⁵⁴ Nota all'art. 826, relativo alla condanna del creditore che avesse convenuto in giudizio il debitore chiedendogli più di quanto gli spettasse.

¹⁵⁵ Si rinvia alla nota 11.

¹⁵⁶ J. REINALDO LIMA LOPES, *O oráculo de Delfos: o Conselho de Estado no Brasil-Império*, Saraiva, Rio de Janeiro, 2010.

¹⁵⁷ JOSÉ HOMEM CORRÊA TELLES, nella prefazione alla prima redazione del suo *Digesto Portuguez*, rimasta inedita, aveva affermato: «Depois da famosa L. de 18 de Agosto de 1769, que nova seara de questões forenses sobre se a Lei Romana hé ou não fundada na boa razão! E isto assim, porque o determinar as Longitudes no meio do Oceano não hé mais difficil do que o fixar as características da *boa* e da *má razão*! Devemos confessar que as Leys Romanas contem doutrinas preciosas[...] mas o estudo dellas deve pertencer aos legisladores, para entre ellas, e as diversas interpretações dos Expositores, escolherem o mais proveitoso. Deixai-as ellas nas mãos dos Juizes e Advogados, com liberdade de julgarem e conselharem por ellas; os povos são victimas da preguiça do Legislador, arruinando-se com processos, que se terião evitado com Leis Nacionaes terminantes».

Nel 1848, MANUEL ANTÓNIO COELHO DA ROCHA, *Instituições*, cit., tomo I, Nota B al § 43. affermò: «Mas deixando a todos a liberdade de julgar da boa razão das leis romanas, os juizes, para decidirem na maior parte dos negocios da vida civil, ficaram desligados de lei positiva, abandonados aos principios geraes do direito natural, de que o legislador mesmo não tinha podido dar idéa exacta; e por conseguinte precipitados na arbitrariedade». In argomento, G. BRAGA DA CRUZ, *O direito subsidiário*, cit., p. 307 s.

¹⁵⁸ Cfr. *Consolidação*, XXXII, «A famosa Lei de 18 de Agosto 1769, que deu largas ao arbítrio com o título de 'boa razão', o outro subsídio dos 'estilos e costumes'; tudo concorreu para que os nossos juristas carregassem suas obras de materiaes estranhos, ultrapassando mesmo as raias dos casos omissos».

cambiamento del tradizionale modo di lavorare dei giuristi e una dilatazione dei poteri della giurisprudenza che non era stata prevista nei programmi illuministici¹⁵⁹. Con questo intendo didattico Teixeira de Freitas pubblicò una serie di lavori di diverso spessore. Rendendo più radicata l'influenza del diritto portoghese tra i giuristi teorici e pratici, Teixeira de Freitas commentò una serie di opere di autori lusitani: la «Doutrina das Acções» di Corrêa Telles, le «Primeiras Linhas sobre o Processo Civil» di Pereira Pinto e il «Tratado dos Testamentos e Successões» di Gouveia Pinto¹⁶⁰.

Verso gli ultimi anni della sua attività e della sua vita pubblicò il «Prontuário das Leis Civis», nel 1876, le «Regras de Direito», nel 1882, e, l'anno seguente, il «Vocabulário Jurídico» e il «Formulario dos Contractos e Testamento».

Inspirato al programma di formazione di una biblioteca *de libris auxiliaribus* formulato da Francis Bacon¹⁶¹, il «Prontuário das Leis Civis» è «uma publicação toda popular», collegata alla *Consolidação* perché, mediante *summulae* disposte in ordine alfabetico, consente all'operatore del diritto di trovare «a Lei, ou outra fonte, que tenha de citar em fundamento da pretenção, ou da decisão», ma avvertendo che «quem estudar, quem tiver dúvidas interpretativas, mais de espaço recorrerá ao manancial do trabalho», ossia alla *Consolidação*.

Osservando che il *Digesto* «com razão» termina con il «título 17 consagrado ás Regras de Direito», Teixeira de Freitas collega le «Regras de Direito» alla tradizione del diritto romano e si inserisce in una esperienza di pubblicazioni dello stesso tipo relativamente fiorente in America Latina dopo l'indipendenza. Allo scopo di «vulgarizar entre nós as Regras de Direito», il libro contiene un'ampia selezione di 'regole', cioè formulazioni brevi e interpretative di certi testi, disposte in ordine alfabetico e tratte dalle opere di tre autori portoghesi, Símão Vaz Barbosa Lusitano (1591-1681), Filippe José Nogueira Coelho (sec. XVIII), José Homem Corrêa Telles (1780-1849), e di un autore francese, André-Marie Jean-Jacques Dupin (1783-1865). A volte, le regole riprodotte sono commentate da Teixeira de Freitas con riferimenti ad altri giuristi o con sue stesse parole e con rinvii a norme dell'ordinamento brasiliano o di ordinamenti stranieri¹⁶².

¹⁵⁹ C. PECORELLA, *Consolidazione*, cit., p. 226.

¹⁶⁰ SÍLVIO MEIRA, *O jurisconsulto*, cit., p. 76.

¹⁶¹ Indaga con grande raffinatezza i nessi tra l'opera del filosofo inglese e il lavoro di Teixeira de Freitas, S. SCHIPANI, *Il 'método didáctico'*, cit., p. 547 s.

¹⁶² S. SCHIPANI, *Il 'método didáctico'*, cit., p. 549 ss.

6. Teixeira de Freitas fra fisiocrazia e diritto

Se l'idea di un codice generale è collegata alla vocazione didattica di Teixeira de Freitas, nobilitata dalle frequentazioni delle *Institutiones* di Gaio, testo didattico per eccellenza¹⁶³, quella di unificare il diritto privato è espressione della sua diffidenza verso la nascente borghesia imprenditoriale. Secondo il giurista baiano, infatti, era per continuare in qualche modo la speculazione colonialistica¹⁶⁴ che essa godeva di disposizioni eccezionali¹⁶⁵ racchiuse nel codice di commercio, fatte osservare da una magistratura speciale, destinate a favorire la «fortuna mais duvidosa e inescrupulosa» legata alla «destruição creadora» del capitalismo e inapplicabili all'agricoltura, il cui sviluppo egli riteneva «o mais importante problema a resolver»¹⁶⁶.

Chiaramente espresse nella parte della *Consolidação* dedicata alle «relações economicas», le idee di Teixeira de Freitas spiegano l'avversione per il sistema degli «atti di commercio», introdotto dal *código comercial* del 1850 sulla scia del codice di commercio francese del 1807. Tale contrarietà si manifestò anche nella costruzione teorica perché gli atti di commercio rimasero estranei alla bipartizione persone-cose in quanto non inquadrabili in queste categorie generali. Ora, è appena il caso di ricordare che il codice civile del 2002 ha unificato il diritto privato realizzando l'antico progetto del giurista bahiano, ma in un contesto economico profondamente diverso nel quale, tra l'altro, spicca la centralità dei mercati finali e quindi delle relazioni di consumo.

Nel frattempo, il codice civile del 1916 respinse l'impostazione di Teixeira de Freitas in quanto Clóvis Beviláqua, perfettamente informato del dibattito animato in Italia da Cesare Vivante¹⁶⁷, era convinto che la fusione della normativa fosse prematura perché la classe dei «negociantes» necessitava ancora di disposizioni che, senza costituire un privilegio, favorissero la circolazione della ricchezza e la sua accumulazione e fossero separate da quelle del codice civile, chiamate non solo a regolare materie più strettamente legate alla tradizione nazionale quali il diritto di famiglia e quello delle successioni, ma anche a disciplinare la ricchezza acquisita e la sua conservazione, chiaro riferimento alla proprietà fondiaria¹⁶⁸.

¹⁶³ S. SCHIPANI, *Il 'método didáctico'*, cit., p. 533 ss.

¹⁶⁴ ORLANDO DE CARVALHO, *Teixeira de Freitas*, cit., p. 12 s.

¹⁶⁵ *Consolidação, Introdução*, XXXIX, CXXIII, n. 312: «tal é a razão desses Códigos especiais, separados dos Códigos Civis, que contêm o Direito Comercial: isto é, excepções, favores, e liberdades, em prol do comércio».

¹⁶⁶ *Consolidação*, CLXXIII.

¹⁶⁷ A. CALDERALE, *La circolazione*, cit., p. 203 s.

¹⁶⁸ C. BEVILÁQUA, *Em defeza*, cit., p. 31 ss.

Rivelate dalla propensione a svalutare l'importanza della proprietà mobiliare di fronte a quella immobiliare¹⁶⁹; dall'auspicio che il credito, assistito da un solido sistema di garanzie reali, fosse destinato essenzialmente al finanziamento della proprietà fondiaria allo scopo di sviluppare il settore agricolo¹⁷⁰; dall'ostilità per l'attività di speculazione sugli immobili¹⁷¹; da una costruzione della «libera volontà»,

¹⁶⁹ Si vedano le considerazioni sulla svalutazione dei beni mobili come oggetto di «domínio» (*Mercis appellatio ad res mobiles tantum pertinet*, in *Consolidação, Introdução*, LIII, n. 9). Tale svalutazione si fondava su alcune riflessioni sulla natura stessa dei beni mobili e sulla considerazione di alcuni dati giuridici a essi inerenti, ossia su una concezione fisica del domínio, su una certa confusione tra *jus in re* ed *actio in rem* e quindi sulla esaltazione dell'impraticabilità dell'azione di rivendica quando si tratta di beni confondibili con altri (n. 86), sulla possibilità di sottrazione e di furto (n. 77) e di deterioramento (n. 80), sulla particolare disciplina dei beni fungibili (in caso di mutuo e quasi-usufrutto, n. 82), sul numero inferiore di iura in re aliena incidenti su di essi (LIII s). Dunque, Teixeira de Freitas concludeva che i beni mobili, soggetti a sottrazione, senza sede fissa, suscettibili di circolazione rapida, di facile deterioramento, alcuni consumabili immediatamente con l'uso, trattabili molte volte come genere e non come specie, determinabili come quantità astratte e sostituibili con altre cose omogenee capaci di svolgere la medesima funzione, sfuggono in gran parte alla categoria e agli effetti dei diritti reali, mentre i beni immobili – *solum et res soli* – costituiscono «*a propriedade por exelência*» e sono la vera espressione dei diritti realiper la loro naturale consistenza, i loro attributi particolari, i vantaggi che offrono (*Consolidação, Introdução*, LIII, LIV).

¹⁷⁰ Dopo aver individuato nel credito «o poderoso motor» della «*contínua rotação dos capitais*» e riconosciuto il ruolo centrale svolto dal commercio e dall'industria nella vita economica, assegnava al credito destinato a queste attività un ruolo secondario e lo classificava come «*crédito pessoal*», inquadrandolo nel diritto delle obbligazioni (*Consolidação, Introdução*, CXXII ss). Da esso distingueva ciò che definiva «*crédito real*», indipendente dalla persona del creditore e avente ad oggetto la «*propriedade imóvel*», che compete con gli altri iura in re aliena (*Consolidação, Introdução*, CXXII). A causa della identificazione della garanzia reale con la garanzia fondiaria svalutava, come fonte di garanzia del credito, non solo la proprietà di titoli, merci, materie prime, stabilimenti costituenti il capitale circolante della impresa i crediti e gli altri diritti, ma anche il pegno quale *ius in re*. In coerenza con questa impostazione non riconosceva che, in un periodo di scarsa industrializzazione dell'agricoltura, la proprietà della terra interessava il creditore solo come garanzia dei suoi crediti contro il *dominus soli* e allo stesso proprietario come mezzo di produzione per il commercio e non per il consumo. Per questo criticava gli economisti che, non avendo visto niente altro che la produzione della ricchezza, distinguevano la circolazione produttiva o attiva dalla circolazione passiva o di consumo e valutavano quest'ultima pernicioso in quanto distruggeva i capitali. In questo scenario, Teixeira de Freitas sottolineava che il credito reale poteva essere efficacemente garantito non solo da ipoteca su *solum et res soli*, ma anche attraverso l'alienazione, nel che può scorgersi un certo favore per l'alienazione fiduciaria in garanzia. Su questi temi, ORLANDO DE CARVALHO, *Crítério e estrutura do estabelecimento comercial* I. *O problema da empresa como objecto de negócios*, Atlântida Editora, Coimbra 1967, n. 13.

¹⁷¹ Essendosi appoggiato al dato che l'art. 191 del codice commerciale contemplava la vendita degli immobili tra le operazioni commerciali (*Consolidação, Introdução*, LIII, nota 79) Teixeira de Freitas si scagliò con veemenza contro 'i nuovi alchimisti' che credevano di aver scoperto una nuova pietra filosofale mutando pezzi di terra in denaro. Egli espresse la convinzione che mobilitare «o

condizione assoluta per la regolarità del traffico giuridico, tale da sfavorire i candidati debitori e, quindi, a svantaggiare in concreto le classi mercantili¹⁷², le simpatie fisiocratiche di Teixeira de Freitas non coglievano i sia pur lenti cambiamenti economici della società brasiliana. La sua impostazione, infatti, gli impediva di apprezzare l'importanza della nascita dei primi nuclei di borghesia industriale, favoriti dal codice di commercio e apparsi in quegli anni sul mercato con il sostegno dello Stato¹⁷³. Teixeira de Freitas approvò, invece, gli esiti del lungo e tormentato processo di appropriazione delle terre pubbliche da parte dei privati¹⁷⁴, iniziato già ai tempi della Conquista, e portato a compimento dalla legge 18 settembre 1850, n. 602¹⁷⁵ e, per così dire, ne consacrò gli esiti con una disposizione, l'art.

crédito do solo» era operare nei limiti del possibile e del giusto, era dotare di una risorsa immensa gli intelligenti sforzi del lavoro agricolo (*Consolidação, Introdução*, CXXII, n. 311). Si trattava, però, di una prospettiva completamente utopica nel quadro dello sviluppo capitalistico del Paese, com'è dimostrato dalla stessa evoluzione legislativa, perché nel 1882 si ammise «la commercializzazione degli immobili» e la borghesia urbana e finanziaria, già favorita dalla vendita dei beni demaniali, non tardò ad acquistare le terre dei latifondisti e a dedicarsi alla produzione e al commercio del caffè.

¹⁷² Nell'*Esboço*, questa impostazione si era tradotta in una disciplina dei vizi dell'atto giuridico tesa a far prevalere la volontà pressoché in ogni caso di divergenza con la dichiarazione. In questa prospettiva, per l'art. 465, l'ignoranza e l'errore di fatto essenziali sono rilevanti ai fini dell'annullabilità, come pure il dolo e la violenza, senza alcun riguardo per l'affidamento incolpevole dell'altro contraente o del terzo.

¹⁷³ Verso il 1850, si verificarono i primi tentativi di creare un mercato del lavoro, della terra e dei capitali. Poiché lo sviluppo dell'economia necessitava del miglioramento della rete dei trasporti, vennero costruite diverse linee ferroviarie nel Nord-Est, soprattutto nel Pernambuco, nel Centro-Sud, essenzialmente in Minas Gerais, a São Paulo e nella valle del Paraíba. Tali iniziative avevano lo scopo di facilitare il commercio dello zucchero e del caffè, congiungendo i luoghi di produzione ai porti. Gran parte del capitale per queste costruzioni fu inglese e assunse la forma dell'investimento diretto o del prestito, mentre un'altra parte era brasiliana e derivava dai profitti del commercio degli schiavi formalmente abolito nel 1831, ma effettivamente sconfitto solo venti anni dopo. In questo scenario si colloca uno dei primi interventi dello Stato a favore delle imprese, secondo una linea di intervento pubblico nell'economia che, come notava T. ASCARELLI, *Sguardo sul Brasile*, cit., p. 57, sarebbe rimasta una costante della storia brasiliana. Un decreto del giugno 1852 concesse alle imprese che avessero collegato la Corte reale, in Rio de Janeiro, ai punti più convenienti delle province del Minas Gerais, di São Paulo e di Rio de Janeiro il «privilegio de zona» e la «garantia de Juros». La prima agevolazione proibiva a qualunque altra impresa ferroviaria di operare a meno di trenta chilometri misurati da ciascun lato della linea costruita. La seconda assicurava agli imprenditori un certo margine di profitto nel caso in cui l'iniziativa avesse prodotto utili. Su tali vicende, B. FAUSTO, *História*, cit., p. 197; CELSO FURTADO, *La formazione economica*, cit., p. 199.

¹⁷⁴ *Consolidação*, cit., art. 905 e note.

¹⁷⁵ E. VIOTTI DA COSTA, *Da Monarquia à República, Momentos Decisivos*, Editora UNESP, Rio de Janeiro-São Paulo, 1994.

4071 dell'*Esboço*¹⁷⁶. Dedicato alla definizione del diritto di proprietà sulle cose mobili o immobili, l'art. 4071 era incentrato sull'assolutezza e intangibilità dei poteri del proprietario, titolare di un «dominio perfeito» (arts. 4.071 e 4.072¹⁷⁷), in modo più radicale dell'art. 544 del *code civil*¹⁷⁸ e, quindi, simboleggiava la scelta di Teixeira de Freitas di incarnare gli interessi e le aspirazioni essenzialmente dei latifondisti. Coerente con questa impostazione è anche la timida disciplina dei contratti destinati a regolare i rapporti di produzione in agricoltura. Nelle scarse disposizioni dedicate alla locazione dei fondi rustici (art. 2.549-2.553), mancando il richiamo alla destinazione produttiva del fondo, il contratto era considerato come un semplice strumento di collocazione della proprietà sul mercato a scopo di profitto con la conseguenza che le tutele del conduttore erano ridotte¹⁷⁹, una logica che sarebbe stata esaltata dal codice del 1916 con la previsione della libertà del proprietario di trasferire il fondo a terzi senza che il contratto di locazione fosse fatto salvo (art. 1.197). Nella *Consolidação*, c'era stato anche un cenno alla parceria (art. 653), ossia al contratto, diffuso soprattutto nel settore della coltivazione dello zucchero¹⁸⁰, col quale l'arrendatario, il conduttore, si obbligava a coltivare il fondo e a dividerne i frutti con il proprietario, per cui, aveva spiegato Teixeira de Freitas, il contratto «participa de natureza do contracto de sociedade» (nota 4 all'articolo 653).

¹⁷⁶ Art. 4071. *Domínio (direito de propriedade sobre coisas)* é o direito real, *pépetuo ou temporário* de uma só pessoa sobre uma coisa própria (art. 3.704, n. 1), móvel ou imóvel (articolo 387 a 410), com todos os direitos sobre sua substância e utilidade, ou sómente sobre sua substância, ou sómente sobre sua substância com algum sobre sua utilidade.

¹⁷⁷ Art. 4072. *Domínio perfeito* (art. 4701) é o direito real *perpétuo* de uma só pessoa sobre uma coisa própria (art. 3.704, n. 1), móvel ou imóvel (artigo 387 a 410), com todos os direitos sobre sua substância e utilidade.

¹⁷⁸ Art. 544. La propriété est le droit de Jouir et disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on n'en fasse un usage prohibé par la loi ou par les règlements.

¹⁷⁹ Si veda l'art. 2.552 sulla impossibilità del conduttore di liberarsi dal contratto o di esigere la remissione totale o parziale del canone in caso di eventi fortuiti ordinari o straordinari come inondazioni etc.

¹⁸⁰ La *parceria* si diffuse in Brasile nel secolo XVII per regolare il rapporto tra il «senhor do engenho» e il lavoratore del campo per la coltivazione e la trasformazione della canna da zucchero. In origine veniva stipulato verbalmente un accordo per il quale il «senhor do engenho» concedeva un terreno di sua proprietà e si obbligava a macinare la canna da zucchero che l'agricoltore vi avrebbe prodotto. Il prodotto veniva diviso a metà più un quinto al «senhor do engenho» in quanto proprietario dei macchinari. La durata minima del contratto era di nove anni, con un termine di preavviso di un anno. Allo spirare del contratto il parceiro era tenuto a lasciare piantato un certo numero di canne da zucchero affinché venisse assicurata la continuità della produzione. Cfr. P. PORRU, *Analisi*, cit., p. 139 ss.

D'altro canto, all'interno dello stesso settore dell'agricoltura, Teixeira de Freitas dimostrò di sottovalutare gli interessi della classe dei proprietari terrieri dediti non solo alla coltivazione, ma anche alla commercializzazione del caffè e quindi interessati a mantenere il binomio diritto civile-diritto commerciale. I produttori di caffè, uomini che legarono costantemente gli interessi della produzione a quella della commercializzazione del prodotto sui mercati soprattutto internazionali, avrebbero presto sostituito alla guida dell'Impero i produttori di zucchero. Infatti, questi ultimi erano stati abituati a dirigere la produzione, ma a disinteressarsi della commercializzazione, monopolio di gruppi residenti in Portogallo o in Olanda, e perciò, colpiti dalla crisi del settore verso la metà dell'Ottocento¹⁸¹, si sarebbero presto ridotti a reinters oziosi, inseriti in un ristretto ambiente rurale la cui espressione finale sarebbe stato il patriarcato bonaccione del Nord-Est.

¹⁸¹ Per confrontare il processo di formazione delle classi dirigenti dell'economia dello zucchero e dell'economia del caffè si rinvia a CAIO PRADO JÚNIOR, *História econômica do Brasil*, p. 157 ss e CELSO FURTADO, *Formação econômica*, cit., p.156 ss.