Aula Inaugural ministrada no Curso de Alta Formação em Direito Romano da Universidade de Roma em 15 de janeiro de 2014

Hélcio Maciel França Madeira

Eccellentissimo Coordinatore della Sezione "Istituto di Diritto romano e dei diritti dell'Oriente mediterraneo" del Dipartimento di Scienze giuridiche, Prof. Andrea Di Porto.

Eccellentissimo Direttore del *Corso di Alta Formazione in Diritto romano*,

Prof. Oliviero Diliberto.

Eccellentissimo Prof. Pierangelo Catalano, Ordinario Senior di Diritto Romano, *Magister Magistrorum*, a qui tutti noi romanisti della America Latina ringraziamo per l´apprezzamento e per il riconoscimento scientifico dell` importante ruolo del diritto romano latinoamericano nelle vicende storiche occidentali, soprattutto dall`Ottocento in poi e, allo stesso tempo, per la rinascita del diritto romano nei *curricula* universitari latinoamericani, grazie alla lungimiranza accademica e didattica dei colleghi giuristi.

Distinti Studenti ingressanti nel *Corso di Alta Formazione in Diritto Romano* del Anno Accademico 2014,

É un dovere e un onore svolgere qui oggi, nella prestigiosa Università papale nell`ambito del Corso de Diritto Romano, un doppio ruolo, sia come docente del "Corso Giuridico" (così si chiamava, e non "Corso di Diritto") della nostra prima Facoltà di Giurisprudenza, fondata per atto del l´imperatore del Brasile a San Paolo, sia come co-Coordinatore del recentissimo Corso di *Magister* in Diritto Romano e Sistemi Giuridici della Facoltà paulista, inaugurato due anni fa, come una vera cellula riflessa e animata di questo tradizionale Corso di Perfezionamento in Diritto Romano, la nostra cellula e *alma mater*, ormai intitolato Corso di Alta Formazione, sia come docente della prestigiosa Faculdade de Direito de São Bernardo do Campo.

L´obiettivo di questa breve prolusione è di dipingere un quadro introduttivo della romanistica brasiliana e allo stesso tempo rinforzare l´invito ai nuovi studenti di Roma a conoscere il Diritto Romano Attuale,

tanto quello "in Atto" nella storia recente, quanto quello ancora potenzialmente "in fieri" nella America Latina.

Come criterio di esposizione storica, seguirò i principi del primo libro di storia della giurisprudenza, il *Liber singularis Enchiridii* del giurista Pomponio, arrivato per la intelligenza[1] dei compilatori di Giustiniano come la più estesa legge o frammento del Digesto (D.1.2.2). Senza precedente e con grande novità rispetto ai conosciuti libri di storia (Pomponio vive nel II secolo e non dimostra una preoccupazione di "storico del diritto", nemmeno di cercare "un diritto nella storia", ma fa una "storia dentro il diritto", con una "positio" metodologicamente chiara, di giurista, che racconta le vicende storiche secondo l'origine e il divenire del diritto stesso ("origo atque *processum* ipsius iuris") (D.1.2.2 pr.), ossia, secondo circolano le fonti del diritto; secondo le origine e le specializzazioni dei magistrati ("origo et *nomina* magistratuum") (D.1.2.2.13) e, finalmente, secondo l`opera e la presenza dei giuristi che hanno nobilitato il popolo, tramite i quali i diritti sono stati trasmessi ("qui maximae dignationis apud populum Romanum fuerunt", "a quibus et qualibus iura orta et traditae sunt") (D.1.2.2.35).

Eccezionale è il ruolo e l´importanza personale del giurista (precisamente quelli che professano la *scientia iuris civilis*, secondo Pomponio) nelle vicende del diritto nel sistema giuridico romano, esattamente l´opposto del sistema di diritto inglese e derivati, dove

[1] Mi sembra rilevante prestigiare i giuristi compilatori e non insistere nei difetti che disturbano con frequenza storica i romanisti: lo eruditismo (in quanto eccesso, ovviamente), sia della Scuola Colta antitriboniana del secolo XVI, sia della Europa delle astrazioni concettuali, dei tempi della caccia alle interpolazioni, sia di alcuni scienziati odierni, che riducono il diritto romano a un supposto diritto positivo storico dei romani e riservato a una classe erudita con la conoscenza del latino, della archeologia o del greco in tutto i suoi particolari, oltre a un tecnicismo metodologico alla produzione scientifica quasi infinita del ultimo secolo, introdotta ai meno dotti con i pesanti manuali. Forse sarà conosciuto come il "Il secolo dei manuali". Tre posizioni che non si armonizzano con la continuità, o meglio dire, con la vitalità atemporale dello *ius* romano, che si rinnova anche quando adoperato per grandi giuriste civilisti, che non sono romanisti "nella docenza". Così saranno, vedremo, i grandi giuristi brasiliani, Teixeira de Freitas, Rodrigues Pereira, Candido Mendes, Tobias Barreto, Bevilacqua e Pontes de Miranda, tutti romanisti che fanno una consapevole e innovatrice applicazione dei principi giuridici romani. Essi attuano già come scienziati romanisti nel senso più ristretto, che studiano il diritto romano e lo attualizzano, rinnovando concetti per i tempi moderni, distaccandosi le figure di Spencer Vamprè e Cunha Lobo.

praticamente non ci sono giuristi scienziati all'origine e nella trasmissione del diritto, che viene fatta anonimamente tramite i tribunali. Eccezionale, è, così, Pomponio, che ci avverte, anche a voi studenti scienziati, la prodigiosa capacità di rinnovamento del diritto per il vostro tempo.

Allora, seguirò il criterio di Pomponio per scegliere e mettere in luce alcuni dei grandi giuristi brasiliani e le loro opere. Ma prima voglio ricordare Pomponio e le sue **tre categorie sostanziali** con le quali lui racchiude il tempo e lo spazio nel sistema giuridico romano (**I – le fonti del diritto**, tra quali Pomponio aggiunge le *legis actiones quae formam agendi continent* , oltre a *lex, prebiscitum, ius civile* o *interpretatio prudentium* incluso il costume *sine scripto, edictum, senatus consultum* e *principalis constitutio* – e sottolineo l´uso del singolare nell`elenco pompeiano delle fonti – D.1.2.2.12); **II – Le magistrature**, che danno efficacia alle norme ("per eos qui iuri dicundo praesunt effectus rei accipitur"…"qui iura regere possint", cio' è, l´efficacia di una res si capisce per mezzo di quelli che possono dire il diritto, … che possono regere il diritto. Invano cercherà il giurista moderno l`astratta categoria della "efficacia giuridica" come elemento della norma, dentro la norma stessa. Pomponio ci vuole precisare quali siano in una *respublica* le cariche adeguate a mettere in vita i diritti, cariche (magistrature) politicamente costruite e spiegabili in categorie ben definite, secondo le circostanze storiche, legittime o non più legittime (D.1.2.2.19). Compete propriamente ai giuristi del sistema giuridico romano (Diritto Romano di ieri e di sempre) discorrere, come Pomponio, sulle magistrature che *regono gli 'iura'* (D.1.2.2.13) o *che rendono gli 'iura'* (D.1.2.2.34), una volta che queste cariche politiche romane non possono creare il diritto, neanche ovviamente revocarlo. Pomponio ha puntualizzato nella lunga storia della sua *civitas* i seguenti magistrati: *rex, tribunus celerum, consules, censores, dictatores, magistri equitum, tribuni, aediles, quaestores, quaestores parricidii, decenviri, tribuni militum, aediles curules, praetores, praetores peregrini, decenviri in litibus iudicandis, quattuorviri, triunviri monetales, triunviri capitales, quinqueviri, praefectus urbi*. Tutto sommato, rimanevano come "*magistrature legittime"* al tempo di Pomponio, due consoli, diciotto pretori e sei edili (D.1.2.2.34). Pomponio, sempre tecnicamente, esclude espressamente dalle magistrature il *praefectus annonnae* e il *praefectus vigilum* e, implicitamente, sia i tiranni sia l´imperatore. Perché, secondo il criterio di Pomponio, sono magistrati solo "*qui iuri dicundo praesunt*" (D.1.2.2.13) e l´imperatore rientra nel diritto come fautore di una fonte, la *constitutio principalis*, che *pro lege servetur* (D.1.12.2.12) non però come

magistrato; e infine, **III – I giuristi** che professano lo *ius civile* con la massima dignità al popolo. Pomponio enumera esattamente 60 giuristi, da Publio (o Sesto) Papirio, coevo di Tarquinio il Superbo, fino a Salvio Giuliano, nell'arco storico di 600 anni, tra il 500 a.C. e 100 d.C. circa, ossia, in media dieci giuristi per secolo, uno per decada. Presenterò soltanto nove giuristi del Brasile, che seguono questa tradizione romanistica e che hanno servito alla dignità del popolo brasiliano, nell'arco di meno di duecento anni di storia brasiliana (il Brasile è, direi, con certa approssimazione, diventato storicamente una nazione nel secolo diciassette, con l'espulsione degli olandesi e, poi, uno stato indipendente dal Portogallo, come è saputo, nel 1822). Questi nove giuristi scelti per il grado di universalismo delle loro innovazioni, corrispondono a 90 anni di storia, dal Secondo Impero del Brasile fino alla Prima Repubblica, in linea di massima fra il 1850 e il 1940. Come in Pomponio, con la media di uno per decada.

I) Fonti di Diritto: a) il costume indigena. b) Stranieri e immigrazione – Lo "Ius Civile" rispetta lo "Ius Gentium". c) Specificità del diritto brasiliano: universalismo giuridico, tolleranza, affettuosità, colto alla pace. d) Le *ações populares* e le *ações civis públicas*.

a) Costume Indigena

La coesistenza dei diritti indigeni. Più che un Paese di enormi proporzioni per territorio *(Brasile è più grande che gli Stati Uniti, se non prendiamo in considerazione l´acquisto del Alaska)* e popolazione *(200 milione)*, il Brasile è lo spazio di formazione di un popolo con un notevole grado di mescolanza e di convivenza di etnie, specialmente di origini indigene, latine e africane. Molti giuristi hanno difeso lo studio e il rispetto dei costumi delle varie nazioni indigene, sia per rivendicare le origini brasiliane della teoria della bontà naturale insita nel pensiero rivoluzionario francese ([2]), sia per riconoscere questi costumi come fonte del diritto ([3]). La

[2] A.A. DE MELO FRANCO, *O índio brasileiro e a Revolução Francesa. As origens brasileiras da teoria da bondade natural*, Rio de Janeiro 1976.

[3] JOÃO FRANCISCO LISBOA (1812-1863), *Jornal de Timão*, *passim*, è stato il primo Brasiliano a predisporre un tentativo di sintesi dell'enorme e contraddittoria legislazione indigenista coloniale e imperiale, evidenziando i diversi momenti in cui sono state difese le prerogative umane e l'"egual diritto ai fori". J. MENDES JÚNIOR, *Os indígenas do*

Costituzione brasiliana del 1988 (art. 215) ha consacrato e ampliato in maniera esemplare questa tradizione, ammettendo la coesistenza, integrata alla legislazione civile, di tutti i diversi diritti consuetudinari indigeni esistenti nel contingente indio del Brasile.

Così si è fissato un ***pluralismo giuridico integrale, con insufficienza del diritto statuale*** **–** L'applicazione dei diritti degli indios (compresi quelli che si riferiscono ai loro diritti di famiglia, penale e di successione) è ormai molto ampia in quanto non trova più ostacolo in norme gerarchicamente superiori; i loro costumi hanno vigenza indipendentemente da tutte le altre norme del diritto brasiliano ([4]). Il diritto costituzionale brasiliano diventa così un'eccezione esemplare tra gli Stati moderni, nell'ammettere un diritto universale compatibile con il riconoscimento esplicito di costumi *contra legem*, per la cui ammissione già lottava, prima del pieno riconoscimento costituzionale, l'antropologo brasiliano Darcy Ribeiro ([5]). Il riconoscimento, nel diritto contemporaneo, dei costumi dei popoli all'interno del diritto statuale, è un rimedio tardivo agli effetti del genocidio fisico e culturale perpetrato nei periodi storici di separazione tra diritto positivo e costume;

b) Stranieri e immigrazione – Lo "Ius Civile" rispetta lo "Ius Gentium".

Uno dei grandi problemi etici che sorgono nell'incontro dei popoli è il trattamento giuridico dato alla massa di stranieri che cercano una vita migliore e che spesso devono invece sottostare, come dimostra ancora la storia contemporanea, alle aggressioni del razzismo, della segregazione, della sottocupazione, della clandestinità, dell'assenza di diritti sociali e della negazione dei diritti "civili" statali.

Il Brasile, al tempo dei due imperatori Pedro I (1822-1831) e Pedro II (1840-1889), in aperta opposizione al diritto dominante in Europa, ha rinforzato la tradizione di radice latina, del ramo ibero-americano, di respingere la distinzione tra cittadini e stranieri, in quanto questa disuguaglianza era considerata un odioso attentato al diritto delle persone.

Brasil, seus direitos individuais e políticos, Typografia Hennis, São Paulo 1912; O. RODRIGUES, *Os selvagens americanos perante o direito*, Cia. Editora Nacional, Rio de Janeiro 1946; J.B. GONZAGA, *O direito penal indígena à época do descobrimento do Brasil,* Max Limonad, São Paulo s.d.

[4] L.F.B. LOBO, *Direito indigenista brasileiro*, pp. 63 e ss.

[5] D. RIBEIRO, *Os índios e a civilização*, Vozes, p. 186.

In questo modo Teixeira de Freitas, il grande codificatore latino-americano, autore del diffuso *Esboço* e della *Consolidação das Leis Civis*, criticava duramente il coevo *Code Napoléon*, che ammetteva solamente il diritto dei connazionali francesi, cittadini attivi e non, con una vera e propria esclusione dell' "uomo" dal diritto ([6]), negando il principio fondamentale del sistema giuridico romano, secondo il quale il diritto è fatto per gli uomini e non gli uomini per il diritto ([7]). Come insegna il giurista brasiliano Valladão, la negazione della distinzione tra cittadino e straniero ha portato il Brasile a rifiutare ufficialmente l'applicazione del "principio di reciprocità" del diritto internazionale: l'Imperatore Pedro II in persona prese l'iniziativa di proporre alla commissione di redazione del Codice civile la conservazione della giusta eguaglianza di tutti gli uomini, *indipendentemente dalla reciprocità* adottata invece da molti Stati europei. Secondo lui «*la reciprocità e la sua forma aggressiva, la ritorsione, sono anticristiane, costituiscono la forma giuridica dell'egoismo, incarnano una vera e propria "guerra fredda"*» ([8]).

Un altro importante "esboço", questa volta del grande giurista Lafayette Rodrigues Pereira, intitolato "Projeto de Código de Direito Internacional Privado", com 120 articoli e una *Explicação Previa*, è stato un tentativo di semplificare il diritto internazionale con i principi, come Giustiniano aveva fatto nel titolo XVII dell'ultimo libro del Digesto, o Teixeira de Freitas nelle sue *Regras de Direito* e lo stesso Rodrigues Pereira, nei *Principi di Diritto Internazionale* (1903). Il Progetto, pubblicato nel 1911, secondo Haroldo Valladão (un grande giurista brasiliano morto alla fine degli anni 60 e continuatore del pensamento di Rodrigues Pereira) è stato il primo tentativo di codificazione del diritto internazionale con vocazione universale (all'inizio del Diritto Internazionale Privato, poi anche del Pubblico), rifiutato in una prima bozza sia dalla Conferenza Pan-Americana (1888) per i paesi firmatari così come, posteriomente, nelle conferenze dell´Aia (1899-1907), che hanno preferito dividere le diverse materie in convenzioni particolari. A questo progetto di Rodrigues Pereira il giurista Haroldo Valladão si è ispirato per il suo Progetto di "Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas" de 1964, con la inedita rivitalizzazione dei costumi e del disuso come forme di revoca delle lege, riscattando la partecipazione diretta del popolo nel progresso giuridico.

---

[6] A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil – Esboço,* nota all'art. 37, pubblicato nel 1860.

[7] Ermogeniano, D. 1.5.2.

[8] H. VALLADÃO, *Direito Internacional Privado*, I, Rio de Janeiro 1980, p. 516.

c) Specificità del diritto brasiliano: universalismo giuridico, tolleranza, affettuosità, colto alla pace.

Studi di diritto comparato hanno evidenziato alcune caratteristiche determinanti del diritto brasiliano, in parte comuni al diritto sud-americano: l'*universalismo*, lo *spirito democratico*, la *tolleranza* e l'*affettuosità* – caratteristiche che, tutte insieme, conducono ad una comunione etica universale. Questa vocazione non è derivata da una elaborazione teorica, da un giusnaturalismo razionalista, corrente di pensiero che praticamente non ha avuto rappresentanti nella cultura lusitana fino alla metà del XVIII secolo; essa piuttosto è conseguenza delle culture latina e cristiana (entrambi gli aggettivi, fin dalle rispettive origini, sono svincolati da concetti razziali o nazionali).

La forte presenza di uno *spirito democratico*, estraneo ai diritti europei di struttura sociale più gerarchizzata e rigida ([9]), è il risultato, a detta di René David, nel riferirsi al diritto latino-americano, «*del sentimento di uguaglianza che esiste tra tutti gli uomini, qualunque sia la loro condizione economica, la loro origine o la loro razza*» ([10]), caratteristica questa che è presente sia nella fase di interpretazione della legge, che in quella precedente di elaborazione.

La tolleranza come elemento distintivo del diritto brasiliano ([11]) è una delle sue conseguenze, così come l'*affettuosità*, tanto rimarcate da Clovis Bevilacqua ([12]), Miguel Reale e Pontes de Miranda.

Per Miguel Reale, il complesso dei " valori di cordialità" come fonte di comprensione comunitaria, è una delle peculiarità del diritto brasiliano, approdo di un'esperienza plurisecolare di radice lusitana «*la cui forza si rivela in ogni pagina dei nostri codici*». Per questo grande filosofo del diritto brasiliano spetterà al Brasile, «*la maggiore democrazia etnica dell'Occidente*», imprimere negli avvenimenti storici imminenti il marchio della sua esperienza, il «*desiderio di comprensione etica che è stata una*

[9] O. GOMES,. *Raízes Históricas e Sociológicas do Código Civil Brasileiro*, Salvador, Progresso Editora, 1958, p. 32.

[10] R. DAVID, *Traité elementaire de droit civil comparé*, Paris 1950, p. 260.

[11] F.C. PONTES DE MIRANDA, *Fontes e evolução do direito civil brasileiro*, Pimenta de Mello & Cia., Rio de Janeiro 1928, p. 489.

[12] C. BEVILÁQUA, *Em defesa do Projeto de Código Civil*, Francisco Alves, Rio de Janeiro 1906, opuscolo in cui ha qualificato il diritto brasiliano come un "diritto affettivo". O. GOMES, *cit.* p. 33.

delle caratteristiche dell'"uomo cordiale", forgiato nel crogiolo di multiple influenze di razza e cultura» ([13]).

E conclude Reale:

«***Noi siamo, in Brasile, la torre di Babele al contrario, perché qui sono tornati ad incontrarsi per un dialogo comprensivo uomini di terre remote e di lingue diverse ed è sotto il calore emolliente dei tropici che potrà essere plasmata una nuova umanità, capace di risolvere problemi economici senza annichilire valori spirituali, di realizzare beni comunitari senza distruggere la forza individualizzatrice e plurale della libertà*».**

***Trionfo della* lex domicilii –** Conseguenza di questa tradizione, in tema di relazione tra i popoli, è il trionfo della *lex domicilii* sullo *ius sanguinis*, del diritto territoriale sul diritto nazionale. Questa tradizione è così forte in Brasile che neanche le fazioni repubblicane e liberali hanno smesso di sostenere l'adozione di un diritto unico per cittadini e stranieri. Lo si può vedere nella celebre dissertazione di Frei Caneca negli anni che preparavano alla *Confederazione dell'Ecuador* ([14]), dove propugnava che il diritto degli indigeni di Pernambuco fosse applicabile anche ai "compatrioti lusitani", perché tutti insieme fossero «una sola famiglia di fratelli legali, senza che la futile, pregiudizievole e inconsistente diversità del suolo natale assurga mai a motivo di distinzione, detestando e respingendo la malintesa passione per la nazione o il nazionalismo».

---

[13] M. REALE, *Pluralismo e liberdade*. São Paulo, Saraiva, 1963, p. 256.

[14] FREI JOAQUIM DO AMOR DIVINO CANECA (1779-1825), *Dissertação sobre o que se deve entender por pátria do cidadão e deveres deste para com a mesma pátria* (1822) in *Coleção Formadores do Brasil*, Editora 34, São Paulo 2001, pp. 74 e ss. Dopo aver distinto la "*patria per nascita*" dalla "*patria per diritto*" giustifica la preferenza per la *lex domicilii*: «essere di un Paese è l'effetto del puro caso, ma essere cittadino del luogo in cui nasciamo, è un'azione del nostro arbitrio, un'opera della nostra scelta, è una divisa che, più di qualunque altra, prova l'essere e l'esistenza della libertà, la più degna qualità dell'uomo, ciò che lo distingue pienamente dalle bestie. Il luogo in cui si nasce è la patria forzata e quello di cui si è cittadini è la patria forzosa. La prima l'abbiamo spesso a prescindere dalla nostra volontà; la seconda non si può fare a meno di averla e di obbedirle, perché spontaneamente le diamo diritti sul nostro essere e sulla nostra libertà». La Confederazione dell'Ecuador era un movimento separatista repubblicano del Pernambuco che aveva adottato provvisoriamente la Costituzione della Colombia; è stato represso nel 1824 dalle forze armate dell'imperatore del Brasile.

Un secolo dopo, il Codice Civile della Repubblica Federativa del Brasile, secondo questo principio, non ha rotto con la tradizione indicata nell'*Esboço* di Teixeira de Freitas. Per quanto la scelta del modello federativo di Repubblica del 1889 fosse dovuta alla copia del modello nord-americano, la Costituzione Repubblicana del Brasile non ha ammesso che potessero coesistere diritti civili diversi in ogni Stato della Federazione. Per l'unità e l'universalismo del diritto civile già si battevano i giuristi brasiliani della nuova disciplina della *Legislação Comparada* ([15]).

Vocazione antirazzista **–** È curioso il comportamento dei giuristi del XIX secolo e dell'inizio del XX in Brasile: sebbene le tesi positiviste o evoluzioniste fossero largamente assimilate dai giuristi brasiliani, tuttavia non si ammettevano le conclusioni razziste o il determinismo geografico negativista degli autori europei, che vedevano nell'incrocio di razze del popolo brasiliano e nel calore dei tropici le cause della sua debolezza, della sua degenerazione. Al contrario, si riproponevano le argomentazioni per dare continuità alla tradizione del trattamento di favore per l'unione dei popoli.

Sílvio Romero, uno dei fondatori della Scuola di Recife (il maggior movimento filosofico e giuridico del Brasile, a cavallo tra il XIX e il XX secolo), professore di Filosofia del Diritto, ne è esempio: egli accettava le teorie razziste e quelle relative all'insalubrità del clima tropicale, ma non desisteva dal prospettare comunque il grandioso futuro riservato alle "tre razze inferiori", origine del popolo brasiliano ([16]).

Il composito popolo del "Quinto impero" di Pe. Antonio Vieira ([17]), o quello meticcio della "democrazia razziale" di Gilberto Freire ([18]), o «il popolo che deve rappresentare la tradizione romana nella concertazione dei

---

[15] J. MONTEIRO, *Unidade do Direito*. *Memória apresentada ao Congresso Jurídico Americano de 1900*, in *Universalização do Direito, Cosmópolis do Direito, Unidade do Direito*, Duprat, São Paulo 1906, cap. III *Unidade do direito na substância e no processo* e cap. V *Identidade dos direitos do nacional e do estrangeiro.*

[16] D.M. LEITE, *O caráter nacional brasileiro*, Pioneira, São Paulo 1969, p. 192.

[17] Oltre alla famosa *Clavis Profhetarum*, pubblicata nel 1718 con il titolo *História do Futuro*, in cui profeticamente riserva al popolo portoghese il governo del *Quinto Impero*, sono da ricordare i suoi «ideali universalisti che hanno trasmesso il Diritto Naturale delle Persone» e la sua dedicazione alla causa degli indios e degli schiavi in Brasile. A. BOSI, *Dialética da colonização*, Cia. das Letras, São Paulo 1992, pp. 119-148 e 175.

[18] G. DE MELLO FREIRE, *Casa Grande e Senzala: Formação da Família Brasileira sob o Regime de Economia Patriarcal*, Coleção Documentos Brasileiros, José Olympio Editora, Rio de Janeiro 1943, 4ª ed.

popoli dei prossimi millenni» di Darcy Ribeiro ([19]), continuava a rifiorire, nel diritto e nell'etica brasiliana, sulla "razza debilitata e in estinzione" del Conte de Gobineau ([20]), uno dei teorici razzisti (come Fichte, come Hegel, come Treitschke e il suo pangermanismo) di cui si servono i nazi (secondo i testi statutari del partito). Mentre i giuristi nel mondo costruivano un diritto che alimentava la lotta febbrile per lo *spazio vitale*, il Brasile, grazie alla sua singolare posizione storica e geografica «libera dall'eredità amara del conflitto di classi e razze» ([21]), poteva proseguire la grande tradizione, anche se di matrici ideologiche originariamente contrastanti, di un diritto xenofilo e arricchito con concetti elaborati con varietà e originalità: cosmologia, universalismo, spazio sociale, cosmopoli del diritto... ([22]).

Brasile e la Pace Universale.

Pontes de Miranda, come Reale, insieme agli interpreti storici del Brasile che hanno rilevato le pacifiche transizioni politiche, ha saputo prevedere una vocazione universale del Brasile verso una nuova etica, un nuovo diritto universale, arrivando perfino a delinearne, in linea di

---

[19] D. RIBEIRO, *O povo brasileiro. A formação e o sentido do Brasil*, Cia. das Letras, São Paulo 1996 e *Saudações às autoridades de Roma e a Pierangelo Catalano* in *Roma e America. Diritto Romano Comune. Rivista di diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e America Latina, 3/1997,* pp. 37 e s.

[20] A. DE GOBINEAU fu autore di uno dei classici razzisti in voga nel XIX secolo in Europa, intitolato *Essai sur l'inégalité des races humaines.* Diplomatico francese a Rio de Janeiro, tra il 1869 e il 1870 scrisse diversi testi disprezzando la «razza brasiliana», che prevedeva estinta, a causa della sua debolezza, entro al massimo 270 anni.

[21] M. REALE, *Pluralismo e Liberdade, cit.*, p. 296.

[22] Citiamo, tra le altre opere: J. MONTEIRO, *Universalização do Direito, Cosmópolis do Direito, Unidade do Direito*, Duprat, São Paulo 1906; S. VAMPRÉ, *O direito como expressão das leis universais*, RT, São Paulo 1938, specialmente cap. XII *(Das aplicações ao Direito Romano e da necessidade de renovar ainda o seu estudo, como base de uma nova sistemática jurídica)* e cap. XIII (*Da solidariedade humana como traço característico da Evolução Social)*. F. ADAUCTO, *Theoria Cósmica do Direito*, Coelho Branco, Rio de Janeiro 1939; C. BEVILÁQUA, *A função sociológica do Direito Internacional Privado*, in *Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro 1916. Il primo Codice civile brasiliano, opera di Beviláqua, è improntato alla sua concezione del diritto internazionale privato, da lui riconosciuta come oriunda della tradizione luso-brasiliana: «il diritto internazionale privato è anche un modo attraverso cui si rivela l'universalismo giuridico, cioè la tendenza del diritto a rimontare fin dove possa, almeno in parte, svelare l'umanità» (*op. cit.* pp. 221-222). In un altro scritto Beviláqua sostiene che una delle "leve" del Diritto Romano è l'*amore* (*Significação do Direito Romano como elemento cultural*, in *Estudos Jurídicos*, Rio de Janeiro 1916, pp. 68-70). S. DE MACEDO, *Pontes de Miranda e a universalidade de sua mensagem cultural*, Forense, Rio de Janeiro 1982.

massima, il contenuto. (F.C. Pontes de Miranda, Os novos direitos do homem, Editorial Alba, Rio de Janeiro 1933). In conclusione, riguardo al destino pacifico del Brasile, afferma, dopo aver rifiutato il modello francese, nord-americano e russo:

«Il socialismo coinvolgente, costituzionale; la democrazia interna al socialismo; le libertà dell'Uomo. Questo è il percorso che il nostro passato, il nostro presente e il nostro futuro indicano: l'Indipendenza, senza sangue; il 13 maggio (liberazione degli schiavi) senza sangue; la Repubblica, senza sangue; lo stato socialista, se possibile, senza sangue!» Allo stesso modo M. Reale (Momentos decisivos da história constitucional brasileira in Direito Natural/Direito Positivo, Saraiva, São Paulo 1984, pp. 83 e 84) spiega che la composizione è una costante del processo costituzionale brasiliano, i cui diversi passaggi di riforma si sono fatti pacificamente, con una tendenza alla composizione e lontano da qualsiasi possibilità di guerra civile".

d) Le *ações populares* e le *ações civis públicas*.

Pomponio, abbiamo visto, ha incluso nelle *fonti dei diritti,* le *legis actiones*, da un lato forse per la originalità della forma di elaborazione della legge delle XII tavole tramite i decenviri, oppure, e secondo me è più accettabile, perché le *leges actiones* sono i primi lavori di giuristi repubblicani con forza vincolante, molto anteriore alla concezione di *ius respondendi ex auctoritate principis* (Cf. D.1.2.2.6 e D.1.2.2.8). Formava una specie di *corpus* e, con il tempo, hanno preso forme particolare (lo *ius civile Flavianum* e lo *ius Aelianum*). Per Pomponio, diversamente dal coevo Gaio[23], le *leges actiones* erano ancora fonti del diritto, come una specie di riverenza, credo, alla competenza e dignità dei giuristi nella precisazione tecnica delle forme di agire. Così le *actiones legis* sono state adoperate da una profonda tradizione di *interpretationes*, compilate nelle opere dei giuristi, man mano che erano sostituite per le formule pretoriane. Sembravano odiose, però rimanevano una specie di principio del sistema. Così paragonando, in Brasile alcuni modelli di azione hanno subito una profonda riflessione dai giuristi. Come esempi di questi (che io chiamerei "azioni-principi") sono le *ações populares*, di grande prestigio nella tradizione del diritto brasiliano, ancor oggi.

[23] G.4,30: Sed istae omnes legis actiones paulatim in odium uenerunt (…) itaque per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones.

L'azione popolare è, in Brasile, una storica garanzia costituzionale, un mezzo processuale molto frequente per proteggere il cittadino contro le lesioni di beni pubblici in senso lato, in particolare le lesioni perpetrate dalle autorità pubbliche. Già al tempo delle Ordinazioni portoghesi (dal XV secolo) era ammessa contro colui che usurpasse gli spazi pubblici ([24]); così come, secondo l'interpretazione di Teixeira de Freitas, chiunque del popolo poteva interporla per la difesa delle *cose di dominio e uso comune del popolo* ([25]).

La Costituzione dell'Impero del Brasile del 1824 ha ampliato l'oggetto dell'azione popolare, estendendola ai casi di corruzione dei giudici (art. 157). Per proteggere il popolo dagli effetti devastanti dei fallimenti di banche e società anonime, **il Decreto imperiale n. 2691 del 1890 permetteva il ricorso di chiunque del popolo contro l'emissione o il mantenimento in circolazione di titoli illegali da parte di una banca** (uma specie di "diritto ambientale-economico" contra l´inquinamento dei mezzi di circolazione). Deposto l'Imperatore, dopo una breve lacuna nella prima costituzione repubblicana (nonostante la legge statale baiana n. 1384 del 1920 la ammettesse), la seconda del 1934, ha stabilito i profili costituzionali dell'azione popolare in Brasile (art. 113, 38), destinata ad annullare gli atti amministrativi che andassero a ledere il patrimonio dell'Unione, degli Stati e dei Municipi. La sua vigenza venne sospesa dal regime autoritario del 1937, ma la Costituzione del 1946 la ripristinò, estendendone l'ambito di applicazione, così come ha fatto anche la Costituzione del 1969, fino a ricomprendere nella tutela anche altre categorie di beni pubblici non previste in precedenza. La legge 6513 del 1977, ampliando ancora una volta l'oggetto, per dissipare i dubbi della dottrina, ha determinato che l'azione popolare si applica anche alla protezione del *patrimonio turistico*; nel decennio seguente, la Costituzione Federale del 1988, ancora vigente, ha incluso la protezione dell'*ambiente*, del *patrimonio storico* e della *moralità amministrativa*.

L'attuale protezione dell'ambiente e del patrimonio culturale dei popoli (inclusi gli indigeni), attraverso le *azioni popolari* è risultata direttamente dallo sviluppo dei concetti di *res communes omnium* e di *cittadino*, raggiungendo perfino la protezione dei cittadini contro le lesioni alla pace economica – considerato un bene pubblico – perpetrate dalle istituzioni finanziarie.

---

[24] J.M. MENDES JUNIOR, *Direito judiciário brasileiro*, 5ª ed., Rio de Janeiro 1960.

[25] J.H. CORREA TELES, *Doutrina da Ações, Acomodada ao Foro do Brasil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nota 14, § 95.

Le azioni popolari nella difesa dell'ambiente – La prima azione popolare in materia ambientale fu quella creata per proteggere le *cose di dominio e uso comune del popolo* ([26]). La Costituzione repubblicana brasiliana del 1934 la ammetteva per i casi di lesione al patrimonio, fiumi inclusi, dell'Unione, degli Stati e dei Municipi. L'attuale protezione dell'ambiente attraverso l'*actio popularis* è stata costruita, così, sulla base di una progressiva manipolazione tecnica del significato di *res publica* e di *res communes omnium*, la cui protezione, a fronte della lacuna in materia delle leggi regie portoghesi, era ammessa dalla resistente classe dei giuristi luso-brasiliani di allora. Ancora oggi le *cose di uso comune* (equivalenti alle *res communes omnium*) previste nel Codice civile del 1916 e riprese nel Codice del 2002, sono considerate dalla dottrina come beni di proprietà del popolo, secondo l'espressione di Teixeira de Freitas ([27]).

Bevilacqua, con una interpretazione armonica, si riferisce ai beni pubblici di uso comune come a «quelli che appartengono a tutti *(res communes omnium)*» ed afferma che «il proprietario di questi beni è la collettività, il popolo», mentre all'amministrazione pubblica spettano la sua «tutela e gestione» ([28]). Pontes de Miranda, nonostante il testo della Carta Costituzionale del 1946 (art. 35) dichiarasse che i fiumi «sono beni dello Stato» (la vigente Costituzione del 1988 li definisce in modo simile «beni dell'Unione»), affermava che il titolare del diritto sui beni pubblici di uso comune «*è il popolo stesso*» in quanto allo Stato spetta vigilare su di essi, poiché «ciò che si chiama teoria della proprietà pubblica non è nient'altro che la teoria dell'uso pubblico». «Le strade, le vie e le piazze, e i fiumi [...] sono di regola beni dello Stato, che su di essi esercita un potere pubblico, non un potere di proprietario». A seguito di questa interpretazione, già negli anni '40 si individuava la responsabilità civile dello Stato quando questo, con colpa, non avesse curato i fiumi o non se ne fosse occupato a dovere ([29]). **Pontes de Miranda ammetteva anche, in maniera del tutto originale, che se un privato danneggia beni comuni a tutti, «qualsiasi**

[26] J.H. CORREA TELES, *Doutrina da Ações, Acomodada ao Foro do Brasil até o ano de 1877 por Augusto Teixeira de Freitas*, nota 14, § 95.

[27] A. TEIXEIRA DE FREITAS, *Código Civil – Esboço,* nota all'art. 331 *in fine*, pubblicato nel 1860. Riferendosi alla proprietà pubblica, introduceva il concetto di «proprietà dei beni nazionali» destinati all'uso di tutti e affermava che «il proprietario di questi beni è la persona giuridica dell'art. 274, n. 1, cioè il popolo in generale come entità politica; e il suo uso appartiene a tutti e a ognuno degli individui che formano questa entità».

[28] C. BEVILÁCQUA, *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil,* Francisco Alves, vol. 1, Rio de Janeiro 1956, p. 240.

[29] F.C. PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*, Parte Geral, Tomo II, cit., §151.

persona del popolo può proporre le idoneee azioni previste dal diritto civile, incluse quelle possessorie (per esempio, affinché nessuno getti nel fiume di uso comune del popolo scarti di cucina e altre sostanze inquinanti)» ([30]). Questa interpretazione ammirevole e lungimirante del giurista dello Stato di Alagoas, solo in parte è stata recepita nel citato articolo della Costituzione del 1988.

***C) Le azioni civili pubbliche in difesa dell'ambiente* –** Più ampia di quanto sia l'azione popolare per difendere l'ambiente, è l'azione civile pubblica, creata dalla legge n. 7347 del 1985, periodo nel quale sono state incrementate le importanti funzioni del Pubblico Ministero nella vita politica brasiliana [cfr. *infra* "*Ministério Público"*]. A questo organo particolarissimo del potere giurisdizionale brasiliano, che gode di autonomia funzionale e amministrativa, è stata affidata la difesa degli «interessi sociali e individuali indisponibili» (art. 127 cp.), che in materia ambientale si traduce nella legittimazione a proporre azioni civili pubbliche di responsabilità per danni causati all'ambiente. I buoni risultati dell'attività del Pubblico Ministero e le dure misure repressive previste hanno contribuito, negli ultimi anni, al perfezionamento di alcuni aspetti legali per la regolamentazione, ad esempio, degli strumenti di prevenzione del danno e addirittura per la definizione costituzionale contenuta nell'articolo 225 della Costituzione del 1988: «Tutti hanno diritto ad un ambiente ecologicamente equilibrato, *un buon uso comune da parte del popolo* è essenziale alla sana qualità della vita, in quanto spetta al Potere Pubblico e alla collettività il dovere di difenderlo e preservarlo per le presenti e future generazioni». Oltre al Pubblico Ministero, altre persone giuridiche statali e associazioni civili indicate dalla legge hanno ottenuto la legittimità di proporre questa azione collettiva.

Da quanto esposto, si può concludere che l'evoluzione delle azioni popolari e delle azioni civili pubbliche, i due principali mezzi di difesa dell'ambiente nel diritto brasiliano attuale, è conseguenza soprattutto della lunga durata e dell'uso, nella tradizione luso-brasiliana, di concetti e principi relativi alle *res communis omnium naturali iure* ([31]); anche il ruolo del Pubblico Ministero è stato di certo rilevante. Diversamente, le *class actions* del sistema di *common law*, rispetto alle quali le azioni civili

[30] F.C. PONTES DE MIRANDA, *cit.*, §152.

[31] Inst. 2, 1: «*naturali iure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris*».

pubbliche si sono sviluppate in concorrenza, o "competizione nel tempo", non si pongono in linea di continuità con principi e concetti giuridici radicati nella tradizione, ma sono nate per motivazioni *ex post facto*, a tutela di esigenze economiche.

II . Magistrature brasiliane di resistenza romanistica: a) il Pubblico Ministero; b) le potenzialità del *municipalismo* brasiliano.

Dell´importanza del Pubblico Ministero abbiamo appena trattato. Senza dubbio è una continuazione aggiornata del *tribunus* della plebe. Sul questo, rinvio gl´interessati a un articolo di un mio allievo, Carlos Alexandre Böttcher, che ha fatto qui il Corso de Alta Formazione, qualche anno fa, intitolato *Il tribunato della Plebe e il Ministério Público del Brasile* dove si conclude che il Pubblico Ministero è una magistrature particolare, independente dai tre poteri, una specie di collegamento tra il governo e il popolo, come difensore dello *ius*, come il *conservateur des lois et du pouvoir législatif* del pensiero di Rousseau, creato anche per proteggere il popolo dal governo, approssimativamente come nel tribunato rousseauniano.

Così il *Ministério Público* si dimostra, nella pratica costituzionale brasiliana, una alternativa, resistente a lungo nella storia, che si costituisce in un affronto teorico alla tripartizione dei poteri, sulla quale è basato il costituzionalismo attuale.

Faccio anche qui un accenno storico alla funzione degli *giudici ordinari* eletti nel Brasile coloniale, in tutti i *municípios* o *cidades,* senza però approfondire. L´importanza dei municipi nel costituzionalismo brasiliano (ancor oggi sono un "ente" della federazione, con l' Unione e con gli stati membri – diversamente di quello che succede in Europa, che si è allontanata dal modello romano di *federazioni di città*) è di grande rilevanza per capire le originalità dei suoi "magistrati", uno dei quali, per secoli sin dal diritto lusitano, era la figura del "giudice ordinario", una specie di *praefectus* eletto con attribuzione esecutiva, legislativa e giudiziaria per due anni.

L´importanza dei municipi si vede chiaramente nell'approvazione della prima costituzione brasiliana del 1824, dell'imperatore Pedro I. Il suo Consiglio di Stato di Peter ha inviato una copia del progetto di Costituzione a tutti i comuni come preparazione di una nuova Assemblea Costituente. I consigli municipali, composti da consiglieri eletti dal popolo brasiliano,

invece hanno suggerito all'imperatore di adottare "immediatamente" il progetto come la Costituzione brasiliana. Pochi consigli municipali (le *câmaras municipais*) hanno fatto osservazioni e praticamente nessuna restrizione alla Costituzione. La prima Costituzione brasiliana è stata poi concessa dal re Pedro I con un giuramento solenne nella cattedrale dell'Impero, il 25 marzo del 1824. È la Costituzione con la più lunga durata in Brasile, vigente per circa 65 anni.

III. Romanisti brasiliani, le sue opere (1850-1950) e le sue innovazioni, con una considerazioni introduttoria alla storia della cultura giuridica brasiliana.

Finalmente arriviamo alla dottrina romanistica brasiliana. Come Pomponio, farò appena un breve accenno ai giuristi, opere e qualche particolarità, sempre con la speranza di introdurre agli studenti romanisti questa grande massa dottrinale scritta in lingua portoghese.

Molte grazie.

Artigo aprovado em 26/08/2014 : Recebido em 19/07/2014