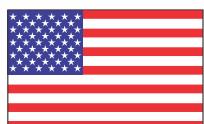


REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 4, n. 1 (jan.-abr. 2023)

Neste número:





REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714
Volume 4, número 1 (jan.-abr. 2023)

Fundadores

Professor Doutor Richardson Xavier Brant
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros

Montes Claros, Minas Gerais, Brasil

2023

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 4, n. 1, jan.-abr. 2023)

Revista fundada em maio de 2020 pelo Professor Doutor Richardson Xavier Brant e pelo Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso.

Histórico dos Editores da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica
Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso – de maio de 2020 até ...

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

Conselho Editorial

Professora Doutora Alessandra Galli Aprá - Escola da Magistratura do Paraná (EMAP), Curitiba - Paraná, Brasil.	Professor Doutor José María Pérez Collados - Facultat de Dret - Universitat de Girona - Girona, España.
Professora Doutora Alessia Megliacane - Centre Georg Simmel da Ecole des Hautes Etudes en Sciences Sociales de Paris - Paris, France.	Professor Doutor Omar Huertas Diaz - Universidad Nacional de Colombia - Bogotá, Colombia.
Professora Doutora Aranzazu Roldán Martínez - Universidad Europea de Madrid - Madrid, España.	Professora Doutora Paula Quintas - Universidade Portucalense; Instituto Superior de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA) - Porto, Portugal.
Professora Doutora Carmen Grau Pineda - Universidad de Las Palmas de Gran Canaria - Las Palmas de Gran Canaria, España.	Professor Doutor Richardson Xavier Brant - Universidade Estadual de Montes Claros - Montes Claros - Minas Gerais, Brasil.
Professor Doutor Diego Megino Fernández - Universidad de Burgos - Burgos, España.	Professora Doutora Rocío Martín Jiménez - Universidad CEU San Pablo de Madrid - Madrid, España.
Professora Doutora Irene Maria Portela - Instituto Politécnico do Cávado e do Ave - Barcelos, Portugal.	Professora Doutora Tatiana Ribeiro Viana - Roma, Itália.
Professor Doutor J. Eduardo López Ahumada - Universidad de Alcalá - Madrid, España.	

Organização, padronização e revisão linguística
Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/editoração gráfica/leiaute da capa
Maria Rodrigues Mendes

Ficha Catalográfica

Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica. Vol. 4, n.º 1. Montes Claros/MG, Brasil,
Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2023.

Quadrimestral

ISSN: 2675-6714

1. Literatura jurídica. 2. Letras jurídicas. 3. Cultura jurídica. 4. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros. 5. Iniciação Científica.

CDU: 34:008(05)(06)

Catalogação: Vinícius Silveira de Sousa - Bibliotecário - CRB6/3073

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara,
Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.

Correspondência e submissão de artigos

(ver normas de publicação, nas últimas páginas desta Revista):
revista.ultracontinental@gmail.com

ZUSAMMENFASSUNG

Achoimre
Contents
Crynodeb
Kokkuvõte
Қорытынды
Kopsavilkums
Összefoglalás
Overzicht
Özet
Përbledhje
Резиме
Резюме
Podsumowanie
Povzetek
Рэзюмэ³
Resum
Resumé
Resumen
Rezumat
Sammanfattning
Sammendrag
Santrauka
Sažetak
Sommaire
Sommario
Sommarju
Souhrn
Summary
Yfirlit
Yhteenvetö
Zhrnutie
Zusammenfassung
Περίληψη

APRESENTAÇÃO.....	6
--------------------------	----------

DOUTORADO

Carlos Alberto Poires, Fernando Branco Severidade penalizadora: a construção de um instrumento de medida.....	16
Claudia Karina Balderrama Villazón, José Aquiles Baesso Grimoni, Miguel Edgar Morales Udaeta Emergencia de los derechos humanos de quinta generación en el contexto del desarrollo sostenible, el estado de derecho y la gobernanza de los recursos naturales, en el marco del derecho internacional de la energía.....	41
Cristián Gárate ¿Pacto fiscal?.....	61
Giuseppe Cassano Evoluzione della responsabilità civile e progressiva: estensione della nozione di attività pericolosa.....	73
José Joaquín Jiménez Vacas “Compliance” como senda hacia la probidad pública.....	130
Lino Diamvutu <i>Favor arbitrandum</i> : towards a theorisation.....	147
Luigi Moccia (Tradução de Ricardo Maurício Freire Soares) Breves reflexões sobre o “direito justo”: em busca de uma nova Antígona para a humanidade.....	187
Mark A. Lemley Disappearing contente.....	204
Nesrin Akin Crowdfunding platforms under turkish capital market law with a special reference to Investment Committee.....	243
Rafael Domingo Osle Corpo, alma e espírito de direito.....	255
Roberto Ágreda Maldonado Derecho, moral y justicia.....	279

ESTUDOS CONTINUADOS

Adela Perez del Viso Reflexiones sobre ética para magistrados, en el reciente código de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	296
CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO.....	310

Cyflwyniad
Cur i Láthair
Bemutatás
Erindi
Esittely
Ettekanne
Præsentation
Präsentation
Predstavenie
Predstavitev
Presentació
Presentación
Presentatie
Presentation
Présentation
Presentatioun
Presentasjon
Presentazione
Prezantim
Prezentace
Prezentacija
Prezentācija
Prezentacja
Prezentare
Prežentazzjoni
Pristatymas
Sunum
Taisbeanadh
Тұсауқесер
Пароңсіаң
Презентација
Презентация
Презентація
Презентация
Представяне

PRESENTATION

Iniciar do “ano 4” representa o cumprimento de um ciclo de três anos completos e enfrentar o quarto ano da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como sendo um desafio. Este desafio consiste na necessidade de evoluir, variar os autores e os países de origem dos autores publicados no ano anterior. E invadir outros Continentes. Por complemento, continuar na preservação da qualidade elevada.

Em um futuro breve, haverá a análise pelos órgãos que qualificam as Revistas brasileiras. E, quando este futuro se tornar presente, o presente que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** quer dar aos seus colaboradores é uma pontuação elevada. Até lá, são plantações e cumprimento de ciclos. No caso, ciclo de circulação, no âmbito interno, e ciclo de avaliação, no setor externo.

Na presente jornada, são dez países presentes, com doze artigos publicados. Onze deles, de autoria de Professores que têm título de Doutor.

Aos costumes, os autores são apresentados em ordem alfabética. E na mesma ordem em que figuram nas páginas da Revista. Antes de cada comentário sobre os autores e seus textos, há a indicação dos países das suas origens. Uma análise da variedade desses países permite a firme conclusão de que a Revista ultrapassa continentes, razão de ser denominada Ultracontinental.

DOUTORADO

PORtugal. A disciplina da Psicologia Forense, Ou Psicologia Jurídica, é estudada nos Cursos de Direito da quase totalidade das Faculdades e Universidades. O **Professor Doutor Carlos Alberto Poiara** é graduado tanto em Psicologia quanto em Direito. O que lhe credencia a escrever vários livros sobre Psicologia Forense e coordenar outros inúmeros livros. Neste artigo, ele tem como coautor o **Professor Doutor Fernando Branco**, da área da Matemática. Como unir Direito, Psicologia e Matemática? Simples: os modelos desenvolvidos envolvem números e fórmulas. E os autores criaram tabelas e métodos

que, aplicados por vários Tribunais em suas também diversas Comarcas, apresentam-se como sucesso na aplicação da análise das questões mentais que levaram as pessoas a cometerem crimes e como se comportam quando estão depondo em Juízo. Saber colher o “comportamento dos atores” faz com que as decisões judiciais sejam mais coerentes com o que deve a Justiça perseguir. Com a ajuda do índice de severidade apenadora, desenvolvida pelo primeiro autor, já se consolidou, em Portugal, a melhor maneira de detectar as “questões decorrentes da credibilização e fiabilização dos depoimentos enquanto parte fundamental do trajeto que conduz à decisão e que contempla, na sua essência, componentes que devem ser abordadas sob uma ancoragem juspсiológica”. O método desenvolvido, quando preenchido o formulário, indica até mesmo a influência que a imprensa impõe na opinião pública e no comportamento das pessoas a quem serão aplicadas penas, especialmente as privativas de liberdade. A utilização da Psicologia Forense, como demonstrado neste artigo, conduz para decisões jurídicas mais condizentes com a realidade necessária: ou a punição – porque o crime existiu e com mais ou menos grau de intenção e maldade – ou a absolvição.

BOLÍVIA E BRASIL. Há artigos científicos que podem ser publicados em qualquer veículo de cunho científico. Mas, não há dúvidas de que ficam muitíssimo mais bem localizados quando publicados na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**. A união das pessoas, dos países e dos segmentos do Direito explicam bem. O artigo científico “Emergencia de los Derechos Humanos de Quinta Generación en el Contexto del Desarrollo Sostenible, el Estado de Derecho y la Gobernanza de los Recursos Naturales, en el Marco del Derecho InternacionAl de la Energía” esclarece tudo. A coautoria é da **Professora Doutoranda Claudia Karina Balderrama Villazón** (que é da Bolívia, da Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Mayor de San Simón, em Cochabamba), do **Professor Doutor José Aquiles Baesso Grimoní** (que é Engenheiro brasileiro, da Universidade de São Paulo) e do **Professor Doutor Miguel Edgar Morales Udaeta** (que é Engenheiro boliviano, mas que leciona na Universidade de São Paulo). O tema central é o Direito Internacional da Energia, mas traz envolvimento com o Direito Constitucional (de quinta geração, como o direito à energia), o Direito Ambiental (especialmente, em relação à exploração dos recursos naturais para obtenção da energia elétrica) e os Direitos Humanos. Todo esse entrelaçamento de pessoas, países e temas coloca o artigo como interessante a ponto de um trabalho que tem autores com Doutorado na área de Energia terem ampla aceitação para publicação em uma Revista sobre Direito. Claro, uma das autoras é da área do Direito. O estudo é completo e digno de ser apreciado. De preferência, com muita atenção.

CHILE. O **Professor Doutor Cristián Gárate** é dos mais respeitados tributaristas do Chile. Mas, o seu trânsito é bem mais largo. Estudou na

Alemanha. Lecionou no Brasil. Fala Alemão, Inglês, Mandarim (chinês) e Português (além da Língua nativa, o Espanhol). E escreveu para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** o artigo “*¿Pacto Fiscal?*” no qual considera todo o aparato e igualmente o suporte para implantação de um novo projeto tributário-fiscal no país andino. Mostra, por exemplo, que a arrecadação fiscal poderia ser melhorada mesmo sem aumentar as alíquotas, se se levasse ao bom acompanhamento as importações ilegais (o “e-commerce” internacional que fornece muitos produtos sem taxação de impostos no país de destino) e as prestações de serviços que se fazem informalmente. Paralelamente a isto, os projetos são para aumento das alíquotas, com tributação exatamente dos contribuintes já identificados. O artigo leva em consideração as condições chilenas combinadas com as questões internacionais, por motivos que variam desde o estudo permanente que o autor faz do tema, e chega até ao fato de que o conhecimento do autor inclui a realidade de outros países. O tema vai do Direito Tributário ao Direito Financeiro, passando pelo Direito Internacional e o Direito Empresarial.

ITÁLIA. Consabidamente, quando o **Professor Doutor Giuseppe Cassano** resolve se dedicar a um estudo, a profundidade mínima atingida é muitas vezes mais marcante do que a normalidade em outros pesquisadores. Desta vez, o estudo teve foco na “Evoluzione della responsabilità civile e progressiva: estensione della nozione di attività pericolosa”. Define a responsabilidade objetiva e a responsabilidade aquiliana. E fundamenta seus estudos em muitos textos jurídicos e em uma enorme quantidade de causas decididas pela Corte de Justiça da Itália. Diversos segmentos são motivos especiais de análise sobre a responsabilidade civil. Um dos tópicos envolve a responsabilidade civil automobilística. Fala também dos acidentes ocorridos em eventos esportivos e as indenizações que são devidas. E apresenta uma grande quantidade de análise de casos de “responsabilità per esercizio di attività pericolosa in materia di produzione e commercializzazione delle sigarette”. Muito certamente, a Itália é o País no qual há o maior número de livros e artigos científicos mostrando as condenações que a indústria, os distribuidores e pontos de venda de cigarros recebem por causarem lesões e doenças às pessoas que eles conseguem convencer a fumar e que se viciam e se tornam doentes. Normalmente, por sinal, a indenização é paga aos familiares, porque os fumantes morrem com doenças que os fazem sofrer, com extensão do sofrimento aos familiares e amigos. O artigo científico em assunto oferece uma quantidade de julgados que impressiona a dedicação necessária para a sua catalogação e a ligação do conteúdo com o tema em desenvolvimento.

ESPAÑA. A autoria é do **Professor Doutor José Joaquín Jiménez Vacas**, da Universidad de Salamanca. O título é “‘Compliance’ como senda hacia la probidad pública”. O tema é a corrupção na Administração Pública. Com

esse conjunto de informações, há o desenvolvimento de um artigo científico que informa, conceitualmente, o que é “ética”, “moral”, “integridade”, “corrupção”, “probidade” e outros termos do segmento. Ao falar sobre ética profissional, o autor desce a detalhes sobre deontologia. E, por “compliance”, termo originado na Inglaterra, o autor propõe “comprimento normativo” ou “cumprimento”, pois a Administração Pública tem o dever moral de cumprir o caminho com probidade, honestidade e legalidade. Fala das “condutas de corrupção pública” como malversação de verbas, tráfico de influências, fraude e exercício de atividades contrárias ao que determina a Lei. Reforça o limite administrativo de que à Administração Pública somente é permitido fazer o que a lei autoriza expressamente, sendo raros os casos de atos administrativos desvinculados do estrito caminho. O texto aponta diversas publicações, especialmente espanholas, que tratam dos crimes de corrupção. Todo esse tecido jurídico-literário é coroad com os dizeres de que cabe ao Direito o combate à corrupção por meio de regras fixas e aplicação das penas cabíveis aos infratores. O desfecho é para falar que a função uma Administração Pública sem prática de corrupção é o verdadeiro conceito de cidadania.

ANGOLA. Há indicações que, por si sós, avalizam o nome deste veículo como “Ultracontinental”. Uma delas é o fato de um artigo científico de autoria do **Professor Doutor Lino Diamvutu**, de Angola, na África, ganhar espaço e destaque nesta publicação. Outros indicadores atestam a ramificação por vários Continentes. Tendo estudado graduação e Mestrado em Direito na Universidade Agostinho Neto, em Angola, o Professor Doutor Lino Diamvutu estudou Doutorado em Lisboa, Portugal. E, em sua Tese de Doutorado, procurou fundamentar em diversos autores, muitos deles da França. Com fundamento no estudo da Tese, escreveu, em Inglês, o artigo científico “*Favor Arbitrandum: towards a theorisation*”. Uniu, destarte, os Continentes África, América e Europa. O estudo tem por suporte as condições e aplicações da arbitragem como forma de resolução de conflitos. A “legal favour” ou “*favor arbitrandum*” é teoria aplicada como princípio do Direito utilizado, especialmente, em causas criminais, no Direito Tributário e no Direito do Consumidor. E, relativamente há pouco tempo, também nas técnicas de negociações arbitrais. O estudo é amplo, com indicação de inúmeras fontes de pesquisa. Assim, em tendo o leitor interesse no tema, há possibilidade não somente do entendimento do assunto com base no texto do artigo científico, como também há possibilidade de ampliação do conhecimento com a busca pelas obras indicadas.

ITÁLIA E BRASIL. O **Professor Doutor Luigi Moccia**, da Itália, escreveu um artigo científico, em Italiano. Exclusivamente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o **Professor Doutor Ricardo Maurício Freire Soares** fez a tradução. O título, já traduzido, é “Breves reflexões sobre o ‘direito justo’: em busca de uma nova Antígona para a humanidade.”. A “busca” começa pelas

definições do Direito em âmbito constitucional e filosófico, e utiliza de reflexões acerca dos princípios do Direito que conduzem a um “direito justo”. Depois da contextualização, inclui a discussão do direito que os seres humanos têm em relação à paz, não somente porque está descrito nas Convenções e nos Tratados internacionais, mas por ser um direito humano. Por fim, chega-se à lembrança de que a guerra entre Ucrânia e Rússia (ou Rússia e Ucrânia) fura o direito à paz, perfura os Direitos Humanos e, em soma, coloca o conceito de “Direito Justo” cada vez mais credor de uma necessária discussão. Discussão de cunho legal e filosófico. Mas, sobretudo, dentro do conceito de Direito Humanitário.

ESTADOS UNIDOS. O **Professor Doutor Mark A. Lemley**, da Universidade de Stanford, é um dos autores mais influentes quando se trata de Direito Digital e Direito Autoral. Desta vez, ele escreveu o artigo científico “Disappearing content” para mostrar que o conteúdo digital favoreceu a todos, porque possibilitou o acesso a praticamente todas as gravações existentes (em termos de música, de filmes, de textos, de inteiro teor de Revistas e de jornais, etc.). E ainda facilitou o poder de comunicação entre o usuário e o fabricante, além de permitir a emissão de opiniões por parte de pessoas desconhecidas, que perdem a condição de anônimas ao obter o direito de se manifestar acerca de qualidade de produtos, atendimento das empresas, características dos manuais de produtos, etc. Mas, passados quarenta anos do início dessa revolução digital, há um retrocesso em termos de acesso aos conteúdos digitais. Eles estão desaparecendo da rede mundial de computadores; estão se tornando inacessíveis. Alguns conteúdos digitais estão limitados a quem tem senha; outros, estão fora do alcance de todos. As principais vítimas do acesso ilimitado ao que se escreve são os autores de livros e de programas de computador. O acesso livre está inviabilizando as publicações, os estudos científicos em busca de inovações e outras propriedades intelectuais que se veem desvalorizadas se ficar disponível para todos. Assim, todo produto que tem direitos autorais reservados, pode sofrer limitações em relação ao acesso. E os detentores dos direitos autorais têm o direito de remover do domínio público os arquivos que contêm os seus produtos exclusivos. O autor mostra diversos casos, em um estudo amplo e profundo, para concluir que os direitos autorais (direito de cópia, propriedade industrial, patentes e outras formas legais de preservar o que se inventa, cria, escreve, ou produz como um todo) trazem, em si, a possibilidade de limitar o acesso somente a quem paga pelo produto, tal como somente se pode levar para casa, para seu consumo, um produto alimentício no supermercado quem o adquire e paga por ele.

TURQUIA. a **Professora Doutora Nesrin Akin** integra o Departamento de Direito Empresarial da Dogus University Faculty of Law, na Turquia. Ela pesquisa e escreve, especialmente, sobre mercado de capitais. Em fim de 2021, foi editada na Turquia a Lei de Mercado de Capitais n.º 6.362 (Capital Markets

Law n.º 6362), conhecida pela sigla CML, que trouxe muita inovação. Alguns dos regulamentos desta Lei surgiram tempos depois, já em 2022. Por se tratar de captação de dinheiro perante o público investidor, há uma regulação que se preocupa com as questões falimentares e penais. Logo, há um entrelaçamento de diversos ramos do Direito, quando se pretende escrever sobre o tema. Antes de, especialmente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, escrever o artigo científico denominado “Crowdfunding platforms under Turkish capital market law with a special reference to Investment Committee”, a autora fez palestras em diversas Universidades turcas, com o mesmo tema. No artigo científico, começa explicando que o sistema que recebe em Inglês o nome “crowdfunding” está, cada vez mais, sendo utilizado como uma forma de financiamento de “start-ups”, que recebe investimentos diretamente do público em sistema equivalente à aplicação em ações de uma sociedade anônima. Trata-se de uma plataforma digital que permite o recebimento dos valores que os investidores aplicam, em confiança no sucesso da empresa iniciante e com produto inovador. Aplicação financeira que fazem em busca de remuneração futura que pode ser altamente vantajosa. A lei turca determina a existência de um Comitê de Investimento, de nível nacional, que se liga ao Conselho de Administração da própria plataforma “Crowdfunding”. Tudo, detalhado na Lei turca do Mercado de Capitais. Tanto o Comitê de Investimento quanto o Conselho de Administração têm a obrigação de analisar “os relatórios de avaliação de viabilidade e solvabilidade emitidos sobre o projeto pertencente ao empresário ou empresa de capital de risco”, antes de aprovação ou autorização para que a empresa capte dinheiro do público.

ESTADOS UNIDOS. Quando se lê o título de um artigo científico sob as letras de “Corpo, alma e espírito do direito”, é possível que não se possa imaginar a profundidade que o estudo pode ofertar. Especialmente profundo é o texto porque de autoria do **Professor Doutor Rafael Domingo Osle**. O Professor em assunto é um espanhol radicado nos Estados Unidos. Logo, domina as Línguas Espanhola e Inglesa. E, especialmente para a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, escreve em Língua Portuguesa. Como Professor de Direito e Religião, o seu campo de estudo – com seriedade absoluta – é a comparação entre religião e todos os campos do Direito. Neste artigo científico, o autor se debruça em tema que começa sob o tom da Filosofia do Direito. Fundamenta na Bíblia, especialmente nas Cartas de São Paulo Apóstolo. E chega ao Direito Natural, ao Direito Constitucional, ao Direito Internacional e ao Direito Civil. Provando que leu muitos e muitos livros sobre o tema, cita cada texto com a segurança de quem leu, interpretou e comparou com outros estudos. Tomando por base a tricotomia corpo-sobre-espírito, há a análise da metáfora empregando o “corpo”, desde o *Corpus Iuris (Civilis)*, de Justiniano (século VI), passando pelo *Corpus Iuris Canonici*, da Igreja Católica, ambos utilizando “Corpo” como conjunto de normas. Compara o autor o fato de que assim como o “corpo humano é composto

por muitos sistemas interativos (cardiovascular, digestivo, endócrino, muscular, reprodutivo, etc.), os sistemas legais também são compostos por muitas ordens intertravadas (constitucional, criminal, contratual, administrativa, processual, etc.)". Desenvolve o raciocínio de que "Os sistemas, sejam eles corporais ou legais, não funcionam isoladamente. Cada sistema ajuda a manter a si mesmo, outros sistemas e todo o organismo. A saúde e o bem-estar do indivíduo dependem da interação perfeita de todos os sistemas corporais, assim como o bem-estar da comunidade política exige a interação adequada de todas as instituições, ordens e procedimentos legais.". Conclui que "Os paralelos entre o espírito humano e o espírito da lei são impressionantes" e que "As metáforas nos permitem compreender parcialmente o que não podemos compreender plenamente". Como última informação, este é o último artigo científico que o autor escreveu na qualidade de habitante dos Estados Unidos. No fim de abril de 2023, voltou para a Espanha.

BOLÍVIA. Autor de livros e de vários dicionários (em diversas áreas como Psicologia, Literatura, Ciências Sociais, Filosofia, Poder e "investigaciones científicas"), com graduação em Direito e em Ciências Sociais, Psicologia e Pedagogia, o **Professor Doutor Roberto Águeda Maldonado**, escreveu o artigo científico denominado "Derecho, moral y justicia". Acostumado em escrever livros que ligam o Direito e a Filosofia do Direito, o autor fala dos conceitos de Direito, Moral e Justiça. E traz boas explicações doutrinárias sobre os vocábulos. Tem os estudos especialmente sustentados em Aristóteles, Hans Kelson, John Rawls e Platão, com busca de suporte e fundamento também em Carlos Santiago Nino e outros autores contemporâneos. Os temas ultrapassam as teorias juspositivistas e jusnaturalistas, chegando aos conceitos multidisciplinares para o Direito, a Moral e a Justiça. Achando o que é justo e injusto, descreve as atitudes humanas que essas qualidades atingem. Ao término do estudo, o autor apresenta oito conclusões, sendo que uma delas traz especificidades sobre cinco teorias. Tudo, muito bem explicado, em autêntica doutrina jusfilosófica.

ESTUDOS CONTINUADOS

ARGENTINA. A **Professora Adela Perez del Viso** atua como Juíza da Câmara da Primeira Circunscrição de San Luís, na Argentina. Já atuou (2021-2022) como Juíza Civil, Comercial, Ambiental e do Trabalho Câmara da Terceira Circunscrição. E leciona no *Campus* de São Luís de um Curso de Direito. Principalmente por atuar como Juíza de Direito, compôs um curso cuja denominação tomou emprestado de um livro alemão, "Juristas do horror". Mostrou, no Curso, diversos Códigos de Ética que as Províncias argentinas

têm para seus Juízes e Tribunais. Somou livros sobre o tema. Debateu e mergulhou na necessidade de o Juiz de Direito agir com neutralidade, sem interferência externa, em suas decisões não somente porque há (quando há) um código de conduta ética a ser seguido, mas porque a situação o impõe. Percebeu, firmemente, que as atitudes do Juiz de Direito não somente têm que ser honestas e justas, como também toda a atitude do Juiz – inclusive e especialmente as externas, quando está fora do âmbito judicial – têm que servir como espelho, exemplo. Têm que parecer também honestas e justas. Têm que ser pautadas pela certeza de que os Magistrados são seguidos em seus estilos de vida, que devem servir como inspiração para os que desejam trilhar caminhos límpidos. Para acrescentar às suas experiências como educadora, a Professora Adela Peres del Viso ainda viu nascer, no fim de 2022, um Código de Ética para o âmbito da Corte Internacional de Direitos Humanos. Após a experiência com o Curso, a Professora escreveu o artigo “Reflexiones sobre ética para magistrados, en el reciente código de la corte interamericana de derechos humanos”. E está disponível na presente Revista.

Ao iniciar esse quarto ano de vida, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** renasce com extremo vigor. Propondo-se a seguir firme na seleção dos artigos científicos que a ela são submetidos, a Revista busca qualificação a si própria e valorização dos autores que são publicados. De fato, ter um texto científico publicado em uma Revista representa uma mão dupla, apontando para a direção da colaboração individual para com a Revista e, em contrapartida, a Revista fazendo valorizar os autores que publica, em razão da excelente qualidade dos demais artigos científicos.

Com esse norte em sua mente, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** fecha o primeiro quadrimestre com a sensação extremamente firme de que está cumprindo o seu papel (mesmo quando divulgada apenas virtualmente) de difundir a literatura jurídica de qualidade. E unindo povos, países e continentes.

Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso
Editor

Autoria

Desde sua criação, em maio de 2020, a Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica já publicou (incluindo este número):

Urheberschaft

Seit seiner Gründung im Mai 2020 veröffentlicht das Ultracontinental Journal of Legal Literature ist bereits erschienen (einschließlich dieser Ausgabe):

Authorship

Since its creation in May 2020, the Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica (Ultracontinental Journal of Legal Literature) has published (including this issue):

Paternidad literaria

Desde su creación en mayo de 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica ya ha publicado (incluido este número):

Paternité

Depuis sa création en mai 2020, le Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica a déjà publié (y compris ce numéro):

Paternità

Dalla sua creazione nel maggio 2020, la Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica há già pubblicato (incluso questo numero):

Colocação <i>Rangfolge</i> Ranking <i>Colocación</i> Classement <i>Classifica</i>	Origem dos autores por países <i>Herkunft der Autoren nach Land</i> Authors' origin by country <i>Origen de los autores por país</i> Origine des auteurs par pays <i>Origine degli autori per paese</i>	Número de artigos publicados <i>Anzahl der veröffentlichten Artikel</i> Number of articles published Número de artículos publicados Nombre d'articles publiés <i>Numero di articoli pubblicati</i>
1. ^º	Espanha	20
2. ^º	Brasil	19
3. ^º	Argentina	13
4. ^º	Portugal	11
5. ^º	Estados Unidos	07
	Itália	06
	França	03
	Japão	03
	México	03
10. ^º	Bolívia	02
	Colômbia	02
	Moçambique	02
	Turquia	02
14. ^º	Angola	01
	Canadá	01
	Chile	01
	Grécia	01
	Índia	01
	Polônia	01
	Suíça	01
	Uruguai	01
	Venezuela	01

DOCTORADO

Céim Dochtúireachta
Ceum Dotaireachd
Ступень Доктара
Daktaro Laipsnis
Diploma de Doctorat
Diplomë Doktorature
Doctoraat
Doctorado
Doctorat
Doctorate Degree
Doktora Derecesi
Doktora Grāds
Doktorat
Doktorát
Doktorgrad
Doktori Fokozat
Doktorikraad
Doktorsexamen
Doktorspróf
Doktortitel
Dottorato
Doutoramento
Gradd Doethuriaeth
Grad ta 'Dottorat
Gradën e Doktoratës
Llicenciat de doctorat
Titulado de Doutoramento
Tohtorin Tutkinto
Доктор Дәрежесі
Докторантура
Докторат
Докторський Ступінь
Докторска Степен
Докторска диплома
Докторская Степень
Докторлық Дәрежесі
Дідакторико

SEVERIDADE PENALIZADORA: A CONSTRUÇÃO DE UM INSTRUMENTO DE MEDIDA¹

CARLOS ALBERTO POIARES²

FERNANDO BRANCO³

RESUMO

Agramática judicial constitui um dos objetos científicos da Psicologia Forense, apelando ao estudo dos comportamentos dos atores do processo de criminalização e, de modo muito particular, à captação e interpretação das decisões emanadas dos Tribunais. Aludimos neste artigo às questões decorrentes da credibilização e fiabilização dos depoimentos enquanto parte fundamental do trajeto que conduz à decisão e que contempla, na sua essência, componentes que devem ser abordadas sob uma ancoragem jupsicológica. Situando-nos no âmago da decisão, erigimos como segmento de estudo a severidade penalizadora, procurando criar um mecanismo que permita avaliar a sua dimensão real, isto é, a concretamente aplicada a cada arguido. Detalhando-se, então, o percurso desenhado até à criação de um instrumento destinado a calcular o índice de severidade penalizadora, bem como a incidência da psicologização na fixação de medidas punitivas, ou seja: traça-se a construção do Índice de Severidade Penalizadora (Criminalização Secundária) (2009), na versão revista em 2021.

Palavras-chave: Criminalização; Decisão Judicial; Severidade Penalizadora; Psicologização.

¹ O presente trabalho foi publicado pela primeira vez, em Portugal, na Revista Sombras e Luzes (2021), nº 5, 139-161. Direção Geral de Reinserção e Serviços Prisionais.

Os autores agradecem às colegas Prof.^a Doutora Maria Cunha Louro, Prof.^a Doutora Rita Domingos, bem como à Mestre Cátia Matias Monteiro, psicólogas forenses, as sugestões dadas nas suas investigações doutoriais sobre a aplicação do ISPP (CS). O 1º autor agradece ainda à Mestre em Psicologia Forense, Marta Terroso, a revisão do texto do instrumento e respetivo caderno de instruções, ajudando a expurgá-los de repetições desnecessárias.

² Doutorado em Psicologia (Universidade do Porto, 1996). Licenciado em Direito (Universidade de Lisboa, 1978). Professor de Psicologia Forense e Vice-Reitor da Universidade Lusófona. Presidente da PSIJUS - Associação para a Intervenção Jupsicológica. Membro do Centro de Estudos Avançados em Direito Francisco Suarez (CEAD-ULHT). Contacto: carlos.poiares@ulusofona.pt; vice.reitoria@ulusofona.pt

³ Doutorado em Matemática (Planeamento de Experiências) (Universidade Aberta, 2010). Licenciado em Psicologia Social e das Organizações (ISPA, 1980). Colaborador do Centro de Investigação em Educação (CIE-ISPA). Contacto: branco.fernando.pt@gmail.com

ABSTRACT

Judicial grammar constitutes one of the scientific objects of Forensic Psychology, calling for the study of the behaviour of the actors in the criminalization process and, in a very particular way, for the capture and interpretation of the decisions issued by the courts. In this article, we allude to the issues arising from the credibility and reliability of testimonies as a fundamental part of the path that leads to the decision and that contemplates, in its essence, components that should be approached under a jus-psychological anchoring. Situating ourselves at the heart of the decision, we have erected the severity of the penalty as a study segment, seeking to create a mechanism that allows us to evaluate its real dimension, i.e., that which is concretely applied to each defendant. We then detail the path taken until the creation of an instrument to calculate the index of severity of punishment, as well as the incidence of psychologization in the fixing of punitive measures, i.e.: we trace the construction of the Index of Severity of Punishment (Secondary Criminalization) (2009), in its revised version in 2021.

Keywords: Criminalization; Judicial Decision; Severity of Punishment; Psychologization.

1

A Psicologia Forense interessa-se, desde os tempos coetâneos à sua emergência, pela formação das decisões judiciais, abrangendo quer o respetivo processo de criação ao nível dos atores judiciários (ALTAVILLA, 1982), quer a contribuição que os saberes intercontributivos da justiça aportam ao exercício da dialética de julgar.

Há muito que se adquiriu conhecimento sobre o exercício técnico produzido nos Tribunais e a sua ligação com a Psicologia – que, desta forma, se fez ciência forense (SACAU *et al.* 2012; FONSECA; MATOS; SIMÕES, 2008; DÍAZ; RÍOS MARTÍN, 1995; POIARES, 2002). De certa maneira, poder-se-á afirmar, na esteira de Rawls (2013, p. 27), que “a justiça é a virtude primeira das instituições sociais, tal como a verdade o é para os sistemas de pensamento”, o que estreita a aliança entre a técnica jurídica e a busca de saber. Donde, saber e justiça deverem ser representados como verso e reverso da mesma medalha, a comunidade humana.

Efetivamente, a justiça tem por missão a descoberta da verdade material sobre os acontecimentos em apreciação, mas tal não é alcançável sem o contributo do saber, de acordo com as necessidades que cada matéria de facto suscita, em particular sem a intercooperação das ciências do comportamento: porque os agires que animaram as condutas sob análise, protagonizadas pelas

partes, e as interações estabelecidas em sala de audiências estão insertos num contexto cuja avaliação não pode dispensar a abordagem psicológica.

Como demonstraram os primeiros estudos sobre o concurso da Psicologia na gestão judicial e na respetiva gramática, a leitura que os julgadores fazem não pode estar confinada à matéria jurídica, antes deve pesquisar nas atitudes das partes, especialmente dos arguidos, as razões que determinaram os atos imputados, procurando as motivações e o quadro interativo que se organizou entre os personagens; daí a problematização desenvolvida por Altavilla (1982), que se pode considerar inspiradora dos trabalhos que foram sendo realizados nas décadas posteriores, nomeadamente ao nível da componente psicológica de cada ator da processologia judiciária.

Todavia, a intervenção da Psicologia no *campus forense* tinha antecedentes sólidos, como Gross, em 1893, com a obra *Handbuch für Untersuchungsrichter als System der Kriminalistik*, e Münsterberg, em 1908, com o livro *Psychology and crime*. Entre nós, ainda nos fins do século XIX, Afonso Costa trouxe à colação a relevância da avaliação das capacidades mentais das testemunhas (COSTA, 1895), abrindo a porta a outros apelos, por exemplo de Pessoa (1913), também situado no território da Psicologia do Testemunho; mais tarde, após um longo interregno, a abordagem do problema testemunhal voltou a ser colocado por um jurista, Carrington da Costa (1954).

A ponte que liga o Direito e, de modo particular, a justiça à Psicologia assenta nos comportamentos, que são perspetivados de maneira necessariamente diferenciada: enquanto o Direito aceita à externalidade dos mesmos, ou seja, ao que é visível, que se traduziu na ação transgressiva, que preenche um ilícito tipificado como crime, a Psicologia visa captar e decifrar a sua internalidade, perceber o que os determinou, qual a génese.

Como referiu Franck (1983), a indagação psicológica parte do visível para o invisível, consubstanciando aquilo que temos vindo a designar como a visão radioscópica do sujeito em conflito com a justiça. Por outras palavras: aqui radica o conceito de intervenção juspsicológica, que preconizamos como entidade de operacionalização da Psicologia Forense e Criminal (1996/1998, 2002), e que se alicerça nesta conjugação entre duas ancoragens do pensamento sobre os indivíduos e os comportamentos que assumem em cada momento, especialmente no que tange às transgressões que perpetram e que são levadas junto dos dispositivos judiciários. Com efeito, a intervenção juspsicológica corresponde à penetração do discurso, do saber, das práticas, técnicas e métodos da Psicologia

nos territórios jurídico-judiciais, materializando a associação entre ambos os saberes (o dos atos e o das pessoas), e respetivas rationalidades.

Trata-se, ademais, de um processo de cientificação do Direito a partir de entidades que lhe são aparentemente exteriores, mas que com ele integram o mapeamento das ciências do comportamento e da vida; Poiares (2016), desenhou igualmente um procedimento de aproximação entre o Direito e a Sociologia, denominando-o de jus-sociológico, o que se impõe outrossim em outras áreas, por exemplo a jus-económica: ora, em todos os casos estão sendo forjados conglomerados juscientíficos, que se manifestam pela acoplação de um saber científico ao Direito e ao seu *braço armado*, a justiça. Já não o Direito, apenas, antes o Direito apoiado por várias Ciências, que procuram contribuir para o melhor desempenho da tarefa complexa de julgar.

Nesta trajetória de conhecimento, que se tem delineado ao longo de mais de século e meio, a Psicologia alcançou o estatuto de Ciência intercontributiva do Direito e do sistema judicial, apesar de, com frequência, os atores judiciários não mostrarem compreensão por essa realidade, pelos menos nas atitudes práticas.

Nesta conformidade, considerando a Psicologia Criminal como a grelha descodificadora dos comportamentos criminais, resultam dois elementos primordiais: (i) o do objeto; e, (ii) o do método. O objeto consiste justamente em observar e apreciar os atos imputados, ou sofridos, a partir dos seus intervenientes, do cenário em que tiveram lugar e do quadro de interações que entre aqueles se criou, e de como se desenrolou a ação criminosa, de molde a partir-se para a valoração de condutas e responsabilidades. Naturalmente que esta fase de captação, articulando todos os atores envolvidos, arranca, como se afirmou, do visível para o invisível, da externalidade para a internalidade, o que pressupõe, como é evidente, a definição de um rumo, de um percurso a seguir de molde a atingir-se o desiderato.

Passamos, então, ao campo do método, que deve seguir o rasto metodológico da Psicologia, que, no espaço criminal e forense, temos dividido em quatro fases: (i) a da captação/assimilação, que reside em o técnico procurar aceder à discursividade do sujeito, seja a comunicação verbal, seja a não verbal, bem como aos documentos processuais em que esteja plasmada a versão que apresenta, de modo inequívoco e não coagido. Integra, por conseguinte, toda a panóplia de representações, crenças e enunciados que o indivíduo debita sobre determinados factos, dos quais foi parte; (ii) a da descodificação, na qual

o técnico vai procurar as correspondências entre os ditos e os não ditos, os sobreditos, interditos e entreditos verbalizados pelo sujeito, visando alcançar conhecimento sobre quem ele é. É, pois, o momento em que o psicólogo arranca das informações que obteve na primeira etapa, pelo discurso direto do indivíduo e pelas narrativas em discurso indireto que constam dos autos – por exemplo, interrogatórios, ou avaliações e pareceres técnicos – e começa a colocar hipóteses sobre o modo de funcionamento psíquico daquela pessoa, recorrendo, se e quando possível, à análise psicométrica, procurando construir a visão radioscópica, a que nos reportámos; (iii) a da compreensão, em que o profissional reúne a informação obtida, analisa ponderadamente todos os elementos, estuda o caso, isto é: a pessoa em causa e a situação *sub judice*, até firmar uma posição, quer dizer, até compreender plenamente a diáde ato-ator, sem esquecer que, por vezes, é fundamental conhecer o cenário onde a trama se desenrolou; e, por fim, (iv) a da explicação, que é o momento de redigir um relatório e apresentá-lo às entidades dispositivas que o solicitaram.

2

A Psicologia do Testemunho, pedra angular de toda a Psicologia na justiça, designe-se criminal ou forense, consoante a amplitude do objeto, constituiu a génesis da investigação sobre os procedimentos que conduzem às determinações dimanadas dos tribunais e aos trâmites extralegais que lhe são inerentes (FONSECA; MATOS; SIMÕES, 2008). Com efeito, é consabido que o ato de decidir sobre a questão controvertida – o objeto de litígio – não se circunscreve a matérias de índole legal, espraiando-se sobre outras vertentes no interior da criminalização (ato e processo, ou seja: circuito de criminalização), desta maneira se consubstanciando o registo de partilha e troca de informação entre os plúrimos atores (principais e secundários) que se confrontam nas tábua dos tribunais (POIARES, 1998; POIARES, 2005; POIARES; LOURO, 2012).

Estas questões vêm recebendo cada vez mais contributos, aportados à Psicologia Forense, nas áreas da penalidade (CASTEL, 1990; JOHNSTON; ALOZIE, 2001; OST; VAN DE KERCHOVE, 1990), mas também da justiça cível, de família e menores, ou laboral, já que os estudos juspsicológicos e as correspondentes aplicações práticas não se confinam aos territórios do crime, ao contrário do que outrora se defendia, como resulta da bibliografia, aliás extensa, sobre esta problemática (SALINAS CHAUD, 2010).

Ora, no contexto judicial, há mais de uma centúria que a investigação sobre o processo de surgimento da decisão vem sendo produzida em diversos

locais, traduzindo-se na pesquisa sobre os fatores determinantes da Sentença (ou Acórdão), sendo que muitos desses estudos têm privilegiado a observação e a análise documental (incidindo sobre as decisões judiciais) como método preferencial, inserindo-se em, pelo menos, três âmbitos científicos: a Criminologia, a Sociologia e a Psicologia (HERPIN, 1978; POIARES; LOURO, 2012; SACAU et al, 2012).

Assentando no modelo das interações discursivas em sede de criminalização, que enunciámos em 1996 (1998), partiu-se para a investigação no terreno, visando obter informação sobre a possibilidade de fatores extrínsecos às questões de ordem jurídica poderem ser tributários da decisão do Tribunal: trata-se, por conseguinte, das designadas *motivações ajurídicas*, ou seja, aquelas que não provêm de efeitos impostos pelas normas legais violadas nem das que estabelecem a medida da pena, antes decorrem da credibilidade ou da fiabilidade das testemunhas, vítimas incluídas, e dos arguidos, e do modo de comunicação assumido por estes personagens da trama judicial em plena audiência.

Naturalmente que foi imprescindível levar na devida conta que muitos dos trabalhos efetuados em outros países, sem embargo da relevância que assumem, incluindo para os nossos estudos, contêm limitações, exclusivamente por força das diferenciações de sistemas judiciais, quer no que concerne ao estatuto atribuído às vítimas e aos arguidos – por exemplo, o acusado pode ser ouvido, nos Estados Unidos, em depoimento testemunhal, o que não acontece em Portugal –, quer pelos atores que exercem o efetivo poder de decidir da culpabilidade ou inocência do arguido, porquanto, como é consabido, em várias ordens jurídicas existe júri, atuando separadamente ou em concurso com os magistrados judiciais (ALFARO FERRERES, 2002).

Ora, como é evidente, o ato de decidir altera-se subjetivamente, pois não fica atribuído a profissionais da justiça – ou não está *unicamente* reservado a esses operadores – e porque as operações jurídicas e o processo de assunção da decisão estão submetidos a outros tipos de influenciação – *v.g.* a troca e a partilha de argumentos entre os jurados durante a reunião que decorrerá após o encerramento da discussão; acresce que a função dos próprios advogados é diferentemente representada na encenação judicial, com uma incidência privilegiada naquilo que se supõe constituir a racionalidade de cada jurado. Procurar convencer jurados ou magistrados judiciais, através da retórica e da argumentação, requer atitude diferenciada consoante os destinatários em causa.

Após um demorado processo de estudo sobre as motivações ajurídicas da decisão, que se alavancou fundamentalmente na observação *in loco* de centenas de julgamentos e na análise dos autos, sempre que esta se mostrou necessária, foram criados instrumentos que permitem estudar os fatores extrínsecos à matéria de Direito, descaindo para aspectos relacionados com a credibilidade e a fiabilidade dos depoentes, tomando aquela como traço e esta como estado, no que se reporta aos autores dos depoimentos.

Para tanto, lançou-se, a partir do ano de 2005, uma pesquisa genericamente intitulada *Psicologia do Testemunho e das Motivações Ajurídicas do Sentenciar*, a qual utilizou os instrumentos adrede construídos: a Grelha de Observação (GO), de Louro (2005), e a Grelha de Análise das Motivações Ajurídicas do Sentenciar (GAMAS), de Poiares (2005), mais tarde adaptada a julgamentos não penais (Grelha de Análise das Motivações Ajurídicas do Sentenciar- Justiça Cível - GAMAS-JC, 2011) (cf. os dois instrumentos juspssicológicos em POIARES; LOURO, 2012). Os dois primeiros têm sido aplicados em vários estudos académicos, em diversos Tribunais, com e sem registo vídeo, estando este devidamente autorizado pelas entidades com competência para o efeito, enquanto a versão da GAMAS para a Justiça Cível foi, até ao presente, objeto de um único estudo realizado no Tribunal Cível da Comarca de Lisboa (MONTEIRO, 2015).

Instalado o dispositivo de investigação, foi possível concluir, nos estudos produzidos entre 2005 e 2016, que os exercícios de sentenciar são (também) marcados por um elenco de aspectos externos à problemática jurídica, antes se situando no espaço de interação entre o Tribunal e as testemunhas, logrando estas alcançar fiabilidade dos depoimentos não só em função dos conteúdos carreados à sala de audiências, mas também da forma como aportaram essa comunicação (SOUSA, 2013). Por outras palavras: apurou-se que o ato de decidir contempla (também) motivações que não revestem natureza jurídica, antes resultam de elementos de comunicação (verbal e não verbal) e de formas de expressão reputadas mais adequadas à gramática judicial.

Com efeito, quando os juízes tomam a decisão de facto e, para tanto, têm de se louvar naquilo que escutaram ao longo dos depoimentos prestados em audiência, os aspectos antes referidos assumem relevância na economia da decisão (ANASTÁCIO, 2009; LOURO, 2008; LUÍS, 2008; SOUSA, 2014; SOUSA, 2016; SOUSA, 2020; SILVA, 2016), fruto das interações estabelecidas durante a audiência de discussão e julgamento entre os diversos atores presentes na sala, e de harmonia com o xadrez comunicacional que tiver acontecido (POIARES, 2005).

Esta foi a primeira etapa de uma pesquisa sobre o processo de criminalização, no que se refere à sua fase secundária (aplicação da lei), que incidiu sobre o testemunho e o saber psicológico que lhe está associado. Optámos por uma investigação ecológica, em tempo, com atores e cenários reais, pelas razões que já enunciámos em outros locais, tendo sido desenvolvida em dissertações de mestrado e teses de doutoramento (POIARES; LOURO, 2012).

Esta pesquisa sobre a aplicação da lei como que impunha prosseguimento, particularmente ao nível da severidade das penas concretamente decididas, englobando as jurisdições penal e tutelar, consistindo em: (i) indagar qual o nível de severidade penalizadora aplicada no país; e, (ii) investigar se esta se reforça ou se, pelo contrário, evidencia atenuação quando no processo concorre o contributo da abordagem psicológica ou psiquiátrica dos sujeitos acusados. Entrava-se, portanto, no âmbito da medida da punição, objeto que tem vindo a captar interesse crescente por parte da comunidade científica, quer em Criminologia quer em Psicologia Forense (CUSSON, 1983; CUSSON, 1990; LECLERC; TREMBLAY, 2008; POIARES, 2016; DUBÉ; GARCIA, 2018). Tornava-se necessário, deste modo, construir um instrumento que permitisse habilitar a investigação de condições para se determinar o grau de severidade, ao mesmo tempo que fornecesse elementos sobre o recurso aos saberes da mente e do comportamento na fase decisória do processo de criminalização, o que até então era inexistente.

A severidade punitiva, também designada severidade penalizadora, pode caracterizar-se como o sofrimento infligido mediante a condenação, afetando a liberdade de movimentos e ou o património, além de outras dimensões da vida do arguido, no caso de serem aplicadas penas acessórias (proibição de exercício de profissão ou funções, por exemplo) (WASIK; VON HIRSH, 1988; LECLERC; TREMBLAY, 2008).

A pena não é um conceito estático, variando em concordância com a dosimetria imposta pelo preceito incriminador, que fixa o mínimo e o máximo, valorando-se cada situação (ato+ator) de acordo com as circunstâncias específicas do caso, pelo que para um mesmo tipo de ilícito é normal que as medidas efetivamente aplicadas em processos ou a acusados diferentes oscilem dentro dos parâmetros previamente combinados, sem se esquecer o leque de possibilidades constantes dos critérios de escolha da pena, e da singularização a que o ato judicial de condenação apela. Já na segunda metade da pregressa

centúria, Lima (1954, p. 90-91) aludia a essa necessidade, notando que “[...] o juiz tem que ser inteligente, pois encontra uma lei que é abstracta, que aplicar-se a um ser concreto.”. CUSSON (1983) distingue entre *severidade legal* – o registo penalizador inscrito nas normas penais, *maxime* a pena mais elevada prevista abstratamente para cada tipo criminal – e *severidade real* –, que consiste na medida concreta que é decretada em relação a cada arguido, contemplando já o espaço de liberdade decisória consentido ao juiz quando estipula a pena, compreendendo as diretivas inscritas nos códigos em termos de critérios de escolha da medida da punição. Sobre esta modalidade de severidade, o mesmo autor refere: “[les peines] que l'on peut mesurer par la durée moyenne de temps passé en prison pour un type de crime donné.” (p. 165) ou subjetivas de que podem ser mensuráveis. Todavia, afigura-se-nos que o tempo de prisão que o indivíduo *realmente* cumpre, porque objeto de outro processamento, de cariz mais subjetivo, ocorrido na fase terciária da criminalização (execução da medida e reinserção social) se afasta daquilo que, na economia deste texto, mais nos interessa; com efeito, um sujeito condenado à pena *x* pode obter a soltura em liberdade condicional por razões que são singularmente válidas, ao abrigo de outras disposições, que vão para lá da decisão condenatória proferida pelo Tribunal Criminal. Aqui estaremos perante outra face da severidade penalizadora: a que advém do binómio vivência penitenciária–decisões dimanadas do Tribunal de execução de penas, com critérios adrede postulados.

Ora, pode considerar-se a coexistência, pelo menos, de três tipos de severidade penalizadora:

- i. a *legal*, que já vimos, que assenta em parâmetros objetivos, provenientes do ator social legislador, estando estipulados na lei, enquanto esta permanecer em vigência;
- ii. a *real* ou *singular*, que é a resultante do exercício de sentenciar, traduzindo um grau de subjetividade da parte do ator social aplicador, porquanto adota uma certa pena em função da situação concreta, precedendo a observação do caso e a análise do ator transgressor, que deveria ser, muito mais vezes do que acontece, fundamentada com base em procedimentos psicológicos forenses e não em relatórios sociais. Trata-se, por conseguinte, da fase singularizadora, quando a norma incriminatória transita da abstração à concretização. Mas a abordagem que conduz à Sentença ou Acórdão, revestindo subjetividade, porque emerge da valoração do ato, da apreciação do ator acusado e tem em conta o cenário em que tudo se passou – ou seja, a visão integrada do

crime imputado – operacionaliza-se dentro de possibilidades restritas, legalmente previstas, objetivando-se na medida escolhida pelo julgador. Por outras palavras: a severidade real arranca das penas fixadas em cada processo, as *penas estabelecidas na prática*, e não das *penas teóricas*; denominamos *penas estabelecidas na prática* as que são distribuídas pelos Tribunais na gestão disciplinar, devendo a severidade ser estudada com base nestes resultados, uma vez *medidos* através de um instrumento que o permita, podendo a investigação escolher entre incidir sobre um ou mais tipos criminais, durante um período de tempo mais ou menos longo; e,

- iii. a *de execução*, cujo estudo remete para a criminalização terciária, como vimos, deslocando-se para outros atores, desde logo o transgressor convertido em recluso, mas também os que atuam no âmbito do tribunal de execução de penas e do estabelecimento prisional, sendo agora o cenário um outro espaço vivencial (a prisão), com outras regras, outras hierarquias e outros pequenos poderes. Esta é, portanto, uma outra perspetiva da severidade, a que voltaremos.

4

A severidade legal observa-se por meio da letra da lei, podendo ser percecionada, na respetiva dimensão jurídico-política e socioeconómica, por via dos trabalhos preparatórios e dos discursos políticos e de poder, bem como dos emitidos pela opinião pública, pela opinião política e pela opinião corporativa, bem como pelos meios de comunicação social, sendo certo que todos estes atores do processo de criminalização são produtores de informação que carreiam ao espaço público e judicial, ao sabor de conveniências imediatas ou de interesses corporativos. Dentre as conveniências, não podemos esquecer a utilização de questões relacionadas com a penalidade como arma de arremesso nas lutas partidárias, não raramente com o apoio de alguns *media*, o que vem acontecendo desde há várias décadas, embora mais insistentemente nas últimas duas décadas.

As sociedades são confrontadas, recorrentemente, com movimentos pró-incremento da severidade, em regra surgidos em tempos de amplificação de mensagens político-partidárias mais conservadoras. Dubé & Garcia (2018) estudaram este fenômeno no Canadá, demonstrando como propostas eleitorais mais à direita do leque político conduziram ao agravamento da repressão penal logo que essas forças partidárias assumiram o poder – o que tem sido

igualmente constatável em diversos outros pontos geográficos. Acrescente-se que, como já foi mencionado, alguns *media*, situados na direita mais radical, têm mostrado tendência para se transformarem em arautos destas propostas, usando e abusando de notícias criminais, na imprensa escrita e nas grelhas da programação televisiva, socorrendo-se do populismo e jogando com as emoções das pessoas, o que, entre nós, tem vindo a aumentar em tempo de antena e a atingir patamares de completa irresponsabilidade, por quebra ética e de qualidade.

Se se pretender indagar das oscilações do eixo criminalizador durante um certo lapso temporal, poder-se-ão analisar as alterações das leis criminais num período pré-estabelecido e verificar se se registaram aumentos ou diminuições da severidade legal: basta comparar as normas em termos de atribuição de penas para as mesmas transgressões penais. No campo da severidade singular, a observação das condenações durante certo prazo ou sob condições políticas previamente estabelecidas (por exemplo, durante o Consulado de um Presidente ou o mandato de um Governo), permite que se chegue a conclusões sobre a evolução da severidade, no plano geral, e sobre a eventual existência de uma tendência para agravar ou atenuar a severidade aplicativa. Porém, nada dirá sobre a severidade das penas em cada processo concreto, donde se possa partir para apreciações longitudinais.

Nesta conformidade, o grau de severidade há de ser determinado a partir da pena singularmente imposta àquele condenado concreto, no quadro dos limites mínimo e máximo previstos na disposição legal incriminatória. Esta pena concreta, que pode ser, ou não, suspensa na sua execução, convertida em multa ou acrescida com qualquer medida acessória, ao abrigo de critérios definidos pelo Código Penal (CP), vai atingir o nível de sofrimento com que se pretende punir o transgressor dos mandamentos da (con)vivência social. Ou seja, o índice de severidade penalizadora (ISP) de cada caso. No entanto, as finalidades prosseguidas com a punição, que agregam a proteção de bens jurídicos e a reintegração do agente na sociedade (*ex vi* artigo 40º, nº 1, do CP) são suscetíveis de promover a adaptação da medida em razão da personalidade do ator que cometeu o ilícito e de um juízo de prognose sobre a medida que melhor se ajustará à pretendida ressocialização, numa abordagem dialética da relação crime-pessoa acusada-possibilidades de reinserção. Ora, como afirma Cusson (1983, 165), “Il faut d’abord souligner que la mesure de sévérité la plus fréquemment utilisée – la durée des peines de prison – est assez grossière, ne tient compte que d’une dimension du phénomène et ignore son aspect subjectif.”. Efetivamente, há uma subjetividade que não pode ser medida em

termos genéricos, pois o efeito direto (e subjetivo) da pena dependerá de cada sujeito condenado ao cumprimento.

Consequentemente, qualquer meio que se possa conceber para apurar da dureza punitiva terá de se limitar, numa primeira fase, a verificar qual o grau de penalização atribuído em cada caso singular, isto é: dentro da bitola legalmente estipulada, por exemplo, entre um e cinco anos de prisão previstos para o crime *x*, se o juiz decretou dois anos, qual o índice de severidade penalizadora (ISP) concreta? E se a pena foi suspensa? Ou se a prisão houver de ser cumprida na habitação? A leitura de decisão tornará viável a captação da racionalidade do aplicador, razão por que o instrumento não pode dispensar a recolha de informação sobre todos os principais aspetos vertidos nos arrestos, em particular os que tangem ao arguido, causa e destinatário da medida decretada.

Naturalmente que, como adverte Cusson, na obra citada, a subjetividade é predominante neste contexto; o sacrifício efetivo imposto ao acusado só poderia ser conhecido, na hipótese mais favorável, se aquele fosse objeto de uma avaliação de personalidade e de um estudo que averiguasse da forma como vivencia o cumprimento da pena. Sem recurso a estes meios, o horizonte que se pode alcançar num trabalho científico reside em seguir a escala exarada no CP e a maior ou menor dureza das penas nele cominadas, de acordo com os critérios que presidiram à inscrição das diversas medidas nos catálogos da penalidade, sabendo-se que, de um ponto de vista objetivo, umas impõem castigos mais onerosos do que outras (prisão mais grave que multa; pena efetiva mais severa que suspensão de execução...). Todavia, nada garante que para o cidadão *x* a pena de reclusão não possa ser mais suave que outra que não comporte detenção.

5

Habitualmente, no linguajar de senso comum, costuma identificar-se a severidade punitiva e salientar a necessidade do respetivo acréscimo ou diminuição em função da possibilidade que o cidadão observador considera haver de produzir determinada transgressão criminal ou de a sofrer. Isto é: quanto menor a possibilidade que o sujeito prevê de cometer um certo ilícito, maior o grau de severidade punitiva que reputa necessário ao caso. Porém, se admitir que um dia o poderá realizar, há uma tendência mais acentuada para a desculpabilização (DEBUYST, 1986): é o que temos designado como a *relação proximal* entre o cidadão e o crime (POIARES, 1998; POIARES, 2016).

Certo é que, entre nós, não se dispõe de elementos que viabilizem qualquer afirmação sobre o grau de severidade com base em evidências científicas, pelo que toda a discursividade assenta em meras ideias, obtidas a partir de dados recolhidos em documentação oficial, ou impressões, vazias de demonstração; e mesmo as estatísticas são insuficientes para que se possam extrair conclusões idóneas, muito menos se se pretender estudar o fenômeno em termos globais. Há um *diz-se que disse* inconsequente e infundado que não tem qualquer espécie credível de suporte.

Acresce que, em sede de circuito de criminalização, os atores (principais e secundários) debitam informação sobre os processos, entrando num registo de partilha da mesma, pretendendo provocar efeitos sensíveis na fixação das penas: atente-se, por exemplo, no papel assumido pelos *media* ou pela opinião pública enquanto condicionadores dos discursos sobre o crime e as decisões que lhe respeitam. Daí que, frequentemente, se escutem opiniões situadas no linguarejar comum, que consideram as medidas aplicadas ora muito severas ora demasiadamente brandas, sem que se disponha de dados providos de rigor científico. Cumulativamente, o mesmo senso comum tende a representar a Psicologia Forense e a Psiquiatria como entidades desculpabilizantes dos arguidos, como se da intervenção dos respetivos técnicos resultasse sempre a atenuação das penas – o que não está minimamente demonstrado.

Mesmo no terreno da severidade legal, há uma tendência assinalável para os apelos constantes ao aumento das previsões penais, entrando-se, por vezes, em ideações desproporcionadas. Ainda está na memória de muitos o apelo de um partido de direita, nos anos 1990, para que a pena de tráfico passasse para os 35 anos de prisão, bem como as sucessivas elevações das penas por emissão de cheques sem provisão, nas décadas de 1980-1990. Além dos jornais e programas de televisão mais direcionados para o público *D*, os tempos eleitorais trazem à colação, não raramente, discursos de segurança que clamam por severidade drástica em quase todos os domínios da penalidade.

Ora, entre o que se afirma, sem fundamento científico, e o que acontece, abre-se um espaço onde a ciência deve assumir o controlo, de molde a permitir que se conheça, na realidade e não nas fantasias populares e mediáticas, o sentido da severidade penalizadora, na sua dimensão real ou singular.

Emerge, por conseguinte, um espaço para a investigação.

6

Nesta sequência, importava criar um instrumento que, partindo da severidade legal, pudesse alcançar o grau de severidade penalizadora real ou singular, em cada processo sob análise, e que possibilitasse outrrossim a obtenção de informação mais ampla, em especial:

- i. em razão de ilícitos penais pré-determinados;
- ii. o sentido da penalização por áreas geográficas (estudo de geopenalidade);
e
- iii. a severidade aplicável ao abrigo do regime para jovens imputáveis, em qualquer dos casos tornando viável que os estudos possam abranger longos períodos temporais.

Procurando dar resposta a outra questão sob investigação – os efeitos da contribuição psicológica ou psiquiátrica para a severidade –, haveria conveniência em que o mesmo instrumento abarcasse duas dimensões: a da severidade penalizadora e a da psicologização – entendida esta como o nível de intervenção juspsicológica em cada processo criminal. Para tanto, deveria conceber-se um duplo índice que avaliasse ambas e as correlacionasse.

Assim, foi construído um primeiro instrumento, o Índice de Severidade Penalizadora e Psicologização (Criminalização Secundária) (ISPP-CS) (POIARES, 2009), aplicável a processos de maiores de dezesseis anos, ou seja, cidadãos imputáveis em razão da idade, abrangendo as duas mencionadas dimensões.

Mais tarde, após os primeiros estudos realizados com o ISPP (CS), pareceu adequado criar um instrumento que assegure a avaliação da severidade e da psicologização no que concerne aos menores que tenham cometido um ilícito criminal, sendo levados a Tribunal, ao abrigo da Lei Tutelar Educativa: construiu-se, então, o Índice de Severidade Penalizadora e Psicologização (Criminalização Secundária – Transgressionalidades e Delinquências Juvenis) (ISPP-CS-TDJ) (POIARES, 2010), aplicável a processos decorrentes daquele normativo, de que não cuidaremos neste artigo, que versará unicamente sobre a versão revista do ISPP (CS).

Ambos os instrumentos estão a ser aplicados em mestrados e doutoramentos.

Utilizando o ISPP (CS)-R, pretende-se determinar, partindo da dosimetria dos crimes imputados, isto é, dos limites mínimo e máximo da pena abstratamente cabível *in casu*, e em função da medida concretamente aplicada a cada sujeito condenado, qual o nível de severidade singularmente aplicado. Por outro lado, em face da informação sobre terem sido adotados, ou não, procedimentos psicológicos ou psiquiátricos perante o arguido, é usada outra escala, que permite verificar o grau de psicologização – entendida esta como a integração de procedimentos de saúde mental no processo, como vimos – estabelecendo-se, quando for o caso, a correlação entre ambas as dimensões.

Vários estudos foram, entretanto, realizados, versando sobre amostras pluricriminais e unicriminais, que têm permitido abrir novos rumos de investigação (LOURO, 2017; DOMINGOS, 2018).

Na versão original, o ISPP (CS) recolhia informação variada dos processos, destinada à eventualidade de se proceder a outros estudos, e abrangia toda a panóplia de medidas penais contidas no CP, numa simetria com o elenco punitivo ínsito naquele compêndio legal. Os cálculos do ISP eram trabalhosos e prolongavam-se por demasiado tempo. Por isso, a partir de 2012, a versão primitiva deste instrumento passou a contemplar um novo meio de cotação, informatizada, com base num programa em *Excel*, utilizado desde então.

Os anos iniciais em que a investigação se desenrolou (2010/2014) permitiram concluir que, na esmagadora maioria dos casos, a informação que se pretendia recolher não se oferecia viável. Com efeito, o acesso dos investigadores estava muito regularmente confinado às decisões arquivadas na Direção-Geral de Reinserção e Serviços Prisionais (DGRSP), que desde o início anuiu a colaborar com esta pesquisa. Ora, nessas situações, não é possível aceder a outra documentação além da Sentença, ou Acórdão, pois o processo completo está depositado nos arquivos judiciais.

Sempre que se conseguiu consultar os autos integrais, devido a um acordo informal mantido com o Tribunal Judicial da Comarca de Lisboa, mais tarde (2016) convertido em protocolo de cooperação, já se viabilizava a aquisição de grande parte dos dados incluídos no instrumento. Acrescente-se que, no decurso da pesquisa, foi notório que alguma da informação que, na versão inaugural, se afigurara relevante, tinha pouco significado, não justificando a recolha. Por este motivo, optou-se, na edição revista, por subtrair as partes

consideradas excedentárias, concentrando as questões fundamentais em menos *itens*. De certa maneira, consagrou-se um princípio de economia processual.

A cotação do Índice de Severidade Penalizadora (ISP) foi, então, informatizada, com base num programa em *Excel*; a cotação do Índice de Psicologização (IP), pela simplicidade de cálculo, é realizada manualmente.

8

O ISPP (CS)-R é constituído por uma *folha de rosto*, contendo a indicação e natureza do Tribunal (singular ou coletivo) e o género dos juízes, assim como o número de arguidos, o género de cada um deles, e o sentido da decisão (absolutória ou condenatória) e o elenco das penas individualmente aplicadas. A cada processo analisado é atribuído um número convencional de registo, de molde a garantir-se o anonimato das partes envolvidas.

Deverá ser preenchida uma ficha sobre cada arguido, contemplando duas dimensões: (i) a *sociodemográfica*; e (ii) a *cultural*. Na primeira, devem ser registados a naturalidade (urbana ou rural), com indicação de concelho e freguesia de nascimento; a idade; o género; a profissão e informação sobre se está empregado, desempregado, e, neste caso, há quanto tempo, ou se é reformado; e o estado civil, incluindo as situações que não configuram estado, como a união de facto, a separação de facto ou encontrar-se em curso o processo de divórcio. Na segunda, deverão ser assinaladas a etnia, as habilitações literárias, a residência (urbana, rural, concelho e tipo de alojamento) e se existe relação afetiva ou de parentesco com os demais coarguidos.

Seguidamente, sobre o(s) *processo(s) anterior(es)*, existe a *anamnese judicial*, contendo: antecedentes criminais (sim/não), a indicação dos crimes antes cometidos, as medidas aplicadas. Na circunstância de o processo ou decisão *sub judice* incluírem informação bastante, deve o investigador listar outra informação, sempre relativa a antecedentes procedimentos criminais: se foi revogada a pena suspensa eventualmente decretada e qual o motivo; se cumpriu a pena, qual a duração e qual o tempo de reclusão sofrido; se beneficiou de liberdade condicional e se esta foi revogada e porquê.

Sobre o *processo atual*, quer dizer, o que está sob apreciação, coexistem as dimensões (i) *clínica*; e (ii) *forense*. Acerca da referida em (i), o investigador deve preencher *itens* sobre:

- i. saúde mental: referência de diagnóstico;

- ii. acompanhamento terapêutico do arguido (sim/não);
- iii. adições, quais as substâncias e se é toxicodependente ou consumidor;
- iv. se tem patologias físicas e quais os diagnósticos;
- v. se é portador de deficiência (sim/não) e qual;
- vi. e, por fim, um espaço de observações, destinado a ser anotada informação que se afigure pertinente.

Na *dimensão forense*: decisão sobre imputabilidade (dicotómica, sim/não) e, caso afirmativo, a súmula das conclusões extraídas pelo Tribunal, bem como as peças médico-psicológicas em que se louvou. Sobre crimes imputados, registar-se-á o tipo e respetivo preceito incriminador, a dosimetria (em meses, por ser a unidade de conta do instrumento), sendo aquela repartida pela pena reclusiva e pela pena de multa. Acerca das medidas de coacção: prisão preventiva (resposta dicotómica), ou outra medida e qual; se o arguido está preventivamente preso desde o início do processo (sim/não) ou a partir de que data e até quando; por fim, a indicação sobre se foi acompanhado terapeuticamente durante o processo (sim/não).

Relativamente à *medida penal adotada*, deverão inscrever-se as penas aplicável e aplicada a cada crime por que estava pronunciado, destacando-se nesta se foi condenado em prisão efetiva (sim/não) e se houve lugar a címulos jurídicos (dicotómica); qual a medida efetivamente decretada é a questão seguinte, preenchendo-se assim a questão da severidade legal e da real ou singular.

Procede-se, depois, à listagem se procedimentos psicológicos e psiquiátricos que poderão ter lugar, sempre com resposta dicotómica: avaliação psicológica forense, perícia de personalidade, questionando-se ainda se estas diligências foram realizadas por instituição pública ou privada, bem como se foram referenciadas na decisão do juiz. Acrescentou-se um *item* sobre a eventualidade de terem sido juntadas aos autos informações psicológicas ou forenses, por exemplo parecer.

Acerca da avaliação psicológica forense e da perícia de personalidade, interroga-se sobre se estas serviram de fundamento à decisão, bem como se elas ou outras não especificadas determinaram o agravamento ou a atenuação da pena. Será anotado se a Sentença ou Acórdão invocam outras razões para agravamento ou atenuação da pena (sim/não) e quais. Enfim, será inserta indicação sobre as conclusões resultantes das diligências psicológicas ou

psiquiátricas, e ainda sobre a aplicação do regime especial para jovens imputáveis (dicotómica).

9 COTAÇÃO DO ÍNDICE DE SEVERIDADE PENALIZADORA (ISP)

A cotação do Índice de Severidade Penalizadora (ISP) resulta da combinação das cotações parciais de

- A. Pena Reclusiva;
- B. Suspensão da Pena Reclusiva;
- C. Pena Não Reclusiva; e,
- D. Pena Acessória.

9.A Pena Reclusiva

Para a calcular o valor da pena reclusiva usa-se a seguinte fórmula:

$$[(\text{Pena} - \text{Lmin}) / (\text{Lmax} - \text{Lmin})] \times 100,$$

em que

Pena = pena aplicada (em meses);

Lmin = limite mínimo abstratamente previsto (em meses); e

Lmax = limite máximo abstratamente previsto (em meses).

Se a pena reclusiva for a cumprir em regime de “Permanência na habitação”, o valor obtido pela fórmula acima é multiplicado por 0,75. Se o valor calculado não for um inteiro, é arredondado para o inteiro mais próximo.

Caso a pena tenha sido aplicada em cúmulo jurídico, deverá estabelecer os valores de limite mínimo e de limite máximo da fórmula acima, do seguinte modo: (i) o limite mínimo tem o valor, em meses, da mais elevada das penas concretamente aplicadas aos vários crimes; e (ii) o limite máximo tem o valor, em meses, da soma das penas concretamente aplicadas aos vários crimes (*ex vi* artigo 77º, nº 2, do Código Penal).

9.B Suspensão da Pena Reclusiva

Se a suspensão da pena foi “Simples”, a cotação da Suspensão da Pena Reclusiva é de trinta. Se foi “Com deveres ou regras de conduta ou regime de prova”, a cotação é de vinte. Se não foi aplicada suspensão da pena, a cotação é de zero.

9.C Pena Não Reclusiva

Se a pena reclusiva foi substituída por uma pena não reclusiva, a cotação da “Pena Não Reclusiva” é de 45. Se não foi aplicada pena não reclusiva, a cotação é de zero.

9.D Pena Acessória

Se for aplicada uma pena acessória, a sua cotação é de quinze. Se não ocorreu condenação em pena acessória, a cotação é de zero.

9.D.1 Cotação do ISP

Para calcular o valor do Índice de Severidade Penalizadora combinam-se as quatro cotações parciais com a seguinte fórmula:

$$\text{ISP} = [(A - B - C + D + 45) / 160] \times 100,$$

em que

A = cotação parcial da pena reclusiva;

B = cotação parcial da suspensão da pena reclusiva;

C = cotação parcial da pena não reclusiva; e

D = cotação parcial da pena acessória.

O Índice de Severidade Penalizadora varia entre zero e cem, correspondendo zero à severidade mínima e cem à severidade máxima.

Algumas explicações sobre o racional do ISP:

(i) Cotação parcial da Pena Reclusiva. Para a pena a atribuir a um determinado crime, está definido um limite mínimo e um limite máximo. Por exemplo, um a cinco anos (em meses, doze a sessenta meses). Neste caso, a severidade da pena reclusiva varia numa escala de doze a sessenta. A fórmula a aplicar para calcular a cotação parcial da pena reclusiva transforma esta escala de doze a sessenta numa escala de zero a cem.

Para outros crimes, quaisquer que sejam os limites mínimo e máximo, a fórmula permite sempre representar a severidade da pena reclusiva numa escala de zero (severidade mínima) a cem (severidade máxima).

Esta é cotação parcial mais importante, com maior peso na cotação do ISP.

(ii) Cotações parciais da “Suspensão da Pena Reclusiva”, “Pena Não Reclusiva” e da “Pena Acessória”. Os valores indicados para estas três cotações parciais, que levam a uma diminuição do valor do ISP, no caso das duas primeiras, e a um aumento do valor do ISP, no caso da última, resultaram do consenso de peritos na área da Psicologia Forense e foram amplamente testados, mostrando-se adequados aos seus objetivos.

(iii) Cotação do ISP. Tendo em conta que

A - Pena Reclusiva;

B - Suspensão da Pena Reclusiva;

C - Pena Não Reclusiva; e

D - Pena Acessória

começamos por calcular a sua soma algébrica: A – B – C + D, ou seja, à cotação parcial da Pena Reclusiva subtraem-se as cotações parciais da Suspensão da Pena Reclusiva e da Pena Não Reclusiva e adiciona-se a cotação parcial da Pena Acessória.

Com esta soma obtemos valores que podem variar de -45 a 115. A fórmula que usamos,

$$\text{ISP} = [(A - B - C + D + 45) / 160] \times 100,$$

transforma esta escala de -45 a 115 numa escala de zero a cem, correspondendo zero à severidade mínima e cem à severidade máxima.

10 COTAÇÃO DO ÍNDICE DE PSICOLOGIZAÇÃO (IP)

Para o Índice de Psicologização (IP), a tabela abaixo contempla uma listagem de questões a responder pelo investigador, de harmonia com o que estiver exarado na decisão e no processo, fixando a cotação a atribuir a cada uma:

Realizada avaliação psicológica forense	2
Realizada perícia de personalidade	2
Consta informação psicológica (por exemplo, parecer)	1
Consta informação psiquiátrica (por exemplo, parecer)	1
As avaliações, perícias ou outras diligências psicológicas serviram de fundamento à decisão	2
As avaliações, perícias ou outras diligências psiquiátricas serviram de fundamento à decisão	2
A avaliação psicológica forense, a perícia de personalidade ou outras diligências psicológicas e psiquiátricas determinaram o agravamento ou atenuação da pena	2

Se não se verificar nenhuma destas situações, o valor do IP é zero.

O valor do IP corresponde ao somatório de pontos. Assim, esta escala tem um mínimo possível de zero pontos e um máximo de doze. O IP será então classificado da seguinte forma:

Pontos	Psicologização
0	NULA
1 – 3	BAIXA
4 – 5	MÉDIA BAIXA
6	MÉDIA
7 – 8	MÉDIA ALTA
9 – 11	ALTA
12	MÁXIMA

11

Esclareça-se que o ISPP (CS)-R é um instrumento que se aplica exclusivamente a processos findos, sem que exista qualquer contacto entre o investigador e os sujeitos que foram alvo de medidas penais. Mediante a utilização do instrumento ora descrito, possibilita-se a obtenção quantificada da severidade penalizadora real, e não apenas da legal (CUSSON, 1983), o que representa um desenvolvimento do conhecimento sobre a aplicação da lei penal, constituindo a estação subsequente dos estudos sobre a construção da decisão com base nos depoimentos prestados em tribunal.

A relevância do problema severidade das penas encontra-se atualmente plasmada em diversas obras e artigos científicos, alguns citados neste texto, sendo desnecessário realçar as vantagens que advêm do conhecimento científico sobre o sentido das decisões, no que se reporta à severidade real da penalização na justiça portuguesa.

REFERÊNCIAS

ALFARO FERRERES, Elisa. El juicio por jurados. In: URRA, Javier (Comp.). **Tratado de Psicología forense**. Madrid: Siglo Veintiuno de España, 2002, p. 558-566.

ALTAVILLA, Enrico. **Psicología judiciária**: personagens do processo penal. v. II. Tradução da 4. ed. italiana, actual e muito aumen. de Fernando de Miranda. 3. ed. Coimbra: Arménio Amado, 1982.

ANASTÁCIO, Marisa Alexandra Primor. Motivações ajurídicas do sentenciar: o lado invisível da decisão. (Dissertação)– ULHT, Lisboa, 2009.

CASTEL, Robert. Billan: l'application de la loi: l'ordre des interactions et l'ordre des déterminations. In: DIGNEFFE, Françoise. **Acteur social et délinquance**: une grille de lecture du système de justice pénale. Liege-Bruxelles: Pierre Mardaga, 1990. p. 295-303.

COSTA, Afonso. **Commentario ao Código Penal Portuguez**: introdução: escolas e princípios de criminologia moderna. v. I. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1895.

COSTA, Rui Carrington da. Psicologia do testemunho: método de produção e valor psicológico da prova oral. In: **Scientia Iuridica**, Braga, Ed. Universidade do Minho, v. III, n. 12, p. 334-348, 1954.

CUSSON, Maurice. **Le contrôle social du crime**. Paris: Press Universitaires de France, 1983.

CUSSON, Maurice. De l'évolution pénale. In: **Déviance et Société**, Lyon, Ed. Persse, v. 14, n. 3, p. 315-323, 1990.

DEBUYST, Chrstzan. Representação da justiça e reacção social. In: **Análise Psicológica**, Lisboa, Instituto Superior de Psicologia Aplicada, v. IV, p. 369-376, 1986.

DÍAZ, Miguel Clemente; RÍOS MARTÍN, Julián. **Guía jurídica del psicólogo**. Madrid: Pirámide, 1995.

DOMINGOS, Ana Rita Mendes. Severidade punitiva e reincidência criminal: o caso da violência doméstica em Portugal. Tese (Doutoramento em Ciencias de la Salud)– Universidade de Murcia, Murcia, 2018.

DUBÉ, Richard; GARCIA, Margarida. L'opinion publique au fondement du droit de punir: fragments d'une nouvelle théorie de la peine? In: **Déviance et Société**, Lyon, Ed. Persee, v. 42, n. 2, p. 243-275, 2018.

FONSECA, A. C., MATOS, A.; SIMÕES, A. Psicologia e justiça: oportunidades e desafios. In: FONSECA, António Castro (Ed.). **Psicologia e justiça**. Coimbra: Almedina, 2008. p. 3-35.

FRANCK, Robert. Significação social da psicologia: III – por que se pratica a psicologia clínica? In: **Análise Psicológica**, Lisboa, Instituto Superior de Psicologia Aplicada, v. III, p. 327-352, 1983.

HERPIN, Nicolas. **Aplicação da lei**. Lisboa: Iniciativas, 1978.

JOHNSTON, C. Wayne; ALOZIE, Nicholas O. The effect of age on criminal processing: is there an advantage in being “older”? In: **Journal of Gerontological Social Work**, v. 34, issue 4, p. 65-82, 2001.

LECLERC, Chloé; TREMBLAY, Pierre. Exist-t-il une bonne métrique pénale? In: **Déviance et Société**, Lyon, Ed. Persse, v. 32, n. 4, p. 411-434, 2008.

LIMA, S. **Introdução à psicologia**. Coimbra: Machado Gonçalves, 1958.

LOURO, Maria da Conceição Cunha. Psicologia das motivações ajurídicas do sentenciar: a emergência do saber em detrimento do poder. Dissertação (Mestrado)– ULHT, Lisboa, 2008.

LOURO, Maria da Conceição Cunha. Uma perepetiva psicológico-jurídica da violência de género. Tese (Doutoramento)– Universidade de Murcia, Murcia, 2017.

LOURO, Maria da Conceição Cunha. Violência conjugal: reflexões (jus) psicológicas. In: POIARES, Carlos Alberto; URRA PORTILLO, Javier; ECHAURI TIJERAS, José Antonio; MARTÍNEZ, Ana. **La psicología jurídica en iberoamérica**: nuevos aportes de la psicología jurídica 2. Madrid: EOS, 2016. p. 35-44.

LUÍS, R. M. Motivações ajurídicas do sentenciar: a gênese da credibilidade e a convicção da decisão. (Dissertação)– ULHT, Lisboa, 2008.

MONTEIRO, Cátia da Conceição Matias. Psicologia das motivações ajurídicas do sentenciar: da fundação à especialização. Dissertação (Mestrado)– ULHT, Lisboa, 2015.

OST , François; VAN DE KERCHOVE, Michel. Les rôles du judiciaire et le jeu du droit. In: DIGNEFFE, Françoise. **Acteur social et délinquance**: une grille de lecture du système de justice pénale. Liege-Bruxelles: Pierre Mardaga, 1990. p. 271-293.

PESSOA, Alberto. **A prova testemunhal**: estudo da psicologia judiciária. Coimbra: Imprensa da Universidade, 1913/1930.

POIARES, Carlos Alberto. **Análise psicocriminal das drogas**: o discurso do legislador. Porto: Almeida & Leitão, 1998.

POIARES, Carlos Alberto. Da justiça à psicologia: razões & trajectórias. In: POIARES, Carlos Alberto (Ed.). **Sub Judice: Justiça e Sociedade: Psicologia e Justiça: Razões e Trajectos**, Coimbra, DocJuris – Centro de Documentação e Informação Jurídica, n. 22/23, p. 25-35, 2002.

POIARES, Carlos Alberto. Psicologia do testemunho: contribuição para a aproximação da verdade judicial à verdade. In: C. P. Abreu, (Ed.). **Direitos do Homem**: dignidade e justiça. Lisboa: Comissão dos Direitos Humanos da Ordem dos Advogados, Principia, 2005. p. 143-160.

POIARES, Carlos Alberto; LOURO, Maria da Conceição Cunha. Psicologia do testemunho e psicologia das motivações ajurídicas do sentenciar: da gramática teórica à investigação empírica. In: POIARES, Carlos Alberto (Ed.). **Manual de psicologia forense e da exclusão social**: rotas de investigação e de intervenção. v. I. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2012. p. 105-129.

POIARES, Nuno. **A letra e os espíritos da lei**. Lisboa: Chiado, 2016.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça**. Tradução de Carlos Pinto Correia. Lisboa: Presença, 2013.

SACAU, Ana; JÓLLUSKIN, Gloria; SANI, Aana Isabel; CASTRO-HENRIQUES, Andreia de; GONÇALVES, Salvador. A tomada de decisão judicial em contexto

criminal: a construção teórica e o debate empírico em torno do objecto. In: POIARES, Carlos Alberto (Coord.). **Manual de psicologia forense e da exclusão social**: rotas de investigação e de intervenção. v. I. Lisboa: Edições Universitárias Lusófonas, 2012. p. 75-98.

SALINAS CHAUD, Isabel. **Teoría y práctica psicológica en el ámbito jurídico**. Madrid: EOS, 2010.

SILVA, Carla Ramos. A importância do depoimento dos actores judiciários na tomada de decisão do juiz. (Dissertação)– ULHT, Lisboa, 2016.

SOUSA, Flávia Maria Mendonça. Psicologia das motivações ajurídicas do sentenciar: factos que condicionam a justiça no âmbito da decisão judicial. (Dissertação)– ULHT, Lisboa, 2016.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Noções de psicologia do testemunho**. Coimbra: Almedina, 2020.

SOUSA, Luís Filipe Pires de. **Prova testemunhal**. Coimbra: Almedina, 2013.

SOUSA, Priscila Maria Laranjo de. Psicologia do testemunho: a credibilidade dos idosos em tribunal: uma perspetiva teórico-epistemológica. Dissertação (Mestrado)– ULHT, Lisboa, 2014.

WASIK, Martin; VON HIRSCH, Andrew. Non-custodial penalties and the principles of desert. In: **Criminal Law Review**, Ed. Thomson Reuters, p. 555-572, 1988.

Submissão em: 26 de dezembro de 2022

Último Parecer favorável em: 18 de janeiro de 2023

Como citar este artigo científico

POIARES, Carlos Alberto; BRANCO, Fernando. Severidade penalizadora: a construção de um instrumento de medida. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 1, p. 16-40, jan.-abr. 2023.

EMERGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE QUINTA GENERACIÓN EN EL CONTEXTO DEL DESARROLLO SOSTENIBLE, EL ESTADO DE DERECHO Y LA GOBERNANZA DE LOS RECURSOS NATURALES, EN EL MARCO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA ENERGÍA

CLAUDIA KARINA BALDERRAMA VILLAZÓN¹
JOSÉ AQUILES BAESSO GRIMONI²
MIGUEL EDGAR MORALES UDAETA³

RESUMEN

Este artículo científico expone que el Derecho Ambiental asume un rol fundamental en la tutela jurídica de los bienes colectivos: el medio ambiente como bien jurídico protegido por la norma, entendiendo (a ese cuerpo teórico doctrinal jurídico) como ciencia o disciplina encargada de regular las acciones del ser humano en relación al medio ambiente y tutelar los recursos naturales y medio ambiente, bajo el concepto de defensa de los intereses y derechos difusos de la colectividad, mediante acciones reales tendentes a la reparación del daño ambiental y/o acciones de prevención para la mitigación de los impactos ambientales negativos de las acciones antropogénicas. El Derecho Ambiental, además de estar circunscrito en los ámbitos local y nacional, se posiciona en el contexto global, entendido como “comunidad internacional”, en el marco del Derecho Internacional Público.

Palabras clave: Derecho Ambiental, Derecho Agroambiental, Derecho Ambiental Internacional, medio ambiente, Derecho Internacional Público, Derecho Internacional de la Energía.

¹ Abogado. Candidata a Doctora, Programa de Energía y Desarrollo de la Universidad Mayor de San Simón (UMSS), Cochabamba, Bolivia. Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas de la Universidad Mayor de San Simón (Bolivia). Vicepresidenta de la Comisión de Medio Ambiente y Recursos Naturales de la Federación Interamericana de Abogados (FIA). Docente de la carrera de Ciencias Jurídicas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UMSS. e-mail: claudiambiental@gmail.com

² Ingeniero. Prof. Dr. Livre Docente del Departamento de Engenharia de Energia e Automação Elétricas da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (PEA/EPUSP), São Paulo, Brasil. e-mail: aquiles@pea.usp.br

³ Ingeniero. Prof. Dr. de Posgrado e Investigador del Grupo de Energia do Departamento de Engenharia de Energia e Automação Elétricas da Escola Politécnica da Universidade de São Paulo (GEPEA/EPUSP), São Paulo, Brasil. e-mail: udaeta@pea.usp.br

ABSTRACT

This scientific article exposes that Environmental Law assumes a fundamental role in the legal protection of collective assets: the environment as a legal asset protected by the norm, understanding (this legal doctrinal theoretical body) as a science or discipline in charge of regulating the actions of the human being in relation to the environment and protect the natural resources and environment, under the concept of defense of the interests and diffuse rights of the community, through real actions aimed at repairing environmental damage and/or prevention actions for the mitigation of the negative environmental impacts of anthropogenic actions. Environmental Law, in addition to being circumscribed in the local and national spheres, is positioned in the global context, understood as the "international community", within the framework of Public International Law.

Keywords: Environmental Law, Agro-environmental Law, International Environmental Law, environment, Public International Law, International Energy Law.

1 INTRODUCCIÓN

El siglo XXI plantea nuevos retos no solamente en la necesidad de poder integrar las economías para impulsar el desarrollo, sino en la prioridad de encarar el desarrollo sostenible de manera igualitaria, solidaria, equitativa, integral e inclusiva, en sus diversas dimensionalidades, como ser ambiental, ecológica, social, política, jurídica y económica e inclusive climática, siendo la gobernanza de los recursos naturales una prioridad para impulsar el ansiado desarrollo en el contexto de la sustentabilidad.

La pandemia, la crisis climática y humanitaria y el colapso económico mundial, exigen asumir nuevos desafíos de gestión ambiental, reconducción de las políticas públicas y reforzamiento del Estado de Derecho, dentro del marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y la Agenda 2030. Articulando al Derecho Ambiental⁴ como instrumento de tutela de los recursos naturales y medio ambiente, bajo el principio de “gobernanza”, para garantizar la sostenibilidad y conservación del patrimonio natural, considerando a la Ley como instrumento de ingeniería social en la emergencia de nuevos derechos colectivos de quinta generación como el “derecho de acceso a la energía” y el fortalecimiento del Estado de Derecho y de sus instituciones y componentes que

⁴ La Constitución Política del Estado Plurinacional del 2009, promulgada por el presidente Evo Morales, establece cuatro jurisdicciones: Ordinaria, Agroambiental, Indígena-originaria-campesina y Especiales o Especializados. La legislación en materia ambiental corresponde a la jurisdicción agroambiental de la que deriva en el plano teórico el ámbito jurídico: Derecho agroambiental.

forman parte, en el mejoramiento de la calidad de vida de los seres humanos que habitamos el planeta Tierra.

El Derecho Ambiental asume un rol fundamental en la tutela jurídica de los bienes colectivos: el medio ambiente como bien jurídico protegido por la norma, entendiendo (a ese cuerpo teórico doctrinal jurídico) como ciencia o disciplina encargada de regular las acciones del ser humano en relación al medio ambiente y tutelar los recursos naturales y medio ambiente, bajo el concepto de defensa de los intereses y derechos difusos de la colectividad, mediante acciones reales tendentes a la reparación del daño ambiental y/o acciones de prevención para la mitigación de los impactos ambientales negativos de las acciones antropogénicas. En ese marco referencial conceptual, el Derecho Ambiental, además de estar circunscrito en los ámbitos local-nacionales, debe posicionarse en el contexto global, entendido como “comunidad internacional”, en el marco del Derecho Internacional Público.

Actualmente, frente a los desafíos climáticos, humanitarios, sociales, políticos y económicos, mantener el equilibrio ambiental es un reto cada vez más complejo de lograr, agravado por la vulneración de la seguridad alimentaria y energética del mundo. Por eso surge el concepto de “gobernanza de los recursos naturales”, que adquiere cada vez mayor importancia para garantizar la disponibilidad a corto, mediano y largo plazo de los recursos naturales, para abastecer a la humanidad, convirtiéndose en una necesidad de alta prioridad y responsabilidad global.

Los ODS y la Agenda 2030 para el desarrollo sostenible proponen eliminar la pobreza, proteger al planeta, conservar los recursos naturales y garantizar que todas las personas disfruten de una adecuada calidad de vida. Actualmente es fundamental la articulación de estas metas con el Estado de Derecho como basamento institucional y elemento de cohesión para impulsar y asegurar la sostenibilidad del medio ambiente y el bienestar de la humanidad en una mirada estratégica del corto, mediano y largo plazo.

2 EL ESTADO DE DERECHO EN MATERIA AMBIENTAL

La siguiente definición de este enfoque es crucial para avanzar en la construcción del desarrollo sostenible y la tutela de los derechos humanos:

El Estado de Derecho en Materia Ambiental es fundamental para la paz, el bienestar social y económico. Es indispensable para asegurar desarrollar

resultados justos y sostenibles y garantizar los derechos fundamentales para un ambiente sano en las Américas. Los elementos que constituyen la norma ambiental del derecho ambiental incluyen, entre otras cosas, leyes adecuadas y aplicables, acceso a la justicia y la información, equidad de la participación pública e inclusión, rendición de cuentas, transparencia, responsabilidad por los daños ambientales, aplicación justa y equitativa y los derechos humanos (OEA, 2015, p. 15).

Los resultados esperados se accionan, en materia jurídica, con el instrumento normativo de la Ley, entendida ésta como instrumento de ingeniería social que contempla el principio “*in dubio pro natura*” para la aplicación y cumplimiento de la legislación ambiental y la emergencia de nuevos marcos regulatorios con base en la realidad empírica que demandan la emergencia de instrumentos regulatorios y el reconocimiento de derechos de quinta generación en materia ambiental.

El Estado de Derecho debe comprender elementos como:

Respeto y la aplicación de leyes y convenios ambientales como medio para garantizar el derecho al medio ambiente sano, al cual los ciudadanos de las Américas y del mundo tienen derecho.

Asegurar que todos estos elementos se unan y ofrezcan más derechos para más gente es una responsabilidad común de los legisladores, parlamentarios, jueces, abogados, fiscales generales y en última instancia la misma gente. Se requiere un enfoque integral de la sociedad, que incluye a los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado para hacer frente a los desafíos de nuestro tiempo (OEA, 2015, p. 5).

El principal desafío es el cumplimiento efectivo del marco legal e institucional para garantizar el Estado de Derecho en Materia Ambiental, además del ejercicio del derecho de acceso a la información ambiental y a la justicia ambiental, bajo los marcos del Acuerdo de Escazú, fundamentales para resguardar los derechos e intereses difusos colectivos, los cuales deben ser acompañados de procesos de transparencia y participación, como bien señala Bryner.

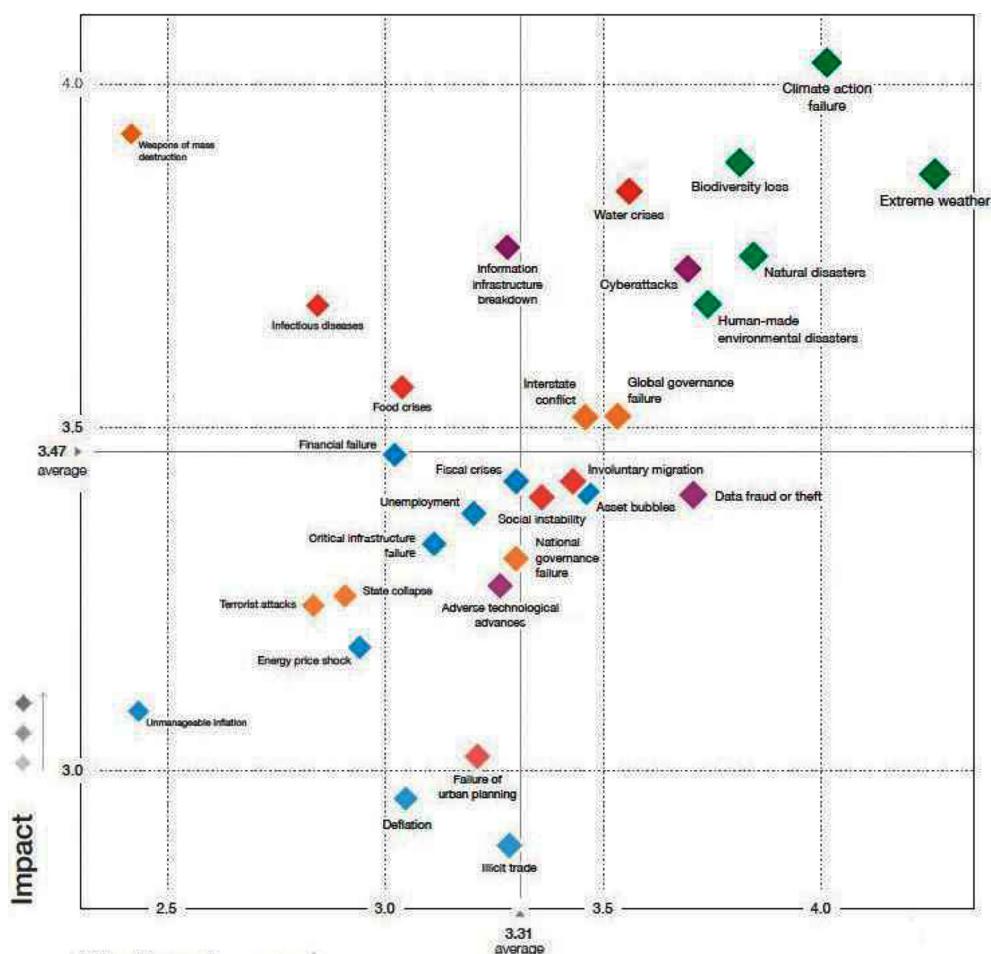
La naturaleza fundamental del Estado de Derecho se basa en la idea de que las sociedades deberían ser gobernadas por un conjunto de reglas y normas justas que se aplican de forma equitativa a todos. Con este fin, el Estado de Derecho incorpora principios como la justicia, la rendición de cuentas, la imparcialidad y la equidad, entre otros (OEA, p. 174), lo que debe aplicarse también a nivel local, nacional e internacional. Desde el mundo académico se propugna, y también desde los sectores sociales más empobrecidos, la necesidad de que gobieren las normas justas y en forma equitativa. Es necesario desarrollar cada vez más la cultura del derecho, la cultura de la

democracia y de la realización colectiva, a partir de la defensa del Estado de Derecho y más aún del Estado de Derecho Constitucional.

3 LA CRISIS GLOBAL PLANETARIA

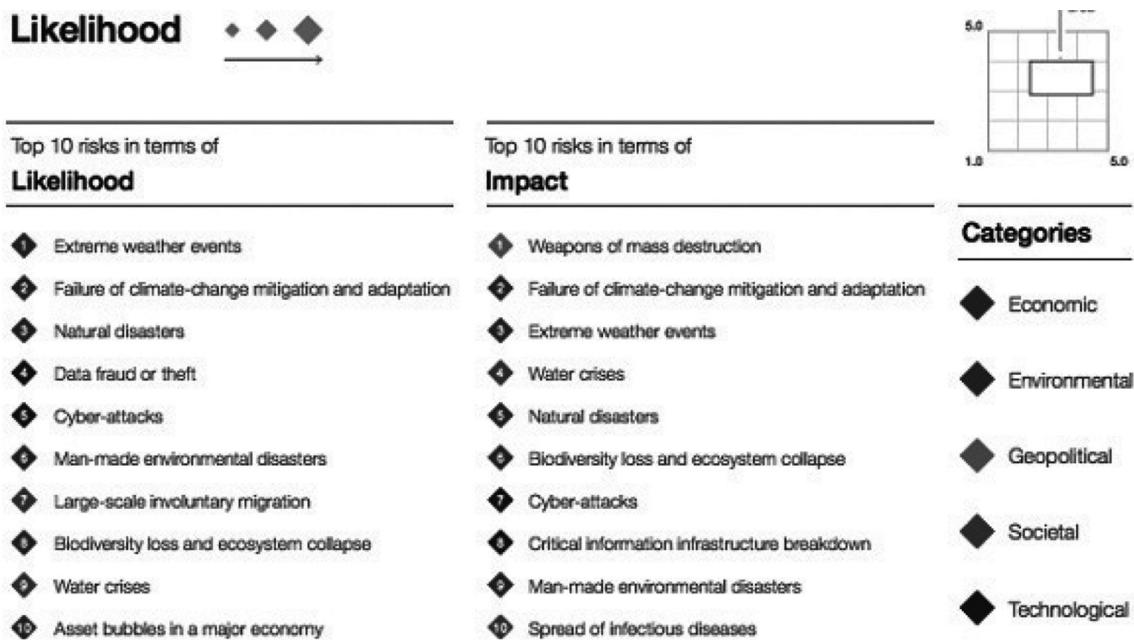
La crisis global planetaria (ver Imagen 1) es fuente de diversos efectos negativos en el abastecimiento de recursos naturales a escala mundial: la incidencia de una geopolítica de la crisis y las vulneraciones a la seguridad alimentaria y energética, son algunos de los eventos más evidentes que generan una suerte de efecto dominó con consecuencias que se tornan en peligrosamente insalvables y de incidencia a mediano y largo plazo como altamente desfavorables para el planeta y el futuro de la humanidad.

Imagen 1
Crisis global planetaria



Fuente: The Global Risks Report 2020, 15th Edition, World Economic Forum's.

Imagen 2
Ponderación de riesgos planetarios



Fuente: The Global Risks Report 2020, 15th Edition, the World Economic Forum's.

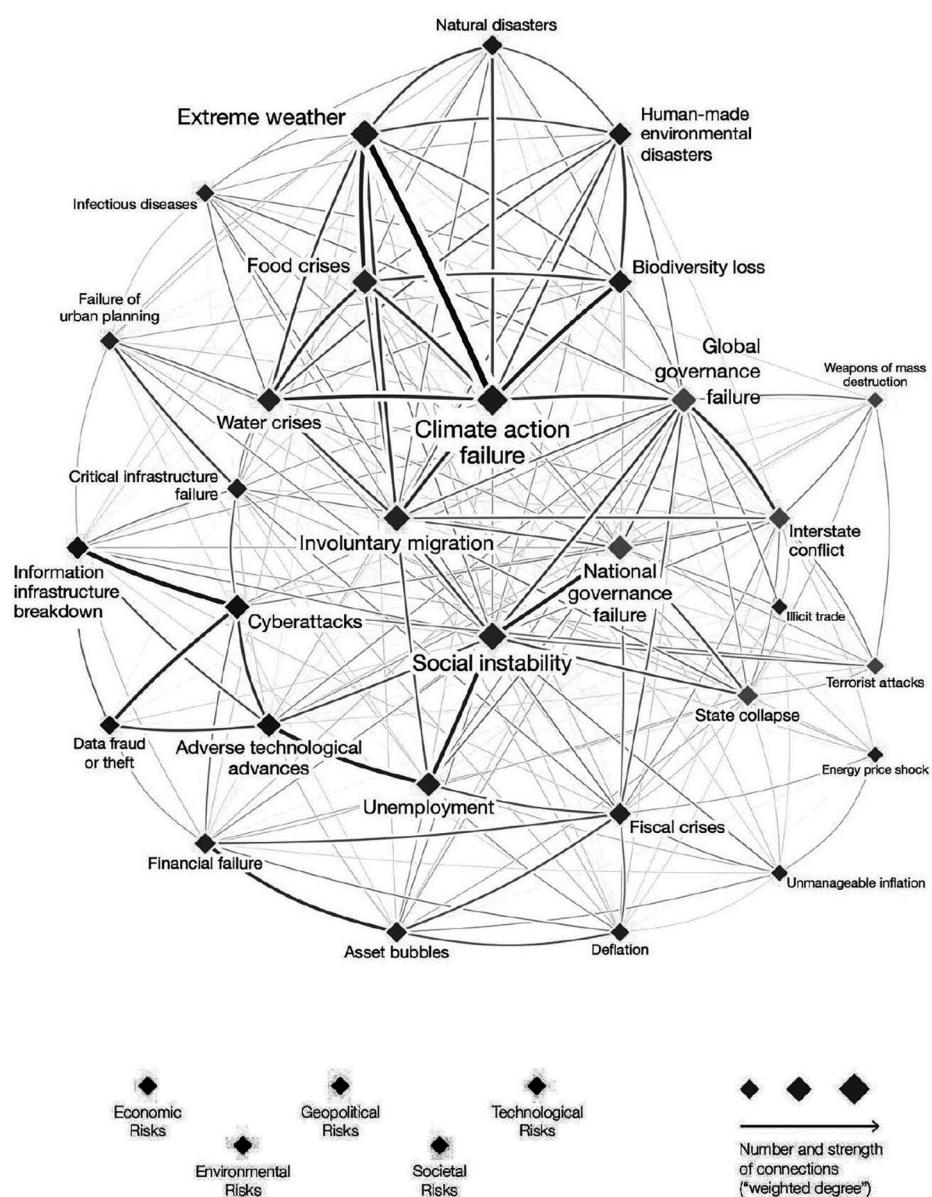
En la imagen 2 se exponen resultados de los riesgos globales inminentes plasmados en el reporte denominado “The Global Risks Report 2020”, 15th Edition, emitido por the World Economic Forum's.

El escenario es altamente preocupante, no solamente por los riesgos observados, como ser clima extremo, cambio climático, desastres naturales, pérdida de biodiversidad, crisis del agua, entre otros, sino también por sus interconexiones y efectos simultáneos que configuran nuevas causas que apuntan a un círculo perverso de permanente crisis. Esto plantea una constante crisis que afecta a los procesos sistémicos planetarios con impactos a nivel colectivo por acciones muchas veces de escala individual, pero que su incidencia a nivel ambiental es mayor (y viceversa); en esas interconexiones se configuran escenarios de generación de riesgos globales (Ver Imagen 3). La sinergia ambiental producida en el conjunto de los procesos dinámicos naturales es imprevisible en el futuro y la incertidumbre genera un escenario complejo.

La discusión de estos escenarios debe conllevar la generación de espacios de debate, investigación y la búsqueda de propuestas alternativas vinculadas al respeto del Estado de Derecho de los países y a su sentido de cooperación

internacional, tutelando derechos humanos en constante evolución, sin desconocer la emergencia de los derechos de quinta generación, que impulsan el reconocimiento de normativas supranacionales de gobernanza ambiental global, mediante mecanismos legales y bajo el reconocimiento de la dignificación de las condiciones del ser humano, que requerirán un rediseño de la visión paradigmática de las políticas ambientales y del enfoque de desarrollo.

Imagen 3
Interconexiones de los riesgos globales



Fuente: The Global Risks Report 2020, 15th Edition, the World Economic Forum's

El desafío es cómo gestar procesos de gobernanza ambiental mundial frente a las amenazas externas que vulneran a los derechos humanos fundamentales reconocidos, como el derecho a la vida, a un medio ambiente saludable y a la seguridad alimentaria, entre otros.

4 LOS OBJETIVOS DE DESARROLLO SOSTENIBLE, LA AGENDA 2030 Y LOS ESG COMO INSTRUMENTOS DE GESTIÓN AMBIENTAL

La racionalidad económica entendida como modelos de desarrollo nos induce a prácticas depredadoras e insustentables en el uso de los recursos naturales de la región, bajo lógicas de racionalidad económica; como, “[...] la concepción del desarrollo de las fuerzas productivas que privilegia al capital, al trabajo y al progreso técnico, así como los factores fundamentales de la producción que destierran de su campo a la cultura y la naturaleza” (LEFF, 1998, p. 1). Dicha concepción relegó a la naturaleza a una condición única de medio, destinada a satisfacer las necesidades humanas mediante una utilización indiscriminada y caótica de sus recursos naturales (BALDERRAMA, 2003, p. 53).

Siendo necesario implementar la racionalidad ambiental que impulsa el concepto de desarrollo sostenible en los procesos económicos, emergiendo la metodología denominada Environmental, Social y Governance (ESG), como un instrumento que coadyuva a que tanto proyecto de inversión, planes, políticas e incluso la gestión de instituciones públicas y privadas contemplen en su planificación y ejecución los principios fundamentales de protección ambiental, mediante reportes no financieros sobre su desempeño ambiental.

Las empresas deberán incluir en sus informes anuales los impactos sociales, ambientales y sus mecanismos de gobernanza ambiental. Es lo que viene a denominarse los Estados del Informe No Financieros (EINF).

Estos instrumentos de gestión y protección ambiental acompañados de los 17 ODS y la agenda 2030, se integran de manera adecuada con la metodología ESG (Ver Imagen 4).

Imagen 4
Integración de los ODS y los ESG



Fuente: <https://www.managementsolutions.com/sites/default/files/publicaciones/esp/impacto-social-principios-esg.pdf>

En el caso de la gestión de empresas y proyectos de inversión (Ver Imagen 5), la dinámica debe también precautelar al medio ambiente y a los recursos naturales en sus relacionamientos con proveedores o inversores.

Imagen 5
Dinámicas de la metodología ESG



Fuente: <https://www.managementsolutions.com/sites/default/files/publicaciones/esp/impacto-social-principios-esg.pdf>

ESG procura la inclusión de elementos de buen gobierno en las instituciones, de acuerdo a estándares internacionales de referencia del Global Reportind Initiative como el impulso a la transparencia, la rendición de cuentas, la promoción de buenas prácticas, la lucha contra la corrupción y el fraude, entre otros. Por lo tanto, su aplicación no solamente está acompañada del respeto hacia el medio ambiente sino también del afianzamiento del Estado de Derecho.

5 LA IMPLICANCIA DEL DERECHO AMBIENTAL INTERNACIONAL

En el caso de América Latina y el Caribe, Raúl Brañes señala la relevancia de establecer un marco internacional apropiado que colabore a que no se modifique el equilibrio ecológico que hace posible la vida en el planeta Tierra, mediante el Derecho Internacional y sus fundamentos de cooperación internacional en un plano global, regional, subregional y bilateral (BRAÑES BALLESTEROS, 1994, p. 666).

En este contexto el Derecho Ambiental Internacional (DAI) desde sus inicios en el contexto internacional, a través de la Organización de Naciones Unidas, para tutelar el bien común, desde la Cumbre de Estocolmo de 1972, que consolida el Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (PNUMA). La Cumbre de Río de Janeiro de 1992, que posiciona el nuevo paradigma de “desarrollo sostenible” e instrumentos fundamentales como la Agenda 21.

La Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible de Johannesburgo de 2002, que proclama la Declaración sobre el Desarrollo Sostenible como instrumento de erradicación de la pobreza con un enfoque jurídico-económico, de acción pública y privada, entre otras cumbres internacionales hasta la actualidad priorizan establecer mecanismos jurídicos, normativos y legales que fortalezcan al Estado de Derecho para la acción conjunta de protección ambiental, conservación de los recursos naturales, prevención y mitigación ambiental, uso racional y sostenible de los recursos, exigiendo mayor atención por parte de los gobiernos del mundo y de los organismos internacionales en la defensa y consolidación de los principios de cooperación y sostenibilidad ambiental, social, ecológica, política, económica, entre otros.

Sin embargo, pese a los esfuerzos de la comunidad internacional en el tema ambiental, la crisis humanitaria gestada por conflictos bélicos, humanitarios, climáticos, sociopolíticos y de otra índole, replantea la capacidad de los Estados de Derecho para hacer frente a estos escenarios complejos requiriéndose el uso

de la ley para el fortalecimiento de las instituciones el Estado de Derecho, la apertura de canales de integración regional y mundial y la definición de políticas de gobernanza global de los recursos naturales que garanticen tanto la seguridad alimentaria como la energética, el acceso al agua, la protección del derecho a un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible, entre otras demandas legítimas de la población humana.

En la actualidad, el medio ambiente y los ecosistemas naturales se ven presionados, no solamente por las formas de producción y consumo de los recursos naturales, sino también a consecuencia de los riesgos globales que obligan a los seres humanos a migrar de manera forzosa para poder subsistir, por diversos factores políticos, bélicos, económicos, climáticos, etc.

6 EMERGENCIA DE LOS DERECHOS HUMANOS DE QUINTA GENERACIÓN

El concepto de “*integración*” como instrumento de consolidación, cooperación e integración no solamente física, económica y política, sino también como un instrumento jurídico de consolidación del desarrollo sustentable de las regiones, está vinculado también al principio de progresividad de los derechos humanos colectivos que tienen sustento en el Derecho Internacional Público que contempla la obligación de los Estados de lograr el desarrollo progresivo y la tutela de los derechos económicos, sociales, ambientales y culturales, entre otros, del ser humano, mediante entornos deseables de un nuevo estilo de desarrollo, más abierto y participativo en la Agenda 2030 y los 17 Objetivos del Desarrollo Sostenible (CEPAL, 2018), con dimensiones más igualitarias, civilizatorias, inclusivas y universales.

La finalidad es alcanzar mayor inclusión económica, ambiental y social, con el enfoque de derechos y acceso universal a la protección social, que las aspiraciones sociales básicas sean cubiertas cada vez más y que la erradicación de la pobreza, la seguridad alimentaria y la nutrición sean prioridad en la definición de políticas públicas.

En este nuevo contexto, la emergencia de un nuevo derecho colectivo de quinta generación, denominado “derecho a la seguridad energética” y/o “derecho a la integración energética”, requerirá de la consolidación de regiones energéticas, así como de estructuras y lineamientos jurídicos supranacionales envestidos de “gobernanza” de políticas supranacionales, para lograr niveles de vida compatibles con la doctrina de los Derechos Humanos en el marco del desarrollo sostenible.

Antônio Augusto Cançado Trindade, en su libro *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, se refiere a la efectividad de los tratados sobre Derechos Humanos en el Estado de Derecho, señalando que el cumplimiento de las obligaciones convencionales internacionales de protección requiere efectivamente el concurso de los órganos internos de los Estados, y éstos son llamados a aplicar las normas internacionales. Es este el trazo distintivo más marcado de los tratados de derechos humanos, cuya especificidad propia requiere una interpretación guiada por los valores comunes superiores que abrigan. Con la interacción entre el derecho internacional y el derecho interno en el presente contexto, los grandes beneficiarios son las personas protegidas (TRINDADE, 2007).

Más aún, si se considera que los recursos naturales no renovables, como el petróleo y el gas, fueron y serán la base para impulsar el desarrollo de los pueblos. Sin embargo, debido a su agotamiento paulatino, ocasionado por los modos de producción y consumo –irracional–, por ende la generación de problemas ambientales, la dependencia energética, entre otros factores, determinan la necesidad de búsqueda de alternativas energéticas menos contaminantes, como la generación energética mediante fuentes renovables, por una parte, y también la búsqueda de escenarios de cooperación energética, para poder mitigar la crisis energética que acontece en la actualidad. Donde la Integración Energética (IE), entendida, según la Asociación Latinoamericana de Integración (ALADI), como el “Proceso de interconexión estratégica de las redes de energía en corredores internacionales, que permite, bajo un marco normativo común y servicios adecuados, su circulación ágil y eficiente dentro de un determinado espacio de integración.” (RIVERA BANUET, 2006, p. 19), asume un rol indispensable en la construcción del desarrollo en el marco de la sustentabilidad.

Por ende, son los marcos regulatorios pilares fundamentales para iniciar el proceso y la concreción de la Integración Energética, sin descartar los fundamentos institucionales, el rol de los actores, entre otros, como instrumentos de consolidación y fortalecimiento de la IE. Antônio Celso de Abreu Júnior señala:

[...] un modelo energético con los patrones de producción y consumo compatibles con las necesidades económicas, con garantía de acceso universal a la energía y matriz energética adecuada, para el uso racional de los recursos naturales es el principal desafío de los actuales gobernantes para enfrentar las principales preocupaciones de carácter global: la seguridad del suministro, la dependencia energética y el cambio climático, pues son pocos los países que disponen de estos recursos en su totalidad, como reservas naturales están distribuidas en varias regiones del mundo (ABREU JÚNIOR, 2015, hojas 25).

En la reciente actualidad el mundo se ha visto sumido en la pandemia de Covid-19, donde el uso y la necesidad de contar con sistemas energéticos eficientes se convirtió en una necesidad fundamental para enfrentar la crisis sanitaria, la misma que supondrá un cambio estructural y reconstrucción de paradigmas. La energía mueve el universo, la vida, la economía de los países, el desarrollo y bienestar del ser humano, donde la capacidad de resiliencia y generación de conocimientos y tecnología e innovación, son un reto del futuro.

Por lo tanto, se requiere la proposición y el debate de la emergencia de los derechos humanos de quinta generación, como base de los paradigmas de políticas de regulación energética en el marco de la IE, en un nuevo escenario de discusión para la generación de conocimientos sustentados en el desarrollo sostenible y los derechos humanos que determinan las evidencias de la necesidad de desarrollar instrumentos y canales regulatorios, a través de tratados, acuerdos y/o convenios, entre otros, que condicione y permitan el accionar colateral de varios países, en relación a la IE, en el marco de los derechos de quinta generación entendidos como la reivindicación del surgimiento de nuevos derechos como el derecho a la seguridad energética y/o el derecho a la integración energética. Por eso la necesidad del reconocimiento de la dignidad de la persona como principio jurídico constitucional es fundamental para la tutela jurídica de los otros derechos humanos vinculantes que resguardan la dignidad humana.

7 LA ENERGÍA COMO FACTOR DE DESARROLLO

La evolución del ser humano durante millones de años, está íntimamente vinculada con las distintas clases de energía de las que pudo disponer en cada época de su evolución.

La contaminación generada y acumulada a lo largo de los años, iniciada por la Revolución Industrial y profundizada por la explotación irracional de los recursos naturales renovables y no renovables, da lugar a la discusión entre el modelo de desarrollo económico y los problemas ambientales emergentes, siendo urgente la búsqueda de un nuevo paradigma de desarrollo.

A pesar de ello, la generación de energía, mediante el uso de recursos fósiles, es insostenible, debido a diversos factores como el agotamiento de los yacimientos de los recursos no renovables, que son limitados, vulnerando la seguridad energética de varios países a mediano y largo plazo. El ser humano continúa con una peligrosa dependencia en su uso, sin asumir los problemas de contaminación ambiental que acarrea.

La energía es la base del desarrollo de los países y a medida que su uso se hace cada vez más indispensable en la vida del ser humano, el prescindir de ella es imposible, debido a que el acceso a la “energía” permite el ejercicio y desarrollo de otros derechos humanos fundamentales, vinculados a la calidad de vida de los seres humanos, permitiendo el mantenimiento de la vida misma.

Por ende, la energía genera profundas transformaciones en las sociedades, como señala Lembo en su libro “Energía y sistema multilateral de comercio: el paradigma del desarrollo sostenible”, debido a que en el proceso de sustitución de leña, biomasa primaria por carbón, generación de energía de origen fósil, cuyo advenimiento tuvo lugar en Inglaterra, en la segunda mitad del siglo XVIII, con la Revolución Industrial.

Desde el siglo XIX, el uso de los recursos no renovables como el carbón y el petróleo, combustibles que ya estaban presentes en todos los países industrializados, inició un cambio en la matriz energética, con múltiples beneficios (en el aspecto de desarrollo económico) y también devastadoras consecuencias (en el tema ambiental). Estos combustibles eran empleados en máquinas de vapor, plantas de energía eléctrica, producción de gas natural, iluminación urbana y residencial. Se puso en marcha una verdadera revolución energética, ya que la extracción y el transporte de leña no solamente se volvieron más caros, ya que su fuente estaba en regiones alejadas de las ciudades, sino que ya no cubrían las necesidades de la nueva sociedad, que se formó, evolucionó y se desarrolló (LEMBO, 2015).

Los países requieren de la “energía” para impulsar su desarrollo y garantizar su seguridad energética. El comercio internacional de la energía se genera por la oferta y la demanda causadas por la industrialización y la facilidad de movimiento del mineral desde sus diferentes orígenes productores hasta sus diversos destinos de consumo. El uso de otras fuentes de energía está relacionado con la facilidad con la que sería comercializado y transportado el recurso energético.

8 HACIA LO GOBERNANZA GLOBAL DE LOS RECURSOS NATURALES

Según Balderrama, la gobernanza de los recursos naturales implica la comprensión de:

La gobernanza mundial, entendida como punto de partida y el término gobernanza entendido como la capacidad del Estado, en cuanto poder

legítimo y con autoridad, para gobernar y tomar decisiones en favor del bien común. Sin embargo, la gobernanza va más allá, en la medida en que nutre a las instituciones con la capacidad y la intención de interactuar en un cambio de paradigma en la relación del Estado con los mercados y con la sociedad civil. Una gobernanza fortalecida requiere un cambio en la concepción sobre el papel que deben desempeñar el gobierno y el Estado como puntos de referencia de la organización política e institucional de los países, en la medida en que gobernanza es sinónimo de buen gobierno, entendida como un “esfuerzo consciente que contribuye a la generación de instituciones fuertes y, al mismo tiempo, fomenta el desarrollo de normas, procesos y conductas consistentes en el ejercicio del poder con participación, responsabilidad, efectividad y coherencia. Se trata, en el caso de los recursos naturales, de la construcción de instituciones y la formulación de estrategias y políticas capaces de ordenar y dirigir dichos recursos a través de acuerdos que faciliten la mejora de las oportunidades para lograr un desarrollo pleno y sostenible. La buena gobernanza está destinada a convertirse en el principal instrumento con que cuentan los países de América Latina y el Caribe para cambiar la orientación que se ha dado hasta hoy al manejo económico y fiscal de los recursos naturales y avanzar en el camino de la equidad, la sostenibilidad, los derechos humanos y la protección de la naturaleza. Constituye, finalmente, una perspectiva segura de cambio del paradigma de desarrollo, para transitar hacia uno pleno y con igualdad, en beneficio de las generaciones actuales y de las que vendrán” (BALDERRAMA et al, 2017, p. 11).

En definitiva, es el buen gobierno del sistema de relaciones que interactúan en el desenvolvimiento de la actividad, de una manera amplia (OLADE, 2008). La consolidación de gobernanza de políticas supranacionales que logren acordar un pacto global que se solidarice con las generaciones venideras, que enfrentarán un escenario más incierto y con mayor escasez de recursos naturales, significa, además, abogar por la celebración de acuerdos internacionales (comerciales, ambientales y sociales) que respeten el principio de responsabilidades comunes, pero diferenciadas, en aras de cerrar asimetrías a nivel global y evitar que sean los pobres o los países más vulnerables los que terminen asumiendo los mayores costos.

El objetivo es alcanzar una prosperidad compartida y sociedades más inclusivas. Para todo lo anterior se necesitan liderazgos representativos, con legitimidad política para fortalecer el ámbito multilateral y lograr una mejor gobernabilidad del desarrollo. Se precisa una gobernabilidad global, universal e inclusiva que refleje los intereses, necesidades y objetivos de toda la comunidad internacional.

Es menester compatibilizar los diferentes acuerdos y tratados internacionales existentes y avanzar hacia una mayor coherencia entre las negociaciones y los compromisos asumidos en los distintos foros internacionales, ya sean

comerciales, climáticos, ambientales, sociales o financieros. Se debe buscar una nueva forma de pactar estos cambios, en tiempos más cortos y con metas muy definidas, acompañadas de una instancia de rendición de cuentas inclusiva y eficiente (OLADE, 2008).

La plataforma de la integración es un escenario de cohesión en políticas ambientales.

Otro elemento viabilizador de la integración es el concepto de supranacionalidad, entendida como la delegación de soberanía en un organismo multilateral, que busca el bien común, mediante el concepto de integralidad, gobernanza y democracia, considerando que los sistemas de integración regional son cada vez más importantes en todo el mundo, ya que podrían actuar como defensores o promotores de la democracia, el estado de derecho y el respeto de los derechos humanos colectivos entre sus miembros. Argumentos como los de integración y democracia en el contexto difuso-legal corroboran más allá de las ideas, tal como se sustenta en Nyman-Metcalf y Papageorgiou (2015). Desde esta perspectiva se puede afirmar que la integración es un tipo de regionalismo que facilita a la región a transformarse en un actor relevante del sistema y sobrepasa al modelo exclusivamente intergubernamental. Es un proceso en el que se transfieren expectativas de beneficio, desde los actores locales que componen el Estado (trabajadores, diplomáticos, empresarios, parlamentarios, ambientalistas, estudiantes, militares, etc.) hacia una entidad supranacional. Siendo fundamental que los tomadores de decisiones posean la voluntad política de integrarse, ya que en un proceso de esta magnitud los Estados miembros intentan construir una cosmovisión común. (SERRANO, 2008). Por ende, las políticas de regulación nacional deben ser fundamentalmente coherentes con los compromisos asumidos, a través de los distintos tratados internacionales, jurídicamente vinculantes, suscritos con otros Estados, y en ese entendido lo reconocen los distintos países de la región, cuando insertan en sus Constituciones este principio de acatamiento jurídico a los Tratados y Convenios suscritos en el marco del Derecho Internacional. Por ejemplo, la Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, en lo referente a la jerarquía normativa señala, en su artículo 410 parágrafo II: "... el bloque de constitucionalidad está integrado por los Tratados y Convenios Internacionales, en materia de Derechos Humanos y las normas de Derecho Comunitario ratificadas por el país...", estableciéndose que la aplicación normativa debe acatar esta jerarquía jurídica, esbozada en la Constitución Política del Estado, es decir, la Constitución como la norma suprema del ordenamiento jurídico boliviano, precedida por los Tratados Internacionales (CPE de Bolivia 2009). (BALDERRAMA et al, 2019, p. 29).

Estos argumentos refuerzan la idea matriz de hacer el mayor esfuerzo por seguir con la apuesta de la integración como un magnífico escenario de cohesión en políticas ambientales latinoamericanas y mundiales.

9 EL NUEVO CONTEXTO DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LA ENERGÍA

El acceso a la energía está vinculado al ejercicio de derechos humanos, reconocidos y relacionados con el bienestar y la vida digna de los ciudadanos que conforman el Estado. La necesidad de establecer un marco legal específico regional, plasmado en un instrumento bilateral que además de regular las acciones de las partes otorgue el reconocimiento a los derechos humanos emergentes, como los de quinta generación, vinculados al concepto de seguridad energética, bajo principios de la sustentabilidad. Los instrumentos regulatorios viabilizan y condicionan la integración energética en el marco del Derecho Internacional Público, en el cual emerge el nuevo Derecho Internacional de la Energía.

Se vislumbra la compresión de la gobernanza como un esfuerzo consciente que contribuye a la generación de instituciones fomentando el desarrollo de normas y procedimientos de un ejercicio del poder participativo y efectivo, de tal manera que instituciones y estrategias y políticas ordenen en el caso de los recursos energéticos (naturales) acuerdos que signifiquen oportunidades en el marco de un desarrollo sostenible. Además, la gobernanza debe implicar avanzar en equidad (incluyendo los derechos humanos) y en la protección de la naturaleza. Conclusivamente se tiene que dotar de gobernanza a las políticas supranacionales de manera operativa y jurídica, más aún cuando involucran derechos humanos colectivos, como el derecho de acceso a la energía, otorgando a estas políticas el respaldo jurídico necesario para su implementación. En materia de derechos humanos, en general, se cuenta con un orden jurídico sólido, en el cual las Constituciones Políticas de los Estados otorgan jerarquía jurídica de aplicación después de la misma, por lo que su consolidación es operativa, directa e inmediatamente aplicable, en cada país miembro.

La pandemia del Covid-19 develó la importancia de contar con servicios básicos de saneamiento y la necesidad de conservar las vacunas en el ámbito de la prevención sanitaria. Para combatir a la pandemia ahora más que nunca la energía y la seguridad energética se convierten en un tema indiscutiblemente prioritario, así como el acceso al ejercicio del derecho humano de “acceso a la energía” para el desarrollo de las condiciones dignas del ser humano.

10 CONCLUSIONES

Por todo lo anterior se finaliza con las siguientes conclusiones.

La actual crisis sanitaria, la desaceleración y el lento crecimiento económico mundial, las desigualdades sociales y la degradación ambiental, entre otros factores, pusieron en evidencia que el mundo se enfrenta a desafíos sin precedentes para la comunidad internacional. El mundo está frente a un cambio de época, replanteo de paradigmas y teorías, por lo que no se puede continuar con los mismos patrones de producción, energía y consumo que ya no son viables. Es necesario transformar el paradigma de desarrollo dominante en uno que nos lleve por la vía del desarrollo sostenible, inclusive, solidario y con visión de largo plazo.

La energía es fundamental para abordar casi todos los grandes desafíos y oportunidades de la región, ya sea para fomentar el empleo, mejorar la seguridad, combatir el cambio climático, asegurar la producción de alimentos o mejorar la calidad de vida de la población.

El reconocimiento y la protección de los derechos de quinta generación, no solamente en el ámbito interno de los Estados sino también a nivel internacional, mediante la adopción de instrumentos internacionales declarativos con el respaldo de la comunidad internacional que concibe el respeto a estos derechos como un elemento constitutivo del bien común internacional, son fundamentales para su tutela.

América Latina y el Caribe ocupan un lugar clave en el contexto global debido a su amplia dotación de recursos naturales estratégicos para transitar hacia una mayor disponibilidad de energías renovables, lograr los objetivos climáticos globales y combatir al cambio climático mediante escenarios de integración energética. Este nuevo protagonismo implica aprovechar adecuadamente la nueva demanda global de ciertos recursos naturales para generar un desarrollo más sostenible y con igualdad.

En la región, el reto del desarrollo radica en compatibilizar el crecimiento económico con los cambios en el patrón de producción y consumo de energía necesarios para desacoplar dicho crecimiento del aumento de las emisiones de gases de efecto invernadero, dando mayor espacio a las fuentes renovables de energía, sobre todo en el transporte, y aumentando la eficiencia de la estructura productiva y del funcionamiento de las ciudades.

Además, se deben aumentar el acceso y la asequibilidad de la energía para las personas más pobres, garantizando el respeto de los derechos humanos reconocidos y los emergentes de quinta generación, en el marco de una gobernanza efectiva de los recursos naturales. El desarrollo del sistema financiero y de marcos regulatorios es fundamental para avanzar en la renovación de la matriz energética y construir infraestructura resiliente, sostenible e inclusiva.

Finalmente, reconocer a la energía como derecho humano y el reconocimiento de la justicia energética como valor jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

ABREU JÚNIOR, Antônio Celso de. **A integração da indústria de energia elétrica na América do Sul:** análise dos modelos técnicos e de regulamentação. Dissertação (Mestrado em Engenharia Elétrica)– Universidade de São Paulo, São Paulo, 2015.

BALDERRAMA, Claudia. **Hacia una gestión ambiental participativa y jurídica en Bolivia.** La Paz (Bolivia): LIDEMA / Soipa, 2003.

BALDERRAMA, Claudia; MORALES UDAETA, Miguel Edgar; BAESSO GRIMONI, José Aquiles; SILVA, Vinícius Oliveira da. Análisis de elementos regulatorios de la integración energética considerando el Derecho Difuso. In: **Revista ESPACIOS**, v. 38, n. 36, 2017.

BALDERRAMA, Claudia; SILVA, Vinícius Oliveira da; ORELLANA, Renán; MORALES UDAETA, Miguel Edgar. Análisis elemental en integración energética entre naciones en el marco de la nueva generación del Derecho Internacional de la energía. In: **Revista Andina de Estudios Políticos**, v. 9, n. 1, 2019.

BOLIVIA. Constitución Política del Estado. La Paz: Gaceta Oficial, 2009.

BRAÑES BALLESTEROS, Raúl. **Derecho ambiental mexicano.** México: Fondo de Cultura Económica/Fundación Universo Veintiuno, 1994.

CEPAL - Comisión Económica para América Latina. La Agenda 2030 y los Objetivos de Desarrollo Sostenible: una oportunidad para América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL, 2018.

FRANCHINI, Matías; MAUAD, Ana Carolina Evangelista. La gobernanza ambiental global tras el Acuerdo de París y los ODS: crisis ambiental, pandemia y conflicto geopolítico sistémico. In: Desafíos, v. 34, n. 1, 2022. Recuperado de: <<https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/desafios/a.118802022>>.

BALDERRAMA VILLAZÓN, Claudia Karina; BAESSO GRIMONI, José Aquiles; MORALES UDAETA, Miguel Edgar. Emergencia de los derechos humanos...

LEFF, Enrique. **Saber ambiental**. México: Siglo XXI, 1998.

LEMBO, Carolina. **Energia e o sistema multilateral de comércio perante o paradigma do desenvolvimento sustentável**. São Paulo: Atlas, 2015.

OEA - Organización de los Estados Americanos. Estado de derecho en materia ambiental: tendencias en las Américas: ensayos seleccionados. 2015.

OLADE - Organización Latinoamericana de Energía. Políticas y mecanismos de integración energética regional: presentación preparada para el Taller Regional del Cono Sur sobre Energía Sostenible, Cooperación e Integración Energética: en Busca de un Equilibrio Sostenible. Santiago de Chile, 2008.

RIVERA BANUET, José. Una visión sobre la integración energética regional: presentación en el Foro de OLADE sobre Integración Energética Regional. México (DF), 2006.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. **El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI**. Corte Interamericana de Derecho Humanos. México, Porrúa-Universidad Iberoamericana, 2007.

WORLD ECONOMIC FORUM. The Global Risks, Report 2020. 15th edition. Cologny/Geneva (Switzerland): World Economic Forum, 2020.

Submissão em: 3 de março de 2023

Reforma em: 21 de abril de 2023.

Último Parecer favorável em: 27 de abril de 2023.

Como citar este artigo científico

BALDERRAMA VILLAZÓN, Claudia Karina; BAESSO GRIMONI, José Aquiles; MORALES UDAETA, Miguel Edgar. Emergencia de los derechos humanos de quinta generación en el contexto del desarrollo sostenible, el estado de derecho y la gobernanza de los recursos naturales, en el marco del Derecho Internacional de la Energía. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 1, p. 41-60, jan.-abr. 2023.

¿PACTO FISCAL?

CRISTIÁN GÁRATE¹

Los efectos de la reforma contenida en el proyecto de ley de reforma tributaria Mensaje N° 064-370 presentan una contradicción basada en sus términos conceptuales y en su notable desacople con la realidad actual del país en el contexto mundial. Descorriendo el velo normativo, en el texto no aparece realmente un “pacto fiscal y tributario de consenso”, que propenda, en un escenario auspicioso, hacia la implementación de un Estado de Bienestar. Parafraseado, constituye un “pacto focal y de trituración de un grupo de contribuyentes, que propende en un escenario adverso a un *Estado de Malestar.*”

El proyecto pretende aumentar la carga fiscal de las capas de contribuyentes asalariados dependientes y de los pensionados de ingresos medios. Asimismo, el proyecto incrementa la carga tributaria de personas independientes y empresarios de patrimonios medios; y, el proyecto intenta gravar a un cúmulo de contribuyentes de altos patrimonios que ya planificó y/o emigró a partir de 2019. En síntesis, es otro novedoso ejercicio de “testeo de laboratorio fiscal” con medidas recaudatorias selectivas que se nutre, entre otros, de:

- a) gravar contribuyentes con ingresos mensuales superiores a 70 UTA;
- b) establecer un impuesto a las Rentas de Capital de 22%;
- c) gravar las ganancias de capital con un 22%;

¹ Doctor en Derecho, en International Tax Law, Intellectual Property, Competition, State Aid, Technology, R & D + i (Ludwig-Maximilian-Universität München). Master en Derecho Tributario Internacional (LL.M.) en la Universidad de Economía de Viena entre 2001 y 2002. Profesor de Derecho (desde 1997) en la Facultad de Derecho, Departamento Económico y Jurídico (Santiago-Chile). Coordinador del Departamento de Investigación y Desarrollo. Estudió Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. e-mail: cristiangarate@yahoo.com

- d) establecer una tasa de 1.8% al diferimiento de impuestos personales;
- e) imponer la riqueza de personas que tengan más de 6.000 UTA;
- f) limitar el uso de pérdidas al 50% de la RLI;
- g) limitar las exenciones por crédito hipotecario a una vivienda;
- h) limitar el beneficio por utilidades no retiradas del 14 Letra E;
- i) limitar el uso de rentas presuntas hasta 2.400 UF.

Lo anterior, auspiciado por la introducción de nuevas distinciones regulatorias en los regímenes de impuestos asociados a rentas de primera y segunda categoría, global complementario y adicional, que informan nuestras ya complejas normas impositivas; más otras distinciones procedimentales que disminuyen los derechos de contribuyentes. Todos esos cambios, terminan por entenderlos solo unos pocos expertos y contribuyentes avezados. Con lo cual es previsible que, a posteriori, se emitan “Circulares SII con fuerza de ley”, para clarificar los aspectos de éstas leyes tributarias mal tipificadas; y aparezcan los “oficios del SII” para inocular a ciertos contribuyentes de los efectos fiscales sorpresivos, de los cuales la mayoría no podrá sustraerse.

Prima facie, no se vislumbra ningún esfuerzo operativo, concreto, por disminuir la adquisición de bienes, prestación de servicios y demás transacciones comerciales ilícitas, que conforman hoy un importante núcleo de la actividad económica, equivalente casi al 30% de la economía formal en Chile (Comisión Económica para América Latina - CEPAL). Estas son las actividades que retratamos a diario, por ejemplo, de: narcotráfico, venta de armas, venta de drogas, venta de autos y repuestos robados, venta de madera robada, venta de productos silvoagropecuarios, inmigración ilegal, trata de personas, prostitución, venta de órganos, clínicas ilegales, internación y venta de bienes falsificados, carteles y sitios de internet con pornografía. Todas estas actividades deberían tener claras prohibiciones y claros controles cruzados del SII², Aduanas y Policias; no bastan simples aumentos en los monitoreos remotos, para efectos estadísticos, ni aumentos de multas y penas, con tribunales penales garantistas; dado que es la falta de control de SII “in situ” con apoyo de Fiscalía y Policias lo que alimenta el efecto multiplicador de la evasión de impuestos; y se cristaliza con negocios informales y de fachada por delincuentes y organizaciones criminales.

² Nota do Editor: SII é sigla para “Servicios de Impuestos Internos”.

Secunda facie, no se observa un esfuerzo claro por acabar con los incentivos tributarios, que conforman lo que este articulista ha denominado el “Queso Gruyere” de la base de recaudatoria de Chile. La red de incentivos fiscales contiene exenciones, créditos y casos de no imposición (hechos no gravados), con tratos absolutamente dispares entre contribuyentes, bajo el tópico denominado: “donde existe imposición, existe exoneración”. Todo lo cual, minora los ingresos fiscales, por vía de rebajas impositivas existentes en la legislación (Fiscal Expenditure Budget), que están a disposición para los contribuyentes residentes en Chile. A eso, se suma la carga tributaria asimétrica que obtienen aquellos contribuyentes no residentes en Chile, quienes realizan las mismas transacciones en forma transfronteriza, con cláusulas especiales contenidas en los tratados Doble Tributación (Distributive Rules) en los cuales Chile: pierde sus derechos de sujeción fiscal, concede tasas de impuesto rebajadas, otorga créditos de doble tributación, hace efectivas exenciones totales o parciales según las definiciones, otorga ajustes primarios y secundarios de precios de transferencia; y favorece, inaceptablemente, una menor carga tributaria internacional, aplicando cláusulas de nación más favorecida con beneficios de otros tratados que se hacen aplicables sin haberse negociado.

En suma, este proyecto no introduce frenos y contrapesos técnicos para disminuir la evasión “in situ”, atacar la elusión “ex ante” y cortar el uso de incentivos fiscales mediante una norma de rechazo de beneficios fiscales no commensurados “ex post”. Todo lo que, claramente, perfora la estructura del sistema tributario y afecta la recaudación en forma negativa. Por el contrario, el proyecto tiene el fin exclusivo de aumentar la carga tributaria total a la que se someten los contribuyentes residentes, mientras se mantiene una carga tributaria inferior para contribuyentes que no son residentes en Chile: a quienes se les permite realizar transacciones sin pagar impuestos o con las tasas rebajadas de impuestos, cubiertas por Tratados de Doble Tributación negociados contra la soberanía tributaria de Chile. Todo lo anterior, incluso a la luz de las recomendaciones expresas de la ONU aplicable a la buena negociación de estos instrumentos, bajo el Modelo ONU y otras recomendaciones para naciones en desarrollo y de economías extractivas, como la de Chile.

Es obvio que el objetivo de lograr aumentar la recaudación en un corto periodo con el fin de ejecutar reformas estructurales no alcanza, conforme lo enseñan los efectos retrasados de inversión e impuestos en macroeconomía. Es también un hecho que desde 1990, sin excepción, todas las reformas tributarias han pretendido la utopía de incorporar reformas estructurales; y lo único que se ha logrado es la distopía de generar más burocracia, para ejecutar planes que terminan inconclusos en salud, educación, seguridad e infraestructura. La meta

de recaudación es hoy un margen irrealizable; y menos posible, porque carecemos de potencial recaudatorio en un periodo de crisis post COVID, inflacionario, de bajo crecimiento, desempleo, baja inversión privada, con debilidad de la moneda local, con múltiples shocks exógenos tales como la guerra, la sequía, en que económicamente y financieramente es inalcanzable el 4,3% programado para 2026. De ahí la necesidad de solicitar una Línea de Crédito Flexible (LCF) de “dos años” para Chile por aproximadamente USD 18.500 millones del FMI; que no es otra razón que financiar los gastos del actual gobierno.

El diagnóstico que se presentó en el texto de la reforma es errado; por lo tanto, los mecanismos fiscales también son equivocados. En efecto, en forma acordada con las autoridades de la OECD³ se publicó en Junio de 2022 un informe que intenta justificar con datos inductivos a grueso error la nueva Reforma Tributaria. Lo anterior, comparando los mismos datos que vienen manipulándose en Reformas Tributarias anteriores de 2020 y 2014 en que citan estudios que aparecen en el pie de página del proyecto (JORRAT; MARTNER), que están obsoletos a esta fecha, pues se afirman en correlaciones anteriores hasta 2018, que nadie podría hoy estimar como válidas para generar un proyecto de ley de consenso. Esos datos y sus trasfondos son conocidos por los expertos en tributación que hemos trabajado en Chile y en el exterior. Cabe señalar que los datos de base de Chile son obtenidos del SII y la DIPRES⁴, los que no han sido auditados en las cuentas nacionales por ninguna agencia externa, ni menos han sido cotejados en su veracidad en forma experta por la OECD, CEPAL o algún organismo como la CIAT⁵ o el IBFD⁶, para verificar su consistencia en los últimos 10 años.

Las premisas económicas de las cuales se parte para idear los nuevos mecanismos, que pretenden atacar una brecha significativa en la tributación sobre ingresos personales y a la propiedad son erradas casi en su totalidad para el escenario adverso actual. La literatura sobre Chile siempre ha discurrido sobre la existencia de una taxonomía de impuestos regresiva en comparación con otros países miembros de la OECD y de América Latina. La regresividad de nuestro sistema se explica por la elevada participación de los impuestos indirectos que gravan el consumo a todos los niveles de ingreso y la escasa participación de los impuestos directos que gravan la renta y el patrimonio que estarían beneficiando los mayores ingresos.

³ Nota do Editor: OECD é sigla para “Organisation for EconomicCo-operation and Development”.

⁴ Nota do Editor: DIPRES é sigla para “Dirección de Presupuestos” órgão do Ministério da Fazenda do Chile.

⁵ Nota do Editor: CIAT é sigla para “Centro Interamericano de Administraciones Tributarias”.

⁶ Nota do Editor: IBFD é sigla para “International Bureau of Fiscal Documentation”.

Por una parte, se afirma como aserto histórico que los impuestos a las personas en Chile recaudan menos que el promedio de la OECD. Lo anterior, tiene respuestas simples:

- a) en Chile los sueldos son más bajos que el promedio de la OECD, también en 4 veces;
- b) en Chile existe alta informalidad en el pago de sueldos y salarios también en más de 4 veces al promedio de la OECD;
- c) durante la pandemia en Chile disminuyeron aún más los sueldos y salarios de los dependientes, en algunos casos, para ayudar a las empresas, se redujeron o congelaron; asimismo, el sector público implementó un plan de austeridad y eficiencia en virtud del cual redujo horas extras y no hubo pago de bonos y alzas de sueldo imponibles; y la mayoría de los pagos de honorarios de independientes se efectuaron a valores mínimos sin enterar impuestos, pues una gran cantidad de independientes trabajaron informalmente;
- d) por supuesto la insolvencia y quiebra de empresas y personas naturales aumentó a niveles máximos históricos; y
- e) aumentaron las prestaciones sociales, subsidios y transferencias directas muy por sobre el promedio de la OECD, llegando a la conocida cifra aproximada de 80 mil millones de pesos, lo que produjo un boom de consumo y no de ahorro o inversión.

Por otra parte, históricamente, Chile había sido alabado internacionalmente por tener una altísima recaudación de IVA⁷ y otros impuestos indirectos, como parte del buen cumplimiento tributario de dicho impuesto:

- a) por las campañas morales del SII en el uso de facturas y boletas electrónicas;
- b) por el efecto disuasivo de las fiscalizaciones selectivas; y
- c) por las altas multas y penas aplicadas en caso de evasión.

⁷ Nota do Editor: IVA é sigla para “Impuesto al Valor Agregado”, imposto sobre circulação de mercadorias, que tem alíquotas diferenciadas para os chilenos e estrangeiros.

Pero, a partir de 2018 todo eso dejó de ser cierto, dado que existe ya en la literatura comparada estudios de la correlación entre una altísima evasión y aumento de la corrupción en impuestos indirectos desde el estallido social, acrecentado durante el COVID 19, combinado con una falta de punición efectiva. Esto, se representa en Chile por el incremento del comercio ilícito; y el incremento del comercio irregular de bienes y pretación de servicios, tanto en la economía informal presencial, como en la economía de plataformas digitales, con posibles tasas de evasión de IVA superiores al 50% de la actividad económica total (CEPAL). En efecto, a partir del estallido social, seguido de la pandemia de COVID 19, además de aumentarse la base de consumo, por el masivo ingreso de inmigrantes que compran productos fuera del mercado formal; se aumentó considerablemente el consumo mediante el uso de plataformas digitales y el *e-commerce*, por efecto del confinamiento. La hipótesis contrafáctica es que los pagos por consumos equivalentes al menos a las prestaciones sociales, transferencias directas, subsidios y del 10% de AFP⁸ debió reflejarse en un buen porcentaje en las cuentas nacionales como el 19% de IVA y de otros impuestos indirectos (i.e. Tabaco, Alcohol y Bebidas, Combustibles) e impuestos correctivos (Impuestos Verdes) por la totalidad de los flujos inyectados en la economía: esto es unos 20 mil millones de pesos. Pero ello es inexistente, lo que avala la hipótesis de evasión y elusión. Además, incrementó el fenómeno de informalidad, porque los estudios demuestran que durante la pandemia el SII no realizó fiscalizaciones en terreno por falta de operatividad funcional como reporta la OECD. En suma, los datos demuestran que la tendencia positiva de los impuestos indirectos como el IVA hoy ha mermado la recaudación (CIAT).

Cabe señalar que todo este ejercicio no es commensurado con la carga fiscal real que grava a los chilenos residentes, considerando sus flujos de ingresos y sus egresos. Esto es, agregando todas las imposiciones que gravan las actividades lícitas en nuestro país y que afectan precisamente el patrimonio de una persona sea natural o jurídica, claramente la carga tributaria en Chile está sobre el promedio de la OECD según los propios estudios de ese organismo y CEPAL. En efecto, ni este ni otros proyectos anteriores consideran la innumerable cantidad de: impuestos, patentes, contribuciones, tasas, sobretasas, cargos, timbres, sellos, tarifas, concesiones, transferencias por permisología del estado, erogaciones por derechos, pagos por uso de servicios notariales e innumerables cobros por uso del sistema de justicia en todas sus fases.

Menos, se analiza técnicamente el efecto de carga fiscal que importará el 7% de carga de salud y el 6% de sistema de previsión, que irrogarán las

⁸ Nota do Editor: AFP é sigla de “Administradora de Fondos de Pensiones”, que é um sistema de previdência obrigatória do Chile, para cuidar de aposentadorias (do próprio contribuinte) e pensões (da família do contribuinte falecido).

personas por sus actividades económicas, que finalmente irán a dar a las arcas del Estado. Tampoco, por supuesto, se considera la inmensa cantidad de recursos que desembolsan las personas por costos y gastos de servicios, que antes se entregaban en forma directa por el Estado; y que ahora están entregadas a privados concesionados, con cobro de valores abusivos a los consumidores en todos los ámbitos en que operan hoy las concesiones en Chile que son oligopólicas, sin alternativas para el uso de infraestructura pública concesionada. La realidad, considerando el universo de cargas, es que en Chile un sujeto de impuesto gasta efectivamente en tributos, con una mirada “holística”, sobre un 35% de su ingreso efectivo (CEPAL – OECD).

Aumentar de cualquier forma la presión de dichas cargas efectivas equivale a romper el equilibrio respecto de quienes realizan actividades lícitas, regladas por tributos en nuestro país. La consecuencia práctica es que la tributación se transforma en cortapisas selectiva, que disminuye el ingreso de un segmento de contribuyentes de ingresos bajos y medios. Así, se fomenta la opción que tienen las personas por realizar sus actividades fuera del alcance de la fiscalidad, pues el SII no está en condiciones ni actuales, ni futuras de hacer cumplir el deber de imposición y lo hace solo contra grupos específicos, usando las vías judiciales o administrativas.

Un aspecto que grafica la contradicción conceptual del Proyecto se vislumbra en la justificación de los resultados de los diálogos sociales. Se trató, según se observó de un ejercicio de *coaching* tributario, preparado con antelación, sobre una base teórica inexistente, que no está documentada para Chile; y cuyo resultado no se ve reflejado en el texto normativo de reforma, que propone complejizar aún más la actividad de los contribuyentes, sin otorgar a los regímenes de impuesto personal, de rentas del capital y de impuestos indirectos que se habían modificado en las reformas de 2014 y 2020 certeza ni estabilidad, considerando el largo proceso de adecuación que requirieron. Tampoco es una reforma que refuerce los derechos de contribuyentes frente a la administración y haga más robusto el contrapeso de Tribunales Tributarios y Aduaneros que puedan realizar los controles de legalidad ante los actos administrativos del SII. Y menos es una reforma que promueva la igualdad, pues los altos sueldos de la administración pública en general y la de los políticos como Senadores, Diputados, Ministros, Subsecretarios, Jueces, Gobierno, Municipalidades y Jefes de Fuerzas Armadas (con su previsión) y todos los funcionarios subalternos que son de planta o asesores externos, constituyen la carga más aberrante financiada con impuestos, para países de ingresos similares a los de Chile entre países de la OECD.

Dado que continuar con el listado de errores de este proyecto en su parte conceptual excede este escrito, se adjunta una Tabla sintética para observar el desalineamiento de objetivos en relación a los mecanismos fiscales propuestos en las respectivas normas.

Proyecto de Ley	Objetivo Propuesto	Errores del Mecanismo
Norma General Antielusión (NGA)	<ul style="list-style-type: none"> • Disminuir la Elusión • Tulela Aministrativa SII • Impugnación Judicial Ex Post • Incorporar especie de “Step Transaction” • Aumento de sanciones hasta 250 UTA 	<ul style="list-style-type: none"> • Malas Definiciones y Categorías erradas de base mezclan conceptos de NGA Español, Alemán y Anglosajón; • Falta congruencia NGA/ Norma Especial Antielusiva (NGE) • Falta cohesión normativa con normas antielusivas de CDT. • Define “hechos” lo que pugna con la Teoría del Acto Jurídico y no es correctamente una aplicación de la doctrina “Step Transaction”. • Incorrecta conjugación de presunción de Buena Fe; • Falta desarrollo de concepto de Legítima Razón de Negocio mediante catálogo normativo de situaciones legitimantes; • No determina legítima economía de opción; • Problema con Debido Proceso Administrativo del SII; • Normas de Relación con extensión impropia;
Denunciante Anónimo	<ul style="list-style-type: none"> • Mejorar la Recaudación en caso de denunciante anónimo mediante pago de recompensa. • Rebaja de penas en caso de cooperación eficaz por delito. 	<ul style="list-style-type: none"> • Denuncia debe ser respecto de cualquier hecho sancionable no solo elusión; • Sanciones en caso de falsa denuncia elusión y evasión 100 UTA; • Premio de 10% es muy bajo. • No se aclara casos en que no procede realizar cooperación eficaz. • Problema de entrega de “información maliciosamente falsa”.
Norma de Tasación	<ul style="list-style-type: none"> • Se homologan los métodos de tasación entre fiscalizaciones de ingresos, costos, gastos y de precios de transferencia. 	<ul style="list-style-type: none"> • La nomenclatura no es igual en LIR, IVA, Herencia, Convenios de Doble Tributación, Manual de Precios de Transferencia y demás cuerpos legales vigentes; • La norma tiene defectos por falta de comparables nacionales e internacionales; • Metodologías requieren explicaciones técnicas que contribuyentes no entienden; • Metodologías no son aplicables en mercados concentrados oligopólicos o monopólicos como Chile. • Metodologías encarecen cumplimiento tributario; • Tasación de Reorganizaciones, Fusiones y Divisiones no aclara efectos se agoten en Chile.
Sanciones Penales	<ul style="list-style-type: none"> • Se modifica el artículo 97 CT N° 4 	<ul style="list-style-type: none"> • Aumentan sanciones y penas en diversos numerales. Por ejemplo N° 4 la multa comienza en 100% y pena de presidio en su grado máximo. • Se eliminan frases relativas al dolo “maliciosamente” y se incorpora frase “a sabiendas” generando nueva confusión en la tipificación.
Denunciante Anónimo	<ul style="list-style-type: none"> • Mejorar la Recaudación en caso de denunciante anónimo mediante pago de recompensa. • Rebaja de penas en caso de cooperación eficaz por delito. 	<ul style="list-style-type: none"> • Denuncia debe ser respecto de cualquier hecho sancionable no solo elusión; • Sanciones en caso de falsa denuncia elusión y evasión 100 UTA; • Premio de 10% es muy bajo. • No se aclara casos en que no procede realizar cooperación eficaz. • Problema de entrega de “información maliciosamente falsa”.

Proyecto de Ley	Objetivo Propuesto	Errores del Mecanismo
Norma de Tasación	<ul style="list-style-type: none"> Se homologan los métodos de tasación entre fiscalizaciones de ingresos, costos, gastos y de precios de transferencia. 	<ul style="list-style-type: none"> La nomenclatura no es igual en LIR, IVA, Herencia, Convenios de Doble Tributación, Manual de Precios de Transferencia y demás cuerpos legales vigentes; La norma tiene defectos por falta de comparables nacionales e internacionales; Metodologías requieren explicaciones técnicas que contribuyentes no entienden; Metodologías no son aplicables en mercados concentrados oligopólicos o monopólicos como Chile. Metodologías encarecen cumplimiento tributario; Tasación de Reorganizaciones, Fusiones y Divisiones no aclara efectos se agoten en Chile.
Sanciones Penales	<ul style="list-style-type: none"> Se modifica el artículo 97 CT N° 4 	<ul style="list-style-type: none"> Aumentan sanciones y penas en diversos numerales. Por ejemplo N° 4 la multa comienza en 100% y pena de presidio en su grado máximo. Se eliminan frases relativas al dolo "maliciosamente" y se incorpora frase "a sabiendas" generando nueva confusión en la tipificación.
Sanciones a directores, representantes y/o administradores conexo con deberes de supervisión; Sanciones a asesores que diseñan, planifican o implementan.	<ul style="list-style-type: none"> Se modifica artículo 100 bis 	<ul style="list-style-type: none"> No soluciona secreto profesional ; No define diseño, planificación o implementación. No determina situación de "oficios del SII" hechos a medida algunos todavía se mantienen en reservados.
Aumento Tramos Impuestos Personales	<ul style="list-style-type: none"> Aumento tramos IGC y IUSC, 26%, 35%, 40% y 43% 	<ul style="list-style-type: none"> Tramos por sobre promedio OECD. No hay consolidación tributaria en matrimonios o uniones civiles. Se disminuyen beneficios gastos créditos hipotecarios En sistema desintegrado se pierde crédito de 1 Categoría Se reducen gastos y créditos contra IGC
Aumento Impuestos de Retiros de Dividendos y Utilidades	<ul style="list-style-type: none"> Se crea un IRC de 22% permitiéndose reliquidar a contribuyentes de IGC que tengan tasa efectiva inferior a 22%. Sistema Dual para grandes empresas. Sistema Integrado para PYMES Sistema integrado para países con CDT, no aplica IRC Sistema desintegrada para países sin CDT, si aplica IRC 	<ul style="list-style-type: none"> La tributación de dividendos para residentes queda por sobre el promedio de la OECD. Se produce discriminación con personas que aplican CDT. Se produce discriminación para personas que están sobre o bajo el baremo de 22% en Chile. Se produce discriminación para personas que están cubiertas por CDT con tope 35% y no cubiertas con tasa de 43.06% Sistema altamente complejo y defectuoso para el control de utilidades y créditos
Aumento Impuesto Ganancia de Capital	<ul style="list-style-type: none"> Se aumenta la tasa de un 10% a un 22%, con posibilidad de reliquidar el IGC. 	<ul style="list-style-type: none"> Cambio principio de base percibida para personas naturales Mala eliminación de 10 UTA Discriminación en aplicación de 8000 UF para no residentes, conflicto CDT La tributación de ganancia de capital para residentes queda por sobre el promedio de la OECD. Se produce discriminación con personas que aplican CDT. No se respeta ley 21.420 que estableció tasa 10% vigente en Septiembre 2022. Se produce discriminación para personas que están sobre o bajo el baremo de 22%.

Proyecto de Ley	Objetivo Propuesto	Errores del Mecanismo
Reducción de Tasa de de IDPC 27% a 25%; Rebaja por Tasa de Desarrollo Productivo de 2%.	<ul style="list-style-type: none"> Se disminuye la tasa IDPC en un 2% de Gastos Aceptados Tributariamente para Desarrollo Productivo. Tasa de Desarrollo Productivo debe enfocarse en desarrollo productivo y otros gastos como desarrollo de tecnologías para el cambio climático 	<ul style="list-style-type: none"> Falta definición legal de "Tasa de Desarrollo Productivo" en función de industrias y empresas focalizadas con ventajas competitivas en Chile. Total confusión de Gastos Listados los que están mal enfocados, porque no pueden superponer gastos I+D. Tasa 2% distorsiona decisiones de empresas en función de activos en recursos humanos, maquinaria, tecnología y servicios no hay correctas definiciones. Tasa debió establecerse en función de crédito por adquisición de activo fijo tecnológico y servicios productivos. Tasa debió ser conjugada con crédito de Activo Fijo IVA con definiciones de activos tecnológicos. Tasa debió ser conjugada con crédito SENCE.
Impuesto al Diferimiento de 1,8%	<ul style="list-style-type: none"> Establecer un Impuesto contra sociedades de inversión y similares que obtienen más de 50% en Rentas Pasivas. Castigo al diferimiento a nivel de patrimonio de la empresa. 	<ul style="list-style-type: none"> Falta focalización empresa ya pagó IDPC lo que se difiere es IGC o Adicional. Falta cuantificación de tasa efectiva 1,8% que puede llegar a ser mayor. Falta definición de Renta Pasiva i.e. Royalties o Propiedad Intelectual. Duplicación de impuestos con Rentas del Periodo Tributario y Rentas Retenidas. Conflicto de Doble Tributación con CDT. Encarece estructura de Holding de Inversiones que tienen objetivos estratégicos y de inversión entre operativas. Impide diversificación de riesgo a nivel de sociedad de inversión. Aumenta el arbitraje entre Sociedad Operativa y Sociedades de Inversión. Establece complejidades, adicionales en los registros RUA, REX Asimetría de trato 41 G Rentas Pasivas No hay casos de excepción para diferimiento razonablemente justificado por necesidades de la industria, inversión o acumulación para proyectos específicos. Otorga crédito contra IPAT no es consistente. Arbitraje con Aumentos de Capital para evitar impuesto. Duplicación con Impuesto al Patrimonio
Impuesto Sustitutivo 10% de utilidades retenidas de RAI	<ul style="list-style-type: none"> Establecer una transición entre sistemas integrado, sistema semi integrado y sistema dual. 	<ul style="list-style-type: none"> Aumenta el arbitraje entre retiros de dividendos, utilidades, utilidades reinvertidas y retiros en exceso. No establece conjugación con CDT y no CDT. No aclara impuestos 1,8% respecto de utilidades en REX Duplicación de Impuestos Tasa 10% y 12% no commensurada con actividad económica
Límite a la Renta Presunta 2.400 UF	<ul style="list-style-type: none"> Limitar los regímenes de renta presunta 	<ul style="list-style-type: none"> No está bien enfocado en microempresarios. Empresas que salgan de renta presunta a régimen transparente generan efecto IGC y Adicional Propyme Transparente deja de usar 33 bis de la LIR
Límite de Uso de Pérdidas Carry Forward por 50% de la RLI.	<ul style="list-style-type: none"> Limitar el uso de pérdidas tributarias que rebajan la RLI. 	<ul style="list-style-type: none"> Limitación mal enfocada desde el punto de vista contracíclico de la economía. Aumento artificial de RLI sin consideración de pérdidas del negocio. No se considera que iniciación de nuevos negocios Proyect Finance es siempre con pérdida inicial.
Exit Tax 5% cambio de domicilio fiscal	<ul style="list-style-type: none"> Pérdida de Domicilio Fiscal Valorización de Patrimonio Impuesto de 5% 	<ul style="list-style-type: none"> Duplicación de Impuestos Poca recaudación Aumenta Planificación Fiscalización SII ex post para personas que ya perdieron domicilio con países CDT genera conflicto.

Proyecto de Ley	Objetivo Propuesto	Errores del Mecanismo
Normas de Créditos por Impuestos Externos	<ul style="list-style-type: none"> • Eliminar y Reducir Créditos 	<ul style="list-style-type: none"> • Mala eliminación de 2 Tier Credit • Eliminación de Crédito por Rentas que ya pagaron adicional doble tributación • Disminuyen topes de créditos por impuestos pagados en extranjero
Precios de Transferencia	<ul style="list-style-type: none"> • Incorpora principio plena competencia • Modifica APA • Permite Autoajustes 	<ul style="list-style-type: none"> • Efectos recaudatorios • Autoajustes puede generar doble tributación local o internacional • Normas de Precios de Transferencia de Renta no están alineadas con normas de Ordenanza de Aduanas
Normas de Relación N° 17 N° 8 y N° 17	<ul style="list-style-type: none"> • Aumenta personas relacionadas • Otorga potestad administrativa al SII 	<ul style="list-style-type: none"> • No está bien enfocada la norma • Pone al contribuyente en desventaja, pues tiene que ir a Reclamar
Thin Cap	<ul style="list-style-type: none"> • Elimina deducción de crédito como gasto 	<ul style="list-style-type: none"> • Efecto recaudatorio, el impuesto pagado debe ser un gasto.
Rentas Pasivas	<ul style="list-style-type: none"> • Normas de Relación 	<ul style="list-style-type: none"> • Ampliación desmesurada de normas de relación
Regímenes Tributarios Preferenciales (RTP)	<ul style="list-style-type: none"> • Nuevas Definiciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Chile carece de red de convenios de Intercambio de Información • Falta de foco de definición de niveles de cumplimiento • Mejor referencia a países que OECD califique como RTP
Valoración de Herencias y Donaciones	<ul style="list-style-type: none"> • Cambios en Definiciones • Cambios en Donaciones • Cambios en Valorizaciones 	<ul style="list-style-type: none"> • Solo busca efectos recaudatorios • Genera doble aplicación de impuestos en caso de Impuestos al Patrimonio y Ley de Renta
Ley de I+D	<ul style="list-style-type: none"> • Modificación de Monto 45 UTM • I+D Verde 50% • PYMES sin Contabilidad • Ley Permanente 	<ul style="list-style-type: none"> • No se deben modificar definiciones Manual Frascati que están en la Ley. • Se pueden introducir definiciones Manual Oslo (i) en la Ley. • No se debe mezclar I+D verde pues es parte de definiciones generales Frascati, es un error conceptual grave. • Controles de Fiscalización de SII por mal uso actual ley no está definido. • Rechazo de Gastos Ex Post SII por mala certificación Corfo. • Norma de Elusión I+D especial. • Fractura Actual de Sistema por Proyectos que no califican de I+D. • Buscar incentivo Patent Box • Buscar super Gasto 150% para proyectos no certificados • No aumentar a 50% a crédito verde, mala señal para evasión y elusión
DFL 2	<ul style="list-style-type: none"> • Elimina DFL 2 Arriendo y Herencias • Base devengada • Limita 8000 UF 	<ul style="list-style-type: none"> • Problemas Contrato Ley • Afecta clase media y pensionados • Mal enfoque político tributario • Poca recaudación • Asimetría con no domiciliados o residentes
Impuesto al Patrimonio	<ul style="list-style-type: none"> • Impuesto Personas Naturales • Patrimonio excede de 6.000 UTA • Domicilio o residencia en Chile • Bienes ubicados en Chile o en el Extranjero • Evita Doble Tributación de Impuesto Territorial 	<ul style="list-style-type: none"> • Falta de congruencia con Super 8 • Choque con CDT • Impuesto Territorial Activos Extranjeros • Problema Valorización Activos • Duplica Impuesto a las Utilidades • Duplica Impuesto a la Herencia • Impide utilización de exceso de créditos • N° de Personas en base a qué datos SII? • Duplica Exit Tax • Amplitud de normas de relación impone impuestos a patrimonios ajenos • Poca o nula recaudación estudios comparados
Registro de Beneficio Final	<ul style="list-style-type: none"> • Beneficiarios Finales Registrados 	<ul style="list-style-type: none"> • Registro puede vulnerar secreto • Principio Legalidad • Registro no determina impuestos
Reconstrucción por ataques a medios productivos desde 2018 a la fecha.	<ul style="list-style-type: none"> • Colaborar con situaciones de violencia 	<ul style="list-style-type: none"> • No hay norma tributaria que permitan ayudar a personas que han sido afectadas por ataques en sus unidades productivas (activos, recursos humanos, recursos administrativos etc)

Submissão em: 3 de janeiro de 2023

Último Parecer favorável em: 28 de fevereiro de 2023

Como citar este artigo científico

GÁRATE, Cristián. ¿Pacto fiscal? In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 1, p. 61-72, jan.-abr. 2023.

EVOLOZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE E PROGRESSIVA: ESTENSIONE DELLA NOZIONE DI ATTIVITÀ PERICOLOSA

GIUSEPPE CASSANO¹

1 L’EVOLUZIONE DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: FUNZIONE SANZIONATORIA, ULTRACOMPENSAZIONE E QUANTUM RISARCITORIO

La responsabilità civile, esaminata dagli angoli di visuale orientati alle conclusioni della presente indagine volta ad individuare l’attuale ambito applicativo della nozione di attività pericolosa, sembra tracciare un percorso a spirale, caratterizzato da avanzamenti alternati a regressioni².

Cominciando questo percorso dalla parte finale della spirale, quella che consente di esaminare le più recenti evoluzioni, l’indagine, concentrata sulla “persona” e sulla sua “centralità” nel sistema di responsabilità civile, sembra condurre verso un ripensamento della natura e della funzione della responsabilità aquiliana³.

¹ Dottorato in Diritto Privato Università di Pisa. Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche della European School of Economics. Professore della Università Luiss Guido Carli. e-mail: gcassano@tiscali.it

² Il rapporto tra evoluzione della responsabilità civile e nozione di attività pericolosa è oggetto di disamine numerose ed anche recenti: Mirabile (2018); Ambrosini (2017); Parziale (2019). Frequenti segnali di disagio e tensione sono, seguito da apparenti sistematizzazioni e convergenti opinioni. La Corte di Cassazione, nel dicembre del 2019, ha depositato dieci sentenze (nn. 28985 – 28994) in tema di responsabilità sanitaria, “novellando” il meccanismo di tutela predisposto dall’ordinamento per la tutela della salute e della persona al fine di “sistematizzare” il sistema di responsabilità civile e del risarcimento del danno da colpa medica.

³ Costanti oscillazioni giurisprudenziali e continui ripensamenti in dottrina sono riconducibili all’aumento del costo sociale dei risarcimenti dei danni ed alla mancanza di precisi criteri di fonte normativa; Bregoli (2016, p. 926-927). La giurisprudenza non segue un percorso lineare né si rinviene in dottrina una prospettiva giuridica che possa condurre ad una condivisa sistematizzazione dell’istituto.

Si avverte, in primo luogo, una più accentuata valorizzazione della posizione del responsabile del danno.

La condotta del danneggiante (e non più le sole esigenze di tutela del danneggiato) è oggetto di una rinnovata attenzione, correlata alla valorizzazione del profilo sanzionatorio, quale ulteriore aspetto della polifunzionalità della responsabilità civile.

In secondo luogo, l'attribuzione alla responsabilità aquiliana di una dimensione sanzionatoria, piuttosto che reintegratoria e compensativa, conferma il superamento della tradizionale interpretazione del sistema codicistico di responsabilità civile.

D'altro canto, l'evoluzione della responsabilità civile nel senso della progressiva enfatizzazione della funzione punitiva non esclude la rilevanza di quella riparatoria, quale tradizionale presidio a tutela della persona.

In definitiva, la rilevanza di interessi molteplici ed eterogenei amplifica i mutamenti ed i ripensamenti di dottrina e giurisprudenza, nazionali ed europei.

La Corte di Giustizia, per un verso, afferma, attraverso il tema dei danni punitivi, l'effettività della tutela, quale strumento principale del modello comunitario di responsabilità civile e, per altro verso, orienta e limita tale effettività in funzione degli scopi sottesi agli obblighi ed ai diritti dei quali vuole assicurare la realizzazione, al fine ultimo di tutelare i diritti fondamentali della persona (NAVARRETTA, 2019, p. 24).

Il sistema normativo dell'Unione Europea, incline a declinare gli istituti privatistici in termini regolatori finalizzati all'efficienza, ha assunto una posizione di tolleranza, subordinando i danni punitivi a presupposti non solo di legalità e proporzionalità ma anche di rispetto del limite dell'abuso del diritto al fine di coniugare istanze di giustizia e bisogno di efficienza⁴.

Le frontiere più avanzate del diritto europeo propongono l'applicazione di sanzioni civili effettive, proporzionate e dissuasive, idonee a tutelare i diritti fondamentali violati (QUARTA, 2019, p. 89 ss.) sicchè il principio di effettività della tutela finisce per esercitare un'indubbia suggestione in merito al dibattito sulla funzione preventiva della responsabilità civile e, in particolare, sui temi del

⁴ Corte Giustizia UE, 25/01/2017, C- 367/15, in: **Responsabilità Civile E Previdenza: Rivista Bimestrale Di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, 2017, 1565. In merito ai danni punitivi: Cass. Civ. Sez. Un., 5/04/2017, n. 16601 in **Guida al Diritto**, 2017, 39, 50, 51 ed in **Il Foro Italiano**, 2017, I, cc. 2614 ss., con note a commento di: Palmieri; Pardolesi (2017); D'Alessandro (2017); Simone (2017); Monateri (2017a). La questione era stata rimessa al primo Presidente della Corte di Cassazione con ord. Sez. I Civ., 16/05/2016, n. 9978, In: **Il Foro Italiano**, 2017, I, p. 1.730, con nota di commento di Lambo (2017).

risarcimento in forma specifica e della funzione deterrente dei danni punitivi⁵.

In tale ottica, nell'esperienza degli ordinamenti di *common law*, la sanzione civile ultracompenativa permette alla responsabilità civile, a presidio dei diritti fondamentali della persona, di svolgere un ruolo di indirizzo, suppletivo-integrativo, rispetto a quello del *public enforcement*, allo scopo di disincentivare la ripetizione di comportamenti indesiderati⁶.

Nell'ordinamento italiano, la giurisprudenza orienta il giudizio di responsabilità civile verso la sua tradizionale dimensione intersoggettiva⁷ nonchéverso gli effetti che ogni condanna assume sul reiterarsi di analoghi eventi nella comunità⁸.

Si ritiene che la quantificazione del danno debba non solo risarcire ma anche trasmettere un messaggio deterrente.

Parimenti, l'esame delle discipline normative, con riferimento a specifici settori, rende

evidente la traiettoria assunta dalla responsabilità civile al fine di dare risposte ai bisogni emergenti della persona: privilegiare in determinate aree – dove l'esigenza di una tutela effettiva è maggiore per la natura dei diritti che sono in gioco – una funzione preventiva (deterrente o dissuasiva) e sanzionatorio-punitiva (RAMACCIONI, 2018, p. 670)⁹.

⁵ L'attribuzione di una funzione punitivo-deterrente della responsabilità civile non appare priva di dubbi di carattere linguistico e teleologico; *i punitive damages*, che avevano allarmato la giurisprudenza di legittimità (Cass. Civ., 19/01/2007, n. 1183; App. Trento, Sez. dist. Bolzano, 16/08/2008 – In: **Danno e Responsabilità**, 2009, p. 92 – con nota di Ponzanelli, 2012) al punto da escludere – in nome della monofunzione compensativa della r.c. – la delibabilità di sentenze straniere, che ne disponevano l'erogazione in favore del danneggiato, presentano caratteri diversi rispetto ai nostri danni punitivi (PONZANELLI, 2008).

⁶ Horwits (1982, p. 1.425): “l'originario proposito dei *punitive damages* era quello di utilizzare il diritto della responsabilità civile in funzione di regolazione delle condotte, non soltanto per portare riparazione alle vittime per le sofferenze patite”. Cass. Sez. Un., n. 16601/17. LEO (2018, p. 1.531, ss.).

⁷ La giurisprudenza nazionale segue il solco tracciato dall'ordinanza n. 9978/2016 e dalle conclusioni dell'Avvocato Generale della Corte di Giustizia nel caso Camacho. Conclusioni del 3/09/2015 nella causa C-407/14.

⁸ La responsabilità civile, definita come “un potente sistema di direzione delle condotte umane”, funge da “garante della coesione sociale” ed è particolarmente adatta a partecipare “all'opera normativa del nostro sistema giuridico” (CARVAL, 1995, p. 1 e 13; ALPA, 2010, p. 131; MONATERI, 2006; SACCO, 1998, p. 19 ss.; G. PONZANELLI, 1992, p. 25 ss.).

⁹ L'A. delinea un'ipotesi di lettura in senso sanzionatorio e deterrente del risarcimento del danno non patrimoniale da illecito trattamento dei dati personali già previsto dall'art. 15 D. Lgs. n. 196/03 ed oggi regolato dall'art. 82 Reg. UE 2016/679, analizzando il contesto normativo e giurisprudenziale ed approdando alla conclusione che le Corti, pur formalmente aderendo al principio compensativo, in sostanza valorizzano la funzione sanzionatoria della responsabilità civile.

Analogalmente, la dottrina, incline a tenere conto degli aspetti economici delle soluzioni adottate in materia di responsabilità civile, tende a reintrodurre, almeno per le attività non di impresa, l'equazione “responsabilità, uguale a reazione all'atto illecito, inteso come condotta personale, soggettivamente illegittima e socialmente riprovevole”; il rimedio denominato *exemplaridamages* è ritenuto assimilabile al *punitive damages*, essendo ormai diffusa la consapevolezza che “una responsabilità civile che non accarezzi la deterrenza” non sia “una vera responsabilità civile” (PONZANELLI, 2006, p. 297).

Seguendo questo percorso interpretativo, la giustizia “correttiva” necessita di integrazione con altre funzioni del diritto¹⁰ e l’ultracompenzione della vittima¹¹ è il solo strumento in grado di allontanare il danneggiante dall’area dell’indifferenzagiuridica (QUARTA, 2019, p. 93).

L’ultracompenzione consente di rimuovere i consociati da una posizione di indifferenza rispetto al se e al come violare i diritti fondamentali inviolabili, evidenziando e sanzionando il livello di antisocialità, quindi di antigiuridicità, che ha contraddistinto la condotta del danneggiante (MALOMO, 2017, 109 ss.)¹².

Si registra, in terzo luogo, una rinnovata attenzione verso il *quantum* risarcitorio superando precedenti indirizzi tesi a valorizzare soltanto l’*an* della responsabilità civile.

L’art. 2059 c.c., che già rispondeva, sin dalla codificazione, all’obiettivo di superare i limiti operativi dell’art. 2043 c.c., consente oggi l’individuazione di illeciti che, in aggiunta a quelli costituenti reato, richiedono maggiore attenzione nella fase della liquidazione giudiziale del *quantum*.

Nella liquidazione del danno, la gravità dell’illecito può assumere rilevanza in termini di aumento del *quantum debeatur*, costituendo vero e proprio danno-conseguenza da allegare e provare (ARNONE, 2016, p. 987); in tal senso, la quantificazione del danno dev’essere tanto più elevata quanto più grave risulti il *vulnus* alla situazione soggettiva tutelata dalla Costituzione e tanto più articolata quanto più detta violazione comporti un grave, lungo o irredimibile

¹⁰ In ordine all’esigenza di rivalutare le istanze di giustizia distributiva: Mattei; Quarta (2018).

¹¹ Cass. Sez. Un., 5/07/2017, n. 16601. La Cassazione ha ormai riconosciuto che la responsabilità civile “è un istituto senz’altro polifunzionale ma che assume una spiccata funzione di deterrenza” (AFFI; NARDI, 2018, p. 330).

¹² E’ il caso della riparazione ultracompenativa nel caso di licenziamento ritorsivo-discriminatorio di un lavoratore, concepito dal datore come atto di rappresaglia in “risposta” alle reiterate istanze di riconoscimento dei permessi-studio per lo svolgimento di esami universitari.

sconvolgimento della qualità e della quotidianità della vita stessa (MONATERI, 2016, p. 831 ss.)¹³.

La riscoperta di una funzione sanzionatoria della responsabilità civile incide sull'aspetto liquidatorio (NAVARRETTA, 2018, p. 1.553) destinato ad affiancarsi, quale conseguenza naturale, a quello sostanziale dell'andella responsabilità; nel momento della concretizzazione del *quantum* del risarcimento può emergere la funzione verso la quale orientare l'obbligazione risarcitoria, in ragione delle peculiarità del caso esaminato, distinguendo il profilo risarcitorio in senso stretto da quello punitivo.

2 LA TUTELA RISARCITORIA: DALLA COMPENSATION ALLA DETERRENCE

L'orientamento teso a valorizzare la funzione deterrente della responsabilità civile oltre il limite della stretta compensazione, argomentando dal diffuso riconoscimento, nell'ordinamento italiano, della dimensione ultracompenstativa delle sanzioni civili¹⁴, consente, tramite l'immaginario percorso a spirale prima descritto, di raggiungere un livello più elevato di tutela della persona¹⁵.

La funzione deterrente della responsabilità civile ha ottenuto riconoscimento, in un primo tempo, mediante una significativa apertura verso la

¹³ La giurisprudenza penale afferma che, nell'ambito del giudizio di prevedibilità dell'evento dannoso, compiuto con l'utilizzazione del criterio dell'agente modello quale agente ideale in grado di svolgere al meglio il compito affidatogli, "si deve tener conto non solo di quanto l'agente concreto ha percepito ma di quanto l'agente modello avrebbe dovuto percepire valutando anche le possibilità di aggravamento di un evento dannoso in atto che non potessero essere ragionevolmente escluse". Cass. Pen., Sez. IV, 22/03/2016, n. 12223 cit. in **Danno e Responsabilità**, n. 10, 2016, p. 976 ss. In merito alla valorizzazione, in sede civile, delle circostanze del caso concreto ai fini della valutazione del danno subito dalla vittima: Monateri; Arnone; Calcagno (2015). In ordine all'applicazione di un moltiplicatore ai valori tabellari, ottenendo sul piano risarcitorio un "danno aggravato dalla condotta", liquidato con importi ultra massimali meneghini (MONATERI, 2015).

¹⁴ La "riparazione pecuniaria" è prevista dall'art. 12 della legge sulla stampa in materia di diffamazione; (L. 8/02/1948, n. 479. Sul punto, Zeno-Zencovich (1983, p. 55 ss.). L'art. 96, comma 3, c.p.c. di recente ha superato il vaglio di legittimità costituzionale; Corte cost., 23/06/2016, n. 152 in **Giurisprudenza.Costituzionale**, 2016, 1548 ss., con nota di Auletta.

¹⁵ Per contro, parte della giurisprudenza ritiene che nel sistema italiano della responsabilità civile la valutazione dell'incidenza della condotta del danneggiante sull'entità del danno da liquidare (e l'apprezzamento della funzione sanzionatoria della responsabilità risarcitoria), pur se astrattamente non incompatibile con i principi dell'ordinamento, sia vincolata al ricorso di specifici presupposti di tipicità legislativa, oltre che di ulteriori requisiti di prevedibilità e di dimensionamento quantitativi. Pertanto, in assenza di alcuna previsione positiva idonea a giustificare una diversa lettura del sistema generale del risarcimento del danno da circolazione stradale deve ritenersi corretta la decisione del giudice a quo nella misura in cui ha del tutto trascurato la considerazione della condotta del danneggiante, ai fini della liquidazione del danno (Cass. Civ. Sez. III, Ord. 28/02/2019 n. 5829 in **Guida al Diritto**, 2019, 18, 55).

compatibilità dei danni punitivi (CARDONA, 2016, p. 22 ss.; GRANELLI, 2014, p. 1.760; BUFFONE, 2018, p. 21; MONATERI, 2017b, p. 437; CORSI, 2017, p. 429; PATINI, 2017, p. 989; PONZANELLI, 2016, p. 836 ss.)¹⁶ con l'ordinamento interno¹⁷ e, successivamente, attraverso la valorizzazione del *quantum debeatur*, del danno esemplare, del danno punitivo e del risarcimento integrale¹⁸.

La pronuncia a Sezioni Unite della Suprema Corte del 2017, di segno avverso all'originario atteggiamento giurisprudenziale, ha rappresentato un significativo segnale di apertura alla delibazione di sentenze straniere disponenti il risarcimento di *punitive damages*¹⁹.

In passato, la giurisprudenza di legittimità aveva già lanciato segnali di apertura in ragione della presenza di misure processuali interne comprovanti l'attenzione del legislatore verso il profilo della deterrenza²⁰ ed oggi, l'affermazione di principio delle Sezioni Unite, secondo cui la responsabilità civile presenta una natura plurifunzionale, assume rilevanza anche sul piano sistematico.

Nonostante permanga il pericolo concreto che la valorizzazione della natura deterrente-sanzionatoria della responsabilità civile possa determinare il

¹⁶ “con la caduta delle barriere tra il settore della responsabilità civile e del diritto di famiglia emerge l'illecito endofamiliare secondo cui prima della dimensione familiare esiste quella personale. ... si tratta ... di un processo lento, ma necessario, apprendendo antistorica e isolazionistica a livello giuridico meno internazionale la configurazione di un risarcimento emarginato nell'ambito compensativo” (CASSANO; MARVASI, 2016, p. 685 ss). In giurisprudenza: Cass. Sez. Un. Civ., 5/07/2017 n. 16601 “Non è incompatibile con l'ordinamento italiano l'istituto di origine statunitense dei risarcimenti punitivi” in **Guida al Diritto**, 2017, 33, 40; Cass. Civ. Sez. I, Ord. 16/05/2016 n. 9978.

¹⁷ Cass. 5/07/2017, n. 16601 in **Guida al Diritto**, 2017, 39, 50 e 51. Nel luglio del 2017 le Sezioni Unite hanno ammesso per la prima volta la delibabilità delle sentenze straniere di condanna a *punitive damages*, istituto giudicato “non ontologicamente incompatibile” con l'ordinamento italiano. La premessa da cui muove l'arresto è costituita dalla necessità di rimeditare la monofunzionalità della responsabilità civile, posto che “accanto alla preponderante e primaria funzione compensativo riparatoria dell'istituto” è emersa altresì “una natura polifunzionale ... che si proietta verso più aree”, in primis quella “preventiva (o deterrente o dissuasiva) e quella sanzionatorio-punitiva”. La dottrina rileva che gli argomenti esposti dalla Corte non devono indurre a conclusioni generalizzanti e a ritenere, come ammonisce la Corte stessa “che la ‘curvatura deterrente/sanzionatoria’ della responsabilità civile ‘consenta ai giudici italiani’ ... di imprimere soggettive accentuazioni ai risarcimenti che vengono liquidati” (PONZANELLI, 2017, p. 436). In ordine al rapporto tra danni punitivi e doveri genitoriali: Trib. Roma, Sez. I. Civ., 4/06/2019, n. 11776 in **Danno e Responsabilità**, 2020, 4, 523, secondo la quale il risarcimento dei danni punitivi in favore del minore previsto dall'art. 709 ter c.p.c. in caso di grave inadempimento dei doveri genitoriali, assolve esclusivamente una funzione punitiva ove vengano sanzioni condotte del genitore attuate nei confronti della figlia minorenne; (conforme: Trib. Roma, Sez. I. Civ., 26/09/2019, n. 18202, *ivi*, 527).

¹⁸ Cass. Civ., 12/04/2018, n. 9059, in **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, 2018, n. 5, p. 1.531, con nota di Leo (2018, p. 1.531 ss.).

¹⁹ Sez. Un. Civ., 5/07/2017, n. 16601, in **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, 2017, p. 1.198, con nota di Scognamiglio (2017, p. 1.109) e di Briguglio (2017, p. 1.597); Consolo (2017, p. 1.050).

²⁰ Cass. Civ., 15/04/2015, n. 7613, in **Guida al Diritto**, 2005, 39, 80 ss.

riconoscimento di forme di ristoro in *overcompensation* (PONZANELLI, 2018, p. 300)²¹ è inammissibile destinare all'irrilevanza le peculiarità dell'ingiustizia della singola vicenda ed il profilo della colpevolezza.

Superata la logica della mera compensazione, la valutazione del danno ed il suo risarcimento tendenzialmente integrale costituiscono un presupposto della sanzione ultracompenstativa che ha ad oggetto l'antigiuridicità o comunque la particolare rilevanza dell'elemento soggettivo dell'agente.

La tutela risarcitoria destinata a realizzare una giustizia correttiva appare insufficienterispetto all'esigenza di tutela di quei beni giuridici attinenti alla personalità umana che risultano insuscettibili di una vera e propria riparazione e necessitano di una tutela preventiva (MESSINETTI, 2006, p. 550).

In quest'ottica è la natura stessa dei diritti fondamentali a condurre all'applicazione differenziata dei rimedi.

Valorizzando la funzione sanzionatorio-deterrente della responsabilità civile, la giurisprudenza fa sovente riferimento a nozioni di sofferenza, disistima e vergogna, invocando i concetti di integrità morale e di dignità umana²² intesi quali beni giuridici suscettibili di risarcimento in quanto rientranti in un concetto più ampio di danno morale (NAVARETTA, 2019).

In senso opposto, nel caso in cui appaia arduo evitare taluni pregiudizi incanalandoli entro una logica preventiva, lo strumento sanzionatorio, anche se *ex post*, risulta idoneo a svolgere una funzione deterrente (BUSNELLI, 1988, p. 683): ormai consolidato il riconoscimento della funzione strettamente compensativa connessa ad un livello minimo di rimproverabilità²³, la funzione

²¹ L'A. si domanda se la delibabilità di sentenze straniere di condanna di punitive damages è in grado di determinare la concreta possibilità per il giudice italiano di applicare, nella quantificazione del danno, traiettorie punitive.

²² Cass. Civ., 11/06/2009, n. 13530 in **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, 2009, p. 1.785 ss., con nota di Ziviz, *La "questione morale" sottolinea come il danno morale non può essere qualificato esclusivamente come *preium doloris*, bensì è "anche la risposta satisfattiva alla lesione della dignità umana"*.

²³ La riparazione compensativa è riconosciuta nel nostro ordinamento sia a livello giurisprudenziale sia a livello normativo. In merito alla giurisprudenza: Trib. Bologna, 10/10/2014, in **Danno e Responsabilità**, 2015, p. 719 ss., con nota di FRANZONI, (2015); Trib. Milano, 9/07/2015, ivi, 1029 ss., con nota di Ponzanelli (2015a), Ponzanelli (2015b); Cass. Civ., 22/01/2015, n. 1126, ivi, 511 ss., con nota di Quarta e Ponzanelli (2015). La riparazione compensativa è riconosciuto anche sul piano normativo. In materia di diffamazione a mezzo stampa, l'art. 12, legge 8/02/1948 n. 47 prevede il pagamento di una somma "in relazione alla gravità dell'offesa e alla diffusione dello stampato", quale "sanzione civile punitiva" ulteriore rispetto al risarcimento del danno ed avente come presupposto l'esistenza di un reato; (Cass. Civ. n. 14485/2000). L'art. 96, comma 3, c.p.c., che prevede la condanna della parte soccombente al pagamento di una somma equitativamente determinata in funzione sanzionatoria dell'abuso del processo civile, viene considerata una disposizione di carattere sanzionatorio non viziata da incostituzionalità laddove stabilisce che la condanna debba pronunciarsi in favore della controparte e non dell'Erario. L'art. 26, comma 2, c.p.a., come modificato dal D. L. n. 90/2014, prevede che, nel processo amministrativo, il giudice possa condannare la parte al pagamento di

punitivo-deterrente ex art. 2059 c.c. costituisce lo strumento volto a sanzionare un livello ulteriore di responsabilità da condotta illecita²⁴.

Invero, si attribuisce all'art. 2059 c.c. afferente al danno morale soggettivo, una funzione sanzionatorio-deterrente. La riscoperta dell'autonomia del danno morale, da intendersi nella sua tradizionale accezione di dolori e patimenti d'animo (PONZANELLI, 2015c, p. 1.200; SCOGNAMIGLIO, 2008, p. 24), rappresenta un'ulteriore conferma della polifunzionalità della responsabilità civile, quantomeno con riferimento al danno non patrimoniale.

Nell'ottica del recupero del danno morale e della sua funzione sanzionatoria, si ritiene che l'unitarietà del danno non patrimoniale non possa condurre a disconoscere tipi di pregiudizio emergenti dalla realtà sociale, i quali si distinguono in relazione alle varie funzioni del risarcimento (BUSNELLI, 2009, p. 106)²⁵.

Dunque, valorizzando il danno morale disciplinato nell'art. 2059 c.c., si teorizza una legittima funzione deterrente sia nelle ipotesi in cui dovesse sussistere una fattispecie di reato sia nell'ipotesi in cui dovesse configurarsi la lesione di un interesse costituzionalmente tutelato.

una sanzione pecuniaria civile in caso di lite temeraria. L'art. 709 ter, comma 2, c.p.c. prevede che nelle controversie tra i genitori circa l'esercizio della responsabilità genitoriale o le modalità di affidamento della prole, il giudice può emettere pronunce di condanna al risarcimento dei danni la cui natura appare punitiva; (Trib. Roma, Sez. I, 23/01/2015). Ai sensi degli artt. 125 del Codice della proprietà industriale e 158 legge 22/04/1941 n. 633, il danneggiato ha diritto al risarcimento corrispondente ai profitti realizzati dall'autore del fatto, caratterizzato da una funzione preventiva e deterrente, laddove l'agente abbia lucrato un profitto maggiore rispetto alla perdita subita dal danneggiato. L'art. 187, undecies, comma 2, del Testo Unico della Finanza, prevede, in materia di intermediazione finanziaria, nei procedimenti penali per i reati di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato, che la Consob possa costituirsì parte civile e richiedere, a titolo di riparazione dei danni cagionati dal reato all'integrità del mercato, una somma determinata dal giudice, anche in via equitativa, tenendo conto di fattori non connessi con il pregiudizio effettivamente cagionato (offensività del fatto, qualità del colpevole, entità del prodotto o del profitto conseguito). Gli artt. 3-5 D. Lgs. 15/01/2016 n. 7, abrogando varie fattispecie di reato, hanno aggiunto al risarcimento del danno lo strumento afflittivo di sanzioni pecuniarie civili, con finalità preventiva e repressiva.

²⁴ App. Venezia, 15/10/2001, in **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, 2002, I, 771. In quest'ordine di idee, il Supremo Collegio ha recuperato il binomio risarcimento-sanzione e, dunque, il c.d. "armamentario del diritto della responsabilità civile".

²⁵ Nella Relazione al codice civile, la limitazione della risarcibilità del danno non patrimoniale ai soli casi previsti dalla legge, viene spiegata evidenziando che "nel caso di reato è più intensa l'offesa all'ordine giuridico e maggiormente sentito il bisogno di una più energica repressione con carattere anche preventivo".

3 LA POLIFUNZIONALITÀ DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE: IL PUNTO DI EQUILIBRIO TRA LA FUNZIONE DI DETERRENZA E LA TUTELA DELLA PERSONA

La valorizzazione della funzione deterrente emerge sullo sfondo della “polifunzionalità” e della “pervasività”²⁶ della responsabilità civile²⁷.

La valutazione dell'*an* e del *quantum* della responsabilità si concentra sulle circostanze del caso concreto e, dunque, sulle peculiarità della condotta del danneggiante²⁸.

In sostanza, la dimensione preventiva e deterrente della responsabilità civile rappresenta il presupposto logico-giuridico del riconoscimento del carattere multiforme della natura di tale responsabilità, invero, la liquidazione del danno in misura sovraccompensativa conferma che la natura della responsabilità civile è non solo riparatoria.

In quest’ordine di idee, la valorizzazione della funzione della responsabilità civile in campo ambientale nelle sue diverse dimensioni (preventiva, riparatoria, deterrente, di distribuzione economica del rischio, ovvero punitiva e/o sanzionatoria) permette di ricostruire un modello generale di responsabilità ambientale coerente con il fine ripristinatorio, e non afflittivo, della normativa comunitaria ed al contempo idoneo a soddisfare le complesse, e spesso contrapposte, esigenze del settore.

D’altro canto, l’evoluzione storica della politica ambientale comunitaria dimostra la costante emersione ed affermazione di principi del diritto comunitario dell’ambiente (precauzione, prevenzione, chi inquina paga) ancorati a fondamenti

²⁶ In merito alla natura “proteiforme, polivalente e pervasiva della responsabilità civile” (GRONDONA, 2020, p. 329 ss.). L’A. afferma che è riduttivo pensare alla responsabilità civile come un mero rimedio civilistico, rimedio che, invece, è il punto di ricaduta finale di un complesso di presupposti e di valutazioni che attraversano molteplici campi del sapere (GRONDONA, 2020, p. 330).

²⁷ Le regole della responsabilità civile assicurano una polifunzionalità, non considerando esclusivamente la riparazione del danno e quindi la posizione del danneggiato, ma valutando anche la condotta del danneggiante, senza approdare necessariamente al riconoscimento di una funzione deterrente (PONZANELLI, 2020, p. 105).

²⁸ Cass. Civ., 12/04/2018, n. 9059: “il giudice civile ... nella valutazione e liquidazione del *quantum debeatur* non può e non deve ignorare il preoccupante clima di intolleranza e di violenza, non soltanto verbale, nel quale vivono oggi coloro cui è demandato il processo educativo e formativo delle giovani e giovanissime generazioni”. Il contentioso riguardava la richiesta risarcitoria formulata da un insegnante di scuola elementare nei confronti del genitore di un suo allievo, il quale ne aveva contestato l’operato, travalicando i confini della normale e tollerabile critica. La risonanza mediatica della vicenda e le ricadute pratiche consistenti nel trasferimento dell’insegnante presso un’altra sede scolastica, avevano determinato il rigetto della domanda risarcitoria in primo ed in secondo grado; nondimeno, la Cassazione ribaltava il giudizio.

assiologici e finalità operative analoghi a quelli riconducibili all'art. 2050 c.c.

La dimensione rimediale, emancipata da una logica soltanto compensativa, risulta più adeguata a fornire idonee risposte satisfattorie ad interessi altrimenti privati di adeguata tutela.

Anche sotto tale profilo, il percorso a spirale sopra richiamato evidenzia una fase di evoluzione della responsabilità civile connotata dal tentativo di individuare un punto di equilibrio tra le esigenze di tutela della persona danneggiata e quelle di deterrenza nei confronti del danneggiante²⁹.

Il superamento della funzione meramente compensativa in favore della funzione di deterrenza e/o di punizione di comportamenti fortemente riprovevoli risponde all'affermarsi della dimensione "proteiforme" e "polifunzionale" della responsabilità civile, quale strumento per la tutela della persona³⁰.

Si avverte, in tal senso, una diffusa consapevolezza: non possono essere relegate nell'ambito dell'irrilevanza giuridica le esigenze di rafforzamento della funzione punitiva della responsabilità civile che una parte consistente della dottrina avverte in ragione della necessità di dare risposta alla riprovevolezza delle condotte del danneggiante (SIRENA, 2006, p. 531 ss.; PONZANELLI, 2006, p. 293 ss.; BUSNELLI, 1984, p. 3 ss.).

D'altro canto, i rischi di *overdeterrance*³¹ e le difficoltà sistematiche e digestione connesse al superamento della limitazione della responsabilità civile

²⁹ La Suprema Corte, sul punto, afferma: "Nel sistema italiano della responsabilità civile, così come regolato dalla legge, la valutazione della incidenza, della condotta del danneggiante sulla entità del danno da liquidare (e, dunque, l'apprezzamento della sostanziale funzione sanzionatoria dell'istituto della responsabilità risarcitoria, secondo i termini della liquidazione dei c.d. danni punitivi), pur se astrattamente non incompatibile con i principi dell'ordinamento, deve ritenersi in ogni caso vincolata al ricorso di specifici presupposti di tipicità legislativa, oltre che di ulteriori requisiti di prevedibilità e di dimensionamento quantitativi. Deriva da quanto precede, pertanto, che in assenza di alcuna previsione positiva idonea a giustificare una diversa lettura del sistema generale del risarcimento del danno da circolazione stradale deve ritenersi corretta la decisione del giudice a quo nella misura in cui ha del tutto trascurato la considerazione della condotta del danneggiante, ai fini della liquidazione del danno" (Cass. Civ. Sez. III, ord. 28/02/2019, n. 5829 in **Guida al Diritto**, 2019, 18, 55).

³⁰ Cass. Civ., 19/05/2007, n. 1183, in **Il Foro Italiano**, 2007, I, 1460, con nota di Ponzanelli (2007, p. 981), con nota di Oliari (2007, p. 983 ss.); in **Europa e Diritto Privato**, 2007, p. 1129 ss., con nota di Spoto (2007).

³¹ L'andamento della responsabilità civile con riferimento alla crescita del proprio "fatturato", dunque del proprio PIL, è oggetto di un recente contributo: Franzoni (2020, p. 681 ss.). L'A. individua tre tempi di tale evoluzione: in un primo tempo il fatto illecito è stato prima considerato una figura tutta rivolta alla difesa della proprietà fino all'enorme crescita del contenzioso dovuto al notevole aumento della circolazione stradale; il dibattito è proseguito negli anni '70 quando nasce l'idea che i diritti della personalità, anche se di tipo non patrimoniale, devono trovare adeguata tutela (il tema si è spostato dal danno biologico al danno alla salute, con costante attenzione alla norma costituzionale); si registra, infine, nella storia recente, una flessione del PIL della responsabilità civile non influenzata in modo rilevante dalle vicende legate al Covid-19.

alla mera funzione riparatrice³² appaiono ampiamente compensati dai vantaggi correlati ad un inquadramento della responsabilità civile nell'ambito della polifunzionalità della stessa.

L'inquadramento della responsabilità civile all'interno di un unico scopo non consentirebbe di comprendere il motivo per cui il danno non sempre venga risarcito³³ ed infatti i limiti sistematici ed applicativiconnessi alla concezione puramente riparatoria della responsabilità civile hanno reso ancora più pressante l'esigenza di valorizzarne la dimensione deterrente³⁴.

4 LA PROGRESSIVA AFFERMAZIONE DEI CRITERI OGGETTIVI DI IMPUTAZIONE

La dimensione punitivo-deterrente appare, sul piano operativo, funzionale a plurime applicazioni pratiche, declinandosi diversamente a seconda che si versi nell'ambito della responsabilità oggettiva o in quello della responsabilità colposa (GALLO, 1996, p. 61 ss.).

Nel primo caso, prescindendosi dall'analisi del profilo psicologico dell'illecito, la riparazione del danno si muove entro una logica di prevenzione delle attività che comportino il rischio di un pregiudizio per la persona (AFFERNI, 2004, p. 870); nella seconda ipotesi, la riparazione assume i contorni di una pena privata (BONILINI, 1989, p. 87 ss.) teleologicamente orientata a punire

³² E' insito nell'uso a scopi sanzionatori del risarcimento del danno, legato alla responsabilità civile, il rischio che esso possa divenire più repressivo delle tecniche di tutela penale; Leo (2018, p. 1.538). Sul tema: Rodotà (1988): un uso a scopo sanzionatorio delle tecniche di tutela civilistiche corre il rischio di determinare interventi assai più pesanti e repressivi delle stesse tecniche di tutela penale. Salvi (1983, p. 128): l'attribuzione di una funzione anche deterrente/sanzionatoria, oltre a quella compensativa, determina il rischio opposto di attribuire alla responsabilità civile una mole di funzioni quasi ingestibile; in particolare, "punire, prevenire, ristorare, rendere giustizia, vendicare, diluire il carico dei danni, ripartire le perdite ed i rischi, allocare le risorse nel modo più efficiente, controllare le attività produttive ed i servizi pubblici, garantire il funzionamento ottimale del mercato ed il valore primario della persona umana, sono compiti troppo numerosi e contraddittori non solo per il Titolo IX del Libro IV, ma per qualunque sistema positivo". Sirena (2011); sul tema della funzione deterrente della responsabilità civile (MAJO, 2010, p. 65 ss.).

³³ Salvi, 1983, p. 129; Trimarchi (1961), distingue tra responsabilità da atto illecito e responsabilità oggettiva da rischio lecito. In merito all'evoluzione del dibattito sulla responsabilità civile (SALVI, 2005, p. 312 ss.).

³⁴ Scognamiglio (2007, p. 2.488). Sebbene sussistano problematiche legate al riconoscimento della multifunzionalità della responsabilità civile, soprattutto quella sanzionatorio-deterrente, sono numerose le ipotesi di ristori non adeguati e congrui rispetto al danno subito. In tale ottica, la valutazione della rilevanza delle modalità di condotta del danneggiante è argomento oggetto di approfondito dibattito, soprattutto in dottrina, e le caratteristiche della condotta del danneggiante, oltre ad aggravare i pregiudizi subiti dal danneggiato, costituiscono un'aggravante dell'antigiuridicità del fatto del danneggiante. I limiti di una ricostruzione funzionale della responsabilità in termini esclusivamente riparatori e distributivi emergono evidenti ove si rifletta sulla distinzione tra regola di fattispecie ed effetto giuridico (LEO, 2018, p. 1.539).

il danneggiante, anche in ottica preventiva, in varia misura, sulla scorta della differente riprovevolezza della condotta; in altri termini, la configurazione di una funzione punitivo-deterrente postula che la responsabilità sia subordinata, sotto il profilo dell'*an*, ad una particolare qualificazione soggettiva della condotta del danneggiante e che quest'ultima venga calcolata nel *quantum* del ristoro da erogare in favore della vittima.

Dunque, osservando il metaforico percorso a spirale da un altro punto di vista, emerge un *trend* evolutivo nel senso dello spostamento dai criteri soggettivi a quelli oggettivi di imputazione della responsabilità civile.

Le elaborazioni dottrinali, influenzate dai principi dell'analisi economica del diritto³⁵, affermano la necessità di imputare i costi del danno ai soggetti che hanno la possibilità di prevenirli e rimuoverli e la giurisprudenza più sensibile a tali suggestioni propende per la progressiva oggettivazione della responsabilità civile³⁶.

³⁵ L'art. 2050 c.c. è terreno fertile per il connubio tra *law* ed *economics* in Cassazione, sebbene in qualche pronuncia affiori ancora la formula "presunzione di colpa" (Cass. Ord. 5/03/2012, n. 3424) e l'apertura sia soltanto parziale e relativa alle attività imprenditoriali implicanti la rilevanza degli "investimenti in precauzione" e della convenienza economica per il potenziale danneggiante ad allocare risorse in funzione di prevenzione, Palmieri, nota a Cass. Civ. Sez. III, 24/02/2012, n. 12900 in **Il Foro Italiano**, I, c. 3002.

³⁶ Cass. Civ. Sez. III, 17/12/2009, n. 26516, in tema di produzione e vendita di tabacchi lavorati, in Giustizia civile – Massimario Annotato della Cassazione, 2009, 12, 1704, Diritto e Giustizia online, 2010 con nota di Papagni, Guida al Diritto, 2010, n. 8, p. 59, con nota di Monateri; la Suprema Corte afferma, che la produzione e vendita di tabacchi lavorati costituiscono attività pericolose ai sensi dell'art. 2050 c.c., norma che integra una ipotesi di responsabilità oggettiva. Tale orientamento viene confermato in successive pronunce di merito che definiscono la responsabilità ex art. 2050 c.c. come "responsabilità oggettiva aggravata", implicante, ai fini di esenzione dalla responsabilità, non solo la necessità della prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, ma anche la prova positiva di una causa esterna; Tribinale di Siracusa, Sezione I, 4/02/2019, n. 200, in materia di operazioni bancarie effettuate con strumenti elettronici (*Home Banking*). La Cassazione conferma altresì l'orientamento giurisprudenziale che attribuisce natura oggettiva alla responsabilità ex art. 2051 c.c. per i danni cagionati da cose in custodia, escludendo la responsabilità del custode solo nei casi in cui l'evento sia imputabile a caso fortuito; Cass. Civ., Sez. III, 17/01/2020, n. 858; Cass. Civ., Sez. III, 13/06/2019, n. 15860 in Guida al Diritto, 2019, 28, 37; Cass. Civ., Sez. III, 19/02/2008, n. 4279; Cass. Civ. 6/02/2007 n. 2563; Cass. Civ. 28/11/2007 n. 24739, Cass. Civ. 6/07/2006 n. 15383, con nota di Carbone (2006, p. 1.358), secondo il quale "la responsabilità ex art. 2051 c.c. per i danni cagionati da cose in custodia a carattere oggettivo e, perché tale responsabilità possa configurarsi in concreto, è sufficiente che sussista il nesso causale tra la cosa in custodia ed il danno arrecato, senza che rilevi al riguardo la condotta del custode e l'osservanza o no di un obbligo di vigilanza", Cass. Civ. 11/01/2005, n. 376; Cass. Civ. 10/03/2005, n. 5326; Cass. Civ. 9/11/2005, n. 21684, in **Il Foro Italiano**, 2006, I, 1807; Cass. Civ. 30/11/2005, n. 26086; Cass. Civ. 10/08/2004, n. 15429, con nota di Laghezza (2005, p. 725); Cass. Civ. 15/01/2003, n. 472; Cass. Civ. 09/04/2003, n. 5578; Cass. Civ. 15/01/2001 n. 584, con nota di Ronchi (2001, p. 1.898). In argomento v., in dottrina: Annunziata (2008, p. 339); Bellomia (2007, p. 313); Monateri (2001, p. 385); Salvi (1998, p. 114), sostiene che la responsabilità per danno da cose in custodia viene meno quando il destinatario dell'imputazione provi il "caso fortuito", inteso come fattore estraneo alla sfera di custodia, casualmente autonoma e con caratteri di imprevedibilità ed eccezionalità. La rilevanza del fortuito attiene, pertanto, al profilo causale che consente di ricondurre all'elemento esterno anziché alla cosa che ne è fonte immediata, il danno concretamente verificatosi. In senso conforme, Laghezza (2006, p. 19); Pardolesi (2004, p. 161); Spallarossa (1987, p. 45). Da ultimo, una ricostruzione storica della responsabilità per danno "da cosa in custodia" è tracciata da La Torre (2008, p. 201-207). V. anche Corsaro (1998, p. 103); Mastropaoalo (1988).

Soprattutto nei casi di svolgimento contestuale di attività eterogenee, socialmente utili ma potenzialmente “pericolose” ed incidenti su diritti fondamentali della persona umana, il regime tradizionale di responsabilità civile, fondato sull’elemento soggettivo della colpa, appare inadeguato.

La complessità dei processi, tecnologici ed organizzativi, connotanti lo svolgimento di determinate attività e l’astratta riconducibilità dei danni al concorso di più condotte rendono incerto l’accertamento del nesso causale e la stessa configurazione di un rapporto contrattuale; l’esecuzione di prestazioni di diverso contenuto e l’impiego di numerosi soggetti coinvolti, a vario titolo, nello svolgimento delle attività, rendono sussumibili dette fattispecie nel regime di responsabilità oggettiva.

In definitiva, l’operatività di un modello di responsabilità oggettiva appare idoneo a garantire una tutela più efficace dei diritti violati, addossando, in coerenza con i principi dell’analisi economica del diritto, i rischi derivanti dalle attività svolte ai soggetti titolari di un potere di controllo sulle fonti produttive dei rischi stessi (Cass. Civ. Sez. III, 17/12/2009, n. 26516, cit.).

Dunque, in merito alla natura della responsabilità civile, l’ipotizzato percorso a spirale conduce al crescente riconoscimento di una tutela più incisiva ed efficace dei soggetti danneggiati, realizzata, oltre che attraverso la diffusa applicazione del regime di responsabilità contrattuale³⁷, mediante la progressiva operatività di modelli di responsabilità civile oggettiva idonei a garantire, anche sotto il profilo pratico-operativo, il conseguimento di rilevanti obiettivi³⁸.

³⁷ In tema di responsabilità contrattuale della struttura sanitaria, ai fini del riparto dell’onere probatorio, l’attore, paziente danneggiato, deve limitarsi a provare il contratto (o il contatto sociale) e l’aggravamento della patologia o l’insorgenza di un’affezione ed allegare l’inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato; compete, poi, al debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante (Cass. Civ., Sez. VI, 29/03/2018, n. 7884, in **Il Corriere Giuridico**, 6/2018, 870). In particolare, la responsabilità aquiliana del Ministero non fa venire meno quella, di natura contrattuale, del soggetto (ospedale o casa di cura) che ha in concreto praticato le trasfusioni, non potendo l’una escludere l’altra. Le Sezioni Unite hanno affermato, con la sentenza 11/01/2008, n. 577, attesa la natura contrattuale della responsabilità della struttura sanitaria, che il paziente danneggiato è tenuto, ai fini dell’onere della prova, a provare l’esistenza del contratto (o il contatto sociale) e l’insorgenza o l’aggravamento della patologia ed allegare l’inadempimento del debitore, astrattamente idoneo a provocare il danno lamentato, rimanendo a carico del debitore dimostrare o che tale inadempimento non vi è stato ovvero che, pur esistendo, esso non è stato eziologicamente rilevante. Ciò in conformità ai principi generali dell’art. 1218 c.c.

³⁸ In tema di responsabilità civile aquiliana, il nesso causale è regolato dai principi di cui agli articoli 40 e 41 del c.p., per il quale un evento è da considerare causato da un altro se il primo non si sarebbe verificato in assenza del secondo, nonché dal criterio della cosiddetta “causalità adeguata”, sulla base del quale, all’interno della serie causale, occorre dar rilievo solo a quegli eventi che non appaiano – a una valutazione *ex ante* – del tutto inverosimili.

Sullo sfondo del delineato quadro evolutivo, emerge la crisi dei rapporti tra la responsabilità civile ed il relativo sistema di assicurazione.

In quest'ordine di idee, recenti pronunce europee e nazionali affermano che il danno non patrimoniale per lesione dei diritti della personalità sia *in re ipsa*³⁹ e possono inquadrarsi nell'ambito della medesima prospettiva la valorizzazione, in tema di onere della prova, del principio della “vicinanza della prova”⁴⁰, inteso come apprezzamento dell’effettiva possibilità, per l’una o per l’altra parte, di fornirla⁴¹ nonché la diversità del regime probatorio applicabile, in sede civile e penale, differenziato in ragione dei diversi valori sottesi ai due processi; vige, nell’accertamento del nesso causale in materia civile, la regola della preponderanza dell’evidenza o del più probabile che non e nel processo penale la regola della prova oltre il ragionevole dubbio⁴².

5 NOZIONE DI ATTIVITÀ PERICOLOSA E “GIUDIZIO DI PERICOLOSITÀ”: BREVE CASISTICA ED INQUADRAMENTO DELLE SINGOLE FATTISPECIE

La polifunzionalità della responsabilità civile e la progressiva oggettivazione della stessa concorrono nel determinare la costante estensione della nozione di

³⁹ Cass. 1/12/2011, Civ. n. 25730; Cass. 1/03/2012, Civ. n. 3211, in www.leggiditaliprofessionale.it.

⁴⁰ Nel diritto italiano la ricognizione dei confini tra i diversi ambiti della responsabilità civile è parzialmente diventata incerta in seguito all'affermarsi di tesi avanzate sul piano dottrinale e poi penetrate in giurisprudenza, come quella della responsabilità contrattuale da contatto sociale (BALESTRA; CUFFARO; SCOGNAMIGLIO; VILLA, 2019, p. 593).

⁴¹ Nell’obbligazione di mezzi l’oggetto dell’obbligazione è una attività (e non il risultato della prestazione) la cui prova, anche in relazione alla sua puntuale realizzazione, è più vicina al soggetto che la esegue, piuttosto che al soggetto nel cui interesse è eseguita; (Cass. Civ., Sez. III, 26/06/2007, n. 14759 in **Giustizia Civile – Massimario Annotato della Cassazione**, 2007, 6: “È priva di motivazione sufficiente la decisione con la quale il giudice del merito, chiamato ad accettare la natura iatrogena di una frattura pluriframmentaria della testa del femore con conseguente accorciamento dell’arto, rigetti la domanda di risarcimento sul presupposto che il paziente già prima dell’intervento presentava una frattura scomposta, in quanto in tal modo il giudice per un verso ha confuso due patologie diverse – la frattura scomposta e quella pluriframmentaria – non equivalenti sul piano della idoneità causale a produrre l’evento di danno; e per altro verso ha trascurato di considerare che non la preesistenza all’intervento della frattura scomposta avrebbe escluso il nesso causale e quindi la responsabilità, ma solo la preesistenza della frattura pluriframmentaria”).

⁴² Ciò comporta un’analisi specifica e puntuale di tutte le risultanze probatorie del singolo processo, nella loro irripetibile unicità, con la conseguenza che la concorrenza di cause di diversa incidenza probabilistica dev’essere attentamente valutata e valorizzata in ragione della specificità del caso concreto, senza potersi fare meccanico e semplicistico ricorso alla regola del 50% *plus unum*; (Cass. Civ. Sez. III, 8/01/2020, n. 122 in **Guida al Diritto**, 2020, 11, 75). Sul tema, con specifico riferimento alla responsabilità sanitaria: Cass. Civ. Sez. III, 18/04 – 10/09/2019, n. 22520 con nota di F. Martini, in **Guida al Diritto**, 2019, 45, 37, p. 52 ss.

“attività pericolosa” e la conseguente, diffusa applicazione della norma di cui all’art. 2050 c.c.⁴³.

In definitiva, l’art. 2050 c.c. è oggetto di una costante interpretazione estensiva, avendo il c.d. “giudizio di pericolosità” condotto le Corti ad esito positivo con riferimento a molte e diverse fattispecie⁴⁴.

L’interpretazione estensiva dell’art. 2050 c.c. è ormai consolidata, rientrando nella nozione di attività pericolosa non solo le attività qualificate come tali dalla legge di pubblica sicurezza o da altre leggi speciali, ma anche quelle che comportano la rilevante probabilità del verificarsi del danno, per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi usati, sia nel caso di danno che sia conseguenza di un’azione, sia nell’ipotesi di danno derivato da omissione di cautele che in concreto sarebbe stato necessario adottare in relazione alla natura dell’attività esercitata⁴⁵.

Sebbene persista il convincimento che l’art. 2050 c.c. sia “una norma eccezionale che assoggetta ad un regime di responsabilità aggravata per colpa presunta quelle attività che, per la loro stessa natura o per la natura dei mezzi adoperati nel loro esercizio, presentano caratteri di pericolosità”⁴⁶, l’originaria

⁴³ In tema di responsabilità ex art. 2050 c.c., la nozione di attività pericolosa, ai sensi e per gli effetti dell’art. 2050 c.c., riguarda tutte quelle attività che, per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati, comportino una rilevante possibilità del verificarsi di un danno, dovendosi, di conseguenza accertare in concreto il requisito della pericolosità con valutazione svolta caso per caso, tenendo presente che anche un’attività per natura non pericolosa può diventarlo in ragione delle modalità con cui viene esercitata o dei mezzi impiegati per espletarla. L’indagine sul carattere pericoloso dell’attività, di ordine fattuale, deve essere svolta seguendo il criterio della “prognosi postuma”, tenendo conto delle circostanze esistenti al momento dell’esercizio dell’attività; (Corte App. L’Aquila, Sez. I, 19/04/2021, n. 612).

⁴⁴ Al fine di arginare l’attuale tendenza ad estendere l’applicazione dell’art. 2050 c.c., si è rilevato che, sebbene l’elenco delle attività pericolose non si esaurisca in quello previsto dalle leggi di pubblica sicurezza, “esso può di volta in volta incrementarsi, come è attestato dalla casistica giurisprudenziale, in forza di un giudizio pur sempre però fondato sulla verifica in concreto dei caratteri costanti dell’attività pericolosa: l’inerenza intrinseca all’attività o ai mezzi adoperati ... nonché la dinamicità del pericolo” (VITTORIA, 2008, 2005, p. 4.239).

⁴⁵ Cass. Civ. Sez. III, 10/02/2003, n. 1.954; Cass. 12/12/1988, n. 6.739; Cass. 10/02/2003, n. 1.954; Cass. 7/05/2007, n. 10.300 in tema di attività edili. In particolare, la Cassazione ha confermato la sentenza con la quale la Corte di Appello di Cagliari, in totale riforma della sentenza di primo grado, aveva condannato i convenuti al risarcimento dei danni subiti dagli attori, consistenti nella perdita dell’arredamento e nelle spese sostenute per reperire altro alloggio, a causa dell’esecuzione di lavori di scavo che avevano determinato il crollo di una parte di abitazione da essi condotta in locazione. La Corte di legittimità, considerato che gli scavi erano stati eseguiti ad una profondità di circa tre metri al di sotto del livello del terreno, confermava la responsabilità ex art. 2050 c.c. dei proprietari del terreno ove i lavori erano stati effettuati. La Suprema Corte ha altresì confermato la sentenza della Corte di Appello di Reggio Calabria che, in relazione ai danni subiti dai proprietari di una villa investita da una mareggiata, aveva riconosciuto la responsabilità dell’ente pubblico, ai sensi dell’art. 2050 c.c., per avere effettuato scavi su un tratto di costa funzionali alla realizzazione di un nuovo porto (Cass. 12/12/1988, n. 6.739; Cass. 7/05/2007, n. 10.300)

⁴⁶ Balucani (2013, p. 765): il lavoro, invero, consiste nella ricognizione della giurisprudenza sulla questione, dalla sentenza Stalteri fino alla pronuncia della Cass. n. 26156/09 e non indaga il pur sussistente contrasto in ordine alla natura e portata della responsabilità ex art. 2050 c.c.

interpretazione restrittiva dell'art. 2050 c.c. risulta ormai superata in favore di una costante interpretazione estensiva⁴⁷ tesa finanche ad estendere il giudizio di pericolosità⁴⁸ al bene finale dell'attività produttiva, sempre che quest'ultimo abbia conservato la sua potenzialità lesiva verso i consumatori-utenti.

L'art. 2050 c.c. non contiene una definizione dell'attività pericolosa, limitandosi ad affermare che un'attività è pericolosa quando tale possa qualificarsi "per sua natura o per la natura dei mezzi adoperati"⁴⁹.

Pertanto, ai fini della responsabilità sancita dall'art. 2050 c.c., devono ritenersi pericolose, non solo le attività espressamente qualificate come tali dalla legge di pubblica sicurezza o da altre leggi speciali⁵⁰, bensì anche quelle che abbiano una pericolosità intrinseca o comunque dipendente dalle modalità di esercizio o dai mezzi di lavoro impiegato che il giudice qualifichi come tali in base ad un accertamento da compiersi caso per caso⁵¹.

⁴⁷ L'incessante ampliamento della portata applicativa della norma di cui all'art. 2050 c.c. riceva costante conferma nelle pronunce di legittimità inclini ad una lettura della norma sempre più funzionale a garantire un'adeguata protezione al danneggiato in tema di responsabilità pericolose (TOPI, 2019, p. 806 ss.).

⁴⁸ Parte degli autori ritiene che siano pericolose soltanto le attività che generano un rischio che, nonostante la più scrupolosa diligenza dell'esercente e la mancanza di qualsiasi negligenza, risulta non evitabile del tutto (DE MARTINI, 1973). Altra dottrina, superando la potenzialità intrinseca del danno, valorizza la potenzialità quantitativa di pericolo delle attività stesse, rilevata secondo il criterio della normalità media in base a dati statistici ed elementi tecnici; Pacchioni (1943, p. 73 ss.); Gentile (1950, p. 97 ss.); Bonasi-Benucci (1956, p. 473 ss.); Delconte (1957, p. 569 ss.); Geri (1967, p. 161 ss.); Comporti (1965, p. 2.091).

⁴⁹ La relazione al codice civile (795) – individuando la *ratio* dell'art. 2050 c.c. nel dovere di operare tenendo conto del pericolo e nel dovere di evitare il danno ("più rigoroso quando si opera con la netta previsione della sua possibilità", essendo, in tal caso, "insufficienti ... gli obblighi inerenti alla normale diligenza") – escludeva la responsabilità soltanto per le lesioni assolutamente inevitabili: "*Nell'esercizio di un'attività pericolosa, la prevedibilità del danno è in re ipsa ed il soggetto deve agire tenendo conto del pericolo per i terzi. Gli obblighi inerenti alla normale diligenza sarebbero in tal caso insufficienti perché dove la pericolosità è insita nell'azione, vi è il dovere di operare tenendo conto del pericolo; il dovere di evitare il danno ... diviene più rigoroso quando si opera con la netta previsione della sua possibilità. Il soggetto, dunque, deve adottare, anche a prezzo di sacrifici, tutte le misure atte ad evitare il danno. Quali debbano essere tali misure saranno le particolari norme tecniche e legislative inerenti alle singole attività o le regole della comune esperienza: certo è che le lesioni evitabili debbono essere risarcite*", "Soltanto per le lesioni assolutamente inevitabili è esclusa la responsabilità, per le quali, peraltro, non vi potrebbe essere nella particolare ipotesi se non adottando un criterio di pura causalità"; (Relazione al c.c., 795).

⁵⁰ In particolare, nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza, nel relativo regolamento delle leggi e, indirettamente, nelle leggi di prevenzione degli infortuni e di tutela della pubblica incolumità.

⁵¹ Nel senso che attività pericolose non sono solo quelle qualificate come tali dalla legge ma anche le attività che hanno una spiccata potenzialità offensiva, si segnalano, tra le altre, Cass., 5/06/02, n. 8148 e Cass., 24/02/12, n. 12900. Con sentenza n. 12900 del 24/02/2012, il Supremo Collegio ha affermato che la qualifica di un'attività come "pericolosa", ai sensi dell'art. 2050 c.c., dipende unicamente dal contenuto intrinseco di essa, "dovendo avversi esclusivo riguardo alla natura dell'attività ed a quella dei mezzi adoperati ... a nulla rilevando né che alcuna norma di legge la qualifichi come pericolosa, né che sia svolta senza fine di lucro o per fini filantropici" (in applicazione di tale principio la Suprema Corte ha confermato la sentenza di merito che aveva qualificato come "pericolosa" l'attività svolta da una scuola di alpinismo senza fini di lucro e, dunque, condannato ai sensi dell'art. 2050 c.c. la scuola al risarcimento del danno subito da un allievo durante un'arrampicata).

In tal senso, i giudici di legittimità ritengono che

ai fini della qualificazione di un'attività come pericolosa per gli effetti di cui all'art. 2050 c.c., è del tutto irrilevante che quella qualificazione difetti nella legge che direttamente o indirettamente ne regola l'esercizio, dovendo avversi esclusivo riguardo alla natura dell'attività ed a quella dei mezzi adoperati, secondo quanto inequivocabilmente disposto dall'articolo citato⁵².

Ritenendo, in tal senso, che l'art. 2050 c.c. sia caratterizzato da una struttura aperta, si distingue tra attività pericolose “tipiche”, elencate nelle specifiche normative di settore ed attività pericolose “atipiche”, qualificate tali in seguito all'accertamento della pericolosità effettuato sulle singole fattispecie, caso per caso, a prescindere dal fatto che le attività siano svolte o meno nell'ambito di un'impresa (Trib. Latina, 03/09/2021, n. 1619).

In tal senso, la Corte di legittimità ha affermato che l'art. 2050 c.c. non è riferibile esclusivamente alle attività d'impresa, rispetto alle quali, sotto il profilo economico mira a rendere economicamente conveniente per l'imprenditore allocare risorse in funzione di prevenzione, ma anche alle attività non aventi fine di lucro, posto che l'eventuale utilità sociale dell'attività svolta non assume rilevanza in merito alla configurazione giuridica della responsabilità civile per esercizio di attività pericolose⁵³.

In altri termini, la pericolosità di un'attività dev'essere individuata non tanto in riferimento a leggi od a regolamenti, quanto in relazione alla concreta

⁵² Cass. Civ., 24/07/2011, n. 12900. Attribuisce particolare rilevanza ai “mezzi adoperati” la pronuncia della Suprema Corte n. 9743 dell'8/11/1996 secondo la quale l'esecuzione dei lavori edili che importino modificazione dei luoghi adibiti a pubblico passaggio costituisce attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c.: “oltre a quelle considerate tali dalla legge, debbono infatti considerarsi pericolose, a norma dell'art. 2050 c.c., tutte le attività nelle quali sia obiettivamente riscontrabile una pericolosità intrinseca, sia in relazione alle modalità ed agli strumenti con cui sono esercitate, sia in relazione alla circostanza che il loro svolgimento determini, in luoghi in cui abbia accesso il pubblico, modificazioni tali da renderli pericolosi”.

⁵³ Cass. Civ. Sez. III, 24/07/2012, n. 12900 in **Il Foro Italiano**, I, 2999 ss.: “L'art. 2050 c.c. non è riferibile esclusivamente alle attività d'impresa, dove sotto il profilo economico mira a rendere economicamente conveniente per l'imprenditore allocare risorse in funzione di prevenzione, ma anche alle attività non aventi fine di lucro, in ragione della tendenzialmente universale portata del principio del *neminem laedere*, segnatamente quando gli interessi incise abbiano rilievo costituzionale, come è per il caso dell'incolumità delle persone (art. 32 Cost.); e quando, per converso, analoga rilevanza non possa essere riconosciuta, nella valutazione comparativa degli interessi in gioco, a quello perseguito con l'attività pericolosa, quand'anche esso sia in via generale considerato meritevole di tutela da parte dell'ordinamento”; nel caso di specie, l'art. 2050 c.c. è stato considerato applicabile ad un'escursione alpinistica organizzata nell'ambito di un corso per principianti. La Suprema Corte ha confermato la statuizione della Corte d'appello secondo la quale “la lodevole e meritoria attività svolta dal Cai, Club alpino italiano, ente pubblico con finalità sociali ... senza fine di lucro ... non assume alcuna rilevanza in merito alla configurazione giuridica della responsabilità da delineare nel caso che ci occupa”.

natura di essa, quale è offerta all'esame del giudice nella realtà oggettiva e in tal senso la giurisprudenza ha ritenuto applicabile l'art. 2050 c.c. alle attività di produzione e distribuzione di energia elettrica⁵⁴.

In tale ordine di idee, la sussistenza di un'attività pericolosa forma oggetto di una *quaestio iuris* solo qualora si prospetti che tale qualificazione derivi da una espressa valutazione normativa mentre in tutte le altre ipotesi, il configurarsi o meno di un'attività pericolosa può costituire solo l'oggetto di una *quaestio facti* insindacabile in sede di legittimità⁵⁵.

In sostanza, il giudizio sulla pericolosità dell'attività svolta (ossia l'apprezzamento della stessa come attività che per la sua stessa natura o per i mezzi adoperati, rende probabile, e non semplicemente possibile, il verificarsi dell'evento dannoso da essa causato), quando non è espresso dal legislatore, è rimesso alla valutazione del giudice di merito che, se correttamente e logicamente motivata, è insindacabile in sede di legittimità⁵⁶.

Sulla base di questo principio, la giurisprudenza ritiene che un'attività normalmente non pericolosa diventi pericolosa in presenza di situazioni di fatto sintomatiche di una "pericolosità" non percepibile in base alle conoscenze tecniche dell'epoca⁵⁷.

Il giudizio di pericolosità tende ad estendersi a tutte le caratteristiche e peculiarità del caso sottoposto all'esame del giudice, di talchè

costituisce esercizio di attività pericolosa, ai sensi dell'art. 2050 c.c., l'attività d'impresa che, per i metodi usati, per gli strumenti adoperati, per le immutazioni arrecciate allo stato dei luoghi cui ha accesso il pubblico, sia suscettibile di esporre gli utenti della pubblica via al rischio di un'errata percezione del pericolo (Cass., 8/11/96, n. 9743).

La responsabilità per esercizio di attività pericolosa ex art. 2050 c.c. può finanche prescindere dall'attività in sé e per sé considerata nei casi in cui il pericolo si sia materializzato e trasfuso negli oggetti della stessa attività i quali, anche a causa di un'imperfetta costruzione, conservino un'intrinseca

⁵⁴ Cass., 27/02/1984, n. 1393, in **Giurisprudenza Italiana**, 1985, I, 1, 31.

⁵⁵ Cass., 28/02/00 n. 2220, in **Il Foro Italiano**, 2000, I, 1828.

⁵⁶ Cass. 11/07/69 n. 2555; Cass. 27/07/90 n. 7571; Cass. 30/08/95 n. 9205; Cass. 28/02/00 n. 2220.

⁵⁷ La Suprema Corte ha definito insindacabile la motivazione con cui il giudice del merito aveva ritenuto che un'attività normalmente non pericolosa, quale l'esercizio di escursioni guidate in prossimità delle bocche eruttive dell'Etna, era divenuta pericolosa in presenza di una situazione di "inquietudine" del vulcano che, in base alle conoscenze tecniche dell'epoca, non era percepibile Cass., 19/01/07, n. 1195 in *Il Sole 24 Ore, Resp. e ris.*, 2008, 10, 84, annotata da P. Pirruccio.

potenzialità lesiva connessa allo svolgimento dell'attività di cui costituiscono il risultato⁵⁸.

Anche nelle ipotesi in cui l'attività compiuta non rientri in quelle espressamente qualificate come “pericolose”, l'esame e la corretta interpretazione del complesso delle norme di legge e di regolamento può legittimamente contribuire a tale qualificazione: è il caso della produzione e commercializzazione di emoderivati e delle sigarette, dell'organizzazione di eventi agonistici e della pratica di alcune attività sportive.

I giudici di legittimità distinguono, peraltro, tra attività che rendono probabile, e non semplicemente possibile, il verificarsi dell'evento dannoso, integranti la fattispecie prevista dall'art. 2050 c.c., e attività normalmente innocue che diventano pericolose per la condotta di chi le eserciti, causa di responsabilità secondo la regola generale di cui all'art. 2043 c.c.⁵⁹.

Alla luce di tali argomenti, il Supremo Collegio ha escluso che l'attività di raccolta del risparmio e di esercizio del credito possa considerarsi pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c., rilevando che i rischi cui sono esposti i clienti negli istituti di credito in relazione alle azioni dei malviventi non derivino dalla natura dell'attività bancaria, potendo la stessa costituire soltanto l'occasione per tali rischi (Cass. n. 11275 del 27/05/05; Cass. n. 908 del 2/02/1983).

Sotto altro profilo, l'art. 2050 c.c. trova applicazione sia in caso di danno conseguente ad azione che nelle ipotesi di danno conseguente ad omissione di necessarie cautele, posto che anche tale tipo di danno ha origine nello svolgimento dell'attività pericolosa.

Più precisamente, la Suprema Corte ritiene sussistere la pericolosità non solo nel caso di danno che sia conseguenza di un'azione “ma anche nelle ipotesi di danno derivato da omissioni di cautele che, in concreto, sarebbe stato

⁵⁸ Cass. n. 17369 del 30/08/04, in **Giustizia Civile – Massimario Annotato della Cassazione**, 2004, f. 7-8.

⁵⁹ Cass. n. 9205 del 30/08/1995; Cass. n. 11275 del 27/05/2005. L'indirizzo appare confermato anche nella più recente giurisprudenza: “Ai fini dell'accertamento della sussistenza della responsabilità ex art. 2050 c.c., il giudizio sulla pericolosità dell'attività svolta, ossia l'apprezzamento della stessa come attività che, per sua natura, o per i mezzi impiegati, rende probabile, e non semplicemente possibile, il verificarsi dell'evento dannoso da essa causato, distinguendosi così, dall'attività normalmente innocua, che diventa pericolosa per la condotta di chi la esercita e la organizza, comportando la responsabilità secondo la regola generale di cui all'art. 2043 c.c., è rimesso alla valutazione del giudice di merito, insindacabile in sede di legittimità, se non nei ristretti limiti del vizio motivazionale di cui all'art. 360 n. 5, c.p.c.; Cass. Civ. Sez. III, 8/10/2019, n. 25028 in **Guida al Diritto**, 2020, 5, 59.

necessario adottare in relazione alla natura dell'attività esercitata alla stregua delle norme di comune diligenza e prudenza”⁶⁰.

Si escludono, invece, dal novero delle attività “pericolose” le operazioni di mero coordinamento delle attività materiali di carico e scarico di navi con mezzi meccanici e di trasporto per condutture di petrolio greggio allorquando il coordinamento, realizzandosi attraverso atti “estranei” all’attività autonomamente posta in essere da altro soggetto, responsabile dell’attività, si risolva in un intervento che sul piano causale è privo di efficacia rispetto alla produzione dell’evento dannoso⁶¹.

In taluni casi, i giudici di legittimità hanno ritenuto configurarsi la responsabilità per esercizio di attività pericolose sotto il profilo specifico della responsabilità del produttore⁶²; in altri, escluso un vizio del prodotto e, dunque, una responsabilità del produttore per prodotto difettoso, la pericolosità è stata ritenuta intrinseca al prodotto stesso e connessa all’attività

⁶⁰ Cass. Civ., 10/02/2003, n. 1954. Nella specie, la Corte di Cassazione ha ritenuto che l’attività edilizia, massimamente quando comporti rilevanti opere di trasformazione o di spostamento di masse terrose e scavi profondi ed interessanti vaste aree, non può non essere considerata attività pericolosa ai fini indicati da detta norma, confermando la sentenza della Corte territoriale che aveva accertato la sussistenza della responsabilità ex art. 2050 c.c., rilevato che era stato lasciato libero ed incustodito l’ingresso del cantiere, senza apporre segnali di divieto agli estranei nonché aperta, non segnalata ed incustodita una buca profonda circa tre metri, sita in un posto mai illuminato. La Suprema Corte rilevava che in tema di esercizio di attività pericolosa, il danneggiato aveva ed ha il solo onere di dimostrare l’esistenza del nesso causale tra l’attività pericolosa e l’evento dannoso, incompendo sull’esercente l’attività pericolosa l’onere di provare di avere adottato tutte le misure idonee per prevenire il danno; considerato che le società convenute, rimaste contumaci, non avevano assolto l’onere di diligenza su di loro incombente, condannava le stesse, in solido tra loro, al risarcimento dei danni subiti dall’attore, consistenti, in primo luogo, nel danno biologico accertato dal CTU sulla persona del medesimo. In linea più generale, può affermarsi che, in virtù della diffusa interpretazione estensiva del disposto dell’art. 2050 c.c. la Suprema Corte ha ritenuto corretto l’inquadramento nell’ambito delle attività pericolose anche dei lavori edilizi che, comportando rilevanti opere di trasformazione o di rivolgimento o di spostamento di masse terrose, immutino luoghi adibiti a pubblico passaggio o modifichino l’ordinaria viabilità, causando, agli utenti della pubblica via, per errata percezione del pericolo, cadute o altri eventi dannosi (Cass. n. 9743 del 8/11/1996 che, con tali argomentazioni, ha confermato la sentenza della Corte di Appello di Bari del 20/07/94).

⁶¹ Cass. 9/12/96 n. 10951. La Suprema Corte, più precisamente, afferma: “A norma dell’art. 2050 c.c. ... sono da considerarsi pericolose le operazioni di carico e scarico di navi con mezzi meccanici ed il trasporto per condutture di petrolio greggio, ma non le operazioni che coordinano quelle attività se ed in quanto non si connettono con esse, ma con esse interferiscono dall’esterno attraverso una condotta che si concreta in un intervento meramente organizzativo di per sé non concorrente alla produzione del risultato che l’attività si prefigge”. Riaffermando tale principio, la Suprema Corte ha confermato la decisione di merito nel punto in cui questa – in relazione ai danni riportati da una petroliera in occasione dell’esplosione avvenuta a bordo dopo essere stata colpita da un fulmine mentre era ormeggiata al molo petroli del porto di Genova, per operazioni di zavorramento – ha escluso la responsabilità del Consorzio del porto, quale asserito soggetto coordinatore della predetta attività, in quanto detto ente non era stato partecipe della materiale attività pericolosa, né era tenuto a prestare assistenza alla nave nella specifica operazione.

⁶² Cass. 19/07/08, n. 20062, relativa alla responsabilità del produttore e distributore delle bombole di gas che si avvale di terzi commercianti per l’utenza.

di commercializzazione cui la produzione è funzionale⁶³; in linea generale, il progressivo superamento delle limitazioni che la tutela del danneggiato subisce a causa della disciplina sulla sicurezza dei prodotti (approvata la conformità del prodotto agli *standard* legislativi che ne governano la sicurezza, non è possibile affermare una responsabilità del fabbricante per i danni provocati) ha costituito il presupposto per l'interpretazione estensiva dell'art. 2050 c.c., attribuendo rilievo a profili di potenziale pericolosità inerenti ai rischi che non era possibile prendere in considerazione al momento in cui la sicurezza del prodotto è stata valutata (rischio da sviluppo) (AL MUREDEN, 2020, p. 690).

La Suprema Corte, inoltre, ritiene irrilevante che l'attività sia stata svolta senza fini di lucro, precisando che l'art. 2050 c.c. non è riferibile esclusivamente alle attività d'impresa ma anche alle attività non aventi fini economici in ragione del rilievo costituzionale della tutela dell'incolumità delle persone (art. 32 Cost.) e della valenza generale del principio del *neminem ledere*.

Seguendo questa prospettiva, la pericolosità di un'attività dev'essere individuata non solo con riferimento a leggi o a regolamenti, ma soprattutto in relazione alla concreta natura di essa, quale è offerta all'esame del giudice nella realtà oggettiva⁶⁴.

L'interpretazione ampia della nozione di attività pericolosa riceve conferma in sede di legittimità, avendo la Suprema Corte rilevato che "non vi è base normativa per limitare tale forma di responsabilità solo al momento produttivo" (Cass. Civ., 17/12/2009, n. 26516).

La pericolosità di un'attività viene accertata in base ad un giudizio "quanti-qualitativo", conferendo rilevanza ai criteri della frequenza statistica (di derivazione di un determinato danno da una determinata attività) e della gravità dei danni (che l'attività "pericolosa" può causare).

La qualifica di pericolosità di un'attività dipende

da una valutazione empirica (la quantità di pericolo che la connota) e un primo indice rivelatore della pericolosità si ha quando dall'esercizio dell'attività derivi un'elevata probabilità o una notevole potenzialità dannosa considerate in relazione al criterio della normalità media e rilevate attraverso dati statistici ed elementi tecnici e di comune esperienza (Cass. Civ., 17/12/2009, n. 26516.).

⁶³ Cass. 17/12/09, n. 26516, inerente alla responsabilità del produttore e venditore di tabacchi lavorati per il fumo.

⁶⁴ Cass., 27/02/1984, n. 1393, in **Giurisprudenza Italiana**, 1985, I, 1, 31. Parte della dottrina distingue tra attività pericolose tipiche di primo grado ed attività pericolose tipiche di secondo grado.

In altri termini, anche nelle ipotesi in cui la qualificazione di pericolosità di un'attività viene ricondotta ad una valutazione empirica, il principale indice rivelatore di tale pericolosità consiste nell'elevata probabilità o nella notevole potenzialità dannosa, rilevate mediante l'esame delle concrete circostanze di fatto che si presentano al momento dell'esercizio dell'attività (correlate, se possibile, a significativi dati statistici), oltre che mediante elementi tecnici e di comune esperienza⁶⁵.

Riecheggia, nelle decisioni delle Corti, quanto evidenziato nella Relazione al codice civile con riferimento all'art. 2050 c.c.: "Quali debbano essere tali misure (le misure idonee ad evitare il danno) saranno le particolari norme tecniche e legislative inerenti alle singole attività o le regole della comune esperienza: certo è che le lesioni evitabili devono essere risarcite".

Dottrina e giurisprudenza concordano nel ritenere che il "giudizio di pericolosità" debba maturare mediante una valutazione *ex ante*, sulla base delle circostanze di fatto presenti al momento dell'esercizio dell'attività, prescindendosi dall'evento dannoso effettivamente verificatosi; va espresso, cioè, non già *ex post*, sulla base dell'evento dannoso effettivamente accaduto (altrimenti, ogni attività finirebbe peressere qualificata come pericolosa), ma sulla base delle circostanze di fatto che, presenti al momento stesso dell'esercizio dell'attività, erano conoscibili dall'uomo medio o comunque dovevano essere conosciute dall'agente in considerazione del tipo di attività esercitata, essendo demandato al giudice il compito di compiere la c.d. "prognosi postuma", funzionale all'accertamento della pericolosità.

Si ritiene, in dottrina, che un'attività sia pericolosa se produce più danni della media delle attività umane, se produce statisticamente moltissimi danni anche se piccoli o se può produrre statisticamente pochissimi danni ma enormi e sproporzionati rispetto alla media dei danni (MONATERI, 2011, p. 59)⁶⁶.

⁶⁵ "Il giudizio di pericolosità non và espresso sulla base dell'evento dannoso effettivamente verificatosi, ma secondo una "prognosi postuma" che il giudice deve compiere sia sulla base di nozioni desunte dalla comune esperienza, sia tenuto conto delle circostanze di fatto che si presentavano al momento dell'esercizio dell'attività ed erano conoscibili all'uomo medio, o comunque dovevano essere conosciute dall'agente in considerazione del tipo di attività esercitata" (Cass. 30/08/1995, n. 9205)

⁶⁶ Particolarmente interessante, sul punto, è la giurisprudenza della Suprema Corte relativa all'attività di equitazione: esclusa, in linea di principio tale attività dal novero di quelle pericolose ex art. 2050 c.c., viene fatto salvo l'accertamento, in fatto, delle specifiche caratteristiche proprie del caso concreto idonee a rendere obiettivamente pericoloso lo svolgimento dell'attività equestre (Cass. n. 11861 del 23/11/98) e si tende a ricondurre alla presunzione di responsabilità di cui all'art. 2050 c.c., le ipotesi di danni conseguenti alle esercitazioni di principianti o di allievi giovanissimi o inesperti (Cass. n. 12307 del 4/12/98).

In estrema sintesi, per valutare la pericolosità di un’attività occorre fare riferimento a due criteri concorrenti: quantità di danni abitualmente cagionati dall’attività in questione; gravità ed entità dei danni minacciati.

6 L’ACCERTAMENTO DELLA PERICOLOSITÀ: NESSO DI CAUSALITÀ ED ONERE DELLA PROVA

Profilatesi, in dottrina ed in giurisprudenza, opinioni contrastanti in ordine alla riconducibilità dell’art. 2050 c.c. alle ipotesi di responsabilità oggettiva, resta, invece, pacifico il dato della rilevanza del compito dell’interprete il quale deve valutare, caso per caso, la possibilità di inquadrare la singola fattispecie nell’ambito applicativo dell’art. 2050 c.c.

Rispetto a tale accertamento di fatto, assumono rilevanza i temi dell’onere della prova, ricadente sulla parte che invoca l’art. 2050 c.c. e del nesso di causalità tra l’esercizio dell’attività pericolosa e l’evento dannoso.

6.1 Il “Duplice Contenuto” della Prova Liberatoria ex art. 2050 c.c.

La presunzione di responsabilità contemplata dall’art. 2050 c.c. può essere vinta solo con una prova particolarmente rigorosa e cioè con la dimostrazione di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, non essendo sufficiente la prova negativa di non aver commesso alcuna violazione delle norme di legge o di comune prudenza, ma occorrendo quella positiva di avere impiegato ogni cura o misura volta ad impedire l’evento dannoso⁶⁷.

In tal senso, il tema della prova liberatoria ex art. 2050 c.c. risulta strettamente connesso con quello del nesso di causalità, posto che anche il fatto del danneggiato o del terzo può produrre effetti liberatori solo ove si provi che per la sua incidenza e rilevanza sia tale da escludere, in modo certo, il nesso causale tra l’attività pericolosa e l’evento e non costituisca un mero elemento concorrente nella produzione del danno inserendosi in una situazione di pericolo

⁶⁷ Cass., 4/06/1998, n. 5484. Trib. Potenza, 16/12/2021, n. 1440. Nell’ambito delle misure idonee ad evitare il danno rientrano anche le misure organizzative e gestionali, imposte dalla prudenza e dalla diligenza e, dunque, anche l’adozione di un sistema di controllo efficace della catena di comando in ordine alle prescrizioni da impartire ai prestatori di lavoro, attraverso i quali l’attività si esercita nonché la doverosa verifica della capacità degli addetti, cui vengono assegnati compiti nevralgici sulla sicurezza e la stringente sorveglianza sul corretto adempimento delle mansioni; (Cass. Pen. Sez. IV, 02/12/2021, n. 9001).

che ne abbia reso possibile l'insorgenza a causa dell'inidoneità delle misure preventive adottate⁶⁸.

La dottrina, rilevato che il nesso causale tra la responsabilità dell'esercente l'attività e il danno subito dalla vittima sia interrotto dal fatto del terzo⁶⁹ o dalla identificazione di una causa estranea non imputabile⁷⁰ o anche dal fatto della vittima⁷¹, ritiene che il contenuto della prova liberatoria ex art. 2050 c.c. sia duplice, dovendo il convenuto dimostrare di aver adottato tutte le misure idonee a prevenire il danno oppure provare che il danno non è a lui imputabile⁷².

In ogni caso, è pacifico, in ordine alla distribuzione dell'onere della prova, che, attesa la presunzione di responsabilità a carico del danneggiante, il danneggiato abbia il solo onere di provare l'esistenza del nesso causale tra l'attività pericolosa ed il danno subito, incombendo, invece, sull'esercente l'attività pericolosa l'onere di provare di avere adottato tutte le più idonee misure preventive (Cass. Civ. Sez. III, 13/05/2003, n. 7298; Cass. 4/12/1998, n. 12307).

Quanto alla prova liberatoria, considerato che il contenuto di essa viene definito "duplice", potendo l'esercente dimostrare di avere adottato tutte le misure idonee a prevenire il danno oppure che lo stesso sia derivato da causa a lui non imputabile, si può escludere che l'applicazione della responsabilità oggettiva di cui all'art. 2050 c.c. possa penalizzare la posizione processuale dell'esercente l'attività.

⁶⁸ Cass., 4/06/1998, n. 5484. In merito al nesso tra causalità e prova liberatoria, App. Milano, 15/07/2021, n. 2257.

⁶⁹ Cass. 2/03/2001, n. 3022 (FANELI, 2001, p. 924).

⁷⁰ Cass., 16/11/1998, n. 11532, in **Danno e Responsabilità**, 1999, 1232, con nota di M. Bona; Cass., 16/02/1996, n. 1192 in *Osservatorio*, in **Danno e Responsabilità**, 1996, 642; Cass., 13/01/1982, n. 182.

⁷¹ Cass., 24/04/2001, n. 6023, in **Danno e Responsabilità**, 2001, 814, con nota di S. DALLA TORRE, con giurisprudenza risalente fino a Cass. 25/01/1960, n. 63.

⁷² Il Supremo Collegio ha affermato che l'accertamento, ad opera del giudice del merito, della mancanza della prova liberatoria richiesta dall'art. 2050 c.c. confermerebbe implicitamente l'assenza anche del caso fortuito che a norma dell'art. 2052 c.c. esclude la responsabilità del proprietario dell'animale; Cass., 24/09/1998, n. 9581: "Quanto all'alternativa tra l'applicabilità dell'art. 2050 c.c. ovvero 2052 c.c. per qualificare la responsabilità del gestore di maneggi, si osserva che la questione - che, peraltro, non ha formato oggetto di trattazione in sede d'appello -, con riferimento al caso di specie, ha rilevanza per così dire teorica. Infatti, l'accertamento compiuto dalla Corte territoriale circa la mancanza della prova liberatoria richiesta dall'art. 2050 c.c. implicitamente conferma l'assenza anche del caso fortuito, cioè l'intervento di un fatto estraneo idoneo a configurare un'autonoma ed esaustiva sequenza causale, che a norma dell'art. 2052 c.c. esclude la responsabilità del proprietario dell'animale". Il ragionamento non è del tutto condivisibile: la diversa formulazione letterale delle due norme ("tutte le misure idonee a evitare il danno" ex art. 2050 c.c. e "caso fortuito" ex art. 2052 c.c.) induce a distinguere il contenuto delle relative prove liberatorie sicché il danneggiante ex art. 2050 c.c. può beneficiare di un sostanziale vantaggio istruttorio, andando esente da responsabilità sia in caso di adozione di tutte le misure preventive sia in caso di prova del caso fortuito. Per contro, la prova della predisposizione di ogni misura idonea ad evitare il danno non libera il responsabile ai sensi dell'art. 2052 c.c. onerando il danneggiante della dimostrazione del caso fortuito.

Ancora una volta, i temi del giudizio di pericolosità, del nesso causale e dell'onere della prova risultano connessi ed interdipendenti.

In merito al contenuto della prova liberatoria, il presunto danneggiante deve dimostrare di avere adottato tutte le idonee misure protettive, quelle offerte dalla tecnologia esistente e quelle richieste dal caso concreto, dovendo ritenersi che la prova liberatoria non si esaurisca nelle misure eventualmente previste dalla normativa primaria e secondaria “ove il caso concreto e la tecnologia esistente ne renda possibili di più efficaci”.

Posto che non è sufficiente la prova “negativa” ma occorre quella “positiva” consistente nell’impiego di ogni cura o misura volta ad impedire l’evento dannoso, la difficoltà economica o esecutiva delle misure di prevenzione o l’eventuale aggravio di tempi e di costi dei lavori non comportano il superamento della presunzione di responsabilità, rilevando soltanto l’impossibilità oggettiva, sotto il profilo tecnico, di adottare misure di prevenzione del danno.

In particolare, non può costituire prova liberatoria per l’esecutore dei lavori a norma dell’art. 2050 c.c. la consapevolezza della vittima del danno in merito alla pericolosità dei lavori in atto: la sola “informazione” della pericolosità dell’attività, da parte del soggetto esercente, nei confronti dei potenziali danneggiati, non esaurisce di per sé l’adozione delle misure idonee ad evitare il danno⁷³; a ragionare diversamente, la capacità eziologica del danno risulterebbe sempre ribaltata, in presenza di eventuali “informazioni”, sulla condotta del danneggiato.

Pertanto, non può ritenersi che il danneggiato, consapevole della messa in opera dell’asfalto, sia, a causa del comportamento incauto consistente nel saltare sulla parte asfaltata, l’esclusivo responsabile dei danni subiti, in quanto l’idoneità di semplici avvisi verbali non costituisce misura sufficiente per evitare il sinistro nell’ambito dell’attività pericolosa esercitata (Cass. Civ., Sez. III, 08/11/1996, n. 9743).

Tantomeno può ritenersi che l’apposizione di cartelli relativi ai lavori in corso ed al limite di velocità esaurisca l’obbligo di adottare tutte le misure idonee ad evitare il danno, dovendo l’esercente i lavori sulla strada delimitare i lavori stessi, ai sensi del codice della strada, con opportuni ripari ben visibili, e mantenere costantemente efficienti, durante la notte, fanali a luce rossa e

⁷³ Cass. Civ. Sez. III, 13/05/2003, n. 7298. Analogamente, la lettera liberatoria o diesonero da responsabilità, sebbene non sia documento vietato, non può esonerare da responsabilità né può rappresentare una tutela a priori per eventuali fatti dolosi o colposi che potrebbero verificarsi in capo ad un soggetto che svolge una attività sportiva; (cfr. Trib. Roma Sez. XIII, 25/09/2020, n. 12921).

dispositivi a luce riflessa in modo che i lavori, i cavalletti e gli steccati siano visibili a sufficiente distanza⁷⁴.

In linea generale, la facoltà dell'esercente l'attività pericolosa di individuare le misure idonee ad evitare il danno non investe quelle misure "preventive" che già la legge impone di adottare ma è relativa alle sole misure "aggiuntive" che la situazione del caso concreto e/o i progressi della tecnica consigliano (Cass. Civ. Sez. III, 13/05/2003, n. 7298).

La presunzione di pericolosità, dunque, è applicabile all'esercente che abbia adottato misure diverse da quelle già prescritte da norme legislative o regolamentari senza che vi sia, in questo caso, alcuna possibilità di valutarne l'idoneità: il margine di discrezionalità di cui dispone l'esercente l'attività pericolosa è ristretto nei limiti dell'uso della normale prudenza e dell'adozione di misure ragguagliate allo sviluppo della tecnica sicché detta discrezionalità cessa quando le misure, in quanto imposte dalla legge, devono ritenersi comprese nel concetto più ampio e generale di "misure idonee".

Pur vero che l'accertamento relativo alla necessità ed all'idoneità delle cautele prescritte dall'art. 2050 c.c. integra un'indagine di fatto riservata al giudice del merito, ciò vale, tuttavia, soltanto per le misure che non siano specificamente previste dalla legge poiché in tale ultima ipotesi il relativo giudizio è già stato espresso dal legislatore (Cass. Civ. Sez. III, 13/05/2003, n. 7298).

Ciò considerato, l'ampiezza e la rilevanza della prova liberatoria vanno valutate di caso in caso, con specifico ed analitico riferimento all'evento in concreto verificatosi, esaminato nell'ambito del quadro normativo di riferimento⁷⁵.

⁷⁴ Cass. Civ. Sez. III, 2/03/2001 n. 3022. La più recente giurisprudenza ha precisato quanto segue: "In realtà, ai fini dello scrutinio in ordine alla sussistenza della prova liberatoria di cui all'art. 2050 c.c. (e cioè la prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno), è necessario valutare, da un lato, la rigorosa osservanza di tutte le sperimentazioni e i protocolli previsti dalla legge prima della produzione e commercializzazione del farmaco (questione nella fattispecie non controversa); dall'altro, l'adeguatezza della segnalazione dell'effetto indesiderato, dovendosi solo per completezza qui precisare che non una qualunque informativa circa i possibili effetti collaterali del farmaco possa scriminare la responsabilità dell'esercente, essendo invece necessario che l'impresa farmaceutica svolga una costante opera di monitoraggio e di adeguamento delle informazioni commerciali e terapeutiche, allo stato di avanzamento della ricerca, al fine di eliminare o almeno ridurre il rischio di effetti collaterali dannosi e di rendere edotti nella maniera più completa ed esaustiva possibile i potenziali consumatori"; (Cass. Civ., Sez. III, 22/10/2018 – 7/03/2019 n. 6587).

⁷⁵ La rilevanza della prova liberatoria viene riconosciuta anche da chi ritiene che l'art. 2050 c.c. contempla un'ipotesi di responsabilità aggravata per colpa presunta con riferimento ad attività intrinsecamente pericolosa per la loro stessa natura o per la natura dei mezzi adoperati: in tali casi l'esercente l'attività è esonerato da responsabilità per i danni cagionati a terzi se prova di aver fatto tutto il possibile per evitare il danno, restando il danneggiato gravato dell'onere di provare il nesso causale tra l'attività pericolosa ed il danno sofferto (Cass., 17/07/2002, n. 10382).

In ordine alle attività di organizzazione di competizioni agonistiche, si discute se il rispetto dei regolamenti sportivi, in quanto predisposti al fine di prevenire o ridurre al minimo il rischio di incidenti, possa essere ritenuto sufficiente ad escludere la responsabilità dell’organizzatore per gli eventi dannosi subiti dall’atleta.

Dottrina e giurisprudenza tendono a ritenere sufficiente tale allegazione per escludere la responsabilità ai sensi dell’art. 2043 c.c. (Cass., 27/10/2005, n. 20908) ma, una volta inquadrato il caso concreto nell’ambito dell’art. 2050 c.c., tale prova (l’osservanza delle regole tecniche) non sembra sufficiente ad escludere o diminuire la responsabilità degli organizzatori, qualora si riscontri un deficit nella predisposizione di cautele doverose (NICOTRA, 2009, p. 514), dovendo, pertanto, escludersi che il rispetto delle regole tecniche sia, in generale, sufficiente ad integrare il contenuto della prova liberatoria⁷⁶.

L’ampiezza della prova liberatoria assume rilevanza nel caso di danni derivanti dall’attività di produzione e di immissione in commercio di farmaci.

Detta attività costituisce, secondo costante giurisprudenza, in ragione delle qualità intrinseche delle sostanze e del rischio di trasmettere contagi, attività pericolosa, ai sensi dell’art. 2050 c.c., con la conseguenza che il produttore, per liberarsi della presunzione di responsabilità, deve fornire la prova rigorosa dell’adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno, senza che basti la “prova negativa” di non aver violato alcuna norma di legge o di comune prudenza, occorrendo, invece, la “prova positiva” di avere impiegato ogni cura e misura atta ad impedire l’evento dannoso⁷⁷.

⁷⁶ Parimenti, con riferimento alle attività di trattamento dei dati personali, si discuteva se il rispetto delle misure minime di sicurezza previste dall’art. 33 del D. Lgs. n. 196/03 (c.d. Codice di protezione dei dati personali o Codice della privacy), fosse idoneo ad integrare il contenuto della prova liberatoria di cui all’art. 2050 c.c. e il prevalente orientamento, dottrinale e giurisprudenziale, esclude che la mera osservanza delle c.d. misure minime di sicurezza sia idonea ad escludere, quale prova liberatoria, il configurarsi di una responsabilità da attività pericolosa. La necessità di indagare la rilevanza probatoria della documentazione predisposta in ambito aziendale ad eventuali fini scriminanti della responsabilità da attività pericolosa, si rinvie, invero, con riferimento a tutte le ipotesi di c.d. *risk assessment*: si pensi alla predisposizione del c.d. modello organizzativo previsto dal D. Lgs. n. 231/01 in materia di responsabilità da reato degli enti, rilevante in materia di sicurezza del lavoro ai sensi del D. Lgs. n. 81/08 e, da ultimo, anche nel settore ambientale ai sensi del D. Lgs. n. 121/11.

⁷⁷ Cass., 27/01/1997, n. 814; Cass., 1/02/1995, n. 1138; Cass. 20/07/1993, n. 8069; in materia di prodotti chimici nocivi, Cass., 10/10/1997, n. 9866. In tal senso, di recente, Trib. Busto Arsizio, Sez. III, 12/01/2021, n. 39: “In tema di svolgimento di attività pericolose, per liberarsi dalla responsabilità prevista dall’art. 2050 c.c., non basta solamente la prova negativa di non aver commesso alcuna violazione delle norme di legge o di comune prudenza, ma occorre quella positiva di aver impiegato ogni cura o misura atta ad impedire l’evento dannoso, in modo che anche il fatto del danneggiato o del terzo possa produrre effetti liberatori solo se per la sua incidenza e per la sua rilevanza sia tale da escludere il nesso causale tra l’attività pericolosa e l’evento e non già quando costituisce un elemento concorrente nella produzione del danno, inserendosi in una situazione di pericolo che ne abbia reso possibile l’insorgenza a causa dell’inidoneità delle misure preventive adottate”.

Parimenti, nel caso di attività di produzione e commercializzazione di sigarette, integrante, secondo parte della dottrina e della giurisprudenza, esercizio di attività pericolosa, a norma dell'art. 2050 c.c., l'esercente, per andare esente da responsabilità, deve fornire la prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno.

Dette misure in alcuni arresti giurisprudenziali sono state finanche analiticamente individuate con riferimento, ad esempio, alla necessità di fornire adeguate informazioni sulla nocività del fumo con la conseguente, conclusiva affermazione che, non resa in giudizio tale prova liberatoria in merito alle informazioni dovute, deve ritenersi sussistente la responsabilità della convenuta a norma dell'art. 2050 c.c. (App. Roma n. 1015/05 del 17/03/05).

Invero, lo stesso inquadramento di determinate attività nell'ambito delle attività pericolose ex art. 2050 c.c. è stato definito una "scappatoia probatoria", in quanto l'onere probatorio sarebbe semplificato per il danneggiato proprio in seguito a tale qualificazione.

Limitare l'onere della prova del danneggiato al solo nesso causale tra la condotta ed il fatto dannoso, lasciando alla controparte la prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, è una scelta che tende ad addossare all'esercente l'attività gli oneri risarcitori, assicurando maggiori garanzie di tutela alla vittima del danno mentre l'operare della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c. apre lo spazio a più numerose ipotesi di eventi dannosi privi del giusto risarcimento, gravando, in ultima analisi, sull'intera collettività i costi economici degli accadimenti sociali caratterizzati dal verificarsi di un illecito extracontrattuale.

Ciò precisato, nell'ambito delle ipotesi di responsabilità civile, la corretta ed equilibrata qualificazione giuridica delle attività espletate e, dunque, il pertinente inquadramento delle stesse nella previsione di cui all'art. 2050 c.c., può consentire, come si tenterà di dimostrare in questo lavoro, un migliore bilanciamento delle posizioni processuali delle parti ed una più idonea tutela delle vittime incolpevoli degli eventi dannosi.

6.2 Il Nesso di Causalità: Cause Sopravvenute e Caso Fortuito, Condotta del Terzo e del Danneggiato

La Corte di legittimità ritiene che l'accertamento del nesso di causalità sia essenziale ai fini del configurarsi della responsabilità ex art. art. 2050 c.c.:

“è indispensabile, per l'affermazione di responsabilità dell'esercente l'attività pericolosa, che si accerti un nesso di causalità tra l'attività (pericolosa) ed il danno patito dal terzo” (Cass. Civ., 10/03/2006, n. 5254), considerato che la fattispecie prevista dall'art. 2050 c.c. “pur sempre presuppone il previo accertamento dell'esistenza del nesso eziologico” (Cass. Civ., 4/05/2004, n. 8457), dovendo escludersi che l'esercente l'attività pericolosa possa ritenersi responsabile di un evento che non è ad esso in alcun modo riconducibile (Cass. Civ., 4/05/2004, n. 8457. Conformi: Cass. Civ., 9/03/2006, n. 5080; Cass. Sez. Un., 11/01/2008, n. 582).

Gravando sul danneggiato l'onere della prova dell'esistenza del nesso causale tra l'attività pericolosa e l'evento di danno (Cass. 04/05/2004, n. 8457; Cass. 09/03/2006, n. 5080; Cass. Sez. Un. 11/01/2008 n. 582), la Suprema Corte afferma che, anche nei casi di omessa predisposizione di tutte le misure idonee ad evitare l'evento lesivo,

la causa efficiente sopravvenuta, che da sola sia stata idonea a causare l'evento, recide il nesso eziologico che si sarebbe innestato tra l'attività pericolosa stessa, esercitata in assenza di misure di cautela idonee, e l'evento, se questa causa sopravvenuta è idonea a determinare l'evento in via esclusiva (Cass. Civ., 26/01/2022, n. 2259; Trib. Roma, Sez. XIII, sent. 5/01/2022; Cass. Civ., 4/05/2004, n. 8457. Conforme: Cass. Civ., 10/03/2006, n. 5254).

La causa sopravvenuta idonea ad interrompere il nesso di causalità tra l'attività pericolosa e l'evento, deve avere, soprattutto se si accede alla condivisibile tesi che attribuisce natura oggettiva alla responsabilità ex art. 2050 c.c., i requisiti del caso fortuito (eccezionalità ed oggettiva imprevedibilità) il quale, pur espressamente previsto quale causa liberatoria nelle sole ipotesi di cui agli artt. 2051 e 2052 c.c., “in effetti rileva in ogni ipotesi di responsabilità oggettiva, sulla base del principio generale che anche in queste ipotesi di responsabilità è necessario il nesso eziologico tra il fatto generatore e l'evento dannoso” (Cass. 4/05/2004, n. 8457. Conformi: Cass. 10/03/2006, n. 5254; Cass., 13/03/2007, n. 5839).

In quest'ordine di idee, è pacifico che la causa sopravvenuta che costituisca caso fortuito e sia idonea ad interrompere il nesso causale tra l'attività pericolosa e l'evento lesivo può essere integrata anche dal fatto del terzo o del danneggiato, purchè non costituisca mero elemento concorrente nella produzione del danno.

Alla luce del richiamato orientamento giurisprudenziale, può escludersi che sopravvenuti, o anche concomitanti, elementi ambientali o “esterni” possano

costituire fattori alternativi di rilevanza causale tale da integrare il fatto del terzo e far venir meno il nesso eziologico, fatte salve le ipotesi di condizioni produttive dell'evento lesivo che, per l'elevato livello di nocività correlato alla prolungata esposizione del danneggiato allo stesso evento, escludano la rilevanza di altri fattori causal⁷⁸.

Il nesso di causalità è stato esaminato con riferimento all'incidenza del comportamento del danneggiato o del terzo sulla dinamica causale⁷⁹.

La responsabilità dell'esercente l'attività pericolosa, ritenuto autore dell'ingenerata situazione di pericolo causativa dell'evento, rimane esclusa solo quando, essendo l'attività pericolosa circondata dalle dovere cautele finalizzate ad evitare danni a terzi, il comportamento del danneggiato, connotandosi come imprevedibile ed inevitabile, costituisca una causa sopravvenuta da sola efficiente nella produzione dell'evento, idonea a recidere ogni nesso di causalità con l'attività pericolosa, ridotta al ruolo di mera occasione rispetto all'altruimprudenza e negligenza.

In particolare, in tema di attività edilizia, recide il nesso eziologico (tra l'evento dannoso e l'esercizio di attività pericolosa svolta dal manovratore di una macchina perforatrice che non abbia adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno) la causa efficiente sopravvenuta che abbia i requisiti del caso fortuito e sia idonea a causare da sola l'evento, producendo effetti liberatori⁸⁰; analogamente, in tema di fornitura di energia elettrica, la causa efficiente sopravvenuta, che da sola sia idonea a causare l'evento, recide il nesso causale se è idonea a determinare l'evento in via esclusiva, costituendo, invece, causa concorrente se l'evento dannoso si ricollega ad entrambe le cause, *id est* all'attività pericolosa, in assenza di idonee cautele, ed alla causa sopravvenuta (Cass. Civ. Sez. III, 29/04/1991, n. 4710).

⁷⁸ Il tema del rapporto tra fumo di tabacco e tumori professionali relativo alle frequenti ipotesi di fumatori deceduti per tumore polmonare ed esposti nel luogo di lavoro ad agenti cancerogeni e, dunque, del nesso causale tra ambiente di lavoro insalubre ed affezioni morbose contratte dal lavoratore è oggetto di un costante orientamento della Corte di Cassazione penale, soprattutto in ordine ai casi di fumo di tabacco in lavoratori esposti ad amianto e colpiti da tumore polmonare. Il citato orientamento risulta conforme alle indicazioni scientifiche relative alle patologie fornite con riferimento alle patologie asbesto-correlate nel Quaderno del Ministero della Salute n. 15 (STATO, 2012); Guariniello (2014, c. 13 ss.) (la Cassazione penale ha affrontato il problema del nesso causale con riferimento alla diversa ipotesi di morte per tumore polmonare di tre lavoratori esposti a cromo esavalente in una azienda galvanica).

⁷⁹ La condotta del danneggiato può integrare il caso fortuito soltanto qualora la stessa "pur inserendosi nella serie causale già avviata, dia vita ad un'altra serie causale eccezionale ed atipica rispetto alla prima, idonea da sola a produrre l'evento dannoso, che sul piano giuridico assorbe ogni diversa serie causale e la riduce al ruolo di semplice occasione" (Cass. Civ., 6/04/2006, n. 8096).

⁸⁰ Cass. Civ., Sez. III, 05/01/2010, n. 25, in **Giustizia Civile – Massimario Annotato della Cassazione**, 2010, 1, 21, conforme App. Roma, Sez. III, 26/04/2011, n. 1843, in **Guida al Diritto**, 2011, 24, 70.

Dunque, la giurisprudenza tende ad escludere il configurarsi di una presunzione di responsabilità a carico del soggetto agente rispetto ad un evento che ad esso non sia riconducibile (Cass. Civ. n. 8457 del 4/05/04, cit.) con conseguente interruzione del nesso causale nelle ipotesi in cui il comportamento del terzo, ed anche del danneggiato, integri il “caso fortuito” o costituisca causa efficiente dei danni verificatisi⁸¹.

In linea generale, la condotta del terzo o dello stesso danneggiato può avere effetto liberatorio solo quando, nell’ambito del rapporto di causalità materiale, essa abbia operato in modo tale da rendere giuridicamente irrilevante il fatto di chi esercita l’attività pericolosa, anche nell’ipotesi in cui l’esercente non abbia adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno⁸².

Elide il nesso di causalità tra la cosa e l’evento soltanto

una condotta della vittima che rivesta il carattere di una peculiare imprevedibilità e con caratteristiche tali che esse si debbano ritenere eccezionali e cioè manifestamente estranee ad una sequenza causale ordinaria e normale, corrispondente allo sviluppo potenzialmente possibile in un contesto dato secondo *l'id quodplerumqueaccidit*: restando beninteso riservato al giudice del merito l’apprezzamento, tipicamente di fatto, dell’entità del rapporto causale della condotta della vittima, ove si possa configurare una peculiare sua colpa anche solo per mancata adozione di comportamenti di comune prudenza imposti dallo stato dei luoghi⁸³.

⁸¹ In materia di responsabilità civile, il limite della responsabilità per l’esercizio di attività pericolose ex art. 2050 c.c. risiede nell’intervento di un fattore esterno, il caso fortuito, il quale attiene non già a un comportamento del responsabile ma alle modalità di causazione del danno, che può consistere anche nel fatto dello stesso danneggiato recante i caratteri dell’imprevedibilità e dell’eccezionalità. Peraltro, quando il comportamento colposo del danneggiato non è idoneo da solo a interrompere il nesso eziologico tra la condotta del danneggiante e il danno, esso può, tuttavia, integrare un concorso colposo ai sensi dell’art. 1227, comma 1, c.c., con conseguente diminuzione del risarcimento dovuto dal danneggiante in relazione all’incidenza della colpa del danneggiato; Cass. Sez. III, ord., 12/03/2019, n. 7007 in **Guida al Diritto**, 2019, 38, 97.

⁸² Cass., 18/07/2011, n. 15733, in **Il Foro Italiano**, 2012, 1560 ss. commentata da FIN, *Responsabilità per esercizio di attività pericolose: prova liberatoria e concorso di colpa del danneggiato*; in *La responsabilità civile*, 2012, p. 216. Conformi: Cass. 5/01/2010 n. 25, in **Il Foro Italiano**, Rep. 2010, voce *Responsabilità civile*, n. 447 e, per esteso, Trovato (2010, p. 927); Cass., 13/03/2007, n. 5839; Cass. 10/03/2006, n. 5254; Cass. 4/05/2004, n. 8457.

⁸³ Cass., 8/08/2007, n. 17377; Cass., 22/03/2011, n. 6550. In applicazione di tali principi e previa analisi del nesso di causalità nel caso concreto, il Supremo Collegio ha ritenuto che “nel caso in cui un alunno scavalchi volontariamente un balcone precipitando dalla terrazza di un albergo durante una gita scolastica, riportando lesioni permanenti, saranno tenuti a rispondere di tale danno l’albergatore in qualità di custode ex art. 2051 c.c., l’istituto scolastico ed il docente ex art. 1218 c.c. in virtù del rapporto contrattuale che si instaura a seguito dell’iscrizione dello studente a scuola”; in altri termini, la condotta, pur rilevante, del danneggiato, consistente nell’aver volontariamente scavalcati il balcone di un albergo per accedere alla terrazza dello stesso, non è stata ritenuta idonea ad interrompere il nesso di causalità.

In base al consolidato indirizzo giurisprudenziale, il limite della responsabilità per l'esercizio di attività pericolose ex art. 2050 c.c. risiede nell'intervento di un fattore esterno, il caso fortuito, il quale attiene non già ad un comportamento del responsabile ma alle modalità di causazione del danno, che può consistere anche nel fatto dello stesso danneggiato recante i caratteri dell'imprevedibilità e dell'eccezionalità. Peraltro, quando il comportamento del danneggiato non è idoneo da solo ad interrompere il nesso eziologico tra la condotta del danneggiante ed il danno, esso può, tuttavia, integrare un concorso colposo ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c. – espressione del principio che esclude la possibilità di considerare danno risarcibile quello che ciascuno procura a sé stesso – con conseguente diminuzione del risarcimento dovuto dal danneggiante in relazione all'incidenza della colpa del danneggiato⁸⁴.

In altri termini, non può affermarsi che detto comportamento colposo del danneggiato, integrante fortuito, è rilevante nella fattispecie solo se raggiunge un grado tale da costituire causa esclusiva del danno; potrebbe, infatti, in concreto, limitarsi ad un livello “più basso”, integrando in questo caso il fatto colposo concorrente del danneggiato nella produzione dell'evento dannoso ex artt. 1227 e 2056 c.c. (Cass. Civ., 8/05/03, n. 6988).

In tal senso, il Supremo Collegio ritiene che sia necessario, affinchè il fatto del terzo o dello stesso danneggiato abbiano effetto liberatorio, che nell'ambito del rapporto di causalità materiale, tale condotta “abbia operato in modo tale da rendere, per la sua sufficienza, giuridicamente irrilevante il fatto di chi esercita detta attività”, dovendo escludersi che abbia effetto liberatorio ex art. 2050 c.c. il

⁸⁴ Il concorso di colpa del danneggiato di cui all'art. 1227, comma 1, c.c. non concreta un'eccezione in senso proprio ma una semplice difesa sicché dev'essere esaminata e verificata dal giudice anche d'ufficio, mediante le opportune indagini sull'eventuale sussistenza della colpa della vittima e sulla quantificazione dell'incidenza causale dell'accertata negligenza nella produzione dell'evento dannoso, indipendentemente dalle argomentazioni e richieste della parte (Cass., 1/02/2000, n. 1073, in **Giustizia Civile – Massimario Annotato della Cassazione**, 2000, I, 1983; conformi, Cass. Sez. Un., 17/11/1978, n. 5328, ivi, 1979, I, 32; Cass. 8/11/1982, n. 5868, in **Archivio Giuridico della Circolazione e dei Sinistri Stradali**, 1983, 105; Cass. 3/12/1999, n. 13460, ivi, 2000, 401). Solo l'ipotesi disciplinata dal secondo comma dell'art. 1227 c.c. costituisce oggetto di un'eccezione in senso proprio ai sensi dell'art. 112 c.p.c. mentre il giudice può svolgere d'ufficio l'indagine sul concorso di colpa del danneggiato, le seguenti pronunce (Cass., 8/04/2002, n. 5024; Cass., 19/11/1998, n. 11654; Cass., 26/02/1999, n. 1684; Cass. 2/04/2001, n. 4799; Cass., 12/07/1974, n. 2110 in **Giurisprudenza Italiana**, 1975, I, 1, 70; Cass. 14/02/2001, n. 2154). E' necessaria un'espressa istanza del debitore, integrante gli estremi di un'eccezione in senso stretto, con la conseguenza che non può essere rilevata dal giudice d'ufficio (Cass. 23/05/2001, n. 7025; Cass. 11/02/1988, n. 1473; Cass. 12/07/1993, n. 7672); la stessa eccezione, se disattesa, dev'essere riproposta nell'atto di appello e non nella comparsa conclusionale non può essere proposta per la prima volta con il ricorso per cassazione (Cass. 22/01/1980, n. 520, in **Giustizia Civile – Massimario Annotato della Cassazione**, 1980, I, 838; Cass. 28/03/1997, n. 2822; Cass. 10/11/2000, n. 14630; Cass. 9/10/2000, n. 13403). Sulla distinzione tra le due norme: Cattaneo (1967, p. 467, 478 ss.); Violante (2004, p. 77 ss.); Zambrano (2012, spec. p. 200 ss.). Sul concorso del fatto colposo del creditore: Marullo di Condojanni (2012). Sul dovere del danneggiato di limitare il danno, Rossello (1983, p. 1158 ss.).

comportamento “che abbia semplicemente concorso nella produzione del danno per essersi inserito in una situazione già di per sé pericolosa a causa dell’inidoneità delle misure preventive adottate.” (Cass. Civ. 24/11/2003, n. 17851).

Dal punto di vista oggettivo, la giurisprudenza di legittimità ha escluso la responsabilità, anche nei casi di adozione di tutte le misure preventive, qualora si accerti che il comportamento della vittima sia idoneo ad interrompere il nesso eziologico tra attività pericolosa ed evento dannoso:

anche nell’ipotesi in cui l’esercente non abbia adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, in tal modo realizzando una situazione astrattamente idonea a fondare una sua responsabilità, la causa efficiente sopravvenuta, che abbia i requisiti del caso fortuito e sia idonea a causare da sola l’evento, recide il nesso eziologico tra quest’ultimo e l’attività pericolosa, producendo effetti liberatori, e ciò anche quando sia attribuibile al fatto di un terzo o del danneggiato stesso⁸⁵.

Nello stesso ordine di idee, si è rilevato in dottrina che

il fatto della vittima non si pone qui ... come parametro della valutazione della colpevolezza delle condotte, ma come questione di nesso causale che, quindi, precede la questione dell’adozione delle misure preventive, in quanto questione che attiene alla riconducibilità stessa del danno alla sfera di controllo dell’esercente dell’attività pericolosa. Si badi che si tratta non di una valutazione di merito, ma dell’ordine logico delle questioni da risolversi. Infatti, da sempre l’interruzione del nesso causale esclude l’applicabilità anche dei regimi di responsabilità oggettiva ... non tanto il fatto della vittima diviene irrilevante di fronte al mancato assolvimento dell’onere probatorio del convenuto, quanto piuttosto che la questione dell’assolvimento di tale onere è irrilevante, ove il danno sia derivato da una causa esterna non imputabile all’esercente, ivi compreso il fatto della vittima (MONATERI, 2005, p. 673).

La rilevanza del nesso causale in ordine alla qualificazione di un’attività come pericolosa è stata attentamente esaminata in relazione ai c.d. “danni da

⁸⁵ Cass. Civ. 13/03/2007, n. 5839; conformi: Cass., 10/03/2006, n. 5254; Cass., 9/03/2006, n. 5080; Cass., 4/05/2004, n. 8457. La necessità di accettare previamente il nesso eziologico è da tempo condivisa nella giurisprudenza di merito: “è da ritenere insussistente il nesso causale tra la distribuzione e la vendita delle sigarette ed il decesso del dante causa degli attori, circostanza questa che appare assorbente quand’anche si voglia ritener che le valutazioni di responsabilità debbano essere elaborate sulla base dei principi previsti dall’art. 2050 c.c. poiché, anche in tema di responsabilità per esercizio di attività pericolosa, la presunzione di colpa a carico del danneggiante presuppone comunque il previo accertamento dell’esistenza del nesso eziologico tra l’esercizio dell’attività e l’evento dannoso, non potendo il soggetto agente essere investito da una presunzione di responsabilità rispetto ad un evento che non è ad esso in alcun modo riconducibile”; (Trib. Roma, 5/12/07, n. 23877).

fumo” ed al connesso accertamento della responsabilità per esercizio di attività pericolosa in materia di produzione e commercializzazione delle sigarette.

Infatti, la giurisprudenza di merito – alla luce del tradizionale orientamento secondo il quale il nesso causale tra la responsabilità dell'esercente l'attività ed il danno subito dalla vittima è interrotto dal fatto del terzo⁸⁶, dalla identificazione di una causa estranea non imputabile⁸⁷ o dal fatto della vittima⁸⁸ – afferma che, accertata la piena consapevolezza del fumatore quanto alla potenzialità dannosa del fumo da sigaretta ed al fatto che l'assunzione del fumo in maniera ripetuta e costante può provocare una sorta di dipendenza,

è da ritenere che tra la produzione e distribuzione delle sigarette e l'evento dannoso (carcinoma che ha determinato il decesso) si è inserito un fattore assolutamente determinante costituito dal comportamento reiterato, protrattosi per quattro decenni, dello stesso danneggiato e rispetto al quale la vendita del prodotto, pur costituendo un fatto antecedente oggettivamente ricollegabile all'evento, è risultato privo del necessario nesso di causalità immediata e diretta⁸⁹.

La Corte d'Appello, adita in secondo grado, accertava la responsabilità ex art. 2050 c.c. del produttore di sigarette e, definendo di per sé irrilevante la condotta del fumatore, sollevava, in dottrina, legittime obiezioni⁹⁰.

Ulteriore approfondimento in ordine all'operare del nesso eziologico è riconducibile alla giurisprudenza di legittimità:

⁸⁶ Cass. 2/03/01, n. 3022 (FANELI, 2001, p. 924).

⁸⁷ Cass. 16/11/98, n. 11532 in **Danno e Responsabilità**, 1999, 1232, con nota di M. BONA; Cass. 16/02/96 n. 1192, in *Osservatorio*, in **Danno e Responsabilità**, 1996, 642 nonché Cass. 13/01/82 n. 182 e Breda (2001, p. 1.045).

⁸⁸ Trib. Roma, 5/12/07, n. 23877; Cass. 24/04/01, n. 6023 in **Danno e Responsabilità**, 2001, 814 con nota di S. Dalla Torre (in tema di contagio da epatite) con giurisprudenza risalente fino a Cass. 25/01/60, n. 63.

⁸⁹ Il comportamento del fumatore quanto al nesso di causalità veniva, inoltre, attentamente valutato prima in Trib. Roma n. 4119/00 (“a fronte di una condotta svolta nel rispetto delle disposizioni di legge vigenti in materia si è verificato un evento successivo, assolutamente determinante e decisivo, dello stesso danneggiato, il quale, in maniera del tutto consapevole, ha consumato imprudentemente il prodotto in qualità rilevanti (2-3 pacchetti al giorno) per un lunghissimo arco di tempo (più di 50 anni) e poi dal Tribunale di Napoli, n. 12729/2004 secondo il quale il fumo è un atto volontario, sia nella fase iniziale che in quella avanzata nel rapporto con la sigaretta (“di conseguenza i danni subiti dal fumatore devono essere ricondotti alla area normativa della disponibilità, sancita dal secondo comma dell'art. 1227 c.c., in quanto potevano essere evitati usando l'ordinaria diligenza”).

⁹⁰ Successivamente, con altra pronuncia, i giudici di merito, rilevata l'inammissibilità per manifesta infondatezza dell'azione di classe proposta da un'associazione di consumatori, escludevano il nesso di causalità tra l'attività di produzione e distribuzione delle sigarette e l'evento dannoso lamentato perché interrotto dal comportamento del fumatore-consumatore-danneggiato il quale non può non avere piena consapevolezza sia dei rischi per la salute sia della dipendenza indotta dal fumo.

Si badi che qui non si vuol dire che tale comportamento (la costante assunzione di nicotina da parte del fumatore) sia giuridicamente irrilevante, ma solo che ai fini del perfezionamento della fattispecie prevista dall'art. 2050 c.c., non costituisce un elemento necessario la "inscientia" del danneggiato. Il comportamento del danneggiato può essere astrattamente rilevante nell'ambito del nesso eziologico tra lo stesso e l'evento dannoso, allegato nella singola fattispecie.

Il problema, chiarisce la Suprema Corte,

è che il dovere di comportamento diligente del danneggiato (e quindi il mancato rispetto dello stesso), è un elemento esterno al singolo paradigma normativo di responsabilità, per cui il dovere di prevenzione dell'incidente, che grava anche sul danneggiato non costituisce elemento del perfezionamento della fattispecie legale. Tale comportamento colposo si inserisce dall'esterno nella serie causale tipizzata dalla specifica norma⁹¹.

In virtù del citato, costante orientamento, la Suprema Corte ha cassato la sentenza di merito⁹² che aveva escluso la responsabilità della società proprietaria di una cabina di distribuzione dell'energia elettrica, sul duplice presupposto che quest'ultima aveva apposto i prescritti cartelli monitori e munito di chiusura con lucchetto numerato la porta di accesso alla cabina stessa e che il comportamento della vittima appariva assolutamente straordinario, anomalo ed imprevedibile, senza tuttavia precisare alcunché in ordine alla legittimità di ulteriori aperture e all'adeguatezza dei relativi sbarramenti e senza nemmeno tener conto del fatto che il comportamento del danneggiato può avere effetto liberatorio soltanto ove sia, di per sé, idoneo a interrompere il nesso causale tra la condotta di chi esercita l'attività pericolosa e il danno⁹³.

⁹¹ Cass., 17/12/09, n. 26516, in **Il Foro Italiano**, 2010, 870 e ss., con nota di A. Palmieri.

⁹² Nel giudizio risarcitorio promosso dai congiunti di un operaio rimasto folgorato nel mentre, intento all'esecuzione di lavori di rifacimento dell'impianto elettrico in un locale posto in aderenza a una cabina di distribuzione dell'energia elettrica, aveva urtato un cavo portante di energia a media tensione.

⁹³ Cass. Civ. Sez. III, n. 15733/2011. I giudici di appello, richiamando gli accertamenti compiuti dal primo giudice in sede civile e da quello penale, avevano osservato che il comportamento posto in essere dall'operaio, costituiva "comportamento assolutamente straordinario, anomalo ed imprevedibile, in alcun modo collegato con il lavoro al quale (l'operaio) era interessato, e tale da recidere il nesso di causalità eventualmente esistente tra un'ipotizzata condotta colpevolmente omissiva (della società proprietaria della cabina elettrica) e l'evento morte che ha colpito l'operaio medesimo". La Suprema Corte, nella citata sentenza n. 15733/11, riteneva tale affermazione conclusiva non adeguatamente motivata, per omesso esame della possibilità che l'eventuale condotta imprudente del lavoratore avesse concorso al verificarsi dell'incidente unitamente alla mancanza di adeguata protezione della cabina da parte del proprietario. I giudici di legittimità, dunque, hanno più volte ribadito i medesimi principi: "Senonchè, pur versandosi in ipotesi di presunzione di responsabilità e non di presunzione di colpa, essa pur sempre presuppone il previo accertamento dell'esistenza del nesso eziologico – la prova del quale incombe al danneggiato – tra l'esercizio dell'attività e l'evento dannoso, non potendo il soggetto agente essere investito da una presunzione di responsabilità rispetto ad un evento che non è ad esso riconducibile. ... Ne consegue che, anche nell'ipotesi in cui l'esercente dell'attività pericolosa non abbia adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, realizzando quindi

Integrano comportamenti del danneggiato idonei ad interrompere il nesso di causalità, quello dell'utente di un impianto di scivolo veloce in sottostante piscina che, invece di lasciarsi scivolare in piscina, planandovi in posizione prona su un apposito materassino, vi si era tuffato di testa, inarcando la schiena (Cass. Civ. 13 marzo 2007, n. 5839) e quello di una persona che si era improvvisamente allontanata dal percorso comune dopo aver noleggiato un cavallo per un'escursione in zona campestre⁹⁴.

In conclusione, la disamina delle posizioni dottrinali e giurisprudenziali conferma la centralità del nesso di causalità in ordine alla qualificazione di un'attività come pericolosa ex art. 2050 c.c., ribadendo la necessità che sussistano, affinchè il fatto del terzo o dello stesso danneggiato possa integrare le caratteristiche del caso fortuito, i requisiti dell'eccezionalità ed imprevedibilità, in coerenza, del resto, con i principi generali:

Sia con riguardo all'esercizio di attività pericolosa, sia in tema di danno cagionato da cose in custodia, è indispensabile, per l'affermazione di responsabilità, rispettivamente, dell'esercente l'attività pericolosa e del custode, che si accerti un nesso di causalità tra l'attività o la cosa ed il danno patito dal terzo: a tal fine, deve ricorrere la duplice condizione che il fatto costituisca un antecedente necessario dell'evento, nel senso che quest'ultimo rientri nelle conseguenze normali ed ordinarie del fatto, e che l'antecedente medesimo non sia poi neutralizzato, sul piano eziologico, dalla sopravvenienza di un fatto di per sé idoneo a determinare l'evento.

Pertanto, anche nell'ipotesi in cui l'esercente l'attività pericolosa non abbia adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, realizzando quindi una situazione astrattamente idonea a fondare una sua responsabilità, la causa efficiente sopravvenuta che abbia i requisiti del caso fortuito – cioè la

una situazione astrattamente idonea a fondare una sua responsabilità ex art. 2050 c.c., la causa efficiente sopravvenuta, che da sola sia stata idonea a causare l'evento, recide il nesso eziologico che si sarebbe innestato tra l'attività pericolosa stessa, esercitata in assenza di misure di cautela idonee, e l'evento, se questa causa sopravvenuta è idonea a determinare l'evento in via esclusiva, costituendo – invece – causa concorrente, se l'evento dannoso si ricollega etiologicamente ad entrambe le cause, cioè all'attività pericolosa, in assenza di idonee cautele, ed alla causa sopravvenuta; (Cass. Civ., 4/05/2004, n. 8457). Ritiene che il nesso di causalità, ai fini del riconoscimento della sussistenza della responsabilità da atto illecito ricollegabile all'esercizio di attività pericolosa, debba consistere in una relazione diretta tra evento dannoso e rischio specifico dell'attività pericolosa o dei mezzi adoperati, Cass. 21 ottobre 2005, n. 20359. La stessa giurisprudenza di merito condivide il suindicato indirizzo, ritenendo ascrivibili i danni riportati da un minore mentre giocava con i suoi amici, utilizzando come "scivolo" per la bicicletta lo scavo di un cantiere edile, sia all'impresa edile, che aveva omesso di predisporre idonee precauzioni a salvaguardia dell'incolumità dei terzi, sia allo stesso minore danneggiato, data l'evidente pericolosità del gioco effettuato; (Trib. Marsala-Mazzara del Vallo 17 giugno 2004, **Il Foro Italiano**, Rep. 2005, voce cit., n. 330, e **Giurisprudenza di Merito**, 2005, 824; conformi: Pret. Roma 18 luglio 1997, **Il Foro Italiano**, Rep. 1999, voce cit., n. 307; Pret. Marsala 31 dicembre 1990, id., Rep. 1991, voce cit., n. 127).

⁹⁴ Cass. 9 aprile 1999, n. 3471. In tale contesto logico-giuridico, è stato efficacemente precisato che il nesso causale rileva come "signoria sul fatto", nel senso di rappresentare il limite concreto dell'effettiva possibilità della potenziale vittima e del potenziale danneggiante di influenzare i fatti dalla cui concatenazione il danno è derivato (essendo inutile addossare all'automobilista imprudente l'incidente occorso all'autoambulanza che trasportava il ferito in ospedale).

eccezionalità e l'oggettiva imprevedibilità – e sia idonea, da sola, a causare l'evento, recide il nesso eziologico tra quest'ultimo e l'attività pericolosa, producendo effetti liberatori, e ciò anche quando sia attribuibile al fatto del danneggiato stesso o di un terzo (Cass. Civ., 10/03/06, n. 5254).

7 RESPONSABILITÀ OGGETTIVA VERSUS PRESUNZIONE DI COLPA: ORIENTAMENTI DOTTRINALI E GIURISPRUDENZIALI

Dottrina e giurisprudenza hanno espresso contrastanti orientamenti in merito alla natura della responsabilità civile per l'esercizio di attività pericolose ed al criterio di imputazione della responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. (COMPORI, 1965; GERI, 1967, p. 153; DI MARTINO, 1979; RECANO, 1998; ZIVIZ, 1988, p. 182; MONATERI, 1998, p. 1.007; COMPORI, 2009; FRANZONI, 2010, p. 400; MAZZON, 2012, p. 691).

In base ad un primo orientamento dottrinale, la responsabilità prevista da tale norma sarebbe fondata sulla colpa dell'esercente l'attività pericolosa onerato della prova di avere adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno (DE CUPIS, 1971, p. 79).

Detto orientamento, prendendo le mosse dal tradizionale principio romanistico “nulla poena sine culpa”, oltre che dagli spunti contenuti nella relazione al codice civile, ritiene che l'art. 2050 c.c. rappresenti un caso emblematico di ampliamento del dovere di diligenza.

L'unico elemento distintivo della responsabilità per l'esercizio di attività pericolose rispetto alla tradizionale responsabilità extracontrattuale ex art. 2043 c.c. sarebbe l'inversione dell'onere della prova, gravante sull'esercente l'attività con il particolare rigore probatorio sancito nell'art. 2050 c.c.

In base ad un diverso indirizzo dottrinale, l'art. 2050 c.c. integrerebbe un'ipotesi di responsabilità oggettiva di talché l'onere probatorio gravante sull'esercente l'attività pericolosa, consistente nell'adozione delle misure preventive idonee ad evitare il verificarsi dell'evento dannoso, coinciderebbe con la prova del caso fortuito⁹⁵.

⁹⁵ Trimarchi (1961, p. 276); Comporti (1965, p. 265). Per una sintesi delle contrapposte visioni sul punto, si vedano Rodotà (1967) e De Cupis (1979, p. 119 ss.). In particolare, Rodotà muove una critica al tradizionale condizionamento della responsabilità al principio della colpa, evidenziando come detto tratto paia affetto da eccessivo individualismo e da una concezione statica degli interessi patrimoniali. De Cupis, di contro, evidenzia come il far carico, in assenza di colpa, dell'obbligo risarcitorio si traduca nello “spostare la bilancia della giustizia a favore del danneggiato, senza che suffraghi riprovazione morale dell'autore del danno”, ammonendo sul rischio di dilatazione oltre misura dell'istituto della responsabilità civile (op. cit., 144, 146).

La natura oggettiva della responsabilità per l'esercizio di attività pericolose sarebbe confermata dal rigoroso contenuto della prova liberatoria implicante la dimostrazione di avere adottato tutte le misure tecniche ed organizzative idonee a prevenire ed evitare il verificarsi di danni.

Secondo un'ulteriore opzione interpretativa, quella di cui all'art. 2050 c.c. sarebbe una responsabilità intermedia tra la responsabilità per colpa e la responsabilità oggettiva posto che la relativa prova liberatoria sarebbe meno rigorosa della prova del caso fortuito prevista invece nei successivi artt. 2051 e 2052 c.c. (SALVI, 1998, p. 129).

In definitiva, la norma di cui all'art. 2050 c.c. è stata oggetto di contrapposte teorie incentrate sulla colpa oppure sulla responsabilità oggettiva, rispetto alle quali assumono una posizione intermedia le teorie tese ad individuare una scala "progressiva" nella quale il configurarsi della responsabilità dell'esercente appare collegato alla rilevanza della sua condotta dannosa ed all'incidenza della stessa nell'ambito dell'esercizio dell'attività.

Parimenti, in giurisprudenza si rinviene un risalente indirizzo che riconduce la responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. ad una presunzione *juris tantum* di colpa a carico dell'esercente l'attività⁹⁶.

La presunzione di colpa per l'esercizio di attività pericolose è stata riconosciuta, con riguardo allo svolgimento del servizio ferroviario, nei casi di riconducibilità dei danni ad uno specifico aspetto o momento del servizio stesso connotato da pericolosità eccedente il livello normale del rischio, sì da richiedere particolari cautele preventive (Cass. Civ. Sez. III, 20/05/2016, n. 10422; Cass., Sez. III, 27/02/1984, n. 1393; Cass. Sez. III, 1/04/1995, n. 3829).

La Suprema Corte riconduceva all'attività pericolosa di cui all'art. 2050 c.c. una semplice presunzione di colpa con riferimento alla responsabilità civile della società proprietaria di una cabina elettrica in relazione alla morte di un operaio rimasto folgorato nel mentre, intento all'esecuzione di lavori di rifacimento dell'impianto elettrico in un locale attiguo, aveva urtato un cavo portante di energia a media tensione (Cass., 18/07/2011, n. 15733).

⁹⁶ Cass., Sez. III, 27/02/1984, n. 1393, in **Giurisprudenza Italiana**, 1985, I, 1, 31; Cass., Sez. III, 1/04/1995, n. 3829, in **Massimario della Giurisprudenza Italiana**, 1995; Cass., Sez. I, 11/12/1995, n. 12640, in **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, 1996, 688, con nota di Balzaretti. Cass. Civ. Sez. III, 16/02/1996, n. 1192; Cass. 27/02/1984, n. 1393; Cass. Civ. Sez. III, 20/05/2016, n. 10422; Cass., 15/07/08, n. 19449; Cass. 26/04/04, n. 7916; Cass. 10/02/03, n. 1954; Cass. 17/07/02, n. 10382; Cass., 5/07/2017, n. 16637; Cass. 22/09/2014, n. 19872; Cass. 20/05/2016, n. 10422.

Analogamente, il Supremo Collegio definiva pericoloso ex art. 2050 c.c. l'esercizio di attività da parte della pubblica amministrazione, attribuendo alla stessa una semplice presunzione di colpa, previo accertamento della pericolosità non in astratto, in riferimento a leggi od a regolamenti, bensì in relazione alla concreta natura dell'attività, quale è offerta, all'esame del giudice, dalla realtà oggettiva (Cass., 27/02/1984, n. 1393).

Del pari, la giurisprudenza di legittimità inquadra la responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. nelle ipotesi di responsabilità per colpa presunta con riferimento all'asserita violazione, ad opera di un istituto bancario, della normativa di protezione di dati personali⁹⁷.

Seguendo la medesima prospettiva, parte della giurisprudenza di merito afferma, ancora oggi, che “la Suprema Corte qualifica la previsione dell'art. 2050 c.c. in termini di presunzione di colpa e non di responsabilità oggettiva”⁹⁸.

Unulteriore indirizzo giurisprudenziale colloca la responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. in una posizione intermedia tra la responsabilità per colpa e quella oggettiva e, argomentando dalla presunzione legale secondo la quale chi pone in essere un'attività pericolosa deve organizzarla preventivamente secondo modalità idonee ad evitare che la pericolosità si traduca in danno, propende per la ricostruzione in termini oggettivi della responsabilità sancita da tale norma⁹⁹.

L'art. 2050 c.c. consentirebbe l'esonero dalla responsabilità civile attraverso una formula che, seppure non riconducibile alla categoria della responsabilità oggettiva in senso proprio, porrebbe la responsabilità per esercizio di attività pericolosa ai “limiti estremi” della presunzione di colpa, “prossima alla responsabilità oggettiva, ma estranea alla stessa”; la formulazione normativa sarebbe in sintonia con la nozione moderna di colpa, per il preminente significato oggettivo, tant’è che il soggetto chiamato a rispondere, nel caso in cui l’attività assuma forma di impresa, sarebbe “colui che ha il controllo dell’attività al

⁹⁷ Cass., 28/05/12, n. 8451. La Corte precisa che la presunzione di colpa a carico del danneggiante posta dall'art. 2050 c.c. richiamato dall'art. 15 D. Lgs. n. 196/03, presuppone il previo accertamento dell'esistenza del nesso eziologico tra l'esercizio dell'attività e l'evento dannoso. “La banca non è tenuta al risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale avanzata dal figlio, che si è visto revocare la donazione di un bene da parte della madre in quanto avvisata dall'istituto di credito della grave esposizione debitoria del figlio stesso, allorché manchi la prova da parte del ricorrente della esistenza di un nesso di causalità tra la predetta comunicazione e la decisione della madre di non dar corso alla donazione dell'immobile. La presunzione di colpa a carico del danneggiante posta dall'art. 2050 c.c., richiamato dall'art. 15 D. Lgs. n. 196/03, presuppone il previo accertamento dell'esistenza del nesso eziologico – la cui prova incombe al danneggiato – tra l'esercizio dell'attività e l'evento dannoso, non potendo il soggetto agente essere investito da una presunzione di responsabilità rispetto da un evento che non è ad esso riconducibile” (Cass., 28/05/12, n. 8451).

⁹⁸ App. Roma, 27/01/2012, in **Il Corriere Giuridico**, 1/13, 107.

⁹⁹ Cass. Civ. Sez. III, 13/05/2003, n. 7298 concernente l'esecuzione di lavori sulla pubblica strada.

momento del danno, sul solo presupposto dell'oggettiva mancanza delle misure preventive idonee, non essendogli sufficiente per ottenere l'esonero, la prova di essere personalmente incolpevole” (Cass. Civ. Sez. III, 13/05/2003, n. 7298).

Pur imputando la responsabilità ex art. 2050 c.c. a colui che poteva adottare le misure preventive sul solo presupposto dell'oggettiva mancanza delle misure stesse, tale esito, tuttavia, deriverebbe “dal fatto che la valutazione richiesta dalla norma concerne l'attività nella sua interezza ed oggettività e non il comportamento personale dell'imprenditore”; pertanto, non vi sarebbe contraddizione “una volta abbandonata la tesi che la responsabilità per colpa implichi un giudizio di riprovevolezza e sia finalizzata alla punizione del colpevole” (Cass. Civ. Sez. III, 13/05/2003, n. 7298).

Infine, un successivo orientamento giurisprudenziale, oggi prevalente, propende per l'inquadramento della responsabilità per l'esercizio di attività pericolose nell'ambito della responsabilità oggettiva (Cass. 4/05/2004, n. 8457; Cass. 17/12/2009, n. 26516).

La responsabilità ex art. 2050 c.c., gravando su chi ha posto in essere l'attività, senza alcun riguardo all'eventuale colposità del relativo comportamento, rientrerebbe nelle figure di responsabilità oggettiva, *id est* in quelle forme di responsabilità (come quella di cui all'art. 2051 c.c.) che prescindono dalla colpa del responsabile¹⁰⁰.

La Suprema Corte ritiene corretto inquadrare nell'ambito della responsabilità c.d. oggettiva, contemplata dall'art. 2050 c.c., l'attività di manipolazione di plasma sanguigno per l'estrazione delle immunoglobuline, e parimenti, l'attività di importazione e commercializzazione, per il rischio costante di alterazione e inquinamento nonché l'attività di utilizzazione delle gammaglobuline nella produzione di farmaci da porre in vendita, affermando che tutte le suddette attività, potenzialmente pericolose per la collettività, sono state tali in concreto, per l'accertata epidemia di epatite, che ha indotto il Ministro della Sanità a ritirare dal commercio il medicinale (Cass. Civ. Sez. III, 20/07/1993 n. 8069).

Il legislatore, affermano i sostenitori del citato orientamento, avrebbe valutato, a monte, non il comportamento personale del danneggiante ma l'attività nella sua interezza per poi accollare il costo del danno al soggetto titolare del potere-dovere di controllo sull'attività al momento del danno stesso (Cass., 17/12/09, n. 26516).

¹⁰⁰ Cass. 4/05/2004, n. 8457 in **Il Foro Italiano**, 2004, I, 2378 e *Dir. e Form.* 2005, 950, con nota di Esposito.

Replicando alle critiche mosse da coloro che ritengono che l'art. 2050 c.c. conterrebbe la previsione di una mera presunzione di colpa, la Suprema Corte afferma che per responsabilità oggettiva non s'intende la totale assenza o irrilevanza dei criteri soggettivi di imputazione, bensì la sostituzione di questi con altri criteri di natura oggettiva; l'imputazione del rapporto di causalità ad un determinato soggetto e non ad altri sarebbe effettuata a monte dal legislatore, facendo ricadere il costo del danno sul soggetto che, per essersi trovato, prima del verificarsi del danno stesso, nella condizione più adeguata ad evitarlo, deve sopportarne il costo (Cass., 17/12/09, n. 26516); l'eventuale comportamento colposo del danneggiato non rileverebbe ai fini della ricostruzione dell'art. 2050 c.c. come ipotesi di responsabilità oggettiva, non costituendo il dovere di comportamento diligente del danneggiato elemento di integrazione della fattispecie di responsabilità ex art. 2050 c.c.

Il giudizio, nei casi di responsabilità oggettiva, sarebbe soltanto tipologico, consistendo nell'accertare se l'evento dannoso rientri o meno nella serie di quelli che il criterio di imputazione oggettiva riconduce ad un determinato soggetto per il mero accadere degli eventi stessi (Cass., 17/12/09, n. 26516).

La norma imporrebbe all'interprete la valutazione dell'attività nella sua interezza, indipendentemente dal comportamento personale del soggetto presunto responsabile ed il sindacato del giudice, concentrato sulle scelte effettuate dal soggetto al quale la norma accolla il costo del danno, renderebbe irrilevante l'eventuale prova, fornita dall'esercente l'attività, di essere personalmente incolpevole (Cass., 17/12/09, n. 26516).

La Suprema Corte perviene a dette conclusioni seguendo un articolato percorso argomentativo caratterizzato dal progressivo riconoscimento della responsabilità oggettiva derivante dall'esercizio di attività pericolose.

Precisato che

la presunzione di responsabilità per lo svolgimento di attività pericolose, ex art. 2050 c.c., e la presunzione di responsabilità per cose in custodia, ex art. 2051 c.c., coprono due aree diverse e cioè due comportamenti od omissioni differenti, rileva che la prima presunzione rende il soggetto responsabile perché fa considerare come provato il fatto che costui abbia svolto un'attività pericolosa (che abbia cagionato l'evento dannoso), mentre la seconda rende il soggetto responsabile perché fa considerare come provato il fatto che costui non abbia adempiuto agli obblighi di custodia della cosa (e ciò abbia cagionato l'evento dannoso) (Cass. Civ., Sez. I, 19/01/1995, n. 567).

Assimilata la responsabilità ex art. 2050 c.c. a quella ex art. 2051 c.c., la Corte di legittimità attribuisce ad entrambe natura oggettiva, differenziando l'ipotesi in cui il danno deriva dall'attività (art. 2050 c.c.) da quella in cui deriva dalla cosa (art. 2051 c.c.) ed affidando all'interprete il compito di valorizzare il carattere dinamico dell'attività o quello statico della cosa¹⁰¹.

Allo stato, il criterio di imputazione della responsabilità ex art. 2050 c.c. rimane oggetto di contrasti giurisprudenziali.

La Suprema Corte, infatti, ha escluso, in un recente arresto, che la responsabilità per attività pericolose costituisca, alla luce della giurisprudenza di legittimità, un'ipotesi di responsabilità oggettiva, precisando che l'indirizzo prevalente (il quale fa leva sulla prova liberatoria prevista dalla norma, ossia la prova di aver adottato tutte le misure idonee ad evitare il danno, e trova conforto nella relazione al codice civile) è nel senso opposto e che, in ogni caso, ricostruita in termini di colpa presunta o di responsabilità oggettiva, l'affermazione della responsabilità dell'esercente l'attività pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c. richiede comunque l'accertamento della sussistenza di un nesso di causalità tra l'attività e il danno patito dal terzo¹⁰².

Nondimeno, in altre recenti pronunce, i giudici di legittimità affermano che "la responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. ha natura oggettiva e sussiste sulla base del solo nesso di causalità, a prescindere da qualsiasi rimprovero in termini di colpa che possa essere mosso all'esercente l'attività stessa"¹⁰³, distinguendo le fattispecie di cui agli artt. 2043 c.c. e 2050 c.c. (generatrici di una situazione sostanziale unica in quanto presuppongono un unico fatto constitutivo) in

¹⁰¹ Cass. Civ. Sez. III, 4/05/2004, n. 8457. La S.C. rigetta il ricorso e conferma la sentenza di appello secondo la quale le modalità del sinistro mettevano in luce un incredibile deliberato proposito di raggiungere la vetta del palo sicché la condotta dell'attore appariva "causa autonoma e sufficiente della causazione del sinistro".

Si è affermato che il modello di responsabilità puramente oggettiva, coniato da parte della dottrina e della giurisprudenza in relazione all'art. 2051 c.c., dovrebbe trovare più ampio respiro nei casi di danni provocati dalle cose dinamiche, per attenuarsi gradualmente quanto più statica ed inerte risulti la cosa medesima (FRANCHI, ARGINE, 2014, p. 1.964).

¹⁰² Cass. Civ. 25/01/2017 n. 1931. Nel senso dell'inquadramento della responsabilità per l'esercizio di attività pericolose nell'ambito della responsabilità oggettiva: Cass. 17/12/2009, n. 26516, sulla scia di Cass. 4/05/2004, n. 8457.

¹⁰³ Cass. Civ., Sez VI, 5/07/2017, n. 16637, secondo la quale l'esercente l'attività di allestimento di carri-gru svolgerebbe una "attività oggettivamente pericolosa per i mezzi utilizzati e per le modalità di svolgimento, a nulla rilevando – ai fini dell'esclusione di tale qualifica – se tale attività venga svolta su carri di proprietà" dell'esercente o di terzi. Nella specie, la Suprema Corte, accertato che il danno patito dall'attore si produsse a causa del guasto di un veicolo messo a disposizione della vittima dall'impresa esercente l'attività di allestimento di carri-gru, affermava che la Corte d'Appello avrebbe potuto escludere la responsabilità presunta di quest'ultima soltanto previa dimostrazione dell'avvenuta adozione, delle misure di sicurezza che leggi dell'arte e la comune prudenza avrebbero imposto nel caso concreto; omesso tale accertamento nella sentenza di merito, risultava violato l'art. 2050 c.c. La sentenza, tuttavia, nell'esprimere i principi di diritto relativi alla fattispecie qualifica come presunzione di "colpa" quella di cui all'art. 2050 c.c.

ragione dell'elemento specializzante “dato dal criterio di imputazione della responsabilità per il danno cagionato, che per l'una è dato dalla colpa, per l'altra dallo svolgimento dell'attività pericolosa” (Cass. Civ. 28/04/2017, n. 10513).

Dunque, la Corte di Cassazione, aderendo al prevalente orientamento giurisprudenziale, supera le dottrine che riconducono alla colpa il criterio di imputazione e ribadisce la progressiva “oggettivazione” della responsabilità civile per esercizio di attività pericolose: la responsabilità ex art. 2050 c.c. costituisce un'ipotesi di responsabilità oggettiva volta a sanzionare l'omessa predisposizione, da parte dell'esercente l'attività, delle misure idonee a prevenire danni a terzi, tenuto conto della natura dell'attività esercitata e della maggiore o minore prevedibilità e conoscibilità dei fattori di rischio presenti al momento del verificarsi dell'evento dannoso.

8 LA NATURA DELLA RESPONSABILITÀ CIVILE PER ESERCIZIO DI ATTIVITÀ PERICOLOSE: COLLOCAZIONE DELL'ART. 2050 C.C. NEL SISTEMA DI RESPONSABILITÀ OGGETTIVA

Dalla Relazione al codice civile si evince la propensione del legislatore verso il superamento della colpa, collocando la regola di imputazione della responsabilità per esercizio di attività pericolose a metà strada tra colpevolezza e responsabilità oggettiva¹⁰⁴.

La Relazione al c.c. (795) spiega la *ratio* dell'art. 2050 c.c. evidenziando che:

nell'esercizio di un'attività pericolosa, la prevedibilità del danno è in *re ipsa* ed il soggetto deve agire tenendo conto del pericolo per i terzi. Gli obblighi inerenti alla normale diligenza sarebbero in tal caso insufficienti perché dove la pericolosità è insita nell'azione, vi è il dovere di operare tenendo conto del pericolo; il dovere di evitare il danno ... diviene più rigoroso quando si opera con la netta previsione della sua possibilità. Il soggetto, dunque, deve adottare, anche a prezzo di sacrifici, tutte le misure atte ad evitare il danno. Quali debbano essere tali misure saranno

¹⁰⁴ L'art. 2050 c.c., assente nel progetto preliminare, fu pubblicato nel libro delle obbligazioni in mancanza di discussioni o approfondimenti sul tema; invero, i passi della relazione dedicati alla norma confermano l'assenza di una prospettiva giuridica che tenesse conto dell'esperienza dei più evoluti sistemi di responsabilità civile. Seguendo la dottrina anglosassone, si ritenne di correlare il livello di diligenza, prudenza e perizia da impiegarsi dal soggetto esercente l'attività al livello di pericolosità dell'attività stessa; l'uomo accorto e prudente, il buon padre di famiglia, doveva compiere, nell'esercizio di attività pericolose, tutto ciò che è possibile per evitare i danni che, con alta probabilità, possono derivare da tali attività, non potendo ritenersi immune da colpa il soggetto, anche di normale diligenza, che non avesse fatto il possibile per evitare il danno.

le particolari norme tecniche e legislative inerenti alle singole attività o le regole della comune esperienza: certo è che le lesioni evitabili debbono essere risarcite¹⁰⁵.

La sopra esposta ricostruzione storica consente un'interpretazione della norma più aderente alle esigenze attuali di un sistema moderno di responsabilità civile e, dunque, legittima l'ipotesi di una sistemazione dell'art. 2050 c.c. nel sistema della responsabilità oggettiva.

Appare, innanzitutto, condivisibile la tesi secondo la quale il fondamento della norma di cui all'art. 2050 c.c. dovrebbe ravvisarsi nella massima “ubicommodaibi et incommoda”, e nello stesso tempo, dovrebbe riconoscersi il suo collegamento con il criterio della colpa; l'art. 2050 c.c. non è fondato sulla colpa ma solo sul fatto oggettivo che siano o non siano state adottate le misure idonee, poiché “la colpa richiederebbe, oltre al fatto oggettivo della mancata adozione di certe misure, anche la imputabilità soggettiva della negligenza”; in tal senso, si è rilevato che l'art. 2050 c.c. si troverebbe “ai margini della responsabilità oggettiva”.

La formula ampia usata dal legislatore per delimitare il contenuto della prova liberatoria di cui all'art. 2050 c.c. dimostra che l'esercente l'attività pericolosa si libera provando non tanto un comportamento genericamente prudente e diligente, quanto l'adozione di tutte le misure preventive suggerite dalla tecnica e dall'esperienza, idonee ad evitare il verificarsi di eventi dannosi.

La prova liberatoria di cui all'art. 2050 c.c. non consisterebbe nella mera assenza di colpa, ma nella prova più rigorosa attinente all'organizzazione preventiva di tutti gli accorgimenti tecnici idonei ad evitare il danno; la necessità di una prova del fatto obiettivo dell'organizzazione preventiva (prova di un “fatto tecnico”) ne giustificherebbe la collocazione al limite della prova del caso fortuito, ponendo, al contempo, la norma al limite della responsabilità oggettiva.

Seguendo questa prospettiva, anche la fattispecie di cui all'art. 2050 c.c., escludendo che il fatto costitutivo e quello impeditivo siano fondati sul criterio della colpa, trova sistemazione nel sistema di responsabilità oggettiva; detta fattispecie, costruita su basi sostanzialmente oggettive, appare ricollegabile al sistema di responsabilità oggettiva in senso lato, sebbene la prova liberatoria

¹⁰⁵ Pur considerata l'origine storica della norma, deve, tuttavia, escludersi che il legislatore, avvertita l'esigenza di difesa della società dai danni derivanti dalle attività pericolose, e considerata la frequente applicazione, sotto il vigore del codice precedente, della regola di responsabilità oggettiva di cui all'art. 1153 c.c., abbia inteso modificare esclusivamente l'onere della prova dell'art. 2050 c.c.

prevista nell'art. 2050 c.c. risulti meno rigorosa di quella del caso fortuito¹⁰⁶.

In quest'ottica, come già evidenziato, la prevalente giurisprudenza, pur consapevole del persistere del dibattito in merito alle due tesi principali (quella favorevole alla responsabilità per colpa e quella che evoca la figura della responsabilità oggettiva), tende a ricondurre la responsabilità per l'esercizio di attività pericolose nella figura della responsabilità oggettiva:

La responsabilità ex art. 2050 c.c. rientra nelle figure di responsabilità oggettiva, vale a dire in quelle forme di responsabilità che prescindono dalla colpa del responsabile. La responsabilità viene fatta gravare su chi ha posto in essere l'attività, senza riguardo all'eventuale colposità del proprio comportamento, come nell'ipotesi di cui all'art. 2051 c.c. (Cass. Civ. 4/05/2004, n. 8457).

Considerate "pericolose", nell'ambito della consolidata interpretazione estensiva dell'art. 2050 c.c., le attività qualificate come tali dalla legge e quelle che, per la loro stessa natura o per le caratteristiche dei mezzi adoperati, comportino, in ragione della loro spiccata potenzialità offensiva, una rilevante possibilità del verificarsi del danno¹⁰⁷, si ritiene che tale responsabilità sia di natura oggettiva e, dunque, imputabile al soggetto (soprattutto se imprenditore) che ha il controllo dell'attività al momento del danno, per non avere adottato tutte

¹⁰⁶ E' riconducibile al medesimo orientamento la giurisprudenza di merito che, pronunciando in materia di tutela dei dati personali, aderisce alla tesi della responsabilità oggettiva: "Si tratta di un'ipotesi di responsabilità oggettiva che proprio nell'ambito del trattamento professionale dei dati personali, trova piena rispondenza in considerazione del valore commerciale che tali dati hanno per gli operatori professionali"; Trib. di Bari, Sez. II, 23/07/2010, n. 2637: "*In effetti l'art. 15 D. Lgs. n. 196/03 dispone, in maniera espressa, una particolare forma di responsabilità extracontrattuale che si configura a carico di chiunque cagioni un danno ad altri per effetto del trattamento dei dati personali contenuti in una banca dati*". Il Tribunale aggiunge che "per liberarsi della responsabilità prevista dall'art. 2050 c.c., alla banca non è sufficiente la prova negativa di non aver commesso alcuna violazione delle norme di legge o di comune prudenza, ma è necessaria la dimostrazione di avere impiegato ogni cura o misura atta a impedire l'evento dannoso e quindi il pregiudizio per il danneggiato che può essere tanto patrimoniale, tanto non patrimoniale". "L'illecito costituito dall'erronea segnalazione di un soggetto – nella fattispecie libero professionista – costituisce un fatto illecito, il quale, ai sensi degli artt. 2043 e 2050 c.c., obbliga il segnalante al risarcimento dei danni. Può applicarsi nella fattispecie, la disciplina della legge 31/12/1996, n. 675 successivamente confluita nel D. Lgs. 30/06/2003, n. 196, infatti, nel caso specifico, il trattamento dei dati personali è avvenuto senza il consenso dell'interessato, e i dati trattati si sono rivelati non esatti e/o non prontamente aggiornati. L'art. 18 1. n. 675/96, poi confluito nell'art. 15 D. Lgs. n. 196/03, dispone che chiunque cagioni danno ad altri per effetto del trattamento di dati personali, debba risarcirlo ex art. 2050 c.c.

¹⁰⁷ L'interpretazione estensiva dell'art. 2050 c.c. costituisce un indirizzo giurisprudenziale, del tutto consolidato (Cfr., per tutte, Cass. 29/07/2015, n. 16052; Cass. 17/12/2009, n. 26516; Cass. 27/05/2005 n. 11275; Cass. 20/07/1993, n. 8069), in virtù del quale sono considerate attività pericolose: l'erogazione di carburante effettuata presso una stazione di servizio (Cass. n. 16052/15), l'uso, nell'attività di polizia, imperito, imprudente, anormale o eccessivo, di armi o di altri mezzi di coazione (Cass., 10/10/2014, n. 21426); la produzione e vendita di sigarette (Cass. n. 17/12/2009 n. 26516).

le misure idonee a prevenirlo e/o evitarlo, indipendentemente dalla possibilità di attribuirgli un comportamento doloso o colposo¹⁰⁸.

Seguendo questa linea interpretativa, la fattispecie di responsabilità di cui all'art. 2050 c.c. integra un'ipotesi di responsabilità oggettiva, rispetto alla quale il presunto danneggiante potrebbe fornire una "duplice prova liberatoria", consistente nell'adozione di tutte le misure idonee ad evitare il danno e nel verificarsi del caso fortuito.

La ricostruzione della disposizione in termini strettamente oggettivi, avallata da plurime pronunce della Corte di Cassazione e da parte della giurisprudenza di merito, appare, invero, preferibile, in quanto più coerente con la lettera della norma, riconducibile alle intenzioni del legislatore e produttiva di conseguenze positive sul piano operativo.

E' pacifico che il tratto distintivo tra il regime di responsabilità per colpa e quello oggettivo consista nel fatto che soltanto nel primo il danneggiante risponde dei danni riconducibili alla sua colpa; per contro, applicandosi modelli di responsabilità oggettiva, il danneggiante risponde del danno cagionato in seguito ed a causa della sua attività, indipendentemente dal riscontro dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa.

Alla luce di questi principi, il sindacato del giudice in merito al configurarsi di una responsabilità civile per colpa presuppone la verifica dell'adozione delle misure preventive assunte dal danneggiante in base al parametro della diligenza adoperata mentre, in applicazione dei regimi di responsabilità oggettiva, l'eventuale diligenza del danneggiante non può esonерarlo da responsabilità risarcitoria.

In proposito, l'assunto secondo il quale la responsabilità oggettiva sarebbe applicabile soltanto nei casi di c.d. "prevenzione unilaterale", cioè quando la possibilità di prevenzione dell'evento dannoso sussista in favore del solo presunto danneggiante, ancorchè suggestivo, non appare condivisibile.

Innanzitutto, anche nelle ipotesi di responsabilità oggettiva può rilevare il comportamento colposo del danneggiato, ai sensi dell'art. 1227, comma 1, c.c., che opera per ogni figura di responsabilità (sia contrattuale che extracontrattuale), e quindi anche per le ipotesi di responsabilità di natura oggettiva, come quelle previste dagli artt. 2051 e 2052 c.c.; dunque, anche nei casi di responsabilità oggettiva la prevenzione del danno può definirsi "bilaterale" quantomeno nel

¹⁰⁸ Cass. Civ. 4/05/2004, n. 8457; Cass. Civ. 17/12/2009, n. 26516; Cass. Civ. 14/05/2013, n. 11575, quest'ultima ha qualificato la domanda risarcitoria ex art. 2050 c.c., proprio perché integrante un'ipotesi di responsabilità oggettiva, come nuova e diversa rispetto a quella originariamente proposta ex art. 2043 c.c.

senso che se la vittima è in colpa riceve un risarcimento ridotto, proporzionale al suo concorso di colpa a norma dell'art. 1227 c.c.¹⁰⁹.

In secondo luogo, il dovere di comportamento diligente del danneggiato (di prevenzione dell'incidente), in quanto elemento esterno al singolo paradigma normativo di responsabilità, non costituisce elemento del perfezionamento della fattispecie legale.

Infine, vi sono fattispecie di responsabilità soggettive che, seppure aggravate da presunzioni di colpa, sono caratterizzate dall'impossibilità per il danneggiato di fare alcunché per evitare l'incidente.

In definitiva, la panoramica delle pronunce giurisprudenziali conferma che la prova liberatoria avente ad oggetto la predisposizione delle misure idonee ad evitare il danno finisce per coincidere con la prova del caso fortuito, inteso anche quale fatto della vittima o del terzo¹¹⁰.

L'analisi economica del diritto sembra confortare la tesi dell'applicabilità della responsabilità oggettiva alle fattispecie di esercizio di attività pericolose: l'operatività del principio dell'assunzione del rischio, a carico del soggetto che aveva la possibilità della valutazione costi-benefici, induce ad affermare che il costo del danno deve gravare su colui che si è trovato, prima del suo verificarsi, nella situazione più adeguata ad evitarlo.

L'operatività di un regime di responsabilità oggettiva appare, invero, ragionevole nei casi in cui una delle parti possieda i mezzi economici per scongiurare il verificarsi di determinati sinistri o la possibilità concreta della relativa prevenzione.

Questa tesi appare condivisibile anche sotto il profilo della politica del diritto e degli effetti socio-economici della responsabilità civile.

Il modello di responsabilità oggettiva, infatti, individuando il responsabile a prescindere dalla sua colpa, determina la "tendenziale piena internalizzazione del costo del rischio" in quelli dell'impresa (e nel prezzo finale dei prodotti).

¹⁰⁹ Cass. Civ. 17/12/2009, n. 26516; conformi: Cass. 6/7/2006, n. 15383; Cass. 18/06/2004, n. 11414; Cass. Civ. 03/12/2002, n. 17152; Cass. Civ. 09/01/2002, n. 200. Sulla distinzione tra le due norme dell'art. 1227 c.c.: Cattaneo (1967, p. 467, 478 ss.); Violante (2004, p. 77 ss.); Zaccaria (2007, p. 1084 ss.); Rossello (2009, p. 409, ss.); Lucchini Guastalla (2012, p. 43 ss.); Zambrano (2012, spec. p. 200 ss.). Riferimenti alla distinzione tra le due previsioni normative si rinvengono anche in Balbusso (2013, p. 1.905 ss.), nota di commento a Cass. Civ. 22/04/2013, n. 9722. Sul concorso del fatto colposo del creditore: Marullo di Condojanni (2012). Sul dovere del danneggiato di limitare il danno, Rossello (1983, p. 1158 ss.).

¹¹⁰ Nei casi di danno a terzi trasportati in auto, questi non possono fare nulla per evitare l'incidente, eppure la fattispecie di cui all'art. 2054 c.c. non è regolata da un'ipotesi di responsabilità oggettiva; (Cass. Civ. 18/01/2006, n. 834).

Nelle ipotesi di responsabilità oggettiva non rileva né il dolo né la colpa poiché il soggetto responsabile risponde per il solo fatto di trovarsi in una particolare condizione; il risarcimento, dunque, viene tendenzialmente addossato all'impresa indipendentemente da ogni valutazione delle condotte sotto il profilo soggettivo.

Il regime della responsabilità di tipo soggettivo, invece, gravando sull'esercente l'attività soltanto qualora questi sia anche colpevole, presuppone la ricollocazione della responsabilità civile nell'ambito dell'ordinaria responsabilità aquiliana, per fatto illecito doloso o colposo: i costi risarcitorii sono accollati alla vittima del danno in caso di insussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa e, dunque, in ultima analisi, vengono imputati, all'intera collettività con conseguente ampliamento dell'area di socializzazione dei costi della responsabilità civile.

RIFERIMENTI

AFFERNI, Giorgio. La riparazione del danno non patrimoniale nella responsabilità oggettiva. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 69, n. 3, p. 862-889, 2004.

AL MUREDEN, Enrico. Il danno da prodotto conforme tra responsabilità per esercizio di attività pericolosa ed armonizzazione del diritto dell'Unione Europea. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Wolters Kluwer, v. 37, n. 5, p. 686-692, 2020.

ALPA, Guido. **La responsabilità civile**: parte generale. Torino: UTET, 2010.

AMBROSINI, Roberto. L'esercizio di attività pericolose tra interesse della produzione ed esigenze di tutela dei danneggiati. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Wolters Kluwer, n. 5, p. 696-707, 2017.

ANNUNZIATA, Gaetano. **La responsabilità civile e la fattispecie di responsabilità presunta**. Padova: CEDAM, 2008.

ARNONE, Gino Michele Domenico. Nota a commento di Cass. pen, sex IV, 22/03/2016, n. 12223. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 10, 2016.

BAFFI, Nerico; NARDI, Dario. Analisi economica del diritto e danno cagionato da cosa in custodia. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 3, p. 327 ss., 2018.

BALBUSSO, Stefano. Rischio di inadempimento e mancata limitazione del danno da parte del creditore: alcune osservazioni. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 6, 2013.

BALESTRA, Luigi; CUFFARO, Vincenzo; SCOGNAMIGLIO, Claudio; VILLA, Gianroberto. Proposte di riforma del codice civile: prime riflessioni. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Wolters Kluwer, n. 5, 2019.

BALUCANI, Elena. Danni da fumo attivo: la responsabilità dei produttori di sigarette. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 3, 2013.

BELLOMIA, Valentina. Cose in custodia. In: CUFFARO, Vincenzo (a cura di). **Compedio responsabilità civile**. Milano: IPSOA, 2007.

BONASI-BENUCCI, Eduardo. In tema di attività pericolosa. In: **Temi**, 1956.

BONILINI, Giovanni. Danno morale. In: **Digesto discipline privatistiche**: sezione civile. v. V. 4. ed. Torino: UTET, 1989.

BREDA, Rosanna. La responsabilità della struttura sanitaria tra esigenze di tutela e difficoltà ricostruttive. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 11, p. 1.045-1.082, 2001.

BREGOLI, Alberto. Il danno alla persona: fenomenologia di una crisi. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, v. 21, n. 2, p. 925-928, 2016.

BRIGUGLIO, Antonio. Danni punitivi e delibazione di sentenza straniera: turningpoint “nell’interesse della legge”. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 82, n. 5, p. 1.597-1.608, 2017.

BUFFONE, Giuseppe. Sezione unite civili: quella svolta sui danni putativi. In: **Guida al Diritto**, n. 5, 2018.

BUSNELLI, Francesco Donato. La parabola della responsabilità civile. In: **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli, Ed. Jovene, 1988.

BUSNELLI, Francesco Donato. Le sezioni unite e il danno non patrimoniale. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Milani, v. 55, n. 1, p. 97-120, genn./ febbr., 2009.

BUSNELLI, Francesco Donato. Verso una riscoperta delle “pene private”? In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, 1984.

CARBONE, Vincenzo. Responsabilità oggettiva del custode del bene demaniale. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Wolters Kluwer, p. 1.358, 2006.

CARDONA, Giuseppe. "Punitive damages" i nuovi orientamenti alle sezioni unite. In: **Guida al Diritto**, n. 42, 15 ottobre 2016.

CARVAL, Suzanne. **La responsabilità civile dans sa fonction de peine privée**. Parigi: LJDJ, 1995.

CASSANO, Giuseppe; MARVASI, Corrado. Danno esistenziali e danni punitivi: profili risarcitorii e quantificazione nella famiglia in crisi. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 7, p. 685-721, 2016.

CATTANEO, Giovanni. Il concorso di colpa del danneggiato. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Milani, n. I, 1967.

COMPORI, Marco. **Esposizione al pericolo e responsabilità civile**. Napoli: Morano, 1965.

COMPORI, Marco. **Fatti illeciti**: le responsabilità oggettive: art. 2049-2053. Milano: Giuffrè, 2009.

CONSOLO, Claudio. Riconoscimento di sentenze, specie USA e di giurie popolari, aggiudicanti risarcimenti punitivi o comunque sovraccompensativi, se in regola con il nostro principio di legalità (che postula tipicità e financo prevedibilità e non coincide pertanto con il, di norma presente, due process of law). In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Wolters Kluwer, p. 1.050-1.057, 2017.

CORSARO, L. Responsabilità da cose. In: **Digesto discipline privatistiche**: sezione civile. v. XVII. Torino: UTET, 1998. p. 103-106.

CORSI, Giorgia. Via libera al riconoscimento si sentenze comminatoree di punitiva damages. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 4, 2017.

D'ALESSANDRO, Elena. Riconoscimento di sentenze di condanna e danni punitivi: tanto tuonò che piovve. In: **Il Foro Italiano**, v. 142, n. 9, p. 2.639-2.643, 2017.

DE CUPIS, Adriano. Dei fatti illeciti. In: SCIALOJA, Antonio; BRANCA, Giuseppe (a cura di). **Commentario al codice civile**. 2. ed. Roma: Zanichelli, 1971.

DE CUPIS, Adriano. **Il danno**: teoria generale della responsabilità civile. v. I. Terza edizione riveduta e ampliata. Milano: Giuffrè, 1979.

DE MARTINI, D. Responsabilità per danni da attività pericolosa e responsabilità per danni nell'esercizio di attività pericolosa. In: **Rivista**

Giurisprudencia Italiana, Milano, Ed. Wolters Kluwer, v. I, n. 2, p. 963-968, 1973.

DELCONTE, A. Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose. In: **Temi**, p. 567 ss., 1957.

DI MARTINO, Vittorio. **La responsabilità civile nelle attività pericolose e nucleari**. Milano: Giuffrè, 1979.

FANELLI, L. A risalire fino a Cass. 19/09/70, n. 1582. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, 2001.

FRANCHI, Alberto; ARGINE, Stefano. La pubblica amministrazione e l'art. 2051 c.c.: verso un tertiumgenus di responsabilità. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 6, p. 1.958-1.970, 2014.

FRANZONI, Massimo. Il PIL della responsabilità civile. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 6, 2020.

FRANZONI, Massimo. Strage del 2 agosto 1980 e risarcimento del danno. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, v. 20, n. 6, p. 701-712, 2015.

FRANZONI, Massimo. **Trattato della responsabilità civile**. v. I. Milano: Giuffrè, 2010.

GALLO, Paolo. **Pene private e responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1996.

GENTILE, G. Responsabilità per l'esercizio di attività pericolose. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, 1950.

GERI, Vinicio. **Responsabilità civile per danni da cose e da animali**. Milano: Giuffrè, 1967.

GRANELLI, Carlo. Danni punitivi. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 6, 2014.

GRONDONA, Mauro. La responsabilità civile: "due o tre cose che so di lei". In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 3, 2020.

GUARINIELLO, Raffaele. Fumo di tabacco e tumori professionali nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (Nota a Cass. 21 giugno-13 settembre 2013, n. 37762, Battistella): parte II. In: **Il Foro Italiano**, v. 139, n. 1, p. 18-24, 2014.

HORWITS, Morton J. The history of the public/private distinction. In: **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia (PA), Ed. University of Pennsylvania, v. 130, n. 6, p. 1.423-1.428, 1982.

LA TORRE, Antonio. Responsabilità e assicurazione: l'intreccio fra due storie parallele. In: LA TORRE, Antonio. **Cinquant'anni col diritto**: diritto civile. v. I. Milano: Giuffrè, 2008.

LAGHEZZA, Paolo. Responsabilità per cose in custodia. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, 2006.

LAGHEZZA, Paolo. Uso improvvisto del bene e responsabilità del custode. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, 2005.

LAMBO, Luigi. I danni punitivi e l'intenzionalità dell'offesa. In: **Il Foro Italiano**, v. 142, n. 5, p. 1.730-1.736, 2017.

LEO, Francesco de. La dimensione sanzionatorio-deterrente della responsabilità civile. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 83, n. 5, p. 1.531-1.557, 2018.

LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele. **Il contratto e il fatto illecito**: corso di diritto civile. Milano: Giuffrè, 2012.

MAJO, Adolfo di. **Profili della responsabilità civile**. Torino: Giappichelli, 2010.

MALOMO, Anna. **Responsabilità civile e funzione punitiva**. Napoli: E.S.I., 2017.

MARULLO DI CONDOJANNI, Sergio. **Il concorso di colpa nell'illecito civile**. Milano: Giuffrè, 2012.

MASTROPAOLO. La responsabilità per i danni cagionati da cose in custodia. In: **Encyclopédia Giuridica Treccani**. v. XXVII. Roma: Treccani, 1988.

MATTEI, Ugo; QUARTA, Alessandra. **Punto di svolta**: ecologia, tecnologia e diritto privato: dal capitale ai beni comuni. Sansepolcro (AR): Aboca, 2018.

MAZZON, Riccardo. **Responsabilità oggettiva e semioggettiva**. Torino: UTET, 2012. (Collana *Il diritto italiano nella giurisprudenza*)

MESSINETTI, Davide. I nuovi danni: modernità, complessità della prassi, nozione giuridica di danno. In: **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli, Ed. Jovene, n. 4, 2006.

MIRABILE, Gabrielle. Le tendenze evolutive della giurisprudenza riguardo alla nozione di attività pericolosa. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista**

Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione, Milano, Ed. Giuffrè, v. 83, n. 2, p. 454-483, 2018.

MONATERI, Pier Giuseppe. I “Danni aggravati dalla condotta” e le “circostanze del caso” di cui all’art. 2056 c.c. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 7, p. 723-745, 2015.

MONATERI, Pier Giuseppe. I danni da fumo: classico e gotico della responsabilità civile. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Wolters Kluwer, n. 5, 2005.

MONATERI, Pier Giuseppe. I danni punitivi al vaglio delle sezioni unite. In: **Il Foro Italiano**, v. 142, n. 9, p. 2.647-2.654, 2017a.

MONATERI, Pier Giuseppe. La cassazione e i danni da fumo: evitare un ennesimo “isolamento italiano”. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 1, 2011.

MONATERI, Pier Giuseppe. La responsabilità civile. In: MONATERI, Pier Giuseppe. **Trattato di diritto civile**. Torino: UTET, 2006.

MONATERI, Pier Giuseppe. Le attività pericolose. In: MONATERI, Pier Giuseppe. **Trattato di diritto civile**. Torino: UTET, 1998.

MONATERI, Pier Giuseppe. Le sezioni unite e le funzioni della responsabilità civile. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 4, 2017b.

MONATERI, Pier Giuseppe. **Manuale della responsabilità civile**. Torino: UTET, 2001.

MONATERI, Pier Giuseppe. Nota a Cass. civ. sez. I, 16/5/2016, Ord. n. 9978. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 8-9, 2016.

MONATERI, Pier Giuseppe; ARNONE, Gino Michele Domenico; CALCAGNO, Nicolo. **Il dolo, la colpa e i risarcimenti aggravati dalla condotta**. Torino: Giappichelli, 2015.

NAVARRETTA, Emanuela. Funzioni del risarcimento e quantificazione dei danni non patrimoniali. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 5, 2018.

NAVARRETTA, Emanuela. Il risarcimento in forma specifica e il dibattito sui danni punitivi tra effettività, prevenzione e deterrenza. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 84, n. 1, p. 6-26, 2019.

NICOTRA, D. Responsabilità degli organizzatori di gare sportive. In: **Rivista del Diritto**, n. 4, 2009.

OLIARI, Sara. I danni punitivi bussano alla porta: la Cassazione non apre. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Wolters Kluwer/CEDAM, parte I, n. 9, 2007.

PACCHIONI, G. Rischio e pericolo e pericolosità. In: **Rassegna Giuridica della Circolazione Stradale Nuova Serie della Giustizia Automobilistica**, 1943.

PALMIERI, Alessandro; PARDOLESI, Roberto. I danni punitivi e le molte anime della responsabilità civile. In: **Il Foro Italiano**, v. 142, n. 9, p. 2.630-2.639, 2017.

PARDOLESI, Paolo. Responsabilità da custodia in cerca di identità. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, v. 9, n. 2, p. 161-167, 2004.

PARZIALE, Andrea. Art. 2050 c.c.: dieci anni vissuti ... pericolosamente. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 2, p. 188-192, 2019.

PATINI, Federica. La giurisprudenza sull'abuso del processo, sanzioni e destinatari. In: **Il Corriere Giuridico**, Milano, Ed. Wolters Kluwer, n. 7, 2017.

PONZANELLI, Giulio. Certeze e incertezze nel risarcimento del danno alla persona. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 1, 2020.

PONZANELLI, Giulio. Danni punitivi: no grazie. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Wolters Kluwer, v. I, 2007.

PONZANELLI, Giulio. Danno non patrimoniale sentenza Mondadori. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 11, p. 1.029-1.030, 2015a.

PONZANELLI, Giulio. I danni punitivi. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Wolters Kluwer, v. II, n. 27, 2008.

PONZANELLI, Giulio. La cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, v. 17. n. 6, p. 611-613, 2012.

PONZANELLI, Giulio. La decisione delle sezioni unite: cambierà qualcosa nel risarcimento del danno? In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Milani, v. 64, n. 1, p. 300-304, 2018.

PONZANELLI, Giulio. **La responsabilità civile**: profili di diritto comparato. Bologna: Il Mulino, 1992.

PONZANELLI, Giulio. L'attualità del pensiero di Guido Calabresi: un ritorno alla deterrenza. In: **Nuova Giurisprudenza Civile Commentata**, Padova, Wolters Kluwer, v. 39, n. 2, parte 4, p. 1.241-1.250, 2006.

PONZANELLI, Giulio. Novità per i danni esemplari? In: **Contratto e impresa**, Ed. Cedam, v. 31, n. 6, p. 1.195-1.204, 2015c.

PONZANELLI, Giulio. Possibile intervento delle sezioni unite sui danni punitivi. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 8-9, 2016.

PONZANELLI, Giulio. Polifunzionalità tra diritto internazionale privato e diritto privato. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, 2017.

PONZANELLI, Giulio. Quantificazione del danno non patrimoniale: la sentenza Mondadori. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 11, p. 1.032-1.038, 2015b.

QUARTA, Francesco. Effettività dei diritti fondamentali e funzione deterrente della responsabilità civile. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 1, p. 89 ss., 2019.

QUARTA, Francesco; PONZANELLI, Giulio. Diritti inviolabili, gravità dell'offesa e rimedi civilistici. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 5, 2015.

RAMACCIONI, Giulio. La protezione dei dati personali: il tema/problema del risarcimento del danno non patrimoniale. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 6, 2018.

RECANO, Paolo. **La responsabilità civile da attività pericolose**. Padova: CEDAM, 1998. (Collana *Il diritto privato nella giurisprudenza*).

RODOTÀ, Stefano. **Il problema della responsabilità civile**. Milano: Giuffre, 1967.

RODOTÀ, Stefano. Le nuove frontiere della responsabilità civile. In: COMPORTI, Marco; SCALFI, Gianguido (a cura di). **Responsabilità civile e assicurazione obbligatoria**. Milano: Giuffrè, 1988.

RONCHI, Matteo. Responsabilità da cose in custodia e divergenze interpretative della Corte di Cassazione. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 66, n. 1, p. 907-914, 2001.

ROSSELLO, Carlo. Concorso del fatto colposo del creditore. In: VISINTINI, Giovanna (Dir.). **Trattato della responsabilità contrattuale**: Il risarcimento del danno contrattuale: la responsabilità per ritardo e per fatto degli ausiliari. v. III. Padova: CEDAM, 2009. p. 409-426.

ROSSELLO, Carlo. Sull'onere del creditore di ridurre le conseguenze dell'inadempimento. In: **Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile**, Milano, Giuffrè, p. 1.158-1.184, 1983.

- SACCO, Rodolfo. Le fonti delle obbligazioni. In: MONATERI, Pier Giuseppe. **Trattato di diritto civile**: le fonti delle obbligazioni: la responsabilità civile. v. 3, Torino: UTET, 1998.
- SALVI, Cesare. Il paradosso della responsabilità civile. In: **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli, Ed. Jovene, 1983.
- SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 1998. (IUDICA, Giordanno; ZATTI, Paulo (a cura di). (*Collana Trattato di Diritto Privato*)).
- SALVI, Cesare. **La responsabilità civile**. Milano: Giuffrè, 2005.
- SCOGNAMIGLIO, Claudio. Danno morale e funzione deterrente della responsabilità civile. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 73, n. 12, p. 2.485-2.502, 2007.
- SCOGNAMIGLIO, Claudio. Le sezioni unite ed i danni punitivi: tra legge e giudizio. In: **Responsabilità Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 82, n. 4, p. 1.109-1.122, 2017.
- SCOGNAMIGLIO, Renato. Danni alla persona e danno morale. In: **Rivista Critica del Diritto Privato**, Napoli, Ed. Jovene, 2008.
- SIMONE, Roberto. La responsabilità civile non è solo compensazione: punitive damages e deterrenza. In: **Il Foro Italiano**, v. 142, n. 9, p. 2.644-2.647, 2017.
- SIRENA, Pietro. Il risarcimento dei c.d. danni punitivi e la restituzione dell'arricchimento senza causa. In: **Rivista di Diritto Civile**, Padova, Ed. Milani, v. 52, n. 6, p. 531-537, nov.-dic. 2016.
- SIRENA, Pietro. **La funzione deterrente della responsabilità civile alla luce delle riforme straniere e dei principles of european tort law**. Milano: Giuffrè, 2011.
- SPALLAROSSA, M. R. Danno cagionato da cose in custodia. In: BIGIAVI, Walter (diretta). **Giurisprudenza Sistematica di Diritto Civile e Commerciale**: la responsabilità civile. Torino: UTET, 1987.
- SPOTO, Giuseppe. I punitive damages al vaglio della giurisprudenza italiana. In: **Europa e Diritto Privato**, Milano, Ed. Giuffrè, n. 4, p. 1.129-1.148, 2007.
- STATO dell'arte e prospettive in materia di contrasto alle patologie asbesto-correlate. In: **Quaderno del Ministero della Salute n. 15**. Maggio-giugno 2012.

TOPI, Manuel. L'attività di "calata passiva" da una parete rocciosa è pericolosa ai sensi dell'art. 2050 c.c. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, v. 24, n. 6, p. 8-6-808, 2019.

TRIMARCHI, Pietro. **Rischio e responsabilità oggettiva**. Milano: Giuffrè, 1961.

TROVATO, V. Esercizio di attività pericolosa ed efficacia causale esclusiva. In: **Danno e Responsabilità**, Assago, Ed. Ipsoa, n. 10, p. 927 ss., 2010.

VOLANTE, Umberto. **La responsabilità parziaria**. Napoli: E.S.I, 2004.

VITTORIA, D. Il fumo nuoce alla salute: il consumatore non è informato? In: **Diritto e Giurisprudenza**, 2008.

ZACCARIA, Alessio. Concorso di colpa e danni evitabili. In: **Studium Iuris**, v. 13, n. 10, p. 1.084-1.086, 2007.

ZAMBRANO, Virginia. Delimitazione del danno da risarcire e nesso causale. In: STANZIONE, Pasquale (Dir). **Trattato della responsabilità civile: responsabilità extracontrattuale**. v. II. Padova: CEDAM, 2012. p. 119-224.

ZENO-ZENCOVICH, Vlzenzo. Il risarcimento esemplare per diffamazione nel diritto americano e la riparazione pecuniaria ex art. 12 della legge sulla stampa. In: **Responsabilitá Civile e Previdenza: Rivista Bimestrale di Dottrina, Giurisprudenza e Legislazione**, Milano, Ed. Giuffrè, 1983.

ZIVIZ, Patrizia. Le attività pericolose. In: **Nuova giurisprudenza civile commentata**. v. II. Milano: Cendon, 1988.

Submissão em: 3 de janeiro de 2023

Último Parecer favorável em: 25 de fevereiro de 2023

Como citar este artigo científico

CASSANO, Giuseppe. Evoluzione della responsabilità civile e progressive: estensione della nozione di attività pericolosa. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 1, p. 73-129, jan.-abr. 2023.

“COMPLIANCE” COMO SENDA HACIA LA PROBIDAD PÚBLICA

JOSÉ JOAQUÍN JIMÉNEZ VACAS¹

“La Libertad dijo un día a la Ley: tú me estorbas.
La Ley respondió a la Libertad: yo te guardo”
(Pitágoras de Samos, 382-300 A.C.)

RESUMEN

Bajo un concepto genérico de “deontología profesional”, cuando la “ética”, la “moral” y la “integridad” aplican, directamente, sobre la actividad de servicio público profesional, surge la concepción de ética pública con toda la connotación “deontológica” que suponen, desde muy antiguo, las ideas de servicio con objetividad a los intereses generales y de eficacia en la gestión de los asuntos públicos.

Palabras clave. “Compliance público”, “deontología pública profesional”, “ética pública”, “probidad”

Cristo profetizó la arquitectura gótica cuando dijo: “si estos callan, gritarán las piedras”
(Evangelio de San Lucas 19, 40) _G. K. Chesterton.

Se cuenta que, en 1935, cuando el General Douglas MacArthur resultó nombrado jefe de las fuerzas filipinas pocos años antes de la entrada de los EE.UU. en la segunda Gran Guerra Mundial, los servicios secretos de Tokio comenzaron cierta sutil tarea de aproximación al general para conseguir que Filipinas se convirtiera en territorio dominado por Japón.

¹ Doctor en Derecho, Investigador colaborador del Centro de Investigación para la Gobernanza Global (CIGG) de la Universidad de Salamanca (USAL), España. e-mail: jjelvacas@gmail.com. <https://cigg-usal.es/staff/jose-j-jimenez-vacas/>

Se dice que MacArthur, en momento de insuperable presión, envió un mensaje al presidente Franklin D. Roosevelt, con la siguiente súplica:

"Cámbieme de destino, señor Presidente: están llegando a mi precio".

El compromiso con la integridad en el ámbito público, cobra especial observancia en los años setenta del siglo XX, a raíz del escándalo "Watergate", en los EE.UU, que terminó con la renuncia del presidente Richard Nixon, si bien, desde el plano teórico general, las definiciones de "ética", "integridad" o "corrupción", no resultan algo en absoluto nuevo.

En la Grecia Clásica ya se contraponía "ética" y "política", siendo Aristóteles quien, por primera vez, diseñó el discurso "moral". Sin olvidar a Platón que perfiló, en su obra "Diálogos", la base fundamental de lo que hoy conocemos con el nombre de "ética".

A comienzos del siglo XIX, por su parte, el Código Penal español ya castigaba al funcionario público que: "gastase, con escándalo, más de lo que le permitían sus sueldos, bienes o recursos honestos" (JIMÉNEZ; LARREA HERNÁNDEZ-TEJERO, 2022).

El fenómeno de la corrupción, en perspectiva general y contrapuesta a los de "ética", "moral" e "integridad", queda definido, comúnmente, como la vulneración del orden jurídico establecido y su utilización a beneficio propio, obedeciendo su presencia a causas que, siguiendo a Gregorio Peces-Barba Martínez (1993), pueden resultar de carácter general –una crisis de valores–; causas políticas o pérdida de fe en el Estado y en el poder político, ausencia de confianza en los valores legales y sociales que lo legitiman y, en fin, causas "económicas" como el espíritu de competencia desmesurado y de enriquecimiento sin límite, auspiciado por lo que el filósofo francés J. Maritain denominaba "ilusión del éxito inmediato" (JIMÉNEZ VACAS, 2020).

A tales causas cabe añadir las de carácter social pues, como sugiere el también pensador galo Alain Renaut (1998), el "culto al consumo" fomenta inevitablemente la llamada "atomización social".

La corrupción comporta, en una depurada concepción, fenómenos de abuso del poder y la falta de probidad en la toma de decisiones, suponiendo grave peligro para un deseable estado social y democrático, cohesionado y solidario y que, en buena medida, puede paliarse desde la educación personal y el reforzamiento de la reflexión en el actuar. Asimismo y, como no, también

mediante la correcta y firme acción de un orden jurídico sólido y justo, que actúe como eficaz "inhibidor" primero, y "represor" después, de aquella lacra.

No hay duda de que, por efecto inmediato, a una sociedad afectada por el fenómeno de las "conductas de corrupción", la acción del Derecho resulta cuanto menos incuestionable.

Así, el Derecho reaparece como herramienta de primer orden para combatir las "conductas de corrupción", pues ya del propio concepto de Derecho resultan dos elementos de destacada importancia en este combate: un elemento inicial o primario, la idea de ética como componente "moral" del Derecho y, en segundo término, un elemento final o teleológico: el ideal de justicia como resultado aplicativo del Derecho (VACAS GARCÍA-ALÓS, 2012).

Pero con independencia de la existencia de un orden legal "justo" pre-establecido, inhibidor de "conductas de corrupción", para proveer, sin embargo, de una corrección del actuar humano en sociedad, hacen falta y se manejan, coloquialmente, tres términos que, adicionalmente al de Derecho y, de forma general, se usan de manera sinónima, si bien cuentan con un diverso origen etimológico y lingüístico: "ética", "moral" e "integridad".

"Ética" procede de la palabra griega *ethos*, que significa "costumbre" y "carácter", siendo una de las principales fuerzas que mueven al ser humano a obrar.

"Moral", deriva del término latino *mores*, cuyo significado es, sin embargo y también, "costumbres", siendo la función de la moral orientar la conducta de los seres humanos de modo que su vida en común –su convivencia, en paz– resulte posible, evitando el daño a los demás y, también, hacia uno mismo...

El término "integridad", por último, más cercano a definir la conducta del General D. MacArthur durante la anécdota citada, proviene del latín *integer* ("entero") y es usado en diversas áreas del conocimiento, con significados también diversos, si bien todos ellos ciertamente vinculados a la idea de algo indemne (no dañado): algo que no ha perdido su "entereza".

Un paso más hacia adelante observa, que las repercusiones morales, de la "ética" y de la "integridad", en las "conductas profesionales" son, en nuestros días, manifiestas y notorias; aplicándose los conceptos "abstractos" de "ética", "moral" e "integridad", a cada actividad profesional mediante la articulación de la denominada "deontología", o "deontología profesional".

De acuerdo con la definición de la Real Academia Española (RAE), en efecto, el término "deontología profesional" conceptúa el conjunto de reglas o

normas de conducta relacionadas con el ejercicio de cada profesión que, en su caso, pueden codificarse en un "código deontológico".

Puede concebirse, en tal extremo, "deontología", como la parte de la ética que trata de los deberes y principios que afectan a una determinada o concreta actividad profesional.

Bajo dicho concepto genérico de "deontología", cuando la "ética", "moral" e "integridad" aplican, directamente, sobre la actividad de servicio público "profesional", surge la concepción de "ética pública" con toda la connotación "deontológica" que suponen, desde antiguo, las ideas de servicio con objetividad a los "intereses generales" y de eficacia, en la gestión de sus asuntos.

Y bajo amparo de dicha "deontología profesional" en la administración de los asuntos públicos, como de MacArthur, del "administrador público" se confía esperar no sólo que observe estrictamente la ley positiva, sino también que practique valores tales como la imparcialidad, la independencia, la equidad, la lealtad, la anteposición del interés general al propio, o la "probidad" en el servicio público (GOMÁ LANZÓN, 2009).

"Ética", "integridad" o "probidad", se configuran así principios internos –personales, por tanto– en el proceso de la toma de decisiones por los servidores públicos, a cargo de nuestras Administraciones.

El fenómeno de la "corrupción pública", ha venido situándose, sin embargo, como problema relevante, a pesar de que, frente al mismo, el Derecho castiga ya "conductas de corrupción pública" tales como la malversación, el cohecho, el tráfico de influencias, el fraude, la estafa o las negociaciones y actividades prohibidas a servidores públicos por razón de su cargo o en el ejercicio de su función.

Es, desde dicho punto de vista, cuando pueden alcanzase conclusiones en orden a aconsejar trasladar otras técnicas complementarias a la pura acción del Derecho, a un ámbito, el de la Administración, necesitado de desarrollo de instrumentos de *soft law* (CAMPOS ACUÑA, 2017) fomentando las "costumbres" "éticas" y apuntalando el consolidado, también en nuestro Derecho, principio de legalidad.

Así, "cumplimiento normativo" o, simplemente, "cumplimiento" como alternativa al anglicismo "compliance", viene suponiendo adopción de medidas de "control" y procedimiento "corporativo" orientado a que una organización primero conozca y después cumpla los marcos regulatorios que le son de

aplicación, a la vez que establece mecanismos de prevención evitando, su aplicación, riesgos y aportando beneficios en la gestión de su actividad.

Y siendo el término “compliance” más usado, a día de hoy, en un entorno de “management” empresarial, pasa por contagio al de la gestión pública y hace emerger el llamado “cumplimiento normativo”, si bien, en dicho Sector público, el “control” del cumplimiento de la legalidad es algo que existe desde hace ya bastante tiempo...

Baste necesario recordar, al respecto, la diferencia que existe entre la forma en como nos relacionamos los ciudadanos, las personas, con el Derecho, y la forma en que lo hacen las Administraciones públicas.

Los ciudadanos, como los Poderes públicos, en efecto, estamos sujetos a la ley y al Derecho de acuerdo con el artículo 9.1 de la Constitución Española –CE–. Y, sin embargo, no es la misma la forma en que los ciudadanos quedan sujetos a la ley y al Derecho, que la forma en que queda la Administración.

Explica, la común doctrina jurídica española, en término llano, que las personas, en cuanto libres, podemos hacer lo que queramos, sin más límites que los que pone la ley, o los que deriven del respeto a los derechos de los demás. A *sensu contrario*, y fuera de dichos límites, puede colegirse que el ciudadano es “libre”, en término absoluto, para hacer lo que quiera.

La máxima del latín: “está permitido todo lo que no está prohibido”, *“permissum videtur in omne, quod non prohibitum”*, constituye buena síntesis de la posición del ciudadano ante el ordenamiento jurídico, dado que subraya la idea inicial y general de “libertad” –“está permitido todo”–, y el carácter de excepción o de previsión expresa –“salvo lo que está prohibido”–, que se exige para limitar ese espacio inicial de “libertad” (DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, 2017).

Muy distinta es la posición de la Administración pública, a este respecto. Ésta no es libre de hacer lo que quiera salvo que la ley se lo prohíba sino que, por el contrario, sólo puede hacer lo que la ley y el Derecho le permitan.

La forma en que queda la Administración sujeta a Derecho responde, en consecuencia, a otra máxima: “está prohibido lo que no está permitido”, del latín *“quae non sunt permissae prohibita intelliguntur”*.

Es decir, que la Administración pública, *ex artículo 103*, sólo puede hacer lo que la CE y la ley le permitan, lo que significa, en otros términos, que al margen de la ley y la Constitución, la Administración no estaría legitimada para actuar.

En resumen, la forma en que sujeta el Derecho a la Administración es diferente a la forma en que lo hace a los particulares, pues la ley o, en general, el Derecho, son fundamento del actuar de la Administración siendo, en sentido estricto y por lo tanto, el llamado "cumplimiento normativo", fundamento de legitimidad en su actuación, sujeta *a sensu contrario* y en todo caso, a "control" en el cumplimiento de la legalidad.

Continuaré examinando la citada función instrumental de "control" público que es, hoy más que nunca, percibida esencial por la ciudadanía: algo necesario, e inherente al funcionamiento de las Administraciones, máxime una latente amenaza del fenómeno "corrupción", a pesar de los controles pre establecidos por el Derecho positivo vigente.

La actividad medial de "compliance", en el ámbito público, encontraría su finalidad, entonces, en poder "verificar", a partir de los "controles" previstos por el Derecho, y fundamentados en los valores de la "ética", la "integridad" y la "probidad" en el servicio público, el acomodo entre lo que se tenía previsto hacer y lo realizado, para conocer las desviaciones producidas y poder corregirlas para mejorar: comportaría entender, por consecuencia, dicho "control público", como una actividad no única –ni con una finalidad propia o autónoma–, sino como una función que forma parte, con otras, de un todo organizado.

En el entendimiento de que, cuando se "controla", no se efectúa una tarea autosuficiente, y con una finalidad que se agote en sí misma, sino que se realiza una función que forma parte de un conjunto completo, tarea cuya finalidad en el ámbito público es atender y satisfacer las necesidades ciudadanas (JIMÉNEZ VACAS; FERNÁNDEZ AJENJO, 2017).

Como consecuencia, concluimos entre nosotros, que además de un orden jurídico vigente y justo y de la correcta acción de Derecho positivo, es imprescindible que las personas que componen y administran la cosa pública hagan firme disposición favorable en actuar de manera "ética", "moral" e "íntegra". Y que dicha "disposición favorable" deba, a su vez, resultar propiciada desde los poderes públicos, a través de instrumentos de *soft law*, que excedan la mera aplicación sistemática del Derecho y que trasciendan hacia la articulación de una "deontología profesional pública", siendo éste el caldo de cultivo de una tesis de "compliance público" (JIMÉNEZ VACAS; LARREA HERNÁNDEZ-TEJERO, 2022).

Nicolás Maquiavelo, en sus "Discursos sobre la primera década de Tito Livio" expresará, de un modo bien conciso, esta dialéctica entre la justicia del ordenamiento de la sociedad y de las personas que componen esa sociedad,

cuando escribe, inspirando todo lo anterior: "Las buenas costumbres necesitan de las leyes para mantenerse; las leyes, para observarse, necesitan también de las buenas costumbres".

"Ética" e "integridad", en fin, no se sostienen por sí mismas, sin apoyo firme del Derecho. Pero un ordenamiento legal, por muy perfecto, tampoco tiene virtual capacidad de lograr una sociedad "justa" y "ética" por sí mismo, si los individuos que la cuidan y la administran carecen de una disposición para actuar correctamente: "en una ciudad corrompida [añade Nicolás Maquiavelo] no hay leyes ni órdenes capaces de detener la corrupción general" (VILLORIA MENDIETA; IZQUIERDO SÁNCHEZ, 2016)

Para el logro eficiente de sus fines, hilamos desde la aproximación anterior, resulta cometido rector y guía en la actuación de las Administraciones públicas el servicio con "objetividad" al interés general, y la actuación con plena sujeción y sometimiento a Derecho de los actores públicos que integran aquellas.

La ética pública, así, comporta el sometimiento al interés general, eficacia y eficiencia, "probidad" de los servidores públicos y "moralidad", integridad y honradez en todas y cada una de sus acciones. Términos los citados, estrechamente relacionados y manifestaciones paradigmáticas de una adecuada gestión de "lo público".

La etimología del término "probidad" nos remite, de nuevo, a lengua latina, más precisamente al término *probitas*. La probidad es la "honestidad" y la rectitud: una persona honrada, por tanto, es aquella que tiene probidad.

Puede decirse entonces, que la "probidad" está vinculada a la honradez y la integridad en el accionar, y que quien actúa con "probidad", no comete ningún abuso ni incurre en ningún delito. Lo contrario de probidad, como venimos refiriendo, es la "corrupción". "Probidad" así, es virtud, y en una sociedad utópica, todas las personas serían "probas", no quedando lugar a dicho fenómeno de "corrupción".

La realidad, por supuesto, demuestra que la "probidad" no es virtud presente en la totalidad de seres humanos y que, en ciertas profesiones, la carencia de dicha virtud resulta, aún si cabe, más grave y dañina aún, ya que del accionar del profesional (público, por ejemplo) se desprenden perjuicios para una mayor cantidad de personas.

Pueden añadirse, de la común doctrina jurídica, definiciones de autor dadas de ética pública, como las que a continuación relacionamos sin perjuicio

de muchas otras tantas concepciones teóricas difíciles de compilar por completo, pero sin ser ello tampoco necesario al objeto final perseguido por este pequeño trabajo de investigación.

A saber, cabe conceptuar o definir "ética pública", como la que recoge valores básicos de las diversas éticas comprehensivas y los desarrolla en un sistema institucionalizado, fundado en el respeto mutuo y la promoción de aquellos derechos que permitan la deliberación en condiciones de libertad e igualdad para personas libres e iguales (VILLORIA MENDIETA, 2007). Ética pública, como "ética cívica común" de mínimos, cuya tarea es construir una sociedad mejor (CORTINA ORTS, 2006). Ética pública, como principios y normas aplicadas en la conducta del ser humano que desempeña una función pública (BAUTISTA, 2006).

Se concibe así, la "ética pública", como aquél área de conocimiento de contenido universal que agrupa valores y virtudes orientadas por el espíritu de servicio público y tiene como fuente básica la evolución humana.

"Ética pública", en fin, y sin ánimo de resultar exhaustivos, como una ciencia que trata de la "moralidad" de los actos humanos en cuanto realizados por funcionarios públicos (RODRÍGUEZ SEDANO, 1998).

Una visión conjunta de todas estas definiciones, aplicada al servicio objetivo al interés general, debe concluir que la "probidad" en la cotidiana administración pública sea hoy algo más que un simple planteamiento retórico, pasando a convertirse en un destacado objetivo de esa actuación administrativa, que permita llegar a mentalizar a cuantos intervienen en la misma que detrás de cada expediente administrativo, se encuentran aspiraciones y preocupaciones reales de los ciudadanos, con todo lo que ello comporta y representa (VACAS GARCÍA-ALÓS, 2012).

Son varios los preceptos de la CE que, por su parte, y de un modo más o menos directo, guardan estrecha relación con lo que podemos denominar una gestión pública "ética", "proba" o "integra".

Es el caso así, por ejemplo, de los artículos:

- 1.1, que establece como valor superior del ordenamiento jurídico a la "justicia";
- 9.3, que proclama la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos;

- 10.1, que propugna como fundamento del orden político y de la paz social el respeto a la ley y a los derechos de los demás;
- 31.2, que alude a criterios de eficiencia y economía como informadores de la programación y ejecución del gasto público, puntuizando que realizará una distribución equitativa de los recursos públicos;
- 103.1, que señala que la Administración debe servir con objetividad los intereses generales; y
- 106.1, que dispone que los Tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican, lo que es tanto como constitucionalizar el control de la "desviación de poder".

En la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978, por consecuencia, hay elementos más que suficientes para dotar un apoyo jurídico, directo y riguroso, a las exigencias de la "probidad" en la administración de la cosa pública.

La "ética pública" en tanto consta implícita, entonces, a nuestro texto constitucional (1978), deja de resultar un valor referencial más o menos teórico o abstracto, pasando, por efecto, a convertirse en directa e inequívoca referencia práctica de actuación (VACAS GARCÍA-ALÓS, 2012).

Escribe, a dicho respecto, Adela Cortina (2002) que las éticas aplicadas –la bioética, la genética, la ética económica y empresarial, la ética informática, la de los medios, la eco-ética, la ética deportiva, la ética del consumo y la ética profesional [o "deontología"] entre otras–, suponen auténtica novedad, una auténtica revolución, porque su tarea esencial consiste en intentar forjar, desde orientaciones "éticas", el carácter de las distintas dimensiones de la "vida pública".

Como, además, durante bastantes decenios, ha dominado la idea de que el papel de la Administración consiste en la mera aplicación eficaz de las elecciones políticas y, para una mayor coherencia aún, el paradigma de gestión pública dominante en España ha sido el "burocrático", con toda su carga de "control público", se puede concluir entendiendo que los estudios prácticos sobre ética pública hayan sido, si se me permite la expresión, de escasa sofisticación.

Por su parte, se ha venido constatando que la mera existencia del principio declarativo de legalidad, no ha resultado suficiente para colmar a una sociedad cada día más sensibilizada con los denominados "casos de corrupción".

No debemos obviar que, en muchas ocasiones, los “actos corruptos” pueden cumplir formalmente la legalidad administrativa, por lo que su existencia puede quedar oculta a los “controles ordinarios” (FERNÁNDEZ AJENJO, 2011).

El concepto de “compliance público” incorpora y conjuga, a tal punto, la tradicional actividad administrativa de control interno, ejercida desde la Intervención General, con parámetros traídos directamente del sector privado, a modo de complejización de instrumentos programáticos de naturaleza no normativa al servicio de la probidad tratando, esta forma, de constituirse a la acción pública en eslabón intermedio o “medial”, consistente en conformar toda una estrategia de control ético en la organización.

Para dicho propósito, se han elaborado y publicado, por ejemplo, códigos de conducta ética, o las denominadas normas de conducta para la vida pública, de los que procede destacar, entre nosotros, por su importancia, el código de conducta de los empleados públicos en España, contenido en el vigente Real Decreto Legislativo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, o los “principios éticos y de actuación” contenidos al título II de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y Buen Gobierno, que deben regir la labor de los miembros del Gobierno y altos cargos y asimilados de la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas y de las Entidades Locales.

Estos instrumentos –Códigos de conducta– buscan establecer una serie de “criterios de actuación” que deba tener en cuenta todo servidor público y que le ayudarán, en su fuero interno especialmente, a llevar a efecto sus funciones asignadas, con el fin de lograr un bien para la comunidad; poseyendo aquellos dos características esenciales inherentes: son documentos normativos y tienen un muy cualificado componente “educativo”, en tanto representan un conjunto de “valores” para que las personas –los citados servidores públicos– asimilen (JIMÉNEZ; LARREA HERNÁNDEZ-TEJERO, 2022).

Van más allá, por lo tanto, de la sola norma, suponiendo implicarse en la “vida” de las personas –en tanto profesionales–, en sus creencias, y en las “costumbres” –*ethos, mores*– que dan origen a su conducta como servidores públicos.

Los códigos de conducta de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (O.C.D.E.), como el citado en España, están inspirados así en valores, redactados desde dicha Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos en 1998, a saber:

- Servicio al interés general, que implica que los empleados públicos deben demostrar los “más altos estándares” de profesionalidad –“deontología profesional”– de competencia, de eficiencia y eficacia, siguiendo las leyes que les son de aplicación (“cumplimiento normativo”) y buscando, por encima de todo, el bien común por encima del propio (“probidad”);
- “Transparencia”, que comporta usar los recursos públicos de una manera eficiente, siendo responsables de su gestión, capaces de rendir cuenta de sus decisiones, estando preparados para justificar sus acciones (“accountability”);
- “Legitimidad” o deber seguir las leyes y ejercer el poder administrativo en nombre del Gobierno, de forma legítima e imparcial, para un propósito público, y de la manera en que determine la entidad a la que se sirve;
- “Justicia”, o deber de tomar decisiones y actuar de manera “equitativa”, teniendo en cuenta, por definición, el interés ciudadano;
- “Receptividad” en fin, o deber de todo empleado público de cumplir sus funciones con respeto, cortesía y educación en su trato con los ciudadanos y con otros trabajadores públicos, no pudiendo olvidarse, como una piedra angular, los tradicionales valores de la eficacia y eficiencia a la hora de gestionar recursos públicos, evitando malgastarlos o “despilfarrarlos”.

La sustanciación de esta “probidad” en códigos éticos y de conducta pública, encuentra detractores sin embargo. Autores como Tesoro (2000), consideran que la implementación de un Código de conducta contradice la misma noción de “ética”, puesto que implicará considerar a ésta una forma de imposición heterónoma de reglas y principios, sin tener en cuenta la autonomía de las personas como “agentes morales”.

Por dicha razón, señala el citado autor, aun cuando un “código de ética” fuera resultado consensuado de la deliberación entre representantes de instituciones gubernamentales y no gubernamentales, empresariales, académicas y/o civiles, y fuera posteriormente promulgado desde la autoridad competente, no estaríamos hablando de “ética” sino, de nuevo, de Derecho.

Con frecuencia se discute, por lo tanto, acerca de cuál puede ser la real utilidad de estos Códigos éticos y/o de conducta pública, en el ámbito de las Administraciones, pues siempre puede indicarse que los empleados públicos tienen su “Código de conducta” en la ley, y que todo lo demás es accesorio.

A este respecto puede argumentarse, siguiendo a Adán Nieto Martín y a Beatriz García Moreno (2020) que, tratándose de la Administración, la función de los Códigos de conducta consiste precisamente en concretar los principios recogidos por el Estatuto Básico del Empleado Público al ámbito de actuación de cada empleado público, y acotar, de acuerdo con los mismos, los márgenes de discrecionalidad que deja cualquier disposición normativa.

Es decir, el Estatuto Básico español conforma el marco general de actuación de los empleados públicos mientras que el Código ético y de conducta materializa la aplicación (la concreta) de dichos principios, a las particularidades de cada Administración. La figura del servidor público "anónimo", puede concluirse, es cosa del pasado, siendo hoy día necesario identificar a cada uno por la responsabilidad que tiene en sus tareas y por su conducta (JIMÉNEZ VACAS, 2020).

La "*accountability*", es un término que está de moda para hablar de la buena administración pública y que puede definirse, en su concepción amplia, como aquella "carga impuesta a las instituciones y a las personas que integran el Gobierno y la Administración, de responder ante los ciudadanos y la sociedad en su conjunto, por los servicios públicos prestados" (FERNÁNDEZ AJENJO, 2011).

Esta curiosa "versión renovada" del "principio revolucionario" relativo a que "toda comunidad tiene derecho a pedir, a todos sus agentes, cuentas de su conducta", recogido al artículo 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, aprobada por la Asamblea Nacional Constituyente francesa el 26 de agosto de 1789, se está extendiendo, en la actualidad y desde punto de vista subjetivo, objetivo y material, para sujetar a los poderes públicos a sistemas normativos y de "control" cada vez más extensos y complejos, más sofisticados, estableciendo sobre sus agentes la responsabilidad genérica de dar cuenta sobre su gestión y respecto a su conducta pública.

El siglo XXI avanza asociado a una serie de escenarios de crisis como la económica y financiera, o la de valores. El conjunto de desafíos que comporta esta circunstancia, invita, en todo caso, a una reflexión sobre los tradicionales principios de eficacia y eficiencia y, asimismo, eleva el listón de la "buena gestión pública", exigiendo de la misma que respete igualmente, valores asociados a la equidad, la "ética", la "integridad" o la "probidad" hacia el servicio público.

Así, una de las modernas recetas que, por ejemplo, se intentan aplicar para atender a estos retos es la de la "transparencia" en la rendición de cuentas públicas que, debidamente aplicada, debe conllevar efectos positivos en la

prevención y lucha contra el fenómeno de la corrupción, el despilfarro de fondos públicos, o la politización desordenada del sector público.

Pero, sin duda, la eficacia y eficiencia de las medidas que puedan imponer los gobiernos y parlamentos para garantizar unas Administraciones Públicas independientes, profesionales y "transparentes" está en relación –directa– con la utilidad de los mecanismos de "control" programados.

No en vano, cabe dividir con Rubio Llorente (FERNÁNDEZ AJENJO, 2011), el "control público", como la potestad o el derecho subjetivo que ostenta un sujeto (órgano controlador) de emitir una declaración de juicio crítico (o "ético"), acerca de si la actividad de un "órgano controlado" es conforme a los mandatos de un sistema normativo de referencia y esto, no es ni más ni menos, que "compliance" aplicado al Sector público.

Las modalidades de control público, pueden agruparse así en seis grandes categorías que incluyen el asesoramiento de las decisiones, la evaluación de los resultados, la intervención presencial en las actuaciones, la fiscalización de los expedientes, la inspección de los hechos y el enjuiciamiento de los asuntos.

El "control de probidad" de la actividad público-administrativa adopta por consecuencia, múltiples formas que, con diferente tipificación jurídica (potestad, competencia o "derecho subjetivo"), dan lugar a manifestaciones tales como los "informes consultivos" en los expedientes, la evaluación de políticas públicas, la censura de cuentas, la inspección financiera de los tributos, el seguimiento de objetivos de los programas, la intervención de los mercados financieros, la fiscalización de los expedientes administrativos, la supervisión de proyectos de obra, la revisión de oficio de los actos administrativos o su enjuiciamiento en Sede judicial (FERNÁNDEZ AJENJO, 2011).

Todas estas variantes, se pueden agrupar en seis categorías que indican, siguiendo de nuevo a José Antonio Fernández Ajenjo (2011), diferente grado de intensidad en el "control público":

El "asesoramiento" por órganos consultivos, como modalidad menos inquisitiva destinada a aconsejar la mejor opción en relación con el sistema normativo de referencia y limitando el posible margen de "discrecionalidad" de los órganos ejecutivos, mediante aportación de criterio técnico que evite caer en decisiones "arbitrarias" o "infundadas".

La "evaluación", que emite juicio de "valor" acerca del grado de cumplimiento de los objetivos de la actuación pública.

La "intervención", que implica la revisión "concomitante" de la actividad administrativa, mediante la participación (activa) del órgano controlador en el proceso de adopción de las decisiones.

La "fiscalización", que verifica que la documentación de los expedientes administrativos se ajusta a importantes criterios como el de legalidad, o la "buena gestión administrativa".

La "inspección", que realiza un juicio "inquisitivo" con fin de descubrir la veracidad de los hechos que puedan ocultarse tras el "muro de papel" que forman los expedientes administrativos y en fin, el "enjuiciamiento" que culmina realizando el juicio crítico (y "ético") completo de la adecuación de la actividad pública, mediante el empleo de un amplio elenco de medios de prueba.

Dichas "herramientas" o instrumentos existentes, ya deducen un sistema público de *compliance* vivo que, no obstante, procede programarse mejor en orden a que actúe, de una forma eficaz, al servicio de una administración "ética" e "integra" de lo público; no pudiéndose olvidar, para ello, de practicar además correlativo esfuerzo, administrativo y presupuestario, dirigido a obtener mejores sistemas de acceso y promoción del personal al servicio de la Administración, impregnándolos de principios constitucionales de mérito y capacidad, extremos que garantizan el rigor en la formación y "fecundidad" en la experiencia de los profesionales públicos, pero que de poco sirven si no se acompañan de "valores" en la gestión del capital intelectual, basados en la motivación, la empatía y el adecuado tratamiento del liderazgo.

La corrupción, es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de Derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana.

Con estas palabras, comienza el prefacio de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, de 31 de octubre de 2003, que pone de manifiesto, a las claras, la trascendencia y atención que precisa este fenómeno.

Pero el salto a un sistema "programático" de "compliance" en el sector público resulta sin duda, complejo, debiendo ser, por lo tanto, la respuesta institucional que se dé al mismo, también sofisticada.

(En Madrid, a 09 de diciembre, día internacional de la integridad y la lucha contra la corrupción).

CONSULTA BIBLIOGRÁFICA

BAUTISTA, Oscar Diego. **La ética y la corrupción en la política y en la administración pública.** Sevilla: Ed. Universidad Internacional de Andalucía, 2006.

CAMPOS ACUÑA, María Concepción. **Compliance en la administración pública: dificultades y propuestas.** Granada: CEMCI, 2017. (Colección Temas de Administración Local, 102.)

CORTINA ORTS, Adela. Ética del desarrollo: un camino hacia la paz. En: **Sistema: Revista De Ciencias Sociales**, Madrid, Ed. Fundación Sistema, n. 192, p. 3-18, 2006.

CORTINA ORTS, Adela. La eficacia de las éticas aplicadas. En: **Diario El País**, 11 de octubre de 2002.

DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. **El principio de legalidad en la actuación de las administraciones públicas.** Madrid: Universidad Carlos III de Madrid, 2017.

FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio. **El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción:** especial referencia al Tribunal de Cuentas y a la Intervención General de la Administración del Estado. Cizur Menor: Aranzadi, 2011.

GOMÁ LANZÓN, Javier. **Ejemplaridad pública.** Barcelona: Debolsillo, 2009.

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. "Compliance" como instrumento al servicio de la integridad y la ética pública. En: CAMPOS ACUÑA, María Concepción (Coord.). **Guía práctica de compliance en el sector público.** Madrid: Ed. Wolters Kluwer, La Ley, 2020.

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. De la gobernanza, liderazgo y ética pública. En: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 3, n. 2, p. 102-116, maio-agosto. 2022.

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. De la gobernanza, liderazgo y ética pública. En: Instituto Nacional de Administración Pública – Estudios y Comentarios. Disponible en: <https://laadministracion.inap.es/noticia.asp?id=1513075&nl=1&utm_source=newsletter&utm_medium=email&utm_campaign=30/8/2022>.

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. De la gobernanza, liderazgo y ética pública. 21/05/2022. En: Centro de Investigación para la Gobernanza Global (CIGG),

de la Universidad de Salamanca (USAL). Disponible en: <<https://cigg-usal.es/resultados-de-investigacion/>>.

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín; FERNÁNDEZ AJENJO, José Antonio. Una ventana de oportunidad política, para la creación de un cuerpo profesional de intervención y auditoría de la comunidad de Madrid. En: **Revista Auditoría Pública: Revista de los Organos Autónomos de Control**, Ed. Cámara de Comptos de Navarra, Nafarroako Comptos Ganbera, Cámara de Cuentas de Andalucía, n. 69, p. 77-84, 2017.

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín; LARREA HERNÁNDEZ-TEJERO, Carmen. Códigos éticos y de conducta pública. En: **Gabilex: Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha**, Toledo, Ed. Junta de Comunidades de Castilla La Mancha, n. 31, p. 213-262, 2022.

NIETO MARTÍN, Adán; GARCÍA MORENO, Beatriz (Coord.). **Guía para la prevención de la corrupción en las administraciones públicas de Castilla-La Mancha**. Ciudad Real: Ed. Universidad de Castilla-La Mancha / Instituto de Derecho Penal europeo e internacional, 2018 (Colección Atenea, 10).

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. **Ética pública y derecho**. Madrid: Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, 1993.

RENAUT, Alain. **El futuro de la ética**. Barcelona: Galaxia Gutenberg, 1998.

RODRÍGUEZ SEDANO, Alfredo. Cualidades éticas del ethos profesional. En: **Anuario Filosófico**, Navarra, Ed. Universidad de Navarra, v. XXVII, n. 3, 1998.

TESORO, José Luís. Los códigos de conducta en la función pública: fortalezas y debilidades. En: **Revista Probidad**, San Salvador (El Salvador), n. 10, p. 190-197, septiembre-octubre/2000.

VACAS GARCÍA-ALÓS, Luis F. Dimensión constitucional del control del gasto público. En: **constitución y democracia**: ayer y hoy: libro homenaje a Antonio Torres del Moral. v. 3. Madrid: Universitas, 2012. p. 2.939-2.966.

VILLORIA MENDIETA, Manuel. Ética postconvencional e instituciones en el servicio público. En: **Reis: Revista Española de Investigaciones Sociológicas**, Madrid, Ed. Centro de Investigaciones Sociológicas, n. 117, p. 109-142, 2007.

VILLORIA MENDIETA, Manuel; IZQUIERDO SÁNCHEZ, Agustín. **Ética pública y buen gobierno**: regenerando la democracia y luchando contra la corrupción desde el servicio público. Madrid: Tecnos, 2016.

Submissão em: 9 de dezembro de 2022

Último Parecer favorável em: 18 de janeiro de 2023

Como citar este artigo científico

JIMÉNEZ VACAS, José Joaquín. "Compliance" como senda hacia la probidad pública. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 1, p. 130-146, jan.-abr. 2023.

FAVOR ARBITRANDUM: TOWARDS A THEORISATION

LINO DIAMVUTU¹

ABSTRACT

This article is based on the doctoral thesis with the same title, defended by the author at the Faculty of Law of the University of Lisbon in 2019 and published by Almedina in 2020. The study, contrary to some doctrinal positions on the subject, does not see *favor arbitrandum* as a legislative or judicial policy aimed at promoting arbitration. Rather, it seeks, from the *ratio* of its legal and jurisprudential manifestations, to identify a legal principle, determining its content, its limits and its grounds. The principle of *favor arbitrandum* is multifaceted and its scope varies between the different legal systems studied. Its content can be understood in two main ways. On the one hand, it is an interpretative-decisional criterion regarding the validity of the arbitration agreement, the jurisdiction of the arbitral tribunal and the validity or recognition of the arbitral award. On the other hand, *favor arbitrandum* is a principle which is expressed as a guideline for legislative activity, and the task of interpreting and supplementing the rules concerning arbitration. The principle of *favor arbitrandum* is subject to severe limitations. As regards its grounds, the principle of *favor arbitrandum* rests on political-economic and ethical-legal grounds.

Keywords: *Favor arbitrandum*, manifestations, content of the principle, limits, grounds

¹ PhD in Law from the Faculty of Law of the University of Lisbon, having previously obtained a Master's degree in Law from the Faculty of Law of the Agostinho Neto University and graduated in Law from the Faculty of Law of the University of Brussels. He is an arbitrator, lawyer and Professor at the Faculty of Law of the Agostinho Neto University (Luanda, Angola). He is a member of the African Commission of the International Chamber of Commerce (ICC) and the International Arbitration Commission of the International Association of Lawyers (UIA). e-mail: l_diamvutu@yahoo.com.br

1 GENERAL CONSIDERATIONS

1.1 The Meaning of the Expression “Favor Arbitrandum”

Favor arbitrandum (HANOTIAU, 1994, p. 899-966) – also referred to by the expressions “favor arbitratus” (RUBINO-SAMMARTANO, 2014, p. 1.757; STEFANO A. CERRATO, 2015, p. 31), “favor arbitrati” (ZARRA, 2015, p. 135), “favor arbitratis” (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 134 and 368), “favor arbitrationis” (CORDEIRO, 2015, p. 108; LALIVE, 2008, p. 126), “favor arbitralis” (CARMONA, 2009, p. 404; JARA VÁSQUEZ, 2011, p. 163-164), “favor arbitri” (KARRER; KÄELIN-NAUER, 1996, p. 31-38), “favor arbitrii” (LALIVE, 2008, p. 126), “favor arbitrandi” (MERINO MERCÁN; CHILLÓN MEDINA, 2014, p. 1.486; HENRIQUES, 2017, p. 447), “favor validatis” (DOLINGER; TIBURCIO, 2003, p. 134), “favor validitatis” (GÉLINAS, 2013, p. 29), “favorem validitatis” (SCHERER, 2000, p. 350-358; KAUFMANN-KOHLER; RIGOZZI, 2010, p. 124, 125, 130; KAUFMANN-KOHLER; RIGOZZI, 2015, p. 114), “favor arbitral” (GAGO; FERNANDES, 2014, p. 46), “favor pro-arbitraje” (GONZÁLEZ DE COSSIO, 2011, p. 241), “faveur arbitrale” (JARROSSON, 2013, p. 207), “principe de faveur” (CLAY, 2012, p. 20; BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, 2012, p. 63), “pro-arbitration presumption” (BORN, 2015, p. 528 and 1.301), “pro-arbitration bias” or “policy favoring arbitration” (JAEGGI, 2002, p. 256) – has characterised the internationalisation of Arbitration Law since the second half of the 20th century (GÉLINAS, 2013, p. 36). “Idea” (RAZALISON, 2017, s. 41), “attitude” (GONÇALVES, 2013, p. 15; MENDES, 2018, p. 32), “philosophy” (RAVILLON, 2016, p. 72), “trend” (MAURICE KRINGS, p. 217), “movement” (HENRY, 2013, p. 192; JARROSSON, 2013, p. 208), “policy” (BILLEMBERT, 2013; NIANG, 2017, s. 11), “doctrine”², “presumption” (GÉLINAS, 2013, p. 37; GONZÁLEZ DE COSSIO, 2011, p. 241), “guideline” (JARA VÁSQUEZ, 2011, p. 164) or “legal principle” (OLIVEIRA, 2007, p. 44; FERNÁNDEZ ARROYO; VETULLI, 2016, p. 64; MAZZUOLI; MASSA, 2015, p. 74; MONTEIRO; SILVA MIRANTE, 2019, p. 424), the references to *favor arbitrandum* point to the diversity of perceptions on the subject.

The expression is widely accepted in arbitration doctrine. Its genesis is relatively recent, although the Latin locution affords it the appearance of antiquity (NIANG, 2017, s. 11). In a noteworthy early manifestation, the idea of the “favouring” of arbitration surfaced in the wake of the French Revolution, in the Decree of August 16 and 24, 1790, concerning the judicial system, in

² <https://ozay.av.tr/publication/emergency-arbitrator-proceedings-in-internationalcommercial--arbitration>

which article 1 determined the favouring of arbitration agreements. “Arbitration being the most reasonable means of terminating disputes between citizens, the legislators may not make any provision which would tend to diminish either the favour or the effectiveness of commitment to arbitration” (VON MEHREN, 1986, p. 1.046). In 1925, the American legislator enacted the Federal Arbitration Act which, countering the hostility of the courts, reflected a liberal federal policy favouring arbitration (460 U.S. 1, 1983). However, the expression “favor arbitrandum” appears *a posteriori*. It was crystallised in arbitration doctrine at an international level through the remarkable article by Professor Bernard Hanotiau, of the University of Louvain (Belgium), entitled “L’arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen”, published, in 1994 (p. 899-966), in the *Journal de Droit International* (see also MAYER, 1984, p. 205).

1.2 Favour and Principle of Favourability

This article will analyse *favor arbitrandum* as a legal proposition. A distinction must be made between “favour” and “principle of favourability” (or legal favour). “Favour” *tout court* means what is done voluntarily to someone, without imposition and without justifiable cause, and may even be liable to clash with the principle of equality (MEYRAT, 2009, p. 366). “Favour” is regarded as a phenomenon inherent in human nature (HAROCHE, 2009, p. 47). According to Professor Jacques Chevalier (2009, p. 404 et seq.), it is a general phenomenon which cuts across all areas of social life and involves an element of discretionary power, depending on who has the power to grant or refuse it (CHEVALIER, 2009, p. 403). Favour is as ancient as arbitration.

The “principle of favourability” does not refer to a relationship of favour established between its dispenser and its beneficiary (MEYRAT, 2009, p. 366). It refers to a criterion of interpretation or decision, in case of doubt, on the validity or invalidity, for example, of a legal transaction. It also translates into a rule for the solution of conflicts of norms determining that, in the event of competing norms, the judge must apply the most favourable (MEYRAT, 2009, p. 368). The idea of favouritism is therefore not foreign to the Law. We should refer to *favor negotii*, *favor testamenti*, *favor laboratoris*, *favor innocentiae*, *favor libertatis* or *in dubio pro reo*.

Favor arbitrandum is therefore one of the applications of legal favour. Legal favour as a normative proposition presents itself fundamentally as an interpretation or decision-making criterion, in cases of doubt (e.g. *favor negotii*,

favor testamenti or *favor rei*) or for the resolution of conflicts of rules (e.g. *favor laboratoris*). Legal favour may, for example, in labour law, refer to the conditions of elaboration or validity of its rules. As a Brazilian author also states, “Legal favour, as a principle of law, is applied in criminal, consumer and tax law. Now, also, in arbitration” (MARTINS, 2002).

1.3 Descriptive Principle or Normative Principle?

Principles differ from rules by the greater degree of indeterminacy of their statements, being applied in a logic of weighting (see generally DWORKIN, 1986, p. 17 and *passim*; DWORKIN, 1996, p. 24 et seq.; ALEXY, 2002, p. 47). A distinction is made between directive or normative principles and descriptive principles. The former constitute autonomous evaluation criteria which guide the achievement of solutions to concrete cases (PINHEIRO, 2010/2011, p. 84). The latter have a fundamentally descriptive function of the guiding ideas of the system (PINHEIRO, 2010/2011, p. 84). Descriptive principles are obtained through a process of abstraction and generalisation from singular rules. The revelation of directive or normative principles requires a journey back from the rules to the governing idea underlying those rules, their *ratio* or the value that those rules or norms aim to fulfil (PINHEIRO, 2010/2011, p. 84).

Favor arbitrandum can be analysed as a descriptive proposition or as a normative proposition. As a descriptive proposition, “*favor arbitrandum*” is, in a broad sense, a proposition whereby scholars translate the major trends of the set of rules that make up the positive law of arbitration, which point to the legitimacy, validity and effectiveness of the arbitration procedure³. Legal or jurisprudential solutions which, in case of doubt, favour arbitration can be traced back to *favor arbitrandum*. So *favor arbitrandum*, in a narrower sense, is reflected by legal or case law solutions which determine that: (i) between the validity or invalidity of the arbitration agreement, preference should be given to its validity; (ii) between the competence or lack of competence of the arbitral tribunal, preference should be given to its competence; and, (iii) between the validity or invalidity of the arbitral award, preference should be given to its validity. This is the descriptive proposition of *favor arbitrandum*.

³ In relation to the “principe de faveur” in labour law, see Cass. soc., 17 juill. 1996, p. 1049, concl. P. Lyon-Caen. The principle of favour is a descriptive proposition by which “dogmatic jurists give a synthetic account of the content and main trends of all the norms making up positive law” (MEYRAT, 2009, p. 367).

Some authors (see BILLEMONT, 2013, p. 259 et seq.; NIANG, 2017, p. 458) have analysed *favor arbitrandum* as a legislative or judicial policy for the promotion of arbitration (NIANG, 2017, s. 24-25). The conclusion reached by those authors illustrates the prism through which they approached the subject. This is not the angle of my approach. A “policy” tends to be something “extra-legal”. As a normative proposition, *favor arbitrandum* is a legal principle.

Normative principles are generally applied to concrete cases after doctrinal and jurisprudential work aimed at clearly defining their content, scope and limits (REALE, 1973, p. 346); CARBONNIER, 2004, p. 252). The consecration of a principle in the legal order shall, as a rule, be effected by way of doctrine and jurisprudence (see AMARAL, 2012, p. 506; FERREIRA RUBIO, 1984, p. 69). When the legislator expressly enshrines a legal principle in a text, this may take three forms: reference to the general category of “general principles of law”; express mention of a general principle, without specifying the requirements for its applicability; and the drafting of a specific provision containing the essence of the principle, without expressly mentioning it (FERREIRA RUBIO, 1984, p. 68; CANARIS, 1989, p. 96; REALE, 1973, p. 346; PERELMAN, 1979, p. 86).

1.4 The Existence of the Favourability Principle in International Arbitration and a Selection of Legal and Jurisprudential Manifestations of *Favor Arbitrandum*

As established in legal scholarship (BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, 2012, p. 63), the favourability principle exists in Arbitration Law and penetrates it in all its ramifications. Professors Fernández Arroyo and Ezequiel Vetulli (2016a, p. 64; 2016b, p. 9-11) have defined *favor arbitrandum* as

a principle emanating from the solid doctrinal, jurisprudential and normative trend in favor of arbitration. Basically, it postulates that, in cases of doubt, a solution more favorable to arbitration should be adopted, and may apply both to questions concerning the validity of the arbitration agreement and its scope and enforcement.

The definition of these two authors has the merit of analyzing *favor arbitrandum* as a legal principle. This principle determines a presumption of validity of the arbitration clause, dealing with questions concerning its validity, scope or enforcement. However, the principle of *favor arbitrandum* is multifaceted.

The legal and case law manifestations of the principle of *favor arbitrandum* mainly revolve around the favouring of the arbitration agreement, the jurisdiction of the arbitral tribunal and the arbitral award. Favour of the arbitration agreement revolves around its validity and the scope of its effects. The following may be considered as manifestations of *favor arbitrandum* concerning the validity of the arbitration agreement: the autonomy of the arbitration clause, the substantive validity of the arbitration agreement based on an alternative connection, the unenforceability of exceptions based on the domestic law of a State party to an arbitration agreement, the admission of the arbitration agreement by reference, especially in French law. The manifestations of *favor arbitrandum* concerning the scope of the effects of the arbitration agreement are: the extension *ratione personae* and *ratione materiae*, notably in French, Swiss or United States law.

The legal and case law manifestations in favour of the arbitral tribunal's jurisdiction are reflected, *inter alia*, in the recognition of the *Kompetenz-Kompetenz* of the arbitral tribunal and the extension of arbitrable subject-matter to increasingly important areas. The manifestations of *favor arbitrandum* may vary over time. These manifestations, as regards the arbitrability of disputes, are of an evolving nature. However, this evolution can take the form of a sine wave. In fact, what may be considered the result of a movement towards arbitrability in a particular era may actually reflect the reappearance of something already experienced in earlier times. Thus, *favor arbitrandum* should be analysed in accordance with its manifestations in a given time interval.

The legal and case law manifestations in favour of the arbitral award are centred on its validity and its recognition. Regarding its validity, they include: the excision of the voidable part of the arbitral award rendered *extra potestatem* and the exclusion of any appeal on the merits of the international arbitral award. The manifestations concerning the recognition of the arbitral award refer to the restricted nature of public policy as grounds for refusing the recognition and enforcement of foreign international awards, the absence of review of the merits of the arbitral award to be recognised under the 1958 New York Convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards (NYC), the *juris tantum* presumption of validity and effectiveness of the foreign arbitral award to be recognised under the NYC and the recognition of annulled arbitral awards in the country of the seat.

Because it cuts across different areas, the subject under study needs to be approached from a comparative perspective. Studies of comparative law enable a better understanding of (our) own institutes, discovery of the spirit that inspires them and the drafting of legislation (DAVID, 1959, p. 10; TELLES,

2014a, p. 228; STRANGER, 1996, p. 53). I have analysed the laws of Angola, Portugal, Brazil, Spain, Germany, France, Belgium, Switzerland, the United Kingdom and the United States, together with the 1958 New York Convention. According to Professor Emmanuel Gaillard (2005, p. 376),

International arbitration is [...] one of the disciplines in which comparative law finds the most complete expression of all the functions that are likely to be its own. There are three of them, comparative law being sometimes a source of inspiration, sometimes a source of legitimacy, sometimes a source of positive law.

This study is limited to international [commercial] arbitration. It is accepted, however, that its conclusions may be extended to other forms of arbitration. Indeed, *favor arbitrandum* is not limited to international commercial arbitration. We have excluded from the scope of this article both interstate litigation arbitration and semi-international or quasi-international public arbitration, namely ICSID arbitration. Mandatory arbitration is also excluded, with only voluntary arbitration being dealt with. The main purpose of this article is to identify the content of a normative principle, its limits and grounds.

2 FAVOR ARBITRANDUM AS A NORMATIVE PRINCIPLE

2.1 *Favor Arbitrandum: an Interpretative and Decision-Making Criterion*

As an interpretative and decision-making criterion, the principle of *favor arbitrandum* manifests itself as

- i. a principle of favourability for consent to arbitration (*favor consensus*⁴);
- ii. a principle of arbitrability of disputes (*favor arbitrandum – stricto sensu*);
- iii. a principle of validity of the award (*favor validitatis sententiae*); and
- iv. a principle of recognition of the award (*favor recognitionis*).

⁴ *Favor consensus ad arbitrium* is the Latin translation of “favourability for consent to arbitration”.

2.1.1 Principle of favourability for consent to arbitration (*favor consensus*)

Professor Bernheim-Van de Casteele (2012, p. 63) has highlighted a principle of favourability for consent to arbitration. The tenets of the law or case law concerning arbitration agreements, common to the legal systems studied, in particular, the autonomy of the arbitration clause, the substantive validity of the arbitration agreement – on the basis of an alternative connection, a substantive rule of validity or presumption of validity regarding its scope –, the unenforceability of exceptions in the domestic law of the State party to an arbitration agreement, present a common denominator which is favourable treatment of consent to arbitration (BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, 2012, p. 63; see also CLAY; PINSOLLE, 2015, p. 16).

The principle of favourability for consent to arbitration may be identified from the features of the law and case law common to the legal systems analysed. Indeed, to state that the arbitration agreement is autonomous from the main contract is to recognise the existence of the parties' own consent to it. Validating the arbitration agreement on the basis of alternative connecting factors serves the ultimate purpose of safeguarding the consent to arbitration. The same can be said of the rule of the unenforceability of exceptions in the domestic law of the State party to an arbitration agreement, the admission of arbitration agreements by reference, and the extension *ratione personae* and *materiae* of the arbitration agreement (BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, 2012, p. 111, n. 88: "The principle of autonomy is primarily a functional principle designed to immunise consent to arbitration").

A purported principle of validity of the arbitration agreement cannot be drawn from the features of these legal systems relating to the validity of arbitration agreements. The validity of a legal transaction always depends on the fulfilment of certain substantive and formal requirements. The principle of validity would imply that an arbitration clause is not susceptible to annulment on grounds of incapacity, defect of consent or non-arbitrability (MAYER, 1989, p. 433). Such a situation is inadmissible. If there is a principle of validity, its only reasonable scope is the absence of nullity of the arbitration clause itself, i.e. its relationship to the arbitration agreement, so that the voiding of the arbitration clause or the limitation of its effects cannot stand in the way of disputes being submitted to arbitration (MAYER, 1989, p. 433). What can be identified from the *ratio* of the legal and case law norms concerning the validity of arbitration agreements is a principle favouring consent to arbitration.

In transactions entailing the transfer of an arbitration agreement (e.g. assignment of claims), a favouring of consent to arbitration is also apparent (NIBOYET, 2004, p. 73). In a case of assignment, the arbitration agreement will take effect between assignor and assignee and will apply between assignor and assignee (see also NIBOYET, 2004, p. 7). Transfer of the arbitration agreement creates situations where the arbitration agreement is multiplied (RACINE, 2016, p. 259). The principle of favourability for consent to arbitration is therefore clearly identified in this hypothesis.

In my view, the principle of favourability for consent to arbitration compels the interpreter to adopt a liberal interpretation of the arbitration agreement characterised by

- v. rejection of a strict or restrictive interpretation of the arbitration agreement;
- vi. application of the principle of useful effect (also referred to as the principle of effectiveness or *favor negotii*) in the interpretation of the arbitration agreement, notably in matters of pathological clauses; and
- vii. objective and subjective extension of the arbitration agreement, notably in matters of corporate groups and contracts.

Narrow interpretation of the arbitration agreement is regarded as harmful as it causes dispersion of litigation, resulting in additional costs, slowness of proceedings and the risk of contradictory rulings (GAVALDA; LEYSSAC, 1993, p. 65). The principle of useful effect serves as the basis for the principle of extensive interpretation of the arbitration agreement. The principle of useful effect accordingly underpins the broad interpretation *ratione materiae* and *ratione personae* of the arbitration agreement.

All the legal systems studied allow for the principle of useful effect or the principle of preservation of legal transactions to be applied to the interpretation of contracts. A contract essentially needs interpretation in situations where the parties' common intention is deficiently expressed, where there is a disagreement between what was intended and what was stated or between what was said and what was perceived or understood. Such disagreement may be due to the ignorance of the parties, the lack of mastery of the language or its misuse (BEN MOULDI, 2008, s. 8; TISSEYRE, 2012, p. 258).

For the majority of legal scholars (GÉLINAS, 2013, p. 31; SÁNCHEZ LORENZO, 2017, p. 211; LEMES, 2002, p. 199-200; BACHAND, 2001, p. 790;

ROMERO, 2015, p. 843), an arbitration agreement should be interpreted in accordance with the principle of useful effect. The principle of useful effect determines that, between two possible interpretations of the same clause, one should choose that which allows the clause to have a useful meaning. In other words, the principle of preservation of legal transactions determines that “transactions shall be treated more in terms of their validity than in terms of their invalidity” (PINTO, 1970, p. 28). The actual will of the parties is taken into account when interpreting the text by which they are bound. The principle of useful effect is enshrined in Article 9(3) of the Angolan Civil Code, which refers to the interpretation of the law. In its terms: “In determining the meaning and scope of the law, the interpreter shall presume that the legislator has enshrined the most appropriate solutions and has been able to express his thought in adequate terms”. The apothegm “*In claris non fit interpretatio*” does not prevail in matters of interpretation (QUEIROZ, 2006, p. 268).

Contrary to the principle of *favor validitatis* (see GAILLARD; SAVAGE, 1999, p. 261-262), whose limits are well known as regards the extension of the arbitration agreement to non-signatories, the principle of favourability for consent to arbitration serves as a basis for the objective and subjective extension of the arbitration agreement, particularly in matters of corporate groups and groups of contracts. The extension of the arbitration agreement to non-signatory third parties constitutes an area of application of this principle.

With regard to groups of contracts, in keeping with a minimalist position, the principle of favourability for consent to arbitration would determine respect for the parties’ will to submit one of the other contracts to arbitration. Taking a maximalist position, the principle of favourability for consent to arbitration would dictate that all contracts be heard by the arbitral tribunal if there were no jurisdiction clauses in the other contracts.

In *Dean Witter Reynolds, Inc. v. Byrd* (1985) (470 U.S. 213, 1985; JAEGGI, 2002, p. 251), the US Supreme Court has held that where arbitrable issues are intertwined with non-arbitrable issues, the former should be settled by arbitration, even where the outcome involves proceedings in different jurisdictions (JAEGGI, 2002, p. 251). It is stated that

- (a) The Arbitration Act requires district courts to compel arbitration of pendent arbitrable claims when one of the parties files a motion to compel, even when the result would be the possibly inefficient maintenance of separate proceedings in different forums. By its terms, the Act leaves no room for the exercise of discretion by a district court, but instead mandates that district courts *shall* direct the parties to proceed to arbitration on issues as to

which an arbitration agreement has been signed. The Act's legislative history establishes that its principal purpose was to ensure judicial enforcement of privately made arbitration agreements, and not to promote the expeditious resolution of claims. By compelling arbitration of state law claims, a district court successfully protects the parties' contractual rights and their rights under the Arbitration Act. (b) Neither a stay of arbitration proceedings nor joined proceedings is necessary to protect the federal interest in the federal court proceeding. The formulation of collateral estoppel rules affords adequate protection to that interest (470 U.S. 216-223, 1985).

As established in legal scholarship (BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, 2012, p. 262), the principle of favourability for consent to arbitration reverses the legal logic which postulates on the one hand that consent to a contract is assessed at the time of its formation and, on the other hand, that silence in contractual matters does not imply acceptance. Account must be taken of the parties' conduct in concluding, performing or terminating the contract which incorporates the arbitration clause. The principle of favourability for consent to arbitration stands out clearly with regard to the extension of arbitration clauses to non-signatories. By application of this principle, non-signatories are bound to arbitration; where they are not bound by contractual mechanisms, they are bound by active or decisive participatory behaviour in the negotiations, execution or termination of the contract (see also PARK, 2014, p. 753-754).

As it is well known, Law follows the evolution of society. Legal dogma itself is not static. Admitting that non-signatories to an arbitration agreement may be bound based on the theory of groups of companies or contracts or by application of the principle of favourability for consent to arbitration is not very different from admitting civil liability without the requirement of fault, i.e. on an objective or strict liability basis, which always leaves any layman in the field astonished. In the field of civil law, the classical conception erects fault as the foundation of civil liability. In the field of Arbitration Law, consent to the arbitration agreement is the foundation of arbitration. However, with the development of international trade and, in particular, the multiplicity of joint ventures being formed around the world, the time has come to consider that other ways of ascertaining consent or *animus arbitrandi*, in the context of corporate groups or contracts, should merit the judge's attention, particularly through objective indications such as active, decisive or decisive participation in the negotiations, execution or termination of the contract containing the arbitration agreement.

In essence, what matters for binding the non-signatory to the arbitration agreement is not so much its (tacit) will but the situation created by its objective

behaviour, which should be analysed in the light of the principle of the protection of legitimate expectations (DIAMVUTU, 2019, p. 646; see also MARTINS, 2015, p. 212, footnote n.º 1). The principle of favourability for consent to arbitration is based precisely on the freedom of will and the protection of legitimate expectations.

2.1.2 Principle of arbitrability of disputes (*favor arbitrandum – stricto sensu*)

Favor arbitrandum (stricto sensu) is analysed as a criterion for deciding objective arbitrability. *Favor arbitrandum* postulates that, in case of doubt as to arbitrability or inarbitrability, the issue should be resolved in favour of arbitration (SÉLIM, 2012, p. 258-259). The incompatibility between the arbitration clause and an allegedly applicable law that considers the dispute as not arbitrable should be resolved in favour of arbitrability because arbitrators should presume that the parties did not wish to place their contractual relations in a system not suitable for the arbitral resolution of their disputes (HANOTIAU, 1994, p. 910). As stated by Bernard Hanotiau (1994, p. 910), “Indeed, we are increasingly seeing *favor arbitrandum* dominate the determination of the arbitrability of the dispute”.

Craig, Park and Paulsson (2000, p. 62) take an identical position, stating that “[i]f it is true that the arbitral tribunal should look to the intent of the parties in determining whether a claim is arbitrable, there must be a heavy presumption in favour of arbitrability”. Other authors such as Frédéric Henry (2013, p. 192), Charles Jarroson (2013, p. 208), Maurice Krings (p. 217) analyse *favor arbitrandum* as a progressive movement in favour of arbitrability. According to Mazzuoli and Massa (2015, p. 74), the principle of *favor arbitrandum* is the most important principle of international arbitration that serves to extend the limits of arbitration. These authors state that

the most important guiding principle of international arbitration that has developed in recent decades is the principle of “*favor arbitrandum*”, which is simply the extrapolation of a solid scholarly, jurisprudential, and normative trend at a transnational level in favour of extending the limits which arbitration as a method of conflict resolution par excellence may be faced with.

In an identical sense, Sandra Helena Terciotti⁵ states that the *favor arbitrandum* principle is a principle “according to which, when in doubt, arbitration should be preferred”.

⁵ <http://notasdeauladesandrahelenaterciotti.blogspot.com/2017/>.

In international arbitration, there is a presumption of arbitrability only limited

- i. by the circumstance of the matter being fundamentally not open to alteration;
- ii. by violation of international public policy; or
- iii. by its express exclusion from arbitral jurisdiction by the legislator.

The principle of arbitrability of disputes or *favor arbitrandum (stricto sensu)* determines the arbitrability of all disputes of a property nature or rights that are negotiable, unless expressly excluded by law. When the matter submitted to arbitration is fundamentally not open to alteration by the parties, the *ex arbitrandum* jurisdiction of the state judge is recognised (SÉLIM, 2012, p. 258-259). The *ex arbitrandum* jurisdiction of the state court results from the absolute exclusion of arbitral jurisdiction for reasons of public policy (SÉLIM, 2012, p. 258-259). The *jus imperium*, the sovereignty of the state or other major public interest, determines that some matters are assigned to the state judge. A limit to objective arbitrability may relate to matters fundamentally not open to alteration by the parties.

The reduction of inarbitrability depends on the degree of openness to arbitration in the arbitration laws and case law of each State, in particular the application by courts of violation of international public policy as a limit to arbitrability (BARROCAS, 2017, p. 43). A material rule is required: the principle of arbitrability of international trade disputes, subject to the requirements of international public policy (SERAGLINI; ORTSCHEIDT, 2013, p. 548).

Professor Lima Pinheiro (2005, p. 467) states that

Transnational Arbitration Law does not contain precise rules on objective arbitrability. Nevertheless [...], it seems that Transnational Arbitration Law enshrines at least the principle of arbitrability of disputes relating to international commercial contracts. Going further, it may perhaps be argued that the Transnational Law of Arbitration allows arbitrators to deal with all matters that are arbitrable by virtue of transnational public policy.

This position should be defended with regard to international commercial arbitration insofar as it favours the development of arbitration and promotes an international harmonisation of the criterion of arbitrability of disputes arising from international commercial contracts.

An express legal provision excluding a certain matter from arbitral jurisdiction, in the case of disputes arising out of international contracts, submitted to international arbitration, should be analysed in the light of the principle of *favor arbitrandum*. On the one hand, the interpretation and supplementation of legal rules should be conducted so as to favour the development of international (commercial) arbitration. On the other hand, legal restrictions on arbitrability in the area of domestic contracts should not, in accordance with international case law, be extended to international contracts (BACHAND, 2003, p. 484 et seq.).

On the issue of legal exclusion, Professor Charles Jarrosson (2013, p. 208) notes that a rule determining the exclusive jurisdiction of the state court does not necessarily exclude arbitration. Such a rule may apply in the delimitation of jurisdiction between jurisdictions in the judicial order. The same rule may possibly apply only to domestic and not international arbitrations. On the other hand, a public policy rule preventing a party from resorting to arbitration may not constitute a definitive obstacle.

According to this author:

recent history has indeed shown a continuous movement in favour of arbitration, which has made it possible to strictly confine the limits of the inarbitrability of disputes to what the rules of public order actually require. Thus, it was realised that the existence of a rule assigning exclusive jurisdiction to a judge did not necessarily mean that arbitration was excluded. Indeed, the exclusive jurisdiction may have a limited field of application to relations between courts of the judicial order, for example. Similarly, it appeared that a rule of public policy preventing a party from having recourse to arbitration did not necessarily constitute a definitive obstacle to arbitration, since once acquired, the right conferred by a rule of public policy of protection may be validly waived (JARROSSON, 2013, p. 208).

It is admitted that only a special law could derogate from the law permissive of voluntary arbitration. On the other hand, the assignment of disputes to the exclusive jurisdiction of state courts must be express:

- i. either the law says so directly and positively;
- ii. or it prohibits this for those disputes subject to voluntary arbitration;
- iii. or it acts on the requirements of arbitrability, making certain rights inalienable or unassailable (VENTURA, 1986, p. 318).

Towards “universal arbitrability” (YOUSSEF, 2009, p. 55)? Is transnational public policy the only limit to the arbitrability of property disputes (KESSEDJIAN, 2013, p. 58-59)? The concept of “universal arbitrability” referred to by Karim Youssef (2009, p. 61) is progressive. The author characterises the current state of mind regarding the issue of arbitrability, particularly in the context of international trade. According to this author:

[...] the trend in favour of arbitrability has recently taken a new dimension, with the inception of what can be termed ‘universal arbitrability’. Put simply, this means that arbitrability today is rarely an issue. All international disputes of an economic nature are ‘*prima facie*’ arbitrable in most jurisdictions, and it would be hard to find a dispute arising out of the operation of global commerce that is not (YOUSSEF, 2009, p. 61).

Professor Lima Pinheiro (2005, p. 466-467; 2004, p. 125-200) had already noted the admissibility, in international trade contracts, of the principle of arbitrability of disputes, except in cases of non-arbitrability by virtue of transnational public policy. Transnational public policy has been widely welcomed by legal scholars, although its action has been very limited. It consists of rules and principles which should be respected by arbitrators, even if they have to deviate from what was stipulated by the parties as regards the law governing the arbitration agreement, the constitution of the arbitral tribunal, the procedure or the law applicable to the merits of the case (PINHEIRO, 2005, p. 469). Indeed, the application of transnational public policy may have negative effects: departure from the law or rules normally applicable or expressly established in legislation and the imperative or priority application of higher or fundamental rules or principles for international commercial law (LALIVE, 1986, p. 331; MIMOSO, 2009, p. 94-95).

In the United States of America, the Supreme Court has held in *Moses H. Cone Memorial Hospital v. Mercury Construction Corp.* (1983) (460 US 1 (1983); (FOX, 1985, p. 140 et seq.) that the Federal Arbitration Act means that “As a matter of federal law, any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration, whether the problem at hand is the construction of the contract language itself or an allegation of waiver, delay, or a like defense to arbitrability” (FRANKEL, 2014, p. 531 et seq.; ASHFORD, 2014, p. 2; BORN, 2015, p. 474). In *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc.* (1985) [473 U.S. 614 (1985); ROTH, 1985, p. 194-225], the Supreme Court held that “any doubts concerning the scope of arbitrable issues should be resolved in favor of arbitration.” (BORN, 2015, p. 489).

In France, in *Sté Ganz et autres c. Sté nationale des Chemins de fer tunisiens* (1991)⁶, the Paris Court of Appeal stated that

in international matters, the arbitrator is competent to assess his or her own competence as to the arbitrability of the dispute with regard to international public policy, and has the power to apply the principles and rules of that public policy, as well as to sanction their possible disregard, under the control of the annulment judge.

In *Sté Labinal c. Sté Mors et Westland Aerospace* (1993)⁷, the Paris Court of Appeal, in line with its previous case law, reaffirmed the teaching of the *Ganz* judgment, ruling that “arbitrability is not excluded merely because a rule of public policy is applicable to the legal relationship in dispute”. And,

[...] in international matters, the arbitrator shall assess his own competence as to the arbitrability of the dispute in the light of international public policy and shall have the power to apply the principles and rules which fall within its scope and to penalise failure to do so, subject to the control of the judge responsible for setting aside the award.

In *Fincantieri-Cantieri Navali Italiani S.p.A et Oto Melara S.p.A* (1992) (ATF 118 II 353; KAUFMANN-KOHLER; RIGOZZI, 2010, p. 106-110; KAUFMANN-KOHLER; RIGOZZI, 2015, p. 105-108), the Swiss Federal Court’s judgment dated 23 June 1992 states that “The solution adopted [...] manifests, moreover, the intention of the federal legislator to open up access to international arbitration widely”.

2.1.3. Principle of validity of the award (*favor validitatis sententiae*)

The principle of validity of the award means that the grounds for its annulment must be interpreted restrictively. Thus, an arbitration award may only be annulled when: (i) the defect is a serious procedural defect likely to have a decisive influence on the resolution of the dispute, and (ii) it calls into question the entire award, i.e. there is no possibility, where appropriate, of excising the

⁶ Paris, 29 mai 1991, *Ganz*, in **Revue de l’Arbitrage**, Paris, Ed. Comité Français de l’Arbitrage / Kluwer Law International (Wolters Kluwer), p. 478, note L. Idot., 1991.

⁷ Paris, 19 mai 1993, *Labinal*, in **Revue de l’Arbitrage**, Paris, Ed. Comité Français de l’Arbitrage / Kluwer Law International (Wolters Kluwer), p. 645 et seq., 1993; see Blackaby and Partasides *et al.* (2015, p. 123).

part of the award which may be annulled⁸. This presumption of validity seeks to achieve the legislative objective of autonomy and effectiveness of arbitration, protecting the will of the parties and the integrity of the arbitration procedure (GÉLINAS, 2013, p. 43).

It is in keeping with this line of thought that Professor Alberto Carmona (2009, p. 404-405) states, for example, that failure to indicate the date and place in the body of the arbitration award cannot generate its nullity, “merely for the sake of form”. And so, according to the same author:

If it is otherwise possible to deduce the place and date when the decision was rendered (notes or certificate of the institutional arbitration body, minutes of the arbitrators' meeting, etc.), it will not be reasonable to annul the decision, imposing the application of the principle of *favor arbitralis*, as the specific function of the application to set aside envisaged by the Law is not simply to ensure the compliance with formal regulations, but to ensure certain ends and guarantees related to due legal process. Accordingly, once the objective of the Law is achieved (which, in this regard, is to identify the place where the arbitral award was made, to ascertain its nationality, and the date on which it was made, to ascertain its timeliness), no nullity can be considered (and there is no nullity without prejudice) (CARMONA, 2009, p. 404-405).

The principle of *favor validitatis sententiae* may be extracted from the legal provisions limiting the control of the arbitral award by the state judge, from those dictating the removal of remedies against the arbitral award and the restrictive interpretation of the grounds for annulment of arbitral awards (GONZÁLEZ DE COSSIO, 2011, p. 241). As a consequence, the validity of the arbitral award should be preferred to its invalidity or annulment. According to Van Leynseele (p. 855), the principle of *favor arbitrandum* is a principle whereby “[...] courts must view awards with flexibility and adopt a ‘bias’ in favour of their enforcement”. Case law abundantly illustrates the application of *favor validitatis sententiae*.

Professor Lima Pinheiro has written clearly in this respect:

As regards the challenge of the arbitral award, the state courts have a special responsibility. On them depends, to a high degree, the success of arbitration as an alternative means of resolving disputes. The grounds for annulment should be interpreted restrictively, the specificity and autonomy of arbitration should be respected and the teachings of legal scholarship (domestic, foreign and international) should be taken into account. In short, rather than an

⁸ Part of international doctrine refers to the principle of validity of the arbitral award as a *praesumptio in favorem validitatis sententiae* (GONZÁLEZ DE COSSIO, 2011, p. 241; REISMAN, 1997, p. 276 et seq.).

arbitrary exclusion of certain grounds for annulment, what is needed is arbitration-friendly case law (PINHEIRO, 2008, p. 195).

2.1.4 Principle of recognition of the award (*favor recognitionis*)

Favor recognitionis is understood as a principle serving to make foreign judgments more easily recognised and enforceable (KONO; JURCYS, 2012, p. 201; ASENSIO, 2009, p. 4). The favourability of recognition derives essentially from the favourable pronouncements on the recognition and enforcement of arbitral awards contained in the NYC, which are reflected in most of the legal systems analysed (see also LIMA, 2015, p. 306). These include the prohibition of review of the merits of the arbitral award to be recognised (Article III), restrictive interpretation of the concept of “public policy” (Article V) and the application of the most favourable national law, namely as regards the relocation of arbitral awards and the consequent recognition, in a given legal system, of awards which have been annulled in the countries where they were made, as favoured by Article VII.

Favor recognitionis serves to facilitate the recognition of the arbitral award in a legal order other than that in which it was rendered. However, as the Portuguese Supreme Court stated in its judgment of 14 March 2017⁹:

The circumstance that the aforementioned Convention [NYC] seeks to facilitate the recognition and enforcement of foreign arbitral awards does not mean an unconditional or unlimited recognition of such awards, its Article V, paragraph 2, al. b) states that recognition may be refused if the competent authority of the country in which recognition is sought finds that it is contrary to public policy in that country. It is generally accepted that the public policy in question here, as it raises a question of Private International Law, is only international – which was expressly provided for in Article 56(1)(b)(ii) of the Voluntary Arbitration Law, in the light of which, in the Portuguese legal system, this grounds for refusal of recognition must be interpreted.

Let us now review certain aspects of the application of the principle of recognition of foreign arbitral awards.

A field for application of the principle of *favor recognitionis* is found with regard to compliance with the legal requirements for recognition of foreign arbitral awards and recognition of annulled arbitral awards in the country of the seat.

⁹ Judgment of the STJ, 14 de Março de 2017, proc. n.º 103/13.1YRLSB.S1; available at: <www.dgsi.pt>.

The recognition of a foreign award without the requirement to submit a certified translation of the award is a realization of the application of Article VII of the NYC. The German Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof – BGH) in a judgment of 25 September 2003 (MOURRE, 2006, p. 436) upheld the decision of a lower court which had granted exequatur to a foreign arbitral award pursuant to Article 1064 paragraphs 1 and 3 of the German Code of Civil Procedure. Pursuant to its Article 1064(1), the original of the award or a certified copy must be submitted in order to obtain an enforceable declaration of the arbitral award. Contrary to Article IV of the NYC, the German Code of Civil Procedure does not require the submission of a certified translation of the award or of the arbitration agreement. Consequently, the BGH admitted the application of Article VII of the NYC for the grant of exequatur to that award.

The recognition of awards set aside in the country of origin: a step too far¹⁰? Article VII(1) of the NYC, the conventional basis of *favor recognitionis*, has been applied in some famous cases by French, American and Belgian courts to support the recognition of arbitral awards declared void in the country of seat. A Court of Appeal of the Grand Duchy of Luxembourg has admitted its applicability in matters of recognition of judgments set aside in their country of origin.

American case law on the issue of recognition of annulled awards is less expansive than that of France. It bases the recognition of annulled awards in the country of the seat on the text of Article V of the NYC, more precisely on the use of the word “may” which determines a faculty and not an obligation of non-recognition. French case law is based on Article VII of the NYC (GAILLARD, 2017, p. 1.158).

The American judge, in order to recognize an arbitral award set aside in the country of the seat, has his attention focused on the decisions eventually rendered by foreign jurisdictions, including those of the seat, in relation to the arbitral award (GAILLARD, 2017, p. 1.156-1.157). The French judge focuses on the award itself, irrespective of decisions on it in other states (GAILLARD, 2017, p. 1.158). The arbitral award is assessed in the light of article 1520 of the French Code of Civil Procedure, pursuant to which an appeal (action) for annulment is only admissible on grounds of lack of jurisdiction of the court, its irregular constitution, non-compliance with its mission, violation of the adversarial principle and the contravention of international public policy by the award to be recognised or enforced.

¹⁰ On the expression “a step to far”, see Goode (2001, p. 39). See also Paulsson (2016, p. 233-234).

Although American jurisdictions attach importance to the jurisdiction of the seat, they will recognise judgments set aside in the country of origin when:

- i. the decisions to set aside reviewed the merits of the arbitral award, in particular when such decisions expressly or tacitly ignored the waiver of remedies against the merits of the award under the contractual terms (*Chromalloy*) (BORN, 2014, p. 3.635);
- ii. the decisions to set aside are based on domestic considerations in matters of public policy or non-arbitrability (reasoning in *TermoRio*) (BORN, 2014, p. 3.635);
- iii. decisions to set aside that violate the basic rules of morality and justice (*TermoRio, Pemex and Thai-Lao Lignite*) (GAILLARD, 2017, p. 1.147-1.165).

American courts have curtailed the recognition of foreign arbitral awards by applying the doctrine of *forum non conveniens* (C. M., Jr. 1948, p. 811-822; WEILER, 1978, p. 739-744; EIBLE, 2019, p. 1193 et seq.). The term “*forum non conveniens*” refers to a technique in private international law which allows the courts of a particular state to decline jurisdiction if they conclude that the chosen forum is inappropriate or that a foreign forum would be more appropriate to resolve the dispute between the parties (NUYTS, 2003, p. 1). On the one hand, it is a procedural exception, i.e. a means of defence available to the defendant (NUYTS, 2003, p. 1). On the other hand, it is an exception clause of private international law which allows the judge to exercise a power of moderation, enabling him to correct or adapt the abstract rule of connection when the situation has an insufficient connection with the chosen *forum* or is more closely connected with another country (NUYTS, 2003, p. 1).

The doctrine of *forum non conveniens* was affirmed by the US Supreme Court in *Gulf Oil Co. v. Gilbert* [330 U.S. 501 (1947); GARDNER, 2017, p. 403] in 1947 in a domestic dispute between a Virginia corporation and a Pennsylvania corporation. The criteria for the applicability of the doctrine set out in that case were extended to transnational litigation in *Piper Aircraft Co. v. Reyno* [454 U.S. 235 (1981); GARDNER, 2017, p. 405] in 1981. In Romano-Germanic legal systems, this exception is not allowed. European Union regulations on the recognition and enforcement of judgments given by courts of other Member States, e.g. Regulation No. 2201/2003 and Regulation n.º 1215/2012, as well as the Lugano Convention, do not allow invocation of this ground for non-recognition. Moreover, the Court of Justice of the European Union has also consistently denied it (KENNETT, 1995, p. 552-554).

2.2 *Favor Arbitrandum: a Guideline for the Formulation of Pro-Arbitration Rules and their Interpretation or Supplementation with a view to the Development of Arbitration*

2.2.1 Guideline for the legislator to formulate pro-arbitration rules

In its first meaning, the principle of *favor arbitrandum* is a guideline that influences the legislator to draft rules favouring the validity of arbitration agreements, the competence of the arbitral tribunal and the validity and recognition of arbitral awards. This has been very explicitly formulated by Professor Jara Vásquez (2011, p. 164), who refers to the principle of *favor arbitri* or *favor arbitralis* as “a guideline which guides the formulation and application of rules which ultimately safeguard the right to effective protection of citizens by preserving the validity of the arbitration agreement or arbitral award in the face of intervention by the state justice system.”.

Favor arbitrandum influences the favorability of the rules on arbitration. So when a given arbitration law establishes, for example, provisions favourable to the autonomy of the arbitration agreement, to the arbitrability of disputes, or restricts the situations where arbitral awards can be challenged, etc., it is said to be legislation characterised by *favor arbitrandum*. The principle does not refer to the validity of the Arbitration Law rules drafted by the State, nor can it be analysed as a supra-legal principle that imposes on the legislator the formulation of pro-arbitration rules. As a guideline, the principle simply guides the legislator towards designing a legal framework favourable to the conduct of domestic and international arbitrations.

For Professor Bernheim-Van de Casteele (2012, p. 57), the principle of favourability is a general principle which occupies a central and high place in the architecture of the principles of Arbitration Law. According to this author, the favourability principle has an “ultra-normative” value, insofar as it precedes the principles it generates (BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, 2012, p. 57; see also MASCAREÑO, 2015, p. 163). And it has an extraordinary normative force with a *modus operandi* that fulfils two functions: to set aside the normally applicable substantive rules when their result is incompatible with the needs of international trade; and to protect the legal security enjoyed by economic operators, setting aside conflict of laws rules that undermine their legitimate expectations (BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, 2012, p. 57).

Aboubakry Niang (2017, p. 458) argues that *favor arbitrandum* has become a constant in legislative and judicial policies on arbitration, and pervades all their subject matter. According to the author:

Whether it stems from a deep-seated political conviction or whether it is a figure imposed by the competition between States to attract arbitral litigation, *favor arbitrandum* has become a constant in legislative and judicial policies on arbitration, so much so that no study of this private mode of dispute resolution can do without it. Whether it is officially asserted or only expressed in the background of legislative provisions and case law solutions, the favour of arbitration runs through the whole subject and almost inevitably imposes itself on the observer's appreciation.

Indeed, modern States have clearly understood the important role played by international commercial arbitration in resolving international trade disputes. PIERRE LALIVE (2008, p. 110-111) states that

[...] the liberal attitude of modern States as regards both contractual autonomy and arbitration may be said to be motivated by a general recognition of the advantages or necessity of globalization and of international economic commerce. [...] This favourable attitude of States is shown for instance by the national legislations limiting or excluding the jurisdiction of national Courts in case of valid arbitration agreement restricting the possibilities of "appeals" against awards, or lending assistance for the enforcement of Awards.

It is this perception that leads several authors to refer to their respective national legislations as being characterized by *favor arbitrandum*. Professor Moura Vicente (2017, p. 9-10), making an assessment of the five years of application of the Portuguese Voluntary Arbitration Law, highlights the "favor arbitrandum [...] which inspires the [Voluntary Arbitration Law] itself". On the other hand, he notes that "favor arbitrandum [...] inspires almost universally the international arbitration regime".

Professor Olivier Caprasse (2013, p. 956 and 975), when presenting the new Belgian Arbitration Law resulting from the 2013 reform of the Code of Judicial Procedure, highlights the fact that *favor arbitrandum* inspired the legislator and encouraged the formulation of solutions more favourable to the arbitrability of disputes, as well as the rules on challenging arbitral awards and their recognition. Accordingly, the interpreter must necessarily take this fact into consideration when applying the legal rules. In the words of the same author:

The spirit behind the reform is therefore that of favouring arbitration, with the legislator unambiguously stating his desire to ‘encourage the location of international arbitrations in Belgium and to prevent national arbitrations from being relocated’. This true declaration of support must always be borne in mind by those who have to interpret and apply the new texts [...]. (CAPRASSE, 2013, p. 956 and 975).

There are numerous examples of legislative texts on arbitration which currently reflect a very favourable treatment of arbitration. In this respect, the role of the legislator is fundamental. There is great competition between States for the largest number of international arbitrations in their respective territories. The designation of “arbitration-friendly country”, “arbitration-friendly jurisdiction” or “arbitration-friendly approach” by State courts has had a major impact on the parties’ choice of the seat of arbitration. The rules in favour of the validity of the arbitration agreement (including objective arbitrability), the competence of the arbitral tribunal, the validity and recognition of the arbitral award, limiting the intervention of the State courts to what is strictly necessary, promote international arbitration.

Finally, it should be noted that a legislative text inspired by *favor arbitrandum* should be interpreted taking into account this very principle. The question cannot be approached in any other way.

2.2.2 Guideline shaping the interpretation and supplementation of norms with a view to the development of arbitration

Another meaning of the principle consists in its role as a guideline for the interpretation and supplementation of legal rules with a view to the development of arbitration. This is understood here as a presumption that the legislator could not have intended to enshrine a rule that disfavours the conduct of international arbitrations in a context of a globalised economy.

The legal phenomena favouring the agreement (autonomy of the arbitration agreement, the alternative connection rule for the validation of the arbitration agreement, the rule that exceptions under the domestic law of the State party to the arbitration may not be invoked against the counterparty, the validity of arbitration clauses by reference), the jurisdiction of the arbitral tribunal (the principle of jurisdiction, the broadening of the legal criterion of arbitrability) and the arbitral award (the validity of awards rendered *extra potestatem*, the exclusion of appeals on the merits of the arbitral award, refusal of recognition of

the arbitral award on grounds of breach of international public policy) allow us to identify the direction in which the legislator tends to develop the rules on the settlement of disputes by arbitration.

The legislator enshrines the solutions found by legal scholarship or case law for the development of arbitration, in particular international arbitration. So when faced, in interpreting legislation, with a choice between a solution which discourages arbitration and one which points the way to the evolution of Arbitration Law, the latter should be preferred. The interpreter must then encourage the settlement of disputes by arbitration and favour its development.

For Professor Frédéric Bachand (2003, p. 487)¹¹, the interpreter called upon to determine the meaning of the rules on arbitration must avoid any distrust of private justice and must take into account the fact that he must encourage and foster the development of arbitration (BACHAND, 2003, p. 487). This is an unequivocal position which is in line with the current favourable climate for arbitration internationally.

It is useful to reproduce here the words of this distinguished scholar:

[...] Not only is recourse to private justice permitted, but the legislator has also sought to encourage its development. This is a second fundamental idea – that of favouring the development of arbitration, which is added to that of the legitimacy of arbitration – from which the Court implicitly derives an interpretative guideline of great importance: not only must the interpreter called upon to clarify the meaning of the rules of arbitration avoid showing any distrust of private justice, he must also take into account the fact that it must be encouraged, that its development must be favoured (CERRATO, 2015, p. 32).

The small number of liability claims against arbitrators and the voluntary enforcement of arbitrators' awards show, to a certain extent, the confidence that economic operators worldwide now have in arbitration as an alternative means of dispute resolution. Its legitimacy is therefore no longer in doubt. On the contrary, we must encourage the settlement of disputes by arbitration, which is bound to contribute to social peace. The development of arbitration should be encouraged in the context of a globalised economy, with a view to achieving transparency in international trade (see YOUGONÉ, 2016, s. 17 et seq.).

Professor Moura Vicente (2017, p. 9-10; MENDES, 2018, p. 32) notes that significant developments have occurred in the interpretation and application by

¹¹ In French law, in relation to the favourable interpretation of the rules of the Code of Civil Procedure, see Jallamion (2015, p. 1037 et seq.).

the courts of the 2011 Portuguese Voluntary Arbitration Law (VAL), characterised by *favor arbitrandum*. In the same vein, Oliveira *et al.* state that

in the “international” interpretation of the VAL rules, the principles of *pro arbitratis, pro actum*, the favouring of arbitration and the validity of procedural legal acts, have added value here, as also enjoyed – in this respect Article 53(3) of the VAL even inculcates it – by the prevalence, in the exercise of interpretation or supplementation, of the expressions and stipulations of the parties and of the relevant commercial usages (OLIVEIRA et al, 2014, p. 612-613).

As regards the criteria for interpretation and supplementation of the parties’ contractual will or of the regime applicable to international arbitration, the same authors reply that

a relevant role in the interpretation and supplementation of the parties’ contractual will or of the regime to be applied to international arbitration is played by recourse to comparative law, not only to the Model Law but also to the laws of the countries where we have been inspired to adopt the parallel rules of the VAL and to the stabilised arbitral case law of the most experienced and reputed Commissions, Courts and Centres in the world of arbitration, always bearing in mind, however, the need for balanced adaptation to the different legal, linguistic and commercial cultures of the commentators (OLIVEIRA et al, 2014, p. 613).

One example of this interpretation of the principle of *favor arbitrandum* may be seen with regard to the scope of the supplementary nature and inoperability of the rule contained in Article 10(4) of the VAL. This states:

unless otherwise stipulated, if within 30 days from the receipt of the request made to it by the other party, a party fails to appoint the arbitrator or arbitrators it is incumbent upon it to choose, or if the arbitrators appointed by the parties do not agree on the choice of the presiding arbitrator within 30 days from the appointment of the last of them, the appointment of the missing arbitrator or arbitrators shall be made, at the request of either party, by the competent state court.

In the event of failure also to use the means of redress agreed upon by the parties (for failure to designate an arbitrator by the challenged party or for failure of the designated arbitrators to agree on the appointment of the chairman), either party must be given the possibility to have recourse in the last resort to the state court under the adapted terms (in particular as to when the

30-day time limit begins to run) contained in this paragraph 4 (OLIVEIRA et al, 2014, p. 158).

For Oliveira *et al.*

it does not [...] seem necessary to reject this possibility outright, although it is true that the legislator did not expressly foresee it – but neither did he refuse it. On the other hand, to admit it is still a manifestation of the *favor arbitratis* which dominates the entire VAL and we would therefore answer that question in the affirmative – provided, of course, that there is no trace of a hypothetical will on the part of the parties to the contrary – with the understanding that, in the event of frustration of the means provided for by the parties to make up for the lack of designation provided for in Article 10(4) of the VAL, the possibility of making up for the lack of designation must be rejected outright. In the event of frustration of the means foreseen by the parties to overcome the failure to appoint provided for in Article 10(4), either party may request the (presiding judge of the) competent state court, within 30 days, to appoint the missing arbitrator(s), in the second or last instance, so to speak (OLIVEIRA et al, 2014, p. 158-159).

To the same effect, José Miguel Júdice argues that “[...] the appointing entity may not discharge its duty in time (and, we may add here, even refuse the mission), in which case the principle of *favor arbitratis* imposes that appeal may be made to the state court [...]” (JÚDICE, 2012, p. 49).

It is in this sense of guideline to interpretation of the rules that the same author, addressing the question of whether the arbitrators have the power and competence to determine – without the explicit will of the parties – that a phase of mediation falls within the time of arbitration proceedings, or if the time to be taken for mediation should be deducted from the time limit for arbitration, or if the arbitrators may appoint a mediator or if the arbitrators may have access to the mediation report, states that “in interpreting the powers of the Arbitrators, one should apply the principle of *favor arbitratis* (...”).

However, the same author concludes that

[...] when the parties choose arbitration as a means of conflict resolution, they assert a possibility granted to them by the legal system, which is to submit themselves to a private form of Justice, deemed to arise from the primacy of the individual and of private will. But this must not be confused with confirmation that this private power can give rise to situations of the exercise of rights without limits, so that they can act as their will may determine, undermining the certainty and security which are essential values of the legal system [...]¹².

¹² http://www.josemigueljudget-arbitration.com/xms/files/03._ARTIGOS_CONFERENCIAS_JMJ/01_Artigos_JMJ/A_arbitragem_e_a_mediacao.pdf.

In our view, therefore, the limit on the principle is found in an interpretation of the law with a view to the evolution of Arbitration Law, without, however, violating the fundamental principle of arbitration which is the principle of freedom of will.

3 LIMITS OF THE PRINCIPLE OF FAVOR ARBITRANDUM

The principle of *favor arbitrandum* is limited by all mandatory legal rules, and also by supplementary legal rules when they are not excluded by the parties agreeing otherwise. This principle may also be limited by other principles at play in the matter since principles limit each other.

I have identified three categories of limitations to the principle of *favor arbitrandum*. The first category concerns limits of a general nature, such as mandatory or supplementary rules which are not excluded by an agreement of the parties to the contrary, public policy, violation of common decency, fraud or other grounds for annulment of the award provided for in state laws on arbitration. The second category concerns the limits of the arbitration procedure itself. These are: the arbitrator's lack of *jus imperium*, anti-arbitration injunctions and the arbitrator's liability for his errors *in iudicando*. The third category concerns the limits arising from the capacity of the parties. These include the impecuniosity of a party and State immunity from enforcement.

Let us take public policy. In general terms, public order constitutes a limit to party autonomy (MONTEIRO, 2013, p. 589). Public policy refers to a set of binding principles which, as such, are not open to alteration, serving to delimit negatively the sphere of private autonomy (FRADA, 2007, p. 295). *Favor arbitrandum* finds a limiting factor in public policy. However, this can act in different ways. Sometimes it is internal public policy that operates, limiting *favor arbitrandum*; on other occasions it will be international public policy. As one author (ABDELGAWAD, 2001, p. 63) states, "public policy is intended to interfere throughout the various phases of the arbitration".

Regarding the arbitration agreement, public policy intervenes to delimit the space of contractual freedom by determining the matters fundamentally not open to alteration by the parties. Such matters include, for example, criminal law (except in legal systems in which the Public Prosecutor's Office is allowed to settle certain offences¹³), personal status, family law (matters concerning marriage,

¹³ In Belgium, settlement on the initiative of the public prosecutor is permitted, giving the accused the opportunity, on payment of a monetary sum, to cease action against him, for example in road traffic matters. Available at: <<https://www.actualitesdroitbelge.be/droit-penal/droit-penal-abreuges-juridiques/la-transaction-penale/la-transaction-penale>>.

divorce and separation, except for property matters), collective proceedings, taking into account the personal scope of the arbitration agreement, etc.. In the light of the progress made in the field of international arbitration, it should be noted that it is only when the rights in dispute are fundamentally inalienable or conflict with international public policy that *favor arbitrandum* places a limit on the arbitrability of disputes in international arbitration (HANOTIAU, 2002, p. 253).

Favor arbitrandum must yield to the rules relating to the capacity of persons. The rules on capacity to enter into arbitration agreements are a matter of public policy, absolutely limiting private autonomy. Indeed, Article V(1)(a) of the NYC makes express reference to the incapacity of the parties to the arbitration agreement as grounds for refusing recognition and enforcement of foreign arbitral awards. This refers to the legal capacity of the parties, their ability to freely dispose of their rights and assume obligations. More specifically, it refers to the ability to act in one's own name in defence of one's interests, i.e. the ability to stand in court. This capacity is assessed on the basis of the personal law of each of the parties (ABBUD, 2008, p. 131-132). As a rule, minors and other persons lacking or having forfeited capacity may not enter into arbitration agreements. In the case of minors, an arbitration agreement cannot be concluded, even through a representative. In the case of incapacitated persons, if the court's judgment of incapacity does not make the conclusion of arbitration agreements subject to the assistance of the curator or require that the incapacitated person concludes an arbitration agreement with the authorisation of the assistant, it seems that the validity of such arbitration agreements should be accepted. The prohibition cannot extend to situations where the incapacitated person is merely assisted and not represented.

Violation of public policy appears as grounds for setting aside awards in the legislation of many countries (e.g. Angolan law) and in international conventions on arbitration. In other legal systems, such as in Portugal and France, *favor validitatis sententiae* is limited, in international arbitration, by international public policy. An award leading to an outcome which is manifestly incompatible with the principles of international public policy is void (article 54 of the VAL).

Public policy constitutes a limit on the enforcement of judgments that violate the fundamental principles of procedural law. This relates essentially to the principle of adversarial proceedings, the equality of the parties and the prior (written or oral) hearing of the parties before delivery of the judgment. The principle of adversarial proceedings, which is expressed in the ancient saying

Nemo condemnat sine auditur, stipulates that any party must be in a position to discuss the claims, arguments and evidence of his adversary. Adversarial principle is considered as a fundamental principle of human rights in dispute resolution procedures, although there are situations where the right to respond must give way to certain individual or collective demands or interests (ASCENSI, 2006, p. 463-464). The violation of these procedural principles certainly constitutes a limit to the validity of arbitral awards or the recognition and enforcement of foreign arbitral awards.

In most countries that have adopted the NYC, public policy is interpreted in a narrow sense, i.e. as international public policy. With regard to international arbitral awards, contravention of international public policy constitutes a limit to their recognition and enforcement. International public policy offers the broadest advantages of allowing recognition of foreign arbitral awards.

4 GROUNDS FOR THE PRINCIPLE OF *FAVOR ARBITRANDUM*

Grounds, in the usual sense, point to the basis, the reason, the motive, that which legitimates or justifies something. In a more technical sense, the term may also refer to a body of knowledge that supports a theory or to a principle or set of principles on which a conceptual system is based. Depending on the specific matter under study, the search for the grounds from a philosophical, ethical, linguistic, socio-political or legal point of view may be relevant (RAMALHO, 1993, p. 300).

The grounds for *favor arbitrandum* cannot be analysed without taking into consideration the socio-political and economic context in which its manifestations present themselves. In addition, it is of course important to analyse the ethical-legal grounds of the principle. The grounds for *favor arbitrandum* refer to economic, political and ethical-legal values. In our view, the principle of *favor arbitrandum* rests on two types of grounds: the political-economic grounds (see generally DAVID, 1987, p. 110; CARBONNEAU, 1984, p. 729; GAILLARD; LAPASSE, 2011, p. 176; CADIET, 2011, p. 155; FRANCE, 2011, p. 5) and the ethical-legal grounds (see generally CORREIA, 1984/1985, p. 31; GAMA JR., 2014, p. 244; DIAMVUTU, 2016, p. 28; NIANG, 2017, s. 12; TELLES, 2014b, p. 319).

The political and economic grounds for the principle of *favor arbitrandum* are based on the search for an efficient dispute settlement system for the development of international trade, as well as on the need for a reduction of

court proceedings and for greater legal certainty to improve the climate for international trade and investment. *Favor arbitrandum* is in itself an instrument of competition between States, at the service of prestige and national economies. *Favor accordandum* is increasingly reflected in State legal systems. It consists in favouring the treatment reserved for alternative dispute resolution clauses, notably arbitration and mediation clauses. Indeed, *favor arbitrandum* is inconceivable without *favor accordandum*. The latter serves as the foundation of the former.

As for the ethical-legal grounds of *favor arbitrandum*, the following values must be considered: freedom of will, the protection of legitimate expectations (principle of reliance), legal security and social peace. Freedom of will, reflecting the supremacy of the individual, forms the grounds for voluntary arbitration. For this very reason, it constitutes the primary grounds for the principle of *favor arbitrandum*. The legal and case law phenomena referred to in this article can satisfactorily find their ethical-legal grounding in the freedom of will.

There is a strong connection between the protection of the will and the protection of legitimate expectations. The different manifestations of *favor arbitrandum* may also plausibly be traced back to the protection of legitimate expectations. As an interpretative-decisional criterion or guideline for drafting and interpreting norms with a view to the development of arbitration, the protection of legitimate expectations serves as a basis for *favor arbitrandum*. Alongside the freedom of will, the protection of legitimate expectations (reliance principle) constitutes the supporting foundation of the principle of *favor arbitrandum*. There are several legal and arbitral decisions that refer directly to the protection of the parties' expectations to determine bold solutions in order to make international commercial arbitration feasible.

Finally, the values of legal security and social peace should be taken into consideration in the rationale for *favor arbitrandum*. These values play an important heuristic, interpretative and gap-filling role in resolving the many legal questions posed by international commercial arbitration. The imperative of legal security, a corollary of the rule of law, and the search for social peace may dictate original solutions in favour of arbitration.

REFERENCES

ABDELGAWAD, Walid. **Arbitrage et droit de la concurrence:** contribution à l'étude des rapports entre ordre spontané et ordre organisé. Paris: LGDJ, 2001.

- ABBUD, André de Albuquerque Cavalcanti. **Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras**. São Paulo: Atlas, 2008.
- ALEXY, Robert. **A theory of constitutional rights**. Trad. Julian Rivers. Oxford: Oxford University Press, 2002.
- AMARAL, Diogo Freitas do. **Manual de introdução ao direito**. v. I. Coimbra: Almedina, 2012.
- ASCENSI, Lionel. **Du principe de la contradiction**. Paris: LGDJ, 2006.
- ASENSIO, Pedro Alberto de Miguel. A proposal to improve recognition and enforcement of judgments in IP litigation: the CLIP-principles. 2009. Available at: <http://eprints.ucm.es/8833/1/Tokyo-lecture-09_05_09pdemiguelasensio.pdf>.
- ASHFORD, Peter. **Handbook on international commercial arbitration**. 2nd edition. New York: Juris Net, 2014.
- BACHAND, Frédéric. Note – Cour Suprême du Canada, 21 mars 2003. In: **Revue de l'Arbitrage**, Paris, Ed. Comité Français de l'Arbitrage / Kluwer Law International (Wolters Kluwer), n. 2, 2003.
- BACHAND, Frédéric. Une clause compromissoire ne visant expressément que les différends relatifs à l'interprétation du contrat est-elle applicable à ceux portant sur son exécution. In: **Revue Juridique Thémis**, Montréal (QC), v. 35, n. 3, p. 787-800, 2001.
- BARROCAS, Manuel Pereira. **Estudos de direito e prática arbitral**. Coimbra: Almedina, 2017.
- BEN MOULDI, Besma Arfaoui. L'interprétation arbitrale du contrat de commerce international. Thèse (Doctorat en Droit Public)– Faculté de Droit et des Sciences Economiques, Université de Limoges, 2008.
- BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, Laure. **Les principes fondamentaux de l'arbitrage**. Bruxelles: Bruylants, 2012.
- BILLEMONT, Jean. **La liberté contractuelle à l'épreuve de l'arbitrage**. Paris: LGDJ, 2013.
- BLACKABY, Nigel; PARTASIDES, Constantine et al. **Redfern and hunter on international arbitration**. 6th edition. Oxford: Ed. Kluwer Law International / Oxford University Press, 2015.
- BORN, Gary B. **International arbitration**: cases and materials. Los Angeles, California: Wolters Kluwer, 2015.

BORN, Gary B. **International commercial arbitration.** v. III. Los Angeles, California: Wolters Kluwer, 2014.

CADIET, Loïc. Panorama des modes alternatifs de règlement des conflits en droit français. In: **Ritsumeikan Law Review**, Kyoto, Japan, n.º 28, p. 147-167, 2011.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciencia do direito.** Introduced and translated by António Menezes Cordeiro. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1989.

CAPRASSE, Olivier. Le nouveau droit belge de l'arbitrage. In: **Revue de l'Arbitrage**, Paris, Ed. Comité Français de l'Arbitrage / Kluwer Law International (Wolters Kluwer), Issue 4, p. 953-978, 2013.

CARBONNEAU, Thomas E. Étude historique et comparée de l'arbitrage: vers un droit matériel de l'arbitrage commercial international fondé sur la motivation des sentences. In: **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, Ed. Eres, v. 36, n.º 4, Oct-Déc. 1984.

CARBONNIER, Jean. **Droit civil.** v.1. Paris: PUF, 2004.

CARMONA, Carlos Alberto. **Arbitragem e processo:** um comentário à Lei n.º 9.307/96. 3. ed. rev. atual e ampl. São Paulo: Atlas, 2009.

CERRATO, Stefano A. La cláusula de arbitraje societario. In: **Spain Arbitration Review: Revista del Club Español del Arbitraje**, Madrid, Wolters Kluwer, n. 23, p. 29-38, 2015.

CHEVALIER, Jacques. Postface. In: GUGLIELMI, Gilles J. (Dir.). **La faveur et le droit.** Paris: PUF, 2009.

CLAY, Thomas. "Préface". In: BERNHEIM-VAN DE CASTEELE, Laure. **Les principes fondamentaux de l'arbitrage.** Bruxelles: Bruylant, 2012.

CLAY, Thomas; PINSOLLE, Philippe. De l'autonomie de la convention d'arbitrage à l'autonomie de la sentence arbitrale. In: **Journal de Droit International**, Paris, Ed. Techniques Juris-Classeur, t. 1, 2015.

CORDEIRO, António Menezes. **Tratado da arbitragem:** comentário à Lei 63/2011, de 14 de dezembro. Coimbra: Almedina, 2015.

CORREIA, António de Arruda Ferrer. Da arbitragem comercial internacional. In: **Revista de Direito e Economia**, Coimbra, a. 10/11, p. 3-51, 1984/1985.

CRAIG, W. Laurence; PARK, William W.; PAULSSON, Jan. **International chamber of commerce arbitration.** 3rd edition. New York: Oceana / Inc. / Dobbs Ferry, 2000.

DAVID, René. Arbitrage et droit comparé. In: **Revue Internationale de Droit Comparé**, Paris, Ed. Eres, v. 11, n. 1, p. 5-18, janvier-mars 1959.

DAVID, René. **Le droit du commerce international**: réflexions d'un comparatiste sur le droit international privé. Paris: Economica, 1987.

DIAMVUTU, Lino. **A convenção de arbitragem no direito angolano**. Coimbra: Almedina, 2016.

DIAMVUTU, Lino. Perspectivas de reforma da lei sobre a arbitragem voluntária angolana. In: **Arbitragem comercial**: estudos comemorativos dos 30 anos do Centro de Arbitragem Comercial da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa. Coimbra: Almedina, 2019.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. **Direito internacional privado**: arbitragem comercial internacional. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

DWORKIN, Ronald. **A matter of principle**. Oxford: Clarendon, 1986.

DWORKIN, Ronald. **Taking rights seriously**. 8th impression. London: Duckworth, 1996.

EIBLE, Matthew J. Making forum non conveniens convenient again: finality and convenience for transnational litigation in U.S. Federal Courts. In: **Duke Law Journal**, Duhrum (North Caroline), Ed. Duke University School of Law, v. 68, 2019.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; VETULLI, Ezequiel H. Certezas e dúvidas sobre o novo direito arbitral argentino. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, Ed. Kluwer Law International (Wolters Kluwer), v. XII, n. 49, 2016a.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P.; VETULLI, Ezequiel H. The new argentinian arbitration law: a train in an unknown direction. In: **Arbitration International**, Oxford, 2016b.

FERREIRA RUBIO, Delia Matilde. **La buena fe**: el principio general en el derecho civil. Barcelona: Montecorro, 1984.

FOX, Douglas M. Preemption of state law under the federal arbitration act Douglas. In: **University of Baltimore Law Review**, Baltimore (Maryland), Ed, University of Baltimore, v. 15, n. 1, 1985.

FRADA, Manuel Carneiro da. A ordem pública no direito dos contratos. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto**, ano IV, Lisboa, Coimbra Ed., 2007.

FRANCE. Ministère de l'Economie des Finances et de l'Industrie. Ministère de la Justice. Rapport Prada Sur. Certains facteurs de renforcement de la

compétitivité juridique de la place de Paris. Mars 2011. Available at: <http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/1_Rapport_prada_20110413.pdf>.

FRANKEL, Richard. The arbitration clause as super contract. In: **Washington University Law Review**, Washington (DC), Ed. Washington University, v. 91, issue 3, 2014.

GAGO, Jéssica Ricci; FERNANDES, Wanderley. Extensão objetiva da cláusula arbitral. In: **Revista Brasileira de Arbitragem**, São Paulo, Ed. Kluwer Law International (Wolters Kluwer), v. XI, n. 43, p. 33-58, 2014.

GAILLARD, Emmanuel. Du bon usage du droit comparé dans l'arbitrage international: Hommage à la mémoire de Philippe Fouchard. In: **Revue de l'Arbitrage**, Paris, Ed. Comité Français de l'Arbitrage / Kluwer Law International (Wolters Kluwer), 2005.

GAILLARD, Emmanuel. La vision américaine des sentences annulées au siège (observations sur les arrêts Pemex et Thai-Lao Lignite de la Cour d'Appel Fédérale du 2.º Circuit des 2 août 2016 et 20 juillet 2017). In: **Revue de l'Arbitrage**, Paris, Ed. Comité Français de l'Arbitrage / Kluwer Law International (Wolters Kluwer), 2017.

GAILLARD, Emmanuel; LAPASSE, Pierre de. Le nouveau droit français de l'arbitrage interne et international. In: **Recueil Dalloz**, Paris, Ed. Dalloz, n. 3, 20 janvier 2011.

GAILLARD, Emmanuel; SAVAGE, John (Ed.). **Fouchard Gaillard Goldman on international commercial arbitration**. Alphen aan den Rijn (Netherlands), Kluwer Law International, 1999.

GAMA JR., Lauro. Recusas fundadas no artigo V, (1), (E), da Convenção de Nova Iorque: peculiaridades de sua aplicação no Brasil. In: WALD, Arnoldo; LEMES, Selma Ferreira (Coord.). **Arbitragem comercial internacional**, São Paulo: Saraiva, 2014.

GARDNER, Maggie. Retiring forum non conveniens. In: **New York University Law Review**, New York, Ed. New York University, v. 92, n. 2, 2017.

GAVALDA, Christian; LEYSSAC, Claude Lucas de. **L'arbitrage**. Paris: Dalloz, 1993.

GÉLINAS, Fabien. Favor arbitrandum et favor validitatis. In: BACHAND, Frédéric; GELINAS, Fabien (Dir.). **D'une réforme à une autre**: regards croisés sur l'arbitrage au Québec. Cowansville (Montréal, Qc): Yvon Blais, 2013.

GONÇALVES, Alexandra do Nascimento. The commercial arbitration in Angola: where are we now? In: **Revista da Ordem dos Advogados de Angola**, Luanda, Ed. Centro de Documentação e Informação, n. 4, 2013.

GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. **Arbitraje**. Ciudad de Mexico: Porrúa, 2011.

GOODE, Roy. The role of the lex loci arbitrii in international commercial arbitration. In: **Arbitration International**, Oxford, v. 17, 2001.

HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité. In: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International**. Berne: Leyde, 2002.

HANOTIAU, Bernard. L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum*: un réexamen. In: **Journal de Droit International**, Paris, Ed. Techniques Juris-Classeur, n. 4, p. 899-966, octobre-décembre 1994.

HAROCHE, Claudine. Le besoin de préférence dans les mécanismes de la faveur. In: GUGLIELMI, Gilles J. (Dir.). **La faveur et le droit**. Paris: PUF, 2009.

HENRIQUES, Duarte Gorjão. Penalty clauses in international arbitration: a comparative snapshot. In: **World Arbitration and Mediation Review**, v. 11, n. 4, LLC, 2017.

HENRY, Frédéric. Les progrès de l'arbitrage: existe-t-il encore des pans entiers du droit qui, pour tous leurs aspects, ne peuvent donner lieu à l'arbitrage/arbitrabilité? In: **Hommage à Guy Keutgen**: eerbetoon aan Guy Keutgen: pour son action de promotion de l'arbitrage: voor zijn inspanningen om arbitrage te promoten. Bruxelles: CEPANI / Bruylant, 2013.

JAEGGI, Jeanette. Ideologies of arbitration. In: **Journal of American Arbitration**, Carlisle (Pennsylvania), Ed. Tulane Arbitration Institute / Center for Arbitration and Mediation at the Penn State Dickinson School of Law, v. 1, n. 2, September 2002.

JALLAMION, Carine. La jurisprudence française et l'arbitrage de 1843 à 1958: de la défaveur à la faveur jusqu'à l'avènement de l'arbitrage international (Partie II). In: **Revue de l'Arbitrage**, Paris, Ed. Comité Français de l'Arbitrage / Kluwer Law International (Wolters Kluwer), Issue 4, 2015.

JARA VÁSQUEZ, María Elena. Decisiones de la justicia estatal ecuatoriana sobre arbitraje: um análisis desde la perspectiva del principio favor arbitralis. In: **Revista Ecuatoriana de Arbitraje**, n. 3, p. 159-185, 2011.

JARROSSON, Charles. Response to the report of Mr. Frédéric Henry. In: **Hommage à Guy Keutgen pour son action de promotion de l'arbitrage**. Bruxelles: Bruylant, 2013.

JÚDICE, Jose Miguel (Coord.). **Lei da arbitragem voluntária anotada**. v. 1. Coimbra: Almedina, 2012.

KARRER, Pierre A.; KÄELIN-NAUER, Claudia. Is there a favor iurisdictionis arbitri?: standards of review of arbitral jurisdiction decisions in Switzerland. In: **Journal of International Arbitration**, Alphen aan den Rijn (Netherlands), Kluwer Law International, v. 13, n. 3, 1996.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; RIGOZZI, Antonio. **Arbitrage international:** droit et pratique à la lumière de la LDIP. 2.^e édition revue et augmentée. Berne: Weblaw, 2010.

KAUFMANN-KOHLER, Gabrielle; RIGOZZI, Antonio. **International arbitration:** law and practice in Switzerland. Oxford: Oxford University Press, 2015.

KENNETT, Wendy. Forum non conveniens in Europe. In: **The Cambridge Law Journal**, Cambridge (UK), Ed. Cambridge University Press, v. 54, n.^o 3, p. 552-554, 1995.

KESSEDJIAN, Cathérine. **Droit du commerce international.** Paris: PUF, 2013.

KONO, Toshiyuki; JURCYS, Paulius. General report. In: KONO, Toshiyuki. **Intellectual property and private international law:** comparative perspectives. London: Hart, 2012.

LALIVE, Pierre. Absolute finality of arbitral awards. In: **Revista Internacional de Arbitragem e Conciliação**, Coimbra, Almedina /Lisboa, Associação Portuguesa de Arbitragem, 2008.

LALIVE, Pierre. Ordre public transnational (ou réellement international) et l'arbitrage international. In: **Revue de l'Arbitrage**, Paris, Ed. Comité Français de l'Arbitrage / Kluwer Law International (Wolters Kluwer), 1986.

LEMES, Selma M. Ferreira. Cláusulas arbitrais ambíguas ou contraditórias e a interpretação da vontade das partes. In: MARTINS, Pedro Batista; GARCEZ, José Maria Rossani (Coord.). **Reflexões sobre arbitragem:** *in memoriam* do Desembargador Cláudio Vianna de Lima. São Paulo: LTr, 2002.

LIMA, Telma Pires de. Anotação ao Acórdão Dallah Real Estate and Tourism Holding Company v. The Ministry of Religious Affairs, Government of Pakistan. In: **100 Anos de arbitragem:** os casos essenciais comentados. Lisboa: Coimbra Ed., 2015.

M., Jr., C. The doctrine of forum non conveniens. In: **Virginia Law Review**, v. 34, n. 7, p. 811-822, 1948.

MARTINS, Pedro A. Batista. Autonomia da cláusula compromissória. In: **Estudos de Arbitragem, Mediação e Negociação**, Brasília (DF), Ed. Brasília Jurídica, v. 2, 2002.

MARTINS, Pedro A. Batista. Cláusula arbitral estatutária e sua aprovação por voto majoritário: por que resistir? In: **Estudos de Direito da Arbitragem em Homenagem a Mário Raposo**, Lisboa, Ed. Universidade Católica Editora, 2015.

MASCAREÑO, Aldo. Colisión y armonización de regímenes regulatórios en la sociedad mundial. In: **Campo Jurídico**, v. 3, n. 1, p. 151-180, may, 2015.

MAYER, Pierre. L'autonomie de l'arbitre international dans l'appréciation de sa propre compétence. In: **RCADI**, 1989.

MAYER, Pierre. Le contrat illicite. In: **Revue de l'Arbitrage**, Paris, Ed. Comité Français de l'Arbitrage / Kluwer Law International (Wolters Kluwer), p. 205-223, 1984.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira; MASSA, Diego Luís Alonso. Should BIT dispute resolution clauses be treated as agreements between Investor and Host State. In: **Asian International Arbitration Journal**, Alphen aan den Rijn (Netherlands), Ed. Kluwer Law International / Singapore International Arbitration Centre, v. 11, n. 1, 2015.

MENDES, Sofia Ribeiro. Cinco anos de vigência da LAV: favor arbitrandum na interpretação e aplicação jurisprudencial. In: **XI Congresso do Centro de Arbitragem Comercial**. Coimbra: Almedina, 2018.

MERINO MERCHÁN, José Fernando; CHILLÓN MEDINA, José María. **Tratado de derecho arbitral**. Cuarta Edición. Madrid: Civitas / Thomson Reuters, 2014.

MEYRAT, Isabelle. La faveur et le droit du travail. In: GUGLIELMI, Gilles J. (Dir.). **La faveur et le droit**. Paris: PUF, 2009.

MIMOSO, Maria João. **Arbitragem do comércio internacional**: medidas provisórias e cautelares. Lisboa: Quid Juris, 2009.

MONTEIRO, António Pedro Pinto. Da ordem pública no processo arbitral. In: BRITO, Maria Helena; GOUVEIA, Mariana França; GUEDES, Armando Marques; DUARTE, Rui Pinto (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Lebre de Freitas**. v. II. Lisboa: Coimbra Ed., 2013.

MONTEIRO, António Pedro Pinto; SILVA, Artur Flamínio da; MIRANTE, Daniela. **Manual de Arbitragem**. Coimbra: Almedina, 2019.

MOURRE, Alexis (Dir.). **Les cahiers de l'arbitrage**. v. III. Paris: Gazette du Palais, 2006.

NIANG, Aboubakry. Le favor arbitrandum: étude critique de droit comparé. Thèse (Doctorat en Droit Privé)– Université du Havre, Le Havre, 2017.

NIBOYET, Marie-Laure. La transmission automatique de la clause d'arbitrage: ultime conséquence du principe de l'autonomie de l'accord compromissoire? In: MOURRE, Alexis (Dir.). **Les cahiers de l'arbitrage**. v. II. Paris: Gazette du Palais, 2004.

NUYTS, Arnaud. **L'exception de forum non conveniens**. Bruxelles: Bruylant, 2003.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de. **Arbitragem de litígios com entes públicos**. Coimbra: Almedina, 2007.

OLIVEIRA, Mário Esteves de et al. **Lei da arbitragem voluntária comentada**. Coimbra: Almedina, 2014.

PARK, William W. Non-signatories and international arbitration. In: NEWMAN, Lawrence W.; HILL, Richard D. (Editors). **The leading arbitrators' guide to international arbitration**. 3rd edition. New York: Juris Net, 2014.

PAULSSON, Marike R. P. **The 1958 New York Convention in action**. Alphen aan den Rijn (Netherlands), Kluwer Law International, 2016.

PERELMAN, Chaim. **Méthodes du droit**: logique juridique: nouvelle rhetorique. 2.^e éd. Paris: Dalloz, 1979.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Arbitragem transnacional**: a determinação do estatuto da arbitragem. Coimbra: Almedina, 2005.

PINHEIRO, Luís de Lima. Convenção de arbitragem (aspectos internos e internacionais). In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados, n.º 64, 2004.

PINHEIRO, Luís de Lima. **Introdução ao estudo do direito**. v. II. Coimbra: Almedina 2010/2011.

PINHEIRO, Luís de Lima. Recurso e anulação da decisão arbitral: admissibilidade, fundamentos e consequências. In: **I Congresso do Centro de Arbitragem da Câmara de Comércio e Indústria Portuguesa – Intervenções**. Coimbra: Almedina, 2008.

PINTO, Carlos Alberto Mota. **Cessão da posição contratual**. Coimbra: Almedina, 1970.

QUEIROZ, Cristina. A interpretação jurídica. In: **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano**: no centenário do seu nascimento. v. I. Lisboa: Coimbra Ed., 2006.

RACINE, Jean-Baptiste. **Droit de l'arbitrage**. Paris: PUF, 2016.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Do fundamento do poder disciplinar laboral**. Coimbra: Almedina, 1993.

RAVILLON, Laurence. ¿Qué queda del concepto de inarbitrabilidad? In: LOQUIN, Éric; MANCIAUX, Sébastien (Dir.). **El orden público y el arbitraje**, Bogotá (Colombia), Ed. Universidad del Rosario, 2016. p. 57-78.

RAZALISON, Camille Njatoniaina. Le rôle du juge dans l'arbitrage commercial international. 2015/2016, 112 sheets. LL (Master 2 en Droit)– Université d'Antananarivo, Antananarivo (Madagascar), 2017.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. São Paulo: Edusp, 1973.

REISMAN, W. M. Supervisory jurisdiction of the ICJ. In: **Collected Courses of The Hague Academy of International Law**, Berne, Martinus Nijhoff, 1997.

ROMERO, Eduardo Silva. Dogmatisme et pragmatisme dans l'arbitrage international. In: **Mélanges en l'honneur du Professeur Pierre Mayer**. Paris: LGDJ, 2015.

ROTH, Robin A. Application of the convention on the recognition and enforcement of foreign arbitral awards: Mitsubishi Motors Corp. v. Soler Chrysler-Plymouth, Inc. In: **Fordham International Law Journal**, New York, Ed. Fordham, v. 8, n. 2, 1985.

RUBINO-SAMMARTANO, Mauro. **International arbitration: law and practice**. 3rd ed. New York: Juris, 2014.

SÁNCHEZ LORENZO, Sixto. Cláusulas compromisorias en los contratos internacionales. In: **Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (AHLADI)**, v. 23 (2017-2018), Madrid: Tecnos, 2017.

SCHERER, Matthias. Note: Tribunal cantonal, Neuchâtel, 23 février 1999. In: **ASA Bulletin**, Alphen aan den Rijn (Netherlands), Kluwer Law International, v. 18, Issue 2, p. 350-358, 2000.

SÉLIM, Ismail. **L'ordre public international in favorem arbitrandum: étude de droit comparé**. Saarbrücken (Germany): Editions Universitaires Européennes, 2012.

SERAGLINI, Christophe; ORTSCHIEDT, Jérôme. **Droit de l'arbitrage interne et international**. Montchrestien, Paris: LGDJ, 2013.

STRENGER, Irineu. **Arbitragem comercial internacional**. São Paulo: LTr, 1996.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Introdução ao estudo do direito**. v. I. 11. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2014b.

TELLES, Inocêncio Galvão. **Introdução ao estudo do direito**. v. II. 10. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2014a.

TISSEYRE, Sandrine. **Le rôle de la bonne foi en droit des contrats:** essai d'analyse à la lumière du droit anglais et du droit européen. Marseille: PU Aix-Marseille, 2012.

VAN LEYNSEELE, Patrick. La “MED-ARB” et ses dérivés: plaidoyer pour un mode de résolution des conflits efficace, p. 855. Available at: <http://www.dalveldekens.eu/documents/document/20131220123510-libdal_van_leynseele.pdf>.

VENTURA, Raúl. Convenção de arbitragem. In: **Revista da Ordem dos Advogados**, Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados, ano 46, 1986.

VICENTE, Dário Moura. **Lei da arbitragem voluntária anotada.** 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Almedina, 2017.

VON MEHREN, Arthur Taylor. International commercial arbitration: the contribution of the french jurisprudence. In: **Louisiana Law Review**, Ed. Louisiana State University, v. 46, n. 5, 1986.

WEILER, Joseph H. H. Forum non conveniens: an english doctrine? In: **The Modern Law Review**, London, Ed. John Wiley, v. 41, n. 6, 1978.

YOUGONÉ, Franck Nicéphore. Arbitrage commercial international e développement – Études du cas des États de l’OHADA et du Mercosur. Thèse (Doctorat en Droit)– École Doctorale de Droit, L’Harmattan, Pessac (Gironde), 2016.

YOUSSEF, Karim. The death of inarbitrability. In: MISTELIS, Loukas A.; BREKOULAKIS, Stravos L. (Ed.). **Arbitrability:** international & comparative perspectives. Los Angeles, California: Wolters Kluwer, 2009.

ZARRA, Giovanni. Il principio del favor arbitrati e le convenzioni arbitrali patologiche nei contratti commerciali internazionali. In: **Rivista dell’Arbitrato**, Milano, Ed. Giuffrè, ano XXV, fasc. 1, 2015.

Submissão em: 30 de janeiro de 2023

Último Parecer favorável em: 2 de abril de 2023

Como citar este artigo científico

DIAMVUTU, Lino. Favor arbitrandum: towards a theorisation. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 1, p. 147-186, jan.-abr. 2023.

BREVES REFLEXÕES SOBRE O “DIREITO JUSTO”: EM BUSCA DE UMA NOVA ANTÍGONA PARA A HUMANIDADE¹

LUIGI MOCCIA²

RESUMO

A guerra de agressão da Rússia contra o povo ucraniano é o ponto de partida para algumas reflexões sobre o direito justo, ou seja, sobre a justiça no direito, no que se refere à força normativa dos valores e princípios jurídicos, bem como à interpretação jurídica voltada para a aplicação de tais valores e princípios como direitos fundamentais, incluindo o direito humano à paz como fundamento de um (discurso sobre o) direito justo que se opõe a qualquer abuso da força do poder (e poderio militar) contra a humanidade na comunidade global de cidadãos do mundo.

¹ Este artigo reproduz com modificações e integrações o texto do editorial publicado na Revista *Lacittadinanzaeuropeonline* (www.lceonline.eu), 1/2023. Tradução feita pelo Professor Ricardo Maurício Freire Soares (Universidade Federal da Bahia – Brasil). Advogado. Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Roma La Sapienza e pela Università degli Studi di Roma Tor Vergata. Pós-Doutor e Doutor em Direito pela Università del Salento/Universidade de São Paulo. Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal da Bahia (Mestrado/Doutorado). Professor da Faculdade Baiana de Direito e da Faculdade Ruy Barbosa. Membro do Instituto dos Advogados Brasileiros e do Instituto dos Advogados da Bahia. Membro da Academia de Letras Jurídicas da Bahia. Membro do Instituto Geográfico e Histórico da Bahia. Autor de diversas obras jurídicas. Endereço eletrônico: ric.mauricio@ig.com.br

² Professor Doutor em Ciências Políticas. Cadeira Jean Monnet, Diretor *Lacittadinanzaeuropeonline*. Professor de titular de Direito Comparado na Jean Monnet Chair na European Union Law & Institutions. Fundador e Presidente do “Centre Altiero Spinelli-Jean Monnet Centre of Excellence” (Centro de Excelência Altiero Spinelli-CeAS) na Universide de Roma. Professor Visitante e conferencista em diversas Universidades, incluindo Inter-University Research and Training Centre, Shenzhen, China, 1990; University of Poona, India, 1993; East China University of Politics and Law, Shanghai, China, 2000, 2007, 2010; Université de Liège, Belgium, 2006; Universidad Argentina de la Empresa, UADE, Buenos Aires; Universidad Nacional de La Plata, Argentina, 2008; Universidade Federal da Bahia, Salvador (BA), Brasil, 2010; e University of Oradea, Romania.

ABSTRACT

Russia's war of aggression against the Ukrainian people is the starting point for some reflections on just law, i.e. on justice in law, concerning the normative force of legal values and principles, together with legal interpretation aimed to their application as fundamental rights, including the human right to peace as the foundation of a (discourse on the) just law that opposes any abuse of the force of power (and military might) against humanity in the global community of world's citizens.

1 PRÓLOGO

Face ao horrível quanto terrível cenário de destruição de vidas humanas, bem como de bens, provocado pela guerra de agressão contra o povo ucraniano, a consciência se rebela, ou assim deveria ser. Invocar uma lei de ordem superior, capaz de se opor à arbitrariedade do tirano; daqueles que exercem a lei da força, apesar da (infelizmente fraca) força das normas internacionais e em violação dos direitos humanos (incluindo, em particular, o direito à vida, à liberdade e à segurança da própria pessoa)³.

Perante tal cenário, uma reflexão que vale a pena fazer, com uma referência à figura de Antígona de Sófocles, evocada aqui como sugestão simbólica, diz respeito ao tema – que desde pelo menos os tempos gregos antigos nunca perdeu a sua atualidade – da relação entre o Direito e a Justiça, e mais precisamente a Justiça no Direito; ou seja, a ideia de ‘direito justo’ (*ius quia iustum...* em vez de *iussum*).

Para se manter nos limites dessas breves reflexões, obviamente em face do vasto (quase interminável) panorama da literatura sobre o tema, a atenção pode ser centrada em certas questões de perspectiva, concernentes à força normativa dos valores e princípios do direito (§§ 2-3), além da interpretação jurídica como ponte que une os princípios dos valores com sua aplicação como direitos fundamentais (§ 4), e no fechamento do tema do direito humano à paz (§ 5) como fundamento de um (discurso sobre o) direito justo (§ 6) que se se opõe a qualquer abuso da força do poder (e poderio militar) contra a humanidade na comunidade global de cidadãos do mundo.

³ “Toda pessoa tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal”, Declaração Universal dos Direitos Humanos, art. 3.

Questões de método e de mérito que, cada vez mais, exigem que o jurista se esforce por redefinir, transformar e inovar semanticamente e conceitualmente o seu próprio horizonte, ainda confinado a um conceito culturalmente prevalecente de ordem nacional que se identifica com a ideia de soberania territorial. Isto, para o fim de se abrir a um conhecimento de dados, tanto normativo como interpretativo, que encontram o seu lugar e desenvolvimento cada vez mais para além do território do Estado. Tudo isso, em um espaço transnacional e supranacional em que os valores comuns são partilhados mas também em que emerge a diversidade e que requerem uma abordagem comparativa, senão como um esforço para contextualizar tais dados no quadro de cenários que implicam a comparação com uma variedade de planos de leitura do fenômeno jurídico na complexidade da sua trama sociocultural.

2 VALORES-FONTE DE DIREITO

Uma primeira questão que o tema suscita, para não perder de vista a direção principal de um enquadramento jurídico, dada às multiplicidade e variedade de linhas de interrogação com um fundo histórico e ético-político-filosófico, é a da possibilidade de reconstruir uma “teoria” dos direitos humanos ou fundamentais. Teoria aqui entendida, de acordo com o uso linguístico atual, na sua universalidade e indivisibilidade como direitos da pessoa (indivíduo humano).

Começando com um dado normativo constituído pela escolha de incluir sob o rótulo de direitos fundamentais os direitos humanos mais tradicionais. Fato que recorda, de um ponto de vista europeu, a terminologia utilizada com a adoção (em 2000) e entrada em vigor (em 2009) da “Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia” (a seguir denominada Carta Europeia dos Direitos ou Carta). Uma escolha, em parte obrigatória devido à historicidade dos direitos humanos, emblemática das passagens epocais. Como ao fim do antigo regime, que também conhecia a título de direitos fundamentais, com o valor das restrições (pelo menos assim formalmente afirmadas em sede jurisdicional) ao exercício dos poderes de soberania, a categoria dos chamados *iura naturalia* (GORLA, 1982, p. 629 ss.), assinalada pela Déclaration des Droits de l’Homme et du Citoyen (1789). Ou, como a emergência, no rescaldo da Segunda Guerra Mundial, de um novo direito e ordenamento internacionais centrados na tríade “paz, direitos humanos e desenvolvimento”, marcada pela Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948), juntamente com o acordo constitutivo (1945) da Organização das Nações Unidas (ONU).

O Preâmbulo da Carta Europeia dos Direitos se abre com a declaração de que “Os povos da Europa, ao criar uma união cada vez mais estreita entre eles, decidiram partilhar um *futuro de paz* baseado em *valores comuns*” (grifo nosso). O ponto de vista assim aceito, de estreita ligação do sistema jurídico europeu com expectativas e objetivos de importância ético-social, é o que depende, precisamente, da ideia-conceito de valor-fonte do direito. Assim, a enumeração específica e consequente positivação dos valores fundamentais consagrados na Carta fazem dela a estrela polar que aponta o caminho para um ‘direito justo’; que conduz à consolidação e à identificação de significados ideais e conteúdos de implementação da sua normatividade com base nos direitos fundamentais correspondentes. Como aviso também dirigido às autoridades públicas (legisladores e juízes em particular), a não fazer desta normatividade um mero aparato declamatório, tendo apenas um caráter formal ou, no máximo, programático (promocional), contradito na realidade e, portanto, ineficaz.

O aspecto mais proeminente ou, se preferir, o motivo principal que emerge à luz deste ponto de vista, aqui relevante para o enquadramento do discurso sobre um direito justo, e que pode ser entendido como a presença de um eco subjacente que imprime o seu tom e envolve a sua trama, é o da relação entre o direito e os valores de ascendência ético-político-filosófica ou mesmo religiosa, em qualquer caso a expressão de uma ideia de civilização.

Inversamente, o que vem à tona é o tema dos limites de uma concepção do direito como um simples corpo de normas: após séculos em que o fenômeno jurídico foi – na Europa como no resto do mundo ocidental – empurrado pelo caminho de uma abstração conceitual como para a separação dos dados normativos do contexto sociocultural de referência e, mais especificamente, de outras esferas de normatividade, que retiram a sua força preceptiva diretamente de valores e princípios assumidos enquanto tais, na sua essencialidade de significante e de significado.

Exemplar neste sentido é o valor da dignidade da pessoa humana como fonte dotada de força própria, ou seja, não dependente, mas capaz de irradiar de si mesma uma energia normativa vital para todo o sistema jurídico. É como um coração a partir do qual se ramificam as artérias constituídas pelos direitos humanos universais ou fundamentais atribuídos à pessoa.

O princípio da dignidade, de fato, não é apenas fundamental, mas o fundador de um sistema jurídico que quer e pode intitular-se ‘humano e justo’, por isso mesmo ‘digno’ da ideia e prática de uma civilização que coloca o respeito pela pessoa no centro. Ou seja, de cada ser humano como portador de direitos e deveres que moldam a convivência civil.

É significativo, bem como conhecido, que este princípio tenha entrado oficialmente na esfera jurídica, apesar da sua longa história ético-filosófica, somente em 1948, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem. A dupla face da ‘dignidade’, como fonte de direitos e deveres, está bem estabelecida no artigo 1: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em *dignidade* e *direitos*. São dotados de *razão* e *consciência* e *devem agir* uns para com os outros num *espírito de fraternidade*” (grifo nosso). Eis que resulta particularmente importante, em tal sentido, a indicação do ser humano – entendido não como *human being* mas como *being human* – tanto em termos de ‘razão’ como de ‘consciência’.

Os deveres que retiram força da intangibilidade da dignidade da pessoa são, antes de mais, os que incumbem às autoridades públicas, como se afirma, por exemplo, na redação do artigo 1.º da Constituição da República Federal da Alemanha de 1949: “A dignidade do ser humano é intangível. Todas as autoridades públicas têm a obrigação de a respeitar e proteger”. Isto por razões que estão de fato ligadas ao horror dos crimes do nazismo, mas que transcendem os acontecimentos históricos nacionais, ao ponto de fazer dela um paradigma do primado dos valores – que a partir da dignidade encontram expressão nos direitos fundamentais da pessoa – sobre os poderes do Estado e das autoridades públicas em geral, condicionando, limitando e dirigindo o seu exercício.

A dignidade, portanto, não designa (apenas) um direito, mas (sobretudo) um princípio metajurídico: um valor que está na base de toda a ordem civilizada.

Enquanto a ideia de ‘homem’ transmitida pelas declarações de direitos heridadas do Iluminismo tinha um caráter bastante abstrato, espiritual e simbólico, as Constituições modernas amadurecem essa ideia ao cobri-la com a dignidade concreta e corpórea de uma pessoa que vive e opera no contexto das relações familiares, laborais, econômicas e, mais geralmente, sociais e políticas.

Como se lê, por exemplo, no artigo 3.º da Constituição Italiana (de 1948): “Todos os cidadãos têm igual dignidade social [...] Cabe à República *remover os obstáculos de natureza econômica e social*, que [...] impedem o *pleno desenvolvimento da pessoa humana*.” (grifo nosso).

Nestes termos de maior concretude, mas de não menos força ideal e moral, nunca se deve esquecer que o princípio da dignidade significa, muito simplesmente, uma irredutibilidade absoluta e indefectível da pessoa humana ao nível de ‘mercadoria’ ou, como se diz, de ‘material humano’ ou ‘matéria biológica’: em qualquer âmbito, desde a do intercâmbio econômico-produtivo até aquele do intercâmbio científico-tecnológico.

Por outras palavras, o mesmo princípio tem servido e continua a servir para justificar os Direitos Fundamentais, tanto econômicos (Direito ao Trabalho) como sociais (Direito à habitação, Direito à segurança social), que visam a garantir condições de vida (mínimas) que são, precisamente, ‘dignas’. Tal como os Direitos igualmente Fundamentais relativos à vida da pessoa e à sua integridade física e mental; com os correspondentes deveres que incumbem às autoridades públicas em particular de proteger estes direitos.

Assim recordamos, por exemplo, a Carta Europeia de Direitos acima referida, cujo capítulo inicial, ao afirmar a inviolabilidade da dignidade humana (art. 1.º), reconhece o direito à vida e integridade de cada pessoa: direitos que se refletem na proibição da pena de morte (art. 2.º), tortura e tratamentos ou penas desumanos ou degradantes (art. 4.º), vedação da escravidão e do trabalho forçado (art. 5.º), mas também na proibição de “práticas eugênicas, em particular as que visam à seleção de pessoas”, de “fazer o corpo humano e as suas partes enquanto tais uma fonte de ganhos econômicos” e de “clonagem reprodutiva de seres humanos” (art. 3.º).

Em última análise, a dignidade como princípio central de toda a arquitetura dos Direitos Fundamentais se vale a confirmar a universalidade e indivisibilidade destes direitos, precisamente porque é a expressão de um valor único e absoluto constituído pela pessoa humana, igualmente leva a acreditar que é um princípio resistente a qualquer lógica que faça, pelo contrário, do cálculo da utilidade um fundamento de racionalidade e, portanto, de ordem.

Assim, a tentativa, por exemplo, de conciliar a dignidade com as liberdades e outros Direitos (Individuais ou Coletivos), especialmente no campo das relações econômico-produtivas, corre o risco de negar o sentido profundo deste princípio, que se explica tanto no plano ético-social quanto jurídico na ideia de uma ordem que não pode ser reduzida a uma dimensão de relatividade (de valores) e de equivalência. Segundo o ensinamento de Kant (1990, p. 68) “O lugar do que tem um preço pode ser tomado por outra coisa de valor equivalente; pelo contrário, o que é superior a qualquer preço, e não admite nenhum equivalente, tem uma dignidade.”.

3 PRINCÍPIOS DE DIREITO

Vale a pena neste momento considerar outro motivo de reflexão para o jurista consciente, no mundo de hoje, da limitação em várias áreas dos meios de Direito face aos desafios dos tempos atuais.

Com o consequente desconforto que resulta do sentimento de estar sempre um passo atrás; como se fosse forçado a perseguir uma realidade cada vez mais complexa e fugidia; com a intenção de mudar fronteiras, mudar nomes e conceitos, esquecer o antigo para aprender o novo; analfabeto perene de um vocabulário jurídico em constante mudança, tal como o mundo nele refletido, por vezes bastante confuso. Um jurista chamado a operar, tanto em nível doutrinário de estudo e investigação, como em nível da prática, em contextos socioeconômicos, político-institucionais e culturais cuja natureza problemática coloca em discussão os próprios fundamentos da concepção do direito herdados de épocas anteriores.

Essa concepção positivista amadureceu entre o fim do século XVIII e o início do século XIX, que entre certezas gratificantes e aparentes refletia a ideia de um jurista habituado a viver a sua condição de intelectual e profissional dentro do estreito recinto dos direitos nacionais. Jurista cativado pelo engodo de uma suposta ciência jurídica, quanto mais ‘científico’, mais fechado e autorreferencial. Ligado ao dogma da sistematização (conceitual) confundido com a completude e coerência intrínseca do sistema jurídico. Mais preocupado com o rigor e a neutralidade do método do que com o conteúdo do estudo jurídico. Atento aos preceitos de leitura, em vez de questionar princípios inspiradores. Sustentado em uma mera exegese normativa em vez de uma interpretação entendida como reconstrução e mediação – por vezes, criação real – do significado a ser atribuído a regras de coexistência que se referem mais ou menos diretamente a princípios e valores.

Daí a importância, como modalidade de raciocínio jurídico, assumida por princípios no seu conteúdo de valor e, portanto, não só informativo mas também normativo.

É bem conhecido, de fato, que ‘princípios’ do (e no) Direito sempre foram falados com uma variedade de significados, também em relação a diferentes épocas e múltiplas esferas de referência: desde fontes normativas a técnicas de argumentação, desde critérios ou normas de julgamento a cânones de interpretação, até preceitos verdadeiros e próprios.

Pode ser útil recordar, com o pano de fundo da tradição jurídica ocidental, uma distinção importante entre princípios compreendidos à maneira dos *regulae iuris* do Direito comum europeu medieval, que sobreviveram no sentido dos *legal maxims* do mundo inglês de *common law*, e os *pincipia iuris* que prevalecem no continente europeu, resultado da elaboração levada a cabo pela teologia jurídica da segunda escolástica, com os Tratados sobre leis (*de legibus*) e, em particular,

com o trabalho de Francisco Suárez, que acabaram por ser retrabalhados e adotados pelo mesmo positivismo codicista do século XIX (cfr. GIULIANI, 1981, p. vi-ix).

De fato: princípios no sentido de *legal maxims* são traduzidos na (prática da) pesquisa de uma solução razoável (equitativa), de acordo com o espírito e a técnica da lógica argumentativa ligadas ao modelo de uma racionalidade probabilística (*ratio probabilis*). Assim cumpre uma função essencialmente como contrapeso ao rigor prescritivo da norma, seja qual for a sua colocação (*ope legis* ou *ope iudicis*). Inversamente, os *principia iuris* de uma matriz inicialmente teológica, depois secular na versão do Direito natural moderno e na do positivismo do século XVIII, desempenham uma função essencialmente racionalizadora do sistema, sob o pressuposto da redução do direito à lei e da consequente exigência de certeza baseada na configuração de todo o sistema jurídico em termos voluntaristas.

Atualmente, o fio condutor de um discurso sobre a noção e a função dos princípios do Direito (e no Direito) é, sobretudo, conduzido em relação ao Direito Constitucional, bem como na Teoria e Filosofia do Direito. Mas, não é estranho para, e é igualmente relevante para, outros setores do ordenamento.

Apesar da grande variedade e complexidade das suas estratificações teóricas e implicações conceituais, o fio condutor de um discurso a este respeito pode ser traçado de forma mais genérica e, não obstante, de forma útil até uma linha de reflexão consistente em – parafraseando Dworkin – levar “a sério” o forte impacto inovador que tiveram, com a crise do positivismo e os seus dogmas (monopólio estatal do Direito, rigor científico e neutralidade do método, encerramento nacionalista do sistema jurídico), valores e princípios em nível de uma refundação da cultura jurídica. Afastado das tentações sistemáticas e propenso ao confronto com outras disciplinas de estudo, em termos de autorreflexividade crítica e não de uma autorreferencialidade anacrônica. Mas, também e sobretudo, com o mundo circundante; com as suas contradições e desafios recorrentes, aos quais tenta fornecer soluções e respostas por meio de um conhecimento que não pode deixar de se tornar cada vez mais dialético e problemático. Para continuar a ser profissional, para garantir a qualidade das tarefas a que os juristas são chamados, tanto teóricas como práticas.

Valores levados a sério, portanto.

A fim de não reduzir, nem endurecer o espaço argumentativo do raciocínio jurídico dentro da lógica de soluções aparentemente vinculativas do ponto de vista técnico, mas substancialmente discricionárias, se não mesmo arbitrárias,

o Direito deve portanto alimentar-se de princípios na sua dúplice natureza valorativa e normativa.

Para não prejudicar a possibilidade de outras sínteses, mais ricas em significado, atestadas em nível mais do que de preceitos singulares, de *standard* e critérios de julgamento com a natureza de normas de reconhecimento inscritas no quadro de valores e princípios expressamente ditados ou, em qualquer caso, obtidos a partir do contexto normativo de referência, seja ele nacional, europeu, internacional ou transnacional. Quando se pensa, por exemplo, no Estatuto do Tribunal Internacional de Justiça, cujo artigo 38 inclui entre as fontes do Direito Internacional os “princípios gerais de direito reconhecidos pelas nações civis”. Ou, para citar novamente a experiência da União Europeia, os Princípios Gerais do Direito da União – como prevalecendo sobre os Direitos nacionais – resultantes das “tradições constitucionais comuns” aos seus Estados membros (artigo 6.º, Tratado da União Europeia).

Para contribuir, em definitivo, para uma maior coerência e transparência, ou seja, para a legibilidade total do ordenamento e das suas articulações, também como um fato educacional, ou seja, a formação do jurista.

4 INTERPRETAÇÃO JURÍDICA

De acordo com estas considerações, torna-se relevante mais um motivo de reflexão, que funciona como uma ponte que liga os Direitos Fundamentais e os princípios valorativos dos quais os primeiros são a expressão.

Isto diz respeito ao tema da interpretação, em particular, declinado de acordo com a necessidade de ir além da dimensão exegética, para recuperar a qualidade e a profundidade do conteúdo argumentativo, atingindo sobretudo a um patrimônio axiológico comum no qual tanto os direitos como os princípios encontram os seus fundamentos.

A tensão interpretativa perene que caracteriza a relação legislador-juiz acaba assim por se dissolver ao longo de uma linha de confluência dos respectivos papéis à medida que são trazidos, do ponto de vista de uma função ‘criativa’ diferente mas paralela do Direito, se não para coincidir, pelo menos para se relacionar num quadro de equilíbrios institucionais (*checks and balances*), para o reconhecimento e proteção dos direitos cujos valores e princípios de referência representam os vetores por meio dos quais devem realizar, não só em relação à

teoria, mas também no que se relaciona à prática, uma ótima interação dialética do elemento jurídico com o elemento político, em nível da interpretação, no quadro do Estado constitucional de Direito.

Contudo, são precisamente as características assumidas pela moderna *bill of rights* de todos os países civilizados, devido à multiplicidade de enxertos que formam a sua tessitura, constituídos por elementos de várias origens, tanto culturais (quando se pensa na sobreposição de direitos de diferentes gerações e respectivas matrizes político-ideais) como jurídicas (quando se pensa nos vínculos internacionais ou resultantes de formas de integração supranacional e na chamada tutela multinível dos direitos), que trazem à nossa atenção o problema da adaptação das técnicas interpretativas.

A isto junta-se a fenomenologia – mais ou menos difundida em todos estes países – das transformações ligadas aos processos de articulação plural do sistema jurídico, no que respeita à formação de autonomias territoriais e à presença de minorias linguísticas, religiosas ou socialmente significativas em termos da identidade ‘coletiva’ dos grupos e indivíduos que deles fazem parte. Assim como as transformações ligadas ao desenvolvimento científico e tecnológico com as suas repercussões ao ponto das relações interpessoais (tutela da privacidade) e da própria subjetividade individual (integridade pessoal). E ainda os desafios da proteção ambiental ou da segurança alimentar.

Assim, este mesmo problema é amplificado na perspectiva dos princípios e do conteúdo de valor das escolhas a que a lei é chamada, especialmente na frente jurisdicional.

Por vezes, mesmo numa função suplementar, devido à ausência ou falta de decisões, no segmento dos órgãos legislativos e governamentais, com vista à emissão de atos legislativos ou regulamentares. Sobretudo nestes casos – que um tempo teriam sido chamados, respectivamente, *casus omissus* e *dubius* – a construção de sínteses persuasivas do ponto de vista interpretativo não deve descurar não só as referências comparativas – quando disponíveis – à experiência (legislativa ou jurisprudencial) de outros sistemas jurídicos. Diz respeito, também, à pesquisa de um núcleo comum destes sistemas, por meio da identificação de pontos de acordo e convergência, de acordo com o modelo do sistema jurídico ‘aberto’ ou ‘comunicante’, desenvolvido pelo moderno direito comum europeu dos séculos XVI-XVIII, recorrendo a técnicas argumentativas que consistem essencialmente em reconhecer como justa e razoável a decisão baseada na *communis* (ou *magis communis*) *opinio* da comunidade (transnacional) de juristas. Ou apoiada pelo consenso da *Respublica Iurisconsultorum* (cfr. GORLA, 1981,

especialmente os ensaios reunidos na Parte III). Em tempos em que, apesar da afirmação de ordens territoriais soberanas (reinos/principados), a interpretação do Direito continuava a ser, como já na Idade Média, caracterizada por uma forte vocação comunicativa entre juristas e as seus respectivos ordenamentos (cfr. MOCCIA, 2005, p. 761 ss.).

Tudo, de acordo com um modelo que parece estar a regressar e que, em todo o caso, parece encontrar alguma correspondência com a *global community of courts* que surgiu da proliferação nas últimas décadas de redes judiciais na seara internacional e supranacional, também como reflexo – como é bem conhecido – da internacionalização dos Direitos Humanos.

5 A PAZ COMO UM DIREITO HUMANO

Para concluir e completar estas breves reflexões, vale a pena voltar ao motivo que as inspirou, refletindo sobre o cenário da guerra de agressão contra a Ucrânia: o de um mundo mais justo, graças também a um direito justo.

Um direito que inclui a paz entre os seus valores-fonte: não só de acordo com uma relação de meio e fim, a “paz através do Direito”⁴, mas também e sobretudo com o objetivo de fazer da paz um valor-princípio de valor que gera Direito, e Direito justo.

No sentido de não só repudiar (prevenir e proibir) “a guerra como instrumento de ofensa à liberdade de outros povos e como meio de resolução de disputas internacionais” (tal como previsto na Constituição italiana, art. 11). Numa lógica de paz negativa como a ausência de guerra. Mas, no sentido também e antes de afirmar no ordenamento internacional e, idealmente, de qualquer ordenamento nacional, o valor em si mesmo da paz como um Direito Humano fundamental da pessoa: o “direito à paz” (*right to peace*).

Trata-se de um pressuposto básico, ou como uma espécie de metadireito, para o gozo (promoção, proteção e desenvolvimento) de todos os Direitos Humanos, assim reconhecido pela Assembleia Geral das Nações Unidas (UNGA) na sua Resolução de 19 de dezembro de 2016 (A/C.3/71/L.29) e anexada “Declaração sobre o Direito à Paz”. Desta Declaração se depreende (art. 1.º): “Toda a pessoa tem o direito de usufruir da paz de tal forma que todos os direitos humanos sejam promovidos e protegidos e o desenvolvimento seja plenamente realizado.”.

⁴ Nota do tradutor: a referência é ao título da obra de Hans Kelsen, *Peace through Law*, New York, 1944.

O que se resume em uma fórmula que enfatiza o indivíduo como sujeito titular do direito, segundo a qual a paz constitui a base necessária que permite a uma pessoa viver plenamente a sua vida na busca das suas aspirações. Uma fórmula em que a dignidade da pessoa, embora não explicitada, constitui claramente o pano de fundo e o fundamento do direito de todos a “gozar a paz” (tal como afirmado no preâmbulo da Declaração).

Nesta perspectiva de paz positiva, os três artigos seguintes (cujo texto completo é reproduzido na nota de rodapé⁵) reforçam o conceito, convocando os Estados singulares no seu papel de garantidores de respeito, implementação e promoção das condições (igualdade e não discriminação, justiça e Estado de direito, liberdade do medo e da vontade) necessárias para “construir a paz dentro e entre sociedades” (art. 2.º); exortando todos os atores envolvidos (Estados, Nações Unidas e suas estruturas e agências, organizações internacionais, nacionais, locais e da sociedade civil) a tomar as medidas apropriadas para implementar a Declaração (art. 3.º); e, ainda, estabelecendo uma relação estreita de implicação mútua entre o “direito à paz” e a “cultura da paz”, com o convite a promover em tons internacional e nacional instituições de educação para a paz a fim de difundir “o espírito de tolerância, diálogo, cooperação e solidariedade” (art. 4.º).

O artigo final da Declaração estabelece que as disposições nele incluídas devem ser entendidas de acordo com a Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem e os instrumentos internacionais e regionais relevantes ratificados pelos Estados⁶. Assim se pode parecer, por um lado que se pretende trazer de volta e reduzir a dimensões mais realistas à ideia do princípio da paz como um valor expresso num direito (subjetivo) correspondente à sua afirmação (promoção e proteção), e, por outro lado, pretende-se também identificar e indicar uma base normativa para que seja procurada e encontrada precisamente num quadro estruturado de atos anteriores que já contêm disposições em termos de paz positiva. Explicação que tem com fundamento,

⁵ Article 2.º States should respect, implement and promote equality and non-discrimination, justice and the rule of law, and guarantee freedom from fear and want as a means to build peace within and between societies.

Article 3.º States, the United Nations and specialized agencies should take appropriate sustainable measures to implement the present Declaration, in particular the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization. International, regional, national and local organizations and civil society are encouraged to support and assist in the implementation of the present Declaration.

Article 4.º International and national institutions of education for peace shall be promoted in order to strengthen among all human beings the spirit of tolerance, dialogue, cooperation and solidarity. To this end, the University for Peace should contribute to the great universal task of educating for peace by engaging in teaching, research, post-graduate training and dissemination of knowledge.

⁶ Article 5.º Nothing in the present Declaration shall be construed as being contrary to the purposes and principles of the United Nations. The provisions included in the present Declaration are to be understood in accordance with the Charter of the United Nations, the Universal Declaration of Human Rights 3 and relevant international and regional instruments ratified by States.

por exemplo, Papisca (2009), ao escrever sobre o artigo 28 da Declaração de 1948 (“Toda a pessoa tem direito a uma ordem social e internacional na qual os direitos e liberdades enunciados na presente Declaração possam ser plenamente realizados”).

Em verdade, da leitura do preâmbulo em que são pontualmente indicados instrumentos e princípios do Direito Internacional que formam (podem formar) a base normativa do direito à paz, decorre, entre outras coisas, que tal direito pode ser fundado da seguinte forma:

- a) sobre a dignidade da pessoa humana, tanto como fato antropológico, no sentido de que a paz se conjuga com o pleno gozo de todos os direitos inalienáveis decorrentes da dignidade inherente a todos os seres humanos; como fato cultural, no sentido de que a cultura da paz e a educação para a justiça, liberdade e paz são indispensáveis à dignidade do ser humano e constituem um dever que todas as nações devem cumprir;
- b) reflexo das obrigações de todos os Estados (membros da Organização das Nações Unidas – ONU), tal como consagradas na Carta das Nações Unidas, de se absterem nas suas relações internacionais da ameaça ou uso da força contra a integridade territorial ou independência política de qualquer Estado, e de resolverem as suas disputas internacionais por meios pacíficos, de modo a que a paz, a segurança e a justiça internacionais não sejam postas em perigo.

Deve também ser dito que uma ideia de “direito à paz” já se tinha manifestado, no contexto da ONU, durante os anos da Guerra Fria, por iniciativa dos países socialistas e sob a bandeira dos ideais do internacionalismo (GUILLERMET FERNÁNDEZ; FERNÁNDEZ PUYANA; BOSÉ 2017, p. 47 ss.), encontrando aceitação sob a forma de Declarações adotadas pela Assembleia Geral, respectivamente em 1974, na Declaração sobre a Preparação das Sociedades para a Vida em Paz⁷, votada favoravelmente também pela maioria de países europeus e ocidentais, com a abstenção dos Estados Unidos e de Israel; em 1984, a Declaração sobre o Direito dos Povos à Paz⁸, desta vez com o voto contrário dos Estados Unidos, bem como de todos os dez países que eram membros à época das Comunidades Europeias, e de outros países europeus e ocidentais.

⁷ A Declaração refere na introdução “the right of individuals, States and all mankind to life in peace”, ao afirmar, no inciso I, que “Every nation and every human being, regardless of race, conscience, language or sex, has the inherent right to life in peace”.

⁸ Na Declaração se lê em particular que: “The General Assembly [...] 1. Solemnly proclaims that the peoples of our planet have a sacred right to peace; 2. Solemnly declares that the preservation of the right of peoples to peace and the promotion of its implementation constitute a fundamental obligation of each State”.

Com a queda do Muro de Berlim e a dissolução da União Soviética, iniciou-se em 1997 uma fase de discussão sobre o tema do “direito humano à paz” por iniciativa da Unesco. Iniciativa que tinha como tema um projeto de declaração que pode ser considerado o ato inicial do percurso negocial que conduziu à Declaração de 2016. A partir de uma reconstrução deste percurso, iniciada pela Unesco, no meio do descontentamento dos países europeus e ocidentais que contestavam a sua competência na matéria, prosseguida assim na Comissão dos Direitos Humanos, depois no Conselho dos Direitos Humanos e, na sua fase final, enriquecida pela participação e apoio das organizações da sociedade civil (bem como ao longo do seu transcurso por expoentes da Academia), pode-se depreender como resumo uma oposição quase pré-concebida (frequentemente expressa com argumentos formais sobre a competência ou a necessidade de consenso unânime), por parte dos Estados Unidos e dos países da União Europeia, à ideia de paz como um Direito Humano (GUILLERMET FERNÁNDEZ; FERNÁNDEZ PUYANA; BOSÉ 2017, p. 101 ss., especialmente p. 103, 117-119, 122-123, 125, 148-149, 161, 170-171, 174, 177-178, 182).

6 EPÍLOGO

Para além da questão ‘técnica’, relativamente à existência, de fato, da própria possibilidade de existência do ponto de vista da ordem internacional de tal direito “de gozar a paz”, do qual cada indivíduo é (seria) o titular (de acordo com a fórmula da Declaração de 2016), é importante sublinhar aqui outra questão. De relevância, sim, ‘política’, mas com implicações óbvias do ponto de vista de (uma) ideia de Direito justo. Diz respeito à ‘fratura’ entre os países do mundo ocidental (Estados Unidos e União Europeia), que votaram contra a Resolução e a Declaração anexa; ou se abstiveram (incluindo Itália e quatro outros Estados-membros da União Europeia⁹), e o resto do mundo.

De fato, mais do que as razões, algumas delas discutíveis e todas elas, contudo, suscetíveis de discussão em vários círculos, em vários degraus e, certamente, com uma grande variedade de argumentos a favor ou em desacordo que poderiam ser expressos a respeito desta posição – apenas e, em qualquer caso, sobretudo ‘ocidental’, pelo menos a nível diplomático – contrariamente ao reconhecimento do direito dos indivíduos e dos povos à paz, o que é importante observar é que se e quando a humanidade tiver completado a sua ainda longa e árdua jornada de civilidade na única direção possível de convivência pacífica, isto será por meio do reconhecimento do direito à paz, e certamente não contra ela.

⁹ Chipre, Grécia, Polônia, Portugal.

Assim, para a consolidação do Direito justo, que inclui o direito à paz, há a necessidade de uma nova Antígona, para defender o seu destino, presente e futuro, em nome da ‘humanidade’.

Ainda mais hoje, quando este Direito está a ser horrivelmente violado.

Ainda mais hoje, quando isso acontece no mundo globalizado. Um mundo que a partir das últimas décadas do século passado deveria ter visto o ‘fim da história’. Estabelecer-se, após um processo evolutivo secular nas certezas – ou pelo menos presumidas – da idade madura de uma razão universal baseada na ‘estandardização’ de um estado de coisas capaz de eliminar conflitos e males que sempre afligiram a humanidade. Mas, que, ao contrário, tornou-se, desde o início do novo século e milênio, um mundo que entrou em guerra consigo mesmo. Não apenas no sentido brutal (de terrorismo, a começar pelas Torres Gêmeas), mas também no sentido bélico de verdadeiros conflitos armados que – para colocá-lo à maneira do Papa Francisco – juntos constituem uma “terceira guerra mundial fragmentada”). Para determinar e consolidar uma condição existencial, típica de um mundo que já não tem paz e que, aliás, parece ter perdido a própria vocação para a paz.

Um mundo ‘pós-global’ (MOCCIA, 2022, p. vii ss.), que parece ter caído ou estar prestes a entrar em uma fase de declínio e retorno a cenários de *bellum omnium contra omnes*.

O exemplo oferecido pela guerra que se abateu sobre a vida do povo ucraniano pode ser tomado, emblematicamente, como indicador desse salto para trás da ideia de *civilitas*: o consórcio da vida comum de todos os seres humanos, qualquer que seja suas pátria, língua, fé e cultura. Como prova do desaparecimento da opção – que nunca existiu realmente – do chamado fim da história, aliás, apesar de todas as regras e princípios do Direito Internacional (em particular do Direito Internacional Humanitário), este exemplo se opõe a formas de resolver a paz de conflitos por meio da mediação diplomática e/ou organismos internacionais.

Mesmo reivindicando uma pretensa legitimidade da opção que assim se configura, como liberdade de agressão. Como privilégio de uma ‘potência nuclear’ (e sob um regime autoritário). Caso contrário, insustentável sem a ‘chantagem do terror’ (do uso de armas nucleares), para a qual a guerra se torna a forma por excelência de afirmar na esfera política um desejo de violência armada, tão brutal quanto arbitrária, e um ‘fim em si mesmo’; portanto, ‘infinito’... que pode ser exercido *ad libitum* pelo agressor.

Isto, num contexto que, se não se quiser considerá-lo como um ‘choque de civilizações’ (embora assim concebido e representado pelos responsáveis por iniciar esta guerra), coloca a ‘civilização’ diante de uma encruzilhada.

O que leva, por um lado, à aceitação da guerra como um ‘arbitrário’ da soberania ‘absoluta’, sem constrangimentos de qualquer tipo. Por outro lado, ao seu repúdio não só negativamente como alternativa à paz, mas como afirmação positiva da paz como valor e princípio de direito que se identifica com o próprio fim da civilização (*civilitas*). Mais uma vez, o consórcio de todos os seres humanos como tais pertencentes a uma comunidade global de direitos e deveres, expressão de uma ‘cidadania global’ (MOCCIA, 2021, p. 119 ss.).

Assim, nas palavras de Norberto Bobbio: “haverá paz estável, uma paz que não tenha como alternativa a guerra, apenas quando houver *cidadãos não só deste ou daquele estado, mas do mundo*” (italico adicionado) (BOBBIO, 1990, p. VII).

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. **L'età dei diritti**. Torino: Einaudi, 1990.

GIULIANI, Alessandro. Presentazione. STEIN, Peter; SHAND, John. **I valori giuridici della civiltà occidentale**. Traduzione di Alessandra Maccioni. Milano: Giuffrè, 1981.

GORLA, Gino. **Diritto comparato e diritto comune europeo**. Milano: Giuffrè, 1981.

GORLA, Gino. *Iura naturalia sunt immutabilia: i limiti al potere del principe nella dottrina e nella giurisprudenza forense fra i secoli XVI e XVIII*. In: **Diritto e potere nella storia europea**. Firenze: Olschki, 1982.

GUILLERMET FERNÁNDEZ, Christian; FERNÁNDEZ PUYANA, David; BOSÉ, Miguel. **The right to peace**: past, present and future. Costa Rica: Unesco / University for Peace, 2017.

KANT, Immanuel. **Fondazione della metafisica dei costumi**. Trad. e intr. di Fillippo Gonnelli Versione Cartacea. Roma-Bari: Laterza, 1990.

MOCCIA, Luigi. Cidadania global: desafios e oportunidades. In: VIGLIANISI FERRARO, Angelo; BALAGUER CALLEJÓN, Francisco; SOARES, Ricardo Maurício Freire; MACHADO, FLÁVIA Sulz Campos; ANDRADE, Rodrigo (Org.).

Racionalidad, derecho y ciudadanía. Salvador (Bahia): Direito Levado a Sério, 2021.

MOCCIA, Luigi. **Comparazione giuridica e diritto europeo.** Milano: Giuffrè, 2005.

MOCCIA, Luigi. Il mondo ‘post-globale’ (note a margine di una “operazione militare speciale”). 2/2022. In lceonline. Disponível em: <www.lceonline.eu>.

PAPISCA, Antonio. **Articolo 28:** abbiamo diritto alla pace. In: Università degl Studi di Padova. Centro di Ateneo per i Diritti Umani Antonio Papisca. 2009. Disponível em: <<https://unipd-centrodirittiumani.it/it/schede/Articolo-28-Abbiamo-diritto-all-a-pace/32>>.

Submissão em: 25 de fevereiro de 2023.

Reforma em: 3 de março de 2023.

Último Parecer favorável em: 29 de março de 2023

Como citar este artigo científico

MOCCIA, Luigi. Breves reflexões sobre o “direito justo”: em busca de uma nova Antígona para a humanidade. Tradução de Ricardo Maurício Freira Soares. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 1, p. 187-203, jan.-abr. 2023.

DISAPPEARING CONTENT

MARK A. LEMLEY¹

ABSTRACT

One of the great advantages of digital content has been that, for the last forty years, people have had access to whatever content they want, whenever they wanted it. That is starting to change. We're moving backwards. Content is disappearing – not just becoming available only in limited times or circumstances but becoming entirely unavailable. It doesn't need to be that way. It is now cheap and easy enough to make all content available. If the copyright owner can't or won't continue to provide a published work, others should be permitted to pick up the slack. Fair use should encompass a right of access to published content. That right, like all of fair use, ought to have limits and exceptions. I discuss a number of complications and reasons why copyright owners might lawfully remove content. But a basic right to continued access to published work is consistent with the fundamental purposes of copyright. In the past, we might have aspired to a world in which all the works of history were available forever. That's now an achievable goal. The dead hand control of copyright shouldn't stand in the way.

1 INTRODUCTION

El Ministerio del Tiempo (The Ministry of Time) is a TV series that ran for four seasons on Spanish TV and got picked up by Netflix. It tells the story of a group of government bureaucrats who travel back to various points in time to

¹ William H. Neukom Professor, Stanford Law School; partner, Durie Tangri LLP. Thanks to Akshat Agrawal, Michael Barclay, Jeanne Fromer, Kristelia Garcia, Andrew Gilden, Jacob Goldin, Eric Goldman, Paul Goldstein, Rose Hagan, Jake Linford, Tyler Ochoa, Lisa Ouellette, Tony Reese, Betsy Rosenblatt, Steve Ross, Guy Rub, Jessica Silbey, Xiyin Tang, Rebecca Tushnet, Ryan Vacca, Jacob Victor, Rob Walker, and participants at the 2021 WIPIP conference and a workshop at Stanford Law School for comments on a prior draft, and Tyler Robbins for research assistance. e-mail: mlemley@law.stanford.edu or mlemley@durietangri.com

prevent alteration or damage to the history of Spain. It is smart, funny, and has excellent character development. You really should watch it.²

There's just one problem: you can't. It's not on television anymore, even in Spain. And it's no longer available on Netflix, one of the many shows that Netflix removes every month to make room for content with higher demand.³ Nor can you find it on Amazon, or Hulu, or any of the growing number of TV streaming sites.⁴ Even the old-school standby – DVD – won't help you, at least in the United States. DVDs are region coded, part of an antiquated effort to make piracy harder,⁵ and *El Ministerio del Tiempo* was only ever released with a “region 2” code, which means American (or Asian) devices won't play it.⁶ Maybe you can find it on a pirate site somewhere, but there is no legal way to watch the show. It has disappeared.

In Part I, I explain why more and more content is disappearing, no longer effectively accessible to customers who for decades have been able to access content on demand. In Part II, I suggest some things copyright law could do to keep content from disappearing.

I. A BIG STEP BACKWARDS

For the past forty years, longer than most Americans have been alive,⁷ the defining characteristic of content has been that people could watch, read, or listen to what they wanted when they wanted it. It wasn't always so. For most of the history of the entertainment industry, movies and television shows were offered at specific times for limited runs.⁸ If you didn't see it when the content owner decided to show it to you, you were out of luck. Video content was, in effect, a sort of livestream that offered no opportunity to record or replay it. Miss it when it was shown? Too bad for you.

² Try to see *El Ministerio del Tiempo* (Onza Partners and Cliffhanger Feb. 24, 2015).

³ Kudos to the *Boston University Law Review* editor Kaitlin Ostling who found it on Netflix... in Nicaragua. I'm contemplating a trip there now...

⁴ Since this writing, Amazon added the first two seasons – but only those seasons – to Prime Video and only with a subscription to FlixLatino. *El Ministerio del Tiempo*, Amazon Prime Video. Available at: <https://www.amazon.com/Cualquier-Tiempo-Pasado/dp/B08L7HTVRY/ref=sr_1_1?crid=F1RD92FBS8XV&dchild=1&keywords=el+ministerio+del+tiempo&qid=1623364952&s=instant-video&sprefix=el+m%2Cinstant-video%2C208&sr=1-1>. Last visited Aug. 14, 2021.

⁵ See Yu, 2019, p. 507-512) (criticizing efforts to divide access to content by region).

⁶ And since it was released in Spain, even if you could watch it, it might not come with English subtitles. The Nicaraguan Netflix version doesn't.

⁷ The median age of the U.S. population was 38.4 years in 2019. See Median (2021).

⁸ See, e.g., January 29, 1990, TV Tango. Available in: <<http://www.tvtango.com/listings/1990/01/29>>. Last visited Aug. 14, 2021. (showing tv guide for evening of January 29 of 1990).

Things were somewhat better with music and books. If you happened to buy a book or a record you could keep it and enjoy it at your leisure. But whether you could find the song or book you wanted was again largely at the mercy of the entertainment industry, which decided what stayed in print and what got stocked on store shelves (see RINZLER, 2010). Stores with limited space tended to stock current bestsellers and a small archive of “classic” music or books (SHATZKIN, 2013). But if a song or a book didn’t make it to that iconic status, it would disappear from stores after a year or two. Then your best hope was to borrow one from a library for a limited period or to frequent used book or record stores in hopes of finding a resale copy (REESE, 2003, p. 586-590)⁹.

Recording devices changed all that. If you couldn’t watch something when it was on TV, you could record it to watch later.¹⁰ With more difficulty (as there was rarely a schedule), you could do the same thing with songs played on the radio. Content owners fought tooth and nail to stop the recording of content, because they structured their business models around windows of availability and because they worried about losing ad revenue.¹¹ But once they lost that fight, they discovered – as they always seem to – that allowing people access to content when they wanted it greatly expanded the market, to their benefit as well as consumers’.¹² Copyright owners began selling copies of movies and TV shows to the public, though they faced the same store-shelf constraint that books and music did (see ROGERS, 2021).¹³ Then, the growing popularity of the Internet allowed copyright owners to capitalize on that discovery, selling books,

⁹ Explaining how secondary markets, rentals, and libraries make works available without permission of copyright owner.

¹⁰ DVR, TechTerms. Available at: <<https://techterms.com/definition/dvr>>. Last visited Aug. 14, 2021. (“A DVR can be used to record, save, and play back television programs.”).

¹¹ See, e.g., Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc., 464 U.S. 417, 491 (1984) (holding manufacturing of VCRs was not copyright infringement even though consumers could use them to record copyrighted television content); see also Lemley (2011, p. 128-130) (discussing entertainment industry’s fights against cassette tapes and VCRs). This lovely graphic was the 1970s equivalent of the “you wouldn’t steal a car” anti-piracy ads. *Id.*



¹² See James Lardner (1987); see also Von Rimscha (2009, p. 117-118) (discussing DVR as “supply-side innovation” that benefits content distributors more than consumers); Lemley, *supra* note 9, at 131 (“[The DVR] revitalized [the television] industry because a lot of people like me who didn’t watch television suddenly discovered that when they could choose when and where they wanted to see their programming, there was actually a bunch of good stuff on. And the 2000s became the Golden Age of television.”).

¹³ (“The fast takeoff in VCR adoption came only when a quantity – and variety – of pre-recorded cassette tapes, especially movies, became readily available, at low cost, through the neighborhood video store.”).

CDs, and DVDs online for works that would never make it onto brick-and-mortar store shelves (see BELTON; WALL, 2015).

But while the availability of recording and of physical media for purchase online dramatically expanded the number and kinds of works people had access to, it shifted the storage problem from the retail store to the user, who quickly ended up with a bulky library of content (see WAITE, 2017).¹⁴ Digital downloads and remote storage in turn alleviated that problem. After once again fighting tooth and nail to prevent consumers from getting their content in digital form,¹⁵ content owners yet again realized that they benefited from the latest system, as their marginal distribution and storage costs dropped almost to zero. Consumer storage costs didn't disappear, but they changed; digital downloads don't take up physical space, but they require electronic devices with larger and larger memories.

Over the past decade, both video and music content have largely moved from digital downloads to streaming. Streaming technology took advantage of the ubiquity of broadband Internet connections (see ARICARLOSPENA, 2018).¹⁶ People no longer had to download content in advance to have access to it. It would come to them in real time as they requested it over a broadband Internet connection. Paul Goldstein's "celestial jukebox" from a quarter century ago has come to life – not just for music but for all content (GOLDSTEIN, 1994, p. 125).¹⁷

Content owners tried to stop this revolution too,¹⁸ but once again they were fortunate the courts largely rejected their efforts to stifle the technology. The ease and convenience of streaming has made it the dominant way people get their music and video content today,¹⁹ and content owners have turned that into an ongoing rather than a one-time revenue stream.²⁰ And once again, despite predictions of disaster, content owners are making more money under

¹⁴ (noting how avid VHS collectors encounter storage constraints).

¹⁵ See *Cartoon Network LP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121, 139-40 (2d Cir. 2008) (holding remote storage DVR does not infringe Cartoon Network's reproduction right); *Fox Broad. Co. v. Dish Network LLC*, 160 F. Supp. 3d 1139, 1172-73 (C.D. Cal. 2015) (finding DISH's PrimeTime Anytime and commercial-skipping DVR services did not violate Fox's copyrights); Lemley, *supra* note 9, at 130-131 (discussing entertainment industry's fight against MP3 player and DVR). See generally Lemley & Reese (2004) (discussing history and economics of digital copyright infringement).

¹⁶ (linking Netflix's success to its innovative use of streaming technology).

¹⁷ ("A technology-packed satellite orbiting thousands of miles above earth, awaiting a subscriber's order – like a nickel in the old jukebox, and the punch of a button – to connect him to a vast storehouse of entertainment and information ...").

¹⁸ See, e.g., *Am. Broad. Cos. v. Aereo, Inc.*, 573 U.S. 431, 437-38 (2014); *Ferrick v. Spotify USA Inc.*, n.º 16-cv-08412, 2018 U.S. Dist. LEXIS 86083 (S.D.N.Y. May 22, 2018).

¹⁹ Netflix use alone surpasses cable and satellite use combined. See AFTER (2021). And streaming makes up the majority of music industry revenue. (MUSIC, 2021).

²⁰ The Music Modernization Act of 2018 significantly expanded the returns copyright owners receive from streamed music. Orrin G. Hatch – Bob Goodlatte Music Modernization Act, Pub. L. N.º 115-264, 132 Stat. 3676 (2018).

the new system than they were before.²¹

Streaming has benefits. It is far better for the environment than printing plastic discs and moving them from place to place on trucks (BEDINGFIELD, 2021).²² It is also better in significant ways than downloads (see GRIFFITHS, 2020).²³ Content no longer takes up space on the user's device. It might not take up space on the content creator's system either, as most streaming is done through third parties like YouTube, Amazon, or Netflix.²⁴ It can be stored in the cloud in efficient servers with lots of room and fast, reliable delivery (CASE, 2021).²⁵ And consumers can access streamed content from any device – at least as long as they have a broadband Internet connection.²⁶ Streaming also makes economic sense as a value allocation mechanism. It allows the market to value intensity of preference, rewarding those who write songs people play over and over again more than those whose songs are played once or twice and allowing people to try out content without making a significant investment in purchasing a disc or paying to download a movie.²⁷

But streaming had one important, unforeseen effect – it took control over what content was available out of the hands of consumers.²⁸ Unlike DVDs or digital downloads, which were (mostly) buy-and-keep arrangements,²⁹ what

²¹ Broadcast industry revenue doubled from 2005 to 2019 (WATSON, 2022) ("In 2019, the American broadcasting industry generated a total revenue of 177.48 billion U.S. dollars, an increase from 173.89 billion U.S. dollars in 2018. This 2019 estimate represents the highest annual aggregate revenue of the U.S. broadcasting industry in the time frame from 2005 to 2019, including radio networks, television broadcasting, and cable."). Music industry revenue declined sharply after 1999, albeit arguably from an artificial high, but it has been increasing for years and has grown more than 50% since 2014. (Richter, 2021). Video game industry revenue doubled from 2006 to 2020. (WALLACH, 2020).

²² ("Netflix claims that one hour of streaming on its platform in 2020 used less than 100gCO2e (a hundred grams of carbon dioxide equivalent) – that's less than driving an average car a quarter of a mile.").

²³ ("Many of the major cloud providers, however, have pledged to cut their carbon emissions, so storing photos, documents and running services off their servers where possible is one approach to take.").

²⁴ Increasingly the latter also create their own content. See Sepinwall (2018).

²⁵ ("By running on [the cloud], [Netflix] provided billions hours [sic] of service to customers around the globe.").

²⁶ The move to streaming is frustrating for frequent airline travelers, since no one could accurately describe airplane Internet as broadband. And it's a problem for those in poor or rural areas that lack broadband access. See Perrin (2019).

²⁷ While physical sales and downloads generally offer unlimited use for a fixed price and compensate artists according to the number of sales, streaming compensates artists based on the number of times a work is played. See Pastukhov (2019).

²⁸ For an early prediction along these lines, see Reese (2003, p. 630-634, *supra* note 9).

²⁹ Aaron Perzanowski and others have noted that the move to digital content often came with contract restrictions on what you could do with that content and even whether you really "owned" it at all. (HOOFNAGLE; KESARI; PERZANOWSKI, 2019, p. 798). Courts have held that there is no right to resell digital content akin to the right to resell a book or DVD. *Capitol Records, LLC v. ReDigi Inc.*, 910 F.3d 649, 655 (2d Cir. 2018). And there have been notorious cases where content providers sought to take back digital content they had already provided to users – including, in a delicious piece of irony, George Orwell's 1984. See also Crootof (2019, p. 583) explaining how companies engage in remote interference, "the practice of employing an over-the-air update to remotely alter or deactivate a physical device." (COHEN, 1998, p. 1.108-1.109).

you can stream at any given time depends on what is available on streaming platforms. And unlike downloads, where people tend to access any given piece of content on the server only once and then replay it locally, streaming requires that the provider devote lots of resources to popular content that many people want to stream at the same time. Further, content licensing deals usually last only for a limited time and frequently include up-front or minimum payments rather than just pay per stream (BEERS, 2020).

The result of all this is that it doesn't always make sense for Netflix to keep a large library of content around. Netflix may maximize its revenues by devoting a lot of bandwidth to streaming *Tiger King* to many people rather than offering a wider array of content that relatively few people are interested in and for which it has to pay minimum fees. Especially when it comes time to renegotiate deals, Netflix may just drop the show from its catalog.³⁰ Indeed, every month various people publish a list of dozens of movies and TV shows that will disappear from Netflix over the following thirty days (SALAZAR, 2021). Those include not just shows that never found a significant audience but blockbusters and highly acclaimed movies that are just a few years old (SALAZAR, 2021). Like the old-style record and bookstores, everything but the newest and most popular movies and TV shows are quickly moved out to make room for new stuff.

Video games face a similar cycle. As Glynn Lunney has shown, the vast majority of video games sell few if any copies (LUNNEY, JR., 2020, p. 37-50).³¹ The game developer may stop supporting the game or simply remove it for no reason (GAMES, 2021). And unlike movies, many games (multiplayer games, obviously, but even others) require continued support from the developer and updates to work with new platforms and software (FRIED, 2017). In addition, game platforms like PlayStation and Steam will sometimes remove those games without explanation, perhaps because of a licensing dispute or violation of terms of service (CHALK, 2019), but perhaps because older or low-performing games just aren't lucrative enough (METERANO7, 2017), or they hope to upsell users on a more expensive version (see ORIGINAL, 2021).³² Games have even been removed from the world because their creator decided they were making the world a worse place (see, e.g., NGUYEN, 2014).

³⁰ On YouTube, by contrast, videos are forever, at least for now. See Shivang (2021). But with over 500 hours of content uploaded to the site every minute, YouTube may eventually decide it's not worth storing old videos with few or no views (FRANGOUL, 2018). See YouTube (2021).

³¹ This is a general phenomenon. See Anderson (2006, p. 6-10) (showing that vast majority of works get very few users).

³² (noting that Sony removed \$40 listing of game *Ghost of Tsushima* from PlayStation's storefront and only makes available *Director's Cut* edition, which costs minimum of \$59.99).

Something similar happens with music, though more often because of licensing issues than storage space (see generally GARCÍA, 2014, p. 1.117).³³ As the world moved from music downloads to streaming services like Spotify and Apple Music, people lost control over their playlists, because whether a song stayed on that playlist became a function of whether the streaming service had a continuing license. Songs take up much less space than videos, so streaming services are less likely to remove a song merely because it is unpopular. But the licensing regime for music is more complicated (see GARCÍA, 2014, p. 1.132-1.136; LOREN, 2014, p. 537; REESE, 2001, p. 240-250), and songs periodically disappear from Spotify and other services because licenses lapse or are being renegotiated (see, e.g., SAVAGE, 2021). More commonly, users who put one version of a song on a Spotify playlist may find it replaced by a different version (see CHRISSEL313, 2017; EARLZ, 2014),³⁴ perhaps because one of the copyright owners prefers to push people to that version or because some versions of a song (like movie soundtracks) carry only limited rights (see LAWTON; MUNRO, 2012).

The fact that content is removed from a streaming service doesn't necessarily mean it is gone forever. If you downloaded a game or made a copy of a movie or song rather than just streaming it, you might still have access to it. And because we haven't yet fully moved to streaming, some of the content may still be available on older formats like CDs, DVDs, or music downloads. But that is mostly an artifact of the hybrid download/streaming system we have today. As we move more and more exclusively to streaming, we should expect to see fewer works made available in the form of physical disks in the first place. Download options will likely also become rarer. And groups that make regular reliance on fair use or other statutory exemptions, like teachers and churches, can't simply make a use that is unquestionably permitted if they don't have an actual copy or download to use as the basis for, say, showing in class.

Is there a way to keep consumer access to this disappearing content?³⁵ One possibility would be to move from streaming back to downloads or physical media – some system that involves physical possession and ownership. But that seems unlikely, and would undo the advantages of a streaming regime.

³³ (discussing ongoing “battle over terrestrial performance rights – that is, the right of a copyright holder to collect royalties for plays of a sound recording on terrestrial radio,” and the licensing landscape which controls music streaming).

³⁴ Try to hear, e.g., Mike Posner, *Cooler Than Me*, on 31 Minutes to Takeoff (J Records 2010). You'll likely get one of several alternate versions, not the main radio cut.

³⁵ The problem would be much less significant if copyright terms didn't last so long. When copyrights expired after fourteen years, it was less likely that content would be inaccessible by the time the copyright expired. See *Fred Fisher Music Co. v. M. Witmark & Sons*, 318 U.S. 643, 647 (1943) (“Anglo-American copyright legislation begins in 1709 with the Statute of 8 Anne, c. 19. That act gave the author and his assigns the exclusive copyright for fourteen years from publication ...”). But with copyright terms lasting ninety-five years or more, we cannot rely on copyrights expiring before the works disappear. 17 U.S.C. § 302.

Perhaps we could avoid having content disappear by having consumers make permanent copies of their streams. But that's not a satisfactory solution either. While consumers today can often make their own copies,³⁶ it is not clear that they can do so without permission, and even less clear that they will be able to do so legally in the future. While consumers own physical books, CDs, and DVDs and have the right to resell them [17 U.S.C. § 109(a).], they probably don't own digital downloads,³⁷ and they certainly don't "own" things they stream, like the songs in a Spotify playlist. Further, the "permanent" download may not be so permanent, as users of both Netflix and Amazon Kindle have found out to their chagrin when their purchased works disappeared.³⁸ Nor is it obvious that consumers can just convert a stream into a permanent copy. Making copies from a stream generally violates terms of use, and copyright owners have sued to stop it.³⁹ The result of the "tethered economy" is that even devices we think we own are often subject to restrictive license agreements, and our content can disappear from those devices too.⁴⁰

Copyright owners may like the newfound control the streaming environment gives them to "pull back" content for a variety of reasons. Maybe they want the ability to change that content.⁴¹ Maybe they no longer want it out in the world because it is offensive to modern sensibilities.⁴² Maybe they think they will maximize their revenue by making their works available only for

³⁶ Spotify Premium, for instance, allows consumers to download the songs they stream. But the right to keep those downloads extends only as long as the consumer keeps paying the monthly fee for Premium. See *Spotify Premium – Spotify (US)*. In: Spotify. Available at: <<https://www.spotify.com/us/premium/>>. Last visited Aug. 14, 2021.

³⁷ See *Vernor v. Autodesk, Inc.*, 621 F.3d 1102, 1111 (9th Cir. 2010) (holding that "a software user is a licensee rather than an owner of a copy"). For discussion of the problems this creates for consumers, who tend to expect that they own "their" copies, see Perzanowski & Schultz (2012, p. 2.068-2.069).

³⁸ Netflix has downloaded content "expire" after a set amount of time. *Downloaded Title Says 'Expired.'* Netflix: Help Center. Available at: <<https://help.netflix.com/en/node/54865>>. Last visited: Aug. 14, 2021. And Amazon infamously erased downloaded content from users' Kindle devices – again ironically, George Orwell's 1984. See Stone (2009).

³⁹ See, e.g., *Fox Broad. Co. v. Dish Network LLC*, 160 F. Supp. 3d 1139, 1139 (C.D. Cal 2015); *Cartoon Network LP v. CSC Holdings, Inc.*, 536 F.3d 121, 123 (2d Cir. 2008).

⁴⁰ See generally Hoofnagle, Kesari and Perzanowski (2019). They offer an in-depth analysis of the extent of tethering in the modern world of connected consumer devices and the legal restrictions it imposes on consumer access and autonomy. Their focus is on other issues than copyright, however, and is on what happens to devices and content once a copy exists in a consumer's hands. The problem is parallel to, but distinct from, the one I discuss. See also Crootof (2019) *supra* note 27, at 585-593 (discussing businesses that use remote access to consumer devices to remove content or interfere with its operation).

⁴¹ Try to find an original, unedited 1977 version of *Star Wars* today. It's not easy. They have all been replaced by the *Episode IV* version, which changed not only the title (it is now called "A New Hope") but also added new content, including, most notably, making it seem that Han Solo didn't shoot first. (HUTCHINSON, 2021).

⁴² See, e.g., Alter (2020); Malin (2020), at C1 (listing episodes of TV shows taken down from Hulu, Netflix, and Amazon because they contained content deemed offensive or featured actors accused of misconduct); *Dr. Seuss 2021*; Reese (2003, p. 597-597) (discussing withdrawal of *Amos 'n Andy* and *Speedy Gonzales* cartoons).

limited windows.⁴³ Or maybe they think old works will cannibalize demand for new works they want to push in the future (SEITZ, 2019).⁴⁴ That last reason is particularly likely when the content is sold to a new company that competes with that content.⁴⁵ Indeed, companies sometimes buy competitors just to get control of their content.⁴⁶

Even if creating permanent copies from a stream is legal, it's not a full solution to the problem of disappearing content. It may protect those who had access to the work while it was streaming and thought to download and keep it. But it won't help you watch *El Ministerio del Tiempo*, the original *Star Wars*, or any of the other shows, songs, or games that disappeared before you knew you wanted to experience them. And it won't help anyone who wants access to something like an online video game or other app that requires continued connection and support.

In short, an unanticipated consequence of the move to streaming is that more and more content will effectively disappear from the public eye, at least legally.⁴⁷ For the first time in forty years, we're moving backwards, making information harder rather than easier to access. That should worry us.

But perhaps copyright law can help, as I suggest in the next Section.

⁴³ The Disney "Vault" exemplifies this strategy. See, e.g., Mullins (2015); Arnold (2006). And record companies tried to pull existing recordings of the Three Tenors to force customers to their new joint recording, an act the D.C. Circuit held violated the antitrust laws because it was done jointly. Polygram Holding, Inc. v. Fed. Trade Comm'n, 416 F.3d 29, 31 (D.C. Cir. 2005).

⁴⁴ (discussing how Disney's practice of limiting showing of classic movies in theaters focuses audience on new releases).

⁴⁵ People who bought Focals AR glasses, for instance, lost all their functionality after Google bought the product, shut it down, and removed the software from Google and Apple's app stores. See Winding (2021).

⁴⁶ See Goldman & Silbey (2019, p. 951-956) (discussing examples of people buying rights to copyrighted works to suppress them). The examples Goldman and Silbey discuss are primarily motivated by a desire not to have a negative depiction see the light of day, rather than by fears of competition. *Id.* On the problem of "killer acquisitions" – companies that buy competitors in order to shut them down – see, for example, Lemley & McCreary (2021); Cunningham, Ederer & Ma (2021, p. 649).

⁴⁷ We could, I suppose, just pirate all this content. But that doesn't seem a satisfactory solution either. First, it too assumes someone has the ability to receive a stream, make an (illegal) copy, and (illegally) share that copy with others. Even if that happens, not everyone wants to rely on pirated content. They may believe it is morally wrong to engage in copyright infringement. They may fear being sued or having their Internet access cut off if they are identified as infringing. See, e.g., Gyllenvarg (2020) (showing people's worry over the consequences of pirating via Torrent); see also Clark (2021) (highlighting push for internet service providers to cut off Internet access for pirates). They may find it hard to find a stable source of the content. Legitimate sites may not host the content because they fear copyright liability. See, e.g., Rules (2021). And pirate sites may be risky to use in other respects; they may be more likely to contain malware, for instance (FOLTÝN, 2018). Even if none of that were true, I would find it troubling for the law to say the only way to have access to a published work is to violate the law. Nonetheless, pirated content may end up serving as a source from which users can obtain otherwise-disappeared content in order to make fair use of it.

II. A RIGHT TO ACCESS CONTENT?

A. Fair Use and Out-of-Print Works

The goal of copyright law is to encourage not just the creation of new works but also public access to those works. Indeed, the ultimate end goal is to put a variety of new works in the hands of the public (see generally LUNNEY, JR., 1996, p. 483).⁴⁸ While there are limited circumstances in which copyright law protects works that are not intended to be shared with the public – private letters, computer source code⁴⁹ – once a work is released to the public, copyright law assumes that the public will have access to it, first by paying a price to the copyright owner and eventually through the mechanism of the public domain (see generally LITMAN, 1990, p. 965).⁵⁰

Historically, that assumption was limited by the economics of producing and distributing physical copies of works. It cost money and effort to keep a book or record in print, and even more to keep a movie in theaters (see, *e.g.*, ZIPIN, 2020).⁵¹ So it wasn't surprising that older works disappeared from stores, or at least became harder to find. Nonetheless, an obscure book published in the 1920s exists in a number of physical copies. Some might be destroyed or thrown away, but the rest will survive, slowly deteriorating, perhaps for centuries. Other media, like film, is more fragile, but multiple copies still exist to be stored and preserved.⁵² The physical nature of older media makes individual copies more durable, but by the same token makes access to that content much more limited.

But technology has changed that dynamic. It has made it much easier to make old, out-of-print works available to everyone. Google Book Search scanned

⁴⁸ (discussing balancing act between increasing copyright protections to encourage creations of works and reigning it in to broaden access); Barnes (2010) (arguing for adopting a “net benefits” approach towards copyright law).

⁴⁹ Folsom v. Marsh, 9 F. Cas. 342, 346 (D. Mass. 1841) (n.º 4,901) (“The author of any letter or letters ... whether they are literary compositions, or familiar letters, or letters of business, possess the sole and exclusive copyright therein ...”); Johnson Controls, Inc. v. Phoenix Control Sys., Inc., 886 F.2d 1173, 1175 (9th Cir. 1989). For discussion of circumstances when authors should be able to use copyright to prevent the public from ever accessing a work, see Balganesh (2020, p. 61-62); Goldman & Silbey (2019, p. 970-987, *supra* note 46).

⁵⁰ (discussing role of public domain in creating incentives for further authorship).

⁵¹ (“Traditionally, a larger chunk went to the studio during the opening weekend of a film. As the weeks went on, the theater operator’s percentage rose. A studio might make about 60% of a film’s ticket sales in the United States, and around 20% to 40% of that on overseas ticket sales.”).

⁵² For more information on how film is stored and preserved, see Gracy (2003, p. 6); and Poole (1999, p. 5-7). For empirical evidence on copyright’s effects on film soundtracks, see Heald (2014, p. 844-849).

millions of out-of-print books, stored them, and made them all searchable online (ABOUT, 2021a). The Internet Archive takes a snapshot of the entire Internet every few weeks and makes it all available to search (INTERNET, 2021).⁵³ We no longer need giant libraries to store physical artifacts. It is feasible to have all the world's content available to people who want to get it. Yet at the very time that it is easier to make out-of-print works available to everyone, those works are in fact becoming harder to find, since removing streaming content doesn't leave behind old copies of works people can find in libraries or used record stores (or Internet archives).

The law should respond to that technological change. The public should have continued legal access to published content absent some compelling justification for withdrawing it from the world. That goal would have been aspirational for most of human history. But today it is technically feasible. It is ironic that the way we deliver content is causing large swaths of it to disappear just as it is possible to have access to all of it.

Ordinarily, that lawful access will come from the copyright owner itself or its licensee. Copyright owners can stream content, sell downloads, or sell physical media containing their works. They can also license others the ability to do those things (see GRIFFIN, 2021). When they do any of those things, the public has access to the content. If the copyright owner makes the work accessible, copyright law will operate as it normally does, preventing others from copying that work for most purposes, allowing the copyright owner to reap the rewards.⁵⁴

But if a copyright owner decides to let their work go out of print or otherwise become unavailable (or if the copyright owner itself goes out of business or can't be found) (see generally URBAN, 2012, p. 1.379, discussing orphan works), the public's interest in having access to published content is implicated. Copyright's fair use doctrine should allow a third party to make those out-of-print works available unless there are compelling public reasons to deny access.⁵⁵

⁵³ In rare circumstances, content may be removed from the Internet Archive, chiefly for privacy reasons. See Bixenspan (2018).

⁵⁴ One complication is that the author and the copyright owner are often not the same person. The director of *El Ministerio del Tiempo* may well want it to be shared as widely as possible. But if the distributor, not the author, owns the copyright, it is the distributor's decision to withdraw the work that matters for copyright law. If, on the other hand, the author retains the copyright and wants to distribute it, she is free to license it to others if Netflix drops the show. That licensing constitutes exploitation. The work wouldn't disappear, and the fair use issue I discuss here wouldn't arise. I discuss this issue in more detail *infra* notes 90-91 and accompanying text.

⁵⁵ See *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F. Supp. 1522, 1533 (S.D.N.Y. 1991) ("Longer portions copied from an out-of-print book may be fair use because the book is no longer available. (This has been thought to be true because, presumably, there is little market effect produced by the copying. However, plaintiffs in this case convincingly argue that damage to out-of-print works may in fact be greater since permissions fees may be the only income for authors and copyright owners.)").

Fair use is based on a fact-specific four-factor test, but some of those factors matter more than others.⁵⁶ Stripped to its essentials, fair use generally permits uses of a copyrighted work that serve a legitimate purpose and don't substitute for a sale or license by the copyright owner.⁵⁷ In recent years the legitimate purpose has usually been one that transforms the underlying work itself,⁵⁸ but that isn't required. A use may be fair because it serves a public benefit⁵⁹ or because it is noncommercial and doesn't interfere with the copyright owner's market.⁶⁰

The first factor – “the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes” – might seem to favor the copyright owner in a suit against someone sharing out-of-print content, at least when a defendant makes an out-of-print work available for profit [17 U.S.C. § 107(1)]. Copying an out-of-print work doesn't transform that work. But I think the first factor is capacious enough to weigh access to disappearing content as a purpose favoring a finding of fair use, whether or not the underlying work is transformed. As Jennifer Urban has argued, for at least one important category of disappearing content – so-called orphan works – the fact that no copyright owner can be found is central to the nature of the use being made (URBAN, 2012, p. 1.397-1.401, discussing orphan works). That may be true even if the copyright owner is known but has relinquished any economic interest in the work (URBAN, 2012, p. 1.397-1.398, discussing orphan works).

⁵⁶ The second fair use factor, “the nature of the copyrighted work,” 17 U.S.C. § 107(2), rarely matters at all in some circuits. See *Fox News Network, LLC v. TVEyes, Inc.*, 883 F.3d 169, 178 (2d Cir. 2018) (stating that second factor is essentially irrelevant). The Ninth Circuit observed the second factor “has not been terribly significant in the overall fair use balancing.” *Dr. Seuss Enters., L.P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394, 1402 (9th Cir. 1997). But see *Am. Soc'y for Testing & Materials v. Public.Resource.Org, Inc.*, 896 F.3d 437, 451-52 (D.C. Cir. 2018) (emphasizing importance of second factor in limiting copyright for industry standards); *Sega Enters. Ltd. v. Accolade, Inc.*, 977 F.2d 1510, 1524-26 (9th Cir. 1992) (emphasizing importance of second factor with respect to computer programs). For further discussion on the second factor's insignificance, see Kasunic (2008); and Liu, 2008, p. 576-577). The Supreme Court's decision in *Google LLC v. Oracle Am., Inc.*, 141 S. Ct. 1183, 1201-03 (2021), may change that by emphasizing the importance of the second factor in that case.

⁵⁷ 17 U.S.C. § 107. This is a radical shortening of a very complex, multifactor doctrine that I discuss in more detail below.

⁵⁸ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994) (“The central purpose of this investigation is to see ... whether the new work merely supersede[s] the objects of the original creation ... or instead adds something new, with a further purpose or different character, altering the first with new expression, meaning, or message; it asks, in other words, whether and to what extent the new work is ‘transformative.’” (cleaned up). For further discussion of the transformative use concept's dominance, see Asay, Sloan & Sobczak (2020, p. 908); and Nimmer (2003, p. 269).

⁵⁹ See, e.g., *Time Inc. v. Bernard Geis Assocs.*, 293 F. Supp. 130, 146 (S.D.N.Y. 1968) (“There is a public interest in having the fullest information available on the murder of President Kennedy.”).

⁶⁰ See, e.g., *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 456 (1984) (finding for fair use in part because “respondents failed to demonstrate that time-shifting would cause any likelihood of non-minimal harm to the potential market for, or the value of, their copyrighted works”).

Congress has expressed the view that a finding of fair use should be more likely if a work is out of print.⁶¹

That conclusion could, if necessary, be grounded in a sufficiently broad conception of transformative use. Even when a work itself isn't transformed, courts have increasingly found uses that open access to works to new markets to be transformative.⁶² But it could also be grounded in a broader recognition of a public purpose supporting nontransformative uses that benefit the world. Part of copyright's access-incentives bargain should be a right to access public content (see LUNNEY, JR. 1996, p. 529, *supra* note 47). That right means that making available content the copyright owner has withdrawn from the world serves a public purpose, a factor that favors a finding of fair use.

The commercial nature of the use may differ depending on who makes it. Libraries and universities, or other nonprofits making archival uses, have the strongest case. But even commercial entities selling the work won't necessarily have the first factor count against them. The Supreme Court has rejected any presumption that commercial uses are unfair,⁶³ and with good reason. Many of the most important transformative uses, as well as public interest uses and those that facilitate access by others (like search engines), are made by for-profit companies.⁶⁴

The fact that content goes out of print doesn't affect directly factors two and three in most cases. Some of those works will be factual works in which protection is thin, but many will be artistic or fictional works at the core of copyright law, so the nature of the work will often support the copyright owner.⁶⁵ But the fact that a work is already published favors a finding of fair use,⁶⁶ and some courts have held inaccessibility to support a finding of fair use under

⁶¹ S. Rep. n.º 94-473, at 64 (1975) ("If the work is 'out of print' and unavailable for purchase through normal channels, the user may have more justification for reproducing it than in the ordinary case ..."); H.R. Rep. n.º 94-1476, at 67 (1976); see also Maxtone-Graham v. Burtchaell, 803 F.2d 1253, 1264 n.8 (2d Cir. 1986) (stating that "a key, though not necessarily determinative, factor in fair use is whether or not the work is available to the potential user" and citing Senate Report).

⁶² See, e.g., Google LLC v. Oracle Am., Inc., 141 S. Ct. 1183, 1202-05 (2021); Authors Guild v. Google, Inc., 804 F.3d 202, 229 (2d Cir. 2015); Kelly v. Arriba Soft Corp., 336 F.3d 811, 818 (9th Cir. 2003); Victor (2021, p. 1.902). *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d 87 (2d Cir. 2014), is particularly instructive here. The Court found the digitization of books so they could be made available to the disabled to be a transformative purpose even though the content of the books was unchanged. *Id.* at 105.

⁶³ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994).

⁶⁴ *Id.* at 584.

⁶⁵ See, e.g., *Sony Corp. v. Universal City Studios, Inc.*, 464 U.S. 417, 496-97 (1984) (Blackmun, J., dissenting) ("Informational works, such as news reports, that readily lend themselves to productive use by others, are less protected than creative works of entertainment.").

⁶⁶ See *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 564 (1985).

the second factor.⁶⁷ And Goldman and Silbey suggest that acquisition of the copyright in a work with an intent to suppress it should count in favor of a finding of fair use by those who seek to make the work available (GOLDMAN; SILBEY, 2019, p. 991, *supra* note 46).

As for the third factor, people will generally want to use the entirety of a work – for example, watching a movie or playing a song. That weighs against a finding of fair use. But as noted above, those factors are decidedly less important, and they have not prevented courts from finding uses fair.⁶⁸

The most significant change to the fair use analysis when a work goes out of print is to the fourth factor. The fourth factor – effect on the market for the copyrighted work – is traditionally the most important (see NETANEL, 2011, p. 722; BEEBE, 2008, p. 616-617; NIMMER, 2003, p. 267). By abandoning any effort to sell or license the work, the copyright owner should be understood to have relinquished any claim to market harm or effect under the fourth factor (see URBAN, 2012, p. 1.406-1.409; PICKER, 2012, p. 1.280-1.282). Copyright owners may well have good economic reasons for doing so; perhaps the work isn't popular enough to justify continuing to make it available. But for that very reason, they should not be heard to complain that someone who continues to make the work available has cut into their sales. They weren't going to make those sales. Nor would there be a legitimate licensing market claim.⁶⁹ As noted above, a copyright owner who stops making the work available herself but licenses others to make it available hasn't let the work go out of print in the first place, so my analysis here simply doesn't apply. By hypothesis, content that has disappeared is content that the copyright owner neither makes available herself nor licenses anyone else to distribute.

In the ordinary case, then, there is little reason to deny the public access to a work the copyright owner is no longer interested in exploiting. If a copyright owner has let a work go out of print (or has itself gone out of business), others

⁶⁷ See, e.g., *Hofheinz v. A & E Television Networks*, 146 F. Supp. 2d 442, 447-48 (S.D.N.Y. 2001) (applying this reasoning to use of a trailer for film released almost fifty years earlier and not itself available on market and finding that second factor favored fair use); *Basic Books, Inc. v. Kinko's Graphics Corp.*, 758 F. Supp. 1522, 1533 (S.D.N.Y. 1991) ("Longer portions copied from an out-of-print book may be fair use because the book is no longer available.").

⁶⁸ See *Sony*, 464 U.S. at 456 (finding fair use despite entire work being copied); *Fox Broad. Co. v. Dish Network LLC*, 160 F. Supp. 3d 1139, 1175-76 (C.D. Cal. 2015) ("The fact that [the disputed copies] reproduce an entire work weighs against fair use, but is of 'very little weight' compared with other factors due to the limited nature of the ultimate use." (quoting *Fox Broad. Co. v. Dish Network*, L.C.C., 905 F. Supp. 2d, 1088, 1104 (C.D. Cal. 2012)).

⁶⁹ See *Am. Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913, 929-30 (2d Cir. 1994) ("Courts have recognized limits on the concept of 'potential licensing revenues' by considering only traditional, reasonable, or likely to be developed markets when examining and assessing a secondary use's 'effect upon the potential market for or value of the copyrighted work.'" [quoting *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 592 (1994)]; Lemley (2007, p. 187-191).

should be legally entitled to copy that work to make it available to others. Once content is public and the copyright owner has relinquished any interest in profiting from it, there is a public interest in keeping that work available to the world. The fair use doctrine should protect that interest.

That doesn't mean we should expect a raft of fair use cases. Copyright owners have already made the up-front investment to produce the work. Most of them are happy to continue to make it available, or to license someone else to do so, obviating the need to worry about it disappearing. That will be even more likely once it is clear to them that abandoning the work in this way justifies copying and distribution of the work by others. Indeed, interpreting the fair use doctrine in this way may create a "penalty default" rule that encourages them to keep works accessible.⁷⁰ If they still don't distribute the work or license someone else to do so, it will often be because they are out of business or have decided the work isn't worth paying attention to at all. In either case, they would be unlikely to sue someone who picks the work up for continued use. It should be the rare case in which we need to actually litigate a fair use case to prevent content from disappearing.

B COMPLICATIONS

This is law, so naturally it's not quite as simple as that. In this section I consider some ways copyright owners might seek to avoid this result, some arguments that shouldn't prevent a right to access public content, and a few that should. These are the edge cases. Most of the time when content goes out of print, the copyright owner just doesn't care enough to keep it available. Indeed, the copyright owner might not be in business anymore. In the cases I consider in this section, the copyright owner affirmatively wants the world not to have access to the work for some reason. The question is whether we should let them withdraw this content from the world.

1 UNACCEPTABLE JUSTIFICATIONS FOR DISAPPEARING CONTENT

Many of the reasons copyright owners might want to make their content disappear are ones that copyright law should reject as inimical to its purposes.

⁷⁰ On the idea of penalty defaults, see Ayres & Talley (1995, p. 1.032-1.033); and Ayres & Gertner (1989, p. 95-107).

Cannibalization. Copyright owners may remove content because they want to replace it with new content. That new content might be unrelated. Copyright owners who want to promote their newest show may fear that existing shows will cannibalize the market for that show (REESE, 2003, p. 594, *supra* note 9). I'm not sure that fear is warranted; there seems to be plenty of demand for both new and old shows.⁷¹ But even if they are right that people prefer the old works to the new, that shouldn't justify having the old content disappear altogether. Copyright owners have always faced competition from old content in the form of used books, old movies, and the like. The fact that the move to streaming makes it easier to withdraw those old works from the world doesn't mean the copyright owner should be able to do so. Copyright owners are free to release new works and profit from both new and old works. And they are free to promote the new work to drive traffic there. But they shouldn't be free to remove the old work from public access. If they do, others should be able to provide those works under the fair use doctrine.

Artificial scarcity. While it is a closer case, I think the same should be true of efforts by copyright owners to create artificial scarcity for their works by periodically withdrawing them from public view. Disney is the most prominent user of this strategy. For years, it would periodically re-release its films only at certain times, hoping to lure a new generation of kids into the theaters.⁷² Other studios traditionally created "windows" during which the work is temporarily unavailable while being transitioned from one revenue model to another.⁷³ Traditionally, for instance, movies would show in a first-run theater, then in a "sub-run" discount theater, then perhaps on premium cable channels, then be released on DVD, then syndicated to television (see *id.*, note 73). More recently, services like Hulu provided a weird hodgepodge of television shows, offering, not all the episodes in a series, but only those that were old enough – but not too old (WHY, 2021).

That may well have been a profitable strategy. But it is one that should be obsolete in a world where people have grown accustomed to having access to published content when they want it. In the past, Disney could decide when it wanted to sell DVDs of particular movies, but it couldn't prevent the resale or rental of those DVDs by others during its period of artificial scarcity. It shouldn't

⁷¹ See Gajanan (2020) ("Netflix says its new fantasy series, *The Witcher*, is on track to be its biggest first season of a television series ever, with 76 million member households watching at least two minutes of the show."); Renshaw (2021) (noting enduring popularity of both *The Office* and *The Sopranos*, among other older shows).

⁷² See *supra* notes 43-44 and accompanying text (providing examples of Disney "Vault" in action).

⁷³ Epstein (2005) ("In the early 1980s, in order to avoid having new movies in theaters compete against themselves in video, pay-per-view, pay TV, or free television, the studios set up a series of insulated windows for each format.").

now be able to prevent access to that content altogether simply because the world has moved to streaming services, so no one has DVDs to watch or rent.

This is a harder case under fair use doctrine, because Disney can tell a market harm story to justify its withdrawal of content, and unlike most cases of disappearing content, it is not withdrawing the content forever. Nonetheless, I think users should be entitled to retain the access they had to published content even during artificially created blackout periods. And if the copyright owner won't maintain access, others should be permitted to supply that content. As a practical matter, small windows of unavailability are unlikely to provoke copying or litigation as long as the work is in fact about to be released in a new format. Take, for example, Christmas specials that come out every Christmas. That doesn't seem to me a case of withdrawal from the market at other times of the year. But longer periods – indefinite unavailability or withdrawing a work for a year or more – seem more problematic and may draw entry from those who want to make the work accessible. That may not align with the contracts studios wrote in the past. But there is little reason to need or want such versioning in the modern world.

Changing the content. Sometimes copyright owners will want to replace old content with new versions of that content. George Lucas edited *Star Wars* when he released it on video to change the story and add some then-cutting-edge virtual effects, for example.⁷⁴ Others may want to issue director's cuts of movies or the like. There's nothing wrong with doing that. But when it is coupled with the withdrawal of the original version from public view, those changes become more problematic. The public should have a record of content in its various forms. The copyright owner is free to promote the new form and encourage people to use it. But when it substantively changes the content and withdraws the old version, the world loses something.⁷⁵ Others should be free to make that old version available if the copyright owner won't, at least if the content is passive rather than interactive.⁷⁶

That principle needs some limits – the decision to sell only the director's cut of *Blade Runner* shouldn't necessarily justify direct commercial competition by other editions. But libraries, academics, and other non-profit groups should be able to preserve that content and make it available. And if there are substantial

⁷⁴ See *supra* note 41 and accompanying text (noting difficulty of finding original, unedited version of *Star Wars* today). Also, to gut one important scene in the movie, at least from the perspective of *Star Wars* fans.

⁷⁵ If there is no substantive change, but rather just remastering of existing content, the copyright owner is not really withdrawing anything of substance from the public.

⁷⁶ On the complications of interactive multiplayer content, see DOWNLOADABLE, 2021; THE MYTH, 2016; CALL, 2019, and *infra* notes 83-84, and accompanying text.

differences between the old and new versions, private companies should be able to fill the demand for the old version if the copyright owner won't. I expect that situation to be rare; most copyright owners will offer both old and new versions if there is substantial demand for both. That is even more likely to be true if not doing so would open the old version to copying by others.

Objectionable content. The stakes get even higher when the copyright owner withdraws the content, not to replace it with a modified version, but because the owner no longer wants the content available at all. The copyright owner may have decided she doesn't agree with what she once said. Perhaps a new owner – a corporate buyer or an author's children – has taken over the copyright and wants it removed from public view. Or perhaps an older movie or book is now recognized to be racist, sexist, or homophobic and the copyright owner doesn't want to face controversy.⁷⁷ Scientific journals may want to take down a paper that has been retracted. While those desires are sometimes understandable, they don't justify retroactively wiping the public record clean. To the contrary, a substantive desire to withdraw published content from the world actually offers a good reason why a third party making that work available is in the public interest. The public has a right to know what is out there even – perhaps especially – if the copyright owner now wants to pretend it never existed.

An instructive example involves the copyright to Adolf Hitler's *Mein Kampf*. Hitler published the book in Germany (MALONEY, 2015). In the 1930s, he published an English translation in the United States that altered the work to tone down the anti-Semitism and conceal many of his ambitions. Alan Cranston, an anti-fascist, translated and published the entire book to demonstrate to Americans the full threat Hitler posed (see generally TONG, 2017).⁷⁸ Hitler's publisher sued him for copyright infringement – and won.⁷⁹ I think that result is wrong. Cranston performed a valuable public service by making Hitler's words clear and preventing him from toning them down.

Copyright owners should be free to disavow a work.⁸⁰ They certainly don't have to sell or promote the work. But if they decide not to make it available for moral or political reasons, they shouldn't have the power to stop others from

⁷⁷ See Dr. SEUSS (2021), *supra* note 42. Disney decided not to stream its *Song of the South* on Disney+ because of its racist content, for instance. (JIMÉNEZ, 2021). Though pretty much every TV show from before 1990 would disappear on that theory.

⁷⁸ (recounting Cranston's work translating and publishing *Mein Kampf* to expose Hitler's true intent).

⁷⁹ Houghton Mifflin Co. v. Stackpole Sons, Inc., 104 F.2d 306, 312 (2d Cir. 1939).

⁸⁰ Copyright law expressly gives that right only to a small subset of copyright owners – those who make recognized works of visual art in small editions. 17 U.S.C. § 106A. But it is reasonable to expand that right to a general right to disavow association with content. Cf. Lemley (1999, p. 256-258) (arguing that copyright owners should have stronger rights of attribution and nonattribution online).

keeping access to the work alive, particularly if doing so allows the world to see what the copyright owner once believed.⁸¹

2 LEGITIMATE REASONS TO MAKE CONTENT DISAPPEAR

While fair use should generally protect those seeking to keep once-public content available, there are circumstances in which a copyright owner has a legitimate reason to withdraw content from the public eye.

Security and updating. First, the old content may be broken, or even dangerous. Software programs, for instance, are regularly updated with patches to fix security vulnerabilities (see ABOUT, 2021b; SECURITY 2020). The publisher may reasonably worry that someone who disseminates an out-of-date version of a computer program is creating a cybersecurity risk (see SYMANOVICH, 2021).⁸² That is particularly true if the software operates online, so that the publisher may leave its own system vulnerable if it accepts data from compromised older programs. But even if it isn't regularly online, a publisher may still decide that the legal and economic risks of supporting insecure software are too great.

Cybersecurity is a legitimate reason to replace older versions with newer ones. But even if there isn't a security threat, software and games are frequently updated to fix bugs (see FAROKHMANESH, 2021; ABOUT, 2021c). Modern computer systems are so complicated that it is virtually impossible to release software that is bug-free (THE MYTH, 2016).⁸³ Replacing older, buggy code with debugged code seems legitimate, and the fact that a copyright owner releases updates designed to fix errors shouldn't require it to keep offering older versions of the code on its site or permit third parties to copy those versions.

Interactive content. Second, copyright owners may have good reason to withdraw old content while issuing new content when the thing the copyright owner wants to change is interactive rather than passively consumed. A copyright owner that updates a multiplayer video game can't always easily make older versions available, because users might not be able to interact across different versions. In that case, there is a stronger argument for replacing the older version altogether so the copyright owner can provide an enhanced experience without forking the game into two versions. Video games often

⁸¹ Here too the right might be more reasonably limited to academic uses and discussion rather than commercial exploitation of the offensive work.

⁸² ("Software updates often include software patches. They cover the security holes to keep hackers out.").

⁸³ ("There is simply no such thing as bug free software.").

include downloadable extras, for instance, and are frequently updated with bug fixes (see DOWNLOADABLE, 2021). While the user of a single-player game might choose not to update the game and instead choose to keep the original experience, online multiplayer games can't always handle players interacting with each other while running different versions of the game (see CALL, 2019).⁸⁴ So there is a good argument to allow video game and other software updates to replace the original version. But books, movies, and music don't need a similar feature.

Two complications to updates of interconnected systems involve platform compatibility and widespread demand for a previous platform. A significant minority of *World of Warcraft* players, for instance, prefer the original version without subsequent updates, to such an extent that they run their own underground servers to allow users to play the original game (PARK, 2021). There is a legitimate question whether users should be allowed to run separate, free-standing versions of obsolete game systems the copyright owner no longer offers. I discuss this phenomenon in the context of game modifications ("mods") and obsolete platforms below (see *infra* notes 101-104 and accompanying text).

Legal restrictions. Third, the copyright owner might be obligated to remove the content because it violates someone else's copyright. The Joan Crawford movie *Letty Lynton*, for example, was pulled from public distribution because it was enjoined after it was held to infringe the copyright in the play on which it was based.⁸⁵ The plaintiff can still distribute the underlying play (and indeed it licensed a competing movie with Hedy Lamarr some years later), but the content added by the defendants is no longer available. Copyright owners obviously shouldn't be required to make a work available if a court has ordered them not to. Even if a court denies an injunction, they aren't obligated to pay damages by continuing to infringe on the original copyright.⁸⁶

A somewhat closer question is presented by unresolved claims of infringement. Many people sue video and music publishers for copyright infringement, and most of those suits are bogus. Indeed, any sufficiently

⁸⁴ (stating that users can play single-player mode, but not multiplayer, while they wait for update to install).

⁸⁵ Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp., 309 U.S. 390, 409 (1940). It has not been exhibited since, and is known in movie buff circles as the "lost Joan Crawford movie." Douglas Laycock & Richard L. Hasen, *Modern American Remedies: Cases and Materials* 549 (5th ed. 2018).

⁸⁶ This problem isn't limited to infringers. Copyright owners can terminate their licenses after thirty-five years in some limited circumstances, and this has led to litigation and the withdrawal of some works that were authorized when made but whose authorization was then withdrawn. See, e.g., *Stewart v. Abend*, 495 U.S. 207, 227, 238 (1990) (holding that Alfred Hitchcock movie *Rear Window* was subject to such a termination); (NIMMER; MENELL, 2002, p. 388-398) (providing history behind Copyright Act and its subsequent amendments relating to its provision of right to terminate transfers thirty-five years after an assignment).

successful movie seems destined to attract suits from people claiming they came up with the idea for the movie.⁸⁷ A copyright owner might reasonably fear losing such a suit and decide to withdraw the work from publication as part of a settlement. That too should be permissible, though there is a risk that copyright owners will use bogus lawsuits as part of a strategy to withdraw a work for impermissible reasons.⁸⁸

Another complication is that some works incorporate other works, and the copyright owner may not have the rights to use those other works. For example, the classic documentary *Eyes on the Prize* included copyrighted material from third parties but didn't get rights to that material for uses that occurred more than ten years after the documentary was released.⁸⁹ If the copyright owner cannot rerelease a work without infringing on components included in that work, presumably the fair user would have the same problem.⁹⁰

One legal restriction that should not protect those who withdraw content from operation of the fair use doctrine is a license purporting to restrict distribution of the content. Unlike a claim of infringement by a third party, an agreement between the copyright owner and a licensee shouldn't result in no one having the right to distribute the work. A significant fraction of content likely disappears not because the creator wants to withdraw the work but because she granted an exclusive license to a distribution platform like Netflix and that distributor then stopped distributing the work. But "Netflix will make more money streaming something else" isn't a legitimate reason to deny the world access to the content.

That doesn't mean that copyright owners can't sign exclusive distribution deals. They can and they will. But those distribution deals have to involve actual distribution. If the distributor stops distributing, others should be free to step in and keep the work available. Notably, that includes the copyright owner herself,

⁸⁷ See, e.g., *Litchfield v. Spielberg*, 736 F.2d 1352, 1358 (9th Cir. 1984) (rejecting claim that blockbuster movie *E.T. The Extra Terrestrial* was based on plaintiff's musical play, "Lokey from Maledmar").

⁸⁸ Until recently, this wasn't much of a problem because copyright suits were brought against works early in their life. Unfortunately, the Supreme Court abolished the doctrine of laches in *Petrella v. Metro-Goldwyn-Mayer, Inc.*, 572 U.S. 663 (2014), leading to a flood of dubious lawsuits against old works. Still, most lawsuits are brought against works that are making money (to paraphrase Willie Sutton, "that's where the money is"), and publishers are less likely to want to remove those works from the public eye.

⁸⁹ I am indebted to Tony Reese for this example (see REESE, 2010, p. 67).

⁹⁰ This may be less common of a problem than it seems, both because fair use favors transformative uses and because the underlying copyright owners are presumably objecting to the continued use of the work, making it hard for them to credibly assert market harm from that use. See *Google LLC v. Oracle Am., Inc.*, 141 S. Ct. 1183, 1202-05 (2021) (holding that Google's use of Sun's API to make Android mobile apps was transformative where Sun's API was created for desktop and laptop computers).

who under my proposal may effectively take back a work she has licensed if the licensee is no longer distributing it (see also KRETSCHMER; GIBLIN, 2021, p. 279).⁹¹

Ephemeral content. Finally, some content – even content made public – is not intended to be permanent. There is no right of public access to private letters, internal corporate memoranda, etc., at least in normal circumstances.⁹² But there also is no right to permanent public access to works that are intended to be ephemeral. Snaps and stories on social media, for instance, exist for a short period of time and then disappear. Unrecorded theatrical, musical, or dance performances may be public in the moment but aren't meant to be preserved forever. And some works of art deliberately degrade over time.⁹³ Copyright owners may create a work intending that it lapse over time. When they do, the public doesn't lose out by having it disappear as a result of a technological change.

3 WHERE TO GET A COPY

Even if making disappeared content available is legal under the fair use doctrine, that doesn't guarantee that anyone actually has a copy they can make available. As I noted in Part I, as the world moves to streaming it may become harder and harder to find those copies unless you are the copyright owner (see *supra*, Part I). Indeed, the problem is worse than it appears; even content creators themselves don't always save their work so that it can be ported to new platforms (see REESE, 2017, p. 1.033-1.040),⁹⁴ and they sometimes rely on

⁹¹ (discussing the “use it or lose it” licensing rule under the article 22 of the EU’s Digital Single Market law). More on what happens to other fair users if an author takes back their rights *infra* notes **Erro! Indicador não definido.-Erro! Indicador não definido.** and accompanying text.

⁹² Works that are never made available to the public are outside the scope of my analysis. They may be withheld for good reasons or bad, but because they were never offered to the public, the fair use analysis differs. See, e.g., Peter Letterese & Assocs., Inc. v. World Inst. of Scientology Enters., 533 F.3d 1287, 1313-14 (11th Cir. 2008). The second fair use factor gives copyright owners more control over whether and when to publish a work. See Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters., 471 U.S. 539, 554 (1985) (concluding “that the unpublished nature of a work is ‘a key, though not necessarily determinative, factor’ tending to negate a defense of fair use” (quoting S. Rep. n.º 94-473, at 64 (1975)); Salinger v. Random House, Inc., 811 F.2d 90, 96 (2d Cir. 1987) (applying *Harper & Row* to “place special emphasis on the unpublished nature of Salinger’s letters” in a fair use analysis). That control is not absolute, however. 17 U.S.C. § 107 (“The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.”). For discussion of purely private copyrighted works, see Balganesh, *supra* note 49; and Goldman & Silbey (2019, *supra* note 46).

⁹³ Subversive artist and prankster Banksy once rigged a painting to automatically shred itself soon after selling at auction for over £1 million (JOHNSTON, 2018). Meanwhile, satirical sculptor Maurizio Cattelan taped a banana to a wall to create his famous Comedian sculpture (CASCOME, 2019).

⁹⁴ (discussing problem of lost works not preserved by copyright owners).

pirated copies to restore and update their own works (see GRAYSON, 2014).⁹⁵

Declaring the distribution of those works to be fair use will help, because it means that anyone who does have a copy can share it. And archival sites like Google Books or the Internet Archive may put out a call for such copies. They should be permitted to make disappeared content available to users in its entirety. But there is another promising source of disappeared content: the Copyright Office.⁹⁶ The Copyright Office requires that anyone who registers their copyright (and most U.S. authors and publishers do) deposit a copy of that work (17 U.S.C. § 407). The Copyright Office will release that copy for some purposes, including where there is litigation over a work.⁹⁷ But the office could change its regulations to provide a copy of a deposited work to anyone who certifies that the work is out of print and is no longer being exploited. This won't solve all access problems; not everyone registers their work, and deposits for computer software don't include functioning code (U.S. COPYRIGHT, 2012).⁹⁸ But it would be a significant step towards availability of a copy.

4 DISAPPEARING TECHNOLOGY PLATFORMS

While I have focused on the problem of content disappearing because of the shift to streaming and cloud-based remote access, content can also "disappear" not because consumers don't have a copy of it but because they have no effective way to access that copy. Technology platforms change regularly, and they tend to be backwards compatible only for a limited period of time. If you've got a computer program on a floppy disk (either the kinds that were actually floppy or the ones that weren't), music on an eight-track tape, a Betamax videotape, or a Sega Genesis game cartridge, good luck getting access to it.⁹⁹ The content hasn't disappeared – consumers still have relatively durable copies – but as a practical matter no one can access it. This problem isn't limited to video games. Maybe

⁹⁵ (discussing efforts to resurrect game that "has been out of commission for more than a decade. In the intervening time, it's become harder and harder to even get your hands on a copy of the game – let alone get it to work on a modern operating system."). As the project lead put it, "it's frustrating because if we had just saved the right files, it'd be so much easier." *Id.* The game developers themselves ended up using pirated copies of the game, as well as source code that developers had taken home without permission. *Id.*

⁹⁶ I am indebted to Ryan Vacca and Jacob Goldin for this suggestion. For a proposal to expand the deposit copy requirement, see Reese (2012, p. 312-313).

⁹⁷ See *Atari Games Corp. v. Nintendo of Am. Inc.*, 975 F.2d 832, 841 (Fed. Cir. 1992) (discussing regulations and their misuse in that case).

⁹⁸ ("The copyright law does not protect the functional aspects of a computer program, such as the program's algorithms, formatting, functions, logic, or system design.").

⁹⁹ This has been a worry since the last millennium, when some were concerned that early digital text would not be preserved. See Rothenberg (1998) The move to the Internet made obsolete formats less of a problem for text, because it was relatively easy to store and replicate it online. This remains a bigger problem for video games and other large files, however.

you managed to hold onto a very old computer or a Betamax, but you probably didn't. And even if you did, it likely won't connect to any modern data storage system.¹⁰⁰ The same may be true of an early Kindle. Andy Warhol, for instance, did early computer art for a Commodore Amiga, but it was lost for years until an archivist managed to recover it.¹⁰¹

A right to access published content, then, may turn out to require some sort of right to port that content to modern platforms. Sometimes that can be done by finding an old machine and a way to copy the content to a new machine. In other cases, however, accessing old content may effectively involve recreating it. There is a vibrant underground market for video game emulators – software that emulates an old video game on a modern platform (see COHEN, 2020). Courts have treated copying to permit cross-platform interoperability as fair use, even when the resulting product competes directly with the copyright owner's works.¹⁰² If, as I suggested in Part II.A, fair use permits defendants to copy out-of-print content, and it also permits porting of published content to new platforms, it ought to permit people to adapt that out-of-print content so it can be effectively accessed using modern systems (see GODFREY, 2020).¹⁰³ Emulating out-of-print video games on new platforms should be legal. If it isn't, the fair use right to share those games is practically worthless. But copyright owners fight it vigorously (see, e.g., HOW, 2021a).¹⁰⁴

¹⁰⁰ There are companies that will up-convert some kinds of content from old media, but they generally focus on home movies and other personally generated content. See, e.g., VHS (2020). William Gibson (1996) has a science-fiction book set decades in the future in which a protagonist collects and preserves working copies of old hardware so people can find their content.

¹⁰¹ Whereupon, this being 2021, it was promptly turned into an NFT (CASCONE, 2021).

¹⁰² See Sega Enters. Ltd. v. Accolade, Inc., 977 F.2d 1510, 1527-28 (9th Cir. 1992) (finding Accolade's reverse engineering of software in Sega's video games to make their own games compatible with Sega game console to be fair use of Sega's software); Sony Comput. Ent., Inc. v. Connectix Corp., 203 F.3d 596, 608 (9th Cir. 2000) (holding that making copies of copyright-protected software during process of reverse engineering to create competing platform was fair use).

¹⁰³ See Godfrey, 2020 (suggesting that "it [is] likely that reconstructing and publicly releasing source code would be considered a fair use"). Some have suggested that estoppel or implied license might permit such a use (see THOMAS, p. 2019, 561-576). But the fact that companies resist emulation makes it hard to apply those doctrines to obsolete technology.

¹⁰⁴ (detailing how to report potential infringements of Nintendo products such as "ROM sites, emulators, Game Copiers, Counterfeit manufacturing, or other illegal activities"). For instance, Nintendo sent takedown notices in 2020 to an individual who ported Super Mario 64, a game first released in 1996 and made for the now-obsolete Nintendo 64 platform, to PC. (ROBINSON, 2020). For a discussion of how copyright owners have targeted emulators, see, for example, Magaldi; Sales; Davis (2020). Things get more complicated if the content is encrypted, because copyright owners may invoke 17 U.S.C. § 1201 of the Digital Millennium Copyright Act to prevent the unlocking of that content. Thus, even if I could find a DVD of *El Ministerio del Tiempo*, it is likely to be region-coded for Europe, and sharing that work with the public requires not only making a copy but also bypassing the copy control system. Courts have disagreed over whether a desire to make fair use of the underlying work justifies breaking the encryption in that work. Compare Chamberlain Grp., Inc. v. Skylink Techs., Inc., 381 F.3d 1178, 1202-03 (Fed. Cir. 2004) (yes), with MDY Indus., LLC v. Blizzard Ent., Inc., 629 F.3d 928, 950-52 (9th Cir. 2010) (no). But that problem may be less significant in practice, because many people who will want to make fair use of a work that has disappeared will already have an unlocked copy of the work. If they don't, they may not be able to get a copy of any sort, locked or unlocked.

One recent decision found that porting a body of copyrighted work from one platform to another was fair use as a matter of law. In *Monsarrat v. Newman* [n.º 20-cv-10810, 2021 WL 217362 (D. Mass. Jan. 21, 2021)] the court held that the heads of a LiveJournal discussion forum could copy all the historical content of that forum in order to move the discussion off LiveJournal to a different platform (*id.* at *2). It noted that while the copyrighted material was copied in full, “a full reproduction is consistent with historical and preservationist purposes.” (*id.* at *3).

5 GAMING THE SYSTEM

There is some risk that both copyright owners and defendants will try to evade or game the right to access out-of-print content. Copyright owners might try to avoid having a work declared out-of-print while effectively withdrawing it from public access for reasons I rejected above as impermissible. For instance, they might offer the copyrighted work for an extremely high price or offer it in places or subject to conditions that make it practically inaccessible but allow them to claim that it is still technically in print. Trademark owners have engaged in similar token uses in an effort to avoid being deemed to have abandoned their marks (see MICHELETTI, 2004, p. 634-635. Cf. HRDY; LEMLEY, 2021, p. 42-51, arguing that trade secrets should be free for others to use if their owner abandons them).

On the flip side, accused infringers might try to game the right to access content by claiming that remastering or other trivial edition changes cause the previous edition to go out-of-print, allowing them to copy a version of a work that doesn’t substantially differ from the work the copyright owner is still selling and profiting from.

Neither form of gaming should be permitted. The good news is that the fair use doctrine, because it is multifactored and fact-specific, lends itself well to a detailed evaluation of whether content is really out of print and not justified by one of the exceptions noted above. There will naturally be hard cases at the margins. But none of them should distract from the fundamental public right to have continued access to once-published content.

A final problem comes, not from copyright, but from the supplementation of copyright with automated filtering systems. Copyright owners have to consider fair use before sending Digital Millennium Copyright Act (“DMCA”) takedown notices.¹⁰⁵ But relatively few YouTube takedowns, for example, come as a result

¹⁰⁵ See *Lenz v. Universal Music Corp.*, 801 F.3d 1126, 1133 (9th Cir. 2015).

of copyright owner complaints (SHINN, 2015, p. 363-364, 370-272). Most are processed through YouTube's Content ID system (THE DIFFERENCE, 2021).¹⁰⁶ If Content ID flags a published work as copyrighted, it will automatically take the work down even if the copyright owner isn't making the work available and so it should be fair use (SOLOMON, 2015, p. 253-254; BARTHOLOMEW, 2015, p. 68). So we may need either a registry of out-of-print works¹⁰⁷ or for automated filtering systems to update to exclude out-of-print works from their copyright-driven filtration systems.¹⁰⁸

6 REAPPEARING CONTENT

What happens if content disappears and then later reappears? I discussed above a copyright owner's efforts to withdraw a work for a limited time period (see *supra* notes 43-44 and accompanying text). I have in mind here something different – the copyright owner who “redisCOVERS” a lost work after others are already making fair use of it. True rediscovery will be rare; after all, the work is not truly lost if others have access to it and are sharing it under the fair use doctrine. More likely is what we might call “opportunistic rediscovery.” A copyright owner who has abandoned a work because it didn't seem profitable may discover that people still want the work once someone else releases it under the fair use approach I outlined above.¹⁰⁹ Or they may try to take the work back from an exclusive licensee who has stopped distributing the work under the very fair use theory I offer here.

The copyright owner surely has the legal right to start back up selling or licensing the work at that point. Even if she has exclusively licensed it to someone who stopped distributing it, she should have the same right to make fair use of her own disappeared content that anyone else would.

¹⁰⁶ (“Since January 2014, Content ID claims have outnumbered copyright takedowns by more than 50 to 1.”).

¹⁰⁷ The Berne Convention prevents member countries from requiring registration as a condition of copyright protection. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, Sept. 9, 1886, as revised at Stockholm on July 14, 1967, 25 U.S.T. 1341, 828 U.N.T.S. 221. But it doesn't prevent creating a registry of works that are no longer being exploited. *Id.*

¹⁰⁸ Platforms aren't required to offer works by fair users. But systems like ContentID are designed to weed out copyright infringement (HOW, 2021b). It makes little sense to apply them to content that is not infringing.

¹⁰⁹ One example involves the video game Age of Empires II, which was released in 1999 (AGE, 2021) (noting that 2019 Definitive Edition release “celebrates the 20th anniversary of” original game). Like most games, it had a good run for a couple of years but was gradually eclipsed by newer games. But it was rediscovered more than a decade later after a fan-developed expansion grew sufficiently popular that the game was updated and released on Steam (Williams, 2013).

A somewhat harder question is what should happen to the third-party fair user. It might seem unfair to say the fair use has to stop once the copyright owner is back in the game.¹¹⁰ But I think the logic of fair use based on disappearing content requires it. The copyright owner is still the owner, assuming they have not gone through the difficult process of expressly abandoning the work.¹¹¹ And once they are selling the work again, the independent user is directly competing with them by providing the very same work. That's hard to justify under fair use. The right to restore disappearing content must end when the copyright owner has brought the work back to life.

That said, the use was fair at the time. The independent user shouldn't face liability for conduct that was legal (and indeed likely caused the copyright owner to bring the work back). And the law should allow her a reasonable time to wind down operations and sell off inventory without fear of legal liability, just as the Copyright Act has done in situations where it has "restored" lapsed copyrights and cut off the rights of intervening users [17 U.S.C. § 104(A)].

CONCLUSION

One of the great advantages of digital content has been that for the last forty years, people have had access to whatever content they want whenever they wanted it. That is starting to change. We're moving backwards. Content is disappearing—not just becoming available only in limited times or circumstances, but becoming entirely unavailable.

It doesn't need to be that way. It is now cheap and easy enough to make all content available. If the copyright owner can't or won't continue to provide a published work, others should be permitted to pick up the slack. Fair use should encompass a right of access to published content. That right, like all of fair use, ought to have limits and exceptions. But a basic right to continued access to published works is consistent with the fundamental purposes of copyright.

In the past we might have aspired to a world in which all the works of history were available forever. That's now an achievable goal. The dead hand control of copyright shouldn't stand in the way.

¹¹⁰ Gideon Parchomovksy and Abraham Bell make a strong case that fair use, once established, should become a vested right. (BELL; PARCHOMOVSKY, 2021). But even if that is generally true, I don't think it should be true when the only reason the use is fair in the first place is because the copyright owner isn't exploiting the work.

¹¹¹ On abandonment of copyright, see generally Fagundes & Perzanowski (2020, p. 487).

REFERENCES

- ABOUT iOS 14 updates. In: Apple. July 26, 2021c. Available at: <<https://support.apple.com/en-us/HT211808>>.
- ABOUT the library project. In: Google Help. Available at: <<https://support.google.com/websearch/answer/9690276>>. Last visited: Aug. 14, 2021a.
- ABOUT the security content of iOS 14.4 and iPadOS 14.4. In: Apple. May 28, 2021b. Available at: <<https://support.apple.com/en-us/HT212146>>.
- AFTER a boom year in video streaming, what comes next? In: PWC. Available at: <<https://www.pwc.com/us/en/services/consulting/library/consumer-intelligence-series/consumer-video-streaming-behavior.html>>. Last visited: Aug. 14, 2021.
- AGE of empires II: definitive edition. In: Steam. Available at: <https://store.steampowered.com/app/813780/Age_of_Empires_II_Definitive_Edition/>. Last visited: Aug. 14, 2021.
- ALTER, Rebecca. Every blackface episode and scene that's been pulled from streaming so far. In: Vulture. June 29, 2020. Available at: <<https://www.vulture.com/2020/06/blackface-tv-episodes-scenes-removed-streaming.html>>.
- ANDERSON, Chris. **The long tail:** why the future of business is selling less of more. New York: Hyperion, 2006.
- ARICARLOSPENA. Netflix's growth alongside digital transformation. In: Digital Innovation & Transformation: MBA Student Persps. Feb. 1, 2018. Available at: <<https://digital.hbs.edu/platform-digit/submission/netflixs-growth-alongside-digital-transformation/#>>.
- ARNOLD, Thomas K. 'Bambi' Is back – for 70 'II' days. In: USA Today. Feb. 6, 2006, 9:30 PM. Available at: <https://usatoday30.usatoday.com/life/movies/news/2006-02-06-bambi_x.htm>.
- ASAY, Clark D.; SLOAN, Arielle; SOBCZAK, Dean. Is transformative use eating the world? In: **Boston College Law Review**, Newton (Massachusetts), Ed. Boston College Law School, v. 61, p. 905-970, 2020.
- AYRES, Ian; GERTNER, Robert. Filling gaps in incomplete contracts: an economic theory of default rules. In: **The Yale Law Journal**, New Haven (Connecticut), Ed. Yale Law School, v. 99, Issue 1, p. 87-130, 1989.

AYRES, Ian; TALLEY, Eric. Solomonic bargaining: dividing a legal entitlement to facilitate coasean trade. In: **The Yale Law Journal**, New Haven (Connecticut), Ed. Yale Law School, v. 104, p. 1.027-1.117, 1995.

BALGANESH, Shyamkrishna. Privative copyright. In: **Vanderbilt Law Review**, Nashville (TN), Ed. Vanderbilt University Law School, v. 73, Issue 1, 2020.

BARNES, David W. The incentives/access tradeoff. In: **Northwestern Journal of Technology and Intellectual Property**, Chicago (Illinois), Ed. Northwestern University School of Law, v. 9, n. 3, p. 96-127, 2010.

BARTHOLOMEW, Taylor B. Note, the death of fair use in cyberspace: YouTube and the problem with content ID. In: **Duke Law & Technology Review**, Durham (North Caroline), v. 13, p. 66-88, 2015.

BEDINGFIELD, Will. We finally know how bad for the environment your Netflix habit is. In: Wired. Mar. 15, 2021, 6:00 AM. Available at: <<https://www.wired.co.uk/article/netflix-carbon-footprint>>.

BEEBE, Barton. An empirical study of U.S. copyright fair use opinions 1978-2005. In: **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia (PA), Ed. University of Pennsylvania, v. 156, p. 549-624, 2008.

BEERS, Brian. How Netflix pays for movie and TV show licensing. In: Investopedia. Aug. 6, 2020. Available at: <<https://www.investopedia.com/articles/investing/062515/how-netflix-pays-movie-and-tv-show-licensing.asp>>.

BELL, Abraham; PARCZOMOVSKY, Gideon. Propertizing fair use. In: **Virginia Law Review**, Ed. Faculty Scholarship at Penn Carey Law, v. 107, p. 1.255-1.304, 2021.

BELTON, Padraig; WALL, Matthew. Did technology kill the book or give it new life? In: BBC News. Aug. 14, 2015. Available at: <<https://www.bbc.com/news/business-33717596>>.

BIXENSPAN, David. When the internet archive forgets. In: Gizmodo. Nov. 28, 2018, 11:00 AM. Available at: <<https://gizmodo.com/when-the-internet-archive-forgets-1830462131>>.

CALL of duty: modern warfare installation and setup. In: Activision. Oct. 28, 2019. Available at: <<https://support.activision.com/modern-warfare/articles/call-of-duty-modern-warfare-installation-and-setup>>.

CASCON, Sarah. Maurizio Cattelan is taping bananas to a wall at art basel Miami Beach and selling them for \$120,000 each. In: Artnet News. Dec. 4, 2019. Available at: <<https://news.artnet.com/market/maurizio-cattelan-banana-art-basel-miami-beach-1722516>>.

CASCONE, Sarah. The Warhol Foundation is auctioning off the artist's computer-based works as NFTs: an archivist who uncovered them is outraged. In: Artnet News. May 21, 2021. Available at: <<https://news.artnet.com/market/andy-warhol-nft-christies-1971474>>.

CASE study: how Netflix uses cloud for innovation, agility and scalability. In: Cloudsine. Available at: <<https://www.cloudsine.tech/news-trends/case-study-how-netflix-uses-cloud-for-innovation-agility-and-scalability/>>. Last visited Aug. 14, 2021.

CHALK, Andy. Valve removed 1000 games from steam because publishers were 'abusing' steamworks. In: PC Gamer. Nov. 25, 2019. Available at: <<https://www.pcgamer.com/1000-games-were-just-removed-from-steam-and-we-dont-know-why/>>.

CHRISSEL313. Why do songs on spotify change? In: Spotify Community. Apr. 6, 2017, 9:09 PM. Available at: <<https://community.spotify.com/t5/Content-Questions/Why-do-songs-on-Spotify-change/m-p/1636198#M16009>>.

CLARK, Mitchell. Frontier communications is getting sued by record labels for not disconnecting pirates. In: Verge. June 10, 2021, 9:06 PM. Available at: <<https://www.theverge.com/2021/6/10/22528633/frontier-isp-lawsuit-record-labels-piracy-disconnection>>.

COHEN, Jason. The best emulators for playing retro games on modern devices. In: PCMag. Aug. 21, 2020. Available at: <<https://www.pc当地.com/how-to/the-best-emulators-for-playing-retro-games-on-modern-devices>>.

COHEN, Julie E. Copyright and the jurisprudence of self-help. In: **Berkeley Technology Law Journal**, Berleley, Ed. Boalt School of Law (University of California), v. 13, 1998.

CROOTOF, Rebecca. The Internet of torts: Expanding civil liability standards to address corporate remote interference. In: **Duke Law Journal**, Durham (North Caroline), Ed. Duke University School of Law, v. 69, Issue 3, p. 581-667, 2019.

CUNNINGHAM, Colleen; EDERER, Florian; MA, Song. Killer acquisitions. In: **Journal of Political Economy**, Chicago (Illinois), Ed. University of Chicago Press, v. 129, n. 3, p. 649-702, 2021.

DOWNLOADABLE content (DLC). In: Steamworks. Available at: <<https://partner.steamgames.com/doc/store/application/dlc>>. Last visited: Aug. 14, 2021.

Dr. SEUSS: six books withdrawn over 'hurtful and wrong' imagery. In: BBC News. Mar. 4, 2021. Available at: <<https://www.bbc.com/news/>>

entertainment-arts-56250658#:~:text=Among%20the%20six%20children's%20titles,after%20consulting%20experts%20and%20teachers>.

EARLZ. Spotify is playing a different version of some songs. In: Spotify Community. Jan. 23, 2014, 5:21 PM. Available at: <<https://community.spotify.com/t5/Desktop-Linux/Spotify-is-playing-a-different-version-of-some-songs/m-p/662984#M1684>>.

EPSTEIN, Edward Jay. Hollywood's death spiral. In: Slate. July 25, 2005, 2:48 PM. Available at: <<https://slate.com/culture/2005/07/hollywood-s-death-spiral.htm>>.

FAGUNDES, Dave; PERZANOWSKI, Aaron. Abandoning copyright. In: **William & Mary Law Review**, Williamsburg (VA), Ed. William & Mary School, v. 62, p. 487-570, 2020.

FAROKHMANESH, Megan. Cyberpunk 2077's latest patch fixes hundreds of bugs. In: Verge. Mar. 29, 2021, 2:01 PM. Available at: <<https://www.theverge.com/2021/3/29/22356546>>.

FOLTÝN, Tomáš. Pirate websites expose users to more malware, study finds. In: WeLiveSecurity. Mar. 21, 2018, 3:50 PM. Available at: <<https://www.welivesecurity.com/2018/03/21/pirate-websites-malware-study/>>.

FRANGOUL, Anmar. With over 1 billion users, here's how YouTube is keeping pace with change. In: CNBC. Mar. 14, 2018, 4:54 AM. Available at: <<https://www.cnbc.com/2018/03/14/with-over-1-billion-users-heres-how-youtube-is-keeping-pace-with-change.html>>.

FRIED, David. What does a game dev team do after a game is released? In: Quora. 2017. Available at: <<https://www.quora.com/What-does-a-game-dev-team-do-after-a-game-is-released-Is-the-entire-team-needed-to-maintain-the-game>>.

GAJANAN, Mahita. These are the most popular Netflix shows and movies – according to Netflix. In: Time. July 16, 2020, 1:09 PM. Available at: <<https://time.com/5697802/most-popular-shows-movies-netflix/>>.

GAMES at risk of removal. In: Steam. Available at: <<https://store.steampowered.com/curator/31857481-Games-at-risk-of-removal/list/35810>>. Last visited: Aug. 14, 2021.

GARCÍA, Kristelia A. Penalty default licenses: a case for uncertainty. In: **New York University Law Review**, New York, Ed. New York University, v. 89, Issue 4, p. 1.117-1.183, October 2014.

GODFREY, Joseph. Super Mario decompiled. In: **Science and Technology Law Journal**, New York, Ed. Columbia University Libraries / Columbia Law, v. 12, 1, 11, 2020.

GOLDMAN, Eric; SILBEY, Jessica. Copyright's memory hole. In: **Brigham Young University Law Review**, Provo (Utah), Ed. Brigham Young University, 2019.

GOLDSTEIN, Paul. **Copyright's highway**: from Gutenberg to the celestial jukebox. New York: Hill & Wang, 1994.

GRACY, Karen F. Documenting the process of film preservation. In: **The moving image**, Minneapolis (MN), Ed. University of Minnesota Press, v. 3, Issue 1, p. 1-41, 2003.

GRAYSON, Nathan. The crazy journey to save grim fandango. In: Kotaku. Nov. 10, 2014, 2:00 PM. Available at: <<https://www.kotaku.com.au/2014/11/the-crazy-journey-to-save-grim-fandango/>>.

GRIFFIN, James. Licensing and exploiting. In: Copyrightuser.org. Available at: <<https://www.copyrightuser.org/understand/rights-permissions/licensing-exploiting/>>. Last visited: Aug. 14, 2021.

GRIFFITHS, Sarah. Why your internet habits are not as clean as you think. In: BBC. Mar. 5, 2020. Available at: <<https://www.bbc.com/future/article/20200305-why-your-internet-habits-are-not-as-clean-as-you-think>>.

GYLLENVARG, Mattias. Will my internet provider shut down my internet if i torrent? In: Quora. 2020. Available at: <<https://www.quora.com/Will-my-internet-provider-shut-down-my-internet-if-I-torrent>>.

HEALD, Paul J. How copyright keeps works disappeared. In: **Journal of Empirical Legal Studies**, London, Ed. John Wiley, v. 11, n. 4, p. 829, 2014.

HRDY, Camilla A.; LEMLEY, Mark A. Abandoning trade secrets. In: Stanford Law Review, Stanford, Ed. Stanford Law School, v. 73, p. 1-66, 2021.

HOOFNAGLE, Chris Jay; KESARI, Aniket; PERZANOWSKI, Aaron. The tethered economy. In: **The George Washington Law Review**, Washington (DC), Ed. The George Washington University Law School, v. 87, Issue 4, p. 783-802, 2019.

HOW content ID Works. In: YouTube Help. Available at: <<https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=en>>. Last visited Aug. 14, 2021b.

HOW to report potential infringements of Nintendo products. In: Nintendo: customer support. Available at: <https://en-americas-support.nintendo.com/app/answers/detail/a_id>. Last visited: Aug. 14, 2021a.

HUTCHINSON, Sean. Why finding the original 1977 'Star Wars' verges on the impossible. In: Pocket. Available at: <<https://getpocket.com/explore/item/>>.

- why-finding-the-original-1977-star-wars-verges-on-the-impossible?utm_source=pocket-newtab>. Last visited: Aug. 14, 2021.
- INTERNET archive. Available in: <<https://archive.org/>>. Last visited: Aug. 14, 2021.
- JIMÉNEZ, Jesus. Column on ‘wokeness’ ruining Disney World Experience draws backlash. In: N.Y. Times. Apr. 24, 2021. Available at: <<https://www.nytimes.com/2021/04/24/business/disney-world-woke-column.html>>.
- JOHNSTON, Chris. Banksy auction stunt leaves art world in shreds. In: Guardian. Oct. 6, 2018, 4:11 AM. Available at: <<https://www.theguardian.com/artanddesign/2018/oct/06/banksy-sothebys-auction-prank-leaves-art-world-in-shreds-girl-with-balloon>>.
- KASUNIC, Robert. Is that all there is? reflections on the nature of the second fair use fator. In: **Columbia Journal of Law & the Arts**, New York, Ed. Columbia Law School, v. 31, 2008.
- KRETSCHMER, Martin; GIBLIN, Rebecca. Getting creators paid: one more chance for copyright law. In: **European Intellectual Property Review**, London, Ed. Sweet & Maxwell (Thomson Reuters), v. 43, n. 5, p. 279-282, 2021.
- LARDNER, James. How hollywood learned to stop worrying and love the vcr: home video has diminished the power of the studios – but not their profits. In: Los Angeles Times. Apr. 19, 1987, 12:00 AM. Available at: <<https://www.latimes.com/archives/la-xpm-1987-04-19-tm-1667-story.html>>.
- LAWTON, Peter; MUNRO, Claire. Music in films: the soundtrack álbum. In: Thinksync Music. 2012. Available at: <<http://thinksyncmusic.com/guides/music-in-film-the-soundtrack-album/>>.
- LEMLEY, Mark A. Is the sky falling on the content industries? In: **Journal of Telecommunications and High Technology Law**, Boulder (Colorado), Ed. University of Colorado School of Law, v. 9, p. 125-135, 2011.
- LEMLEY, Mark A. Rights of attribution and integrity in online communications. In: DRUCKER, Susan J.; GUMPERT, Gary (Ed.). **Real law @ virtual space**: communication regulation in cyberspace. 1999. p. 251-266.
- LEMLEY, Mark A. Should a licensing market require licensing? In: **Law and Contemporary Problems**, Durham (North Caroline), Ed. Duke University School of Law, v. 70, p. 185-203, 2007.
- LEMLEY, Mark A.; McCREARY, Andrew. Exit strategy. In: **Boston University School of Law Review**, Boston (MA), Boston University School of Law, v. 101, n. 1, 2021.

LEMLEY, Mark A.; REESE, R. Anthony. Reducing digital copyright infringement without restricting innovation. In: **Stanford Law Review**, Stanford, Ed. Stanford Law School, v. 56, p. 1.345-1.434, 2004.

LITMAN, Jessica D. The public domain. In: **Emory Law Journal**, Atlanta (GA), Ed. Emory University School of Law, v. 39, n. 4, p. 965-1.023, 1990.

LIU, Joseph P. Two-factor fair use? In: **Columbia Journal of Law & the Arts**, New York, Ed. Columbia Law School, v. 31, 2008.

LOREN, Lydia Pallas. The dual narratives in the landscape of music copyright. In: **Houston Law Review**, Houston (Texas), Ed. University of Houston Law Center, v. 52, n. 2, p. 537, 2014.

LUNNEY, JR., Glynn S. Copyright and the 1%. In: **Stanford Technology Law Review**, Stanford, Ed. Stanford Law School, v. 23. Issue 1, p. 37-50, 2020.

LUNNEY, JR., Glynn S. Reexamining copyright's incentives-access paradigm. In: **Vanderbilt Law Review**, Nashville (TN), Ed. Vanderbilt University Law School, v. 49, p. 483-656, 1996.

MAGALDI, Jessica A.; SALES, Jonathan S.; DAVIS, Wade. All's fair in love and war but nothing's fair use on YouTube: how YouTube policies favor copyright owners and hinder legal fair use 11-12. Apr. 6, 2020. (unpublished manuscript). Available at: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3569760>.

MALIN, Sean. Interrogating, and culling, TV's archive. In: N.Y. Times. Aug. 19, 2020.

MALONEY, Wendi A. Mein Kampf: infringer aimed to warn of Hitler threat. In: Copyright.gov. May 2015. Available at: <<https://www.copyright.gov/history/lore/pdfs>>.

MEDIAN age of the resident population of the United States from 1960-2019. Statista Rsch. Dep't. Jan. 20, 2021. Available at: <<https://www.statista.com/statistics/241494/median-age-of-the-us-population>>.

METERANO7. List of games removed from PS store. In: PSNProfiles. Jan. 17, 2017. Available at: <<https://forum.psnprofiles.com/topic/44702-list-of-games-removed-from-ps-store/>>.

MICHELETTI, Christopher T. Preventing loss of trademark rights: quantitative and qualitative assessments of "use" and their impact on abandonment determinations. In: Trademark Reporter, New York, Ed. International Trademark Association, v. 94, n. 3, 2004.

MULLINS, Jenna. Disney is taking a movie out of the vault, but why do they hold our childhoods hostage in the first place?! In: E! Online. Feb. 6, 2015,

3:27 PM. Available at: <<https://www.eonline.com/news/622675/disney-is-taking-a-movie-out-of-the-vault-but-why-do-they-hold-our-childhoods-hostage-in-the-first-place>>.

MUSIC industry revenue worldwide from 2012 to 2021, by source. Statista Rsch. Dep't. Jan. 8, 2021. Available at: <<https://www.statista.com/statistics/239276/growth-of-the-global-music-revenue-by-type/>>.

NETANEL, Neil Weinstock. Making sense of fair use. In: **Lewis & Clark Law Review**, Portland (OR), Ed. Lewis & Clark College, v. 15, 715-771, 2011.

NGUYEN, Lan Anh. Exclusive: flappy bird creator dong Nguyen says app ‘gone forever’ because it was ‘an addictive product’. In: Forbes. Feb. 11, 2014, 2:30 AM. Available at: <<https://www.forbes.com/sites/lananhnguyen/2014/02/11/exclusive-flappy-bird-creator-dong-nguyen-says-app-gone-forever-because-it-was-an-addictive-product/>>.

NIMMER, David. “Fairest of them all” and other fairy tales of fair use. In: **Law and Contemporary Problems**, Durham (North Caroline), Ed. Duke University School of Law, v. 66, p. 263-288, 2003.

NIMMER, David; MENELL, Peter Seth (Ed.). Sound recordings, works for hire, and the termination-of-transfers time bomb. In: **Journal of the Copyright Society of the U.S.A.**, Nwe York, Ed. Copyright Society of the USA, v. 49. 387-416, 2002.

ORIGINAL release of Ghost of Tsushima now available only through director’s cut pre-order. Delisted Games. July 6, 2021. Available at: <<https://delistedgames.com/original-release-of-ghost-of-tsushima-now-available-only-through-directors-cut-pre-order/>>.

PARK, Morgan. Every WoW classic server: how to pick the realm for you. In: PC Gamer, June 1, 2021. Available at: <<https://www.pcgamer.com/wow-classic-servers/>>.

PASTUKHOV, Dmitry. What music streaming services pay per stream (and why it actually doesn’t matter). In: Soundcharts Blog. une 26, 2019. Available at: <<https://soundcharts.com/blog/music-streaming-rates-payouts>>.

PERZANOWSKI, Aaron; SCHULTZ, Jason. Copyright exhaustion and the personal use dilemma. In: **Minnesota Law Review**, Minneapolis (MN), Ed. Minnesota University Law School, v. 96, p. 2.067-2.143, 2012.

PERRIN, Andrew. Digital gap between rural and nonrural America persists. In: Pew Research Center. May 31, 2019. Available at: <<https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/05/31/digital-gap-between-rural-and-nonrural-america-persists/>>.

PICKER, Randal C. Private digital libraries and orphan works. In: **Berkeley Technology Law Jornal**, Berleley, Ed. Boalt School of Law (University of California), v. 27, p. 1.259-1.284, 2012.

POOLE, Francis C. Basic strategies for film preservation in libraries. In: **Technical Services Quarterly**, London, Ed. Taylor & Francis (Routledge), v. 16, Issue 4, p. 1-10, 1999.

REESE, R. Anthony. Copyright and Internet music transmissions: existing law: major controversies, possible solutions. In: **University of Miami Law Review**, Miami, University of Miami, v. 55, p. 237-274, 2001.

REESE, R. Anthony. Preserving the unpublished public domain. In: DREYFUSS, Rochelle C.; FIRST, Harry; ZIMMERMAN, Diane L. (Ed.), **Working within the boundaries of intellectual property**: innovation policy for the knowledge society Oxford; New York: Oxford University Press, 2010.

REESE, R. Anthony. Super Bowl I, Jazz Radio, and The Glass Menagerie: copyright, preservation, and private copies. In: **Akron Law Review**, Ohio, Ed. University of Akron School of Law, v. 51, Issue 4, 2017.

REESE, R. Anthony. The first sale doctrine in the era of digital networks. In: **Boston College Law Review**, Newton (Massachusetts), Ed. Boston College Law School, v. 44, p. 577-652, 2003.

REESE, R. Anthony. What copyright owes the future. In: **Houston Law Review**, Houston (Texas), Ed. University of Houston Law Center, v. 50, p. 287-317, December 2012.

RENSHAW, David. Is rewatching old TV good for the soul? In: BBC Culture. Apr. 27, 2021. Available at: <<https://www.bbc.com/culture/article/20210427-is-rewatching-old-tv-good-for-the-soul>>.

RICHTER, Felix. From tape deck to tidal: 40 years of U.S. music sales. Statista Rsch. Dep't. Mar. 5, 2021. Available at: <<https://www.statista.com/chart/17244/us-music-revenue-by-format/>>.

RINZLER, Alan. Shelf wars: what authors need to know about bookstore visibility. In: RINZLER, Alan (Consulting Ed.). **The Book Deal**. Apr. 13, 2010. Available at: <<https://alanrinzler.com/2010/04/shelf-wars-what-authors-need-to-know-about-bookstore-visibility/>>.

ROBINSON, Andy. Nintendo takes action against Mario 64 PC port. In: Video Games Chron. May 8, 2020, 3:19 PM. Available at: <<https://www.videogameschronicle.com/news/nintendo-takes-action-against-mario-64-pc-port/>>.

ROGERS, Everett. Video is here to stay. In: Center for Media Literacy. Available at: <<http://www.medialit.org/reading-room/video-here-stay>>. Last visited: Aug. 14, 2021.

ROTHENBERG, Jeff. Ensuring the longevity of digital information. In: **International Journal of Legal Information**, Washington, Ed. International

Association of Law Libraries / Cambridge University Press, v. 26, Issue 1-3, p. 1-22, 1998.

RULES and policies: copyright. In: YouTube. Available at: <<https://www.youtube.com/howyoutubeworks/policies/copyright/>>. Last visited: Aug. 14, 2021.

SALAZAR, Savannah. What's leaving Netflix: August 2021. In: Vulture. July 23, 2021. Available at: <<https://www.vulture.com/article/whats-leaving-netflix-movies-shows.html>>.

SAVAGE, Mark. Hundreds of K-pop songs disappear from spotify. In: BBC News. Mar. 1, 2021. Available at: <<https://www.bbc.com/news/entertainment-arts-56237626>>.

SECURITY update for Windows 10, version 1607, 1703, 1709, 1803, 1809, 1903, 1909, Windows server 2016 and Windows server 2019: February 11, 2020. In: Microsoft. Available at: <<https://support.microsoft.com/en-us/topic/security-update-for-windows-10-version-1607-1703-1709-1803-1809-1903-1909-windows-server-2016-and-windows-server-2019-february-11-2020-755ab061-817d-144b-e4de-2c4ee4f1d596>>. Last visited: Aug. 14, 2021.

SEITZ, Matt Zoller. Disney is quietly placing classic fox movies into its vault, and that's worrying. In: Vulture. Oct. 24, 2019. Available at: <<https://www.vulture.com/2019/10/disney-is-quietly-placing-classic-fox-movies-into-its-vault.html>>.

SEPINWALL, Alan. The 20 best shows made for streaming: so far. In: Rolling Stone. Nov. 21, 2018, 1:54 PM). Available at: <<https://www.rollingstone.com/tv/tv-features/20-best-streaming-original-shows-so-far-757702/>>.

SHATZKIN, Mike. Buying Is a hard thing for bookstores to do effectively, and that becomes an increasingly important reality for publishers. In: Idea Logical Co. Jan. 23, 2013. Available at: <<https://www.idealogs.com/blog/buying-is-a-hard-thing-for-bookstores-to-do-effectively-and-that-becomes-an-increasingly-important-reality-for-publishers/>>.

SHINN, Lauren D. Note, Youtube's content ID as a case study of private copyright enforcement systems. In: **AIPLA Quarterly Journal**, Arlington (VA), Ed. American Intellectual Property Law Association, v. 43, n. 2-3, 359-392, 2015.

SHIVANG. YouTube Database: how does it store so many videos without running out of storage space? In: 8bitmen.com. Available at: <<https://www.8bitmen.com/youtube-database-how-does-it-store-so-many-videos-without-running-out-of-storage-space/>>. Last visited: Aug. 14, 2021.

SOLOMON, Leron. Note, fair users or content abusers? the automatic flagging of non-infringing videos by content ID on YouTube. In: **Hofstra Law Review**, Hempstead, New, York, Ed. Hofstra University, v. 44, Issue 1, 237-268, 2015.

STONE, Brad. Amazon erases Orwell books from Kindle. In: N.Y. Times. July 17, 2009. Available at: <<https://www.nytimes.com/2009/07/18/technology/companies/18amazon.html>>.

SYMANOVICH, Joe. 5 reasons why general software updates and patches are importante. In: Norton. Jan. 23, 2021. Available at: <<https://us.norton.com/internetsecurity-how-to-the-importance-of-general-software-updates-and-patches.html>>.

THE DIFFERENCE between copyright takedowns and content ID claims. In: YouTube Help. Available at: <<https://support.google.com/youtube/answer/7002106?hl=em>>. Last visited Aug. 14, 2021.

THE MYTH of “bug free” software. In: Beta Breakers. Jan. 13, 2016. Available at: <<https://www.betabreakers.com/the-myth-of-bug-free-software/>>.

THOMAS, Andrew F. Modding the implied license doctrine: an estoppel license framework for video game mods. In: **AIPLA Quarterly Journal**, Arlington (VA), Ed. American Intellectual Property Law Association, v. 47, Issue 4, 2019.

TONG, Lorraine H. **Hitler on trial**: Alan Cranston, Mein Kampf, and the Court of World opinion. [S. l.]: Lht, 2017.

URBAN, Jennifer M. How fair use can help solve the orphan works problem. In: **Berkeley Technology Law Jornal**, Berleley, Ed. Boalt School of Law (University of California), v. 27, p. 1.379-1.430, 2012.

U.S. COPYRIGHT Office. Copyright Office Circular n.º 61: copyright registration of computer programs 1. 2012. Available at: <<http://copyright.gov/circs/circ61.pdf>>.

VHS to Digital & DVD servisse. In: Legacybox. Available at: <<https://legacybox.com/products/vhs-conversion>>. Last visited: Aug. 14, 2020.

VICTOR, Jacob. Utility-expanding fair use. In: **Minnesota Law Review**, Minneapolis (MN), Ed. Minnesota University Law School, v. 105, Issue 4, p. 1.887-1946, 2021.

VON RIMSCHA, M. Bjørn. How the DVR is changing the TV industry: a supply-side perspective. In: **International Journal on Media Management**, London, Ed. Taylor & Francis (Routledge), v. 8, Issue 3, p. 116-124, 2009.

WAITE, Jacob. The horrifying world of VHS collectors. In: Medium. June 26, 2017. Available at: <<https://medium.com/@waiteski/the-horrifying-world-of-vhs-collectors-35853f093e8>>.

WALLACH, Omri. 50 years of gaming history, by Revenue Stream (1970-2020). In: Visual Capitalist, Nov. 23, 2020. Available at: <<https://www.visualcapitalist.com/50-years-gaming-history-revenue-stream/>>.

WATSON, Amy. Estimated revenue of the U.S. broadcasting industry from 2005 to 2019. Statista Rsch. Dep't. Dec. 8, 2022. Available at: <<https://www.statista.com/statistics/184176/estimated-revenue-of-the-us-broadcasting-industry-since-2005/>>.

WHY are there only a few episodes of my show available? In: Hulu: Help Center. July 10, 2021. Available at: <<https://help.hulu.com/s/article/only-some-episodes>>.

WILLIAMS, Katie. After 14 years, an Age of Empires 2 fan mod becomes an official expansion. In: PCGamer. Aug. 19, 2013. Available at: <<https://www.pcgamer.com/after-14-years-an-aoe2-fan-mod-becomes-an-official-expansion/>>.

WINDING down focals. In: North. Available at: <<https://support.bynorth.com/hc/en-us/articles/360045128691>>. Last visited; Aug. 14, 2021.

YouTube Partner Program Overview & Eligibility. In: YouTube Help. Available at: <<https://support.google.com/youtube/answer/72851?hl=em>>. Last visited: Aug. 14, 2021.

YU, Peter K. **A Hater's guide to geoblocking**. In: Boston University Journal of Science and Technology Law, Boston (MA), Boston University School of Law, v. 25, n. 2, p. 503-529, 2019.

ZIPIN, Dina. How exactly do movies make money? In: Investopedia. Aug. 2, 2020. Available at: <<https://www.investopedia.com/articles/investing/093015/how-exactly-do-movies-make-money.asp>>.

Submissão em: 8 de outubro de 2022

Último Parecer favorável em: 27 de dezembro de 2022

Como citar este artigo científico

LEMLEY, Mark A. Disappearing content. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 1, p. 204-242, jan.-abr. 2023.

CROWDFUNDING PLATFORMS UNDER TURKISH CAPITAL MARKET LAW WITH A SPECIAL REFERENCE TO INVESTMENT COMMITTEE

NESRÍN AKIN¹

ABSTRACT

Crowdfunding is increasingly an established form of alternative finance for start-ups and SMEs, relying on small investments. Crowdfunding represents an important type of intermediation where a crowdfunding platform operates a digital platform open to the public in order to match or facilitate the matching of prospective investors or lenders with businesses that seek funding. It is compulsory to form investment committee by the Board of Directors of the platform under Turkish Capital Market Law. Investment committee assesses the feasibility and creditworthiness assessment reports issued about project belonging to entrepreneur or venture capital firm and approves the crowdfunding information form prepared about campaigns.

Keywords. Crowdfunding Platforms, Crowdfunding Services, Entrepreneur, Investor, Investment Committee.

Crowdfunding platforms, which intermediate the collection of money from the public based on shares (partnership) or borrowing and provide intermediation services electronically, were regulated under Turkish Capital Markets Law in 2017 by adding Article 35/A to the Capital Markets Law N.^o 6362 (CML).²

In addition to Article 35/A of the CML and other relevant provisions of the CML regarding crowdfunding platforms and activities, the Capital Markets Board (Board) has issued Communiqué III-35/A.2 on Crowdfunding Platforms (Communiqué), which entered into force on October 27, 2021.³ The current

¹ Asst. Prof. Dr. Doğuş University Faculty of Law, Commercial Law Department. e-mail: nakin@dogus.edu.tr, ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5445-0355>.

² Art. 110 of Law N.^o 7061 on the Amendment of Certain Tax Laws and Certain Other Laws published in Turkish Official Gazette (OG), 05.12.2017, n.^o30261.

³ Communiqué, 27.10.2021 t. 31641 p. OG and entered into force on the day of its publication. The Communiqué repealed the Communiqué on Equity-Based Crowdfunding N.^o III-35/A.1.

legal regulation on the subject in the European Union (EU) Law is Regulation 2020/1503, which was published in the Official Journal of the EU on October 20, 2020 and started to be implemented in all EU member states as of November 10, 2021.⁴ Within the scope of Article 19/7 and Article 28/5 of the Regulation, in November 2021, the European Securities and Markets Authority (ESMA) published the Final Report on the technical standards that Crowdfunding Service Providers must meet⁵ and in December 2021, the European Banking Authority (EBA) published draft technical standards for the credit scoring, pricing, risk assessment and risk management requirements of Crowdfunding Service Providers.⁶ These texts were approved by the EU Commission on July 13, 2022.⁷

Crowdfunding is the collection of money from the public through crowdfunding platforms without being subject to the provisions of the CML regarding investor indemnification within the principles determined by the Capital Markets Board in order to provide the funds⁸ needed by a project⁹ or a venture company¹⁰ is a new source of finance, financing method that enables the project or venture company in need of funds to meet its funding needs (ARMOUR; ENRIQUE, 2018, p. 52; BUSCH, 2022, p. 53; RIDLEY, 2015, p. 58).

⁴ For the text of the statute see <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020R1503>.

⁵ For the report, see https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-42-1183_final_report_-_ecspr_technical_standards.pdf. The technical standards published by ESMA aim to ensure that the credit scoring process is adequate and efficient, and to this end, common standards have been set for crowdfunding service providers to determine the creditworthiness of project owners and projects without eliminating the ability of each project owner to develop its own methodology for measuring the creditworthiness of each project owner. Under the mandatory provision of Article 19(7)(d) of the Regulation, the draft technical standards also define management requirements for crowdfunding service providers to support the project assessment process.

⁶ The draft technical standards developed by the EBA aim to provide the necessary and sufficient information to investors in order to prevent information asymmetry between crowdfunding service providers and investors to the detriment of investors.

⁷ European Commission C (2022) 4828 Final, Commission Delegated Regulation of 13.07.2022 supplementing Regulation (EU) 2020/1503 of the European Parliament and of the Council with regard to regulatory technical standards specifying conflicts of interest requirements for crowdfunding service providers, C (2022) 4828_0.pdf.

⁸ CML art.3/1(z), Communiqué III-35/A.2 on Crowdfunding, art.4/1(m). Justification of the Article: "*Crowdfunding is a method by which entrepreneurs raise financing for their business ideas or projects by raising money from the public through crowdfunding platforms in order to realize their business ideas or personal projects. The partnerships that provide financing through crowdfunding are quite small in scale compared to a publicly traded partnership, and in this context, these partnerships are not expected to have the corporate structure of a publicly traded partnership.*".

⁹ Article 4/1(iü) of the Communiqué defines a project as a business idea that requires resources for the realization of planned technology and/or production activities.

¹⁰ Article 4/1(g) of the Communiqué defines a venture company as a joint stock company established in Turkey, which will continue its activities without the obligation to establish a joint stock company and which has the potential to develop and needs resources for its project, or limited liability companies that are obliged to transform into a joint stock company before the funds collected are transferred to the blocked account opened with the escrow officer.

Crowdfunding platforms are joint stock companies that intermediate crowdfunding activities and provide services in electronic environment. The Board is authorized to determine the crowdfunding activities to be carried out through crowdfunding platforms by collecting money from the public based on partnership or borrowing, and permission of the Board is required for the establishment and operation of crowdfunding platforms. The establishment, partners, share transfers, employees, the maximum limit of the money that can be invested by each fund provider or collected by project owners and venture companies, and other principles and principles that these platforms must comply with during their activities, as well as the principles regarding the control and supervision of the use of the collected funds in accordance with their declared purpose are determined by the Board (CML. art. 35/A/1 and 2).

Pursuant to Article 4/1 of the CML, without prejudice to the provisions of other laws regarding the collection of aids and donations, the collection of money from the public through crowdfunding shall be realized through crowdfunding platforms authorized by the Board and shall not be subject to the provisions of the Law regarding the obligation to prepare a prospectus or issue document.¹¹ Pursuant to Article 30/3 of the CML, Article 96 of the CML shall be applied by analogy for the unlawful activities and transactions of crowdfunding platforms. Crowdfunding and related transactions and crowdfunding platforms shall not be considered within the scope of Article 37 of the CML regulating investment services and activities and Article 38 regulating ancillary services to be provided by investment institutions and portfolio management companies, and crowdfunding platforms are not subject to the provisions of the CML regarding exchanges, market operators and other organized marketplaces (CML, art. 35/A/4).

Although crowdfunding platforms and activities, the legal framework of which is outlined above, are not included in the circle formed by the components of capital market law, they are kept within the scope of capital market law and the Board's regulations since they enable the entrepreneur/venture company to access the funding source by collecting money from the public (investor) based on shares or debt instruments, which we can express as the tangent point to the circle, and are aimed at providing crowdfunding services in accordance with their purpose and protecting the investor.

¹¹ Justification of the Article: "*In order to facilitate crowdfunding and contribute to its rapid development, those who raise money through crowdfunding platforms are excluded from the definition of publicly traded partnerships and issuers in order to reduce the costs that entrepreneurs may incur as a result of crowdfunding and therefore not to be subject to the obligations stipulated for publicly traded partnerships and issuers in the Capital Markets Law N.º 6362.*".

Under Turkish Capital Markets Law, crowdfunding platforms are required to establish at least one investment committee [Communiqué, art.5/5(c)]. The investment committee is established by the platform's board of directors. The task of the committee is to evaluate the feasibility or creditworthiness reports of the entrepreneur or venture company and to approve the crowdfunding information forms prepared for the campaigns [Communiqué, art.4/1(z)(dd); Regulation, art. 24].

The investment committee to be formed by the platform's board of directors must consist of at least 3 members, the majority of the members must have at least 5 years of experience in finance, entrepreneurship, legal consultancy, technology, industry and trade, one member must be a member of the platform's board of directors and this member must hold an individual participation investor license,¹² at least one member must hold a Capital Markets Activities Level 3 License, and all members must meet the conditions set forth in Article 6/1 of the Communiqué. At least one member of the investment committee of platforms conducting debt- based crowdfunding activities must hold a credit rating license, and the majority of the members must have at least 5 years of experience in any of the fields of statistics, risk assessment and management, financial analysis, rating and valuation in addition to the experience requirement.

Platforms may establish more than one investment committee. If at least one member of the investment committee of development and investment banks, participation banks and broadly authorized intermediary institutions holds an individual participation investor license, it is not required that one member be a member of the board of directors.

The investment committee shall establish an evaluation policy including objective evaluation criteria and methods for the approval of the information form¹³ and for the examination of the feasibility report, the minimum elements

¹² Article 6/3 of the Communiqué: "At least one board member of the platforms must hold an individual participation investor license as defined in the Regulation on Individual Participation Capital published in the Official Gazette dated 15/2/2013 and numbered 28560.".

¹³ Pursuant to Article 4 of the Communiqué, an information form is a form prepared by the entrepreneur or venture capital firm, announced on the campaign page in order to raise the funds required by the project, and the standards of which are determined by the Board. The purpose of the information form is to enable potential investors to make an informed investment decision about the project and the entrepreneur/venture company. This issue is explained in Article 23/1 and Paragraph 50 of the preamble of the Regulation. The information form is a public disclosure document. Article 32 of the CML does not limit the types of public disclosure documents with a restrictive enumeration, and it should be accepted that the information form is a public disclosure document due to its nature. Manavgat, while the Regulation was in draft form, stated that the information form is a public disclosure document within the scope of Article 16 (Article 24 in the published text). (MANAVGAT, 2019, p. 771). For another opinion that the information form is a public disclosure document, see Hacıömeroğlu (2020, p. 303).

of which are specified in Annex-2 of the Communiqué for equity-based crowdfunding, and the creditworthiness report, the minimum elements of which are specified in Annex-3 of the Communiqué for debt-based crowdfunding, and this policy shall be resolved by the platform board of directors and disclosed to the public on the platform's website. The investment committee may approve the information form only if the majority of the total number of its members so decide. The platform may determine a higher quorum than the one specified in this paragraph.

Members of the investment committee may not participate in the negotiations of the investment committee regarding the evaluation of the campaign applications of the projects in which they, their spouses, descendants and lineal descendants are directly or indirectly related in terms of capital, supervision and administration, and may not vote. This prohibition shall also apply in cases where the investment committee member's non-participation and non-voting is a requirement of good faith. In cases of doubt, the board of directors shall decide whether the relevant investment committee member may participate in the deliberations and vote. If the relevant investment committee member is also a member of the board of directors, the relevant member may not participate in this vote.

Investment committee members may not receive any economic benefit from venture companies or entrepreneurs in return for their activities within the scope of the Communiqué and may not provide more than 5% of the targeted funding amount to the campaigns they evaluate (Communiqué, art. 9).

Crowdfunding platforms may reject the campaign applications of venture companies or entrepreneurs before they are submitted to the investment committee. Campaign applications submitted to the investment committee may be published on the platform upon the approval of the investment committee. This approval is linked to a report containing the evaluations made by the investment committee in terms of each criterion in the evaluation policy established to include objective evaluation criteria and methods for the examination of the feasibility report, the minimum elements of which are specified in Annex-2 of the Communiqué in terms of equity-based crowdfunding, and the creditworthiness report, the minimum elements of which are specified in Annex-3 of the Communiqué in terms of borrowing-based crowdfunding, and this report is published on the campaign page of the relevant project together with the information form. In the event that any member of the investment committee puts an annotation against the decision to publish a project's campaign on the platform, the explanations regarding this annotation and the reason for the

annotation shall be published on the campaign page of the relevant project together with the information form.

For the approval of the information form by the investment committee, it is mandatory to determine that the information contained in the information form is consistent, understandable and complete according to the information form standards determined by the Board.

In order to run a campaign on the platform, the information form must be approved by the investment committee and published on the campaign page. The information form shall be signed by the real person entrepreneur, the officials of the legal entity entrepreneur or venture company and the members of the investment committee of the platform.

Platforms are obliged to obtain sufficient information and documents from venture companies or entrepreneurs during the evaluation process of the investment committee regarding the approval of the fact sheet and to keep the documents, records and reports that form the basis for the decision of the investment committee for 5 years following the end of the campaign period (Communiqué, art. 11).

Platforms may not carry out campaigns for the crowdfunding of venture companies or legal entity entrepreneurs or projects belonging to them, in which the members of the investment committee and their spouses, descendants and descendants, individually or jointly, hold shares representing 20% or more of the capital or voting rights or privileged shares giving the right to be represented in the board of directors. The platform is responsible for carrying out the controls regarding these issues (Communiqué, art. 12).

In addition to the obligations set forth in Article 11 of the Communiqué, platforms conducting debt-based crowdfunding activities are required to establish an effective and transparent credit rating system and policy to assess the risk status of the project. This policy shall be resolved by the platform's board of directors and disclosed to the public on the platform's website. Platforms shall provide sufficient information to enable the assessment of the risk status of the project. In case of fund raising as a venture company, the nature, past activities, debt repayment performance and projects of the venture companies as well as the size, sector and collateral structure of the requested fund are taken into consideration in the assessment of the risks related to the project. The platform calculates the credit score of the project and submits it to the investment committee together with the creditworthiness report (Communiqué, art. 24).

In the EBA's regulatory draft technical standards for credit scoring, pricing, risk assessment and risk management requirements of Crowdfunding Service Providers, it is stated that appropriate, reliable and regularly updated information should be provided to the investor about the method(s) used in determining the credit score of the project/entrepreneur, this information should be easily accessible to the investor on the crowdfunding platform service provider's website and distinguishable from the information regarding the campaign/marketing of the project, the information should be provided in a way that facilitates the understanding of the information by the investor and should be easy to read (EBA Draft Text, art. 1).

Article 2/4 of the EBA Draft Text states that in case of outsourcing the calculation of credit scores and the evaluation of crowdfunding projects, the investor should be provided with sufficient information about the methods used by the third party. Article 3 of the Draft Text stipulates that the investor should also be informed about the data sources provided for credit scoring models, and in particular, the information provided by the project owner, information obtained from credit records/registries about the project owner, information obtained from publicly available sources and information obtained from other sources should be shared with the investor and information should be provided on the reliability and quality of the data obtained. In addition to the financial factors used in determining the credit score, such as the cash flow to be generated by the project, the project owner's receivables, debt history, repayment capacity, the existence of guarantees and collaterals, the macroeconomic conditions of the location where the project will be realized, the level of competition, the efficiency of the project, the knowledge, experience and reputation of the project owner in the relevant field should also be disclosed.

When conducting credit risk assessment of crowdfunding projects and project owners, crowdfunding service providers should also assess the crowdfunding platforms in relation to the business model and strategy of the crowdfunding project, the knowledge and experience of the project owner, the feasibility and sustainability of the business plan associated with the crowdfunding project, the possible risks that may arise from the project and the opportunities it offers, the degree of competition in the business area where the project will be realized, the geographical location and the target customer base (EBA Draft Text m. 15).

In the event that changes or new issues that may affect the investment decision of the investors arise during the campaign period, this situation shall be immediately notified to the platform by the venture company or entrepreneur

together with the parts of the information form containing the issues foreseen to be changed or added. The parts of the fact sheet that include the amendments or new additions shall be approved by the investment committee within two business days from the date of notification and shall be immediately published on the campaign page. The investment committee may cancel the campaign process by evaluating the nature and potential impact of additional developments (Communiqué, art. 26).

The members of the board of directors of the platform are responsible for the fulfillment of the obligations stipulated for crowdfunding platforms, the members of the investment committee and the members of the board of directors of the platform are responsible for the fulfillment of the obligations stipulated for the investment committee, and the members of the board of directors of the funded company are responsible for the fulfillment of the obligations stipulated for the funded companies. Natural and legal persons who sign the information form are jointly and severally liable for any damages arising from false, misleading or incomplete information contained in the information form (Communiqué, art. 29). Since the information form is signed by the natural person entrepreneur, the authorized officers of the legal person entrepreneur or venture company, and the members of the investment committee of the platform, the members of the investment committee will be held liable under Article 32 of the CML. In addition, the members of the board of directors of the platform are also liable under Article 553 of the Turkish Commercial Code.

In borrowing-based crowdfunding, the control and audit of the use of the funds collected in accordance with the purpose announced in the information form is carried out by the investment committee by preparing an audit report. In the event that it is determined in the aforementioned report that the funds collected are not used as announced in the information form or that activities are carried out that prevent the necessary examinations from being carried out, the platform shall immediately inform the Board about the matter. If it is determined in the report prepared by the investment committee that the funds collected are not used in accordance with the declared purpose and notified to the Board, the Board may file a criminal complaint within the framework of the provisions of Law N.º 5237 Turkish Penal Code (Communiqué, art. 22).

REFERENCES

- ARMOUR, John; ENRIQUES, Luca. The promise and perils of crowdfunding: between corporate finance and consumer contracts. In: **The Modern Law Review**, London, Ed. John Wiley, v. 81, n. 1, p. 52-84, 2018.

BUSCH, Danny. The future of financial law. In: **Capital Markets Law Journal**, Oxford (England), Ed. Oxford University Press, v.17, n.º 1, p. 52-94, 2022.

ESMA – EUROPEAN SECURITIES AND MARKETS AUTHORITY. Final report: draft technical standards under the European crowdfunding service providers for business regulation. Available at: https://www.esma.europa.eu/sites/default/files/library/esma35-42-1183_final_report_-_ecspr_technical_standards.pdf.

EUROPEAN BANKING AUTHORITY. EBA/CP/2021/39. 8 December 2021. Available at: <https://www.eba.europa.eu/sites/default/documents/files/document_library/Publications/Consultations/2022/Consultation%20on%20draft%20RTS%20on%20credit%20scoring%20and%20loan%20pricing%20disclosure%2C%20credit%20risk%20assessment%20and%20risk%20management%20requirements%20for%20Crowdfunding%20Service%20Providers/1025175/CP%20on%20RTS2%20Art%2019%287%29%20ECSPR.pdf>.

EUROPEAN PARLIAMENT AND THE COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION. Regulation (EU) 2020/1503 of the European Parliament and of the Council. 7 October 2020. Available at: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX%3A32020R1503>>.

HACİÖMEROĞLU, Abdülhamid Oğuzhan. Paya dayalı kitle fonlamasında kamuyu aydınlatma. In: **Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi**, Çankaya Ankara, y. (v.) 8, as (n.) 15, s. (p.) 273-307, Haziran (June), 2020. Or HACİÖMEROĞLU, Abdülhamid Oğuzhan. Share-based crowdfunding public disclosure. In: **Journal of Uyuşmazlık Mahkemesi**, Ankara, v. 8, Issue 15, p. 273-307, June 2020.

MANAVGAT, Çağlar. **Halka açık ortaklık tanımı bakımından kitle fonlaması**. Prof. Dr. Sabih Arkan'a Armağan. İstanbul: Oniki Levha, 2019. ss. (p.) 765-778.

RIDLEY, David. Will new regulation on crowdfunding in the United Kingdom and United States have a positive impact and lead to crowdfunding becoming an established financing technique? In: **Statute Law Review**, Oxford (England), Ed. Oxford University Press, v. 37, n.º 1, p. 57-76, 2015.

TURKEY. Sermaye Piyasası Kurulu. Capital Markets Board of Türkiye. Available at: <<https://www.spk.gov.tr/Sayfa/Dosya/1343>>.

Annex 1: Feasibility Report (Communiqué Annex-2)
MINIMUM ELEMENTS OF FEASIBILITY REPORT

- 1) Introductory information about the venture company or project.
- 2) Introductory information about the managers of the venture company or the entrepreneur and his/her team.
- 3) The business model canvas for the current and future core activities of the venture company.
- 4) Information on the current fields of activity of the venture company, the products it produces/produces and/or the services it offers/provides, if any, or the products and/or services that are the output of the project.
- 5) Information on market research and analysis for products and services and previous studies, research and other studies, if any.
- 6) Concrete and foreseeable forecasts of the demand for the target audience, products and/or services.
- 7) Technical and design analysis of products and services, estimates and assumptions about the research, development, production, sales and marketing programme.
- 8) Funding sources, estimated financing structure and financial and economic analysis of the project.
- 9) Income-expense projection based on concrete and foreseeable assumptions for a reasonable period to be determined according to the duration of fund utilisation.
- 10) Information on the locations of fund utilisation, the targeted fund amount including additional sales, if any, the nature of each expenditure item and the dates and periods of planned expenditure.
- 11) Information on the budget allocated for research, development, consultancy, licence, patent, labour, marketing, fixtures, equipment, financing and similar expenses and other unforeseen expenses.
- 12) Risk factors that may prevent the project from achieving its expected objective.

ANNEX 2: Creditworthiness Report (Communiqué Annex-3)
MINIMUM ELEMENTS OF THE CREDITWORTHINESS REPORT

- 1) Introductory information about the venture company or project.
- 2) Introductory information about the managers of the venture company or the entrepreneur and his/her team.
- 3) Information on the capital of the venture company and the last capital increase, if any.
- 4) Business model canvas prepared for the current main activities of the venture company and the future main activities of the funded company.
- 5) Information about the current fields of activity of the venture company.
- 6) Rating information received from organisations other than the platform for the venture company, if any.
- 7) Financial statements of the venture company for the last 2 years prior to the date of application to the platform.
- 8) Information on the purpose of the project, the use of the funds obtained within the scope of the project, the nature of each expenditure item and the planned expenditure dates and periods.
- 9) Information on the products and/or services that are the output of the project, if any, and market research and analysis for these products and services, and information on previous studies, research and other studies, if any.
- 10) Concrete and foreseeable forecasts of the demand for the target audience, products and/or services.
- 11) Technical and design analysis of products and services, estimates and assumptions about research, development, production, sales and marketing programmes.
- 12) The discounted value of the project's future cash flows based on concrete and foreseeable assumptions at the date of signature of the creditworthiness report.
- 13) Information on the budget allocated for research, development, consultancy, licence, patent, labour, marketing, fixtures, equipment, financing and similar expenses and other unforeseen expenses.

- 14) Information on the planned interest and similar returns, maturity and payment terms of the debt instrument to be issued.
- 15) Risk factors that may prevent the project from achieving its expected objective.
- 16) Information and documents certifying that the entrepreneur or venture company will be able to repay the investors regularly within the scope of the project to be carried out.
- 17) Risk and cheque reports obtained from the Banks Association of Turkey Risk Centre of the entrepreneur or venture company that will raise funds through borrowing-based crowdfunding.

Submissão em: 9 de março de 2023

Reforma em: 23 de abril de 2023.

Último Parecer favorável em: 27 de abril de 2023

Como citar este artigo científico

AKIN, Nesrín. Crowdfunding platforms under turkish capital market law with a special reference to investment committee. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 1, p. 243-254, jan.-abr. 2023.

CORPO, ALMA E ESPÍRITO DE DIREITO

RAFAEL DOMINGO OSLE¹

RESUMO

Este artigo explora as aplicações potenciais do corpo – alma – fósforo no âmbito jurídico. Após uma justificativa da validade da metáfora como fonte de significado legal, e uma explicação da tricotomia corpo-sobre-espírito à luz das cartas de São Paulo e dos escritos de Edith Stein, o autor se concentra em alguns debates atuais nos quais o uso da metáfora lança novas luzes. Com base nesta metáfora, a autora defende o respeito à lei como um todo; o uso do espírito do direito estrangeiro pelos sistemas jurídicos nacionais; o caráter vivo do corpo constitucional; o surgimento de uma lei global fundada na solidariedade e não no interesse próprio dos Estados-nação; o vínculo intrínseco entre lei e amor, e a interação razoável entre lei humana e lei supranacional (ou lei divina).

1 INTRODUÇÃO

Neste artigo, eu defendo a aplicação da metáfora corpo-sobre-espírito à ciência jurídica. Naturalmente, a solidez desta metáfora não pode ser justificada pelo apelo à ciência empírica. É de caráter espiritual e, portanto, meta-científico, mas de forma alguma contrário à ciência². Embora a metáfora não esteja sujeita às restrições lógicas que outros métodos (por exemplo, a geometria) exigem (ver RICOEUR, 2003, p. 11), ela é valiosa e apropriada porque é uma fonte de inspiração e iluminação para a lei. A metáfora ajuda a recuperar a estrutura tridimensional da lei e a construir uma ponte entre a lei e o transcendente. A lei é

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Navarra (Espanha). Spruill Family Professor of Law and Religion, Emory University (Atlanta, Geórgia, Estados Unidos). Catedrático (Professor of Law) Alvaro d'Ors, Universidade de Navarra (Pamplona, Navarra, Espanha). Co Editor, Journal of Law and Religion. Cambridge University Press. ORCID: 0000-0003-0772-4661. e-mail: rafael.domingosle@gmail.com

² Para uma reconciliação entre espiritualidade e ciência, ver, entre outros, Rosenblum e Kuttner (2011).

mais do que um sistema de regras, regulamentos, procedimentos e instituições. É “um mundo em que vivemos”³, e este mundo tem uma dimensão espiritual que não deve ser alheia à lei.

Ao empregar esta metáfora corpo-sobre-espírito, proponho um paradigma que supera tanto o monismo legal quanto o dualismo legal, e com eles o reducionismo legal e o isolacionismo. Em primeiro lugar, justifico o uso de metáforas na lei. Em seguida, defendo a metáfora corpo-sobre-espírito como uma metáfora apropriada para ordens legais. Por fim, abordei algumas implicações da aplicação desta metáfora às questões legais atuais.

2 LEI E METÁFORA

As metáforas têm estado no centro da cultura jurídica ocidental desde sua fundação (ver, inter alia, HIBBITTS, 1994-1995; WINTER, 2001; GALGANO, 2010; SARRA, 2010; GURNHAM, 2016, p. 1-7; WITTE, JR., 2020; e WITTE, JR., 2022, p. 37-55). Tanto na tradição do Direito Civil quanto na tradição do *Direito comum*, é fácil encontrar uma grande variedade de expressões figurativas no discurso jurídico e nas decisões judiciais. A metáfora das “fontes do direito” remonta pelo menos a Cícero (*De legibus*, 1.5.16 e 1.6.20) e Livy (*Ab Urbe condita*, 3.34.6). A metáfora do “remédio processual como forma” foi usada pelo Imperador Justiniano para temperar o formalismo processual rígido, oferecendo uma forma mais flexível e geral de aplicar os recursos legais e fazer justiça.⁴

Na tradição do *Direito comum*, as metáforas abundam. Eles foram famosos por dois de seus mais importantes juízes e autores legais, Edward Coke e William Blackstone. Em seus famosos *Institutos*, Coke considerou o conhecimento da lei como “como um poço profundo, do qual todo homem tira de acordo com a força de sua compreensão.” (COKE, 1809, cap. 2, seg. 96, fol. 71a)⁵. Por outro lado, Blackstone desenvolveu uma metáfora arquitetônica detalhada na qual ele comparou toda a tradição do *Direito comum* a “um edifício regular”, que ao longo dos anos “foi alterado e destruído por vários estatutos contraditórios”⁶. O filósofo inglês Thomas Hobbes (1996, p. 7 e 106-110) usou a metáfora do “estado como pessoa artificial” para explicar sua teoria de ação e o caráter artificial do poder político.

³ Ver Cover, 1992, p. 96: “um mundo em que vivemos”. Da mesma forma, Dworkin (1986, p. VII) começa seu famoso “Vivemos dentro e pela lei”. Isso faz de nós o que somos. (Vivemos dentro e pela lei, o que faz de nós o que somos).

⁴ Sobre a história desta metáfora, ver Sitzia (1995-1996, p. 171-198, e 173-190); e Fercia (2004).

⁵ “como um poço profundo, do qual cada homem tira de acordo com a força de sua compreensão”.

⁶ Veja a carta de William Blackstone a Seymour Richmond, 28 de janeiro de 1745/46, carta 4, citada em Prest (2003, p. 104).

Alguns anos mais tarde, o polímata e filósofo alemão Gottfried Wilhelm Leibniz (2017, p. 113) comparou o trabalho dos antigos juristas romanos ao dos geômetras e matemáticos e estabeleceu a metáfora do “Direito como geometria”. Leibniz argumentou que, como razãoposta em prática, o Direito deveria estar sujeito a processos dedutivos, como a geometria (*geometria juridica*)⁷. Esta brilhante metáfora moldou o processo de codificação europeu. Como reação contra o movimento de codificação, a Escola Histórica Alemã, liderada por Friedrich Carl von Savigny, cunhou a metáfora do “espírito do povo” (*Volksgeist*), argumentando que cada comunidade nacional tem seu caráter, sua consciência ou “alma nacional”, e que isso deixou sua marca em todas as suas instituições legais e leis⁸.

O discurso jurídico americano também tem favorecido há muito tempo as metáforas (veja, entre outros, HIBBITTS, 1994-1995; e WINTER, 2001). Desde o nascimento da nova nação, pensadores políticos e juristas americanos têm usado metáforas para iluminar questões legais (ver, entre outros, COHEN, 1995, esp. p. 36-59). Devido à limitada capacidade humana de criar formulações inteiramente novas, alguns pais fundadores recorreram a metáforas familiares a fim de descrever uma experiência constitucional única. James Wilson – um dos principais líderes na elaboração da Constituição dos EUA e mais tarde Juiz da Suprema Corte – foi um mestre da retórica figurativa e gerou múltiplas formulações inovadoras no exame do federalismo americano (ver CONRAD, 1988, p. 1-70). Wilson estava bem consciente do significado moral da linguagem, do poder da imaginação e do valor epistemológico da metáfora no discurso político e jurídico. Ele disse, com razão, que “na filosofia da mente, é impossível evitar expressões metafóricas”. Nossas primeiras noções familiares são sugeridas por objetos materiais, e “não podemos falar inteligivelmente daqueles que são imateriais, sem alusões contínuas à matéria e às qualidades da matéria.” (WILSON, 1967, p. 101).

Fazendo eco à linguagem de Roger Williams (2008, p. 70)⁹, Thomas Jefferson usou a metáfora do “muro de separação”¹⁰ para esclarecer como as relações Igreja-Estado deveriam ser estruturadas na jovem república. Em uma famosa carta à Associação Batista de Danbury, escrita em 1.º de janeiro de

⁷ Para mais informações sobre esta metáfora, ver Hoeflich (1986).

⁸ Sobre a expressão *Volksgeist*, ver Wieacker (1995, p. 279-341). Sobre a Escola Histórica Alemã, ver Domingo Osle (2004, esp. p. 32-34 e 59-64).

⁹ “hedge or wall of separation between the Garden of the Church and the wilderness of the world”.

¹⁰ Uma cópia da carta da Danbury está disponível em <<https://www.loc.gov/loc/lcib/9806/danpre.html>>. Em 1878, em *Reynolds v. Estados Unidos* (98 U.S. 145, 1878), a Suprema Corte dos EUA endossou unanimemente a expressão, declarando que a Constituição tinha estabelecido um muro de separação entre a Igreja e o Estado. Setenta anos depois, em *Everson v. Conselho de Educação* (330 U.S. 1, 1947), a Suprema Corte defendeu a doutrina constitucional do muro de separação. Para uma visão histórica da separação entre Igreja e Estado nos Estados Unidos, veja Hamburger (2002). Para uma crítica aprofundada, ver Gunn 2012, p. 15-44).

1802, ele escreveu: “Olho com reverência soberana para aquele ato de todo o povo americano que declarou que sua legislatura ‘não deveria fazer nenhuma lei respeitando o estabelecimento [oficial] da religião, ou proibindo o livre exercício da mesma’, construindo assim um muro de separação entre Igreja e Estado”. Jefferson também afirmou que a Constituição dos EUA era “uma boa tela, na qual apenas alguns traços precisam ser tocados”¹¹, e que os princípios da *Carta de Direitos* “formam a *brilhante constelação* que nos precedeu e guiaram nossos passos através de uma era de revolução e reforma”¹². A metáfora da “liberdade de expressão como o grande baluarte da liberdade”¹³, ou de estados como “laboratórios”¹⁴, e “direitos como pegadas” (ver PERELMAN; KATHARINE, 2010-2011, p. 27-58), da “web sem costura” ou da “estrela fixa”¹⁵, ou do “espelho mágico”¹⁶, são exemplos proeminentes da linguagem figurativa no discurso constitucional americano.

Os estudiosos positivistas legais europeus foram mais cautelosos do que os estudiosos americanos em seu uso de metáforas, mas até mesmo eles acabaram fazendo uso extensivo delas. Retoricamente, mas não menos verdade, o fundador do positivismo, Jeremy Bentham, observou no início de sua famosa *Introdução aos Princípios da Moral e da Legislação*: “Mas chega de metáforas e declamações: não é por tais meios que a ciência moral deve ser melhorada.” (BENTHAM, 1988, cap. 1, parágrafo 2, p. 2). Ele criticou especificamente a metáfora da política corporal: “A expressão figurativa de uma política corporal produziu um grande número de idéias falsas e extravagantes.” (BENTHAM, 1843, p. 306). Hans Kelsen, também, em sua *Teoria Pura do Direito*, tentou limpar, purificar e libertar a ciência jurídica de elementos estranhos (KELSEN, 1967, p. 1). Mas mesmo esta purificação não poderia eliminar a metáfora legal. De fato, o positivismo legal estabeleceu a metáfora mais proeminente do século 20: a metáfora da “ordem legal como pirâmide”¹⁷.

¹¹ Thomas Jefferson, carta a James Madison, 31 de julho de 1788. Disponível em: <<http://teachingamericanhistory.org/library/document/letter-to-james-madison-15/>>.

¹² Thomas Jefferson, Primeiro Discurso Inaugural, 4 de março de 1801. Disponível em: <http://avalon.law.yale.edu/19th_century/jefinau1.asp>.

¹³ Ver Constituição da Virgínia (1776), seita 12. Disponível em: <<http://www.nhinet.org/ccs/docs/va-1776.htm>>; “Que a liberdade de imprensa é um dos grandes baluartes da liberdade, e não pode ser abreviada a não ser por governos despóticos”.

¹⁴ A metáfora apareceu pela primeira vez em 1932 em um parecer divergente do Juiz Louis Brandeis em *New State Ice Co. v. Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932). *Liebmann*, 285 U.S. 262, 311 (1932): “que um único Estado corajoso pode, se seus cidadãos escolherem, servir como laboratório e experimentar novas experiências sociais e econômicas sem risco para o resto do país”.

¹⁵ Para uma referência a princípios constitucionais de longo alcance, ver *West Virginia State Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624, 638 (1943).

¹⁶ Esta metáfora foi usada por Oliver Wendell Holmes Jr. para explicar como, na lei, podemos ver refletida a vida de todos os membros de uma sociedade. Ver Holmes Jr., 1962, p. 21.

¹⁷ A pirâmide de Kelsen não é propriamente sua, mas vem de seu discípulo mais ilustre, Adolf Julius Merkl (1890-1970), o grande arquiteto da estrutura hierárquica normativa. O próprio Kelsen sempre reconheceu a Merkl (KELSEN, 2007, p. 23). Sobre esta pirâmide, assim como sua aplicação à lei global, Domingo Osle (2009, p. 29-61).

Recentemente, alguns participantes do debate sobre o direito privado europeu têm usado metáforas para argumentar que a União Europeia não precisa estritamente de um Código Civil Europeu, mas apenas de uma espécie de “caixa de ferramentas” das regras do direito contratual europeu para que os legisladores possam usar. Sem ser obrigado a fazê-lo, o legislador nacional poderia decidir livremente se deve ou não fazer uso desse contentor de regras colocado à disposição dos membros pela União Europeia (HESSELINK, 2011, p. 441-469). O direito contratual europeu seria assim uma “lei branda” (outra metáfora), não obrigatória.

2 APLICAÇÕES CLÁSSICAS DA METÁFORA CORPO-SOBRE-ESPÍRITO

Abordagens metafóricas baseadas na tríade corpo-sobre-espírito têm sido usadas com frequência no campo jurídico. A metáfora do corpo, por exemplo, foi usada principalmente na Idade Média por glossários medievais para se referir ao *corpus iuris* (corpo de leis) de Justiniano, compilado por ordem do imperador no século VI. A partir do século 16, a metáfora também foi usada para designar o novo corpo de Direito Canônico publicado pela Igreja Católica em 1582 (*Corpus Iuris Canonici*)¹⁸. Para distinguir a compilação de Justiniano da compilação do Direito Canônico, os juristas chamaram o antigo *Corpus Iuris Civilis*¹⁹.

Nos tempos medievais e nos primeiros tempos modernos, a metáfora do corpo também serviu para explicar a figura e a posição dos monarcas europeus: a ficção mística dos dois corpos do rei²⁰. O rei foi entendido simultaneamente como uma pessoa e como um escritório, ou seja, como um ser humano e como uma encarnação da comunidade do reino. Recentemente, Lior Barshack recuperou a doutrina dos dois corpos para capturar a dimensão transcendente do poder dos constituintes, que ele identifica com a soberanía (BARSHACK, 2006, p. 185-222)²¹.

No campo da filosofia jurídica americana, Lon Fuller, em sua *Anatomia do Direito*, usa o corpo como metáfora para caracterizar “patologias legais” (FULLER,

¹⁸ O próprio Imperador Justiniano não deu nenhum título coletivo à sua compilação. Ele mencionou apenas uma vez a expressão *corpus iuris* no sentido genérico de um corpo de leis (Código Justiniano 5.13.1pr: *omne corpus iuris*).

¹⁹ Este nome foi usado pela primeira vez por Dionysius Godfrey (Denis Godefroy) em 1583. (ROBINSON; FERGUS; GORDON, 2000, p. 179).

²⁰ Ver o livro clássico de Kantorowicz (1957). Sobre o absurdo do “absurdo metafisiológico” da doutrina dos dois corpos do rei, ver Maitland (1900, p. 335-354).

²¹ Segundo Barshack, o órgão soberano coletivo pode operar tanto como um órgão *comunitário* (o órgão coletivo no momento de sua promulgação pelo grupo) ou como um órgão *corporativo* (um órgão ausente que reside fora do grupo). Ambas noções – o órgão comunitário e o órgão corporativo – referem-se ao órgão coletivo imaginado do grupo, mas levam em conta as diferentes posições (e intensidades) que o órgão coletivo ocupa em relação ao próprio grupo.

1968). Como a anatomia biológica, a ciência jurídica também se preocupa com a estrutura corporal dos seres humanos, animais e outros organismos vivos.

Muitas contribuições seminais à cultura jurídica ocidental também falam do “espírito” do Direito, não apenas como uma metáfora, mas como uma realidade com implicações político-jurídicas. Entre outras, obras-primas clássicas como *O Espírito das Leis* por Montesquieu (1748) (MONTESQUIEU, 1900), *O Espírito do Direito Romano* (1852-1865) por Rudolph von Ihering (1866), e *O Espírito do Direito Comum* por Roscoe Pound (1921) argumentam de diferentes perspectivas que um espírito que ilumina todo o corpo jurídico anima as várias formas de governo, constituições e sistemas legais. Este espírito mantém vivos e dinâmicos os órgãos legais e os sistemas políticos. Além disso, permite interações entre os cidadãos de uma comunidade internacional com uma grande diversidade de sistemas jurídicos.

A idéia do espírito da lei também está profundamente presente nas tradições e culturas orientais. Neles, a lei é uma fonte de água que serve para transcender a consciência pessoal e alcançar o bem (DAVIS JR., 2013, p. 1). A própria essência do “dharma”, a marca da lei hindu, é imaterial; é um arquétipo de comportamento de concreto pré-existente à espera de ser plenamente realizado. “Dharma” é o espírito da lei na medida em que é um conceito corporificado em regras, normas ou comportamentos concretos, que se tornam parte do corpo da lei.

Em nossa época, foi a conquista de Alan Watson liderar como editor geral uma série de livros publicados pela University of Georgia Press e intitulados *The Spirit of Laws*, cobrindo diferentes campos do Direito. As monografias sobre o espírito do Direito Romano, Direito Islâmico, Direito Canônico Clássico, Direito Japonês, Direito Tradicional Chinês e Direito Bíblico foram escritas por ilustres estudiosos como David J. Bederman, Calum Carmichael, John Owen Haley, R. H. Helmholz, Geoffrey MacCormack, Bernard G. Weiss e o próprio Watson. Estes autores procuraram iluminar a natureza dos sistemas jurídicos em todo o mundo, lidando mais com os princípios do Direito, seus valores e os modos de produção das fontes do Direito do que com suas regras e regulamentos específicos.

3 METÁFORA NAS CARTAS DE SÃO PAULO E NOS ESCRITOS DE EDITH STEIN

Refiro-me aqui à triade bíblica corpo-sobre-espírito²² à luz da tradição cristã, e mais particularmente aos escritos de Paulo de Tarso²³ e Edith Stein²⁴.

²² Para uma visão geral da antropologia bíblica, veja Green (2008).

²³ Sobre esta antropologia paulina, baseada em conceitos hebraicos e helenísticos, ver, entre outros, Meiser (2010, p. 55-85); Van Kooten (2010, p. 87-119); e Welker (2014, p. 45-57). Para uma visão geral, ver Hawthorne; Martin; Reid (1992).

²⁴ Ver Stein, 2002. Ver também Stein (2000). Sobre a triade corpo-sobre-espírito nos escritos de Edith Stein, ver Maskulak (2007).

Assim como São Paulo frequentemente usa ideias jurídicas para explicar questões teológicas profundas (por exemplo, a filiação divina)²⁵, também eu usarei as ideias teológicas de São Paulo para entender a profundidade das ordens jurídicas²⁶. Por outro lado, o pensamento de Edith Stein oferece uma das mais brilhantes e frutíferas elaborações antropológicas do século XX.

A triade corpo-sobre-espírito reflete a unidade holística do ser humano, que é ao mesmo tempo corpórea e espiritual. Esta unidade é demonstrada por uma autodiversidade em harmonia, um todo ontológico totalmente integrado no qual convergem as diversas funções físicas, filológicas e espirituais. A unidade das dimensões humana e espiritual é tão profunda que forma uma única totalidade: uma existência humana encarnada. A totalidade deste ser humano vivo, e não apenas uma parte dele, foi criada à imagem de Deus (Gênesis 1, 27) e orientada para um propósito divino.

São Paulo não percebe o corpo como uma mera entidade material, mas como um organismo vivo²⁷ composto de muitos membros em um todo (1 Coríntios 12, 20). Segundo São Paulo, o corpo é um instrumento para glorificar a Deus: “Você não sabe que seu corpo é um templo do Espírito Santo que está em você, que você pertence a Deus, e que você não é seu próprio? Você foi comprado com um grande preço; portanto, glorifique a Deus em seu corpo.” (1 Coríntios 6, 19-20)²⁸. O corpo humano distingue-se de uma coisa meramente física porque goza de uma alma espiritual que anima o corpo (STEIN, 2002, p. 366-370, especialmente 367). Os elementos corpóreos e espirituais se encontram e se entrelaçam na alma: “Se um membro sofre, todos sofrem com ele; se um membro é honrado, todos se regozijam com ele.” (1 Coríntios 12, 26).

O ser humano não é equivalente nem ao seu corpo nem à sua alma. O corpo humano é a causa ontológica da individuação no domínio físico. Da mesma forma, a alma humana distingue os seres individuais uns dos outros no reino espiritual. O que distingue o corpo humano da matéria pura é que a alma o espiritualiza. A alma humana, ao contrário de outras almas animais, é espiritual. O que distingue a alma humana de um espírito puro é sua encarnação. Portanto, a dimensão corpórea abrange o interior e o exterior, o visível e o invisível.

²⁵ Ver Romanos 8, 17: “E se filhos, herdeiros, herdeiros de Deus, e coerdeiros com Cristo, se de fato sofremos com ele, para sermos glorificados com ele.”

²⁶ Para uma justificação, ver meu argumento em Domingo Osle (2016a, p. 68-70).

²⁷ Para uma visão geral da idéia do corpo em São Paulo, ver Robinson (952).

²⁸ Ver também 2 Coríntios 4, 10-11: “levando sempre no corpo a morte de Jesus, para que a vida de Jesus também se manifeste em nossos corpos. Pois nós, que vivemos, estamos sempre sendo mortos por causa de Jesus, para que a vida de Jesus se manifeste também em nossa carne mortal”.

Usando palavras bíblicas e terminologia filosófica grega, Paulo distingue a alma (*psique*) do espírito (*pneuma*). Ele conclui sua primeira carta aos tessalonicenses com a esperança de que Deus santificará seu povo completamente e com um apelo de que “todo seu espírito [*pneuma*], alma [*psique*] e corpo [*soma*] serão irrepreensíveis na vinda de nosso Senhor Jesus Cristo.” (1 Tessalonicenses 5, 23)²⁹. A distinção de Paulo não implica que o ser humano esteja dividido em três partes, já que, por definição, a dimensão espiritual da pessoa é absolutamente simples e, portanto, indivisível e inextensiva. A tripartição corpo-sobre-espírito não deve levar a pensar que a alma humana é uma terceira realidade interposta entre duas outras realidades – corpo e espírito – que podem subsistir sem a alma e independentemente uma da outra. Ao contrário, como afirma Edith Stein (2002, p. 371), “é no meio das almas que a espiritualidade e o ser senciente corporal se encontram e se entrelaçam.”.

De acordo com Stein, o espírito é o aspecto superior da alma, um aspecto específico da alma humana³⁰. A distinção entre o “ser ligado ao corpo” e o “ser centrado em Deus” está na própria essência da alma, que se desdobra informando o corpo (alma viva) e comunicando com Deus (espírito vivificador) (STEIN, 2002, p. 461). Na medida em que a alma tira de sua própria fonte, é possível descobrir a imagem do Pai na alma humana; a imagem do Filho, o Verbo eterno e encarnado, no corpo; e a imagem do Espírito Santo na vida espiritual (isto é, a participação na vida pessoal de Deus) (STEIN, 2002, p. 463).

Como o Deus amoroso é trino – o Pai é o Amante; o Filho, o Amado; e o Espírito Santo, o Amor entre eles – todos os seres humanos, feitos à imagem de Deus³¹, são também trinos (STEIN, 2002, p. 464). Este ser trino nos permite transcender as composições monísticas e dualistas. O ser humano é mais que um corpo ou um espírito (monismo) e mais que um espírito encarnado (dualismo). O ser humano é um ser transcendente, chamado à união com Deus e, em Deus, com outros seres espirituais. O aspecto espiritual da alma torna possível esta comunhão. Graças a esta dimensão espiritual comunicativa da alma, o ser humano pode unir-se a

²⁹ Ver também 1 Coríntios 7, 34, passagem na qual São Paulo fala de ser devoto ao Senhor no corpo (*soma*) e no espírito (*pneuma*): “como ser santo no corpo e no espírito”. Ele também exorta os coríntios a se purificarem “de toda impureza de carne [*sarx*] e espírito [*pneuma*]” (2 Coríntios 7, 1).

³⁰ Na mesma linha, São João da Cruz usa os termos “alma” e “espírito” para distinguir o elemento inferior e sensível da alma do cume da alma (espírito), que é especificamente a capacidade de comunicação com Deus: “Porque a alma se converte no imenso fogo do amor que emana daquele ponto acendido no coração do espírito” (João da Cruz, *Chama Viva do Amor*, 2.1).

³¹ Gênesis 1, 27: “Assim Deus criou o homem à Sua imagem, à Sua semelhança; homem e mulher Ele os criou”.

Deus como um **eu** transcendente que é também um **nós**³². A comunhão espiritual tira o ser humano de si mesmo para Deus e, portanto, também para a unidade com todos os seres humanos³³.

4 O SISTEMA LEGAL COMO UM CORPO-SOBRE-ESPÍRITO TOTAL

Como os sistemas jurídicos são uma criação humana necessária³⁴, é plausível pensar que eles refletem a imagem do ser humano em vários aspectos. Há muitas semelhanças entre as estruturas dos sistemas jurídicos e a composição da pessoa humana. Tanto o corpo humano quanto o sistema jurídico são um todo complexo. Assim como o corpo humano é composto por muitos sistemas interativos (cardiovascular, digestivo, endócrino, muscular, reprodutivo, etc.), os sistemas legais também são compostos por muitas ordens intertravadas (constitucional, criminal, contratual, administrativa, processual, etc.). Os sistemas, sejam eles corporais ou legais, não funcionam isoladamente. Cada sistema ajuda a manter a si mesmo, outros sistemas e todo o organismo. A saúde e o bem-estar do indivíduo dependem da interação perfeita de todos os sistemas corporais, assim como o bem-estar da comunidade política exige a interação adequada de todas as instituições, ordens e procedimentos legais.

Esta analogia se estende a um nível mais fundacional: a célula é a unidade estrutural, funcional e biológica básica de todos os organismos vivos e, portanto, do corpo humano; da mesma forma, a regra é a unidade estrutural, operacional e legal básica do corpo jurídico. Da mesma forma, assim como a célula é composta de átomos e partículas subatômicas ou elementares, as regras legais também são compostas de elementos lógicos (condição e consequência)³⁵. Assim como a física quântica nos dá informações sobre a função ondulatória da posição de uma partícula, momento e outras propriedades físicas, as leis também fornecem informações hipotéticas sobre a aplicação de uma regra, anexando uma consequência obrigatória – normalmente especificada – a uma condição, também normalmente especificada. E assim como a física quântica sugere que a retrocausalidade pode ser possível em certas circunstâncias³⁶, a ciência jurídica sugere que as regras jurídicas são retroativas em alguns casos³⁷.

³² Ver 1 João 4, 16: “Deus é amor, e quem permanece no amor permanece em Deus, e Deus permanece nele”.

³³ Na mesma linha, Bento XVI, Encíclica *Deus caritas est*, 25 de dezembro de 2015, n. 14.

³⁴ Ver Montesquieu, 1900, p. 1: “As leis, em seu significado mais geral, são as relações necessárias decorrentes da natureza das coisas”.

³⁵ Sobre a estrutura da norma, ver Kelsen, 1991).

³⁶ Para uma visão geral da física quântica, veja, entre outros, Ford e Goldstein (2005).

³⁷ Por exemplo, a aplicação retroativa faz sentido na área do direito comercial, “onde os benefícios a serem obtidos com a substituição de práticas obsoletas ou indesejáveis por práticas sólidas compensam a mínima perturbação do mercado que pode ocorrer”. Ver Frisch (2007, p. 809).

Assim como o corpo humano, que pode manter um ambiente interno estável apesar das mudanças nas condições externas (homeostasis), o sistema jurídico também pode manter a coerência interna apesar das mudanças nas situações sociais. Além disso, os seres vivos e os sistemas legais estão organizados para se preservar como um todo. Portanto, mesmo que as células do corpo sejam constantemente substituídas e as regras legais (ou mesmo constituições) muitas vezes mudem, há sempre uma capacidade ou poder geral para preservar o corpo humano ou o sistema legal, este último geralmente por meio do poder constituinte.

Os corpos humanos animados por almas estão vivos e mutáveis. O mesmo se aplica a um sistema jurídico animado por uma comunidade política. Como os seres humanos estão sujeitos à morte, os sistemas legais também podem morrer e desaparecer. Assim como os ancestrais podem desempenhar um papel crucial na manutenção de uma comunidade viva, a lei antiga não em vigor (os Partidas, por exemplo) pode continuar a moldar a sociedade como uma fonte duradoura de autoridade moral (*auctoritas*) sem ser politicamente coerciva (*potestas*)³⁸.

Para elevar a analogia a um nível superior, a alma da lei é imperecível, assim como a alma de um ser humano é imortal. Assim como as almas humanas fornecem vida, sentido, razão, consciência e poder ao corpo, a alma da lei fornece vida, sentido e poder à lei. A alma da lei dá estabilidade à comunidade política como comunidade permanente (*persona aeterna*). Um sistema jurídico sem comunidade política é como um corpo sem alma: um corpo morto, um cadáver. Portanto, quando a comunidade política rejeita o sistema jurídico, ou seja, quando o corpo de direito é separado de sua alma, o sistema jurídico morre.

Os paralelos entre o espírito humano e o espírito da lei são impressionantes. Deixe-me dar alguns exemplos: assim como a alma humana é encarnada em um corpo humano, a alma legal é encarnada em um corpo legal. Assim como a memória é uma faculdade-chave da alma humana, a cultura é um elemento essencial para a alma legal. Assim como o aspecto mais elevado da alma é o espírito, o espírito da lei é o elemento mais elevado do sistema legal. Assim como o espírito humano liga o ser humano a Deus, o espírito da lei liga a lei humana à lei divina. Finalmente, assim como o espírito humano é ativo fora do corpo (2 Coríntios 12, 1), o espírito da lei motiva a busca de princípios comuns universais fora de uma política particular do corpo. Tanto o espírito humano quanto o espírito de direito são fontes de liberdade, valor, significado e consciência.

³⁸ Sobre a distinção romana entre *auctoritas* e *potestas*, ver D'Ors (2004, § 8 e bibliografia); e Domingo Osle (1999). Veja também o capítulo 14 seção 4 deste livro.

5 NOVAS APLICAÇÕES DA METÁFORA NO CAMPO JURÍDICO

Baseado na metáfora apresentada acima, sugiro abaixo algumas de suas implicações para diferentes áreas do Direito.

a) A Constituição Viva

A metáfora corpo-sobre-espírito sugere que o sistema jurídico, e em particular a Constituição, deve ser considerado como um organismo vivo, não um mero documento legal. As Constituições não são “constituições mortas”, como afirmam alguns juristas originalistas³⁹: “A Constituição que eu interpreto e aplico”, como Antonin Scalia afirmou com força – “não é viva, mas morta, ou como eu prefiro chamá-la, duradoura. Significa hoje não o que a sociedade atual, muito menos um tribunal, pensa que deveria significar, mas o que significava quando foi adotado.” (SCALIA, 2006, p. 3-10, aos 3 anos). Parafraseando Scalia, eu diria o contrário: a Constituição que interpretamos e aplicamos não está morta, mas viva. Significa hoje *não apenas* o que significava quando os autores a adotaram, mas também o que o povo – a própria alma da Constituição – pensa que ela significa. A Constituição não só é duradoura, como também pode ser aperfeiçoada pela compreensão do povo e pela continuidade das práticas constitucionais.

Quando uma constituição está em vigor, ela está viva e novos significados fluem. O originalismo só faz sentido se ele se tornar um *originalismo vivo*, como argumenta Jack M. Balkin (2011): um originalismo livre de contradições entre o significado original do texto e seu significado para as pessoas que o aplicam hoje. A visão de Scalia só seria coerente se fosse uma constituição que não estivesse mais em vigor, ou seja, para seguir nossa metáfora, uma constituição cujo corpo – um cadáver constitucional – tinha sido separado de sua alma. Seria, com efeito, uma constituição morta (por exemplo, a Constituição espanhola de 1931). Uma constituição só está em vigor quando é animada por uma alma. Onde há alma, há vida; onde há vida, há sentido; e onde há sentido, há interpretação. A alma de um sistema jurídico democrático é o povo da comunidade política, não os redatores da constituição, os juízes ou os legisladores. É o povo que anima o corpo constitucional. São as pessoas que experimentam o corpo vivo de leis. Interpretar a constituição é precisamente experimentar um corpo constitucional vivo. A interpretação busca uma boa harmonia entre a alma jurídica e o corpo

³⁹ Para uma visão geral do originalismo, ver Calabresi (2007); McGinnis e Rappaport (2013); e Cross (2013); e Charles (2014). Para uma crítica adequada ao originalismo, Vermeule (2022).

jurídico. O próprio corpo limita a alma interpretativa. Se, na interpretação, a alma não leva em conta a natureza do corpo – um fracasso que poderia ser descrito como pragmatismo legal – há um descompasso entre alma e corpo, e a ordem legal fica doente.

Como tanto a alma (pessoas) quanto o corpo de direito estão mudando constantemente, a busca pela harmonia entre os dois é uma tarefa contínua. O que era necessário ontem para alcançar a harmonia desejada pode não ser o que é necessário hoje. Assim, o corpo e a alma interagem ritmicamente. Por esta razão, a harmonia não pode ser encontrada *exclusivamente* na visão e nos escritos dos redatores de uma constituição. Os redatores são (ou foram) os criadores da constituição, mas eles não são sua alma, mas apenas um seu aspecto, como membros do povo. Portanto, eles não podem ser os intérpretes exclusivos do texto constitucional. A comunidade política é capaz de reconhecer a marca de seus fundadores em seu próprio corpo constitucional. Entretanto, o órgão não pertence aos fundadores, mas à comunidade política como um todo.

Como um corpo, o sistema jurídico deve seguir os ditames de sua alma. Como uma alma genuína, somente o povo pode moldar seu corpo de leis em transformação. Neste sentido, a lei é profundamente política⁴⁰. Somente uma dinâmica equilibrada entre corpo e alma pode assegurar a evolução harmoniosa dos sistemas jurídicos. O processo pelo qual os Tribunais americanos aplicaram certas disposições da Carta de Direitos aos Estados (a chamada doutrina de incorporação) é um bom exemplo da interação e evolução do corpo e da alma: a alma da lei anima todo o corpo de Direito, não apenas partes dele. No originalismo, o corpo prevalece sobre a alma; no pragmatismo legal, a alma esquece que está encarnada. Em uma teoria razoável de interpretação, a alma deve permanecer superior ao corpo, mas, no entanto, também deve ser limitada pelo corpo. Em outras palavras, o espírito triunfa sobre a letra da lei, mas também é limitado por ela⁴¹.

b) Uso da Legislação Estrangeira

Em alguns casos recentes, o uso da lei estrangeira pela Suprema Corte dos EUA desencadeou um interessante debate sobre se a lei estrangeira deve ser levada em conta na interpretação constitucional⁴². Do ponto de vista da metáfora

⁴⁰ Na mesma linha, Dworkin (2000, p. 146).

⁴¹ Esta idéia está no coração da tradição jurídica ocidental, como já refletido no famoso caso *Curiana*; ver capítulo 1 deste volume e Zimmermann (1996, p. 625-535).

⁴² A literatura é abundante. Para uma visão geral dos diferentes argumentos, ver Sitaraman (2009). Ver também Tushnet (2006); Waldron (2012).

corpo-sobre-espírito, o Direito Internacional (ou Direito Supranacional) faz parte do corpo jurídico de qualquer país (KOH, 2004, p. 43-57). Os acordos jurídicos internacionais são vinculativos tanto internacional quanto internamente. Portanto, o Direito Internacional é tão diretamente aplicável quanto o Direito nacional. No entanto, a legitimidade do Direito Internacional é totalmente diferente da do Direito estrangeiro. O Direito estrangeiro não faz parte do corpo jurídico de um país. Portanto, seu uso requer uma justificativa para não minar os valores democráticos ou o autogoverno. Então, um sistema jurídico deve levar em conta o Direito estrangeiro? De acordo com nossa metáfora, sim, mas enquanto distinguirmos o corpo do Direito estrangeiro do espírito do Direito estrangeiro.

Todos os sistemas jurídicos podem aprender com outros sistemas jurídicos. Uma perspectiva comparativa sempre agrupa valor, pois fornece boas informações nos processos de tomada de decisão. O corpo de leis de um país pode até depender geneologicamente do corpo de leis de outro país. Por exemplo, o Código Civil francês foi uma referência privilegiada no processo de codificação latino-americano, como o Código Civil alemão foi para o Código Civil japonês. Nestes casos, a referência ao Direito estrangeiro é quase obrigatoria devido ao parentesco que os liga. Mas, isto não é um salto no escuro. O corpo jurídico de um sistema jurídico estrangeiro pode ser uma fonte de inspiração no processo legislativo de um país ou mesmo em sua interpretação jurídica. Entretanto, a lei estrangeira nunca deve ser aplicada diretamente por um Tribunal nacional. Nesse caso, surgiriam sérios problemas metodológicos. Dois corpos diferentes de Direito – Direito estrangeiro e Direito nacional – não podem ocupar o mesmo espaço, assim como dois corpos de Direito humano não podem ocupar o mesmo espaço. O Código Civil chileno não é o Código Civil francês, e o Código Civil japonês não é o Código Civil alemão. Isto mostra que os órgãos de Direito são inevitavelmente limitados por sua própria jurisdição, e que o Direito estrangeiro não é essencial para a tomada racional de decisões, embora possa exercer uma influência mais geral.

Os sistemas jurídicos, no entanto, podem compartilhar o mesmo espírito, pois o coração da lei se estende além das jurisdições. É simplesmente lei, não a lei de uma jurisdição em particular (neste sentido, ver WALDRON, 2012, p. 3). A jurisdição, como o assunto, limita a aplicação dos órgãos de Direito, mas não o espírito do direito. Volto ao meu argumento anterior: se os seres humanos são portadores de imagem de Deus (Gênesis 1, 27), e se tudo o que eles criam reflete a imagem de Deus por extensão, então todos os sistemas legais devem compartilhar algum espírito comum. Por sua vez, certos princípios legais devem ser comuns de alguma forma. E quando os princípios são em certa medida

comuns, então as regras também devem ser um pouco semelhantes. Estes princípios comuns são sugeridos por algumas das profundas semelhanças estruturais que podemos facilmente encontrar mesmo entre corpos de lei que não estão genealogicamente ou culturalmente ligados. Os direitos humanos fundamentais, princípios como o Estado de direito e a igualdade de proteção perante a lei, e normas legais padrão como “os acordos devem ser honrados” e “nenhuma punição sem julgamento”, entre outros, parecem universais porque compartilham o mesmo espírito.

c) Apoio ao Direito Mundial Emergente

A metáfora corpo-sobre-espírito ajuda a explicar as diferenças entre o paradigma normativo do Direito Internacional moderno e o paradigma emergente do Direito global (DOMINGO OSLE, 2010). Embora ambos os paradigmas legais compartilhem alguns fins (por exemplo, paz e segurança), suas abordagens são diferentes. O paradigma do Direito Internacional moderno baseia a obrigação legal nos princípios do interesse próprio e do consentimento mútuo dos Estados (a principal fonte de obrigação nesta área). O paradigma do Direito global, porém, baseia a obrigação legal nos princípios da solidariedade entre os povos e da necessidade (DOMINGO OSLE, 2012, p. 563-587). Seguindo nossa metáfora, podemos dizer que o Direito Internacional se concentra no corpo e na alma da lei sem levar em conta o espírito comunicativo da própria lei. Em contraste, a lei global opera sobre esse espírito, e gradualmente absorve a alma e o corpo.

Vou abordar esta distinção com mais detalhes. O paradigma do Direito Internacional está enraizado na visão de que cada nação soberana deve servir a seu próprio interesse nacional. Em outras palavras, a alma deve se preocupar exclusivamente com seu próprio corpo. Um país deve assinar ou ratificar um Tratado somente com seu próprio benefício em mente. Somente quando há um interesse comum entre nações soberanas – ou seja, somente quando dois ou mais interesses nacionais coincidem – é que faz sentido os países celebrarem um Acordo porque é benéfico para todas as partes. Aplicando esta regra de conduta, os EUA não ratificaram muitos Tratados Internacionais importantes: o Protocolo de Quioto (1997), o Tratado de Ottawa (1997), o Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional (1998), o Protocolo Opcional à Convenção contra a Tortura (2002), a Convenção Internacional para a Proteção de Todas as Pessoas contra o Desaparecimento Forçado (2006), a Convenção sobre os

Direitos das Pessoas com Deficiência (2007) e a Convenção sobre Munições de Fragmentação (2008), entre outros⁴³.

A lei global, pelo contrário, está paradigmaticamente comprometida com a solidariedade. Ela se concentra no espírito do Direito, que tem um caráter comunicativo e solidário. Ao contrário do Direito Internacional, o Direito global reconhece uma comunhão espiritual mais radical entre todos os seres humanos, transcendendo qualquer interesse próprio que os Estados soberanos possam ter e abrindo a porta para uma unidade genuinamente solidária. A solidariedade global oferece um novo horizonte que desfaziza o interesse próprio nacional e supera a dicotomia nacional-internacional. Os Estados soberanos podem viver em solidariedade, como é óbvio. Esta solidariedade é, em certo sentido, meta-legal, e não um compromisso derivado da aplicação estrita do paradigma internacional. No entanto, o Direito Internacional está gradualmente se adaptando ao paradigma do Direito global e promovendo cada vez mais a solidariedade.

d) A Integridade da Lei

Na teoria jurídica, a metáfora corpo-sobre-espírito apoia a integração de valores, princípios e direitos morais por um lado; com regras, políticas e procedimentos legais, por outro. Princípios, valores e direitos morais são uma expressão da alma do sistema jurídico; regras, políticas e procedimentos legais refletem o corpo jurídico. Os domínios espiritual e corpóreo de um sistema jurídico são necessários para sua coerência, e estão completamente inter-relacionados. Eles precisam um do outro porque devem expressar uma única visão de justiça (DWORKIN, 1986, p. 134). No entanto, elas funcionam de maneira diferente. No reino corpóreo, os procedimentos de tomada de decisão muitas vezes não deixam espaço para debate (por exemplo, quando uma regra estabelece que o parlamento nacional é composto por 150 membros). No reino espiritual da lei, no entanto, não há procedimentos ou regras. Portanto, princípios e valores exigem uma justificação maisável do que regras e procedimentos, pois não podem ser aplicados de forma total ou nula e sem efeito.

A interpretação jurídica procura preservar a integridade de todo o sistema jurídico⁴⁴. Como parte do corpo da lei, regras, políticas e procedimentos podem

⁴³ Para os Tratados em vigor nos Estados Unidos, consulte a documentação fornecida pelo Departamento de Estado dos EUA, disponível em: <<http://www.state.gov/s/l/treaty/tif/index.htm>>.

⁴⁴ Sobre a idéia de integridade e sua relação com o direito, ver Dworkin (1986, p. 176-275).

entrar em conflito, pois diferentes objetos tentam ocupar o mesmo espaço⁴⁵. Como expressão do espírito da lei, os princípios, valores e direitos morais, por outro lado, não podem conflitar (o espírito não ocupa espaço), mas devem coexistir o melhor possível com as características do corpo de direito.

Seguindo e corroborando a terminologia e abordagem do Dworkin, podemos dizer que os casos dificeis⁴⁶ – casos que carecem de um resultado claramente determinado pelas regras e procedimentos relevantes – não são casos irresolvíveis. Eles devem ser resolvidos não por meio de um exercício de discrição, como alegam os positivistas legais, mas pela aplicação de princípios, ou seja, voltando-se para o espírito da lei (DWORKIN, 2000). Advogados, legisladores e juízes podem sempre encontrar princípios para informar o resultado dos casos, pois os princípios são uma descoberta humana, não uma criação humana. Os princípios operam no reino espiritual, e o espírito é abundante.

e) Apoio à Jurisprudência Integrativa

Em certo sentido, a metáfora corpo-sobre-espírito apoia a ideia de uma “jurisprudência integrativa”, se me permitem a expressão cunhada e desenvolvida por Harold Berman (1993, p. 289-310). De acordo com Berman, a jurisprudência integrativa combina as abordagens e doutrinas de três escolas clássicas de jurisprudência: positivismo jurídico, Direito Natural e a Escola Histórica Alemã⁴⁷.

Seguindo nossa metáfora corpo-sobre-espírito, podemos dizer que cada escola isolou um dos três componentes da metáfora. O positivismo legal considera o Direito como um conjunto de normas e regras criadas pelo Estado. Ela se concentra no corpo da lei, negligenciando sua alma e espírito. A Escola Histórica Alemã argumentou que a lei é apenas um produto do caráter nacional de um país. Ela enfatiza a alma de cada sistema jurídico, a alma nacional (*Volksgeist*), mas desvaloriza o corpo de direito e o espírito (o aspecto comunicativo da alma). A teoria da lei natural argumenta que as regras jurídicas adotadas pelas autoridades políticas que violam os princípios mais básicos da justiça não são lei em essência. Estes teóricos enfatizam o espírito da lei, mas correm o risco de negligenciar o corpo da lei e a alma nacional. Estas três escolas clássicas fazem contribuições essenciais ao Direito e à Ciência Jurídica, mas se tornam reducionistas quando enfatizam um elemento dos sistemas jurídicos sem integrar os outros.

⁴⁵ A abordagem do Dworkin é diferente. Ver Dworkin (2011, p. 22-28, 71-80, 90-100).

⁴⁶ Em casos dificeis, Dworkin (2011, p. 81-130).

⁴⁷ Para uma excelente visão geral das três escolas, veja Kelly (1999, p. 203-325).

f) Conciliar a Lei Racional com a Lei Suprarracional

A metáfora corpo-sobre-espírito apoia a reconciliação entre a lei racional (ou humana) e a lei suprarracional (ou divina) (BRAGUE, 2007, esp. p. 39-82). A lei suprarracional é aquela que opera na dimensão espiritual da pessoa humana. Ela não faz parte do corpo legislativo, a menos que seja especificamente reconhecida como tal. A lei suprarracional é ontologicamente espiritual, ao contrário da lei racional. No entanto, é também uma lei genuína, na medida em que tenta alcançar justiça pela aplicação de um sistema de regras vinculativas. A lei suprarracional é uma descoberta do espírito humano, não uma invenção humana. Todas as formas de lei revelada (por exemplo, os Dez Mandamentos) são expressões da lei suprarracional. Além disso, a própria lei da consciência (*lex conscientiae*) – considerada não como um mero desejo subjetivo, mas como a presença perceptível no ser humano de uma lei transcendente e objetiva, refletida em nosso senso inato de justiça – poderia ser considerada uma fonte de lei suprarracional privada (DOMINGO OSLE, 2016b, p. 122-165).

A lei suprarracional pode influenciar os sistemas jurídicos por meio do esclarecimento, atração e outros modos de causalidade⁴⁸ ou através da autoridade moral (*auctoritas*), mas não através do poder coercitivo (*potestas*). A lei suprarracional opera dentro do sistema jurídico secular como um valor, como uma fonte de sabedoria e conhecimento transcendente. É uma expressão da prioridade do espírito sobre o corpo e da comunhão do espírito humano com o Espírito de Deus. Ao transcender a legalidade (o corpo da lei), a lei suprarracional protege as ordens jurídicas seculares do vírus do legalismo e vê cada pessoa humana em sua integridade (WITTE, JR., 2010, p. 14)⁴⁹.

6 CONCLUSÃO

As metáforas são uma forma de conceituação e raciocínio, e ocupam um lugar de honra no campo jurídico. Eles têm estado no centro da cultura jurídica ocidental desde sua fundação. As metáforas nos permitem compreender parcialmente o que não podemos compreender plenamente. É por isso que as estruturas integrativas são muitas vezes metafóricas. Com base nas cartas de São Paulo e nos escritos de Edith Stein, ofereci a tríade de corpo, alma e espírito como uma ferramenta para compreender as conexões internas e externas mais profundas dos sistemas jurídicos. Como o ser humano, a lei não é apenas

⁴⁸ Para maiores discussões sobre a relação entre a lei e a prática divina, ver Brague (2007, p. 264).

⁴⁹ Da mesma forma, Berman (993, p. xi).

corpórea, mas também espiritual. O espírito da lei, por sua vez, é essencialmente comunicativo e solidário, como o Espírito de Deus.

Os sistemas legais são uma criação humana necessária e, por extensão, refletem a unidade intrínseca do corpo, alma e espírito humanos. Com esta metáfora, procuro desafiar o reducionismo legal e, consequentemente, o isolacionismo legal. Tenho defendido o respeito à lei como um todo. Assim como a alma deve respeitar o corpo, a comunidade política deve respeitar seu conjunto de leis. Em alguns casos, a metáfora também apoia o uso do Direito estrangeiro pelos sistemas jurídicos nacionais, por causa do espírito comunicativo essencial do Direito.

O espírito da lei é metajurisdicional, em oposição aos órgãos normativos. Esta realidade, por sua vez, permite-nos considerar uma lei comum parcialmente universal. A metáfora também nos ajuda a entender as Constituições como organismos vivos e o sistema jurídico como uma realidade essencialmente mutável. Também nos ajuda a reconhecer a bondade de uma lei global emergente fundada na solidariedade e não no interesse próprio dos Estados e a buscar a reconciliação entre a lei – o principal instrumento de justiça nas sociedades humanas – e o amor, assim como uma interação razoável entre a lei humana (racional) e a lei supraracional (divina). Em resumo, a metáfora corpo-sobre-espírito oferece um poderoso antídoto para todo o reducionismo legal, qualquer que seja sua origem.

REFERÊNCIAS

BALKIN, Jack M. **Living originalism**. Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press, 2011.

BARSHACK, Lior. Constituent power as body: outline of a constitutional theology. In: **University of Toronto Law Journal**, Totonto, Ed. University of Toronto, Faculty of Law, v. 56, p. 185-222, 2006.

BENTHAM, Jeremy. **An introduction to the principles of morals and legislation [1789]**. Amherst (NY): Prometheus, 1988.

BENTHAM, Jeremy. Essay on political tactics. In: BOWRING, John (Ed.). **The works of Jeremy Bentham**. v. 2. Edimburgo: William Tait, 1843.

BERMAN, Harold J. **Faith and order**: the reconciliation of law and religion. Grand Rapids (MI): Eerdmans, 1993 (Repr. 2000).

BRAGUE, Rémi. **The law of God**: the philosophical history of an idea. Tradução de Lydia G. Cochrane. Chicago: University of Chicago Press, 2007.

CALABRESI, Steve G. (Ed.). **Originalism**: a quarter century of debate. Washington (DC): Regency, 2007.

CHARLES, Patrick J. **Historicism, originalism, and the constitution**: the use and abuse of the past in american jurisprudence. Oxford: Oxford University Press, 2014.

COHEN, I. Bernard. **Science and the founding fathers**. Nova Iorque: Norton, 1995.

COKE, Edward. **The first part of the Institutes of the Laws of England**: or a commentary upon littleton. v. 1, bk. 2. Dublin: Brooke, Clarke and Sons, 1809. Francis Hargrave and Charles Butler (Ed.).

CONRAD, Stephen A. Metaphor and imagination in James Wilson's theory of Federal Union. In: **Law and Social Inquiry**, Cambridge (UK), Ed. Cambridge University Press, v. 13, p. 1-70, 1988.

COVER, Robert. Nomos e narrative. In: MINOW, Martha; RYAN, Michael; SARAT, Austin (Ed.). **Narrative, violence, and the law**: the essays of Robert Cover. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1992.

CROSS, Frank B. **The failed promise of originalism**. Stanford (CA): Stanford University Press, 2013.

DAVIS JR., Donald R. **The spirit of hindu law**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2013.

DOMINGO OSLE, Rafael. **Auctoritas**. Barcelona: Ariel, 1999.

DOMINGO OSLE, Rafael. **Deus e o sistema jurídico secular**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2016b.

DOMINGO OSLE, Rafael. **Juristas universales**. v. III. Madri: Marcial Pons, 2004.

DOMINGO OSLE, Rafael. La pirámide del derecho global. In: **Persona y Derecho**, Pamplona, Ed. Universidad de Navarra, v. 60, p. 29-61, 2009.

DOMINGO OSLE, Rafael. The new global human community. In: **Chicago Journal of International Law**, Chicago (Illinois), Ed. University of Chicago Law, v. 13, n. 1, p. 563-387, 2012.

DOMINGO OSLE, Rafael. **The new global law (nova lei global)**. Nova Iorque: Cambridge University Press, 2010.

DOMINGO OSLE, Rafael. Theology and jurisprudence: a good partnership? In: **Journal of Law and Religion**, Cambridge (UK), Cambridge University Press, v. 31, n. 1, p. 79-85, 2016a.

D'ORS, Álvaro. **Derecho privado romano**. 10. ed. Pamplona: Eunsa, 2004.

DWORKIN, Ronald D. **A matter of principle**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2000.

DWORKIN, Ronald D. **Law's empire**. Oxford: Hart, 1986. (repr. 2006).

DWORKIN, Ronald D. **Taking rights seriously**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2011.

FERCIA, Riccardo. "Aliud petere" e la metafora dell'óðoi. In: Rivista di Diritto Romano, v. 4, p. 1-16, 2004. Disponível em: <<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano04fercia.pdf>>.

FORD, Kenneth W.; GOLDSTEIN, Diane. **The quantum world**: quantum physics for everyone. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2005.

FRISCH, David. Rational retroactivity in a commercial context. In: **Alabama Law Review**, Tuscaloosa (AL), Ed. University of Alabama School of Law, v. 58, p. 765-809, 2007.

FULLER, Lon L. **Anatomia da lei**. Nova Iorque: Frederick A. Praeger, 1968.

GALGANO, Francesco. **Le insidie del linguaggio giuridico**: saggio sulle metafore nel diritto Bolonha: Il Mulino, 2010.

GREEN, Joel B. **Body, soul, and human life**: the nature of humanity in the bible. Grand Rapids, (MI): Baker Academic, 2008.

GUNN, T. Jeremy, The separation of Church and State *versus* religion in public square: the contested history of the establishment clause. In: GUNN, T. Jeremy; WITTE, JR., John (Ed.). **No establishment of religion**: America's original contribution to religious liberty. Oxford: Oxford University Press, 2012. p. 15-44.

GURNHAM, David. A metáfora do direito: introdução. In: **Journal of Law and Society**, London, John Wiley / Cardiff School of Law and Politics, v. 43, Issue 1, p. 123-143, 2016.

HAMBURGER, Philip. **Separation of Church and State**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2002.

HAWTHORNE, Gerald F.; MARTIN, Ralph P.; REID, Daniel G. (Ed.). **Dicionário de Paulo e suas cartas**. Downers Grove (IL): InterVarsity, 1992.

HESSELINK, Martijn W. A toolbox for european judges. In: **European Law Journal**, London, Ed. John Wiley, v. 17, p. 441-469, 2011.

HIBBITS, Bernard J. Making sense of metaphors: visuality, aurality, and the reconfiguration of American legal discourse. In: **Cardozo Law Review**, New York, Ed. Cardozo School of Law, v. 16, p. 259-356, 1994-1995.

HOBBES, Thomas. Introduction. In: HOBBES, Thomas. **Leviathan**. Oxford: Oxford University Press, 1996.

HOEFLICH, Michael H. Law and geometry: legal science from Leibniz to langdell. In: **American Journal of Legal History**, Oxford (UK), Ed. Oxford University Press, v. 30, n. 2, p. 95-121, 1986.

HOLMES JR., Oliver Wendell. The law. In: DeWOLFE, Mark (Ed.). **The occasional speeches of Oliver Wendell Holmes**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 1962.

KANTOROVICZ, Ernst. **The king's two bodies**: a study in mediaeval political theology. Princeton (NJ): Princeton University Press, 1957.

KELLY, John Maurice. **A short history of western legal theory**. Oxford: Clarendon, 1999.

KELSEN, Hans. **General theory of norms**. Tradução de Michael Hartney. Oxford: Clarendon, 1991.

KELSEN, Hans. **Hans Kelsen, werke**: veröffentlichte schriften 1905-1910 und selbstzeugnisse. v. 1. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007. Matthias Jestaedt (Ed.).

KELSEN, Hans. **Pure theory of law**. Tradução de Max Knight. Berkeley: University of California Press, 1967.

KOH, Harold Hongju. International law as part of our law. In: **American Journal of International Law**, Washington (DC), Ed. American Society of International Law, v. 43, p. 43-57, 2004.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **The new method of learning and teaching jurisprudence**. Tradução de Carmelo Massimo de Iuliis. Clark (NJ): Talbot Lawbook Exchange, 2017.

MAITLAND, Frederick William. The corporation sole. In: **Law Quarterly Review**, London, Sweet & Maxwell, v. 16, p. 335-354, 1900.

MASKULAK, Marian. **Edith Stein e o corpo-sobre-espírito no Centro de Formação Holística**. Nova Iorque: Peter Lang, 2007.

McGINNIS, John O.; RAPPAPORT, Michael B. **Originalism and the good constitution**. Cambridge (MA): Harvard University Press, 2013.

MEISER, Martin. Some facets of pauline anthropology: how would a greco-roman reader understand it? In: LABAHN, Michael; LEHTIPUU, Outi (Ed). **Anthropology in the new testament and its ancient context**. Leuven: Peeters, 2010. p. 55-85.

MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barão de. **The spirit of the laws**. v. 1. Tradução de Thomas Nugent. Nova Iorque: Appleton, 1900.

PERELMAN, Jeremy; YOUNG, Katharine G. Rights as footprints: a new metaphor for contemporary human rights practice. In: **Northwestern Journal of International Human Right**, Chicago (Illinois), Ed. Northwestern Pritzker School of Law, v. 9, p. 27-58, 2010-2011.

POUND, Roscoe. **The spirit of common law**. Boston: Marshall Jones, 1921.

PREST, Wilfrid. Blackstone as architect: constructing the commentaries. In: **Yale Journal of Law and Humanities**, New Haven (Connecticut), Ed. Yale Law School, v. 15, p. 103-133, 2003.

RICOEUR, Paul. **The rule of metaphor**: the creation of meaning in language. Tradução de Robert Czerny. Londres: Routledge, 2003.

ROBINSON, John A. T. **The body**: a study in pauline theology. Londres: SCM, 1952.

ROBINSON, O. F.; FERGUS, T. D.; GORDON, W. M. **European legal history**. 3. ed. Oxford: Oxford University Press, 2000.

ROSENBLUM, Bruce; KUTTNER, Fred. **Quantum enigma**: physics encounters consciousness. 2. ed. Oxford (USA): Oxford University Press, 2011.

SARRA, Claudio. **Lo scudo di Dionisio**: contributo allo studio della metafora giuridica. Milão: Franco Angeli, 2010.

SCALIA, Antonin. God's justice and ours. In: **Law and Justice: Christian Law Review**, London, Ed. Edmund Plowden Trust, v. 156, 2006.

SITARAMAN, Ganesh. The use and abuse of foreign law in constitutional interpretation. In: **Harvard Journal of Law and Public Policy**, Cambridge (MA), Ed. Harvard Society for Law & Public Policy (Harvard Law School), v. 32, p. 653-693, 2009.

SITZIA, Francesco. L'azione nelle novelle di Giustiniano. In: **Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano**, Milano, Ed. Giuffrè, v. 37-38, p. 1995-1996.

STEIN, Edith. **Finite and eternal being**. Tradução de Kurt F. Reinhardt. Washington (DC): ICS, 2002.

STEIN, Edith. **Philosophy of psychology and the humanities:** the collected works of Edith Stein. v. 7. Tradução de Mary Catharine Baseheart e Marianne Sawicki. Washington (DC): ICS, 2000.

TUSHNET, Mark. Quando é que saber menos é melhor do que saber mais? Unpacking the controversy over Supreme Court reference to non-US law. In: **Minnesota Law Review**, Minneapolis (MN), Ed. Minnesota University Law School, v. 90, p. 1.275-1.302, 2006.

VAN KOOTEN, George H. The anthropological trichotomy of spirit, soul and body in philo of Alexandria and Paul of Tarsus. In: LABAHN, Michael; LEHTIPUU, Outi (Ed). **Anthropology in the new testament and its ancient context.** Leuven: Peeters, 2010. p. 87-119.

VERMEULE, Adrian. **Common good constitutionalism:** recovering the classical legal tradition. Cambridge (UK): Polity, 2022.

VON IHERING, Rudolph. **Geist des römischen rechts auf den verschiedenen stufen seiner entwicklung.** 2 v. Leipzig: Breitkopf und Härtel, 1866.

WALDRON, Jeremy. **Partly laws common to all mankind:** foreign laws in American Courts. New Haven (Connecticut): Yale University Press, 2012.

WELKER, Michael. Flesh-body-heart-soul-spirit: Paul's anthropology as an interdisciplinary bridge-theory. In: WELKER, Michael (Ed.). **The depth of the human person:** a multidisciplinary approach. Grand Rapids (MI): Eerdmans, 2014. p. 45-57.

WIEACKER, Franz. **A history of private law in Europe.** Tradução de Tony Weir. Oxford: Clarendon, 1995.

WILLIAMS, Roger. Mr. Cotton's letter lately printed (1644). In: DAVIS, James Calvin (Ed.). **On religious liberty:** selections from the works of Roger Williams. Cambridge (MA): The Belknap Press of Harvard University Press, 2008.

WILSON, James. **The works of James Wilson.** Cambridge (MA): Harvard University Press, 1967. Robert Green McCloskey (Ed.).

WINTER, Steven L. **A clearing in the forest:** law, life, and mind. Chicago: University of Chicago Press, 2001.

WITTE, JR., John. Introduction. In: WITTE, JR., John; ALEXANDER, Frank S. (Ed.). **Christianity and human rights:** an introduction. Cambridge (UK): Cambridge University Press, 2010.

WITTE, JR., John. Law, religion, and metaphor. In: WITTE, JR., John. **Faith freedom, and family**: new essays in law and religion. Tübingen: Mohr Siebeck, 2022. p. 37-55. Norman Doe e Gary S. Hauk (Ed.).

WITTE, JR., John. The metaphorical bridge between law and religion. In: **Pepperdine Law Review**, Malibu (California), Ed. Pepperdine University, v. 47, n. 2, p. 435-462, 2020.

ZIMMERMANN, Reinhard. **The law of obligations**: roman foundations of the civilian tradition. Oxford: Oxford University Press, 1996.

Submissão em: 16 de janeiro de 2023

Último Parecer favorável em: 4 de abril de 2023

Como citar este artigo científico

DOMINGO OSLE, Rafael. Corpo, alma e espírito de direito. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 1, p. 255-278, jan.-abr. 2023.

DERECHO, MORAL Y JUSTICIA¹

ROBERTO ÁGREDA MALDONADO²

“Si el hombre, llegado a la perfección, es el primero de los animales, se vuelve el último cuando ha renunciado a la honestidad y a la justicia” (ARISTÓTELES, 1946, p. 125).

“El análisis conceptual busca la verdad de ciertos aspectos de nuestro mundo por medio del examen de la estructura lógica, o bien de los atributos necesarios y esenciales, de las ideas y categorías. Gran parte de la jurisprudencia analítica moderna pretende analizar conceptos [...]” (BIX, 2009, p. 5).

RESUMEN

Este artículo científico muestra la visualización teórica de los conceptos de Derecho, moral y justicia a la luz de Platón, Aristóteles, Kelsen, Nino, Rawls, la corriente iuspositivista y la corriente iusnaturalista. Los términos como parte del lenguaje científico dentro de las ciencias jurídicas y a partir de un enfoque multidisciplinario, interdisciplinario y transdisciplinario que se despliegan con el desarrollo de explicaciones fundamentadas para dejar traslucir al derecho, la moral y la justicia desde distintos enfoques teóricos y académicos, que concluye con la descripción fundamentada de lo que son un hombre justo y un hombre injusto.

Palabras clave: Derecho, moral, justicia, iuspositivismo, iusnaturalismo y pluralismo jurídico.

¹ Trabajo que se publicó, en su primera versión, en el libro digital del mismo autor, *Reflexiones jurídicas transdisciplinarias*, 25 de mayo de 2022.

² Abogado, pedagogo, científico social, docente universitario, escritor y conferencista internacional. Magíster en Docencia Universitaria con Mención en Ciencias Jurídicas y Políticas. Doctor (Ph. D.) en Ciencias de la Educación. Docente de grado y posgrado de la Universidad Mayor de San Simón de Cochabamba, Bolivia. Libros sobre ciencias jurídicas y políticas: *Diccionario de ciencias jurídicas, económicas y políticas* (2005), *La psicología jurídica en Bolivia* (2008), *Diccionario de ciencias sociales* (2012), *Diccionario de Psicología Jurídica* (3.^a ed., 2018), *Diccionario del poder* (2018), *Diccionario de filosofía* (2018), *Reflexiones jurídicas transdisciplinarias* -libro digital- (2022).

1 INTRODUCCIÓN

En este trabajo teórico se expondrá una aproximación epistemológica, interpretativa y explicativa del Derecho, la moral y la justicia, con el auxilio de investigadores, juristas, filósofos y clásicos del Derecho, con la pretensión de familiarizar y aportar al debate teórico en esta época confusa de pandemia y en respuesta a la necesidad de volver a los clásicos y repensar términos que se creían ya totalmente desarrollados, cuando cada vez se abren nuevos derroteros de reflexiones y reconstrucción académica en el mundo del Derecho y de las ciencias sociales para concluir cómo son el hombre justo y el hombre injusto.

2 DESARROLLO

[Derecho] Es una ciencia que abarca un conjunto amplio de comportamientos sociales, conformada por la sistematización y coherencia de conocimientos que giran alrededor de los conceptos de justicia y moral, obtenidos gracias al empleo de los métodos apropiados para las ciencias sociales [J. J. Prado] (CASADO, 2008, p. 122-123).

3 METODOLOGÍA

El presente trabajo adopta el paradigma fenomenológico constructivista y el enfoque cualitativo, en razón de la naturaleza teórica del estudio. La metodología como lógica de la investigación científica asumida exigió la aplicación de los métodos científico, interpretativo y dialéctico. Asimismo, se utilizó la técnica del análisis de contenido de conceptos sobre los vocablos de Derecho, moral y justicia, en los libros de filósofos clásicos, jurisconsultos y con base en la consulta de diccionarios importantes pertinentes. Lo que se comprueba en el desarrollo de este artículo científico.

4 EL DERECHO

El Derecho es un término polisémico que puede significar, Estado de Derecho, garantías, lo que le corresponde a uno y finalmente un sistema de normas, jurisprudencia, principios y conocimientos para guiar a las personas por el camino correcto hacia la justicia, equidad, paz, seguridad y la realización individual y social. Los principios de justicia, según Gustavo Zagrebelsky, se

hallan en la ley de leyes de cada país. Al respecto se lee: “Existen en la Constitución principios de justicia, como los denomina Zagrebelsky, los cuales fungen como orientaciones de las acciones de los poderes públicos. Estos principios vendrían a ser nada menos que los derechos fundamentales.” (ZAGREBELSKY, cit. por ROMERO MARTÍNEZ, 2017, p. 28). Según John Rawls (cit. por BERNAL PULIDO, 2007, p. 293) “la primera facultad moral consiste en la aptitud de tener un sentido de justicia.”. La justicia entendida como la capacidad de ser razonable (BERNAL PULIDO, 2007, p. 293). Se privilegia la razón.

El Derecho es el ámbito de lo imperativo, externo, obligatorio, bilateral, coercible. Este campo del conocimiento regula la conducta externa de los seres humanos. Esa regulación se llama norma jurídica que, en forma sistematizada y codificada, se llama derecho: penal, civil, familiar, laboral, hidrocarburífero, aeronáutico, deportivo, municipal, etc. Cada derecho positivo consta de normas jurídicas o leyes. Para Zagrebelsky, “las leyes de las que se compone el derecho vendrían a ser las reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos básicamente serían los principios jurídicos” (ZAGREBELSKY cit. por ROMERO MARTÍNEZ, 2017, p. 28). En lógica consecuencia, las reglas como normas jurídicas y los principios como normas constitucionales rigen a los países del mundo.

El derecho cumple esa función [regulatoria] a través de la coacción y de la autoridad, ya que no siempre se lo respeta por miedo a la sanción; también se lo acata porque se reconoce la autoridad de quien dicta las normas jurídicas (SANTIAGO NINO, 2013, p. 61).

De lo que se infiere, que autoridad y coercibilidad son los rasgos característicos del derecho como norma jurídica. Lo coercible es impuesto en la norma jurídica; en cambio la norma moral es incoercible, unilateral. La sanción de cada persona. Se auto sanciona con el remordimiento o carga de conciencia. La religión regula la conducta humana.

Alfonso García Figueroa concibe al Derecho, desde el pluralismo jurídico, como algo muy relevante.

Primero, porque la convivencia de individuos con concepciones del mundo diferentes y muchas veces contrapuestas puede ser conflictiva y el Derecho se ha manifestado como un instrumento para resolver conflictos. Segundo, porque el Derecho no solo es un instrumento para resolver conflictos, sino que además suele ser a su vez el reflejo de algún tipo de conflicto (GARCÍA FIGUEROA, 2010, p. 32).

Lo cierto es que el Derecho puede resolver conflictos como también puede reflejar conflictos, por ejemplo, entre los que defienden a ultranza la propiedad privada en las sociedades de desigualdad y los que abogan, por una propiedad social, para la realización de todos, en sociedades que se dirigen a una sociedad de mayor bien común y disminuir o eliminar la desigualdad económica, política, educativa y cultural.

Las clases de Derecho son: 1. Derecho social. 2. Derecho particular. 3. Derecho público que tiene la finalidad el bien común. Cada uno tiene un ámbito específico de dominio teórico y normativo.

5 LA MORAL

La Real Academia de la Lengua Española define la moral en varios sentidos; los dos primeros y pertinentes son los siguientes:

1. Perteneciente o relativo a las acciones de las personas, desde el punto de vista de su obra en relación con el bien o el mal y en función de su vida individual y, sobre todo, colectiva. 2. Conforme con las normas que una persona tiene del bien y del mal (RAE, 2014, p. 1.494).

La moral es lo referido a la vida individual y a las normas que una persona tiene sobre el bien y el mal. La moral es interna, autónoma, la propia persona hace o deja de hacer una conducta. Es unilateral. La moral como norma moral es un deber ser o principios, valores que un ser humano construye en la niñez, la adolescencia y la juventud para regular su conducta toda su vida. Es una normalización interna que se auto administra cada persona.

“La virtud de la moral es una tendencia o una disposición a actuar de determinado modo porque se cree en la existencia de ciertas razones morales que propugnan ese comportamiento.” (SANTIAGO NINO, 2013, p. 63). Por ello, “la moral se distingue del derecho en que solamente se materializa en tanto y en cuanto los individuos acepten libremente ciertos principios de conducta.” (SANTIAGO NINO, 2013, p. 65). La moral está relacionada con la disposición de las personas de aceptar algo por razones morales. Por el contrario, el Derecho responde a la lógica de la obligatoriedad, de la amenaza de la sanción por incumplimiento. “Esta amenaza de coacción es el elemento central del derecho.” (SANTIAGO NINO, 2013, p. 61). Al que se une el hecho que toda norma jurídica es producto de un legislador colectivo (el órgano legislativo), que es autoridad.

6 LA RELACIÓN DEL DERECHO CON LA MORAL

Rodolfo Vázquez en su libro “**Entre la libertad y la igualdad**: introducción a la filosofía del derecho” (2009) explica dos tesis o posiciones básicas respecto a la relación entre derecho y moral: la tesis de la separación y la tesis de la vinculación. La primera tesis corresponde a las primeras cuatro primeras décadas del siglo XX, en las que se dio la separación entre la ética y las ciencias humanas y sociales (VÁZQUEZ, 2009, p. 17).

La tesis de la separación entre Derecho y moral fue fundamentada por Hans Kelsen en su libro **La teoría pura del derecho**, específicamente en su capítulo II. Kelsen sobre el tema, en forma contundente argumenta: “[...] Desde el punto de vista de la moral la norma jurídica es buena o mala, justa o injusta. Hay aquí un juicio de valor emitido sobre la base de una norma moral y, por consiguiente, extraño a la ciencia del derecho, puesto que no es pronunciado sobre la base de una norma jurídica” (KELSEN, 1960, p. 49). Lógicamente, se entiende que un juicio de valor en el campo jurídico no puede basarse en una norma moral sino en una norma jurídica.

Por tanto, la tesis de la separación del Derecho y la moral, es sostenida por la corriente iuspositivista y sus teóricos como Kelsen.

La tesis de la vinculación entre Derecho y moral está defendida en forma variada por la corriente iusnaturalista y por otros autores que coinciden en algunos puntos tal como es el caso de Robert Alexis, sobre quien se afirma: “Alexy trata de mostrar que ‘en los procesos de creación y aplicación del derecho los participantes tienen, necesariamente, una pretensión de corrección, la cual incluye una pretensión de corrección moral’.” (ALEXY, cit. por VÁZQUEZ, 2009, p. 21). Claro, Robert Alexy, con la fundamentación de que el derecho tiene una corrección moral está interpretando la relación directa del Derecho con la moral. Argumentación de defensa de la tesis de la vinculación entre moral y Derecho.

Sin duda alguna “el debate sobre las relaciones entre Derecho y moral, como se analizó, confrontó a dos escuelas: el positivismo jurídico, con su defensa de la tesis de la separación, y el iusnaturalismo, que defiende la tesis de la vinculación.” (VÁZQUEZ, 2009, p. 25). Los positivistas jurídicos más conocidos son: Han Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli y Ricardo Guastini. Para Juan Antonio García Amado “[...] todo iusnaturalismo es iusmoralismo [...] La teoría del Derecho Natural anclaba en la naturaleza humana esos preceptos morales que son, a la vez, jurídicos y supremo baremo de juridicidad.” (GARCÍA AMADO, 2014, p. 10), lo que refuerza la afirmación

primera. Por tanto, el iusmoralismo es iusnaturalismo.

Hay varias etapas históricas del iusnaturalismo, las cuales pueden reducirse a dos principales: la clásica y la moderna. La clásica es la de los griegos, el derecho romano y la escolástica, tanto medieval como posmedieval; reúne a autores como Aristóteles, Santo Tomás, Duns Escoto, Vitoria y Suárez. La moderna es la que parte del siglo XVII y llega a la actualidad. Es, sobre todo, la de iusnaturalistas como Hobbes, Grocio, Puffendorf, Tomasius, Leibniz, Kant, Hegel y otros posteriores. (BEUCHOT, 2015, p. 97-98).

Lo que vale como una explicación histórica del iusmoralismo.

Sin embargo, los seguidores de ambas escuelas muestran diferencias de matices, que Rodolfo Vázquez caracteriza de versiones. En relación a ello dice este mismo autor:

El debate más interesante en torno a las relaciones entre derecho y moral desde los años sesenta hasta nuestros días, reitero, no se ha dado entre los defensores de las versiones fuertes de las tesis de la vinculación o de la separación –por ejemplo, iusnaturalismo y positivismo exagerados o ideológicos– sino entre los que defienden las versiones débiles. (VÁZQUEZ, 2009, p. 32-33).

Pero no se requiere ese debate exquisito, tal vez en otra oportunidad, porque lo analizado anteriormente en las líneas precedentes (iuspositivismo y el iusnaturalismo) es suficiente para este trabajo.

No obstante, de las dos tesis sobre Derecho y moral, hay disquisiciones académicas sobre las teorías de la relación del Derecho y la moral, una modelación teórica que pretende abarcar a todas las formulaciones teóricas de esas relaciones anotadas. Estas son:

- 1. teoría de la identificación total.** Interdependencias recíprocas Derecho y moral o interinfluencias recíprocas entre ambas. Ejemplo: homicidio. El principio moral “no matarás” está identificado con el principio jurídico homicidio;
- 2. teoría de la dependencia parcial entre derecho y moral.** La implementación o aplicación de la pena en casi directa relación entre daño de una norma moral y el quebrantamiento de una norma jurídica;

3. **teoría de la subordinación del Derecho a la moral.** Luego de una guerra, revolución o cambio de gobierno de un grupo político radical, se despliega un orden jurídico al que subordina la moral;
4. **teoría de la subordinación de la moral al derecho.** Los países anglosajones y los países con mayor ascendencia religiosa, de cualquier naturaleza, legislan derechos con base en sus creencias religiosas; es más, subordinan el derecho a la moral;
5. **teoría de la independencia del derecho y la moral.** Se considera que el derecho es el medio para manejar los valores que le son inmanentes o como esencia y como finalidad: orden, paz, justicia, equidad, armonía, vida ética de las personas y el bien común.

El Derecho como un instrumento para afianzar, resguardar los valores morales de responsabilidad, solidaridad, honestidad y bondad. Pueden relacionarse entre sí, pero no hay dependencia ni supremacía. El Derecho no puede crear condiciones sociales favorables tanto como para la degradación moral (Ejemplos: legalización del juego o legalización de la prostitución) como para el perfeccionamiento espiritual del ser humano (prohibir el juego o prohibir la prostitución). En el Derecho cabe hablar de fines éticos y no estrictamente morales. Se ve a la ética como una disciplina filosófica que se encarga de principios éticos del actuar correcto e ideal.

Luego de haber expuesto lo relativo al Derecho y a la moral, corresponde exponer lo que es la justicia para Platón, Aristóteles y para Rawls, como un primer acercamiento intelectual y panorámico.

7 LA JUSTICIA

El filósofo clásico de Platón en su obra **La República**, en sus libros I y II, desarrolla un diálogo sobre el tema de la justicia. Lo más importante se halla en el libro I en el que dialogan Polemarco y Sócrates sobre el concepto de justicia que dio Simónides. Sócrates responde a Polemarco: “Me parece que Simónides habló poéticamente, con enigmas, acerca de lo que es justo. Pues entendía, según me parece, que lo justo es devolver a cada uno lo que corresponde, y a esto lo denominó ‘lo que se debe’” (PLATÓN, 2014, p. 17). Esta conceptualización es anterior a Ulpiano, pues Platón, que nació en Grecia en el año 427, fue uno de los primeros filósofos que escribió y murió el 347 a. C.; en cambio, Ulpiano nació

en Tiro, Fenicia el año 170, jurista romano y murió asesinado en Roma, en el año 228 d.C. Tal como se verifica, Platón vivió antes que Ulpiano, el concepto de justicia le corresponde a Simónides, por versión del personaje Sócrates de Platón en su libro **La República**. Sin embargo, Ulpiano es más famoso por su definición de justicia: “La justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho”, explicación que se halla en numerosos medios escritos físicos y virtuales, en esta época de explosión de conocimientos e informaciones de todo tipo.

El discípulo de Platón, Aristóteles en su obra **Ética nicomáquea**, interpreta que la justicia no es un concepto simple y expone:

[...] Tres son las disposiciones, y de ellas, dos vicios –uno por exceso y otro por defecto– y una virtud, la del término medio [...] En algunos casos, al medio se le opone más el defecto, y en otros el exceso; por ejemplo, a la valentía no se opone la temeridad, que es el exceso, sino la cobardía, que es el defecto; y a la moderación no se opone la insensibilidad, que es la deficiencia, sino la intemperancia, que es el exceso. Esto sucede por dos causas: una procede de la cosa misma, pues por estar más cerca y ser más semejante al medio uno de los extremos, no es este sino el otro contrario el que preferimos oponer al medio; así, como la temeridad parece ser más semejante y más próxima a la valentía, pero más distante a la cobardía, preferimos contraponerla ésta; pues lo más alejado del medio parecer ser más contrario. Ésta es, pues, la causa que procede de la cosa misma, y la otra surge de nosotros mismos [...] (ARISTÓTELES, 2011a, p. 48-49).

La justicia para Aristóteles, como primera aproximación, es el término medio, ni exceso ni defecto, lo exacto, lo correcto. ¿Y cuál es la explicación aristotélica sobre la persona que practica la justicia?

Uno podría preguntarse cómo decimos que los hombres han de hacerse justos practicando la justicia, y moderados, practicando la moderación, puesto que, si practican la justicia y la moderación son ya justos y moderados, del mismo modo que si practican la gramática y la música son gramáticos y músicos (ARISTÓTELES., 2011a, p. 41).

La cita precedente, si bien no aporta mucho, es una exposición lógica rigurosa y clara del padre de la lógica, el filósofo peripatético (que enseñaba caminando, en medio de senderos de campos primaverales). Luego de la presente introducción del pensamiento aristotélico, es necesario conocer lo fundamental de su pensamiento sobre la justicia. Este se halla en el libro V

de la obra **Ética nicomáquea**, que a la letra dice: “Con relación a la justicia y a la injusticia, debemos considerar a qué clase de acciones se refieren, cuál es el término medio de la justicia y entre qué extremos lo justo es término medio [...]” (ARISTÓTELES, 2011a, p. 101). La primera idea que se asimila, es que la justicia y lo justo son el término medio.

La segunda idea se halla en lo que sigue:

Puesto que el transgresor de la ley era injusto y el legal justo, es evidente que todo lo legal es, en cierto modo, justo, pues lo establecido por la legislación es legal y cada una de estas disposiciones decimos que es justa. Pero las leyes se ocupan de todas las materias, apuntando al interés común de todos o de los mejores, o de los que tienen autoridad, o a alguna otra cosa semejante; de modo que, en un sentido, llamamos justo a lo que produce o preserva felicidad o sus elementos para la comunidad política (ARISTÓTELES, 2011a, p. 102).

Lo justo es legal, lo correcto, lo equitativo; en cambio, lo injusto es lo desigual, lo que hace el transgresor de la ley. Se llama lo justo a lo que produce o preserva la felicidad en una comunidad política.

Pero qué es la justicia para Aristóteles, en forma más clara y concreta: “Es la virtud en el más cabal sentido, porque es la práctica de la virtud perfecta, y es perfecta, porque el [ser humano] que la posee puede hacer uso de la virtud con los otros y no solamente consigo mismo.” (ARISTÓTELES, 2011a, p. 103). Por el contrario:

El peor de los hombres es, pues, el que usa de maldad consigo mismo y sus compañeros; el mejor, no el que usa de virtud para consigo mismo, sino para con otro; porque esto es una tarea difícil. Esta clase de justicia, entonces, no es una parte de la virtud, sino la virtud entera, y la injusticia contraria no es una parte del vicio, sino el vicio total (ARISTÓTELES, 2011a, p. 103).

En suma, tomando en cuenta las dos citas que preceden, la justicia es la virtud entera, el hombre virtuoso o justo es el que aplica la virtud de justicia a los otros; en cambio, la injusticia es el vicio total, el hombre injusto es el que aplica la maldad a otros y consigo mismo. El ser humano que no quiere a otros y a sí mismo, es el que comete delitos, daños a los bienes jurídicos protegidos o a los derechos, patrimonios o garantías jurídicas.

Por su parte, Rawls con su libro **La teoría de la justicia**, visualiza a la justicia como equidad, producto de la aplicación del principio de la igualdad de oportunidades y el principio de la diferencia. Distingue los cuatro tipos de justicia: 1. Distributiva (atiende a la distribución de bienes escasos entre individuos en situaciones parecidas), comutativa (regula los aspectos particulares de un individuo con cualquier otro), retributiva (asigna pena o castigo a quien infringe una norma), y restaurativa o transicional (para juzgar a los implicados en un cambio de régimen, por ejemplo, cuando se pasa de una dictadura a una democracia y hay víctimas y verdugos) (VERGÉS Gifra, 2017, p. 64-65).

John Rawls plantea una justicia con mayor acercamiento a la igualdad, como equidad. Rawls al inicio de su libro **La teoría de la justicia**, dice: "La justicia es la primera virtud de las instituciones sociales, como la verdad lo es de los sistemas de pensamiento." (RAWLS, 2012, p. 13). La justicia como equidad, como primera virtud.

En estas observaciones preliminares he distinguido el concepto de justicia en tanto que equilibrio adecuado entre pretensiones enfrentadas, a partir de una idea de la justicia concebida como un conjunto de principios relacionados entre sí, para identificar las consideraciones pertinentes que hacen posible ese equilibrio (RAWLS, 2012, p. 19).

Sumado a los anteriores apuntes, para John Rawls la justicia es una virtud, una construcción de mayor equidad y equilibrio.

No hay duda de que la justicia es también como el Derecho un término polisémico que tiene varios significados que se han ventilado a lo largo de la historia y desde distintas posturas filosóficas, jurídicas, económicas y políticas, principalmente.

Los más importantes:

1. resultado de la convención humana en un espacio y tiempo determinados;
2. situación en que se brinda cierto castigo o recompensa a un ser humano como compensación adecuada e igual por los resultados de su propia conducta respecto a otro;
3. el poder de hacer que a cada cual se dé su derecho, y la administración de este poder. La voluntad firme y constante de dar a cada uno lo que le pertenece (Simónides, Ulpiano, Justiniano);
4. "Lo que es conforme a Derecho (lo que no es muy exacto: La institución de

la esclavitud se basaba en un derecho, pero representaba una injusticia)” (OSSORIO, 2009, p. 553);

5. (desde la Psicología) “La formación de las actitudes y del sentimiento de justicia, la apreciación de la equidad de las reglas de derecho y de su uso varían en función del desarrollo del juicio moral” (DORON; PAROT et al, 2008, p. 332). En suma, la justicia desde la Psicología, trata del equilibrio (individuo-sociedad), de la realización de la personalidad, subjetividad o fenómenos psíquicos.
6. Leibniz: “es preciso destruir el mal con la superabundancia del bien”.

Es necesario elaborar un nuevo concepto de justicia desde la Psicología o desde una perspectiva interdisciplinaria, multidisciplinaria y transdisciplinaria de la Psicología Jurídica para el Derecho. Tal vez se parte de la consideración general de la superabundancia del bien para superar los problemas económicos, políticos, educativos y culturales.

8 HALLAZGOS

El Derecho representa la regulación externa de las personas en una sociedad determinada y que responde a un tipo de sociedad con una formación socioeconómica determinada.

La moral alude a la regulación interna de valores humanos. Hay teorías jurídicas que interpretan de distintos modos la relación del Derecho y la moral. Los iusnaturalistas hacen énfasis en preeminencia de la moral en relación al Derecho; en cambio los iuspositivistas hacen énfasis en el Derecho y hasta niegan la participación de la moral en el Derecho.

La justicia, como el Derecho³, son términos polisémicos que responden a un determinado espacio y tiempo, es decir a una determinada sociedad y época. En general, la justicia representa el ideal de una situación de equidad y los estudios del Derecho y las ciencias sociales, se esfuerzan por buscar mayores niveles de equidad, equilibrio y disminuir las desigualdades económicas, políticas y culturales.

³ Término que agrupa a las ciencias jurídicas.

9 DISCUSIÓN

Los términos Derecho, moral y justicia responden a concepciones filosóficas y políticas que varían de acuerdo a los autores y sus respectivas épocas. Se analizó, luego la conceptualización de Derecho, moral; las posturas sobre la relación entre Derecho y moral para concluir con la explicación de lo que es la justicia. Se destacaron las diferencias de las posiciones de los iusnaturalistas y los iuspositivistas sobre la moral y el Derecho. Como en la ciencia en general se sostiene, no se ha agotado todo el tema, pero se ha hecho una búsqueda constructiva teórica y dialéctica del problema de diferenciar lo que es el Derecho, la moral y la justicia, lo que motivaría un trabajo posterior de manual o un tratado sobre los tópicos señalados. Se buscó interpretar las elocuciones de los intelectuales clásicos como Aristóteles y Rawls para concluir con una visión del hombre injusto y del hombre justo.

10 CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto en este trabajo, se ha arribado a las siguientes conclusiones:

- **primera.** El Derecho es un término polisémico que puede significar, Estado de Derecho, garantías, lo que le corresponde a uno y finalmente un sistema de normas, jurisprudencia, principios y conocimientos para guiar a las personas por el camino correcto hacia la justicia, equidad, paz, seguridad y la realización individual y social. El Derecho es el ámbito de lo imperativo, externo, obligatorio, bilateral, coercible. Este campo del conocimiento regula la conducta externa de los seres humanos. Esa regulación se llama norma jurídica que, en forma sistematizada y codificada se llama derecho: penal, civil, familiar, laboral, hidrocarburífero, aeronáutico, deportivo, municipal, etc.;
- **segunda.** Lo que es cierto, el Derecho puede resolver conflictos como también puede reflejar conflictos, por ejemplo, entre los que defienden a ultranza la propiedad privada en las sociedades de desigualdad y los que abogan, por una propiedad social, para la realización de todos, en sociedades que se dirigen a una sociedad de mayor bien común y disminuir o eliminar la desigualdad económica, política, educativa y cultural;
- **tercera.** La moral es lo referido a la vida individual y a las normas que una persona sobre el bien y el mal. La moral es interna, autónoma, la propia persona hace o deja de hacer una conducta. Es unilateral. La

moral como norma moral constituye una orientación hacia los valores que un ser humano construye en su niñez, su adolescencia y su juventud para regular su conducta toda su vida. Es una normatización interna que se auto administra cada persona;

- **cuarta.** Sobre el Derecho y la moral se han teorizado las tesis de la vinculación y de la separación que corresponden al iusnaturalismo y al iuspositivismo, respectivamente. Las teorías sobre el Derecho y la moral son:
 1. teoría de la identificación total;
 2. teoría de la dependencia parcial entre derecho y moral;
 3. teoría de la subordinación del derecho a la moral;
 4. teoría de la subordinación de la moral al derecho;
 5. teoría de la independencia del derecho y la moral;
- **quinta.** Platón vivió antes que Ulpiano, el concepto de justicia le corresponde a Simónides, personaje que dialoga con Sócrates en el libro *La República* de Platón. Sin embargo, Ulpiano es más famoso por su definición de justicia: “La justicia es la perpetua y constante voluntad de dar a cada uno su derecho”. La justicia para Aristóteles como primera aproximación, es el término medio ni exceso ni defecto, lo exacto, lo correcto. La justicia es la virtud entera, el hombre virtuoso o justo es el que aplica la justicia a los otros y consigo mismo; en cambio, la injusticia es el vicio total, el peor hombre injusto es el que aplica la maldad a otros y hacia sí mismo;
- **sexta.** Para John Rawls la justicia es una virtud, una construcción de búsqueda de mayor equidad y equilibrio;
- **séptima.** La justicia es resultado de la convención humana en un espacio y tiempo determinados. Es necesario elaborar un nuevo concepto de justicia desde la Psicología o desde una perspectiva interdisciplinaria, multidisciplinaria y transdisciplinaria de la Psicología Jurídica para el Derecho. Tal vez se parte de la consideración general de la superabundancia del bien para superar los problemas económicos, políticos, educativos y culturales;
- **octava.** Siguiendo a Aristóteles la justicia es la virtud entera, el hombre virtuoso o justo es el que aplica la virtud de justicia a los otros; en cambio, la injusticia es el vicio total, el hombre injusto es el que aplica la maldad a otros y consigo mismo.

REFERENCIAS

ÁGREDA MALDONADO, Roberto. **Diccionario de filosofía**. Cochabamba: Kipus, 2018a.

ÁGREDA MALDONADO, Roberto. **Diccionario de psicología jurídica**. 2. ed. Cochabamba: GEK, 2018b.

ÁGREDA MALDONADO, Roberto. **Diccionario del poder**. Cochabamba: GEK, (2018c)

ÁGREDA MALDONADO, Roberto. **La psicología jurídica en Bolivia**. 2. ed. Cochabamba: Kipus, 2008.

ARISTÓTELES. **El libro primero de la metafísica**. Trad. Pablo Girosi. Buenos Aires: Tor, 1946.

ARISTÓTELES. **Ética nicomáquea**: política: retórica. Trad. Julio Pallí Bonet. Madrid: Gredos, 2011a.

ARISTÓTELES. **Protéptico**: metafísica: física: acerca del alma. Trad. Carlo Megino Rodríguez et al. Madrid: Gredos, 2011b.

BEUCHOT, Mauricio. **Derechos humanos**: historia y filosofía. 6. ed. Ciudad de México: Fontamara, 2015.

BERNAL PULIDO, Carlos. **El derecho de los derechos**: escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. (4.^a reimp.).

BIX, Brian H. **Diccionario de teoría jurídica**. Ciudad de México: UNAM, 2009.

CASADO, Laura. **Diccionario de derecho**. Buenos Aires: Valletta, 2008.

DORON, Roland; PAROT, Francoise et al. **Diccionario de psicología**. Trad. Bernadette J. Fabregoul y Agustín Arbesú Castañón. Madrid: Akal, 2008.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio. **Iusmoralismo(s)**: Dworkin, Alexy, Nino. Lima (Perú): Legisprudencia, 2014.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso. **Criaturas de la moralidad**: Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos. Madrid: Trotta, 2010.

KELSEN, Hans. **Teoría pura del derecho**: introducción a la ciencia del derecho. Buenos Aires: Eudeba, 1960.

OSSORIO, Manuel. **Diccionario de ciencias jurídicas, políticas y sociales.** Buenos Aires: Heliasta, 2009.

PLATÓN. **Diálogos I:** apología de Sócrates, Critón, Eutifrón, Ion, Lisis, Cármides, Hipias menor, Hipias Mayor, Laques, Protágoras, Gorgias, Menéxeno, Menón, Crátilo, Fedón, Banquete y Fedro. Trad. Julio Calonge Ruiz et tal. Madrid: Gredos, 2011. (Estudio introductorio: Antonio Alegre Gorri).

PLATÓN. **Diálogos II:** república, Parménides, Teeteto, sofista, político, Filebo, Timeo y Critias o Atlántico. Trad. Conrado Eggers Lan et al. 2. ed. Madrid: Gredos, 2014.

RAWLS, John. **Teoría de la justicia.** Trad. María Dolores González. México: FCE, 2012. (7.^a reimp. 1^a edición electrónica).

REA - REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. **Diccionario de la lengua española.** 23. ed. Cochabamba: RAE / Espasa Calpe, 2014.

ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel. **Estudios sobre la argumentación jurídica principalista:** bases para la toma de decisiones judiciales. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2017.

RUIZ MANERO, Juan. **El legado del positivismo jurídico:** ocho ensayos sobre cinco autores positivistas: Hans Kelsen, Norberto Bobbio, Eugenio Bulygin, Luigi Ferrajoli y Riccardo Guastini. Lima-Bogotá: Palestra / Temis, 2014.

SANTIAGO NINO, Carlos. **Ocho lecciones sobre ética y derecho para pensar la democracia.** Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2013.

VÁZQUEZ, Rodolfo. **Entre la libertad y la igualdad:** introducción a la filosofía del derecho. 2. ed. Madrid: Trotta, 2009.

VERGÉS GIFRA, Joan. **Rawls:** la justicia es la virtud más importante de una sociedad democrática. Madrid: Editec, 2017.

Submissão em: 3 de março de 2023

Último Parecer favorável em: 26 de abril de 2023.

Como citar este artigo científico

ÁGUEDA MALDONADO, Roberto. Derecho, moral y justicia. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 1, p. 279-293, jan.-abr. 2023.

Áframhaldandi Rannsóknir
Astudiaethau Parhaus
Continued Studies
Devam Eden Çalışmalar
Estudios Continuados
Estudis Continuats
Études Continues
Folytató Vizsgálatok
Fortsat Studier
Fortsatte Studier
Fortsättningsstudier
Fortsetzung der Studien
Jätkuõpingud
Jatkuvat Tutkimukset
Континуиране студије
Континуирани студии
Kontinuéierter Studien
Kontynuowane Badania
Nadaljevanje Študij
Nastavak Studija
Nastavne Studije
Оқытуға Арналған Оқу
Оқуды Жалғастыру
Pokračovanie Štúdie
Pokračující Studia
Pokračujúce Štúdie
Sgrùdaidhean Leantainneach
Staidéar Leanúnach
Studi Continua
Studii Continue
Studimet e Vazhdueshme
Studji Kkontinuti
Studji Kontinwi
Tęstinių Tyrimai
Turpinājumi
Turpinot Studijas
Vervolgstudies
Voortgezette Studies
Продължава Проучвания
Продовження Навчання
Продолжени Студии
Продолжение Обучения
Продукты
Συνεχίσμενες Μελετες



REFLEXIONES SOBRE ÉTICA PARA MAGISTRADOS, EN EL RECENTE CÓDIGO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS¹

ADELA PEREZ DEL VISO²

1 INTRODUCCIÓN

Durante el año 2021 llevamos a cabo en la Escuela Judicial del Poder judicial de San Luis un curso sobre “*Juristas del Horror*”³ que refería a la actuación de abogados y jueces durante la etapa nazi en Alemania. Como consecuencia del armado de este curso, trabajamos en publicaciones sobre el tema (tales como: PEREZ DEL VISO, 2021a; PEREZ DEL VISO, 2021b), y en una de ellas concluímos reseñando algunas reglas de ética para magistrados. Es nuestra intención continuar con la reflexión sobre las normas de Ética para Magistrados y Funcionarios, máxime cuando hace pocos días la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha publicado su Código de Ética (C.I.D.H., 2022), el cual también merecerá nuestro preferencial comentario.

¹ La Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica agradece al vehículo científico “Microjuris Argentina, MJDOC 169 84 AR, en fecha 01-02-2023” para la colaboración.

² Juez integrante de la Cámara de la I. Circunscripción de San Luis, Sala Laboral número uno, interina, desde Setiembre 2022. Ex Juez Civil Comercial Ambiental y Laboral, interina, en la III Circunscripción (2021-2022). Abogada en ejercicio (1986-2021) con especial dedicación al derecho laboral. Maestranda en Derecho del Trabajo y relaciones internacionales de UNTREF. Profesora de Inglés (I.F.D.C San Luis 2014) y especialista en educación en Derechos Humanos y T.I.C. (2017 y 2018). Diplomada en Derecho de las Familias y el Código Civil y Comercial (2017, U.C.C.), Diplomada en Género y Políticas Públicas (2020), profesora de la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis en la Diplomatura internacional en Derecho Laboral, en Derecho Internacional Público y en Oratoria y textos jurídicos.

³ Periódico Judicial: “Sobre el curso Los juristas del horror”. Junio 2021. Disponible en: <<https://www.periodicojudicial.gov.ar/sobre-el-curso-los-juristas-del-horror/>>.

2 REFLEXIONES PREVIAS, A PARTIR DEL CURSO “JURISTAS DEL HORROR”

En su momento, reflexionando sobre los juicios sumarios que llevó a cabo el juez alemán Roland Freisler (uno de tantos magistrados que llevaban a cabo esos juicios sumarios) en Alemania, insultando y gritando a los presentes y haciendo del juicio una ordalía con una escenificación donde nadie más que él podía hablar⁴, podemos concluir en la necesidad de que se cumplan normas de ética de la magistratura tales como la siguiente:

- a) los jueces deben ser “confiables [...] con criterio propio en las apreciaciones, [...] sensibilidad y probidad tanto en las decisiones y acciones, la moderación en las pasiones, un trato mesurado y afable con los justiciables” (así como está establecido en el punto 1.1 del Código de Ética del poder judicial de Córdoba);
- b) asimismo, de la experiencia histórica de jueces jurando “lealtad al Führer” y sometiéndose a la voluntad omnívora de un determinado poder (que puede ser gubernamental, político o económico) podemos sacar en conclusión otra norma de Ética de los Magistrados, que implica que *todo juez debe ser consciente de que ejerce una porción del poder, que es el poder judicial, otorgado por la Constitución Nacional o por cada Constitución Provincial*, y como tal debe resolver conforme a las normas vigentes, lo justo para cada uno de los casos que la sociedad pone bajo su competencia, *resistiendo y excluyendo todo tipo de interferencias externas*. [Esta norma (“conciencia funcional” e “independencia”) puede observarse en el Código de Ética de los Magistrados de Santa Fe, punto 3.1. y 3.2].

3 EL CÓDIGO DE ÉTICA PARA JUECES Y JUEZAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sentado lo anterior como paso previo de reflexión, cabe destacar que el primero de enero de 2023 entrará en vigor un Código de Ética para Jueces y Juezas que integran la Corte Interamericana de Derechos Humanos, adoptado el 10/10/2022 durante su 153 período ordinario de sesiones (C.I.D.H., 2022).

El objetivo de este nuevo Código de Ética es determinar algunos principios esenciales para el prudente desempeño de funciones jurisdiccionales de las

⁴ Como ejemplo podemos ver el video “Conspirators of July 20 Plot”. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=Fgpbq2hd0yY>>.

Juezas y Jueces de dicha C.I.D.H., basados en tres pilares: transparencia, sostenibilidad y ética en el ejercicio de la función jurisdiccional.

Algunos de estos principios esenciales son los de:

- independencia;
- cuidado del decoro exterior; e
- integridad en su comportamiento.

3.1 El Principio de Independencia

El primer principio de Ética del Código para la C.I.D.H. establece que los jueces y juezas de dicha Corte ejercerán sus funciones con total independencia de cualquier autoridad, organización, organismo o persona pública o privada. No tomarán en consideración ningún interés personal o de terceros en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Y no realizarán ninguna actividad que pueda afectar la confianza en su independencia.

De este enunciado surge claramente que la independencia no es sólo “independencia de poderes constituidos” o de algún partido político, sino independencia de cualquier organización, organismo, o persona pública o privada.⁵

También puede derivarse de esta norma que el juez “no sólo debe ser independiente sino también *parecer independiente*”, y, por tanto, no debe realizar ninguna actividad que pudiera hacer pensar a otros que no es libre en la toma de sus decisiones. Destacamos aquí la palabra “ninguna”, porque entonces, no hay “actividades más o menos inocentes”, dado que donde la regla no distingue, no se debe distinguir.

⁵ Concordantemente, el Código de Ética del Poder Judicial de la Federación de México, en su capítulo uno, establece que la Independencia es la actitud del juzgador *frente a influencias extrañas al Derecho, provenientes del sistema social*. “Esta independencia consiste en juzgar desde la perspectiva del Derecho y no a partir de presiones o intereses extraños a aquél. Por tanto, el juzgador: 1.1. Rechaza cualquier tipo de recomendación que tienda a influir en la tramitación o resolución de los asuntos que se sometan a su potestad, [...] 1.3. Evita involucrarse en actividades o situaciones que puedan directa o indirectamente afectar su independencia.” (ROOS; WOISCHNIK, 2005, p. 254.).

3.2. Cuidado del Decoro Exterior

Los jueces no sólo deben ser independientes sino también rechazar toda situación que comprometa externamente esa independencia.

La Cumbre Judicial Iberoamericana en XVIII Reunión Plenaria (el 2-04-2014, Santiago de Chile) emitió y reformó un documento final denominado “Código Iberoamericano de Ética Judicial”, y en su primera parte, punto IV, afirma que el poder que se confiere a cada juez trae consigo determinadas exigencias que son totalmente diferentes a las que se requiere al ciudadano común. La función judicial trae beneficios y ventajas, como también algunas desventajas. Por lo tanto, “se comprende que el juez no sólo debe preocuparse por ‘ser’, según la dignidad propia del poder conferido, sino también *por ‘parecer’*, de manera de *no suscitar legítimas dudas en la sociedad* acerca del *modo en el que se cumple el servicio judicial*” (ARGENTINA, 2018, punto IV, p. 6).

Este último aspecto es reforzado cuando, en el punto II del reciente Código de Ética de la C.I.D.H. se establece que los jueces deben asegurar no sólo su imparcialidad, sino también la “apariencia de su imparcialidad.”. Y evitar “situaciones que razonablemente puedan ser percibidas como parciales.”.

Los autores Rodolfo Vigo y Silvana Stanga mencionan que

en Asamblea de la Junta Federal [...] el Juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos Salía, nos sorprendía con aquella fórmula –deliberadamente exagerada– de que *más que ser independientes había que procurar parecerlo*, es decir, lograr que la ciudadanía esté convencida de nuestra calidad ética aun cuando ella en realidad y ocultamente sea deficitaria (VIGO; STANGA, [S. d.]).

También señala Rodolfo Luis Vigo e Silvana Stanga, en la publicación mencionada, que los jueces deben estar constantemente “preocupados por aventar dudas sobre la posible carencia de imparcialidad judicial” aún en el caso en que gocen de una alta autoridad moral. En su publicación “Ética y responsabilidad judicial”, el Dr. Rodolfo Vigo también destaca que ejercer uno de los poderes del Estado supone tensiones con los restantes poderes constituidos, y “demás poderes de la sociedad, especialmente *el de los medios de comunicación social*” pero que su función impone que se cumpla con independencia, para así asegurar el respeto de los derechos de cada uno y se mantengan los otros poderes en sus espacios constitucionales (VIGO, 2007, p. 36 y ss., citado en ALBARADO MAGALLANES, 2007).

Por ello, el Código de Ética Judicial de la Provincia de Santa Fe (2002) establece en el punto 3.2. que el juez debe adoptar sus decisiones en el ámbito de su conciencia jurídica y ética, y por tanto *está obligado a resistir y excluir todo tipo de interferencias*, como así también *evitar conductas o actitudes* que puedan generar sospechas en contrario. En el punto 3.5. se refuerza aquello de que el Juez no sólo debe ser íntegro sino también aparentarlo, externalizarlo, ya que se establece que el juez debe adoptar sus decisiones resistiendo y excluyendo todo tipo de interferencias, como así también *evitar conductas o actitudes que puedan generar sospechas en contrario*. En el punto 4.3. establece que el juez o jueza evitarán celosamente que factores personales o institucionales externos interfieran en su convicción.

Asimismo, en los llamados “Principios de Bangalore sobre la Conducta judicial” de la Oficina de la ONU contra la droga y el delito, el primero de estos principios es el de la *Independencia Judicial*, el cual se concibe como un “requisito previo del principio de legalidad y una garantía fundamental de la existencia de un juicio justo. En consecuencia, un juez deberá defender y ejemplificar la independencia judicial tanto en sus aspectos individuales como institucionales.”⁶

Destacamos aquí las palabras “defender” y “ejemplificar”, en razón de que ambos verbos deben cumplirse separadamente. En efecto, un Juez o una jueza están obligados/as no sólo a *defender* la independencia debida, sino también a *dar el ejemplo* y por ende encarnar con su conducta externa la independencia que proclaman y a la que están obligados.

De esta manera, la actitud u omisión que simplemente genere la sospecha en lo exterior de que no está actuando imparcialmente o bien está siendo influido por fuerzas externas, constituye en sí misma una falta de ética.

3.3. El Principio de Integridad

En el punto III del Código de Ética de la C.I.D.H. (a regir desde enero 2023) se prohíbe a los magistrados aceptar obsequios, privilegios o beneficios de cualquier naturaleza, que puedan ser percibidos como un intento de influir en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales o poner en entredicho su independencia.

⁶ Oficina de ONU contra la Droga y Delito: Comentario relativo a los Principios de Bangalore sobre la conducta judicial. Página 42. Valor 1. Independencia Judicial.

Y en el punto IX del Código de Ética se establece que “no realizarán actividades incompatibles con sus funciones jurisdiccionales o con el funcionamiento eficiente de la Corte, que afecten o parezcan afectar razonablemente su independencia e imparcialidad.”.

Concordantemente, en el Código de Ética para magistrados y funcionarios de Santa Fe, se dispone en el punto 4.4. que

El juez tiene prohibido recibir regalos, presentes, donaciones o beneficios por parte de litigantes y/o defensores, sea antes, durante o después de finalizado el proceso donde actúen. Esta prohibición se extiende al cónyuge y a los hijos menores de edad. Los obsequios recibidos por razones de cortesía institucional serán incorporados al patrimonio del Poder Judicial.

Es interesante la palabra “beneficios” pues involucra entonces todo tipo de acciones u omisiones que generen un bien, un goce, o la supresión de algo negativo, en la vida de los jueces, sus familias y sus hijos menores de edad. No sólo económico sino también de tipo honorífico, pero que impliquen un *beneficio*.

En este aspecto, la cuestión de los beneficios ha sido estudiada con mayor profundidad en lo referente a la Ética Médica, tal vez ante la gravedad que significa la posibilidad de que, por recibir algo, un facultativo termine prescribiendo medicamentos que sean dañinos a la salud o la vida de las personas.

El autor Emilio La Rosa Rodríguez dice, en este sentido, que

la costumbre de los regalos no sólo está muy extendida en muchos países, sino que también es considerada como “normal”, debido a que se encuentra muy anclada en la vida profesional, sin permitir ningún tipo de cuestionamiento. Así pues, un porcentaje significativo de médicos que reciben regalos de las empresas farmacéuticas niega su influencia, a pesar de las evidencias que demuestran lo contrario. Las cenas y los viajes para asistir a conferencias, congresos, simposios y coloquios son prácticas comunes en muchos países. Sin embargo, se sabe que dichas prácticas influencian y aumentan la prescripción de medicamentos pertenecientes al laboratorio que financia esas actividades. Este tipo de práctica también es considerado normal, a tal punto que la mayoría de médicos desean y esperan que las empresas farmacéuticas patrocinen sus reuniones de formación permanente (LA ROSA RODRÍGUEZ, 2012, p. 245-257).

Otro tipo de beneficios reseñado por el autor La Rosa Rodriguez tiene carácter aún más inmaterial, como la posibilidad de que le publiquen artículos en revistas o suplementos a la persona beneficiada o les den publicidad positiva a sus acciones en revistas o medios. Para este autor, “Dar o recibir regalos tiene un significado preciso y un carácter muy importante en muchas culturas, incluso un regalo insignificante exige lealtad y amistad.” (LA ROSA RODRÍGUEZ, 2012, p. 245-257). Ello ocurre en razón de que los mecanismos de influencia sobre las personas pueden ser directos; pero también pueden ser inconscientes e indirectos.

El interés personal más sutil puede modificar la forma en que las personas analizan la información, y los jueces no son inmunes a este tipo de reacción. De esta manera, el concepto de conflicto de intereses no es en sí una apreciación moral sobre la persona (necesariamente) sino la observación de una injerencia latente, objetiva, aun cuando esa persona no pueda visualizarlo.

4 EL DEBER DE LOS MAGISTRADOS DE SOSTENER Y PROMOVER LA CONFIANZA PÚBLICA EN EL PODER JUDICIAL

Los jueces deben observar una conducta ejemplar en todas sus actividades, tanto oficiales como privadas de tal forma que *ese comportamiento mantenga y promueva la confianza pública*. Esta norma se observa, por ejemplo, en el artículo cuatro del Código de Ética para Magistrados, Funcionarios y Empleados judiciales de la Provincia de Corrientes.

Es importante mantener la confianza en las instituciones, sometidas a la observación pública; y que los integrantes del poder judicial son *responsables por la existencia y protección de esa confianza*, tanto por sus acciones, sus omisiones tanto íntimas como en la externalidad.

Los jueces, magistrados y funcionarios no pueden tener una conducta que comprometa la confianza de todo el pueblo, depositada en ellos como poder constituido, de modo tal que quede destruida para la generalidad de pares de todo el país, dado que con la transversalidad y celeridad de las comunicaciones en la actualidad, cual vuelo de la mariposa, la más leve de las ocurrencias puede causar la decadencia de la confianza de todo el país en los jueces y juezas, últimos bastiones del cumplimiento de la Constitución Nacional y tratados internacionales.

5 LAS FALTAS DE ÉTICA Y LAS CAUSALES DE DESTITUCIÓN

5.1

¿Hasta qué punto las faltas de ética constituyen solamente fallos morales y en qué momento se convierten en causales de destitución?

En Argentina, por una parte, la Ley 25.188 de “Ética en el Ejercicio de la Función Pública” establece un conjunto de deberes, prohibiciones e incompatibilidades aplicables, sin excepción, a todas las personas que se desempeñen en la función pública en todos sus niveles y jerarquías, extendiéndose su aplicación a todos los magistrados, funcionarios y empleados del Estado.

Continuando con el análisis de los deberes enunciados recientemente por la C.I.D.H. en su nuevo Código de Ética para magistrados, podemos decir que esta Ley 25.188, aun cuando data de hace más de veintidós años, contiene las mismas obligaciones (de Independencia, Decoro e Integridad de los jueces) pues establece en su artículo dos que todos los destinatarios de la norma están obligados a cumplir el principio de legalidad, se deben desempeñar con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en “la presente Ley”: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y *austeridad republicana*; y *no deben recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones*, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello. Sus actos deben ser fundados y en la mayor transparencia posible.

En el capítulo VI artículo 18, “Régimen de Obsequios a Funcionarios Públicos”, la Ley 25.188 establece que los funcionarios públicos no podrán recibir regalos, obsequios o donaciones, sean de cosas, servicios o bienes, con motivo o en ocasión del desempeño de sus funciones. En el caso de que los obsequios sean de cortesía o de costumbre diplomática la autoridad de aplicación reglamentará su registración y en qué casos y cómo deberán ser incorporados al patrimonio del Estado, para ser destinados a fines de salud, acción social y educación o al patrimonio histórico-cultural si correspondiere.

5.2

El artículo 259 del Código Penal argentino establece que será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis

años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. Nuevamente nos enfrentamos con ese término, “dádiva,” que representaría un traslado de un beneficio económico de una parte a la otra, y constituye un término equívoco, ya que, como hemos visto arriba, el “beneficio” puede consistir en una miríada de casos en zonas absolutamente grises.

Un funcionario público recibiendo una suma de dinero (en efectivo) como contrapartida por tomar una determinada decisión (o para no hacerlo) representa una imagen gráfica y concreta de la corrupción. Con esa imagen en mente se puede entender la redacción del artículo de nuestro Código Penal relativo al cohecho, artículo 256. Sin embargo, esa situación tan gráfica puede ser menos clara [...]. Los intercambios corruptos pueden tener alcances y extensiones que dificulten la determinación de la contraprestación implicada. El término “dádiva” permite considerar otros elementos más allá del dinero [...] no es necesario que se pague una suma de dinero a cambio de una decisión; la contraprestación podría ser, por ejemplo, el alquiler de un inmueble o la puesta a disposición de capacidades de transporte o logística por parte de una empresa (PEREYRA, 2022, p. 6).

A los casos de los tipos penales antes citados se pueden agregar el tráfico de influencias (art. 256 bis CP), la malversación de caudales públicos (art. 260 a 264 CP), negociaciones incompatibles con la función pública (art. 256 CP) y las exacciones ilegales (art. 266 a 268 CP), enriquecimiento ilícito (art. 268 1/2/3), prevaricato (arts. 269 a 272 CP), denegación de justicia (art. 273-274 CP). Todos ellos, delitos contra la administración pública que también califican como conductas corruptas penadas por la Ley.

Tanto si consideramos los casos de delitos cometidos en ejercicio de la función judicial como si observamos las faltas graves de ética, es indispensable que se arribe a un sistema correctivo adecuado que asegure la independencia, corrección e integridad de los miembros del Poder Judicial. La información estadística que demuestre la productividad y efectividad de los magistrados debe estar disponible y accesible a los Colegios de la Abogacía, y también para toda la ciudadanía, en lenguaje llano y entendible. Además, se debe considerar de cerca la *integridad de quienes trabajan en el poder judicial*, a la luz de las normas anticorrupción.

Todos los puntos de rendición expuestos encuentran tratamiento solamente en los sistemas de Jurado de Enjuiciamiento, establecidos en el artículo 115 de nuestra Carta Magna y reglamentados mediante la Ley n.º 24.937 (y textos modificatorios), dejando de lado, múltiples situaciones intermedias que merecen una adecuada atención y control por parte de la ciudadanía y del sistema de pesos y contra pesos (HERNÁNDEZ MAQUEDA, 2019)

5.3

Observamos que, en Argentina, las siguientes provincias tienen dictado un Código de Ética para Magistrados judiciales: la provincia de Corrientes (aprobado por acuerdo extraordinario del Superior Tribunal de Justicia n.º 13, del 6 de octubre de 1998), Formosa (acuerdo del Superior Tribunal de Justicia n° 2092 punto 4, del 22 de abril de 1998), Santa Fe (Acta número 10 de la Corte Suprema de Justicia del 20.03.2002), Santiago del Estero, Córdoba (Acuerdo Reglamentario número seiscientos noventa y tres, serie “A”. 27-11-2003), Rio Negro (Ley 4312 y 3550. Promulgada 21-4-2008. 12-5-2008). En la Provincia de Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur⁷, en 2019, el Superior Tribunal de Justicia adhirió al Código Iberoamericano de Ética Judicial. Lo propio han realizado las provincias de La Pampa, San Juan y Salta.

En una encuesta denominada “Encuesta nacional sobre medios y justicia”⁸, realizada mediante un sondeo de más de mil casos en todo el país, en Setiembre de 2022, surgió el informe de que seis de cada diez personas creen que el Poder Judicial se deja influir por otros factores de poder. Nos preguntamos qué se está haciendo para revertir esta situación.

Es evidente que en algunas Provincias falta el dictado de Códigos de Ética Provinciales. Sin embargo, más que la letra de la norma, falta el espíritu, es decir, la concientización de su cumplimiento y la aplicación de sanciones si no se produce el mismo.

El artículo 115 C.N. establece para los Jueces de los Tribunales de la Nación, que serán removidos por las causales expresadas en el Artículo 53, por un jurado de enjuiciamiento integrado por legisladores, magistrados y abogados de la matrícula federal. A su vez, el artículo 53 C.N. recepta como causales de

⁷ El S.T.J. de Tierra el Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur adhirió por Resolución 03/19, firmada el 6 de febrero de 2019 al Código Iberoamericano de Ética Judicial.

⁸ Perfil, “La Justicia ‘se deja influir’: el 66% desconfía de su independencia en causas de corrupción” 26-9-2022.

responsabilidad, el “mal desempeño”, el “delito en ejercicio de sus funciones” y el “crimen común” “después de haber conocido de ellos y declarado haber lugar a la formación de causa.”. En el universo descripto por el artículo 53 C.N. caben perfectamente las faltas graves que puedan ser cometidas contra la independencia judicial, el decoro y la integridad de los magistrados, descriptas en los puntos 1 a 5 anteriores.

Para mayor certeza, sería conveniente, por una parte, modificar las normas que reglamentan el art. 53 C.N. (entre ellas, la Ley 24.937 a partir del artículo 21); y también, provisoriamente, dictar un acuerdo a nivel de la C.S.J.N. adhiriendo a los mismos principios establecidos en el Código de Ética de la C.I.D.H. (2022) y disponiendo expresamente que la causal de “mal desempeño” incluye a las faltas de ética.

Es inaceptable que sea perfectamente igual ser un juez o jueza probos y ajustados a su deber, que alguien que no lo sea. No puede “dar lo mismo que sea cura, colchonero, rey de bastos, caradura o polizón. No hay aplazados ni escalafón. Los inmorales nos han igualado” (DISCÉPOLO, 1934). Como diría Einstein, es una locura hacer lo mismo una y otra vez y esperar resultados diferentes. Por lo tanto, tiene que hacerse algo diferente para que las cosas cambien.

6 PALABRAS FINALES

Hemos comenzado con el comentario de “Juristas del Horror”, que es en verdad el título de la obra de Ingo Müller (2006), una obra de investigación que describe el accionar de abogados y jueces durante el nazismo, y respecto del cual se llevó a cabo un curso en la Escuela Judicial de San Luis.

Posteriormente, hemos intentado relacionar varias codificaciones de Ética para Magistrados, partiendo del reciente dictado del Reglamento de Ética de la Corte de Derechos Humanos (diciembre 2022), que nos interpela a todos fuertemente. Los jueces de la Alta Corte Interamericana, con este Código de Ética, vuelven a proponer reglas que impidan que su sistema de justicia se torne inoperante, y constituyen un ejemplo a seguir, para todos los tribunales americanos.

Es claro que todo acto contrario a la independencia, el decoro y la integridad, cuando es realizado por integrantes del poder judicial, tiene la potencialidad de generar y agravar *la ya existente pérdida de confianza en las*

instituciones del Estado, aquella confianza de los miembros de la sociedad, que actualmente *cuesta tanto mantener y se encuentra constantemente en entredicho*.

La imparcialidad subjetiva y objetiva de todos los jueces debe asegurarse hasta tal punto, que, como lo ha dicho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en un caso de hace cuarenta años, “todo juez en relación con el cual podría haber razones legítimas para dudar de su imparcialidad, debe abstenerse de conocer en el caso, ya que lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos, en una sociedad democrática”.⁹

REFERENCIAS

ALBARADO MAGALLANES, Ivanna Vanessa. Los códigos de ética judicial: su necesidad y situación actual en Argentina. 2007. Trabajo de aprobación de la Materia de Ética de la Carrera. Especialización En Magistratura. Universidad Nacional de Rosario. Rosario, 2007.

ARGENTINA. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación. **Código Iberoamericano de Ética Judicial**. Buenos Aires: SAIJ, 2018.

CÓRDOBA. Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba. Código de Ética para Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Córdoba. 2023. Disponible en: <<https://www.justiciacordoba.gob.ar/EticaJudicial/Doc/CodigoEtica.pdf>>.

C.I.D.H. - CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Comunicado IDH_CP-91/2022Español. San José de Costa Rica. 02-12-2022.

DISCÉPOLO, Enrique Santos. **Cambalache**. 1934 (Tango).

HERNÁNDEZ MAQUEDA, Gregorio. Quién controla al poder judicial? En: **Revista de Derecho Procesal y Litigación de Córdoba**, Buenos Aires, Ed. Fondo Editorial, n. 3, octubre 2019.

LA ROSA RODRÍGUEZ, Emilio. Bioética, medicamentos, conflicto de intereses y control de calidad. En: **Revista de la Facultad de Derecho - DERECHO PUCP**, Lima (Perú), Ed. Pontificia Universidad Católica del Perú, número 69, p. 245-257, 2012.

MÜLLER, Ingo. **Juristas del horror**. Traducción del alemán por Carlos Armando Figueredo. Caracas (Venezuela): Actum, 2006. Título de la edición original: *Furchtbare Juristen*.

⁹ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Piersack. (TEDH-43), Sentencia del 1/10/1982, p. 6.

PEREYRA, Sebastián. **Usos y significados de la corrupción.** En: PNUD, Oficina Anticorrupción. Ciudad de Buenos Aires: abril 2022. [Colección Red Federal EMIC (OA-PNUD), documento n.º 3].

PEREZ DEL VISO, Adela. El papel de abogados y jueces durante la época del nazismo. En: Revista web Pensamiento Penal. 03-05-2021b. Disponible en: <<https://www.pensamientopenal.com.ar/index.php/doctrina/89087-papel-abogados-y-jueces-durante-nazismo>>.

PEREZ DEL VISO, Adela. “Los juristas del horror” y los actuales Códigos de Ética de la Magistratura en Argentina. En: **Temas de derecho de familia, sucesiones y bioética**. Buenos Aires: Erreius, Septiembre 2021a.

ROOS, Stefanie Ricarda; WOISCHNIK, Jan. **Códigos de ética judicial:** un estudio comparado con recomendaciones para países latinoamericanos. Montevideo (Uruguay): Konrad Adenauer, 2005.

VIGO, Rodolfo Luis. **Ética y responsabilidad judicial.** Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2007.

VIGO, Rodolfo Luis; STANGA, Silvana. Ética judicial y centros de capacitación en Argentina. Departamento del Derecho Internacional de OEA. [S. d.]. Disponible en: <<http://www.oas.org/juridico/spanish/adjusti11.htm>>.

Submissão em: 16 de fevereiro de 2023

Último Parecer favorável em: 21 de abril de 2023

Como citar este artigo científico

PEREZ DEL VISO, Adela. Reflexiones sobre ética para magistrados, en el reciente Código de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 4, n. 1, p. 296-308, jan.-abr. 2023.

ОБУСЛОВЛЕНІ
СУМІСІСТВУЮЩІ
УМОВИ ПОДАЧІ

A Benyújtás Feltételei
Amodau Cyflwyno
Başvuru Koşulları
Bedingungen für die Einreichung
Betingelser for Indsendelse
Betingelser for Innsending
Coinníollacha Maidir le hAighneacht
Condiciones de Envío
Condicións para o Envío
Condicions per a L'enviament
Condițiile de Depunere
Conditions de Soumission
Conditions for Submission
Condizioni per la Presentazione
Criteri Redazionali
Cumhachan Airson Tagradh
Esitamise Tingimused
Esityksen Ehdot
Iesniegšanas Nosacījumi
Konditioune fir d'Soumissioun
Kundizzjonijiet għas - Sottomissjoni
Kushtet e Paraqitjes
Norme Editorial
Pateikimo Sąlygos
Podmienky Predkladania
Podmínky pro Předkládání
Pogoji za Oddajo
Skilyrði fyrir Framlagningu
Тапсыру Шарттары
Uslovi za Podnošenje
Uvjeti za Podnošenje
Villkor för Inlämning
Voorwaarden voor Inzending
Warunki Przedłożenia
Услови за поднесување
Услови за подношење
Условия подачи
Условия за Подаване
Умовы для Прадстаўлення
Умови подання
Проўточтэсціс για Υποβολή

CAPÍTULO I **DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS**

Art. 1.º As regras para a recepção e publicação de textos científicos, pela **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são as descritas no presente Regulamento, respeitadas as condições fixadas no art. 26 deste Regulamento.

Art. 2.º Para o presente Regulamento, entende-se por textos científicos os artigos científicos, e outras manifestações jurídicas, descritos com as formalidades e padrões da norma culta e observância das normas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, especialmente a ABNT 6023.

Art. 3.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é um periódico de divulgação científica da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, tem periodicidade quadrimestral e não tem fins lucrativos.

Art. 4.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** não cobra qualquer valor pela publicação de textos de cunho científico e, em contrapartida, não paga aos autores quaisquer valores a título de direitos autorais.

Parágrafo único. A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** divulgará sem custo para os destinatários, e sem fins lucrativos, os exemplares publicados.

Art. 5.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem por objetivo a divulgação científica do segmento do Direito, constituída de:

- I – artigos científicos;
- II – diálogos que a Academia Jurídica tem para com os seus membros;
- III – resenhas ou críticas de livros da área do Direito;
- IV – Sentenças, Acórdãos ou Pareceres, na íntegra, com temas inovadores e que não sejam segredo de Justiça.

Parágrafo único. Em se tratando de Sentenças ou Acórdãos, os nomes das pessoas envolvidas com qualidades de partes ou procuradores deverão ser, em regra, omitidos ou apresentados de forma abreviada ou fictícia, impossibilitando a identificação direta.

Art. 6.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica textos científicos escritos em:

- I – Idioma Espanhol;
- II – Idioma Francês;
- III – Idioma Inglês;
- IV – Idioma Italiano;
- V – Idioma Português;
- VI – demais Idiomas da Europa.

Art. 7.º Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são de inteira responsabilidade dos seus autores não somente quanto à autoria e isenção de plágio, quanto a conceitos, opiniões e desenvolvimento de teses doutrinárias e acadêmicas.

Art. 8.º A submissão de textos de cunho científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** significa imediata e incondicional aceitação das presentes regras e a cessão de direitos autorais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Após a publicação de um texto científico na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, uma republicação em qualquer parte do Brasil, em qualquer época, somente poderá acontecer com autorização prévia da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e a necessidade de a ela ser feita referência, alternativamente, de forma:

- I – direta, indicando nome completa da Revista, número do volume, número da edição, e páginas iniciais e finais da publicação; ou
- II – indireta, mediante referência simplificada indicativa da publicação, como “Agradecimentos especiais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, pela divulgação deste trabalho científico”.

Art. 9.º Toda a digitação, incluindo citações e referências, deve obedecer às regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

§ 1.º Os tipos ou fonte da digitação serão Times New Roman, tamanho 12 para o texto, e este digitado com espaço 1,5 entre as linhas.

§ 2.º O sistema de citação será no próprio corpo do texto, incluindo o nome do autor, a data da publicação e o número da página em que há a citação.

§ 3.º As notas de rodapé poderão ser utilizadas apenas para identificação dos autores e para as demais informações complementares do texto.

§ 4.º As referências serão insertas ao fim do texto, com:

- I – espaço simples entre linhas;

- II – o texto das referências alinhadas à esquerda;
- III – o título da obra em letras com efeito negrito;
- IV – o subtítulo “Referências”, em letras maiúsculas, em negrito e centralizado;
- V – uma só linha de distância entre uma entrada e outra.

§ 5.º O Resumo, em Língua Portuguesa, e correspondentes em Língua original do autor do artigo científico, deverão ser digitados em espaço simples entre as linhas.

§ 6.º As publicações mais atuais da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** serão os modelos e exemplos das regras contidas no presente artigo.

Art. 10. Em atenção aos autores de outros países, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, será admitida a recepção de textos científicos segundo outras normas, respeitadas as condições expressas no art. 24 deste Regulamento.

Art. 11. Os nomes e endereços dos autores que têm textos científicos publicados ou, simplesmente, submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, são por ela usados com exclusividade, e não serão disponibilizados a pessoas, naturais ou jurídicas, fora do âmbito da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Excetuam, quanto à divulgação, a inserção do endereço eletrônico do(s) autor(es) na qualificação junto ao texto publicado, em atendimento às normas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), órgão do Ministério da Educação, quanto aos dados mínimos para efeitos de classificação do periódico.

CAPÍTULO II

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Art. 12. Os artigos científicos devem ser de autoria de, no máximo, três pessoas, sendo preferência que pelo menos um deles tenha título Acadêmico de Doutor.

Art. 13. Para os artigos científicos que contenham resultados de pesquisas patrocinadas por órgão de fomento, serão admitidos o máximo de quatro autores, sendo pelo menos um deles obrigatoriamente com título Acadêmico de Doutor, desde que identificado o órgão de fomento junto à qualificação e à filiação acadêmica.

Art. 14. Os artigos científicos que sejam resultado de pesquisas de campo, com aplicação de entrevistas ou questionários, devem ser acompanhados de comprovante de registro da correspondente pesquisa na Plataforma Brasil.

Art. 15. Os artigos científicos devem:

I – conter, no mínimo, dez laudas, com observância, quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil.

CAPÍTULO III

DIÁLOGOS, RESENHAS, SENTENÇAS OU ACÓRDÃOS

Art. 16. Para efeitos da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, entende-se por:

I – Acórdãos ou Sentenças: peças jurídicas de autoria de Juízes e Desembargadores, com temas ou decisões inovadoras, oriundas de processos judiciais, e que possam ser divulgadas em razão do teor;

II – diálogos que a Academia tem para com seus membros:

a) estudos especiais envolvendo o Direito;

b) falas em aulas inaugurais de Curso de Direito;

c) falas em Bancas Examinadora de candidatos a títulos acadêmicos;

d) textos de cunho científico, ligados ao Direito, mas não sendo o foco principal no Direito;

III – Pareceres: peças jurídicas de autoria de Juízes, Desembargadores e integrantes do Ministério Público, com temas inovadores, que possam ser divulgadas em razão do teor, e que possam vir a servir de base para futuras decisões no segmento jurídico;

IV – resenhas ou críticas de livros da área do Direito:

a) análise de livros da área do conhecimento do Direito;

b) considerações comparativas de um livro de Direito com outro livro ou de Direito ou de disciplina afim ao Direito;

c) crítica, equiparada à crítica literária, em relação a livros de Direito.

Art. 17. Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, para as seções “Estudos Continuados”, “Acórdãos, Pareceres e Sentenças” ou outra que venha a ser criada na forma do presente Capítulo III deste Regulamento, deverão:

I – conter, no mínimo, cinco laudas, com observância quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil;

III – ter autoria individual ou, em casos excepcionais e especiais, dois autores.

CAPÍTULO IV A SUBMISSÃO

Art. 18. A submissão de texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é ato de decisão unilateral do autor ou dos autores e não correspondente a uma responsabilidade da Revista para que haja publicação.

Parágrafo único. O caráter de ato unilateral e responsabilidade única do autor ou dos autores acontecerá ainda que o autor ou os autores tenham recebido comunicação da Revista, ou do seu Editor, ou de membro da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, quanto à abertura de Edital ou outra forma de divulgação da existência do periódico e da possibilidade de submissão de textos científicos.

Art. 19. A submissão representa a declaração do autor ou dos autores de que o texto científico:

- I – é inédito;
- II – não contém plágio ou qualquer apropriação de textos de terceiros;
- III – não contém sistemas de identificação, por via oblíqua, que possa prejudicar a análise pelo sistema cego de avaliação;
- IV – não foi submetido, no todo ou em parte, à avaliação de outro periódico, embora ainda não publicado.

§ 1.º Considera-se inédito o texto científico que foi apenas:

- I – objeto de apresentação de resumo oral em evento científico, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;
- II – publicado em Anais em forma de resumo, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;
- III – resultado de trabalho de curso – Monografia, Tese, Dissertação – cuja divulgação foi apenas quanto à apresentação oral e/ou encadernação para depósito junto à Instituição de Ensino.

§ 2º. Até que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** altere a redação do presente artigo deste Regulamento, especialmente em seu inciso III, a identificação do nome do autor, com sua qualificação e filiação a uma Instituição de Ensino Superior não são itens considerados como forma de identificação que prejudica o sistema cego de avaliação, porque esses dados serão retirados, pelo Editor, quando da remessa para a análise dos membros do Conselho de Pareceristas.

Art. 20. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o autor ou os autores se responsabilizam quanto às informações referentes à titulação, ao vínculo com Instituição de Ensino ou de Pesquisa e outros dados que forem insertos na qualificação.

Art. 21. A submissão representa a declaração de certeza e conhecimento de que não haverá pagamento ou retribuição ao autor, nem a título de *pro labore*, bem como não há outra prevista vantagem como compensação pelos direitos autorais automaticamente cedidos.

Art. 22. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os autores de textos com autoria coletiva se declaram cientes de que, ainda que o texto seja remetido indicado autoria em outra ordem, aparecerão na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como autores os nomes na seguinte ordem e prioridade:

- I – quem tiver título Acadêmico de Doutor, se único entre os coautores;
- II – os coautores que tenham título Acadêmico de Doutor, na ordem constante do texto científico recebido;
- III – quem tiver título Acadêmico de Mestre, se único entre os coautores;
- IV – os coautores que tenham título Acadêmico de Mestre, na ordem constante do texto científico recebido;
- V – quem tiver título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, se único entre os coautores;
- VI – os coautores que tenham título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, na ordem constante do texto científico recebido;
- VII – quem for apenas graduado, sem títulos Acadêmicos, na ordem constante do texto científico recebido.

Parágrafo único. Quando um autor fizer a submissão de texto científico de autoria coletiva, torna-se o responsável pelas informações também referentes aos coautores.

Art. 23. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o(s) autor(es) declara(m) saber que o texto poderá sofrer adaptações quanto à formatação, para seja adaptado à padronização do material publicado.

Art. 24. Especialmente quanto aos autores não brasileiros, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, a submissão de texto científico fora das regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme art. 10 deste Regulamento, significa a imediata e incondicional autorização para que o Editor faça as transformações e padronizações segundo as normas da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Art. 25. Uma vez submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os artigos científicos serão analisados por avaliadores pelo sistema cego de análise (*double blind review*), sendo obedecidas as seguintes condições:

- I – dois pareceres positivos representam aprovação para publicação;
- II – dois pareceres negativos representam reprovação e não aceitação;
- III – um parecer positivo e um parecer negativo representará a necessidade de submissão a um terceiro avaliador, cujo voto decidirá como o segundo voto de uma das categorias que levarão à aprovação ou à reprovação.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 26. As condições omissas no presente Regulamento serão decididas pelo Editor da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, que considerará:

- I – a decisão para o caso concreto, com solução especial e válida somente para a dúvida ou proposta apresentadas;
- II – a possibilidade de submissão da dúvida ou proposta apresentadas à Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, para inserção no presente Regulamento e passar a ser regra geral do momento em diante.

Art. 27. O presente Regulamento poderá ser modificado por decisões da Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**.

Parágrafo único. As alterações entrarão em vigor no quadrimestre que se seguir ao quadrimestre em que ocorrer a alteração, ainda que não tenha ainda sido publicada a Revista contendo o Regulamento com o texto alterado.

Art. 28. O presente Regulamento entrará em vigor com a publicação do volume 1, número 1, da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Montes Claros (Minas Gerais, Brasil), 21 de maio de 2020.

Professor Mestre Richardson Xavier Brant

Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataide, 389/703, Bairro Cândida Câmara,
Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.

ISSN 2675-6714



9 7726 75671007