

STUDIA prawnicze

ROZPRAWY I MATERIAŁY

2022 NR 1 (30)

STUDIES IN LAW

RESEARCH PAPERS

2022 NO. 1 (30)

Redakcja / Editorial Office

redaktor naczelny / Editor-in-Chief

– Mariusz Załucki

redaktor statystyczny / Statistics Editor

– Tadeusz Stanisł

redaktor tematyczny ds. nauk o administracji /

Subject Editor for Administrative Sciences

– Monika Augustyniak

redaktor tematyczny ds. nauk prawnych /

Subject Editor for Legal Sciences

– Adam Strzelec

sekretarz redakcji / Managing Editor

– Aleksandra Partyk

www.ka.edu.pl • www.sp.ka.edu.pl

Rada naukowa / Scientific Board

Christian Bachhiesl [Graz]

Jacek Mazurkiewicz [Wrocław]

Andriy Bojko [L'viv]

Francesco Morandi [Sassari]

Daniel H. Cole [Bloomington]

Stephen Riley [Utrecht]

Janina Czapska [Kraków]

Christian Rolfs [Köln]

Tomas Davulis [Vilnius]

Janusz Szwaja [Kraków]

Angelo Vigliani Ferraro [Reggio Calabria]

Maria Tzanou [Keele]

Pavlo Fris [Ivano-Frankivsk]

Emod Veress [Cluj Napoca]

Tommaso Edoardo Frosini [Napoli]

Jan Widacki [Kraków]

Aurelijus Gatauskas [Vilnius]

Dewi Williams [Stoke-on-Trent]

Harald G. Kundoch [Köln]

Vincenzo Zeno-Zencovich [Roma]

Egidijus Kūris [Vilnius]

Rada Wydawnicza Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego:
Klemens Budzowski, Maria Kapiszewska, Zbigniew Maciąg, Jacek M. Majchrowski

Copyright© by Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, Kraków 2022

e-ISSN: 2451-0807

ISSN: 1689-8052

Wszystkie numery czasopisma „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” są dostępne w wolnym dostępie (*open access*).

Wersją pierwotną czasopisma jest wydanie elektroniczne.

Adiustacja: Agnieszka Boniatowska

Korekta: Carmen Stachowicz

Na zlecenie: Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
www.ka.edu.pl

Żadna część tej publikacji nie może być powielana ani magazynowana w sposób umożliwiający ponowne wykorzystanie, ani też rozpowszechniana w jakiegokolwiek formie za pomocą środków elektronicznych, mechanicznych, kopiujących, nagrywających i innych, bez uprzedniej pisemnej zgody właściciela praw autorskich.



Wydawca:
Oficyna Wydawnicza KAAFM
oficyna@afm.edu.pl

REDAKCJA/Editorial Office
Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały/
Studies in Law: Research Papers
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego/
Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University
ul. Gustawa Herlinga-Grudzińskiego 1
30-705 Kraków (Poland)
tel.: +48 12 25 24 659
e-mail: sp@ka.edu.pl
[www: sp.ka.edu.pl](http://www.sp.ka.edu.pl)

Projekt graficzny: Joanna Sroka
Skład: Jakub Aleksejczuk

Contents

Aleksandra Partyk

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University

Słowo wstępne – Opening comment..... 1

Artykuły i studia – Articles and Studies

Fábio da Silva Veiga

Professor, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

*The creation of value by socially responsible companies
from the legal perspective of the social interest* 7

Silvia Irene Verdugo Guzmán

Professor, Centro de Estudios Universitarios Cardenal Spínola.

Fundación San Pablo-CEU, Andalucía/Spain

Ana Ochoa Casteleiro

Professor, Centro de Estudios Universitarios Cardenal Spínola. Fundación

San Pablo-CEU, Andalucía/Spain

*Acciones para combatir el impacto del crimen en el ciberespacio.
Prevención y detección con la Inteligencia Artificial* 15

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Doctoral student, Pontifical Catholic University of Paraná,

Brazil with double degree at University of Rome Sapienza – La Sapienza, Italy

Oksandro Gonçalves

Professor, Pontifical Catholic University of Paraná, Brazil

*Regulation of international space law to promote economic
and social development* 25

Ricardo Lupion

Professor, PUCRS School of Law, Brazil

Law and technology: Virtual general meetings in Brazilian companies 35

Andrzej Marian Świątkowski

prof. zw. dr hab., Akademia Ignatianum w Krakowie

Unia Europejska – wspólnota wartości i środków finansowych 55

Sylwia Przewoźnik

dr, Akademia Ignatianum w Krakowie

Zupełność systemu prawa. Analogia legis jako metoda uzupełniania luk w prawie.. 71

Adam Wróbel

dr, Uniwersytet Humanistyczno-Przyrodniczy im. Jana Długosza w Częstochowie

<i>Zasada terytorialności w kontekście przepisów Kodeksu karnego, Kodeksu karnego skarbowego i Kodeksu wykroczeń</i>	87
--	----

Luis Miguel Muleiro Parada

Profesor Contratado Doctor, Universidad de Vigo, España

<i>Las alternativas para una tributación de la robótica</i>	105
---	-----

Diana Carolina Wisner Glusko

Profesora, Centro de Estudios Universitarios Cardenal Spínola.

Fundación San Pablo-CEU Andalucía, Spain

<i>Inteligencia artificial sostenible: entre la sostenibilidad digital y los entornos digitales sostenibles</i>	117
---	-----

Tatiana Tomie Onuma

MA, Federal University of Mato Grosso, Brazil

<i>Democracy, rights and exclusion in information Society: the power of (mis)information in contemporary democracies</i>	129
--	-----

Rosemary Souto Maior de Almeida

MA, University of Minho, Portugal

Müller Aureliano da Silva

MA, UniAmérica University Center/Brasil

<i>The mandatory presence of the Public Prosecutor's Office at the hearing of the criminal investigation in face of the new law of the anticrime package and the need for revision of brazilian jurisprudence – prohibition of ex officio roduction of evidence by the magistrate</i>	141
---	-----

José Raymundo Ribeiro Campos Filho

MScA, Universidade Federal de Pernambuco/Brasil

Charles de Sousa Trigueiro

MS Universidade Federal da Paraíba/Brasil

<i>Access to information for a transparent ombudsman's office as a form of human right to fight corruption</i>	149
--	-----

Katarzyna Witek-Mioduszevska

mgr prawa, aplikantka radcowska przy OIRP Kraków

<i>Mental simulations, imaginations and emotions – a short empirical legal study</i>	159
--	-----

Ewa Łapińska

mgr, Uniwersytet w Białymstoku

<i>Ustawa jako tytuł powołania do spadku rodzeństwa spadkodawcy w razie braku jego zstępnych – czy jest to słuszne rozwiązanie?</i>	181
---	-----

Barbara Smuk

mgr lic., adwokat kościelny, WSPiA Rzeszowska Szkoła Wyższa

<i>Wybrane aspekty odpowiedzialności cywilnej notariusza</i>	193
--	-----

Bartosz Zych

mgr, Krakowska Akademia im. Andrzej Frycza Modrzewskiego

Prawne przesłanki przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży w wybranych krajach – problem aborcji „na żądanie” (na tle prawnoporównawczym).

Część I: Polska i Czechy..... 205

Varia

Iga Bałos

dr, Krakowska Akademia im. Andrzej Frycza Modrzewskiego

Katarzyna Jasińska

dr, Krakowska Akademia im. Andrzej Frycza Modrzewskiego

Sensum, non verba spectamus, czyli jak zapamiętamy prof. Janusza Szwałę 227

O czasopiśmie 233

About the Magazine 237

Über die Zeitschrift 241

Aleksandra Partyk

dr, Sekretarz Redakcji czasopisma „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały”,
Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

<https://orcid.org/0000-0003-3196-6601>

apartyk@afm.edu.pl

Słowo wstępne

Drodzy Czytelnicy,

Mamy ogromny zaszczyt przekazać Państwu kolejny numer czasopisma „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały”. W prezentowanym numerze nie zdecydowaliśmy się na obranie tematu przewodniego, dlatego możecie Państwo zapoznać się z opracowaniami z rozmaitych gałęzi prawa. Obok tekstów zredagowanych w języku polskim przedstawiamy również publikacje obcojęzyczne. Odmienne natomiast niż w przypadku poprzednich numerów „Studiów Prawniczych” oferujemy Państwu lekturę publikacji przygotowanych nie tylko w języku angielskim. W poprzednim numerze „Studiów Prawniczych” opublikowaliśmy kilka artykułów naukowych, które stanowiły pokłosie Międzynarodowej Konferencji Naukowej „LegalTech, Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice” (I JURISTECH); to doniosłe wydarzenie odbyło się w Krakowie w dniach 10–11 czerwca 2021 r. w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego, w formule hybrydowej. W obecnym numerze prezentujemy kolejne opracowania pokonferencyjne.

Z satysfakcją zauważamy, że wielu Autorów powiązanych z innymi systemami prawnymi chętnie publikuje artykuły językowe na łamach naszego czasopisma. Dzięki ich publikacjom polski Czytelnik może bez trudu zapoznać się ze poglądami wyrażanymi przez przedstawicieli piśmiennictwa prawniczego z innych zakątków świata. Rozwój nauki jest zaś możliwy również dzięki śledzeniu rozwiązań legislacyjnych odnoszących się do prawodawstw obcych i wymianie myśli na tym tle. Ograniczone ramy słowa wstępnego nie pozwalają na wyszczególnienie wszystkich tekstów, które publikujemy. Uwadze Czytelnika – oprócz publikacji pokonferencyjnych – polecamy szczególnie artykuł profesora Andrzeja Świątkowskiego, w którym Autor za-

wał przemyślenia dotyczące poszanowania prawa unijnego, tekst dr Sylwii Przewoźnik o zupełności systemu prawa, jak też artykuł mgr Katarzyny Wittek-Mioduszeńskiej *Mental simulations, imaginations and emotions – a short empirical legal study*. Nie można również zapomnieć o wieńczącym numer tekście, w którym dr Iga Bałos i dr Katarzyna Jasińska przedstawiają zmarłego niedawno profesora Janusza Szwałę, którego dorobek naukowy dla wielu pokoleń prawników niewątpliwie stanowić będzie cenny punkt odniesienia. Mamy nadzieję, że lektura czasopisma skłoni Państwa do refleksji nad zagadnieniami omówionymi w opublikowanych tekstach i da asumpt do przygotowania prac do nich nawiązujących. Jednocześnie serdecznie zapraszamy do nadsyłania artykułów naukowych, sprawozdań, glos i recenzji do publikacji na łamach przyszłych numerów „Studiów Prawniczych. Rozpraw i Materiałów”.

Życzę udanej lektury!

Aleksandra Partyk

PhD, Andrzej Frycz Modrzewski Kraków University

<https://orcid.org/0000-0003-3196-6601>

apartyk@afm.edu.pl

Opening comment

Dear Readers,

We are very pleased to present the next issue of our journal “Studies in Law. Research Papers”. In this issue we have decided not to choose a main topic, so you can get acquainted with studies from various branches of law. Apart from Polish-language texts, we also present foreign language publications. Unlike in the case of previous issues of “Studies in Law” we invite you to read publications prepared not only in English. In the previous issue of “Studies in Law” we published a few scientific articles that were post-conference papers after The International Scientific Conference: “LegalTech, Artificial Intelligence and the Future of Legal Practice” (I JURISTECH), this momentous event took place in Kraków on 10–11 of June 2021 at Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University in a hybrid formula. In the current issue, we present further post-conference papers.

We are pleased to note that many authors affiliated with other legal systems are willing to publish papers written in their languages in our journal. Thanks to their publications the Polish Reader may easily become acquainted with the views expressed by the representatives of legal literature from other parts of the world. The development of science is also possible by following legislative solutions relating to foreign legislation and by exchanging ideas against this background. The limited framework of the preface does not allow us to list all the texts that we publish. In addition to the post-conference publications, the reader’s attention should be especially drawn to the article by professor Andrzej Świątkowski, in which the Author shared his thoughts on respect for EU law, the text by Phd Sylwia Przewoźnik on the completeness of law, as well as the paper by MA Katarzyna Witek-Mioduszevska *Mental*

simulations, imaginations and emotions – a short empirical legal study. One should also not forget about the issue's crowning text, in which PhD Iga Bałos and PhD Katarzyna Jasińska present a remembrance of the recently deceased professor Janusz Szwaja whose academic output will undoubtedly serve as a valuable reference for many generations of lawyers. We hope that you find this issue of the journal an interesting reading, making you reflect on the discussed topics and that it will serve as a stimulus for preparation of works relating to them. Additionally, we invite you to send in papers, reports, commentaries and reviews to be published in next issues of "Studies in Law. Research Papers".

I hope you enjoy reading the publication!

ARTYKUŁY
i studia

ARTICLES
and Studies

Fábio da Silva Veiga

Professor, Universidade Lusófona do Porto, Portugal

<https://orcid.org/0000-0002-9986-7813>

fabio.veiga@ulp.pt

The creation of value by socially responsible companies from the legal perspective of the social interest

Introduction

The present study aims to dissect, as an introduction, the first reflections on the creation of value of the socially responsible company from a perspective of the concept developed in corporate law, immanent to all *inter-* and *extra-*corporate relations, namely the social interest.

By itself, two questions are raised: how is the value creation of companies with sustainability proposals expressed, and, consequently, whether the representatives of the company, especially the directors, can be held liable for the adoption of ethically and legally sustainable practices? Seeking to approach a comparative analysis of the concept of social interest in the corporate legal systems of Portugal and Spain, we will reflect on the evidence, or not, of the violation of the social interest of the contemporary company with regard to the adoption of conduct that favours corporate sustainability as opposed to the immediate economic advantages of the company.

Conceptions of social interest

1. Contractual conception

Traditionally, the social interest is confronted by the so-called contractual and institutionalist theories. Basically, for the contractual, the company's interest is the communion of common interests of the partners as subjects with the same purposes: to obtain economic-financial income through the company's activity. In this economic logic, the partners are presented as holders of the corporate interest.

2. Institutional conception

On the other hand, for the institutional conception, the social interest is presented as a common interest not exclusive to the partners. Thus, the social interest should consider the interests of the workers, creditors, clients, or those who are affected in some way by some economic influence of the commercial company, namely the stakeholders.

Social interest consecrated in company law

The traditional aspect of corporate rules expresses the concept of corporate interest as that interest of the commercial company in which the economic-financial gain is aimed as the main objective of the company. The disposition of the company is the profit and its sharing among the owners, which logically immerses the creation of value in the economic-financial sense to the partners/shareholders. Likewise, in contemporary business culture, the more expressive the profit in a shorter period of time, the more convincing is its distribution among the owners. In this sense, the legal nature of the social interest has been combined with the selfish aspect of the partners' interests.

Thus, as a general rule, it is said that the corporate interest is "the common interest of all the partners". Let us observe what the corporate rules of Spain and Portugal say with regard to the corporate interest:

Art. 227 of the *Ley de Sociedades de Capital*, in Spain:

1. Directors shall perform their duties with the loyalty of a faithful representative, acting in good faith and **in the best interests of the company**.

It is inferred from Spanish law that the administrator must act in the best interests of the company. This means that those operations performed outside the company's interest, since the company is an autonomous legal entity different from the partners, whose acts cause damages, *by the letter of the law*, are considered illicit, since such acts would fall within the breach of the duty of loyalty to the company.¹ To the person with powers to represent it, the director, will fall the responsibility.

The same provision is found in the Portuguese company law, as transcribed below.

¹ See: V. Ribas Ferrer, *El deber de lealtad de los administradores*, Madrid: La Ley, 2010. F. da Silva Veiga, "El deber de lealtad de los administradores y el conflicto de interés en los grupos de sociedades españolas" [in:] *Imágenes contemporáneas de la realización de los derechos en la cultura jurídica iberoamericana*, Madrid: Dykinson, 2018, pp. 91–103.

Art. 64th, 1, Companies Act, Portugal:

1. The managers or directors of the company shall observe:

The duties of loyalty, **in the interest of the company**, attending to the **long-term interests of the shareholders** and **weighing the interests of other subjects relevant to the sustainability of the company**, such as its employees, customers and creditors.

Clearly, both texts protect the social interest in favour of protecting the interests of the company and of the partners, with special expressiveness for the Spanish legal text, where there is no trace of the adoption of the institutionalist theory of social interest.

However, the 2006 reform of the Portuguese Commercial Companies Code has brought a noble meaning to the concept of social interest of Portuguese commercial companies, in order to broaden its area of application. An institutionalist inspiration is noted, where the long-term interests of the partners are considered – as opposed to the immediate interests of the partners, especially those that are not institutional – as well as the consideration to *other relevant subjects for the sustainability of the company*.

Focusing on the Portuguese rule, even due to its capacity to improve the concretion of the (undetermined) concept of social interest, we may notice two relevant specifications: a) *the long-term interest*; b) *the sustainability of the company*. In this sense, the Portuguese rule expands the concept by understanding the reality of today's commercial companies, since in a highly competitive market environment, companies must be prepared to protect the long-term interest of the partners, that is, to take decisions that generate value to the company, even if such acts do not generate immediate profits. In the second claim of the rule, the social interest must aim at the sustainability of the company at the exact moment in which the value created in a first moment is consistent with the formation of values² with stakeholders and civil society. From the legal text, one can understand that the decisions taken due to the long term interest of the partners and the sustainability of the company, are decisions that corroborate with the concept of social interest and, therefore, exempt its decision-makers from liability when the decisions taken due to such circumstances do not generate immediate benefits to the company or even cause losses.

Although Spanish corporate law does not establish the concept of social interest with more specificity, as Portuguese law does, Spanish jurisprudence

² The company's value creation with external stakeholders – creditors, clients, public administration, among others – is somewhat abstract, depending on the strategic objectives of the company's administrative policy. However, one of the values to be considered refers to reputation before the consumer public and the market, since "reputable" companies are more economically sustainable.

has, however, moved ahead of the legislator. In the context of a case on Corporate Social Responsibility (CSR), judged by the *Audiencia Provisional de Madrid* (SAP Madrid 11-XI-2011 – JUR 2012, 6263), which dealt with the donation of 13,000 euros made by the directors of a given company in favour of a Foundation. The Trial Court had annulled the agreement as it was considered harmful to the social interest. Nevertheless, the *Audiencia*, resorting to the “culture of corporate social responsibility”, revoked the sentence and declared the agreement valid. In an analysis on this subject, Cándido Paz-Ares agrees with the decision adopted by the collegiate of the *Audiencia*, because, according to the author, “the decisions framed in the objectives of CSR – if characterized specifically as expenses or investments – [...] may / should be adopted by the management, even if they imply a decrease in the benefits to be shared, when they seem appropriate from the perspective of the reasonable compensatory advantages of CSR, considering in this case, the amount, size and economic situation of the company”.³

In summary, the consideration of the *social interest* focuses on the subjects that must be comprised in the referred concept, and, therefore, the subjects whose benefit must be guided by the corporate activity,⁴ whether the common interest, exclusive of the partners or additionally other interests, such as those destined to the care with the workers, clients, consumers, creditors, civil society, public power, among others. From this last interest, it is clear that the creation of value of the company passes through ethically approved actions, such as corporate social responsibility implemented by a policy of good corporate governance.⁵

New legal nuances of the social interest: corporate social responsibility

Once it is understood that the social interest may exceed the limits of the selfish interest of the partners, especially by the configuration of the Portuguese rule of art. 64, 1, b, CSC, and the interpretation of corporate social

³ Cf. C. Paz-Ares, *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2019, pp. 127–128. Nossa tradução.

⁴ Cf. J. Megías López, “La creación de valor tolerante: Un modelo de compatibilidad jurídica entre interés social y responsabilidad social corporative”, *Diario La Ley*, 2017, n.º 9019, pp. 11–21.

⁵ Corporate governance, here understood as the system of legal rules, practices and behaviours related to the decision-making powers structure (including the administration and other management bodies) and the supervision of these companies, comprising namely the determination of the functional profile and legal position of the organisational actors and holders of organisational bodies and the relations between them, the holders of capital and other subjects legally interested with the company’s decisions – namely the stakeholders. Cf. P. Câmara, B. Ferreira, “A identidade Lusófona da Governação de Sociedades”, [in:] P. Câmara et al., *A Governação de Sociedades Anónimas nos Sistemas Jurídicos Lusófonos*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 9.

responsibility in the legal-corporate environment, it is clearly perceived that such normative and interpretative conceptions absorb a dose of moderate institutionalism. In this sense, it is understandable that art. 64, 1, letter b) of the Portuguese CSC now accepts the application, even if generic, of corporate social responsibility. This understanding reflects, considerably, in the regime of directors' liability, due to the broadened understanding of the duty of loyalty embedded in the same legal provision.⁶

Therefore, considering the application of CSR within the scope of social interest, especially by the elements of *sustainability* and the *long-term interests* of the partners, it can be seen that the intention of such elements is to advocate the creation of value of the company in a sustainable manner. Sustainability does not come, therefore, with the selfish interest of the partners – and, occasionally, legitimate – but what is expected is to apply plausible legal elements of a new corporate and social reality. The company, pragmatic expression of the commercial company, is no longer seen as an element associated only to the economic-financial initiative of the partners (its legitimate owners), but, the reality of the contemporary company, is inserted in a context of the impact it produces on its surroundings, on the harmful or beneficial effects it may generate on the occasion of its economic activities.

Therefore, from the legal-corporate perspective of social interest, one finds behind the actions of corporate social responsibility the elements of value creation of the socially responsible company. In this sense, the appliers of the law contained in art. 64 of the CSC, must ponder the purpose of the company beyond the common interests of the partners, considering the acts decided in favour of the other stakeholders as legally legitimate actions.

Conclusions

As conclusions, some reflections on the text should be abstracted, basically on the following points:

1. The social interest consecrated in the rules of corporate organisation is not circumscribed only to the will of the company (interest of the company itself), as announced by the law, which is shaped in the selfish will of the partners: maximum profit with minimum expenditure (which means, not spending on intermediate issues such as the interest of stakeholders).

⁶ The objective of this work is not to enter in the debate on the duty of loyalty of the directors, whose precept is inexorably linked to the concept of corporate interest. However, we can advance that the consideration of the application of CSR in art. 64, 1. b, of the CSC, delimits to a greater extent the duty of loyalty of the director, since the partners will not be able to request the directors to be held responsible for the decisions made in the scope of the social responsibility of the company, such as, for example, donations to philanthropic entities or to NGO's, when made in a pondered manner.

2. At the legal level, the *stakeholders'* interest started to have meaning since the law and the jurisprudence started to understand the commercial company as an economic entity that aims at long term sustainability and, in this sense, the social interest was broadened and started to value intermediary agents, those who have a relationship of interest with society (creditors, clients, consumers, civil society etc.).
3. With the understanding of the existence of an expanded social interest, instruments such as corporate social responsibility have gained attention at the heart of the debate on social interest, because, after all, CSR is a mechanism for providing for the interests of certain stakeholders, such as the application of policies of compliance with standards of transparency, information (disclose), commitment to their peers, reduction of environmental impact, compliance with state regulations, adoption of upright behaviour by the administration of companies, and a list of conducts that inspire morality and business ethics.

Bibliography

- Amesti Mendizábal C., “Responsabilidad social empresarial – comentario de la sentencia núm. 321/2011 de 11 de noviembre de la audiencia provisional de madrid (seccion 28)”, *Revista de derecho de sociedades*, 2013, n.º 40, pp. 335–360.
- Argandoña A., ¿Qué es y qué no es la Responsabilidad Social, *Revista del Instituto de Estudios Económicos – Responsabilidad Social Corporativa*, 2012, n.º 1, pp. 1–14.
- Câmara P., Ferreira B., “A indentidade Lusófona da Governação de Sociedades”, [in:] P. Câmara *et al.*, *A Governação de Sociedades Anónimas nos Sistemas Jurídicos Lusófonos*, Coimbra: Almedina, 2013.
- da Silva Veiga F., *A responsabilidade dos administradores de sociedades – especial referência aos pressupostos da insolvência*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters-Aranzadi, 2021.
- da Silva Veiga F., “El deber de lealtad de los administradores y el conflicto de interés en los grupos de sociedades españolas”, [in:] *Imágenes contemporáneas de la realización de los derechos en la cultura jurídica iberoamericana*, Madrid: Dykinson, 2018, pp. 91–103.
- Esteban Velasco G., “Interés social, buen gobierno y responsabilidad social corporativa (algunas consideraciones desde una perspectiva jurídico-societaria)”, [in:] *Responsabilidad Social Corporativa – Aspectos Jurídicos- Económicos*, Castellón de la Plana: Publicacions de la Universitat Jaume I, Servei de Comunicació y Publicacions, 2005.
- Paz-Ares C., *¿Derecho común o derecho especial de grupos? Esa es la cuestión*, Cizur Menor (Navarra): Civitas-Thomson Reuters, 2019.
- Megías López J., “La creación de valor tolerante: Un modelo de compatibilidad jurídica entre interés social y responsabilidad social corporativa”, *Diario La Ley*, 2017, n.º 9019, pp. 11–21.
- Ribas Ferrer V., *El deber de lealtad de los administradores*, Madrid: La Ley, 2010.

Abstract

The creation of value by socially responsible companies from the legal perspective of the social interest

This article aims to present the concept of social interest applied within the scope of Corporate Law and interpret it according to its application in Portuguese and Spanish Law, in order to subsequently find out if the theoretical concept is applied differently in the normative-legal context of these countries. As a result of this theoretical-interpretative analysis, an attempt will be made to understand whether the concept has evolved towards an understanding of the value creation of the socially responsible company from the same perspective of corporate social responsibility.

Key words: social interest, corporate social responsibility, directors' duties

Silvia Irene Verdugo Guzmán

Professor, Centro de Estudios Universitarios Cardenal Spínola. Fundación San Pablo-CEU, Andalucía/Spain

<https://orcid.org/0000-0001-9851-4795>

sverdugo@ceuandalucia.es

Ana Ochoa Casteleiro

Professor, Centro de Estudios Universitarios Cardenal Spínola. Fundación San Pablo-CEU, Andalucía/Spain

<https://orcid.org/0000-0003-4850-9001>

aochoa@ceuandalucia.es

Acciones para combatir el impacto del crimen en el ciberespacio. Prevención y detección con la Inteligencia Artificial

Ciberespacio y el submundo de la Darknet

Hace varias décadas que el uso de Internet se expandió por todo el mundo. Y claro, quienes eran reacios a utilizar una página web, obtener un teléfono móvil o enviar un email, han debido replantarse su existencia social, porque es innegable que la sociedad digital en que estamos inmersos inevitablemente llegó para quedarse, especialmente a partir de la pandemia declarada el 2020 por el virus SARS-CoV-2, comúnmente llamado COVID-19.

De la mano con lo anterior, nuevas formas delictivas acompañan este siglo¹. Así, el cibercrimen se encuentra presente en toda la sociedad por el fácil acceso a internet, que en general está disponible a cualquier persona. En este sentido, EUROPOL, recuerda que la *Darknet* continuará facilitando mercados delicti-

¹ En este sentido, Miró Llinares, señala, “(e)n relación con el cibercrimen hemos visto cómo ha habido un aumento de algunos ciberdelitos debido al incremento (y al desplazamiento) de oportunidades en el ciberespacio, así como una adaptación de los cibercriminales al contexto COVID-19 tanto en objetivos y métodos como, sobre todo, en ciberlugares de ataque”; F. Miró Llinares, “Crimen, cibercrimen y COVID-19: desplazamiento (acelerado) de oportunidades y adaptación situacional de ciberdelitos”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2021, n.º 32 (marzo), pp. 1–17, esp. p. 12, <https://doi.org/10.7238/idp.v0i32.373815>.

vos en línea, donde se puede acceder a todo tipo de bienes y servicios ilegales en forma anónima². Las preocupaciones principales a nivel internacional han sido muchísimas, especialmente las dificultades tecnológicas para abordar la ciberdelincuencia dentro de la *Darknet*, y por ello un papel importante está en la I.A., que será un recurso cada vez más poderoso para combatir el cibercrimen³.

El ciudadano común tiene acceso al Internet superficial o *Surface web*, donde puede realizar gran parte de su vida diaria, como es hasta hoy en día. Sin embargo, existen redes informáticas a las cuales solo pueden acceder determinadas personas y utilizando ciertos soportes del ciberespacio. Se trata de actividades que se realizan en la Internet Profunda o *Darknet*, que solamente están disponible para quienes tengan acceso a un espacio encriptado y oculto que sirve para cometer acciones prohibidas e ilícitas, difícilmente rastreables por alguien que no tenga conocimientos especiales y las herramientas adecuadas. En este sentido, la *Darknet* contiene información de acceso mucho más fácil de manejar para un hacker que podrá cometer ciberestafas, piratería informática, ciberespionaje, tráfico de armas, drogas o de personas, etc. Y claro, los problemas se producen al existir una amplia variedad de delitos que se realizan cada vez con más frecuencia en el ciberespacio⁴, con una difícil y pronta persecución penal especialmente por la difícil geolocalización del ciberdelincuente⁵.

² Y señala el informe de EUROPOL, que, en 2017 se cerraron por las autoridades los mercados *Darknet* más grandes: AlphaBay, Hansa y Ramp, donde se transaba con drogas, armas de fuego, herramientas para ciberdelincuencia como los malware, entre otros. Sin embargo, se produjo una migración de los usuarios hacia otros mercados existentes o que fueron creados, utilizando sistemas encriptados; EUROPOL, “Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA)”, 2018, <https://www.europol.europa.eu/internet-organised-crime-threat-assessment-2018.PDF> [acceso: 30 April 2021].

³ *Towards responsible AI innovation. Second INTERPOL–UNICRI Report on Artificial Intelligence for law enforcement*, Torino–Lyon 2020, p. 6, <https://www.interpol.int/es/content/download/15290/file/AI%20Report%20INTERPOL%20UNICRI.pdf> [acceso: 9 June 2022]; vid. S. Verdugo Guzmán, “Expansión del cibercrimen. Las ciberestafas, ataques informáticos, secuestros de información y rescates con criptomonedas, a propósito del COVID-19”, [in:] *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*, eds. E. Atienza Macías, J. Rodríguez Ayuso, Madrid: Wolters Kluwer, 2020, pp. 439–455.

⁴ Señala en el año 2002 Rovira Del Canto: “[...] el desarrollo y expansión de las modernas tecnologías, entre ellas la informática, está estrechamente vinculada a la creciente significación de la información en la sociedad postindustrial. El desarrollo de la sociedad tecnológica se constituye, por tanto, en la segunda mayor influencia en el cambio de perspectivas de la actual evolución social. [...] La criminalidad informática queda comprendida dentro de la compleja problemática propia de una “sociedad de riesgos”, y en cuatro ámbitos diferentes de necesitada regulación: la protección de los derechos de la personalidad, la lucha contra la criminalidad económica específicamente relacionada con el procesamiento electrónico de datos, la protección de la propiedad intelectual, y la reforma del proceso penal”; E. Rovira Del Canto, *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Granada: Editorial Comares, 2002, pp. 18 y ss.

⁵ En este sentido, confirma Rovira Del Canto, en el ciberespacio es fácil encubrir el hecho delictivo y descubrir a su autor, gracias a la posibilidad de borrar sus huellas; *ibidem*, p. 82.

Conceptos generales de I.A.

Es relativamente reciente el interés por distintos gobiernos y entidades públicas y privadas obtener estrategias preventivas y métodos de enseñanza masificados y al alcance de cualquier persona física o jurídica que pueda acceder a internet, pero que no sabe a ciencia cierta sobre ciberseguridad o cómo actuar frente a un ciberataque. Y aquí es donde la I.A tiene un espacio importante donde desarrollarse.

Pero, primeramente, cabe conceptualizar la I.A. Una definición precisa proviene del DRAE, y expone que es la “disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico”⁶.

El Parlamento Europeo se pronuncia sobre la I.A, y se refiere a la habilidad de una máquina que presenta las mismas características del ser humano, esto es, el razonamiento, aprendizaje, creatividad y capacidad para planear. Así, la I.A permite que los sistemas tecnológicos perciban su entorno y se relacionen con él, resuelvan problemas y actúen con un fin específico; en definitiva, recibe los datos preparados anteriormente o recopilados por sus propios sensores, los procesa y responde a estos⁷.

La I.A se utiliza hace ya varios años, una tecnología autónoma y adaptable que está inmersa en todas las esferas sociales mediante robots, sistemas de navegación, drones, e incluso en la recomendación de contenidos en plataformas de películas y música, o también para generar o alterar contenidos visuales. En definitiva, nos atrevemos a acercarnos a un concepto, señalando que la I.A es una ciencia presente en cuestiones cada vez más comunes de la vida diaria gracias a sistemas interconectados de procesamiento de datos en programas informáticos mediante algoritmos⁸.

Por todo lo señalado, es posible concluir que,

(l)a IA, que actualmente funciona en laboratorios y en algunos entornos de producción, es capaz de detectar mejor los patrones distribuyendo los nodos de aprendizaje. Esto aumenta su impacto en funcionalidades como el control de acceso. Algunos sistemas de IA son capaces de identificar a los individuos utilizando complejas bihuellas como patrones de escritura o ritmos cardíacos, y detectar incluso las más sutiles desviaciones en el tráfico normal de la red para identificar a los actores maliciosos y malware⁹.

⁶ Diccionario de la Real Academia Española (DRAE), sitio web.

⁷ “¿Qué es la inteligencia artificial y cómo se usa?”, Noticias del Parlamento Europeo, 8 September 2020, <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/-que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa> [acceso: 30 April 2021].

⁸ Algoritmo: conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema. DRAE, *op. cit.*

⁹ “La inteligencia artificial en el juego del cibercrimen”, Globb Security, 22 April 2020, <https://globbsecurity.com/la-inteligencia-artificial-en-el-juego-del-cibercrimen-45631> [acceso: 30 April 2021].

La I.A frente al cibercrimen

En principio la I.A ha sido creada y desarrollada para ser utilizada con buenos fines y para colaborar con el bienestar del ser humano. Sin embargo, una manipulación maliciosa de sus algoritmos, puede ser una herramienta muy peligrosa e incluso mortal. Y claro, mediante el uso de Internet es posible que hackers de toda índole puedan acceder al uso de la I.A, como ha sucedido en varias ocasiones, por ejemplo, interrumpiendo sistemas informáticos controlados mediante I.A, también generando noticias e imágenes falsas, y usando sistemas autónomos a modo de armas. Lamentablemente, existen casos de coches autónomos que han sido manipulados por ciberdelincuentes, produciendo accidentes de tráfico al excederse los límites de velocidad sin que el conductor tenga alguna posibilidad de reacción. Así también, por ejemplo, la compañía Nokia demostró hace un tiempo que las redes de *bots* impulsadas por la I.A se estaban utilizando para encontrar vulnerabilidades específicas en dispositivos Android y luego usarlas cargando malware de robo de datos que, por lo general, solo se detectan una vez que se ha hecho el daño¹⁰.

Los avances que conlleva el uso de las nuevas tecnologías de la información también acarrearán problemas en el ciberespacio, y los sistemas de I.A pueden ser de gran ayuda identificando las potenciales amenazas y ciberataques de toda clase. En este sentido,

[...] (s)u implementación en las redes actuales requerirá el despliegue de nodos de aprendizaje a nivel regional mejorados por la IA que pueden recoger y procesar datos locales para obtener respuestas rápidas a los eventos, y también compartir esos datos con un cerebro central de IA para lograr una correlación más profunda. De esta manera no solo se mejorará la detección de los patrones de comportamiento sospechosos, sino que también permitirá responder de forma inmediata antes de que un ataque pueda formarse completamente¹¹.

Es importante utilizar la I.A con acierto, y así, uno de los objetivos de su utilización es trabajar en línea y coordinación con los datos que se recopilan, porque es muy probable que el uso de la I.A reconozca patrones comunes al entorno delictivo, adelantándose a los hechos, con lo cual podrían impedirse ataques diversos. Además servirá para acelerar la persecución policial de los responsables de un delito especialmente gracias al Big Data y la elaboración de mapas de criminalidad en las ciudades, que servirán para obtener datos tan variados como los índices de delincuencia, tipos de delitos más frecuentes

¹⁰ *Nokia Threat Intelligence Report – 2019*, p. 7, https://blog.drhack.net/wp-content/uploads/2018/12/Nokia_Threat_Intelligence_Report_White_Paper_EN.pdf [acceso: 30 April 2021].

¹¹ “La inteligencia artificial en el juego del cibercrimen”..., *op. cit.*

en ciertas zonas, los horarios en que se incrementan los riesgos, y otros que faciliten las tareas de prevención y persecución¹². Se podría hablar del uso de drones que facilitan la labor de quienes buscan infringir las normas de tráfico, pero por temas de espacio quedará pendiente. Simplemente cabe destacar que su uso puede ser de gran ayuda para el hombre, pero en algunos casos, puede ser perjudicial su uso en relación al derecho de privacidad y la protección de datos de las personas.

Otro uso importante de la I.A es para delitos que consisten en la suplantación de identidad o falsedades en documentos oficiales -como los pasaportes-, ya existen por ejemplo en China, gafas que incorporan unas cámaras que gracias a la I.A están conectadas con base de datos policiales, ayudando a identificar personas buscadas por algún delito o que utilicen documentación que no coincida con las bases mediante el reconocimiento facial¹³. Claro, al otro lado de la balanza se puede encontrar la probable vulneración de derechos humanos y de la privacidad de las personas, pero es un tema que no podemos abordar ahora.

INTERPOL expone que la I.A servirá para alterar y mejorar la vigilancia, por ejemplo, para identificar a personas de interés en espacios concurridos; pronosticar y predecir la violencia; ordenar, etiquetar y clasificar automáticamente datos operativos policiales de gran tamaño, como pruebas o materiales nocivos; incluso monitorear los impulsores de la radicalización o potenciales terroristas¹⁴.

¹² Y así, existe la vigilancia predictiva, gracias al conjunto de datos de eventos históricos de unos 2 a 5 años se utilizan para entrenar el algoritmo de una ciudad, el cual se va actualizando a diario con nuevos eventos a medida que se van recibiendo, utilizando solo 3 tipos de datos (delito, ubicación del delito y fecha/hora del delito) para crear sus predicciones. Todo esto es trasladado a Google Maps, que en recuadros establece las áreas de mayor riesgo para cada día y turno de día, tarde o noche. Con esto, se incrementan las labores de vigilancia además de la eficiencia en el sistema de prevención delictual, en PREDPOL, “Los tres pilares de la vigilancia basada en datos”, <https://predpol.com/law-enforcement/#predPolicing> [acceso: 30 April 2021].

¹³ Señala un reportaje periodístico que, “[...] (e)n los últimos años, China ha dado un impulso significativo a la inteligencia artificial. Algunas de sus aplicaciones, especialmente las que se basan en el reconocimiento facial, empiezan a tomar forma en cuestiones relacionadas con la seguridad nacional. A este caso en Henan se le suma, por ejemplo, la identificación de conductores que violan las normas de tráfico en Shanghái, el hallazgo en pocas horas de un niño que había sido secuestrado en Shenzhen o la detención de personas buscadas por la policía en grandes eventos como el Festival Internacional de la Cerveza de la ciudad costera de Qingdao. Otras tecnologías de empresas especializadas en reconocimiento de voz han permitido a las fuerzas de seguridad desarticular redes dedicadas a las estafas telefónicas en la provincia de Anhui o la identificación de narcotraficantes”; “La policía china usa gafas con reconocimiento facial para identificar a sospechosos”, *El País*, 8 February 2018, https://elpais.com/internacional/2018-02/07/mundo_global/1518007737_209089.html [acceso: 30 April 2021].

¹⁴ *Towards responsible AI innovation...*, p. 5.

Aprendizaje autónomo y dilemas pendientes en la prevención delictiva

Los próximos desafíos tecnológicos plantean varias interrogantes. Una de ellas, consiste en la capacidad de los sistemas de aprendizaje automático de I.A que contribuirá a reducir la creciente brecha de conocimientos en materia de ciberseguridad. Al trasladar las responsabilidades a procesos autónomos de autoaprendizaje que funcionen de forma similar a los sistemas autoinmunes humanos -cazando, detectando y respondiendo a los eventos de seguridad de forma autónoma y en tiempo real- se podrán centrar en la planificación y desarrollo de estrategias de orden superior y que ayudará a mejorar la seguridad de los mercados digitales del futuro¹⁵.

Otra interrogante que se plantea, será la posibilidad de atribuir responsabilidad penal por ejemplo a un robot que ‘destruya’ un ser humano por un fallo en su sistema o porque lo detecte como un error (como ya sucedió en Japón hace unos años), pues por ahora no se puede aplicar la teoría del delito a la I.A, ni siquiera se puede hablar de persona jurídica o robótica. Quizás, se puede hablar de imprudencia por parte del responsable del robot, siguiendo el ejemplo descrito. Y, como acertadamente señala Miró Llinares, “resulta esencial monitorizar la evolución de la IA desde una perspectiva de atribución de responsabilidad para evitar llegar a situaciones en las que el aprendizaje de las máquinas no permita decir que nadie haya tomado una decisión negligente pese a que existan daños”¹⁶.

Finalmente, cabe referirse brevemente a la importancia de a la ciberseguridad. La implementación de una tecnología coordinada y homogénea a nivel mundial puede ayudar a que se obtenga una sociedad globalizada más segura y que permita realizar todo tipo de transacciones sin ser víctima de delitos digitales. Lo primordial es que en el ciberespacio se logre una red global de ciberseguridad que otorgue mayor certeza a la detección de problemas en tiempo y lugar. En este sentido, estrategias preventivas como la ciberseguridad son importantes en la sociedad de riesgos informáticos en que nos encontramos inmersos. Así, por ejemplo, realizar copias de la información y datos contenidos en ordenadores hacia unidades externas -y no solamente en la nube-, poseer y actualizar antivirus, comprobar que se accede efectivamente a un sitio web oficial, proteger los correos electrónicos, contraseñas, y no utilizarlas en cualquier sitio web, son algunas recomendaciones o estrategias de prevención frente al peligroso escenario del cibercrimen del siglo XXI.

¹⁵ “La inteligencia artificial en el juego del cibercrimen”..., *op. cit.*

¹⁶ F. Miró Llinares, “Inteligencia artificial y Justicia Penal. Más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2018, n.º 20, p. 96.

Conclusiones

Lamentablemente son cada vez más constantes los delitos informáticos cometidos en el ciberespacio bajo el anonimato y la astucia en el uso de la *Darknet*. Adiestrados ciberdelincuentes intentan poner en marcha sus actividades ilícitas de la más variada índole, principalmente con una motivación económica. Los mercados digitales ofrecen toda clase de bienes y servicios en que difícilmente puede ser rastreado su origen. Las estafas informáticas son un claro ejemplo de cibercrimen, donde hackers han obtenido datos e información de sus víctimas, lo que se traduce en grandes cantidades de dinero e información de las víctimas, que pueden movilizar con relativa facilidad por el ciberespacio.

A efectos de la prevención delictiva, un elemento clave es la implantación de la I.A basada en la confianza entre todos los interesados en combatir la ciberdelincuencia. En este sentido, confirma EUROPOL¹⁷ que, sería útil el establecimiento de plataformas de colaboración entre los distintos países miembros y partes interesadas de la UE siempre basados en la confianza y ciberseguridad de todos, mediante la comprensión de los componentes básicos de la I.A y su interacción.

Por el contrario, en el caso de que la I.A se encuentre con datos o algoritmos manipulados, es fundamental contar con algoritmos de aprendizaje automático efectivos, es decir, que los datos de entrenamiento sean relevantes y se pueda controlar el proceso de aprendizaje para evitar cualquier anomalía.

La gran cantidad y distintas categorías de datos que son recopilados en el ciberespacio mediante el uso de algoritmos que sirven para la persecución y represión del cibercrimen, es posible manipularlos maliciosamente para cometer delitos con los consecuentes problemas que ya han sido expuestos. Lo importante es que se establezcan estadísticas transparentes, específicas y coherentes entre ellas y con el compromiso de todos los interesados en la lucha contra el cibercrimen.

Es clave la implementación de una tecnología coordinada y homogénea a nivel mundial de I.A que puede ayudar a una sociedad globalizada más segura y que permita realizar todo tipo de transacciones digitales sin ser víctima de delitos. Lo primordial es que en el ciberespacio se logre una red global de ciberseguridad que otorgue mayor certeza a la detección de problemas en tiempo y lugar frente al escenario del cibercrimen del siglo XXI.

¹⁷ EUROPOL, "La IA fiable requiere una ciberseguridad sólida", 25 October 2019, <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/trustworthy-ai-requires-solid-cybersecurity> [acceso: 30 April 2021].

Bibliografía

- EUROPOL, “Internet Organised Crime Threat Assessment (IOCTA)”, 2018, <https://www.europol.europa.eu/internet-organised-crime-threat-assessment-2018.PDF> [30 April 2021].
- EUROPOL, “La IA fiable requiere una ciberseguridad sólida”, 25 October 2019, <https://www.europol.europa.eu/newsroom/news/trustworthy-ai-requires-solid-cybersecurity> [acceso: 30 April 2021].
- “La inteligencia artificial en el juego del cibercrimen”, Globb Security, 22 April 2020, <https://globbsecurity.com/la-inteligencia-artificial-en-el-juego-del-cibercrimen-45631/> [acceso: 30 April 2021].
- “La policía china usa gafas con reconocimiento facial para identificar a sospechosos”, *El País*, 8 February 2018, https://elpais.com/internacional/2018-02/07/mundo_global/1518007737_209089.html [acceso: 30 April 2021].
- Miró Llinares F., “Crimen, cibercrimen y COVID-19: desplazamiento (acelerado) de oportunidades y adaptación situacional de ciberdelitos”, *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política*, 2021, n.º 32 (marzo), pp. 1–17, <https://doi.org/10.7238/idp.v0i32.373815>.
- Miró Llinares F., “Inteligencia artificial y Justicia Penal. Más allá de los resultados lesivos causados por robots”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2018, n.º 20, pp. 87–130.
- Nokia Threat Intelligence Report – 2019*, https://blog.drhack.net/wp-content/uploads/2018/12/Nokia_Threat_Intelligence_Report_White_Paper_EN.pdf [acceso: 30 April 2021].
- PREDPOL, “Los tres pilares de la vigilancia basada en datos”, <https://predpol.com/law-enforcement/#predPolicing> [acceso: 30 April 2021].
- “¿Qué es la inteligencia artificial y cómo se usa?”, Noticias del Parlamento Europeo, 8 September 2020, <https://www.europarl.europa.eu/news/es/headlines/society/20200827STO85804/-que-es-la-inteligencia-artificial-y-como-se-usa> [acceso: 30 April 2021].
- Rovira Del Canto E., *Delincuencia informática y fraudes informáticos*, Granada: Editorial Comares, 2002.
- Towards responsible AI innovation. Second INTERPOL–UNICRI Report on Artificial Intelligence for law enforcement*, Torino–Lyon, 2020, <https://www.interpol.int/es/content/download/15290/file/AI%20Report%20INTERPOL%20UNICRI.pdf> [acceso: 9 June 2022].
- Verdugo Guzmán S., “Expansión del cibercrimen. Las ciberestafas, ataques informáticos, secuestros de información y rescates con criptomonedas, a propósito del COVID-19”, [in:] *Retos jurídicos ante la crisis del COVID-19*, eds. E. Atienza Macías, J. Rodríguez Ayuso, Madrid: Wolters Kluwer, 2020.

Resumen

Acciones para combatir el impacto del crimen en el ciberespacio. Prevención y detección con la Inteligencia Artificial

Los últimos dos siglos hemos visto nuevos tipos de delitos que han pasado a un primer plano, y que los delitos tradicionales han adoptado diferentes formas o un alcance completamente nuevo, especialmente digital. La especificidad de distintos cibercrimes se encuentra en la internet profunda o *Darknet*, tales como el fraude informático, los ataques informáticos, abuso sexual y la explotación sexual de niños a través de sistemas informáticos etc. La aparición del nuevo coronavirus SARS-CoV-2 a fines del 2019 y la pandemia declarada por COVID-19 causada por el virus a comienzos del 2020, han servido para subrayar la importancia del combate al cibercrimen. La denuncia e investigación de delitos es crucial para las unidades policiales y las partes interesadas en la comprensión y análisis del cibercrimen. Entonces, gracias al desarrollo de la Inteligencia Artificial (I.A) y la recopilación de datos estadísticos son utilizados para realizar evaluaciones de delitos, castigos o sanciones, e identificar a las personas investigadas o perseguidas. La construcción de la cooperación en I.A con las partes interesadas en todo el sector público, la industria, la academia, así como las entidades de seguridad relacionadas, agencias de inteligencia etc., es un próximo paso esencial. También, cabe referirse a la ciberseguridad, que juega un papel importante en la defensa de las personas, de empresas e infraestructuras. Los proveedores de seguridad digital se enfocan en usuarios, dispositivos, redes, datos, aplicaciones o empresas para brindar soluciones con el fin de detectar y responder ante una amenaza cibernética.

Palabras clave: inteligencia artificial, internet oscura, cibercrimen, ciberdelincuente, ciberseguridad

Abstract

Actions to combat the impact of crime in cyberspace. Prevention and detection with Artificial Intelligence

Over the past two centuries, we have seen emerging types of crimes coming to the fore and traditional crimes taking on different forms or an entirely new scope altogether. Specificity of various cybercrimes are on the darknet, how computer fraud, computer attacks, the sexual abuse and sexual exploitation of children through computer systems, etc. The emergence of the novel SARS-CoV-2 coronavirus in late 2019 and the ongoing COVID-19 pandemic caused by the virus on 2020, has served to underscore the importance of combat to cybercrime. The reporting and research of crimes is crucial for police units and stakeholders in understanding and analysis cybercrime. So, the I.A and collection of statistical data information are used to evaluations of crime, punishments or sanctions and identifying the people investigated or persecuted. Building cooperation on I.A with stakeholders throughout the public sector, industry, academia, as well as

related security entities, intelligence agencies and so on, is an essential next step. Also, the cybersecurity plays an important role in defending individuals, industry and infrastructure. Security vendors focus on users, network, data, application or entire enterprises to provide solutions to detect and respond to cyber threats.

Key words: artificial intelligence, darknet, cibercrime, hacker, cibersecurity

Miriam Olivia Knopik Ferraz

Doctoral student, Pontifical Catholic University of Paraná, Brazil with double degree
at University of Rome Sapienza – La Sapienza, Italy

<https://orcid.org/0000-0002-3350-5502>

m.okf@hotmail.com

Oksandro Gonçalves

Professor, Pontifical Catholic University of Paraná, Brazil

<https://orcid.org/0000-0002-6873-5156>

oksandro.goncalves@pucpr.edu.br

Regulation of international space law to promote economic and social development¹

Introduction

The conquest of space took on a new dimension in the 21st century, far beyond the arrival on the Moon. In the last decades, the project for the development of space services began to be considered by several developed countries, reaching different proportions in investment, size and degree of expansion. This appreciation justifies in-depth studies on the theme of regulating these activities and how the law can act to direct these interests, both public and private, to promote international economic and social development. In order to understand the role of law, while regulating these private businesses or public investments, there is a need to debate the limits and possibilities of state intervention and which way to go. To this end, the work was subdivided into three parts: the study of international space law and current businesses, thus proving the diverse niches in which this market operates and how crucial these initiatives are today in human experiences, from controlling harvests to contain natural disasters. At the same time, several regulatory frameworks contribute to the legal understanding of the topic and, mainly, what are the objectives that should be followed in the exploration and use of space.

¹ This study was carried out with the support of the Coordination for the Improvement of Higher Education Personnel – Brazil (CAPES) – Financing Code 001.

International space law and current affairs

The first phase of space exploration was a consequence of the political and economic situation at the end of the Second World War, with two powers that began to antagonize socioeconomic models: the now extinct Union of Soviet Republics (USSR), with a communist model; and, on the other hand, the United States, with a democratic model based on the free market.

In terms of advances or scientific milestones, the beginning of space exploration took place with the artificial satellite Sputnik 1, launched by the Soviet Union on Oct. 4th, 1957, and which represented a “departure signal and the beginning of the space race”. During this period, this race was not prioritized, until the moment when the United States and the Soviet Socialist Republics (USSR) realized that satellites could be used to obtain images of enemy territory, without the compromise of airplanes. Several initiatives were carried out with the launch of satellites until the consolidation of the Apollo Project by President John Kennedy in 1961. In this framework he launched the challenge of sending man to the Moon in 10 years. The race for the Moon began, which was carried out in 1968 by the United States, and which will be adopted in this work as a historical landmark.

After the arrival of man on the Moon, the next phase of space exploration was centered on the use and proliferation of satellites. Thus, the development of space exploration has moved towards the enhancement of satellite infrastructure, several countries have started to have their own structures for receiving satellite data and more than 40 have acquired spatial control of their telecommunications satellites.² In 2021, Brazil launched its first satellite “completely designed, integrated, tested and operated by Brazil”:³ Amazonia 1, considered a milestone for Brazilian space autonomy. It is noted that as in the economy, several emerging nations have started to conquer their space, presence and relevance in the international scenario, countries such as China and India, although they do not act as prominently as the European bloc and the United States, come acquiring scientific and technological skills for the construction of satellites and advancing access to space by means of rockets and launchers.⁴

² B. Montluc, “The new international political and strategic context for space policies”, *Space Policy*, 2009, vol. 25, no. 1, pp. 20–28.

³ INPE [Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais], “Lançado com sucesso o Amazonia 1, primeiro satélite nacional de observação da Terra”, 28 February 2021, http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=5706 [accessed: 7 April 2021].

⁴ F. de Holanda Schmidt, *Desafios e oportunidades para uma indústria espacial emergente: o caso do Brasil*, Brasília: IPEA, 2011.

At this point, it should be noted that space is seen as a commodity in common use, without exactly having a holder, so much so that there are express provisions on non-appropriation due to the Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Cosmic Space Including the Moon and Other Celestial Bodies, known as the 1967 Space Treaty. Although the concept of airspace exists, the delimitation of the dividing line between airspace and space still promotes great discussions and no definition.⁵ Legal uncertainty has not prevented the satellite process, based on the idea of an infinite good little subject to scarcity, which turns out to be an error, since the number of satellites existing today around the Earth already leads to studies on the growing formation of space waste.

There is a possible occurrence of the “tragedy of the commons”, which can be explained briefly in the idea of common pasture, that is, space is a common good open to all and each one ends up placing another animal in this pasture, that is, , one more satellite to the point that the common good ends up overloaded. This notion is likely to be glimpsed in space, especially with regard to the route and positioning of satellites around the terrestrial globe, which today overload the atmosphere and can cause losses, as the International Astronomical Union warns, which expressed its concern about the negative impacts of mega constellations of communication satellites are already causing astronomical observations and the appearance of the night sky when viewed from a dark region.⁶ Based on the idea of the common good, the debate begins about the need or not for the regulation of space exploration, which has a strong international focus, given its peculiarities. Then, the International Space Law is developing, which has been gaining strength and the need for expansion in the present times. In the 1960s, the “United Nation’s Committee on the Peaceful Uses of Outer Spaces (COPUOS)” was created and the most relevant instrument produced was the “Declaration as Legal Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space”, the Space Treaty. This committee continued to produce various materials that today underlie Space Law.

The fundamental and customary principles of Space Law were formulated by COPUOS in regulations (without binding character), but that guide the relations that have developed until today and were incorporated in the Outer Space Treaty (OST), this one, ratified by several countries, based on the

⁵ J. Monserrat Filho, *Direito e Política na Era Espacial*, Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007, p. 31.

⁶ IAU [International Astronomical Union], “Understanding the Impact of Satellite Constellations on Astronomy”, 2019, IAU NEWS, <https://www.iau.org/news/pressreleases/detail/iau2001/> [accessed: 24 April 2021].

principles of free exploitation for the benefit of humanity, non-appropriation, exploitation for peaceful purposes, international cooperation, among others.⁷

After this milestone, several treaties were developed for the treatment and regulation of specific topics, such as the use of the Moon, celestial bodies and in the scope of telecommunications, etc. The idea of universal regulation proposed by the UN considered the nature of the organ itself, that is, a worldwide idea for space based on freedom of exploration, but with a certain social function, as the benefits should be shared with all humanity. It was also an attempt to avoid militarization of the topic, emphasizing its use for peaceful purposes and to analyze possible accountability. The theme returns to a new scale of importance from the moment that private companies start to develop space exploration projects. The various exploratory potentialities drew the attention of private companies, which then began to develop their own action plans, causing, in the last decade (2010–2020), a period of great expansion of this new business model.

Economic and social development

The interaction between development and democracy was the subject of discussion in the XX without reaching a conclusion, so it is possible to list three groups that represent the theories about development:⁸ i. theorists of market imperfections that restrict their analysis in pointing out the flaws at the micro or macroeconomic level;⁹ ii. the New Institutional Economics School that seeks to understand new fields of study that make it impossible for markets to function properly;¹⁰ iii. theorists who point to development as the process of expanding freedoms, are based on human, economic and productive growth rates. In this work, the last group will be approached as a theoretical reference.

The emergence of the current occurred in the search for new ways of conceiving development, addressing factors in addition to conventional economics, since it is possible that a country has these high rates and is very poor in

⁷ 2222 (XXI). Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, 19 December 1966, United Nations, <http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/outerspacetreaty.html> [accessed: 24 April 2021].

⁸ L. Bonemer Azecvedo da Rocha, *O desenvolvimento econômico pelo acesso à justiça*, Birigui: Bo-real Editora, 2015, p. 6.

⁹ C. Abrantkoski Rister, *Direito ao desenvolvimento – antecedentes, significados e consequências*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pp. 27–28.

¹⁰ D.C. North, “Economic Performance Through Time Source”, *The American Economic Review*, 1994, vol. 84, no. 3 (June), pp. 359–368.

the quality of life of its inhabitants¹¹, with variations for example in the GINI index.¹²

In this segment, the third strand is built, based on Amartya Sen's theory that defines development as "a process of expansion of real freedoms that people enjoy".¹³ For the author, it is necessary to envision development in a much broader way than just the dimension of the Gross Domestic Product (GDP), that is, the economic bias is not the definition of development. On the other hand, development "demands socio-economic structural changes that imply a qualitative improvement in the living standards of citizens, providing an increase in social well-being".¹⁴ Therefore, a study of the quantitative and qualitative sense is necessary to be able to adequately measure economic and social development. Sen's objective is to strengthen the development of instrumental freedoms (policies, economic facilities, social opportunities, guarantees of transparency and protective security), which allow people to reach the status of agent and, thus, can act positively in their own life. Part of this process is to understand that not only do global actions bring social reflexes, but also specific initiatives have the power to transform and achieve far-reaching results.¹⁵

To achieve this development, it is necessary to remove deprivations of liberty that can limit people. Sen's objective is to demand from the State the prioritization of agendas that expand people's freedom and, thus, offering real conditions for the expansion of the condition of agency. It is noteworthy that this is the position in which the individual acts and causes changes, and chooses the life he believes to be the best to be lived, that is, the judgment of these actions is on the perspective of the individual himself, regardless of external criteria.¹⁶ It is noted that the use of mixed development indicators

¹¹ A. Sen, "O desenvolvimento como expansão de capacidades", *Lua Nova*, 1993, n.º 28–29, pp. 313–334, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100016&lng=en&nrm=iso [accessed: 24 April 2021].

¹² The Gini index is an instrument to measure the degree of concentration of income in a given group and, thus, it points out the difference between the income of the poorest and the richest. See: A. Wolfenbüttel, *O que é? Índice de Gini*, Ipea [Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada], 2004, ano 1, n.º 4–1/11, https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28 [accessed: 24 April 2021].

¹³ A. Sen, *Desenvolvimento como liberdade*, tradução: L. Teixeira Motta, revisão técnica: R. Dni-selli Mendes, São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 17.

¹⁴ D. Wunder Hachem, "A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro," *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, 2013, ano 13, n.º 53, pp. 133–168.

¹⁵ A. Sen, *Desenvolvimento como liberdade...*, *op. cit.*, p. 234.

¹⁶ *Ibidem*, p. 62.

that consider not only the economic aspect, but also social aspects, promote the improvement of tools that assist in the decision-making of public policies.¹⁷

Regulation on space exploration as a promotion mechanism for international economic and social development

In space explorations, state intervention predominated. Although the process of conquering space involved some private companies, this is within the scope of the provision of services and technology, but as it involved national security, the issue was under the unrestricted control of the State. However, now there is a large insertion of private companies, which makes the regulatory activity essential to make the interests involved compatible.¹⁸ The broad contours of this industry are criticized for not differentiating the satellite production industry from the service industry derived from them. The Satellite Industry Association (SIA) identifies the “satellite industry” as a subset of companies that operate at the intersection between the space industry and the telecommunications industry in general, on the other hand the British National Space Center (BNSC) divides the industry into an upstream sector that corresponds to the companies that provide space technology, and another sector, the downstream, composed of companies that use it. The association of all these sectors in one result in a significant movement of values.

The relationship between law and development has been the subject of study by Kevin Davis and Michael Trebilcock regarding whether or not there is an influence of law on the promotion of economic development: on the one hand, optimistic authors who believe that certain characteristics of a country’s legal system have a role important in determining development prospects; on the other hand, the criticisms are varied: it is disputed that it is possible for legal operators to identify and implement legal reforms to promote development; contest the possibility of making significant legal changes, given the political, historical, economic and cultural obstacles; and finally, the most skeptical contest the role of law as significant for development.¹⁹

In fact, the adoption of development-oriented policies cannot be done in isolation, but with the rethinking of the structures of law. In this sense, there is

¹⁷ H.M. Van Bellen, *Indicadores de sustentabilidade: uma análise comparativa*, 2. ed., Rio de Janeiro: FGV, 2006.

¹⁸ A.B. Floriani Neto, O.O. Gonçalves, “A regulação do meio ambiente de trabalho como um mecanismo de promoção do desenvolvimento”, *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2018, ano 4, n.º 3, pp. 169–192.

¹⁹ K.E. Davis, M.J. Trebilcock, “A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos”, *Revista Direito GV*, 2009, vol. 5, n.º 1, p. 222.

a need to propose joint action between state and private entities, which play an essential role in the emergence and development of technological innovations, a theme that is extremely correlated with space exploration.

Therefore, the most appropriate alternative is through the cooperation of agents in their respective quadrants and, not in isolation, as the US Commercial Space Launch Competitiveness Act²⁰ signed in 2015, which aimed at allowing private exploration of space, the appropriation of asteroids and other space resources by individuals and companies. This legislation opened space for the exploratory race currently carried out by the company SpaceX and Orbital ATK with cargo missions to the International Space Station and plans beyond Earth's orbit. The monopolies that can be formed may give rise to discussions and legal regulations in international competition law,²¹ a reflex that has already been felt in the internationalization of companies that are now moving towards the exploration of a significantly unregulated space. Here the problem of the tragedy of common goods is renewed, because as technological advances occur and become more accessible, the tendency is for more players to fill the spaces of this new market which, being deregulated and based on the belief of the infinite universe, end up generating an overuse of goods leading to exhaustion and, consequently, scarcity.

In relation to Brazil, it is possible to list some economic and social impacts of the use of satellites for meteorology, in a research carried out by Edson Baptista Teracine (1999, pp. 58–59), showed increases of 5 to 20% in productivity, due to the use of weather forecasts. In this sense, the understanding of both economic and social development will essentially go through regulations and valorization of scientific research and innovation, since the improvement of the spatial infrastructure leads to the empowerment of national States with positive consequences for individuals.

Conclusions

There is much to discover in space. For the time being, the activities carried out that strengthen and consolidate this branch of infrastructure have already shown to have major impacts on society, states and companies. It is positioned in this work that the function of Law, in the face of this constantly improving

²⁰ U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, Public Law, 25 November 2015, United States, <https://www.congress.gov/114/plaws/publ90/PLAW-114publ90.pdf> [accessed: 24 April 2021].

²¹ A.T. Guzman, "Antitrust and international regulatory federalism", *New York University Law Review*, 2011, vol. 76, pp. 1142–1163; L. Cuéllar, Abuso de Posição dominante no direito de concorrência brasileiro [in:] L. Cuéllar, E. Bockmann Moreira, *Estudos de Direito Econômico*, Belo Horizonte: Fórum, 2010.

reality, is to consolidate mechanisms to stimulate scientific and technological progress and, also, to base the actions always on with the objective of promoting economic and social development. In this sense, the existing competition between private companies and public initiatives demands and will keep demanding regulations at the regional and international level, the possibilities and limits should be discussed in a tripartite manner: States, Society and Companies. From the analysis carried out it was possible to conclude that there are private and public actors in this space exploratory market in competition as well as in mutual assistance. Regulation has the essential role of directing the performance of both towards the fulfillment of the development objectives contained in Sen's theory. Thus, the first step is to defend the conceptual choice of development, which is intended to position the development as freedom. In a second moment, it is understood that this concept of development necessarily implies the establishment of institutions, and these are very much connected with the State, there is a lot of dialogue between them. Finally, the performance of the State must necessarily be guided by the regulation of space infrastructure, and this regulation must aim at economic and social development in a way that is compatible with Sen's theory.

Bibliography

- 2222 (XXI). Treaty on Principles Governing the Activities of States in the Exploration and Use of Outer Space, including the Moon and Other Celestial Bodies, 19 December 1966, United Nations, <http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/treaties/outerspacetreaty.html> [accessed: 24 April 2021].
- Cuéllar L., "Abuso de Posição dominante no direito de concorrência brasileiro" [in:] L. Cuéllar, E.B. Moreira, *Estudos de Direito Econômico*, Belo Horizonte: Fórum, 2010.
- Davis K.E., Trebilcock M.J., "A relação entre direito e desenvolvimento: otimistas versus céticos", *Revista Direito GV*, 2009, vol. 5, n.º 1, pp. 221–235.
- Fisk L.A., "The impact of space on society: past, present and future", *Space Policy* 2008, vol. 4, no. 24, pp. 175–180.
- Floriani Neto A.B., Gonçalves O.O., "A regulação do meio ambiente de trabalho como um mecanismo de promoção do desenvolvimento", *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, 2018, n.º 3, pp. 169–192.
- Graziola R. et al., *Prospettive ed Effetti Moltiplicativi Degli Investimenti Nei Settori Ad Alta Tecnologia Nelle Economie Avanzate. Con Particolare Riferimento Al Settore Spaziale In Europa – Rapporto finale della ricerca per Agenzia Spaziale Italiana*, November 2009, https://archives.asi.it/sites/default/files/RAPP%20FINALE_0_0.pdf [accessed: 24 April 2021].
- Guzman A.T., "Antitrust and international regulatory federalism", *New York University Law Review*, 2001, vol. 76, pp. 1142–1163.
- Hachem D.W., "A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés económico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro", *A&C – Revista*

- de Direito Administrativo & Constitucional, Belo Horizonte*, 2013, ano 13, n.º 53, pp. 133–168.
- Van Bellen H.M., *Indicadores de sustentabilidade: uma análise comparativa*, 2. ed., Rio de Janeiro: FGV, 2006.
- IAU [International Astronomical Union], “Understanding the Impact of Satellite Constellations on Astronomy”, 2019, IAU NEWS, <https://www.iau.org/news/pressreleases/detail/iau2001/> [accessed: 24 April 2021].
- INPE [Instituto Nacional de Pesquisas Espaciais], “Lançado com sucesso o Amazonia 1, primeiro satélite nacional de observação da Terra”, 28 February 2021, http://www.inpe.br/noticias/noticia.php?Cod_Noticia=5706 [accessed: 7 April 2021].
- Kalil G.A. de Abreu, Gonçalves O.O., “Incentivos fiscais à inovação tecnológica como estímulo ao desenvolvimento econômico: o caso das Start-ups”, *Revista Jurídica da Presidência Brasília*, 2015/2016, vol. 17, n.º 113 (Oct./Jan.), pp. 497–520.
- Logsdon J.M., *John F. Kennedy and the Race to the Moon. Palgrave Studies in the History of Science and Technology*, New York: Palgrave Macmillan, 2010, pp. 223–224.
- Monserat Filho J., *Direito e Política na Era Espacial*, Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007.
- Montluc B., “The new international political and strategic context for space policies”, *Space Policy*, 2009, vol. 25, no. 1, pp. 20–28.
- North D.C., “Economic Performance Through Time Source”, *The American Economic Review*, 1994, vol. 84, no. 3 (June), pp. 359–368.
- Rister C. Abrantkoski, *Direito ao desenvolvimento – antecedentes, significados e consequências*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- Rocha L, Bonemer Azecvedo da, *O desenvolvimento econômico pelo acesso à justiça*, Birigui: Boreal Editora, 2015.
- Schmidt F. de Holanda, *Desafios e oportunidades para uma indústria espacial emergente: o caso do Brasil*, Brasília: IPEA, 2011.
- Sen A., *Desenvolvimento como liberdade*, tradução: L. Teixeira Motta, revisão técnica: R. Dniselli Mendes, São Paulo: Companhia das Letras, 2000.
- Sen A., “O desenvolvimento como expansão de capacidades”, *Lua Nova*, 1993, n.º 28–29, pp. 313–334, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64451993000100016&lng=en&nrm=iso [accessed: 24 April 2021].
- Sputnik and The Dawn of the Space Age, 10 October 2007, NASA, <https://history.nasa.gov/sputnik/> [accessed: 20 April 2021].
- Teracine E.B., “Os Benefícios Sócio-Econômicos das Atividades Espaciais no Brasil”, *Espaço e Desenvolvimento. Parcerias Estratégicas*, 1999, n.º 7 (outubro), http://seer.cgee.org.br/index.php/parcerias_estrategicas/article/viewFile/80/73 [accessed: 24 April 2021].
- U.S. Commercial Space Launch Competitiveness Act, Public Law, 25 November 2015, United States, <https://www.congress.gov/114/plaws/publ90/PLAW-114publ90.pdf> [accessed: 24 April 2021].
- Wolffenbüttel A., *O que é? Índice de Gini*, Ipea [Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada], 2004, ano 1, n.º 4–1/11, https://www.ipea.gov.br/desafios/index.php?option=com_content&id=2048:catid=28 [accessed: 24 April 2021].

Abstract

Regulation of international space law to promote economic and social development

The objective of the article is to evaluate the role of the regulation of international space law for the realization of international economic and social development. Aiming for that, a logical-deductive methodology was used, through bibliographic research to map relevant issues about the spatial infrastructure and the current understanding of social economic development. In this sense, the study was carried out through its development in three parts: first the mapping of international space law to demonstrate the progress of investments and activities that are carried out around the space infrastructure; in a second step, the interaction between economic and social development and brief economic discussions about the market and state action are analyzed; finally, it deals with the importance of regulation on space exploration as a promotion mechanism for international economic and social development. It was concluded that there are private and public actors in this exploratory market and their actions must occur together, as they often occur within countries, aiming to promote economic development as freedom, and that the State's action must be guided by the regulation of space infrastructure; this regulation must aim at economic and social development in a way that is compatible with Amartya Sen's theory.

Key words: International Space Law, Economic Development, Social Development

Ricardo Lupion

Professor, PUCRS School of Law, Brazil

<https://orcid.org/0000-0001-9739-287X>

ricardo.lupion@pucrs.br

Law and technology: Virtual general meetings in Brazilian companies

Introduction: What has changed?

On March 13, 2020, the world was brutally affected by the emergence of the COVID-19 pandemic, declared by the World Health Organization – WHO, causing a halt to all economic activities, which has deeply affected (and will affect) business relations: “it is as if they have ‘pulled the plug on the economy’ – and no one knows when and how it is going to be turned on again”.¹

In Brazil, the first measures of social isolation were enacted by public authorities at the end of March, 2020, in the middle of peak season for the holding of companies’ annual shareholder meetings that deliberate on matters of relevance and in the interest of the company and its shareholders, provided for in article 132 of Law no. 6.404/76, with a maximum term of realization in the four months following the end of the fiscal year and therefore, in most cases, as the fiscal year coincides with the civil calendar, this term would expire on 30 April 2020.²

¹ J.P. Scalzilli, L.F. Spinelli, R. Tellechea, *Pandemic, economic crisis and Bankruptcy Law*, Porto Alegre, RS: Buqui, 2020, p. 29.

² “Art. 132: Annually, in the first 4 (four) months following the end of the fiscal year, there must be 1 (one) shareholder meeting to: I – take the management’s accounts, examine, discuss and vote the financial statements; II – resolve on the allocation of net income for the year and the distribution of dividends; III – elect the management and members of the audit committee, when applicable. IV – approve the correction of the monetary expression of the stockholders’ capital (article 167).” BRAZIL. Law no. 6404, of December 15, 1976 (Corporations Law), http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/subportal_ingles/menu/investors/anexos/Law-6.404-ing.pdf [accessed: 20.06.2022].

Provisional Presidential Decree 931 was issued on March 31, now voted into Law no. 14.030, of July 28, 2020, in the set of measures incorporated by the Federal Government that aimed to minimize the negative effects of social isolation due to the COVID-19 pandemic in the economic activities.

This law addresses several initiatives to “mitigate the negative consequences of the COVID-19 pandemic for Brazilian entrepreneurs”, but the main one refers to the possibility of holding a virtual shareholder meeting (exclusively by videoconference or hybrid – part of the participants in person and part by videoconference, as will be discussed below), to avoid the travelling of shareholders, management and other participants to the meeting place and their permanence for deliberation, because “both these travels and the concentration of people are contrary to the measures that have been adopted to contain the spread of the Coronavirus (COVID-19)”.³

Therefore, this was the big change in relation to the public companies’ meetings; before MP 931, now converted into Law no. 14.030, shareholder meetings were exclusively face-to-face, with the possibility of distance voting by prior sending of the distance voting ballot. Now, the regulation allows companies to hold virtual meetings (all participants by videoconference) or hybrid (part of the participants face-to-face and part by videoconference), with the possibility of effective participation of the shareholder remotely, as will be verified in the item that will address regulation.

Finally, any occasional criticisms or restrictions to the virtual or hybrid formats for holding the shareholder meeting that will be presented do not represent an understanding contrary to the use of technology, which is so necessary nowadays and has already been incorporated in the companies’ daily lives. To paraphrase Minister Barroso of the Supreme Court in the trial of ADPF no. 49 (restrictions on the UBER application), “the attempt to contain the change process is obviously not the way, since I believe it would be like trying to stop the wind with your hands”.⁴

³ According to Recitals no. 0096/2020 of MP 931, of March 27, 2020, which also regulates other topics not covered in this text.

⁴ BRAZIL. STF. ADF no. 49. Full. Judge-rapporteur Justice Luiz Fux. Unanimous. Tried on May 8, 2019. In his opinion, Justice Barroso presented an account of the social impact of innovations on the life of a country: “This is not the only dispute that is taking place between new technologies and traditional markets: (i) WhatsApp and telephone companies have their own litigation; (ii) Netflix and cable television companies; (iii) Airbnb and hotel chains; and, as depicted in this appeal to the Federal Supreme Court, (iv) between the individual transport service by application and taxis.

Regulation

1. Face-to-face shareholder meeting

The Shareholder Meeting is the company's supreme authority. It is formed by the meeting of the company's shareholders previously called to deliberate on any matter of interest to the company.⁵ It consists of all of the company's shareholders, whether or not they have the right to vote.

It is the company's highest court, as it concentrates political power by bringing together all shareholders to express themselves on issues relevant to its operation. In the governance's chain of command, the meeting is positioned above the board of directors and this, in turn, exerts power over the executive board.⁶

The shareholder meeting is an indispensable body in all companies and cannot be replaced in its jurisdiction or function by any other body. The shareholder meeting is the company's supreme body. However, the meeting is not above nor outside the law, and the deliberations taken within it must be in harmony not only with the specific law that governs the subject – Business Corporation Act, as with the company's Bylaws, and also with the Federal Constitution, mainly if such resolutions cause losses to shareholders.⁷

It is a typical and necessary body for the operation of the company.⁸ Traditionally, "shareholders, as they arrive at the site and display the necessary documents, must sign the attendance book indicating the name, nationality, residence and the shares they own, mentioning quantity, type and class".⁹

It is customary to say that the shareholder meeting is the company's sovereign body, through which the social will is manifested. But it cannot do everything.¹⁰ It is this warning that this article will address, that is, if and when the way of holding a shareholder meeting, be it virtual (all participants exclusively by videoconference) or hybrid (part face-to-face participants and part by videoconference) could violate or restrict the shareholders right to participate and vote at shareholder meetings.

⁵ Art. 121: The shareholder meeting, called and convened in accordance with the law and the bylaws, has the power to decide all business related to the company's purpose and to take the resolutions it deems convenient to its defense and development. BRAZIL. Law no. 6404..., *op. cit.*

⁶ C. Pereira, "What is a general meeting of shareholders and how does it work", *Capital Alberto*, <https://capitalalberto.com.br/secoes/explicando/assembleia-geral-de-acionistas/> [accessed: 12 January 2019].

⁷ BRAZIL. TJSP. 8th Chamber. Civil Appeal no. 264.383.4/8-00, Judge-rapporteur Justice Zelia Maria Antunes Alves, tried on August 13, 2003.

⁸ A. de Assis Gonçalves Neto, *Companies Instructions, or Corporations*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 164.

⁹ F.U. Coelho, *Corporate law course*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 275.

¹⁰ A. de Assis Gonçalves Neto, *op. cit.*, p. 164.

2. Virtual and hybrid shareholder meeting.

Even before the existence of this recent legal provision for the participation and remote voting of shareholders, the CVM (Brazilian Securities and Exchange Commission), in a consultation formulated in 2008, was urged to convey on the possibility of remote participation of shareholders in meetings, specifically regarding the possibility of providing forum and/or blog so that shareholders could express their comments on meeting agendas, whether they could remain open during the meeting and whether the conclave could be broadcast live to shareholders or any interested parties.

The Securities and Exchange Commission conveyed in favor of the terms of the consultation regarding the absence of impediments to the maintenance of blogs or forums in which the shareholders could express their opinions, including during the meeting, but provided that their access was restricted to the shareholders, previously identified by name and Individual Taxpayer Identification Number (CPF), avoiding fictitious names or nicknames. In the event that the company manifests itself in these forums or blogs, the agency suggested that the symmetry between the information then provided in these forums or blogs and that already disclosed in its traditional means of communication with the market should be maintained. It also recommended that the company should clarify that the participation of shareholders in the forum or blog is not to be confused with their vote at the meeting.¹¹

Subsequently, Law no. 12.431, of June 24, 2011, added sole paragraphs to articles 121 and 127 of Law no. 6404/76, which address the holding of the shareholder meeting, to allow remote participation and voting in the shareholder meeting of publicly held companies, pursuant to the regulations of the Securities and Exchange Commission.¹²

In view of the modification above, the Brazilian Securities and Exchange Commission – CVM issued normative ruling no. 561, of April 7, 2015 to adapt the text of normative ruling no. 481, of 2009 (which regulates matters related to shareholder meetings) to this new possibility of remote participation and voting by shareholders at shareholder meetings, adding some

¹¹ CVM (Brazilian Securities and Exchange Commission). Administrative Proceeding no. RJ 2008-1794, Reporting Director Sergio Weguelin, trialed on 06/24/2008.

¹² “Art. 121: [...] Sole paragraph. In publicly held companies the shareholder may participate and vote remotely at a shareholder meeting, pursuant to the regulations of the Securities and Exchange Commission. Art. 127. [...] Sole paragraph. For all purposes of this Law, a shareholder who registers his/her presence remotely is considered to be present at the shareholder meeting, as provided for in the regulations of the Securities and Exchange Commission.” BRAZIL. Law no. 6404..., *op. cit.* Text in accordance with Law no. 12.431, of June 24, 2011.

provisions, but applicable exclusively to publicly held companies registered in A class.¹³

In 2018, in an administrative proceeding at the Securities and Exchange Commission involving issues related to remote voting at a Shareholder Meeting (AGM/EGM), the rapporteur, in his opinion, after emphasizing the importance of the dynamics of the events of the meeting and the possibility of immediate reaction by the participating shareholders, already signaled about the possibility of holding a meeting in which “there was an effective possibility of monitoring the work remotely and voting at a distance according to the dynamics of events”:

We already have plenty of technology for that. Currently, it seems totally feasible for the shareholder to “login” to an online system that may be made available by the company, where the shareholders would be properly identified through digital *tokens*. Thus, duly “logged in” and identified, they would participate in the work in a manner almost comparable to face-to-face, so much so that they could follow the dynamics of the events of the meeting and vote at a distance on all matters that were to be resolved, considering the reality of the moment.”¹⁴

Finally, in the same administrative proceeding the opinion also suggested that CVM’s Market Development Superintendence (SDM) carry out studies to “stimulate the use of remote voting systems that use the technology and legal framework currently available, with the purpose of enabling the realization of meetings that allow effective monitoring and remote (online) voting of the works”.¹⁵

Therefore, the hybrid shareholder meeting format already had a statutory provision due to the combination of article 124, paragraph 2, of law 6404/76 (which still maintained the need to hold the shareholder meeting at the company’s headquarters or elsewhere, provided that in the same Municipality as the headquarters) with article 121, in the wording given by law 12.431, of June 24, 2011, which added the sole paragraph to allow the remote participation and voting of shareholders in the shareholder meetings of public companies, duly regulated by the normative instruction no. 561 of the Securities and Exchange Commission, exclusively for publicly-held companies registered in A class, as previously mentioned.

¹³ The classes of issuer of securities are regulated in normative ruling no. 480, of December 7, 2009, which provides for the registration of issuers of securities admitted to trading on regulated securities markets.

¹⁴ CVM (Brazilian Securities and Exchange Commission). Administrative proceeding no. 19957.003630/2018-01, Reporting Director Gustavo Tavares Borba, tried on 09/11/2018.

¹⁵ *Ibidem*.

Now, the novelty of the new law (law 14.030, of 2020) in relation to publicly held companies was the possibility of holding fully virtual shareholder meetings, due to the express statutory provision § 2-A of article 124 of law 6404/76.

Here, there is a divergence of the new law in addressing the same subject – virtual shareholder meeting – in two ways: in providing this possibility for publicly and privately held corporations, the text of article 124, § 2-A, of law 6404/76 was simply authoritative: “publicly and privately-held companies may hold a virtual meeting, under the terms of the regulations of the Securities and Exchange Commission and the competent body of the federal Executive Branch, respectively”. However, when addressing this same issue in relation to limited liability companies, the caput of art. 1.080-A was also authoritative: “the member may participate and vote remotely in a meeting or assembly, under the terms of the regulation of the competent body of the federal Executive Branch”, but the sole paragraph was added to emphasize that this virtual format must respect “the legally foreseen rights of participation and expression of members and other regulatory requirements.”

As a result of this novelty, the Securities and Exchange Commission issued normative instruction no. 622, of 4/17/2020, after receiving numerous suggestions as a result of the public hearing held under the terms of SDM no. 3/20, with the purpose of improving the provisions of the instruction no. 481, of 2009 – previously mentioned – related to the remote participation and voting by shareholders in virtual shareholder meetings which will be specified below.

With the new regulation, the formats for holding shareholder meetings are as follows:

- (a) Face-to-face meeting: held exclusively with the presence, participation and voting of shareholders, at the company’s headquarters or, for reasons of force majeure, elsewhere, provided that it is in the same Municipality as the headquarters and clearly indicated in the announcements.
- (b) Virtual Meeting: held exclusively with the remote participation and voting of shareholders, via an electronic system, without the presence, participation and voting of shareholders at the company’s headquarters, and
- (c) Hybrid meeting: held with the presence, participation and voting of shareholders at the company’s headquarters (or outside of the company’s headquarters, on an exceptional basis and upon justification presented in the notice of meeting, including in another municipality) and simultaneously with remote shareholder participation and voting via an electronic system.¹⁶

¹⁶ For the Securities and Exchange Commission, in any of the formats of shareholder meeting of publicly held companies – face-to-face, virtual or hybrid – there is also the possibility of remote

3. Recommendations for holding the virtual Ordinary Shareholder Meeting
Contrary to Securities and Exchange Commission Instruction no. 561, of April 7, 2015, which restricted these formats exclusively to publicly held companies registered in A class, the recent CVM Instruction no. 622, of April 17, 2020 allowed them to be carried out for all publicly held companies.

CVM Instruction no. 622, of April 17, 2020, adopted a neutral position regarding the electronic system to be utilized by companies for the remote participation and voting by the shareholder, and only established the conditions for its operation.

The notice of meeting for the shareholder meeting shall contain the rules and procedures on how shareholders can participate and vote remotely at the meeting, including necessary and sufficient information for shareholders to access and utilize the system.

This information may be disclosed in the notice of meeting in a summarized form with an indication of the addresses on the world wide web, where the complete information must be available to all shareholders.

The company may require the delivery of the identification documents and proof of shareholder quality from the shareholder who intends to participate through the electronic system up to 2 days before the date of the meeting.

The company must ensure that the electronic voting and participation system ensures:

- I. the attendance register of the shareholders;
- II. vote registration;
- III. the possibility of manifestation and simultaneous access to documents presented during the meeting that have not been previously made available;
- IV. the full recording of the meeting; and
- V. the possibility of communication between shareholders.

voting by sending the distance voting ballot (DVB). The DVB represents a static, standardized, and early voting mechanism for the shareholder. On the subject, see the opinion rendered in the Securities and Exchange Commission in administrative proceeding no. 19957.003630/2018-01, Reporting Director Gustavo Tavares Borba, trialed on 09/11/2018. Here there is yet another divergence in regulation. While the Securities and Exchange Commission considers the DVB only a voting method and its sending does not characterize the holding of virtual or hybrid meetings, which necessarily must use electronic systems to allow the remote participation of shareholders, to the National Department of Business Registration and Integration (DREI), which regulated the meetings of privately-held companies, the DVB can be one of the formats of a hybrid or virtual meeting, according to Normative Instruction no. 81, of June 10, 2020, Annex V – Publicly-held Company Registration Manual, Chapter II – Registration procedures, Section VIII – Semi-distance or virtual meetings or assemblies, item 4 – Remote participation, sub-item 4.2 – Distance voting ballot. The DREI regulation utilizes the term semi-distance to indicate the hybrid shareholder meeting.

If an electronic system is made available for remote participation in the meeting, the company must give the shareholder the right to simply attend the meeting or to participate and vote in the meeting.

Management, third parties authorized to participate and persons whose attendance is mandatory at meetings may also participate remotely at meetings held partially or exclusively in virtual format.

Challenges and opportunities

The first experiences of publicly held companies with these new types of shareholder meetings are commented on by Gustavo Gonzalez, Director of Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM).¹⁷ From May 1, 2020, the text informs that 78% of the companies that are members of the Ibovespa¹⁸ have held virtual meetings and that the most utilized systems were: *zoom*, *teams* and *webex*. The author mentions that the eventual “consolidation of the new dynamics cannot depend only on a possible change in behavior in the return to normality; it will also depend on the position that may be adopted by investors, especially institutional ones, and by other relevant agents”.

¹⁷ G. Gonzales, “Virtual shareholder meetings: initial impressions on the Annual Shareholder Meetings (AGOS) 2020 season”, *Capital Alberto*, <https://capitalalberto.com.br/secoes/artigos/assembleias-digitais-impressoes-iniciais-sobre-a-temporada-de-agos-de-2020/> [accessed: 17 July 2020].

¹⁸ “The Bovespa Index, popularly known as Ibovespa, is one of the most important instruments of the Stock Exchange and the stock market in Brazil. Certainly, you must have heard two classic phrases when following the news, which usually talks about it on a daily basis, such as: ‘Ibovespa went up...’ or ‘Ibovespa went down...’ But what does it mean? **What is Ibovespa?** The Ibovespa is the index that basically measures the performance of the shares of companies with a large volume of trading on B3, the official Stock Exchange of Brazil, an environment where transactions in the national stock market take place. In summary, the index is calculated by averaging the performance of the most traded shares in recent months by the Stock Exchange. And when it is said that the ‘Ibovespa rose’, it means that the index’s companies, on average, appreciated and that investors in general are more optimistic. The opposite is also true. When the Ibovespa goes down, it means that the market is more cautious, usually due to some news event. **What shares form the Ibovespa?** Although there are more than 300 companies registered at B3, 75 of them are responsible for 80% of the transactions traded on the Stock Exchange. To be part of the index list, the following criteria must be respected: (a) being present in at least 95% of the trading sessions in the last year; (b) having at least 0.1% of the total value traded on the exchange in the period; (c) not being a *penny stock*, that is, not having an average price lower than R\$ 1.00; (d) being free from court-supervised and out-of-court reorganization procedures, special temporary administration regime or interventions. Every 4 months B3 renews and updates its portfolio, adding and removing some companies from the list”; https://conteudos.xpi.com.br/aprenda-a-investir/relatorios/indice-bovespa/?campaignid=2071412286&adgroupid=80742396641&adid=377608412760&gclid=CjwKCAjw4MP5BRBtEiwASfwALxmlTPSruqM9fHTs4yv6pEqWPPVvqppiFEiVxXXbCIFNWWHwAlhBoCfsAQAvD_BwE [accessed: 17 July 2020].

The chart below seeks to demonstrate whether the shareholder meeting held by Petrobras S/A on July 9, 2020 (in virtual format), when compared to previous ones, had (or did not have) an increase in the remote participation of minority shareholders.¹⁹

	EGM 1 07/09/2020	EGM 2 09/30/2019	EGM 3 12/15/2017
Total votes	6,490,149,440	6,746,923,372	6,499,288,221
Control (Gov + BNDESPar)	3,758,171,743	3,758,171,743	3,758,171,743
DVB (distance voting ballot)	865,243,334	551,029,946	446,424,824
Face-to-face	0	2,437,721,683	2,294,691,654
Remote participation and voting	1,866,734,772		

Comparing EGM 1 (2020) with EGM 3 (2017) – both have the same subject of deliberation (adaptation of the company's bylaws to the provisions of Law 13.303/2016, Legal Statute of State-owned Companies), it appears that in-person minority votes in 2017 were above the votes of minority shareholders who participated and voted remotely in 2020 in this new virtual format. In EGM 3 (2017) there were 2,294,691,654 in-person votes and in EGM 1 (2020) there were 1,866,734,772 remote votes.

Also, in the comparison between EGM 1 (2020) and EGM 3 (2017), an increase in remote voting through the distance voting ballot is observed, which was already available and made possible before this recent CVM regulation. At EGM 1 (2020) there were 865,243,334 distance votes, through the DVB and at EGM 3 (2017), 446,424,824 in-person votes.

Comparing EGM 1 (2020) with EGM 2 (2019), the latter being the face-to-face format carried out by the company before the COVID-19 pandemic, it appears that the face-to-face votes cast by minority shareholders in 2019 were also above the number of votes cast by minority shareholders who participated and voted remotely in 2020 in this new virtual format. In EGM 2 (2019) there were 2,437,721,683 in-person votes and in EGM 1 (2020) there were 1,866,734,772 distance votes.

Still in the comparison between EGM 1 (2020) and EGM 2 (2019) an increase is again verified in remote voting through the distance voting ballot, which was already available and made possible before the recent CVM

¹⁹ Petrobras S/A discloses the entirety of its final voting maps, allowing a quick verification of the voting formats in its meetings, which is why it was considered in this study; <https://www.investidorpetrobras.com.br/governanca-corporativa/assembleias-e-reunioes/> [accessed: 15 July 2020].

regulation. In EGM 1 (2020) there were 865,243,334 distance votes, through the DVB and in EGM 2 (2019), 551,029,946 in-person votes.

From the information above it appears that whether in the comparison between shareholder meetings with the same subject (EGM 1 and EGM 3) – or in the comparison between the last face-to-face and the first virtual one (EGM 1 and EGM 2) – at least in this first moment, it is not possible to affirm that the new virtual format – which allows remote participation and voting – has created incentives to increase the participation of minority shareholders in the shareholder meeting of 07/09/2020, the first virtual meeting held by the company during the period of the COVID-19 pandemic.

Also, the growth of remote voting through the early submission of the DVB cannot be considered an indication of this growth because this type of voting has no relation to the technological incentives of the recent regulation, because the DVB was already possible.

1. Whose decision is it to hold the virtual shareholder meeting?

In general, the notice for the shareholder meeting is carried out by the company's management (board of directors, if any, or executive board), although it is certain however that other notice options are also provided for in article 123 of Law 6404/76.²⁰

As it is usual to call the shareholder meeting by the so-called management bodies and considering that the majority of Brazilian publicly held corporations have defined control, in practice, the decision on how to hold the meeting will ultimately be of the controlling group, because the management body, when using its jurisdiction to convene the meeting, will also define its format (in person, virtual or hybrid).

In other words, this right to choose the format in which the shareholder meeting will be held may be directed, at the discretion of the controlling group, to decide on holding the meeting in the format it deems more appropriate, and in certain cases it may difficult the representation of minorities and preferred shares.

²⁰ Art. 123. It is the board of directors' responsibility, if there is one, or the officers', subject to the provisions of the bylaws, to call the shareholder meeting. Sole paragraph. The shareholder meeting may also be called: a) by the audit committee, in the cases provided for in item V of article 163; b) by any shareholder, when the management delays the notice of meeting in the cases provided for by law or in the bylaws for more than 60 (sixty) days; c) by shareholders who represent at least five percent of the stockholders' capital, when the management does not respond within eight days to a duly justified notice of meeting that they present, with an indication of the subjects to be addressed; d) by shareholders who represent at least five percent of the voting capital, or at least five percent of the shareholders without voting rights, when the management does not meet, within eight days, a request to call a meeting for the installation of the audit committee. BRAZIL. Law no. 6404, of December 15..., *op. cit.*

If this right to choose the format of holding the meeting was granted to the controlling group and to the company's management when the virtual or hybrid format was decided, the company should ensure and guarantee the participation of the shareholder, as in the face-to-face format. Thus, when the National Department for Corporate Register and Pay-up (DREI) addressed the formalities prior to the conclave for privately held companies, it should not have exempted the company from any liability "for problems arising from the shareholders' computer equipment or connection to the worldwide computer network, as well as by any other situations that are not under its control", considering that the choice for the virtual meeting format was a decision of the company.

In addition, the corporate law still maintains the preference for holding the shareholder meeting at the company's headquarters.²¹ Any other format could not limit the shareholders' rights.

2. Technological neutrality of the regulatory body.

Another point to be considered was the so-called technological neutrality of the regulator, in this case the Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM). In compliance with the aforementioned recommendations for holding the virtual shareholder meeting, the regulation allowed full freedom for the companies to choose the technological means considering the reality of each company, such as the number of its shareholders, the costs involved etc.

However, other activities carried out remotely due to the COVID-19 pandemic were subject to regulation with a minimum of recommendation and guidance as to the procedures to be adopted. Two quite illustrative examples are cited.

The Disciplinary Board of the Courts of São Paulo, through Announcement CG no. 284/2020,²² defined guidelines and procedures for conducting videoconference hearings. In addition to the training manual detailing the procedures to be adopted by the parties and their lawyers, the announcement stated that in the event of a data transmission failure the judge must evaluate the conditions for the continuity of the act through the same link, or its re-assignment.

The Center for Arbitration of the Brazil–Canada Chamber of Commerce – CAM-CCBC published Administrative Resolution no. 40/2020, of

²¹ Art. 124. § 2 The shareholder meeting should preferably be held in the building where the company is headquartered or, for reasons of force majeure, elsewhere, provided that it in the same Municipality as the headquarters and clearly indicated in the announcements. *Ibidem*.

²² Available at https://www.tjsp.jus.br/Download/Portal/Coronavirus/Comunicados/Comunicado_CG_N284-2020.pdf [accessed: 14 May 2020].

April 2, 2020,²³ with broad and detailed guidelines for holding meetings and hearings remotely with the indication of technical specifications (a) internet speed: 1Mbps/2 Mbps – High-definition group video calls (540px videos on 1080px screen); (b) recommendation to perform a connection test to verify that the *download* and *upload* speed will meet the requests for the videoconference; (c) preference for the wired network; (d) technical support during the videoconference. It is noteworthy that in these guidelines CAM-CCBC also defined the participation of a *case manager* who will be responsible for monitoring the audience with remote participation, from start to finish, ensuring the smooth progress of the works.

Similar initiatives could have been embraced by the regulatory body, in this case the Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM), to offer and guarantee minimum conditions for the remote participation of shareholders in virtual and hybrid meetings because, as regulated, each one does what they can and how they can, that is, “all in the same sea, but in different boats”.²⁴

3. Paper meeting vs. real meeting

Perhaps the main function of the virtual meeting format allowing remote participation of shareholders is to bring minority shareholders and investors closer to the company’s corporate life. It is known that, in practice, some shareholder meetings are held only for the purpose of complying with legal requirements. They could even be considered corporate events during which the corporate law liturgy follows, without any opposition or disagreement from the shareholders present. Those who practice law in the area have already had the opportunity to participate in this type of corporate event, known in jargon as a “paper meeting”.

Fabio Ulhoa Coelho says that, according to the greater concentration of control of the company,

[...] the shareholder meeting clearly takes on the character of a formal instrument of manifesting that person’s will. There are no debates, confrontations or dissenting votes, reducing the meeting to the simple collection of the controller’s signature in the appropriate instruments. Occasionally, a shareholder with a small equity interest with or without voting rights may attend, interested in clarifying the agenda, which requires the execution of the law proceeding, without other relevant implications.²⁵

²³ Ref.: Administrative Resolution 40/2020, of April 2, 2020. Guidelines for holding meetings and hearings remotely, according to item 4 of RA 40/2020. CAM-CCBC, <https://ccbc.org.br/wp-content/uploads/2020/04/Reunioes-remotas-RA-40-2020.pdf> [accessed: 2 April 2020].

²⁴ M. Bergamo, “We are in the same sea, but the boats are different”, 2020, *Folha de S. Paulo*, <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/08/estamos-no-mesmo-marmas-os-barcos-sao-diferentes-diz-erika-januza.shtml> [accessed: 10 August 2020].

²⁵ F.U. Coelho, *Commercial Law Course*, vol. 2: *Company law*, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 254.

Thus, the virtual and hybrid meetings' formats came at a good time, since they will contribute to bringing minorities and investors closer to the companies' daily routine, contributing to the change in posture of investors not used to attending company meetings, leaving the decisions in the hands of the controlling shareholder, "or, what is worse, the idle speculators".²⁶

In the case of publicly held companies with minority and preferred shareholders with relevant interests that can assure them the performance of certain rights (such as the adoption of multiple votes, separate election, among others, or even when the resolution involves matters of relevance to the company), in these cases, the meetings are real and the presence, participation and discussion of matters are of great importance. "There may even be tension during the works, in the clashes between controller and minority". In this case, the meeting is the place of the dispute for the company's own control; in it, the blocks of shareholders organize, measure strength and fight for supremacy in the conduct of social business. The celebration of the law proceeding is, therefore, indispensable to guarantee the shareholders' rights.²⁷

In these hypotheses of the so-called "real meetings" with effective discussion and deliberation of the issues, the virtual and hybrid formats of holding the meeting may represent difficulties for minorities and preferred shareholders, because the live discussions and deliberations with immediate and face-to-face interaction between the participants will be totally harmed and replaced by the "presence" on the screens of computers and cell phones, with no possibility of interaction, compromising the true meaning of the popular saying "unity is strength".

4. Possibility of opposition to the virtual format

As already mentioned, the decision to hold the meeting in virtual or hybrid formats is, as a rule, up to the administration, the body that decides on the summons and, when deciding on the summons, automatically also decides on the format of its holding.

One aspect that could have been subject to regulation is the possibility of opposition to the holding of the virtual shareholder meeting by minority or preferred shareholders. In this perspective that it would not be up to the Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM) to protect the interests of shareholders to decide if and when it would be possible to hold a meeting in virtual format, the regulation could at least have established the possibility

²⁶ A. Lamy Filho, "Considerations on the elaboration of the corporation law and its necessary updating", *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 2011, vol. 51, p. 243.

²⁷ F.U. Coelho, *Commercial Law Course...*, *op. cit.*

of opposition, in a mechanism that would be simple and could work in the following manner.

If the shareholder meeting is called to be held virtually, if minority or preferred shareholders understood that this method would in no way prejudice its realization – be it in relation to the performance of certain rights, or in relation to the relevance of the topic to be resolved – the meeting would be held, since the main stakeholders (minority and preferred shareholders) would agree.

Now, when the meeting was convened to be held virtually, minority or preferred shareholders could express their opposition or transformation to the hybrid format, allowing face-to-face interaction in debates and deliberations. But after all what would this opposition be like? Who and how? Only as a suggestion, the percentages set out in the recent CVM Instruction no. 627, dated 06/22/2020, which established a scale of the minimum shareholding necessary to perform certain rights provided for in said instruction depending on the share capital, could be used.²⁸

If shareholders holding a specific shareholding can call a shareholder meeting, they could object to the format of meeting chosen by the company's management. Just as the management of the company is not sovereign to call the meeting whenever it sees fit, neither would it be sovereign to decide on the format of its realization in the case of opposition from shareholders.

These percentages vary from 5% of shareholding for companies with capital up to BRL 100 thousand and from 1% for companies with capital above BRL 10 million.

Likewise, shareholders holding the shares provided for in the recent aforementioned CVM Instruction no. 627, dated 06/22/2020, could also request the participation of the *case manager*, that is, maintaining the virtual format chosen by the management, an independent professional would be responsible for verifying compliance with the preliminary measures and monitoring the meeting with remote participation, from start to finish, ensuring the smooth running of the works.²⁹

²⁸ According to art. 1: This Instruction sets a scale reducing the minimum percentage of shareholding, depending on the share capital, necessary to: I – fully display the company's books provided for in art. 105 of Law no. 6.404, of December 15, 1976; II – call a shareholder meeting in the event described in item “c” of the sole paragraph of art. 123 of Law no. 6.404, of 1976; III – request information from the administrator referred to in § 1 of art. 157 of Law no. 6.404, of 1976; IV – file the derivative action against the administrators provided for in § 4 of art. 159 of Law no. 6.404, of 1976; V – request information from the audit committee on matters within its jurisdiction, pursuant to paragraph 6 of art. 163 of Law no. 6.404, of 1976; and VI – initiate a liability action against the controlling company without the provision of collateral, pursuant to item “a” of § 1 of art. 246 of Law no. 6.404, of 1976.

²⁹ It is not new to propose the appointment by the company of a trustee to represent the communion of investors, because this situation is provided for in Law 6404/76, when requiring, in the

Criteria and solutions exist in the CVM's own regulations. The suggestion remains.

5. Why do videoconferences exhaust us psychologically?

European experts (Gianpiero Petriglieri, professor at Insead, and Marissa Shuffler, professor at Clemson University) say that communication keys are lost in a videoconference, "[...] such as tone of voice, a part of facial expressions and physical gestures. By not being so evident in a videoconference, the participant is forced to pay more attention and, in the end, especially if there are many participants, the meeting can be exhausting".³⁰

"When one of the communication components is absent or limited – as in videoconferences – sender and receiver are obliged to pay more attention and make a greater effort to express themselves and to understand each other correctly", explains Ignacia Arruabarrena, associate professor of the Department of Social Psychology at the University of the Basque Country. This wear is intensified "if there are more people involved in the videoconference", according to Arruabarrena.³¹

Another aspect that negatively influences the participant of a videoconference is its remote interaction with the other participants: "If we want to appear natural, we have to act a little; if we want our voice to be heard better, we have to raise or lower the pitch in an artificial way." All of this "requires an effort that causes tension in those who are not used to it – in short, we become exhausted sooner" explains Yago de la Cierva, professor of People Management in Organizations at IESE Business School, from the University of Navarra.³²

The "Work Trends Index" report, drafted by researchers at the Microsoft Human Factors Laboratory based on interviews, daily studies, focus groups and studies of the human brain, showed the experience of remote workers. The study showed that remote collaboration is mentally more challenging than when done in person and that, after 30/40 minutes of remote participation in a meeting, a process of fatigue of the participant begins.³³

issuance of debentures of publicly held companies, the existence of the trustee to represent the communion of debenture holders before the issuing company.

³⁰ J.M. Zuriarrain, "Why do videoconferences exhaust us psychologically?", 6 May 2020, *El País*, <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-06/por-que-as-videoconferencias-nos-esgotam-psicologicamente.html> [accessed: 6 May 2020].

³¹ *Ibidem*.

³² *Ibidem*.

³³ J. Spataro, "The future of work – the good, the bad and the unknown", 8 Julho 2020, *Microsoft*, <https://news.microsoft.com/pt-br/o-futuro-do-trabalho-o-bom-o-ruim-e-o-desconhecido> [accessed: 8 July 2020].

Case Study

But how are these challenges and opportunities being addressed in practice? Below are details of a complaint filed by investors to the SEC – *Securities and Exchange Commission* and the procedures adopted by Petrobras.

1. Investors complain to the SEC about problems with virtual meetings

Managers representing hundreds of institutional investors with at least US\$ 45 trillion in assets submitted a letter to the SEC – *Securities and Exchange Commission* on July 6th of this year reporting difficulties that inhibited the participation of shareholders in shareholder meetings held virtually, due to the restrictions of the COVID-19 pandemic.³⁴

These managers report the following occurrences, at least in this initial season of virtual meetings: (a) obstacles to entering the meetings; (b) difficulties in asking questions and participating “in a meaningful way”; (c) shareholders were unable to ask questions live; (d) failure to share the issues with other participants and, in some cases, (e) misrepresentation that no other questions had been asked.

At the end of the exhibition, the managers pondered that companies should ensure the reasonable participation of the shareholders in the questions submitted and, without this happening, this event could not be classified as a *shareholder meeting*.³⁵

³⁴ The Managers referred to are: Council of Institutional Investors. Interfaith Center on Corporate Responsibility. US SIF: The Forum for Sustainable and Responsible Investment. Shareholder Rights Group. Investor Network on Climate Risk.

³⁵ In the original: “In our experience, and from what we heard from a range of institutional and individual shareholders, many faced obstacles in getting into meetings, and in particular in asking questions and participating in a meaningful way. [...] Exacerbated by the virtual meeting format, we saw numerous instances this season in which shareholders were unable to ask questions on a live basis, submitted questions that were not shared with other attendees at the meeting, and sometimes saw company misrepresentations that no other questions had been asked. [...] It has been reported that a number of companies stated during the meeting that no additional questions were received, when in fact it is documented that the company had received additional questions. A misleading statement of ‘no further questions’ by the CEO or other company representative could be materially misleading, especially if the statement masks material concerns raised by share owners and go unanswered. [...] In some extreme instances, the lack of bona fide shareholder participation opportunities in a meeting could raise questions as to whether a particular event even constituted a legal ‘shareholder meeting.’ [...] The corporation shall implement reasonable measures to provide such stockholders and proxy-holders a reasonable opportunity to participate in the meeting and to vote on matters submitted to the stockholders, including an opportunity to read or hear the proceedings of the meeting substantially concurrently with such proceeding”; B. Quesada, “Investors complain to the SEC about problems in virtual meetings 17 July 2020, *Capital Alberto*, <https://capitalalberto.com.br/secoes/reportagens/investidores-se-queixam-a-sec-de-problemas-em-assembleias-digitais> [accessed: 17 July 2020].

2. Petrobras Annual General Meeting (AGM) of 07/22/2020

Petrobras convened an annual general meeting (AGM) for July 22nd, with an extensive agenda of 11 items and, considering the effects of the COVID-19 pandemic in Brazil and the measures taken by the health and government authorities to face the pandemic, especially regarding the restriction of circulation and meeting of people, the administration decided to hold the meeting exclusively virtually.³⁶

The participation manual released by the company containing information and instructions for the participation of shareholders in the conclave recommends to the shareholder that, after having requested its participation in the shareholder meeting, if it did not receive the individual invitation for virtual access within 24 hours of the conclusion of the conclave, it should contact the company to resend instructions.

As previously seen, the decision to hold the virtual meeting is made by the company, but the difficulties for its realization, in this case of Petrobras, are transferred to the shareholder, that is, if the individual invitation for access was not received, the shareholder must mobilize and contact the company on the eve of the meeting.

The company's *free float* is 8.250.571.304 shares. In retail there are 1.624.400.063 shares. No effort is required to verify that, even if the percentage of failures in receiving the invitation to access is minimal, whose responsibility to send is the company's, because it was the company that decided to hold the meeting virtually, the shareholders may be prevented from attending the meeting because of congestion of requests due to failures that may occur – again – resulting from the way of holding the meeting chosen by the company.

Another point of doubtful legality is the control of the shareholder voice rights that will be exercised by the company during the virtual meeting, in the following terms: “after the presentation on each matter included in the Meeting's Agenda, the present shareholder may speak through of the ‘Webex’, so that, in the order in which the requests are received by the board, the authorized shareholder is given the floor, through the opening of the audio. In order to keep the Meeting going smoothly, a maximum time can be established for the manifestation of each shareholder present”.

Only those authorized by the president of the conclave and during the time set may speak, after that the audio will be turned off. This would be equivalent, in the face-to-face meeting, to keeping security guards in the meeting room to

³⁶ *Virtual General Meeting*, Petrobras: 2020, https://mz-prod-cvm.s3.amazonaws.com/9512/IPE/2020/ed898736-65e8-41e0-8756-2a95706bfc72/20200608235220202485_9512_767335.pdf [accessed: 17 July 2020].

forcibly remove from the room the shareholder who exceeds its time of manifestation. Does the law provide for and authorize control of the shareholder's voice rights? Of course, abuses occur and should be restrained, insofar as they occur and when proven to be detrimental to the smooth running of the works, but this can only be checked and verified at the time of the meeting and not previously, as stated in the participation manual.

This participation manual is also of a deliberative nature, because it expressly contained an authorization from the shareholders present at the meeting (which has not yet taken place and, therefore, the shareholder is authorizing something that does not know what and how it is) so that the company "uses any information contained in the recording of the meeting for the defense of the Company, its management and contracted third parties, in any judicial, arbitration, regulatory or administrative sphere", for example. The shareholder's right to participate in the meeting could not be conditioned to this prior authorization.

Conclusions

The technological means employed in the virtual shareholder meetings must take into account the reality of each company, considering the number of its shareholders, costs involved, etc., but the use of the exclusively virtual format for holding the meeting can create embarrassments for the admission of shareholders, for their exercise of voting rights, interaction with other shareholders. Also, as a way to mitigate any occasional abusive performance of the right to call and hold exclusively virtual meetings by the company's management and its controller, the right of opposition could be guaranteed to the other shareholders, as previously seen.

Although healthy, the risks and problems inherent to remote participation (loss of Wi-Fi or energy, technological difficulties, lack of resourcefulness of older generations in this area, diverse participation dynamics etc.) cannot be disregarded, which imposes thoughtfulness and caution in adopting completely virtual mechanisms, without exaggerated excitement with the current phase of massive use of new media. As the saying goes: "not everything is black and white".³⁷

So, the intermediary solution could be the hybrid or semi-presential shareholder meeting, as a format that – at the same time – meets the interests of shareholders in general, especially minority shareholders and individual

³⁷ G.T. Borba, Virtual and hybrid shareholder meetings, 2020, *Migalhas*, <https://www.migalhas.com.br/depeso/325751/assembleias-virtuais-e-hibridas> [accessed: 19 April 2020].

investors,³⁸ allowing them, at a lower cost, to participate in the debates and perform their right to participate and vote at the meeting, without excluding the right of shareholders who want to exercise in person their sacred right to participate and vote in the conclave.

Bibliography

- Assembleia geral extraordinária*, Petrobras: 2020, https://mz-prod-cvm.s3.amazonaws.com/9512/IPE/2020/ed898736-65e8-41e0-8756-2a95706bfc72/20200608235220202485_9512_767335.pdf [accessed: 17 July 2020].
- Bergamo M., “Estamos no mesmo mar, mas os barcos são diferentes”, 2020, *Folha de S. Paulo*, <https://www1.folha.uol.com.br/colunas/monicabergamo/2020/08/estamos-no-mesmo-mar-mas-os-barcos-sao-diferentes-diz-erika-januza.shtml> [accessed: 10 August 2020].
- Borba G.T., Virtual and hybrid shareholder meetings, 2020, *Migalhas*, <https://www.migalhas.com.br/depeso/325751/assembleias-virtuais-e-hibridas> [accessed: 19 April 2020].
- BRAZIL. Law no. 6404, of December 15, 1976 (Corporations Law), http://conteudo.cvm.gov.br/export/sites/cvm/subportal_ingles/menu/investors/anexos/Law-6.404-ing.pdf [accessed: 20.06.2022].
- Coelho F.U., *Commercial Law Course*, vol. 2: *Company law*, São Paulo: Saraiva, 2012.
- Coelho F.U., *Corporate law course*, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2012.
- Gonçalves Neto A. de Assis, *Companies Instructions, or Corporations*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- Lamy Filho A., “Considerations on the elaboration of the corporation law and its necessary updating”, *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, 2011, vol. 51.
- Pereira C., “What is a general meeting of shareholders and how does it work?”, 11 Janeiro 2019, *Capital Alberto*, <https://capitalaberto.com.br/secoes/explicando/assembleia-geral-de-acionistas> [accessed: 12 January 2019].
- Quesada B., “Investors complain to the SEC about problems in virtual meetings”, 17 Julho 2020, *Capital Alberto*, <https://capitalaberto.com.br/secoes/reportagens/investidores-se-queixam-a-sec-de-problemas-em-assembleias-digitais/> [accessed: 17 July 2020].
- Scalzilli J.P., Spinelli L.F., Tellechea R., *Pandemic, economic crisis and Bankruptcy Law*, Porto Alegre, RS.: Buqui, 2020.
- Spataro J., “The future of work – the good, the bad and the unknown”, 8 Julho 2020, *Microsoft*, <https://news.microsoft.com/pt-br/o-futuro-do-trabalho-o-bom-o-ruim-e-o-desconhecido> [accessed: 8 July 2020].
- Zuriarrain J.M., “Why do videoconferences exhaust us psychologically?”, 6 May 2020, *El*

³⁸ Stock Exchange reaches the mark of 2.6 million individual investors in June. It was in July 2019 that B3 reached the first million investors. That number, which took years and years to reach, only needed a few months to double and reach two million Individual Taxpayer Identification Numbers (CPFs), in April this year. Now, another big jump, 2.648.975 investors. <https://www.cnnbrasil.com.br/business/2020/07/02/bolsa-atinge-a-marca-de-2-6-milhoes-de-investidores-pessoas-fisicas-em-junho> [accessed: 2 July 2020].

País, <https://brasil.elpais.com/brasil/2020-05-06/por-que-as-videoconferencias-nos-esgotam-psicologicamente.html> [accessed: 6 May 2020].

Abstract

Law and technology: Virtual general meetings in Brazilian companies

The text examines the challenges and opportunities presented by new formats of general meetings held by public limited companies. These were brought about by a recent amendment to Law 6404/76, regulated by the Brazilian Securities and Exchange Commission – CVM, which allows the holding of a digital meeting (everyone participates exclusively by videoconference) or a hybrid format (some participate in person and some by videoconference). These new formats create an opportunity to bring shareholders closer to the corporate life of companies, as it enables online participation in debates and voting on matters of relevance and interest to the company. The text makes comments on the procedures laid out in CVM the regulations to be adopted by companies before, during and after the creation of these new formats and addresses some of the main challenges, such as the possibility of opposition to the digital format by minority shareholders, as a way to mitigate any possible abusive use of these new meeting formats and any loss of the minority shareholders' right to participate and vote.

Key words: law and technology, general shareholders' meeting, digital assembly, public companies, voting rights, minority shareholders

Andrzej Marian Świątkowski

prof. zw. dr hab., Akademia Ignatianum w Krakowie

<https://orcid.org/0000-0003-1753-7819>

andrzej.swiatkowski@ignatianum.edu.pl

Unia Europejska – wspólnota wartości i środków finansowych

Wprowadzenie

16 lutego 2022 r. Trybunał Sprawiedliwości (TSUE) wydał w pełnym składzie dwa wyroki w sprawach: Węgry/Parlament i Rada (C-156/21)¹ oraz Rzeczypospolita Polska (RP)/Parlament i Rada (C-157/21)². Sprawy te odbyły się na wniosek Parlamentu UE w trybie przyspieszonym, ze względu na wyjątkowe znaczenie dla funkcjonowania UE. Na podstawie opinii przedstawionej 2.12.2021 przez Manuela Camposa Sáncheza-Bordona, Rzecznika Generalnego (RG), TSUE stwierdził, iż wniesione przez władze wymienionych wyżej państw członkowskich UE środki procesowe – głównie skarga o stwierdzenie nieważności Parlamentu Europejskiego i Rady (UE, Euratom) 2022/2092 z 16.12.2020 w sprawie ogólnych zasad systemu warunkowości służącego ochronie budżetu Unii³ – powinny zostać oddalone.

Stanowisko RG TSUE uzyskało poparcie dziesięciu państw członkowskich UE i Komisji Europejskiej⁴. Skarżąca strona, RP, wymieniła jedenaście zarzutów uzasadniających jej zdaniem stwierdzenie nieważności wymienionego rozporządzenia. TSUE stwierdził, że pięć z nich dotyczy braku formalnych kompetencji UE do przyjęcia zaskarżonego rozporządzenia⁵. Pozostałe,

¹ ECLI:EU:C:2022:97.

² ECLI:EU:C:2022:98.

³ Dz.Urz. L 2020, 4331, s. 1.

⁴ Tj. Belgii, Danii, Finlandii, Francji, Hiszpanii, Irlandii, Luksemburga, Niemiec oraz Szwecji.

⁵ Zarzuty wymienione w części V.A. 1,2,5,6,11 analizowanego wyroku C-15721, pkt 62 i nast.

z jednym wyjątkiem⁶, odnoszą się do podstawowych – w rozumieniu skarżących – zagadnień państwa prawa i charakteru środków finansowych. W analizowanym sporze rząd polski podnosił, że „rozporządzenie przyjęte na podstawie art. 322 ust. 1 lit. a) TFUE nie może ustanawiać definicji pojęcia «państwa prawnego» oraz określać przesłanek naruszenia składających się na to pojęcie zasad. Nie może ono również upoważniać Komisji i Rady do dalszego doprecyzowania, na etapie stosowania tego rozporządzenia, wymogów związanych z przestrzeganiem zasad państwa prawnego. Wreszcie zdaniem rządu polskiego prawodawca nie mógł także upoważnić Rady do oparcia się na stwierdzonym przez Komisję naruszeniu przez państwo członkowskie zasad w celu przyjęcia w akcie wykonawczym skierowanych przeciwko temu państwu środków ochrony budżetu Unii⁷. Wszystkie zgłoszone zarzuty zostały oddalone przez TSUE:

Budżet bowiem umożliwia Unii kształtowanie jej polityki oraz zapewnienie funkcjonowania jej instytucji, organów i jednostek organizacyjnych. Nie ma do niego zastosowania wertykalny podział kompetencji między Unię a jej państwa członkowskie (art. 3–6 TFUE), ponieważ mieści się on w zakresie kompetencji wewnętrznej związanej z funkcjonowaniem Unii i jej instytucji, która jest zbliżona do kompetencji posiadanych przez te instytucje do celów przyjęcia regulaminów wewnętrznych, systemu językowego lub regulaminu pracowniczego ich urzędników i pracowników. Wykonywanie budżetu Unii nie jest więc kwestią podlegającą zasadzie przyznania kompetencji, lecz stanowi uprawnienie należące wyłącznie do Unii⁸.

W niniejszym artykule przedstawiam punkt widzenia i częściową argumentację TSUE, odnoszącą się do zarzutów merytorycznych w sprawie RP/Parlament i Rada⁹.

Przedmiot i podstawy zgłoszenia skargi

Obydwie skargi podnoszą, że rozporządzenie 2022/2092 wprowadziło w sposób niezgodny z prawem środki ochrony budżetu i finansów UE, bezpodstawnie uregulowało warunki przekazywania tych środków państwom członkowskim UE oraz uzależniło ich wypłatę od przestrzegania wartości i zasad stosowania się oraz przestrzegania standardów unijnych. Unia opiera się na zapisanych

⁶ Dotyczącym kwestii incydentalnej; zawiera wniosek skarżących o wycofanie z akt rozpoznawanej sprawy opinii sporządzonej przez Służbę Prawną Rady EU (dokument 13593/18 z 25.10.2018 r.). Opinia RG TSUE, część III pkt 12–15.

⁷ Opinia prawna RG z 2.12.2021 r., ECLI:EU:2021, pkt 17.

⁸ *Ibidem*, pkt 40.

⁹ TSUE bowiem nie zamieścił pełnego uzasadnienia kwestii formalnych w sprawie C-157/21, RP/Parlament i Rada, lecz odesłał zainteresowanych do uzasadnienia wyroku wydanego w sprawie C-156/21, Węgry/Parlament i Rada.

w art. 2 Traktatu o Unii Europejskiej¹⁰ (TUE) wartościach, jakimi są: poszanowanie godności osoby ludzkiej, wolności, demokracji, równości, państwa prawa oraz poszanowania praw człowieka, w tym praw osób należących do mniejszości. Wartości te są wspólne państwom członkowskim w społeczeństwie opartym na pluralizmie, niedyskryminacji, tolerancji, sprawiedliwości, solidarności oraz równości kobiet i mężczyzn. Poszanowanie państwa prawa ma zasadnicze znaczenie dla ochrony pozostałych podstawowych wartości, na których opiera się Unia, takich jak wolność, demokracja, równość i poszanowanie praw człowieka. Poszanowanie państwa prawa jest nierozzerwalnie związane z poszanowaniem demokracji i praw podstawowych. Nie może być demokracji i poszanowania praw podstawowych bez poszanowania państwa prawnego i odwrotnie.

Zasada państwa prawa wymaga, by wszystkie władze publiczne działały w granicach określonych przez prawo, zgodnie z wartościami, jakimi są demokracja i poszanowanie praw podstawowych, oraz innymi mającymi zastosowanie instrumentami działającymi pod kontrolą niezawisłych i bezstronnych sądów. Zasada państwa prawa wymaga w szczególności przestrzegania zasady legalności, która oznacza przejrzysty, rozliczany, demokratyczny i pluralistyczny proces stanowienia prawa, zasady pewności prawa, zakazu arbitralności w działaniu władz wykonawczych, zasady skutecznej ochrony sądowej, w tym dostępu do wymiaru sprawiedliwości, zapewnianej przez niezawisłe i bezstronne sądy, oraz zasady podziału władz. Podstawowe warunki, jakie winno spełnić państwo ubiegające się o przyjęcie do UE, określają kryteria przystąpienia sformułowane w art. 49 TUE. Między innymi jest nim dobrowolne przystąpienie do struktury prawnej opartej na zasadniczym założeniu, zgodnie z którym każde państwo członkowskie dzieli z wszystkimi innymi państwami członkowskimi – i zarazem uznaje, że państwa te współdzielą z nim – szereg wartości, na których opiera się Unia. Założenie to oznacza i uzasadnia istnienie wzajemnego zaufania między państwami członkowskimi, że wartości te będą uznawane, a prawo Unii, które wprowadza je w życie, będzie przestrzegane. Przepisy i praktyki państw członkowskich powinny więc nieprzerwanie być zgodne ze wspólnymi wartościami, na których opiera się Unia.

Interesy finansowe UE są chronione zgodnie z ogólnymi zasadami zawartymi w traktatach i zgodnie z wartościami określonymi w art. 2 TUE. W każdej sytuacji, w której państwa członkowskie wykonują budżet Unii (w tym zasoby przydzielone z Instrumentu Unii Europejskiej na rzecz Odbudowy), ustanowionego na mocy rozporządzenia Rady (UE) 2020/2094¹¹ oraz w ramach

¹⁰ Dz.Urz. UE C Nr 191, s. 1 ze zm.

¹¹ Dz.Urz. UE z 22.12.2020 r. L1 433/23 Rozporządzenie Rady (UE) 2020/2094 ustanawiające Instrument Unii Europejskiej na rzecz Odbudowy w celu wsparcia odbudowy w następstwie kryzysu związanego z COVID-19.

pożyczek i innych instrumentów gwarantowanych przez budżet Unii, a także niezależnie od metody wykonania, jaką stosują, poszanowanie państwa prawa powinno być jednym z zasadniczych warunków zgodności z zasadą należytego zarządzania finansami, zapisaną w art. 317 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)¹². Należyte zarządzanie finansami może być zapewnione przez państwa członkowskie jedynie wówczas, gdy: organy publiczne działają zgodnie z prawem; przypadki nadużyć finansowych, oszustw podatkowych, uchylania się od opodatkowania, korupcji, konfliktu interesów oraz innych naruszeń prawa są skutecznie ścigane przez służby dochodzeniowo-śledcze i prokuraturę; arbitralne lub bezprawne decyzje organów publicznych, w tym organów ścigania, są poddawane skutecznej kontroli sądowej dokonywanej przez niezawisłe sądy oraz Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej. W art. 5 ust. 1 rozporządzenia 2022/2029 wymienione zostały środki ochrony budżetu Unii. Należą do nich: zawieszenia płatności lub wykonania zobowiązania prawnego bądź zakończenie jego obowiązywania na podstawie art. 131 ust. 3 rozporządzenia finansowego; zakaz zaciągania nowych zobowiązań prawnych; zawieszenie wypłaty rat w całości lub w części bądź przedterminowa spłata pożyczek gwarantowanych przez budżet UE; zawieszenie lub zmniejszenie korzyści gospodarczej na mocy instrumentu gwarantowanego przez budżet UE; zakaz zawierania nowych umów w sprawie pożyczek lub innych instrumentów gwarantowanych przez budżet Unii.

Niezawisłość i bezstronność sądownictwa powinny być zawsze zapewnione, a służby dochodzeniowo-śledcze i prokuratura winny móc prawidłowo wypełniać swoje zadania. Sądownictwo, służby dochodzeniowo-śledcze i prokuratura muszą dysponować wystarczającymi zasobami finansowymi i ludzkimi oraz odpowiednimi procedurami, by działać skutecznie i w sposób zapewniający pełne poszanowanie prawa do bezstronnego sądu, a także prawa do obrony. Prawomocne wyroki powinny być skutecznie wykonywane. Warunki te są niezbędne jako minimalna gwarancja chroniąca przed bezprawnymi i arbitralnymi decyzjami organów publicznych, mogącymi szkodzić interesom finansowym Unii. Niezawisłość sądownictwa zakłada w szczególności, że dany organ wymiaru sprawiedliwości jest w stanie wypełniać – zarówno na mocy stosownych przepisów, jak i w praktyce – swe zadania w zakresie wymiaru sprawiedliwości w pełni autonomicznie, bez podległości w ramach hierarchii służbowej, bez podporządkowania komukolwiek, w sposób wolny od nakazów czy wytycznych bez względu na to, z jakiego źródła wypływają sygnały świadczące o ingerencji lub naciskach z zewnątrz, mogące zagrozić niezależności osądu członków wymiaru sprawiedliwości i wpływać na ich

¹² Dz.Urz. UE C Nr 83, s. 89.

rozstrzygnięcia. Gwarancje niezależności i bezstronności wymagają istnienia zasad, w szczególności co do składu organu, powoływania jego członków, okresu trwania ich kadencji oraz powodów ich wyłączenia lub odwołania, pozwalających wykluczyć wszelką uzasadnioną wątpliwość co do niezależności tego organu od czynników zewnętrznych oraz neutralności względem ścierających się przed nim interesów.

Poszanowanie państwa prawa ma zasadnicze znaczenie nie tylko dla obywateli Unii, lecz również dla inicjatyw gospodarczych, innowacji, inwestycji, spójności gospodarczej, społecznej i terytorialnej oraz dla prawidłowego funkcjonowania rynku wewnętrznego, który będzie się najlepiej rozwijać tam, gdzie istnieją należyte ramy prawne i instytucjonalne. Art. 19 TUE, w którym skonkretyzowano wartość państwa prawnego określoną w art. 2 TUE, wymaga, by państwa członkowskie zapewniały skuteczną ochronę sądową w dziedzinach objętych prawem Unii, w tym w dziedzinach związanych z wykonaniem jej budżetu. Samo istnienie skutecznej kontroli sądowej służącej zapewnieniu poszanowania prawa Unii jest nieodłączną cechą państwa prawa i wymaga niezawisłych sądów. Zachowanie niezawisłości sądów ma zasadnicze znaczenie, co potwierdza art. 47 akapit drugi Karty praw podstawowych¹³. Odnosi się to w szczególności do kontroli sądowej ważności środków, umów lub innych instrumentów będących podstawą wydatków publicznych lub zadłużenia we wszystkich sprawach, w których można wystąpić na drogę sądową. Istnieje zatem wyraźne powiązanie między poszanowaniem państwa prawnego a zgodnym z prawem i zarazem skutecznym wykonywaniem budżetu Unii zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami.

Unia opracowała szereg instrumentów i procesów promujących zasadę państwa prawa i jej stosowanie, wsparcie finansowe dla organizacji społeczeństwa obywatelskiego, a także europejski mechanizm praworządności oraz unijną tablicę wyników wymiaru sprawiedliwości pozostałych instrumentów zapewniających skuteczną reakcję instytucji Unii na przypadki naruszenia zasady państwa prawa za pomocą procedury przewidzianej w art. 7 TUE. Mechanizm przewidziany w rozporządzeniu 2020/2029 uzupełnia te instrumenty i chroni budżet UE przed naruszeniami zasad państwa prawa, mającymi wpływ na należyte zarządzanie finansami w ramach budżetu UE i/ lub na ochronę interesów finansowych UE.

Naruszenia zasad państwa prawa mogą poważnie szkodzić interesom finansowym Unii. Ma to miejsce w przypadku indywidualnych i grupowych naruszeń prawa – tych, które są powszechne lub wynikają z powtarzających się praktyk organów publicznych albo z powodu stosowania przez takie organy

¹³ Dz.Urz. UE C Nr 83, s. 389.

niewłaściwych instrumentów. Stwierdzenie naruszeń zasad państwa prawa wymaga dokonania przez KE poważnej oceny ilościowej i jakościowej występującego stanu rzeczy i spraw. Powinna być obiektywna, bezstronna i uczciwa oraz musi uwzględniać stosowne informacje z dostępnych źródeł¹⁴. Unijne ustawodawstwo finansowe oraz mające zastosowanie przepisy sektorowe i finansowe przewidują różne sposoby ochrony budżetu Unii – wstrzymanie, zawieszenie lub korekty finansowe, związane z nieprawidłowościami albo poważnymi uchybieniami w systemach zarządzania i kontroli. Środki stosowane w razie naruszenia zasad państwa prawa powinny obejmować zawieszenie płatności i zobowiązań, wypłat rat lub przedterminowych spłat pożyczek, zmniejszenie finansowania w ramach istniejących zobowiązań oraz zakaz zaciągania nowych zobowiązań wobec odbiorców, bądź zawierania nowych umów w sprawie pożyczek oraz innych instrumentów gwarantowanych przez budżet UE.

KE powinna podjąć działania następcze w związku z tego typu informacjami w celu sprawdzenia, czy przestrzegane są mające zastosowanie przepisy art. 63, art. 68 ust. 1 lit. b) i art. 98 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/1060 z 24.06.2021 r., ustanawiającego wspólne przepisy dotyczące Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego, Europejskiego Funduszu Społecznego Plus, Funduszu Spójności oraz Europejskiego Funduszu Morskiego i Rybackiego, a także przepisy finansowe na potrzeby tych funduszy oraz Funduszu Azylu i Migracji, Funduszu Bezpieczeństwa Wewnętrznego i Instrumentu na rzecz Zarządzania Granicami i Wiz¹⁵. W razie potrzeby, by zyskać pewność, że kwoty należne od jednostek rządowych lub państw członkowskich zostały faktycznie wypłacone odbiorcom końcowym lub beneficjentom, KE powinna odzyskać dokonane płatności lub, stosownie do sytuacji, dokonać korekty finansowej poprzez zmniejszenie wsparcia UE na rzecz danego programu zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami sektorowymi i finansowymi. Radzie UE powierzone zostały działania, jakie powinny być podjęte na podstawie wniosku KE. Przed rozpoczęciem procedury weryfikacyjnej KE ma obowiązek powiadomić zainteresowane państwo członkowskie o przyczynach uzasadniających obawę naruszenia zasad państwa prawa. O podjęciu powyższej procedury sprawdzającej KE powiadamia niezwłocznie Parlament Europejski i Radę. Państwo, któremu zarzucono

¹⁴ Wyroki TSUE, sprawozdania Trybunału Obrachunkowego, roczne sprawozdania KE na temat praworządności oraz unijną tablicę wyników wymiaru sprawiedliwości, sprawozdania Europejskiego Urzędu do Spraw Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF), Prokuratury Europejskiej (EPPO), wnioski i zalecenia odpowiednich międzynarodowych organizacji i sieci, organów Rady Europy – Grupy Państw przeciwko Korupcji (GRECO), Komisji Weneckiej, europejskiej sieci sądów najwyższych oraz Europejskiej Sieci Rad Sądownictwa.

¹⁵ Dz.U. 2021, L 231, s. 159.

niedopełnienie wymienionych obowiązków mających na celu przestrzeganie zasad państwa prawa i warunków gwarantujących dotrzymanie zobowiązań wskazanych w rozporządzeniu, ma prawo ustosunkować się do zarzutów. KE powinna wyznaczyć terminy wyjaśnień przedstawionych przez nią zarzutów, wyjaśnienia te ocenić, biorąc pod uwagę ilość wymaganych informacji, ich dokładność, jak również złożoność stosownych okoliczności oraz możliwości i zdolności administracyjne państwa członkowskiego. Po ustaleniu, że warunki przyjęcia środków zostały spełnione, KE ma obowiązek złożyć w Radzie wniosek przyjęcia w terminie jednego miesiąca odpowiednich środków. Termin ten wyjątkowo może zostać przedłużony o maksymalnie dwa dodatkowe miesiące. Powyższe procedury i uprawnienia KE powinna stosować zgodnie z przepisami art. 237 TFUE i regulaminu wewnętrznego Rady. Po przyjęciu powyższych ustaleń i informacji obowiązkiem KE jest regularne monitorowanie sytuacji w państwie członkowskim. Ponowna ocena sytuacji winna być przeprowadzona przez KE po powtórnej ocenie sytuacji w przypadku, kiedy poddane wcześniej weryfikacji państwo członkowskie zastosuje nowe środki zaradcze. Powyższa kontrola powinna mieć miejsce najpóźniej po roku od przyjęcia takich środków.

Wzajemna zależność państwa prawa i interesów finansowych:

1. Zarządzanie finansami UE

Mechanizm uzależniający wypłaty z budżetu Unii od przestrzegania przez państwa członkowskie zasady należytego zarządzania finansami może być zgodnie z prawem unijnym, ustanowionym na podstawie art. 322 ust. 1 lit. A) TFUE¹⁶. Przepisy art. 310 i 315–317 TFUE regulują wykonanie budżetu. Ich zadaniem jest uwzględnienie wszystkich aspektów związanych z wykonywaniem budżetu Unii w części dotyczącej zarówno postanowień instytucjonalnych, jak i finansowych. Ustawodawca unijny ustanowił więc mechanizm uzależniający wypłaty z budżetu Unii nie tylko od przestrzegania przez państwa członkowskie UE ustanowionych w prawie UE obowiązków, związanych także z poszanowaniem zasady należytego zarządzania finansami, lecz również reguł przestrzegania zasad państwa prawnego.

2. Wartości i procedury państwa prawa

Poszanowanie wartości wymienionych w art. 2 TUE jest powszechnie uznawane za wstępny warunek przystąpienia do UE każdego państwa europej-

¹⁶ TFUE, Dz.Urz. 326, 26.10.2012, s. 47–390. Część szósta: Postanowienia instytucjonalne i finansowe, Tytuł II – Postanowienia finansowe; rozdział 2: Wieloletnie ramy finansowe, art. 322 ust. 1 lit. a).

skiego, które ubiega się o członkostwo w UE¹⁷. Unia to wspólny porządek prawny. Przeto – jak pisałem wcześniej – każde państwo członkowskie podziela nastawienie wszystkich pozostałych państw członkowskich wobec wartości wskazanych w art. 2 TUE, uznając za oczywiste i naturalne, że te państwa również podzielą z nim wszystkie wartości, na których oparta jest UE. Zgodnie z zasadą przyznania Unia działa wyłącznie w granicach kompetencji przyznanych jej przez państwa członkowskie w traktatach umożliwiających legalne osiągnięcie określonych w nich celów. Wszelkie kompetencje nieprzyznane Unii w traktatach należą do państw członkowskich¹⁸. Unia zapewnia zatem spójność własnych poszczególnych polityk i działań, uwzględniając wszystkie swoje cele i postępując zgodnie z zasadą przyznania kompetencji¹⁹. Zasada ta jest wspólną wartością UE i zrzeszonych w niej państw członkowskich: jest zaliczana wraz z zasadą państwa prawa do podstaw unijnego porządku prawnego. Uzasadnia mechanizm warunkowości mieszczący się w pojęciu „zasad finansowych” w rozumieniu art. 322 ust. 1 lit. a) TFUE²⁰. Istota i sens funkcjonowania UE oparte są – jak wspominałem – na wzajemnym zaufaniu bazującym na stosunku do podstawowych wartości wymienionych w powołanych wyżej traktatach unijnych, TFUE oraz TUE. Przestrzeganie wspólnych wartości jest równoznaczne z przestrzeganiem fundamentalnych praw człowieka²¹. Zdaniem TSUE przestrzeganie przez państwo członkowskie UE wartości wskazanych w art. 2 TUE stanowi warunek korzystania ze wszystkich praw wynikających ze stosowania traktatów²². Poszanowanie tych wartości nie może bowiem zostać sprowadzone do obowiązku, jaki państwo kandydujące jest zobligowane dopełnić w celu przystąpienia do Unii i od którego mogłoby się uchylić po przystąpieniu do UE. TSUE jest zdania, iż powyższe wartości są szanowane i przestrzegane zarówno przez unijnych obywateli, władze państw członkowskich UE, jak i samą Unię. Z tych przyczyn wartość wspólna Unii i państw członkowskich, jaką jest państwo prawa, należąca do podstawowych fundamentów Unii i jej porządku prawnego, może

¹⁷ Wyrok TSUE z 21.12.2021 r., *Euro Box Promotion i inni*, C 357/19, C 379/19, C 547/19, C 811/19 i C 840/19, EU:C:2021:1034, pkt 160, 161 i powołane tam orzeczenia.

¹⁸ Art. 5 ust. 2 TUE.

¹⁹ Art. 7 TFUE.

²⁰ Wyrok TSUE C-157/21, pkt 146.

²¹ Zob. wymienioną w pkt 143 uzasadnienia wyroku C-157/21 opinię 2/13 dotyczącą przystąpienie UE do Europejskiej Konwencji Praw Człowieka z 18.12.2014 r., EU:C:2014:2454, pkt 166–168; wyroki TSUE: z 27.02.2018 r., *Associação Sindical dos Juizes Portugueses*, C 64/16, EU:C:2018:117, pkt 30; z 20.04.2021 r., *Repubblica*, C 896/19, EU:C:2021:311, pkt 62.

²² Wyroki z: 20.04.2021 r., *Repubblica*, C 896/19, EU:C:2021:311, pkt 63; 18.05.2021 r., *Asociația „Forumul Judecătorilor din România” i inni*, połączone sprawy, C 83/19, C 127/19, C 195/19, C 291/19, C 355/19 i C 397/19, EU:C:2021:393, pkt 162.

uzasadniać mechanizm warunkowości mieszczący się w pojęciu „zasad finansowych” w rozumieniu art. 322 ust. 1 lit. a) TFUE²³. Istnieje wyraźne powiązanie między poszanowaniem państwa prawnego z jednej strony a skutecznym wykonywaniem budżetu Unii zgodnie z zasadą należytego zarządzania finansami oraz ochroną interesów finansowych Unii z drugiej. Budżet Unii jest jednym z głównych instrumentów pozwalających na skonkretyzowanie w politykach i działaniach Unii zasady solidarności wyrażonej w art. 2 TUE, która sama stanowi jedną z podstawowych zasad prawa Unii²⁴. Urzeczywistnienie tej zasady za pomocą budżetu Unii opiera się na wzajemnym zaufaniu między państwami członkowskimi, że wspólne zasoby zapisane w tym budżecie będą wykorzystywane w sposób odpowiedzialny. Wzajemne zaufanie opiera się na zobowiązaniu każdego z państw członkowskich do wywiązania się z obowiązków ciążących na nim na mocy prawa Unii i do poszanowania w sposób stały i trwały wartości wskazanych w art. 2 TUE, do których należy państwo prawa. Należyte zarządzanie finansami oraz same interesy finansowe mogą zostać poważnie zagrożone wskutek naruszeń zasad państwa prawa przez państwo członkowskie UE. Naruszenia mogą skutkować brakiem gwarancji, że wydatki pokrywane z budżetu Unii spełniają wszystkie warunki finansowania przewidziane w prawie Unii i w konsekwencji odpowiadają celom realizowanym przez Unię wówczas, gdy finansuje ona takie wydatki. Nie można bowiem w pełni zagwarantować poszanowania tych warunków i celów jako elementów prawa Unii w braku skutecznej kontroli sądowej służącej zapewnieniu przestrzegania prawa Unii. Możliwość podjęcia takiej, sprawowanej przez niezależne sądy kontroli – zarówno w państwach członkowskich, jak i na szczeblu Unii – jest nieodłącznym elementem państwa prawnego²⁵.

3. Mechanizm horyzontalnej warunkowości

Mechanizm warunkowości zawarty w art. 322 ust. 1 lit. a) TFUE może także wchodzić w zakres pojęcia „zasad finansowych” wówczas, gdy ustanawia on – w celu korzystania z finansowania z budżetu Unii – horyzontalną warunkowość związaną z poszanowaniem przez państwo członkowskie wskazanej w art. 2 TUE wartości, jaką jest państwo prawa, i odnoszącą się do wykonywania budżetu Unii, przewiduje bowiem, że przyjmowane są odpowiednie środki w przypadku stwierdzenia, iż naruszenia zasad państwa prawa w państwie członkowskim UE wpływa lub stwarza poważne ryzyko wpływu

²³ C-157/21, pkt 146.

²⁴ Wyrok TSUE z 15.07.2021 r., Niemcy/Polska, C 848/19 P, EU:C:2021:598, pkt 38.

²⁵ Wyrok TSUE z 21.12.2021 r. (pełna izba) wydany w połączonych sprawach Euro Box Promotion i inni, C 357/19, C 379/19, C 547/19, C 811/19 i C 840/19, EU:C:2021:1034, pkt 219, 222.

na należyte zarządzanie finansami w ramach budżetu Unii albo na ochronę interesów finansowych UE²⁶.

Określone w art. 4 ust.1 rozporządzenia 2020/2092 warunki przyjmowania środków mają miejsce w razie stwierdzenia, że naruszenia zasad państwa prawa w państwie członkowskim wpływają lub stwarzają poważne ryzyko wpływu na należyte zarządzanie finansami w ramach budżetu Unii lub na ochronę interesów finansowych UE, zasad legalności, pewności prawa, zakazu arbitralności w działaniu władz wykonawczych, skutecznej ochrony sądowej, podziału władzy oraz niedyskryminacji i równości wobec prawa. Poszanowanie tych wartości i zasad w zakresie, w jakim stanowią one część samej definicji wartości „państwa prawa”, są ściśle związane ze współczesnym społeczeństwem UE respektującym zasady państwa prawa – mogą być wykorzystane w ramach mechanizmu horyzontalnej warunkowości, natomiast podmioty wymienione w art. 4 ust. 2 lit. a)-h) omawianego rozporządzenia mogą być objęte mechanizmem horyzontalnej warunkowości wówczas, gdy któryś z nich dokonuje działań bądź wywołuje sytuacje dotyczące organów wymienionych w tym przepisie.

Zdaniem TSUE normy prawne art. 2 lit. a), art. 3, art. 4 ust. 2 i art. 5 ust. 1 zaskarżonego do TSUE przez RP w sprawie C-156/21 rozporządzenia 2020/2092 zawierają elementy składające się na mechanizm horyzontalnej warunkowości, gdyż wymieniają definicje niezbędne do jego wykonania, wyznaczają zakres jego stosowania i przewidują środki, do których może on doprowadzić. Przepisy te stanowią zatem integralną część owego mechanizmu, mieszcząc się w związku z tym w zakresie pojęcia „zasad finansowych” w rozumieniu art. 322 ust. 1 lit. a) TFUE²⁷. Procedura prawna, jaką omawia analizowane rozporządzenie, przewiduje – w celu przyjęcia „odpowiednich środków” ochrony budżetu Unii – możliwość zastosowania przez KE właściwych instrumentów tylko wtedy, gdy wystąpią uzasadnione powody, by uznać że w danym państwie członkowskim doszło do naruszeń zasad państwa prawnego, ale przede wszystkim, że naruszenia te wpływają lub stwarzają poważne ryzyko dla należytego zarządzania finansami w ramach budżetu Unii lub ochrony jej interesów finansowych²⁸.

Opierając się na przedstawionych powyżej podstawach, TSUE konkluduje, iż „[...] wbrew temu, co twierdzi Rzeczpospolita Polska popierana przez Węgry, z jednej strony zaskarżone rozporządzenie pozwala instytucjom Unii na przeprowadzenie oceny sytuacji w państwach członkowskich tylko pod warunkiem,

²⁶ C-157/21, pkt 152.

²⁷ *Ibidem*, pkt 154–158.

²⁸ *Ibidem*, pkt 159–160.

że mają one znaczenie dla należytego zarządzania finansami w ramach budżetu Unii lub dla ochrony interesów finansowych Unii, zaś z drugiej – odpowiednie środki mogą zostać przyjęte na podstawie tego rozporządzenia tylko wtedy, gdy zostanie wykazane, że takie sytuacje stanowią naruszenie jednej z zasad państwa prawnego, które wpływa lub stwarza poważne ryzyko wpływu – w sposób wystarczająco bezpośredni – na owo należyte zarządzanie finansami lub na ochronę owych interesów finansowych”²⁹.

4. Skuteczna kontrola sądowa

Poszanowanie zasad państwa prawnego stanowi dla państw członkowskich obowiązek osiągnięcia rezultatu, który wynika bezpośrednio z przynależności tych państw do UE. Wspomniane zasady zostały dodatkowo doprecyzowane w art. 3 rozporządzenia 2020/2092 w katalogu przesłanek, które mogą wskazywać na ich naruszenie. Na pierwszym miejscu listy trzech zagrożeń podstawowych wartości unijnych wymieniona została niezawisłość sądownictwa. Ono oraz pozostałe obawy wymienione w art. 3 omawianego rozporządzenia wymagają istnienia prawdopodobieństwa naruszenia zasady niezawisłości sądu lub innych, wymienionych w art. 3 przesłanek – muszą być rzeczywiste. Aby temu zagrożeniu zapobiec, ustawodawca europejski w art. 19 ust. 1 TUE zagwarantował poszanowanie prawa w procesach wykładni i stosowaniu traktatów unijnych (akapit pierwszy), a na państwa członkowskie UE nałożono obowiązki ustanowienia niezbędnych środków do zapewnienia skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii (akapit drugi). Z tego sformułowania wyprowadzony został przez judykaturę unijną obowiązek zapewnienia skutecznej kontroli sądowej³⁰. Skonkretyzowana w art. 19 TUE zasada państwa prawa, wyrażona w art. 2 TUE, wymaga, aby państwa członkowskie UE wprowadziły do prawa krajowego systemu środków prawnych i procedur zapewniających jednostkom poszanowanie ich prawa do skutecznej ochrony prawnej w dziedzinach objętych prawem Unii³¹. Sposób realizacji takiego wymagania przez sądy państw członkowskich UE poddany jest kontroli TSUE³². Poszanowanie zasad wyrażonych w art. 2 lit. a) tego rozporządzenia stanowi dla państw członkowskich obowiązek osiągnięcia

²⁹ *Ibidem*, pkt 162.

³⁰ Wyrok TSUE z 17.12.2020 r., Openbaar Ministerie (Niezależność wydającego nakaz organu sądowego), C 354/20 PPU i C 412/20 PPU, EU:C:2020:1033, pkt 57–60.

³¹ Wyrok TSUE z 2.03.2021 r., A.B. i in. (Powołanie sędziów Sądu Najwyższego – Odwołanie), C 824/18, EU:C:2021:153, pkt 108, 109.

³² Wyroki TSUE z: 24.06.2019 r., Komisja/Polska (Niezależność Sądu Najwyższego), C 619/18, EU:C:2019:531, pkt 58, 59; 5.11.2019 r., Komisja/Polska (Niezależność sądów powszechnych), C 192/18, EU:C:2019:924, pkt 106, 107; 2.03.2021 r., A.B. i in. (Powołanie sędziów Sądu Najwyższego – Odwołanie), C 824/18, EU:C:2021:153, pkt 108, 109.

rezultatu, który na mocy art. 2 TUE w sposób bezpośredni wynika z faktu przynależności do Unii jej wszystkich, a nie tylko niektórych, państw członkowskich. Procedura przewidziana w art. 7 TUE zezwala Radzie, w przypadku stwierdzenia poważnego i stałego naruszania przez państwo członkowskie wartości wskazanych w art. 2 TUE, na zawieszenie niektórych praw wynikających ze stosowania traktatów. Celem procedury ustanowionej w art. 7 TUE jest umożliwienie Radzie UE karania poważnych i stałych naruszeń wartości wskazanych w art. 2 TUE. Zakres stosowania tej procedury obejmuje wszystkie wartości wskazane w art. 2 TUE, natomiast w zakres procedury ustanowionej rozporządzeniem 2020/2092 wchodzi tylko jedna z bezwzględnie chronionych wartości. Jest nią państwo prawa.

Procedura przewidziana w art. 7 TUE może zostać uruchomiona w przypadku, gdy istnieje wyraźne ryzyko poważnego naruszenia przez państwo członkowskie wartości wskazanych w art. 2 TUE, przy czym prawo do zainicjowania takiego postępowania przysługuje jednej trzeciej państw członkowskich. Jedynym wymogiem wstępnym jest wyraźne ryzyko poważnego naruszenia tych wartości i – w odniesieniu do zawieszenia na mocy art. 7 ust. 2 i ust. 3 TUE – niektórych praw wynikających ze stosowania traktatów do państwa członkowskiego – poważne i stałe naruszenie tych wartości przez państwo członkowskie UE. Natomiast procedura ustanowiona w rozporządzeniu 2022/2092 może zostać wszczęta przez samą KE, kiedy istnieją uzasadnione powody, by uznać nie tylko, że w państwie członkowskim doszło do naruszenia zasad państwa prawnego, ale również i przede wszystkim, że naruszenia te wpływają lub stwarzają poważne ryzyko wpływu na należyte zarządzanie finansami w ramach budżetu UE lub na ochronę jej interesów finansowych. Jedyną materialną przesłanką wymaganą do przyjęcia środków stosowanych do uruchomienia procedury z art. 7 TUE jest stwierdzenie przez Radę Europejską istnienia poważnego i stałego naruszenia przez dane państwo członkowskie wartości wskazanych w art. 2 TUE, podczas gdy zgodnie z art. 4 ust. 1 i 2 rozporządzenia 2020/2092 środki na podstawie tego rozporządzenia mogą zostać przyjęte tylko wtedy, gdy spełnione są dwie opisane poniżej przesłanki. Pierwsza wymaga wykazania, że naruszenie zasad państwa prawa w państwie członkowskim dotyczy co najmniej jednej z sytuacji lub jednego z działań organów wymienionych w art. 4 ust. 2 tego rozporządzenia, z zastrzeżeniem, że mają one znaczenie dla należytego zarządzania finansami w ramach budżetu Unii lub ochrony jej interesów finansowych. Druga natomiast przeprowadzenia dowodu, iż takie naruszenia wpływają lub stwarzają poważne ryzyko wpływu na należyte zarządzanie finansami lub interesy finansowe, co dodatkowo wymaga wykazania istnienia rzeczywistego związku

między dostrzeżonymi naruszeniami a takim wpływem lub poważnym ryzykiem wpływu.

Ustawodawca unijny może jednak, gdy dysponuje w tym celu podstawą prawną, ustanowić w akcie prawa wtórnego inne procedury odnoszące się do wartości wskazanych w art. 2 TUE, pod warunkiem że będą one się różniły zarówno pod względem celu, jak i przedmiotu od procedury przewidzianej w art. 7 TUE³³. Środki przyjęte na podstawie art. 7 ust. 3 TUE polegają na zawieszeniu „niektórych praw wynikających ze stosowania traktatów dla danego państwa członkowskiego, łącznie z prawem do głosowania przedstawiciela rządu tego państwa członkowskiego w Radzie”³⁴, mogą być zatem stosowane do każdego uprawnienia wynikającego ze stosowania przepisów traktatów unijnych wobec każdego państwa członkowskiego. Natomiast środki, które mogą mieć zastosowanie na podstawie przepisów rozporządzenia 2020/2092, ograniczone są do kilkunastu instrumentów wymienionych w art. 5 ust. 1 lit.a) i b) tego rozporządzenia. Każdy z nich ma charakter budżetowy.

Przepis art. 7 TUE przewiduje zmianę i uchylenie przyjętych środków wyłącznie w przypadku zmiany sytuacji, która doprowadziła do ich ustanowienia. Natomiast w art. 7 ust. 2 akapity drugi i trzeci rozporządzenia 2020/2092 postanowiono, iż uchylenie i zmiana tych środków będą połączone z warunkami ich przyjmowania określonymi w art. 4 tegoż rozporządzenia. W związku z tym środki te mogą zostać uchylone lub zmienione nie tylko w przypadku, gdy naruszenia zasad państwa prawnego w danym państwie członkowskim ustaną – choćby częściowo – ale przede wszystkim w przypadku, gdy naruszenia te, nawet gdyby dalej się utrzymywały, nie będą już miały znaczenia dla budżetu Unii.

Mogłoby tak być zwłaszcza gdyby takie naruszenia przestały już dotyczyć jednej z sytuacji lub jednego z działań organów, o których mowa w ust. 2 tego artykułu, w wypadku, gdyby takie sytuacje lub działania nie miały już znaczenia dla należytego zarządzania finansami w ramach budżetu Unii lub ochrony interesów finansowych UE. Dotyczy to sytuacji, w jakiej naruszenie nie wpływało lub nie stwarzało poważnego ryzyka wpływu na należyte zarządzanie lub interesy finansowe lub w wypadku, gdyby związek między naruszeniem zasady państwa prawa a takim wpływem lub poważnym ryzykiem wpływu przestał być już wystarczająco bezpośredni. Oznacza to, iż procedury ustanowione w przepisach prawa unijnego, pierwotnego i wtórnego, realizują odmienne cele. Zdaniem TSUE każda z nich ma więc wyraźnie odmienny

³³ Wyroki TSUE z: 7.02.1979 r., Francja/Komisja, 15/76 i 16/76, EU:C:1979:29, pkt 26; postanowienie z 11.07.1996 r., An Taise i WWF UK/Komisja, C 325/94 P, EU:C:1996:293, pkt 25; wyrok 11.01.2001 r., Grecja/Komisja, C 247/98, EU:C:2001:4, pkt 13.

³⁴ Wyrok TSUE C-157/21, pkt 216.

przedmiot³⁵. Odpowiednie środki mogą zostać przyjęte na podstawie rozporządzenia 2020/2092 tylko wtedy, gdy zostanie stwierdzone, że sytuacje w nim wymienione łączą się z naruszeniem jednej z tych zasad państwa prawnego, która ma wpływ lub stwarza poważne ryzyko wpływu na należyte zarządzanie finansami lub ochronę tych interesów. Państwo prawa w rozumieniu art. 2 lit. a) tego rozporządzenia jest identyfikowane z wartością wskazaną w art. 2 TUE. Wymienione w tej normie „[...]” zasady wchodzą w skład definicji tej wartości lub są ściśle związane ze społeczeństwem respektującym państwo prawne [...] poprzez przystąpienie do Unii państwa członkowskie zobowiązały się szanować i promować wartości wskazane w art. 2 TUE, a ich przestrzeganie jest warunkiem korzystania ze wszystkich praw wynikających ze stosowania traktatów do państw członkowskich. Poszanowanie zasad państwa prawnego wskazanych w art. 2 lit. a) zaskarżonego rozporządzenia obowiązuje państwa członkowskie niezależnie od tego rozporządzenia”³⁶.

Uwagi końcowe

Uczestnictwo w Unii Europejskiej nakłada na państwa członkowskie UE bezwzględny obowiązek przestrzegania wartości wymienionych w art. 2 TUE. Jedną z nich jest wspólny system porządku prawnego, budujący zaufanie między państwami członkowskimi oraz utworzonymi przez nie Unią – regionalną organizacją międzynarodową. UE jest bowiem państwem prawa: poszanowanie dla prawa unijnego jest warunkiem koniecznym dla korzystania przez każde państwo członkowskie z wszystkich uprawnień wynikających ze stosowania traktatów UE w całym okresie przynależności określonego państwa do tej organizacji *sui generis*³⁷. Wyroki wydane przez TSUE w sprawach C-157/21 wszczętych przez RP oraz C-157/21 – Węgry uświadomiły władzom tych państw, iż nie można przestrzegać wartości związanych i wynikających z państwa prawa jedynie w okresach poprzedzających akces do UE. Procedury ustanowione w art. 7 TUE oraz przepisach rozporządzenia 2020/2092 gwarantują wszystkim zainteresowanym stronom, że wydatki pokrywane z budżetu unijnego są zgodne z celami finansowanymi przez UE. Mechanizm warunkowości horyzontalnej, ustanowiony stosunkowo niedawno w omawianym rozporządzeniu i zaprezentowany w uzasadnieniach

³⁵ *Ibidem*, pkt 218.

³⁶ *Ibidem*, pkt 223–224.

³⁷ Unia Europejska nie jest klasyczną organizacją międzynarodową. Z punktu widzenia prawa międzynarodowego organizacjami międzynarodowymi są tylko Wspólnoty Europejskie i jedynie one stanowią podmiot biorący udział w stosunkach międzynarodowych; <https://rynek.pracy.pl>słownik<unia-europejska-ue> [dostęp: 5.05.2022].

wyroków TSUE wydanych w obydwu sprawach w dniu 16.02.2022 r., dobitnie uświadamia nie tylko władzom państw występujących w charakterze stron tego postępowania, ale także innych państw członkowskich UE (z wyjątkiem tych, jakie wystąpiły w charakterze amici curiae po stronie pozwanej KE), że należyte zarządzanie finansami unijnymi, jak również unijne interesy finansowe niektórych państw członkowskich UE mogą zostać poważnie zagrożone w następstwie naruszenia reguł obowiązujących w państwie prawa. Należy wyrazić nadzieję, że w przypadku Polski wyrok wydany przez TSUE uświadomi decydentom straty, które prawdopodobnie zostaną wyrządzone przez prawników nie w pełni zorientowanych w prawie europejskim.

Abstract

EU – community of values and financial resources

Participation in the European Union imposes an absolute obligation on EU Member States to comply with the values set out in Article 2 of the TEU. One of them is the common system of the legal order that builds trust between the Member States and the regional international organization established by them. The EU is a state of law. Respect for EU law is a necessary condition for each Member State to exercise all the rights resulting from the application of the EU treaties throughout the period of a given state's membership of this international organization. The judgments issued by the CJEU in cases C-157/21 initiated by the Republic of Poland and C-157/21 – Hungary made the authorities of these countries aware that the values related to and resulting from the rule of law cannot be respected only in the periods preceding accession to the EU. The procedures set out in Article 7 of the TEU and the provisions of Regulation 2020/2092 guarantee to all interested parties that the expenditure financed from the EU budget is in line with the objectives financed by the EU. The horizontal conditionality mechanism established relatively recently in the aforementioned regulation and presented in the justifications issued in both cases on February 16, 2022, makes it clear not only the authorities of the states acting as parties to these proceedings, but also other EU Member States (with the exception of those that as “court friends” on the defendant's side of the European Commission) that the sound management of EU finances as well as the EU financial interests of some EU Member States may be seriously threatened as a result of a breach of the rules of the rule of law.

Key words: alleged circumvention of Article 7 TEU and Article 269 TFEU; alleged infringements of Article 4(1), Article 5(2) TEU; alleged misuse of powers – budget – case of breaches of the principles – legal bases, legal certainty, proportionality and equality – Member States – rule of law

Streszczenie

UE – wspólnota wartości i środków finansowych

Uczestnictwo w Unii Europejskiej nakłada na państwa członkowskie UE bezwzględny obowiązek przestrzegania wartości określonych w art. 2 TUE. Jednym z nich jest wspólny system porządku prawnego, który buduje zaufanie między państwami członkowskimi a utworzoną przez nie regionalną organizacją międzynarodową. UE to państwo prawa. Poszanowanie prawa unijnego jest niezbędnym warunkiem korzystania przez każde państwo członkowskie ze wszystkich praw wynikających ze stosowania traktatów unijnych przez cały okres członkostwa danego państwa w tej organizacji międzynarodowej. Wyroki wydawane przez TSUE w sprawach C-157/21 z inicjowanych przez Rzeczpospolitą Polską i C-157/21 – Węgry uświadomiły władzom tych krajów, że wartości związane i wynikające z praworządności nie mogą być respektowane jedynie w okresach poprzedzających akcesję do UE. Procedury określone w art. 7 TUE oraz przepisy rozporządzenia 2020/2092 gwarantują wszystkim zainteresowanym, że wydatki finansowane z budżetu UE są zgodne z celami finansowanymi przez UE. Mechanizm warunkowości horyzontalnej ustanowiony stosunkowo niedawno w ww. z wyjątkiem tych, którzy jako „przyjaciele sądowni” po stronie pozwanej Komisji Europejskiej), że należyte zarządzanie finansami UE, a także interesy finansowe UE niektórych państw członkowskich UE mogą być poważnie zagrożone w wyniku naruszenia zasady rządów prawa.

Słowa kluczowe: zarzucane obejście art. 7 TUE i art. 269 TFUE; zarzucane naruszenia art. 4 ust. 1 i art. 5 ust. 2 TUE; domniemane nadużycie uprawnień – budżet – przypadki naruszenia zasad – podstawy prawne, pewność prawa, proporcjonalność i równość – państwa członkowskie – rządy prawa

Sylvia Przewoźnik

dr, Akademia Ignatianum w Krakowie
<https://orcid.org/0000-0002-0756-7996>
sylvia.przewoznik_z@ignatianum.edu.pl

Zupełność systemu prawa. *Analogia legis* jako metoda uzupełniania luk w prawie

Wprowadzenie

Idealny system prawa powinien regulować wszystkie sfery wymagające takich działań. Zupełność systemu prawnego polega na tym, iż na każdą okoliczność przewiduje on odpowiednią normę prawną. Pojęcie „zupełności” odnosić można do sfery stosowania prawa i sfery jego wykładni. Zupełność systemu w sferze stosowania prawa oznacza, że dla każdego zagadnienia prawnego podmiot stosujący prawo powinien znaleźć odpowiednią normę prawną. Jednak analiza aktów prawnych prowadzi do wniosku, że w wielu wypadkach interpretator tekstu prawnego spotyka się z sytuacjami, które nie zostały *expressis verbis* uregulowane obowiązującymi przepisami, czyli z tzw. lukami prawnymi. W takich wypadkach interpretator powinien w pierwszej kolejności posłużyć się dyrektywami wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej. Jeżeli jednak przy ich pomocy nie uda się usunąć luki w prawie, powinien on wówczas posłużyć się regułami wnioskowań prawniczych. Jednym z rodzajów takich wnioskowań jest tzw. *analogia legis*, polegająca na stosowaniu istniejącego przepisu prawa do przypadku podobnego, który jednak nie został uregulowany prawnie. Analogia jest jednym z typów rozumowania prawniczego zmierzającego do przełożenia przepisów prawnych na odpowiadające im normy prawne. Istota analogii tkwi we wnioskowaniu opartym na podobieństwie. Rozumowanie to wskazuje, jakie reguły wnioskowania z faktu obowiązywania w danym systemie jakiejś normy prawnej należy uznać za wiążące w sytuacji braku obowiązywania w nim innych norm. Może to być wynikanie logiczne, instrumentalne lub aksjologiczne – budzące najwięcej kontrowersji, znajdujące uzasadnienie w takich samych

podstawach aksjologicznych jak uzasadnienie norm wyraźnie ustanowionych lub logicznie czy instrumentalnie z nich wyprowadzonych. Na potrzeby niniejszej analizy przedstawiono analogię *intra legem* oraz analogię *extra legem*. W pierwszym przypadku wnioskowanie przez analogię nie wychodzi poza bezpośredni zakres regulacji prawnej, w drugim zaś ten zakres przekracza. Wnioskowanie przez analogię w powszechnym rozumieniu polega na stosowaniu jakiegoś przepisu czy normy prawnej do przypadku podobnego, lecz przez przepisy prawa nieunormowanego. Wnioskowanie *per analogiam* jest zatem sposobem rozstrzygania przypadków nieunormowanych przepisami prawnymi – środkiem służącym do wypełniania różnego rodzaju luk w prawie.

Zasada zupełności prawa

Tradycyjnie przyjmuje się, że system prawa to całokształt obowiązujących w określonym czasie norm prawnych uporządkowanych na podstawie przyjętych kryteriów. Jeżeli określamy prawo jako normę postępowania – co jest dominującym paradygmatem – to w konsekwencji zbiór takich norm określany jest mianem ich systemu¹. Ujęcie definicyjne „systemu prawa” wcale jednak nie jest znaczeniowo jednoznaczne, zwłaszcza wówczas, gdy system prawny identyfikuje się jako całokształt obowiązujących w państwie przepisów lub aktów normatywnych. W takiej sytuacji obserwujemy synonimizowanie, a co najmniej milczącą akceptację dla utożsamiania pojęć „przepis prawny” i „norma prawna” na potrzeby definiowania systemu prawa². System prawa jest zupełny, jeśli o każdym potencjalnym jego elemencie (określonej normie postępowania) da się w sposób rozstrzygający powiedzieć, że należy bądź nie do danego systemu prawa. Inaczej mówiąc, zupełny system prawa to taki, który jasno definiuje kryteria, od jakich uzależnia uznanie pewnych obiektów (norm) za swoje części składowe³. Od systemu zupełnego oczekujemy, że na jego gruncie dadzą się sformułować (odtworzyć) pewne reguły, dzięki którym definitywnie da się rozstrzygnąć, że określona norma jest normą prawną (jest prawem, należy do systemu) lub nie ma cech normy prawnej (jest np. norma moralna, norma obyczajowa, nienależąca do systemu prawa⁴).

O zupełności systemu prawa możemy mówić zarówno w odniesieniu do sfery stanowienia, jak i stosowania prawa. Zupełność w sferze stanowienia prawa

¹ A. Korybski, L. Leszczyński, A. Pieniążek, *Wstęp do prawoznawstwa*, Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2011, s. 122.

² J. Wróblewski, *Modele systemów norm a system prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1969, nr 2, s. 408–416.

³ W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *Teoria państwa i prawa*, Warszawa: PWN, 1979, s. 89.

⁴ Orzeczenie TK z 4 października 1995 r. (K. 8/95), OTK 1995, cz. II, poz. 28, s. 33.

ma postać dyrektywy skierowanej do prawodawcy, by tworzył takie prawo, aby w systemie prawa nie powstawały luki. W tym kontekście szczególne znaczenie ma wydawanie w odpowiednim czasie aktów wykonawczych, które mają umożliwić ich stosowanie⁵. Zupełność prawa może być – jak podniesiono wyżej – odnoszona także do sfery jego stosowania. W tym znaczeniu stanowi ona nakaz skierowany do organów stosujących prawo. Nakaz ten wyraża się tak, iż jeśli dana sprawa powinna być rozstrzygnięta w systemie prawa, to na gruncie prawa musi istnieć norma prawna, na podstawie której sprawa zostanie rozstrzygnięta⁶. W tym kontekście zupełność systemu prawa oznacza, że wobec każdego zachowania się podmiotu prawa możliwe jest określenie, czy dane zachowanie jest nakazane, zakazane czy indyferentne prawnie⁷. Zasada zupełności systemu prawa w sferze jego stosowania nakazuje każdemu podmiotowi stosującemu prawo znalezienie normy prawnej mającej zastosowanie do stanu faktycznego, w ramach którego podmiot stosujący prawo rozstrzyga daną sprawę⁸. Można zatem stwierdzić, iż system zupełny to taki system, w którym nie występują luki w prawie. Wskazuje się, że tak długo należy poddawać przepisy wykładni, aż otrzyma się normę, która nie naruszy cech formalnych systemu, a przy tym znajdzie odpowiednie uzasadnienie aksjologiczne w ocenach przypisywanych prawodawcy. Taka interpretacja, podążająca za wytycznymi wykładni funkcjonalnej, opiera się na bardzo istotnym założeniu racjonalności prawodawcy. Racjonalność ta jest wieloaspektowa. Wskazuje się, że może to być: racjonalność językowa (prawodawca doskonale zna dany język i potrafi się nim posługiwać), prakseologiczna, epistemologiczna i aksjologiczna (prawodawca jest konsekwentny w swoich ocenach, które z kolei są odpowiednio uporządkowane w spójny system)⁹.

Wybrane teorie na temat luk w prawie

Kluczowe założenie, z którego prawdziwością należy się zmierzyć, rozważając zagadnienie luk w prawie na tle braku regulacji prawnej, to założenie zupełności systemu prawa, czyli jego wolności od luk, wyrażone przez Hansa Kelsena. Uznawał on, że ocena istnienia luk w prawie to ocena subiektywna o tym, jakie

⁵ Za przykład może posłużyć ustawa z dnia 8 czerwca 2001 r. o zawodzie psychologa i samorządzie zawodowym psychologów (Dz. U. z 2001 r. Nr 73, poz. 763). Brak przepisów wykonawczych oraz niepowołanie regionalnych izb psychologów formalnie uniemożliwia wykonywanie zawodu psychologa.

⁶ R. Sarkowicz, J. Stelmach, *Teoria prawa*, Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1998, s. 145.

⁷ H. Kelsen, *Czysta teoria prawa*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2014, s. 87.

⁸ Z. Ziemiński, *Podstawowe problemy prawoznawstwa*, Warszawa: PWN, 1980, s. 67.

⁹ S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań: Wyd. Ars Boni et Aequi, 2005, s. 89.

prawo być powinno¹⁰. W doktrynie krajowej podobne założenie przyjmował Józef Nowacki, uznając, że luka w prawie występuje tam, gdzie określona sytuacja winna być przez prawo uregulowana, przy czym poczucie powinności uregulowania danej sfery może być wyrażane jako ocena lub jako stwierdzenie faktu¹¹. Najogólniej rzecz ujmując, z luką w prawie mamy do czynienia, wówczas, gdy brak jest odpowiedniego przepisu (normy) prawa bądź istniejący przepis (norma) nie jest taki, jak być powinien. Eugeniusz Smoktunowicz (bazując na poglądach Nowackiego) uznał, że stwierdzanie luk w prawie może wynikać jedynie z postawy oceniającej, która nakazuje patrzeć na prawo przez pryzmat jego celów i tego, jak winno ono wyglądać w rzeczywistości¹². Podobnie (jako tzw. swoistą lukę w prawie) brak regulacji podstawowej określał Jerzy Wróblewski, opisując sytuację, gdy „brak jest normy, która powinna zostać ustanowiona zgodnie z inną normą obowiązującą” (tu: delegacją ustawową). W koncepcji wykładni derywacyjno-walidacyjnej także dostrzega się brak bezpośredniej regulacji wystarczającej do kwalifikacji danego stanu faktycznego, przy zastrzeżeniu, że z regulacji systemu prawa wynika, iż taka regulacja istnieć powinna¹³.

W języku prawniczym możemy wyróżnić kilka rodzajów luk. Na potrzeby niniejszej publikacji zwrócę uwagę na lukę *extra legem* (akt prawny nie wypowiada się o danym stanie faktycznym, chociaż powinien) oraz lukę *intra legem* (akt prawny zawiera mało precyzyjne sformułowania, co skutkuje mało konkretną regulacją)¹⁴. W przypadku luki *extra legem* stwierdzenie luki jest rezultatem ujemnej oceny faktu, iż w prawie nie występuje norma, która w opinii dokonującego oceny powinna obowiązywać. W przypadku luki *contra legem* stwierdzenie luki to efekt ujemnej oceny faktu obowiązywania normy, która według dokonującego oceny powinna zostać derogowana (uchylona). Luka *intra legem* powstaje wówczas, gdy w świetle norm systemu prawa określone postępowanie jest nakazane, a jednocześnie zakazane, zwłaszcza gdy sprzeczność norm nie może być usunięta ze względu na brak odpowiedniej reguły kolizyjnej. Luka ta nie jest luką w systemie norm prawnych, lecz luką w systemie reguł kolizyjnych umożliwiających usunięcie zachodzącej kolizji norm¹⁵. Jak wskazywał Sąd Najwyższy, luka w prawie występuje wówczas, gdy dla określonego stosunku społecznego niebędącego prawnie obojętnym (niepozostającym poza sferą zainteresowania prawa) nie ma normy prawnej – czy to wyraźnej, czy to dającej się wyprowadzić w drodze wykładni¹⁶.

¹⁰ H. Kelsen, *op. cit.*, s. 90.

¹¹ J. Nowacki, *Studia z teorii prawa*, Kraków: Zakamycze, 2003, s. 33.

¹² E. Smoktunowicz, *Analogia w prawie administracyjnym*, Warszawa: PWN, 1970, s. 54.

¹³ Por. J. Wróblewski, *op. cit.*, 408–416.

¹⁴ Z. Ziemiński, *Podstawowe problemy...*, s. 76.

¹⁵ K. Opalek, J. Wróblewski, *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa: PWN, 1969, s. 89.

¹⁶ Uchwała SN z dnia 11 października 1991 r., III CZP 37/91, OSNCP 1992, nr 4, poz. 50.

Mimo szerokiego ujęcia filozofia i teoria prawa nie wypracowały jednolitego stanowiska w zakresie postrzegania istoty pojęcia luki w prawie, a proponowane w nauce typologie luk nieraz bardzo różnią się od siebie. Nie bez przyczyny Zygmunt Ziemiński swoje rozważania na temat podstaw sporów o luki w prawie rozpoczął od zdania: „Są w prawoznawstwie terminy, które zdają się być zrodzone pod nieszczęśliwą gwiazdą nieporozumień i wieloznaczności [...]” oraz „Nie można mówić o «rodzajach» luk w prawie, jako że zazwyczaj rozróżnień luk w prawie nie dokonuje się w oparciu o jakieś «wspólne pojęcie nadrzędne»”¹⁷.

Teoria prawa w szerokim zakresie odniosła się również do kwestii „uzupełniania” (korektury) prawa zawierającego luki. Przede wszystkim połączyła go z postulatem (zasadą) zupełności (czasem również niesprzeczności) systemu prawa, określając m.in. ogólne zasady użycia określonych metod rozumowania prawniczego – zmierzających do wypełniania luk, w szczególności w drodze rozumowania *per analogiam legis*¹⁸. Ilustracją omawianego zagadnienia może być przedstawienie kilku stanowisk judykatury na temat tzw. luki w prawie. Zgodnie ze stanowiskiem Sądu Najwyższego luka w prawie występuje m.in. wtedy, gdy dla danego stanu faktycznego brak jest w ogóle uregulowania¹⁹. W jeszcze innym orzeczeniu Sąd Najwyższy wskazał, że luka w prawie występuje nie tylko wtedy, gdy dla danego stanu faktycznego brak jest w ogóle uregulowania, ale także wówczas, gdy istnieje uregulowanie ogólne, które można odnieść do tego stanu faktycznego, ale które jest całkowicie nieadekwatne do uzasadnionych potrzeb społecznych²⁰. Luka w prawie występuje nie tylko wtedy, gdy dla danego stanu faktycznego brak jest w ogóle uregulowania, ale także wówczas, gdy istnieje uregulowanie ogólne, które można odnieść do owego stanu faktycznego, ale które jest całkowicie nieadekwatne do uzasadnionych potrzeb społecznych²¹.

Model rozumowania per analogiam w dyskursie prawniczym

Budowanie modelu rozumowania przez analogię w dyskursie prawniczym dobrze jest rozpocząć od określenia koncepcji rozumowania i analogii. W codziennym obrocie prawnym wyraz „rozumowanie” nie ma jednego ustalonego znaczenia, a w prawoznawstwie pojęcie rozumowania nie tyle

¹⁷ Z. Ziemiński, *Podstawowe problemy...*, s. 220.

¹⁸ M. Koszowski, *O lukach w prawie rzadko spotykanych słów kilka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej”, 2013, nr 1, s. 109–122.

¹⁹ Wyrok SN z dnia 25 listopada 1997 r. III CKN 264/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 83.

²⁰ Uchwała SN z dnia 26 września 1969 r. III CZP 8/69, OSNCP 1970, nr 6, poz. 97.

²¹ Wyrok SN z dnia 23 marca 1999 r. II CKN 24/98.

jest konstruowane, ile wykorzystywane są różne ujęcia rozumowania, które łączy *de facto* podmiot (jest to aktywność intelektu) oraz funkcja (służąca rozwiązywaniu problemów). Z kolei słowo „analogia” w dyskusjach prawników – praktyków i teoretyków – jest zazwyczaj uznawane za synonim „podobieństwa” lub postrzegane jako nazwa pewnej odmiany rozumowania dotyczącego podobieństwa. Analogię można zdefiniować jako rozumowanie, w którym na podstawie jednego przypadku orzekamy o właściwościach innego przypadku, będącego w jakiś sposób podobnym do pierwszego. W tym celu pierwszy przypadek powinien być dostatecznie znany, tzn. musimy wiedzieć nie tylko, jakie są jego cechy wspólne z drugim przypadkiem, ale również znać te właściwości pierwszego, które chcemy przypisać przypadkowi drugiemu. Jest więc to rodzaj rozumowania od znanego ku nieznanemu, pozwalający nam wzbogacić naszą dotychczasową wiedzę o twierdzenia nowe, dotychczas w ogóle nieznane. Wnioskowanie przez analogię w powszechnym rozumieniu polega na „stosowaniu jakiegoś przepisu czy normy prawnej do przypadku podobnego, lecz przez przepisy prawa nieunormowanego”²². Wnioskowanie *per analogiam* jest zatem sposobem rozstrzygania przypadków nieunormowanych przepisami – środkiem służącym do wypełniania różnego rodzaju luk w prawie. Istota analogii tkwi we wnioskowaniu opartym na podobieństwie²³. Dla Tadeusza Kotarbińskiego *analogia legis* zachodzi, gdy uzasadniamy rozstrzygnięcie sprawy w danym przypadku przez powołanie się na przepis wydany dla przypadku podobnego²⁴. Marek Król uważa, że *analogia legis* jest stosowaniem do przypadku nieuregulowanego zasady prawnej o węższym zakresie, zawartej w jednym przepisie, zawierającej szereg cech podobnych do stanu faktycznego, który powinien być ustawowo uregulowany²⁵. Według Aleksandra Woltera *analogia legis* polega na tym, że do danego stosunku prawnego stosuje się normę prawną, która dotyczy wprawdzie innego, ale podobnego stanu faktycznego; chodzi przy tym o podobieństwo prawne, a więc o stwierdzenie, że różnice w stanie faktycznym dotyczą momentów nieistotnych z punktu widzenia celu dyspozycji prawnej, z punktu widzenia tzw. *ratio legis* (według znanej paremii: *ubi eadem legis ratio ibi eadem dispositio*)²⁶. Jak pisze Lech Morawski, „istotne podobieństwo faktów, które

²² J. Nowacki, *Analogia legis*, Warszawa: PWN, 1966, s. 9.

²³ *Ibidem*, s. 11.

²⁴ T. Kotarbiński, *Kurs logiki dla prawników*, Warszawa: PWN, 1974, s. 76.

²⁵ M. Król, *Analogia i argumentum a contrario w bieżącym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego. Nauki Humanistyczno-Społeczne”, 1961, z. 22, s. 110–121.

²⁶ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska 1996, s. 87.

decyduje o zastosowaniu analogii, może wynikać zarówno z fizycznego podobieństwa faktów, jak i z porównania celów regulacji, co wyraża stara formuła *ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio* (gdzie taki sam cel, tam taka sama dyspozycja ustawy)²⁷.

Z powyższych definicji rysuje się pewien schemat wnioskowania *per analogiam*: ustalenie, że jakiś fakt jest objęty unormowaniem prawnym, stwierdzenie podobieństwa między nim, a nieunormowanym innym faktem do niego podobnym, a na końcu – ustalenie (w oparciu o stwierdzone podobieństwo) takich samych albo podobnych skutków prawnych dla faktu porównywanego. Jak już podkreślono, *analogia legis* jest wnioskowaniem prawniczym, którego głównym zadaniem jest wypełnianie luk w prawie, choć wskazuje się inne cele jej zastosowania: usunięcie wątpliwości, jakie nasuwa sformułowanie przepisu albo modernizacja przepisu.

Na potrzeby niniejszej analizy warto rozróżnić analogię *intra legem* oraz analogię *extra legem*. W pierwszym przypadku wnioskowanie przez analogię nie wychodzi poza bezpośredni zakres regulacji prawnej, w drugim zaś ten zakres przekracza. W tym miejscu należy również wspomnieć o konieczności oddzielenia od siebie *analogii legis* oraz *analogii iuris*²⁸. *Analogia legis* występuje w sytuacji stosowania jakiegoś przepisu prawa do zdarzeń podobnych, natomiast *analogia iuris* występuje w sytuacji, gdy podstawę do wnioskowania wywodzi się z treści postanowień systemu prawa jako całości bądź z części postanowień tego systemu (np. danej gałęzi czy działu prawa) albo też stosuje się ogólne zasady obowiązującego ustawodawstwa. O wyborze jednego z dwóch konkurencyjnych wnioskowań nie decydują przesłanki wynikające z zasad logiki formalnej, lecz elementy ocenne i wartościujące, przyjmowane przez podmiot dokonujący wykładni²⁹.

Dopuszczalność stosowania analogii

Pierwszym warunkiem, który musi zaistnieć, by można było podjąć wnioskowanie *per analogiam*, jest ustalenie, że rozstrzygany przypadek nie jest unormowany przepisami, czyli istnieje tzw. luka w prawie. Analogia jest nierozdzielnie związana z problematyką luk prawnych, a w doktrynie powszechny jest pogląd, że do metod usuwania luk należy zaliczyć oba wyżej wskazane rodzaje analogii³⁰. Jak wskazywał Sąd Najwyższy, luka w prawie występuje wówczas, gdy dla określonego stosunku społecznego niebędącego prawnie

²⁷ L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń: „Dom Organizatora” 1998, s. 189.

²⁸ Z. Ziemiński, *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa: PWN, 1974, s. 109.

²⁹ M. Koszowski, *op. cit.*

³⁰ W. Lang, J. Wróblewski, S. Zawadzki, *op. cit.*, s. 123.

obojętnym (niepozostającym poza sferą zainteresowania prawa) nie ma normy prawnej – czy to wyraźnej, czy to dającej się wyprowadzić w drodze wykładni. W takiej sytuacji wnioskowanie *per analogiam* stanowi środek służący do wypełnienia występującej luki w prawie³¹.

Kolejnym warunkiem dopuszczalności stosowania *per analogiam* jest istnienie podobieństwa pomiędzy stanem faktycznym nieunormowanym przepisami, a stanem faktycznym unormowanym przepisami. Podobieństwo, które stanowi warunek stosowania analogii, może polegać zarówno na podobieństwie faktycznym nieuregulowanej i uregulowanej sytuacji, jak i na podobieństwie celów regulacji. W tym drugim przypadku rozumowanie z analogii zbliża się do reglacji z racji normy prawnej *ratio legis*. Wyraża się to w paremii: *ubi eadem legis ratio ibi eadem legis disposito* (gdzie taki sam cel, tam ta sama dyspozycja ustawy). Warto w tym miejscu przytoczyć tezę uchwały, w której Sąd Najwyższy stwierdza, że „zasadniczą przesłanką sięgania do analogii z ustawy jest podobieństwo stanów faktycznych, przy takim samym motywie legislacyjnym (*ratio legis*)”³². Warunkiem zastosowania analogii jest ustalenie, że *ratio legis* jest wspólna dla obydwu przypadków, przy czym rozszerzenie zakresu stosowania danego przepisu może zmierzać tylko w kierunku objętym jego racją, nie zaś w kierunku dowolnym. Wzięcie pod uwagę *ratio legis* przy wnioskowaniu *per analogiam* nie wyklucza rozstrzygnięcia negatywnego, tzn. „rozumowanie przez analogię może niekiedy doprowadzić do wniosku, że określona norma nie znajduje uzasadnienia w preferencjach i ocenach prawodawcy, a więc *a contrario* [...] nie jest z woli prawodawcy obowiązującą normą prawną”. Zgodnie z kolejnym poglądem podobieństwo musi być ustalane nie pomiędzy faktami czy przypadkami, lecz pomiędzy postanowieniami jakiegoś przepisu prawa a przypadkiem nieunormowanym przepisami. *Analogia legis* polega na rozciągnięciu wyraźnych postanowień jakiegoś przepisu na przypadki zakresem tego przepisu nieobjęte³³. Punktem wyjścia są w omawianej koncepcji postanowienia przepisu prawa, które to zostaną lub nie zostaną *per analogiam* zastosowane do przypadku rozstrzyganego. Należy przy tym zaznaczyć, iż „bywa jednak i tak, że punkt wyjścia stanowi rozstrzygany przypadek, dla którego poszukuje się rozstrzygnięcia w postanowieniach przepisu podobnego czy też najbardziej podobnego”³⁴. Podobne stanowisko przyjął Sąd Najwyższy, wskazując, że odpowiedź na pytanie, czy w danym przypadku

³¹ Postanowienie SN z dnia 25 maja 2001 r., WA 15/2001.

³² Uchwała Sądu Najwyższego z 11.10.1991 r. III CZP 37/91. OSCN 1992, nr 4, poz. 50.

³³ K. Stefaniuk, Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 1984 r., III CZP 42/84, OSPiKA 1986, nr 5, poz. 6.

³⁴ J. Nowacki, *Analogia legis*..., s. 170.

można zastosować wnioskowanie przez analogię, uzależniona jest od tego, czy w konkretnym przypadku istnieją podstawy jej stosowania, czyli: czy istnieje luka w prawie, czy istnieje dostateczne podobieństwo rozpatrywanego stanu faktycznego ze stanem objętym hipotezą danej normy oraz – czy w przypadku obydwu stanów występuje ta sama myśl legislacyjna³⁵. Wymienione wyżej warunki nie są jednak wystarczającymi. Konieczne jest również stwierdzenie, że wybrany przepis w ogóle można odnieść do przypadku nieunormowanego, uznanego za podobny do unormowanego, chodzi zatem o brak okoliczności wykluczających stosowanie *analogia legis*. Teoria i praktyka stosowania prawa pokazują, że nie można wnioskować przez analogię, gdy z samego sformułowania bądź z treści postanowień danego przepisu prawa wynika, że chodzi w nim o wiązanie skutków prawnych wyłącznie z faktami w przepisie tym określonymi. Chodzi zatem o przepis, którego dyspozycję zastosować można wyłącznie w warunkach wymienionych w treści tego przepisu, choć zaznacza się, że „bywa jednak i tak, że wówczas, gdy ze sformułowania bądź z treści określonego przepisu prawa wynikałoby, iż skutki prawne należałoby wiązać tylko z przypadkami w przepisie tym wymienionymi, to jednak postanowienia tegoż przepisu bywają stosowane również do przypadków w nim niewymienionych”. Należy przy tym podkreślić, że ustalenie, czy istnieje możliwość wnioskowania przez analogię z danego przepisu, jest uzależnione od przyjęcia zasady: co nie jest wyraźnie nakazane czy zakazane, jest prawnie dozwolone, lub też zasady odmiennej – co nie jest wyraźnie unormowane, jest prawnie irrelevantne³⁶. Z powyższego wynika, iż model rozumowania *per analogiam* w dyskursie prawniczym sprowadzić zatem można do trzech zasad. W pierwszej kolejności musimy mieć do czynienia z luką w prawie. Drugą zasadę określają porównywane obiekty (czyli treści, w których podobieństwo jest poszukiwane przez prowadzącego rozumowanie). Tę zasadę można wyrazić za pomocą pytania: co należy porównywać w rozumowaniu z podobieństwa w dyskursie prawniczym? Skoro zaś, na skutek stwierdzenia analogii, prowadzący rozumowanie zmienia pojmowanie regulacji prawnej, to drugą kwestię da się wyrazić następująco: jak w takim rozumowaniu można zmienić pojmowanie regulacji prawnej? Ostatnia z zasad ma charakter złożony. Organizują ją okoliczności wyłączające stosowanie regulacji *per analogiam* (mimo że podobieństwo zostało stwierdzone). Powyższa zasada rozumowania przez analogię w dyskursie prawniczym ma więc postać: w jakich okolicznościach nie jest dopuszczalne zastosowanie prawa w drodze analogii?

³⁵ Wyrok SN z dnia 23 marca 1999 r., II CKN 24/98, OSNC 1999, nr 11, poz. 187.

³⁶ J. Nowacki, *Analogia legis...*, s. 170.

Zakaz stosowania analogii legis

Zakaz stosowania analogii uzależniony jest od istoty konkretnej gałęzi prawa. Zasadnicze znaczenie ma tu fakt, czy dany system ze względu na swoją istotę powinien być systemem zamkniętym o wyraźnie zarysowanych konturach czy też systemem otwartym³⁷. Sąd Najwyższy stwierdza, iż w polskim prawie cywilnym ze względu na otwartość i niezupełność regulacji przyjmuje się generalnie, że analogia jest dopuszczalna. Rozumowanie przez analogię jest więc uznanym i przyjętym sposobem stosowania prawa cywilnego i to nie tylko w wypadkach wyraźnie wskazanych w przepisach prawnych³⁸. Dopuszczalność stosowania analogii przesądził sam Trybunał Konstytucyjny: w jednym ze swych orzeczeń *expressis verbis* stwierdził, iż „przy usuwaniu luk nie powinno się wykluczać korzystania z analogii, i to zarówno z ustawy, jak i z prawa”³⁹. W prawie cywilnym korzystanie z *analogia legis* jest zjawiskiem powszechnym⁴⁰. Warunkiem jest jednak spełnienie kryteriów dopuszczalności tego rodzaju wnioskowania⁴¹. Przenosząc zasygnalizowane powyżej ustalenia na grunt prawa administracyjnego, należy stwierdzić, iż w polskim prawie administracyjnym brak jest unormowania generalnie odnoszącego się do analogii. Wynika to poniekąd z braku przepisów ogólnych prawa administracyjnego, gdzie taka regulacja mogłaby się znaleźć, czyli gdy norma znaleziona w drodze analogii jest wolą władcy – wówczas norma ta jest prawem pozytywnym, choć niesformułowanym i nie trzeba wyraźnie sformułowanego przepisu prawa ani na dopuszczenie analogii, ani na jej wykluczenie⁴². Smoktunowicz dostrzega w orzecznictwie sądowym i administracyjnym stosowanie analogii. Według autora taka praktyka jest spowodowana obawą, czy analogia jest narzędziem dopuszczonym w wykładni prawa administracyjnego⁴³. Autor dostrzega korzyści, jakie miałyby przynieść włączenie wnioskowania *per analogiam* do zestawu narzędzi, którymi można posługiwać się w procesie wykładni i stosowania prawa. Przyczyniałoby się to do doskonalenia praktyki administracyjnej, prawo administracyjne jest bowiem szczególnie podatne na powstawanie w nim luk – analogia pozwoliłaby na ich wypełnienie (przynajmniej niektórych z ich rodzajów), zanim ustawodawca dokona niezbędnych zmian w regulacjach prawnych. Miałyby to również sprzyjać

³⁷ R. Mastalski, *Wprowadzenie do prawa podatkowego*, Warszawa: C.H. Beck, 1995, s. 342.

³⁸ Orzeczenie SN z 25 maja 2001 r., WA 15/01, OSNKW 2001/9-10/81.

³⁹ Orzeczenie TK z 8 listopada 1994 r., P 1/94, OTK 1994/2/37.

⁴⁰ A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa: PWN, 1984, s. 211.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² S. Rosmarin, *Prawo podatkowe a prawo prywatne w świetle wykładni prawa*, Lwów: Towarzystwo Naukowe, 1939, s. 232.

⁴³ E. Smoktunowicz, *Analogia w prawie...*, s. 93.

wymaganiom precyzyjnego rozumienia i stosowania prawa poprzez przeciwdziałanie skłonności do naciągania prawa w razie istnienia luk i jednocześnie przekonania, że nie powinno mieć miejsca powstrzymywanie się od działania⁴⁴.

Generalnym ograniczeniem jest zakaz posługiwania się analogią na niekorzyść jednostki, gdyż obok zasady *nulla poena sine lege* norma taka wytworzyła się w dziedzinie administracji publicznej, w szczególności gdy chodzi o stosowanie władzy wobec jednostek, o ingerencję państwa, ograniczenie w wolności i mieniu. W prawie podatkowym natomiast stosowanie *per analogiam* rozwiązań normatywnych z innej ustawy podatkowej niż mająca wprost zastosowanie do określonego zdarzenia (*analogia legis*) jest możliwe – na zasadzie wyjątku – tylko wówczas, gdy wypełnienie istniejącej luki legislacyjnej jest korzystne dla podatnika, nie nastąpi rozszerzenie zakresu jego obowiązków daninowych, ale także zakresu ulg podatkowych, i tylko w ten sposób uniknąć można naruszenia konstytucyjnych zasad sprawiedliwości czy też równości, a nadto jest to racjonalne ze względów ekonomicznych i społecznych⁴⁵. Stosowanie przepisów w drodze analogii, dopuszczalne w innych dziedzinach prawa dla wypełniania w nim luk, jest w prawie karnym zabronione w tym zakresie, w jakim miałyby prowadzić do odpowiedzialności karnej osoby, której czyn nie wypełnia znamion żadnego z przestępstw opisanych w ustawie karnej⁴⁶. Sytuacja ta nie jest bowiem luką w prawie karnym, lecz oznacza, że prawo karne sytuację tę milcząco uregulowało, nie uznając czynu za przestępny (nawet jeżeli według aktualnych ocen społecznych wydaje się on być karygodny). W Polsce zakaz stosowania analogii konstytuującej odpowiedzialność karną wynika z art. 1 § 1 KK. Gdyby analogia była dopuszczalna, oznaczałoby to, że jednostka mimo przestrzegania obowiązujących przepisów może narazić się na odpowiedzialność karną, jeżeli popełni czyn analogiczny, podobny do czynu zabronionego pod groźbą kary. Oznaczałoby to znaczne osłabienie bezpieczeństwa prawnego, gdyż reakcja organów państwowych w zakresie ścigania przestępstw stałaby się znacznie mniej przewidywalna. W prawie karnym mamy do czynienia z zakazem stosowania analogii w zakresie wyczerpania znamion czynu zabronionego⁴⁷. W prawie karnym z zasady *nullum crimen sine lege* wyprowadza się zakaz stosowania analogii na niekorzyść oskarżonego. Podkreśla się przy tym, że teoretycznie możliwe jest stosowanie – także w sferze przepisów prawa karnego materialnego – analogii na korzyść oskarżonego. Dopuszczalność stosowania analogii w prawie karnym

⁴⁴ *Idem*, *Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Kodeks postępowania administracyjnego*, Warszawa: PWN, 1994, s. 47–48.

⁴⁵ B. Brzeziński, *Podstawy wykładni prawa podatkowego*, Gdańsk: Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, 2008, s. 132.

⁴⁶ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2020, s. 452.

⁴⁷ Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2021 r. II DK 44/21.

procesowym przyjmuje się tylko wtedy, gdy analogia ta nie dotyczy przepisów o charakterze wyjątkowym, nie prowadzi do ograniczenia praw lub interesów uczestników postępowania, a zwłaszcza oskarżonego. Należy pamiętać, że stosowanie analogii zawsze doprowadzi do wyjścia poza możliwy sens ustawy, który – jak się powszechnie przyjmuje – stanowi granicę interpretacji przepisów⁴⁸. Powyższe nie oznacza, że możliwe językowe znaczenie tekstu jest barierą bezwzględną interpretacji tekstu prawnego, lecz do jej przekroczenia niezbędne jest silne uzasadnienie aksjologiczne, odwołujące się przede wszystkim do wartości konstytucyjnych. Warto przy tym zwrócić uwagę na fakt, że prawo dociera do adresatów w postaci tekstu przepisów prawnych i mogą oni oczekiwać, że ich obowiązki i uprawnienia będą kształtowane treścią tekstu prawnego. Stosowanie innych metod wykładni prawa ogranicza pewność prawa⁴⁹.

Zakończenie

Analogia należy do jednych z najbardziej nurtujących i zarazem najbardziej zagadkowych rozumowań. Jest jednym z typów rozumowania prawniczego, zmierzającego do przełożenia przepisów prawnych na odpowiadające im normy prawne. Istota analogii tkwi we wnioskowaniu opartym na podobieństwie. Rozumowanie to wskazuje, jakie reguły wnioskowania z faktu obowiązywania w danym systemie jakiejś normy prawnej należy uznać za wiążące w sytuacji obowiązywania w nim innych norm. Jest ona także *stricte* związana z problematyką luk w prawie. I chociaż zagadnienie luk w prawie zaczyna pojawiać się coraz częściej w publikacjach naukowych, to jednak brak jest w nauce polskiej całościowego, monograficznego opracowania poświęconego wyłącznie temu zagadnieniu. Analogia wskazuje, jakie reguły wnioskowania z faktu obowiązywania w danym systemie jakiejś normy prawnej należy uznać za wiążące w sytuacji obowiązywania w nim innych norm. Z analizy istniejącego dorobku naukowego można wywnioskować, że doktryna prawa podchodzi do zagadnienia luk w prawie z dużą ostrożnością. Wiele rozbieżności i niejasności zaobserwować można również nawet w samym pojmowaniu analogii, postrzeganej jako metoda na uzupełnianie luk w prawie, którą jednak trudno jest nieraz – nawet w sensie teoretycznym – odróżnić od stosowania wykładni rozszerzającej lub zawężającej. W literaturze przedmiotu nierzadko spotkać można też twierdzenia, że odpowiedź na pytania, czy istnieją luki w prawie i jak je postrzegać (czy je wypełniać?), determinowana jest przyjęciem określonej koncepcji systemu

⁴⁸ J. Berg, B. Namysłowska-Gabrysiak, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa: C.H. Beck, 2019, s. 145.

⁴⁹ P. Hofmański, E. Zabłocki, *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2011, s. 123.

prawa. Jest to w pełni zrozumiałe. Ostrożność ta wynika z roli, jaką w życiu prawnym przypisuje się zasadzie legalności (ewentualnie też praworządności). Należy podkreślić, że większość, jeżeli nawet nie wszystkie, sposoby myślenia prawników dają się przedstawić w postaci rozumowań *per analogiam*. Sam fakt stosowania analogii jest przy tym zupełnie niezależny od tego, czy podmiot stosujący prawo jest świadomy struktury procesu, za pomocą którego stawia swoje twierdzenia i je uzasadnia. Wskazane okoliczności – w połączeniu z założeniem, iż w modelu tym chodzi o dane podstawowe i niesporne – usprawiedliwiają następujące konwencje: przyjmują, że rozumowanie jest to aktywność intelektualna, ukierunkowana na rozwiązywanie zadań (problemów). Z racji tych właśnie „ekspansywnych” właściwości analogia w zastosowaniach prawniczych jest w pierwszej kolejności postrzegana jako sposób na wypełnianie tzw. luk w prawie, a więc poradenia sobie z sytuacją, gdy brak jest jakiegokolwiek przepisu prawa, który obejmowałby swoim zakresem fakty aktualnie rozstrzyganej sprawy. W takiej sytuacji należy odnaleźć przepis mający zastosowanie w sprawach podobnych i powołując się na wnioskowanie *per analogiam*, rozstrzygnąć na jego podstawie sprawę bieżącą. Możliwość zastosowania tego rodzaju wnioskowania uzależniona jest jednak zarówno od spełnienia odpowiednich warunków, jak i od braku okoliczności wykluczających stosowanie *analogia legis* oraz braku zakazu stosowania *analogia legis* w obrębie konkretnych gałęzi prawa.

Bibliografia

- Berg J., Namysłowska-Gabrysiak B., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa: C.H. Beck, 2019.
- Brzeziński B., *Podstawy wykładni prawa podatkowego*, Warszawa: Ośrodek Doradztwa i Doskonalenia Kadr, 2008.
- Hofmański P., Zabłocki E., *Elementy metodyki pracy sędziego w sprawach karnych*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2011.
- Kelsen H., *Czysta teoria prawa*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2014.
- Korybski A., Leszczyński L., Pieniążek A., *Wstęp do prawoznawstwa*, Lublin: Wydawnictwo Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej, 2011.
- Koszowski M., *O lukach w prawie rzadko spotykanych słów kilka*, „Archiwum Filozofii Prawa i Filozofii Społecznej”, 2013, nr 1, s. 109–122.
- Kotarbiński T., *Kurs logiki dla prawników*, Warszawa: PWN, 1974.
- Król M., *Analogia i argumentum a contrario w bieżącym orzecznictwie Sądu Najwyższego*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Łódzkiego. Nauki Humanistyczno-Społeczne” 1961, nr 22, s. 110–124.
- Lang W., Wróblewski J., Zawadzki S., *Teoria państwa i prawa*, Warszawa: PWN, 1979.
- Langer T., Jabłońska-Bonca J., *Wstęp do prawoznawstwa*, Gdańsk: Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, 1983.
- Mastalski R., *Wprowadzenie do prawa podatkowego*, Warszawa: C.H. Beck, 1995.

- Morawski L., *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń: „Dom Organizatora”, 1998.
- Nowacki J., *Analogia legis*, Warszawa: PWN, 1996.
- Nowacki J., *Studia z teorii prawa*, Kraków: Zakamycze, 2003.
- Opalek K., Wróblewski J., *Zagadnienia teorii prawa*, Warszawa: PWN, 1969.
- Rosmarin S., *Prawo podatkowe a prawo prywatne w świetle wykładni prawa*, Lwów: Towarzystwo Naukowe, 1939.
- Sarkowicz R., Stelmach J., *Teoria prawa*, Kraków: Wydawnictwo Uniwersytetu Jagiellońskiego, 1998.
- Smoktunowicz E., *Analogia w prawie administracyjnym*, Warszawa: PWN, 1970.
- Smoktunowicz E., *O lukach w prawie administracyjnym*, „Państwo i Prawo” 1970, nr 7.
- Smoktunowicz E., *Orzecznictwo Sądu Najwyższego i Naczelnego Sądu Administracyjnego. Kodeks postępowania administracyjnego*, Warszawa: PWN, 1994.
- Stawecki T., Winczorek P., *Wstęp do prawoznawstwa*, Warszawa: C.H. Beck, 2003.
- Stefaniuk K., Głos do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 18 lipca 1984 r., III CZP 42/84, OSPiKA 1986, nr 5, poz. 6.
- Stelmachowski A., *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa: PWN, 1984.
- Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2020.
- Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 1996.
- Wronkowska S., *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań: Wyd. Ars Boni et Aequi, 2005.
- Wróblewski J., *Modele systemów norm a system prawa*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1969, nr 2.
- Ziembiński Z., *Metodologiczne zagadnienia prawoznawstwa*, Warszawa: PWN, 1974.
- Ziembiński Z., *Podstawowe problemy prawoznawstwa*, Warszawa: PWN, 1980.

Dokumenty prawne

- Orzeczenie TK z 8 listopada 1994 r., P 1/94, OTK 1994/2/37.
- Orzeczenie TK z 4 października 1995 r., K. 8/95, OTK 1995, cz. II, poz. 28, s. 33.
- Postanowienie SN z 25 maja 2001 r., WA 15/01, OSNKW 2001/9-10/81.
- Uchwała SN z dnia 26 września 1969 r., III CZP 8/69, OSNCP 1970, nr 6, poz. 97.
- Uchwała SN z dnia 11 października 1991 r., III CZP 37/91, OSNCP 1992, nr 4, poz. 50.
- Wyrok SN z dnia 25 listopada 1997 r., III CKN 264/97, OSNC 1998, nr 5, poz. 83.
- Wyrok SN z dnia 23 marca 1999 r., II CKN 24/98, OSNC 1999, nr 11, poz. 187.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 9 lutego 2021 r., II DK 44/21.

Streszczenie **Zupełność systemu prawa.** ***Analogia legis* jako metoda uzupełniania luk w prawie**

Głównym analizowanym problemem badawczym podjętym w niniejszym artykule jest podejście do zagadnienia stosowania prawa na zasadzie analogii, a konkretnie – wnioskowania *per analogiam* o obowiązywaniu danej normy prawnej z przepisu prawnego (*analogia legis*), tudzież z prawa w ogóle (*analogia iuris*), co stanowi nie tyle odrębną me-

tość stosowania prawa, co metodę jego interpretacji. Mówić tu należy o wykładni *sensu largo* – wnioskowaniu prawniczym opartym na stosunku podobieństwa, zmierzającym do sformułowania w oparciu o aksjologię systemu prawnego przesłanki większej sylogizmu prawniczego na potrzeby danej sprawy.

Słowa kluczowe: *analogia legis*, wnioskowania prawnicze, luka w prawie, zupełność prawa, system prawa

Abstract

Completeness of the legal system.

The *legis analogy* as a method of filling gaps in the law

The main research problem analyzed in this article is the approach to the issue of applying the law by analogy, and specifically – inference per analogy about the validity of a given legal norm from a legal provision (*analogy legis*), or from law in general (*analogy iuris*). At the same time, it is not so much a separate method of applying the law as a method of its interpretation. We should talk here about the interpretation of the *largo sense* – a legal inference based on a relationship of similarity, aimed at formulating on the basis of the axiology of the legal system the premise of a greater legal syllogism for the needs of a given case.

Key words: *analogy legis*, legal inference, gaps in law, completeness of law, legal system

Adam Wróbel

dr, Uniwersytet Humanistyczno-Przyrodniczy im. Jana Długosza w Częstochowie
<https://orcid.org/0000-0002-9315-0213>
a.wrobel@uj.edu.pl

Zasada terytorialności w kontekście przepisów Kodeksu karnego, Kodeksu karnego skarbowego i Kodeksu wykroczeń

Wprowadzenie

Autor podnosi kwestię zasady terytorialności określonej w Kodeksie karnym¹, Kodeksie wykroczeń² oraz Kodeksie karnym skarbowym³. Podejmuje próbę nakreślenia desygnatów pojęć użytych w przepisach określających postać zasady terytorialności. Odwołuje się przede wszystkim do konkretnych regulacji normatywnych: ustaw, umów międzynarodowych, rozporządzeń. Niemniej wskazuje również na poglądy doktrynalne oraz jurydyczne odnoszące się do analizowanej problematyki.

Zasada terytorialności ujęta została w:

- Kodeksie karnym w art. 5 i art. 115 § 15. Zgodnie z tymi przepisami ustawę karną polską stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym, chyba że umowa międzynarodowa, której Rzeczpospolita Polska jest stroną, stanowi inaczej (art. 5)⁴; w rozumieniu Kodeksu

¹ Dz.U. z 2021 r., poz. 2345 tekst jedn. ze zm.; dalej także: k.k.

² Dz.U. z 2021 r., poz. 2008 tekst jedn. ze zm.; dalej także k.w.

³ Dz.U. z 2022 r., poz. 859 tekst jedn. ze zm.; dalej także k.k.s.

⁴ Jak podnosi się w judykaturze: „Przepis art. 5 k.k. formułuje podstawową normę prawa międzynarodowego wprowadzającą zasadę terytorialną odpowiedzialności karnej. Pozostałe zasady tego prawa odnoszą się do przestępstw popełnionych za granicą i zawarte są w rozdziale XIII kodeksu karnego. Zaznaczyć przy tym trzeba, że stan prawny obowiązujący w Polsce w zakresie międzynarodowego prawa karnego wynika nie tylko z przepisów kodeksu karnego i ustaw dodatkowych, ale w dużym stopniu z przyjętych przez Polskę zobowiązań wynikających z ratyfikowanych porozumień międzynarodowych”; wyrok SA w Warszawie z 19 stycznia 2000 r., II AKa 494/99, LEX nr 1681155. Jako przykład wskazanych porozumień, o których mowa

karnego za statek wodny uważa się także stałą platformę umieszczoną na szelfie kontynentalnym (art. 115 § 15);

- Kodeksie wykroczeń w art. 3 § 1; wedle tego artykułu, na zasadach określonych w Kodeksie wykroczeń, odpowiada ten, kto popełnił wykroczenie na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym⁵;
- Kodeksie karnym skarbowym w art. 3 § 2, art. 53 § 9 i 10; zgodnie z art. 3 § 2 k.k.s., przepisy Kodeksu karnego skarbowego stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jak również na polskim statku wodnym lub powietrznym, chyba że kodeks stanowi inaczej⁶; za statek wodny uważa się także stałą platformę umieszczoną na szelfie kontynentalnym (art. 53 § 10)⁷; w rozumieniu Kodeksu karnego skarbowego zasada terytorialności z art. 3 § 2 k.k.s. obejmuje również znajdującą się poza morzem terytorialnym wyłączną strefę ekonomiczną, w której Rzeczpospolita Polska na podstawie prawa wewnętrznego

w powyżej wymienionym judykacie, wskazać można: umowę między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o wzmocnionej współpracy obronnej, podpisaną w Warszawie 15 sierpnia 2020 r., Dz.U. z 2020 r., poz. 2153, umowę między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Austrii o wzajemnym wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach karnych, sporządzoną w Wiedniu 19 kwietnia 1990 r., Dz.U. z 1991 r., Nr 14, poz. 58, umowę między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych, sporządzoną w Kijowie 24 maja 1993 r., Dz.U. z 1994 r., Nr 96, poz. 465 ze zm., umowę w sprawie siedziby między Rzeczpospolitą Polską a Europejską Agencją Straży Granicznej i Przybrzeżnej (Frontex), podpisaną w Warszawie 9 marca 2017 r., Dz.U. z 2017 r., poz. 1939 czy umowę między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Międzynarodową Organizacją Policji Kryminalnej – Interpol dotyczącą przywilejów i immunitetów podczas 47. Europejskiej Konferencji Regionalnej, podpisaną w Lyonie dnia 9 kwietnia 2019 r., Dz.U. z 2019 r., poz. 1165.

- ⁵ Według art. 3 § 2 k.w. odpowiedzialność za wykroczenie popełnione za granicą zachodzi tylko wtedy, gdy przepis szczególnie taką odpowiedzialność przewiduje. W judykaturze podaje się przykład wyjątku, o którym mowa w art. 3 § 2 k.w.: „artykuł 7 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa (Dz.U. Nr 162, poz. 1117) jest przepisem szczególnym w rozumieniu art. 3 § 2 k.w.; tym samym może stanowić podstawę odpowiedzialności za wykroczenia popełnione przez żołnierzy wchodzących w skład jednostek wojskowych wykonujących zadania poza granicami państwa”; teza do uchwały SN z 25 maja 2004 r., WZP 1/04, LEX nr 106997. *Verba legis*, wskazany wyżej przepis art. 7 ust. 1 stanowi, że osoby wchodzące w skład jednostek wojskowych wykonujących zadania poza granicami państwa podlegają na terytorium państwa obcego przepisom dyscyplinarnym, karnym i porządkowym obowiązującym w Rzeczypospolitej Polskie.
- ⁶ W kontekście wskazanego w art. 3 § 2 k.k.s. odmiennego ustanowienia kodeksowego: art. 3 § 5 k.k.s. określa wprost, że przepisy kodeksu stosuje się także do obywateli polskich oraz cudzoziemców, którzy przebywając na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, nakładają lub udzielają pomocy do popełnienia za granicą przestępstwa skarbowego skierowanego przeciwko interesom finansowym Wspólnot Europejskich, określonego w rozdziale 6 i 7 działu II tytułu I.
- ⁷ Jak trafnie zauważa się w doktrynie, art. 53 § 10 k.k.s. jest odpowiednikiem art. 115 § 15 KK; L. Wilk [w:] L. Wilk, J. Zagrodnik, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa: Legalis, 2021, komentarz do art. 3, s. 2 [dostęp: 22.01.2021].

i zgodnie z prawem międzynarodowym wykonuje prawa odnoszące się do badania i eksploatacji dna morskiego i jego podglebia oraz ich zasobów naturalnych (art. 53 § 9).

W związku z powyższym już *prima vista* nastręcza się konieczność wyjaśnienia takich pojęć użytych przez ustawodawcę, jak: a) terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, polski statek wodny, polski statek powietrzny – które występują w powyżej wskazanych przepisach Kodeksu karnego, Kodeksu wykroczeń oraz Kodeksu karnego skarbowego; b) stałej platformy umieszczonej na szelfie kontynentalnym – które to pojęcie znajduje się w przytoczonych powyżej regulacjach Kodeksu karnego oraz Kodeksu karnego skarbowego; c) znajdującej się poza morzem terytorialnym wyłącznej strefy ekonomicznej, w której Rzeczpospolita Polska na podstawie prawa wewnętrznego i zgodnie z prawem międzynarodowym wykonuje prawa odnoszące się do badania i eksploatacji dna morskiego i jego podglebia oraz ich zasobów naturalnych – które występuje w powyżej wskazanym przepisie Kodeksu karnego skarbowego.

Terytorium Rzeczypospolitej Polskiej

Terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oddzielone jest granicą państwową (a jest nią powierzchnia pionowa przechodząca przez linię graniczną) od terytoriów innych państw i od morza pełnego; nadto granica państwowa rozgranicza również przestrzeń powietrzną, wody i wnętrze ziemi (art. 1 ustawy z 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej⁸). Przebieg granicy państwowej na lądzie oraz rozgraniczenia morskich wód wewnętrznych i morza terytorialnego z państwami sąsiednimi są określone w umowach międzynarodowych zawartych przez Rzeczpospolitą Polską (art. 2 o.g.p.).

Granica państwowa na morzu przebiega w odległości 12 mil morskich od linii podstawowej, która jest określona w odrębnych przepisach, lub po zewnętrznej granicy red włączonych do morza terytorialnego (art. 3 o.g.p.)⁹. Morskie wody terytorialne należące do Rzeczypospolitej Polskiej określane są jako morze terytorialne Rzeczypospolitej Polskiej. Polskim morzem terytorialnym jest obszar wód morskich o szerokości 12 mil morskich (22 km i 224 m), liczonych od linii podstawowej tego morza (art. 5 ust. 1 ustawy z 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej¹⁰). Linię podstawową morza terytorialnego stanowi linia łącząca odpowiednie punkty

⁸ Dz.U. z 2019 r., poz. 1776 tekst jedn.; dalej także: o.g.p.

⁹ Zob. szerzej: rozporządzenie Rady Ministrów z 13 stycznia 2017 r. w sprawie szczegółowego przebiegu linii podstawowej, zewnętrznej granicy morza terytorialnego oraz zewnętrznej granicy strefy przyległej Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 2017 r., poz. 183.

¹⁰ Dz.U. z 2022 r., poz. 457 tekst jedn.; dalej: obsz.morsk.

wyznaczające najniższy stan wody wzdłuż wybrzeża albo inne punkty wyznaczone zgodnie z zasadami określonymi w Konwencji Narodów Zjednoczonych o prawie morza, sporządzonej w Montego Bay 10 grudnia 1982 r.¹¹ (art. 5 ust. 2 obsz.morsk.).

Zewnętrzną granicę morza terytorialnego stanowi linia, której każdy punkt jest oddalony o 12 mil morskich od najbliższego punktu linii podstawowej, z zastrzeżeniem art. 5 ust. 4 obsz.morsk. (art. 5 ust. 3 obsz.morsk.). Zgodnie z powyżej wspomnianym art. 5 ust. 4 obsz.morsk., redy, na których odbywa się normalnie załadunek, wyładunek i kotwiczenie statków, położone całkowicie lub częściowo poza obszarem wód morskich określonym zgodnie z art. 5 ust. 1 i 3 obsz.morsk., są włączone do morza terytorialnego. Zgodnie z delegacją ustawową: a) art. 5 ust. 2a i ust. 3a obsz.morsk., – Rada Ministrów wydała rozporządzenie 13 stycznia 2017 r. w sprawie szczegółowego przebiegu linii podstawowej, zewnętrznej granicy morza terytorialnego oraz zewnętrznej granicy strefy przyległej Rzeczypospolitej Polskiej; b) art. 5 ust. 5 obsz.morsk., – Rada Ministrów wydała rozporządzenie 22 lutego 1995 r. w sprawie ustalenia granicy redy dla portów morskich w Świnoujściu i Szczecinie¹².

W kontekście rozważanego problemu w perspektywie: a) przestrzeni powietrznej znajdującej się nad terytorium lądowym, morskimi wodami wewnętrznymi i morzem terytorialnym; b) wnętrza ziemi — Rzeczypospolita Polska wykonuje swoje zwierzchnictwo nad wnętrzem ziemi znajdującym się pod terytorium lądowym Rzeczypospolitej polskiej oraz pod morskimi wodami wewnętrznymi i morzem terytorialnym¹³. Jak bowiem *verba legis* stanowi

¹¹ Dz.U. z 2002 r., Nr 59, poz. 543.

¹² Dz.U. z 1995 r., Nr 20, poz. 101. Podnosi się w literaturze, że zwierzchnictwo terytorialne „Jest to przede wszystkim forma wykonywania przez państwo swojej suwerenności. Należy zatem widzieć tutaj emanację prawa, prawo do zwierzchnictwa terytorialnego, ale i jednocześnie chroniony przymiot każdego organizmu państwowego jako element składowy i cechę państwa. Tym samym zwierzchnictwo terytorialne stanowi o władzy państwa, polegającej na sprawowaniu w obrębie terytorium wszystkich działań i kompetencji właściwych państwu, a z drugiej na zapobieganiu wykonywaniu identycznych działań ze strony innych podmiotów prawa międzynarodowego”; P. Czarnecki, A. Matukin, *Terytorialny aspekt obowiązywania ustawy karnej procesowej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2009, nr 1, s. 80. Jak podnosi Sąd Najwyższy: „w świetle ustawy o ochronie granicy państwowej z dnia 12 października 1990 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 461) przez terytorium Rzeczypospolitej Polskiej należy rozumieć obszar objęty granicami państwowymi, oddzielającymi terytorium Polski od terytorium innych państw i morza pełnego, wody wewnętrzne i pas morskich wód terytorialnych. Ustawa z dnia 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej (Dz.U. Nr 32, poz. 131) określa, że morzem terytorialnym jest obszar wód morskich o szerokości 12 mil morskich (22 224 m) liczonych od linii najniższego stanu wody wzdłuż wybrzeża lub granicy zewnętrznej morskich wód wewnętrznych (zatoki i porty)”; postanowienie SN z 18 grudnia 2001 r., V KKN 290/99, LEX nr 51577.

¹³ Por. F. Prusak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz. Tom I (art. 1–53)*, Kraków: LEX, 2006, komentarz do art. 3, teza 11 oraz tam przywołane przepisy [dostęp: 13.01.2021].

art. 6 o.g.p., Rzeczpospolita Polska wykonuje swoje zwierzchnictwo nad terytorium lądowym oraz wnętrzem ziemi znajdującym się pod nim, morskimi wodami wewnętrznymi i morzem terytorialnym oraz dnem i wnętrzem ziemi znajdującymi się pod nimi, a także w przestrzeni powietrznej znajdującej się nad terytorium lądowym, morskimi wodami wewnętrznymi i morzem terytorialnym. Zgodnie z art. 4 obsz.morsk., morskimi wodami wewnętrznymi są¹⁴: część Jeziora Nowowarpieńskiego i część Zalewu Szczecińskiego wraz ze Świną i Dziwną oraz Zalewem Kamieńskim, znajdujące się na wschód od granicy państwowej między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Federalną Niemiec, oraz rzeka Odra pomiędzy Zalewem Szczecińskim a wodami portu Szczecin (pkt 1); część Zatoki Gdańskiej zamknięta linią podstawową morza terytorialnego (pkt 2); część Zalewu Wiślanego, znajdująca się na południowy zachód od granicy państwowej między Rzeczpospolitą Polską a Federacją Rosyjską na tym Zalewie (pkt 3); wody portów określone od strony morza linią łączącą najdalej wysunięte w morze stałe urządzenia portowe, stanowiące integralną część systemu portowego (pkt 4); wody znajdujące się pomiędzy linią brzegu morskiego ustaloną zgodnie z przepisami ustawy z 20 lipca 2017 r. Prawo wodne a linią podstawową morza terytorialnego (pkt 5).

Przestrzeń powietrzna sięga granicy kosmosu. Ze względu na brak ściślego rozgraniczenia przestrzeni powietrznej od przestrzeni kosmicznej pozostaje pole dla różnorodnych interpretacji. Częstokroć wskazuje się jako swego rodzaju linię graniczną pomiędzy nimi na: a) Linię Kármána, która jest wyobrażoną granicą 62 mil (100 kilometrów) nad średnim poziomem morza; po jej przekroczeniu atmosfera staje się zbyt rzadka, aby zapewnić wystarczającą siłę nośną konwencjonalnym samolotom do utrzymania lotu; jej przekroczenie oznacza wedle Międzynarodowej Federacji Lotniczej, że został osiągnięty lot kosmiczny; b) wojsko Stanów Zjednoczonych oraz amerykańska Narodowa Agencja Aeronautyki i Przestrzeni Kosmicznej (NASA) definiują granicę kosmosu odmiennie; według nich, przestrzeń zaczyna się 12 mil pod linią Kármána, na wysokości 50 mil nad powierzchnią Ziemi; c) wedle badaczy z Uniwersytetu w Calgary i przeprowadzonych przez nich pomiarów przejścia między stosunkowo łagodnymi wiatrami atmosfery ziemskiej a gwałtowniejszymi przepływami (prądami) naładowanych cząstek w przestrzeni, przestrzeń kosmiczna zaczyna się na wysokości 73 mil (118 km) nad poziomem morza¹⁵. W doktrynie Jerzy Lachowski wskazuje, że „władztwo RP rozciąga się na przestrzeń powietrzną nad terytorium ograniczonym granicami, do wysokości 90 km, tj. do

¹⁴ Co zauważa M. Bojarski [w:] M. Bojarski, W. Radecki, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa: Legalis, 2019, komentarz do art. 3, s. 2 [dostęp: 22.01.2021].

¹⁵ Za: National Environmental Satellite, Data, and Information Service (NESDIS), *Where is space?*, <https://www.nesdis.noaa.gov/content/where-space> [dostęp: 5.01.2021].

najniższych punktów orbit sztucznych satelitów Ziemi”¹⁶, zaś Tadeusz Bojarski nie określa konkretnej czy przybliżonej jednostki miary odległości, lecz podaje, że chodzi w rozważanym przypadku o „słup powietrza nad terytorium państwa polskiego do wysokości wyznaczającej swobodne loty statków kosmicznych”¹⁷, *ergo*, jak podnosi Andrzej Marek – „do granicy lotów kosmicznych”¹⁸. Przestrzeń kosmiczna jest eksterytorialna, co oznacza, że nie należy ona do żadnego z państw¹⁹.

Natomiast kula ziemiska charakteryzuje się sferyczną strukturą, na którą składają się a) sfera zewnętrzna, tj. skorupa ziemiska (posiada grubość 25–70 km pod kontynentami, zaś 7–9 km pod oceanami), tworząca wraz ze skalną częścią płaszczą litosferę; b) wnętrze ziemi składa się z kilku warstw: płaszcz (górnego i dolnego) sięgającego poniżej litosfery na głębokość ok. 2890 km, z kolei jego najniższa warstwa graniczy z jądrem Ziemi, które ma promień liczący 3500 km; jądro Ziemi jest dwudzielne, tzn. składa się z jądra zewnętrznego oraz jądra wewnętrznego, którego środek stanowi metaliczna kula o promieniu 1250 km²⁰. Terytorium Rzeczypospolitej Polskiej sięga aż do samego środka, centrum jądra wewnętrznego. Jak obrazowo przedstawiają Marek Kulik oraz Andrzej Wąsek: „granica jest szczyt stożka znajdującego się w środku ziemi”²¹.

Statek wodny i powietrzny

Pojęcie statku wodnego odnosi się do statku morskiego oraz statku żeglugi śródlądowej (statku śródlądowego). Zasada terytorialności odnosi się do statku także wówczas, gdy znajduje się on poza granicami Rzeczypospolitej Polskiej²².

¹⁶ J. Lachowski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa: LEX, 2020, komentarz do art. 5, teza 6. [dostęp: 7.01.2021]. Podobnie: M. Kulik, A. Wąsek [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa: LEX, 2016, komentarz do art. 5, teza 2 [dostęp: 13.01.2021]; T. Grzegorzczak, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa: LEX, 2009, komentarz do art. 3, teza 3 [dostęp: 13.01.2021]; J. Michalski, *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego. Tytuł I „Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe”*, Warszawa: LEX, 2000, komentarz do art. 3 [dostęp: 13.01.2021] oraz A. Grześkowiak [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, Warszawa: Legalis, 2019, komentarz do art. 5, s. 3 [dostęp: 22.01.2021].

¹⁷ T. Bojarski [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa 2016, LEX [dostęp: 13.01.2021], komentarz do art. 5.

¹⁸ A. Marek, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, LEX [dostęp: 13.01.2021], komentarz do art. 5, teza 2.

¹⁹ A. Zoll [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52*, red. W. Wróbel, Kraków 2016, LEX [dostęp: 13.01.2021], komentarz do art. 5, teza 4.

²⁰ Za: A. Żelaźniewicz, M. Grad, *Co dzieje się we wnętrzu ziemi?*, Warszawa: PAN, 2009, s. 3.

²¹ M. Kulik, A. Wąsek, komentarz do art. 5, teza 2.

²² Pod. G. Skowronek, *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa 2019, Legalis [dostęp: 22.01.2021], komentarz do art. 3, s. 2.

Wedle art. 2 § 1 ustawy z 18 września 2001 r. Kodeks morski²³ statkiem morskim jest każde urządzenie pływające przeznaczone lub używane do żeglugi morskiej. Polskim statkiem morskim, czyli inaczej statkiem o polskiej przynależności, jest: a) statek stanowiący polską własność, o którym mowa w art. 73 § 1 i 2 k.m.²⁴; b) statek uważany za stanowiący polską własność, o którym mowa w art. 73 § 3 k.m.²⁵; c) statek niestanowiący polskiej własności, który uzyskał polską przynależność zgodnie z rozporządzeniem nr 613/91 (EWG) z 4 marca 1991 r. w sprawie transferu statków z jednego rejestru do drugiego wewnątrz Wspólnoty (Dz. Urz. WE L 68 z 15.03.1991, z późn. zm.); d) statek niestanowiący polskiej własności, który czasowo uzyskał polską przynależność, o którym mowa w art. 13 § 1 k.m.²⁶ Statek żeglugi śródlądowej to – wedle art. 5 ust. 1 ustawy z 21 grudnia 2000 r. o żegludzie śródlądowej²⁷ – urządzenie pływające o napędzie mechanicznym lub bez napędu mechanicznego, w tym również prom, wodolot i poduszkiowiec, przezna-

²³ Dz.U. z 2018 poz. 2175 tekst jedn. ze zm.; dalej także: k.m.

²⁴ Przepisy te stanowią *expressis verbis*: statek stanowi polską własność, jeżeli jest własnością: 1) Skarbu Państwa; 2) osoby prawnej mającej siedzibę w Rzeczypospolitej Polskiej; 3) obywatela polskiego zamieszkałego w Rzeczypospolitej Polskiej (art. 73 § 1 k.m.); statkiem stanowiącym polską własność jest również statek wchodzący w skład majątku spółki osobowej wpisanej do polskiego rejestru przedsiębiorców (73 § 2 k.m.).

²⁵ Zgodnie z tym przepisem statkiem uważanym za stanowiący polską własność jest statek: a) będący co najmniej w połowie własnością podmiotów wymienionych w 73 § 1 k.m. (czyli Skarbu Państwa, osoby prawnej mającej siedzibę w Rzeczypospolitej Polskiej, obywatela polskiego zamieszkałego w Rzeczypospolitej Polskiej), którego armator ma w Rzeczypospolitej Polskiej miejsce zamieszkania albo siedzibę swojego zakładu głównego lub oddziału, a statek, na wniosek wszystkich współwłaścicieli, został wpisany do polskiego rejestru okrętowego w księdze rejestru stałego; b) będący własnością spółki kapitałowej mającej siedzibę za granicą, w której jeden z podmiotów wymienionych w 73 § 1 k.m. (czyli Skarbu Państwa, osoby prawnej mającej siedzibę w Rzeczypospolitej Polskiej, obywatela polskiego zamieszkałego w Rzeczypospolitej Polskiej) ma udział kapitałowy, jeżeli armator tego statku ma w Rzeczypospolitej Polskiej miejsce zamieszkania albo siedzibę swojego zakładu głównego lub oddziału, a statek, na wniosek właściciela, został wpisany do polskiego rejestru okrętowego w księdze rejestru stałego.

²⁶ Jak przepis ten stanowi: statek niestanowiący polskiej własności może uzyskać polską przynależność na czas oznaczony, jeżeli wnioskodawca łącznie spełni następujące wymogi: 1) jest osobą prawną mającą w Rzeczypospolitej Polskiej siedzibę lub oddział bądź jest osobą fizyczną zamieszkałą w Rzeczypospolitej Polskiej lub mającą w Rzeczypospolitej Polskiej oddział; 2) przedstawi umowę najmu lub dzierżawy statku bądź inną umowę, na podstawie której będzie mógł uprawiać żeglugę statkiem we własnym imieniu; 3) zobowiąże się, że będzie prowadził działalność armatorską w Rzeczypospolitej Polskiej; 4) złoży urzędowo poświadczony odpis lub wyciąg ze stałego rejestru statków, zawierający opis statku, oznaczenie właściciela oraz inne dane z tego rejestru, a w szczególności wpisane prawa zastawu i ograniczenia w rozporządzaniu statkiem; 5) przedstawi pisemną zgodę właściwych organów państwa stałego rejestru statków, właściciela statku i wszystkich wierzycieli hipotecznych na nadanie statkowi polskiej przynależności oraz zapewnienie właściwych organów państwa stałego rejestru statku, że w czasie trwania polskiej przynależności statek nie będzie uprawniony do podnoszenia bandery tego państwa; 6) wskaże port macierzysty statku w Rzeczypospolitej Polskiej.

²⁷ Dz.U. z 2020 r., poz. 1863 tekst jedn.; dalej także: ż.ś.

zione lub używane na śródlądowych drogach wodnych do: przewozu osób lub rzeczy, pchania lub holowania, inspekcji, nadzoru nad bezpieczeństwem ruchu żeglugowego lub szkolenia, ratowania życia lub mienia, połowu ryb, wykonywania prac technicznych, utrzymania szlaków żeglugowych lub eksploatacji złóż kruszyw, uprawiania sportu lub rekreacji, celów mieszkalnych, biurowych, gastronomicznych, hotelowych lub warsztatowych, a także jako przystanie pływające, doki lub zakłady kąpielowe. Nadto statkiem żeglugi śródlądowej jest statek przeznaczony lub używany wyłącznie do uprawiania sportu lub rekreacji – jacht rekreacyjny lub jacht komercyjny oraz jednostka pływająca używana do amatorskiego połowu ryb (art. 5 ust. 1a ż.ś.). Jacht rekreacyjny to statek przeznaczony lub używany wyłącznie do uprawiania sportu lub rekreacji, inny niż jacht komercyjny (art. 5 ust. 1b ż.ś.), jacht komercyjny natomiast to statek przeznaczony lub używany wyłącznie do uprawiania sportu lub rekreacji, w ramach prowadzenia działalności polegającej na: odpłatnym przewozie osób, odpłatnym wykonywaniu rejsów szkoleniowych, odpłatnym udostępnianiu statku w celach amatorskiego połowu ryb w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy z 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (Dz.U. z 2019 r. poz. 2168)²⁸, odpłatnym udostępnianiu statku obsadzonego załogą, każdym innym odpłatnym wykorzystaniu lub udostępnianiu statku – o ile w ramach tej działalności nie jest używany do przewozu więcej niż 12 pasażerów (art. 5 ust. 1c ż.ś.). Z kolei jednostka pływająca używana do amatorskiego połowu ryb, to statek używany do amatorskiego połowu ryb w rozumieniu art. 7 ust. 1 ustawy z 18 kwietnia 1985 r. o rybactwie śródlądowym (art. 5 ust. 1d ż.ś.). Polskim statkiem śródlądowym jest – zgodnie z art. 5 ust. 3 ż.ś. – statek, który stanowi własność: Skarbu Państwa (pkt 1); osoby prawnej mającej siedzibę w Rzeczypospolitej Polskiej (pkt 2); obywatela polskiego zamieszkałego w Rzeczypospolitej Polskiej (pkt 3). W powyższej perspektywie funkcjonujący w piśmiennictwie pogląd, że chodzi po prostu o statki wodne pływające pod polską banderą, wydaje się nazbyt uproszczony.

Statek powietrzny – *in genere* – zdefiniowany został w art. 2 pkt 1 ustawy z 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze²⁹, jako urządzenie zdolne do unoszenia się w atmosferze na skutek oddziaływania powietrza innego niż oddziaływanie powietrza odbitego od podłoża. Niemniej polskim statkiem powietrznym być może zarówno polski państwowy statek powietrzny jak i statek powietrzny wpisany do polskiego rejestru cywilnych statków powietrznych. Polskim państwowym statkiem powietrznym jest: statek powietrzny używany przez

²⁸ Przepis ten stanowi wprost: za amatorski połów ryb uważa się pozyskiwanie ryb wędką lub kuszą, przy czym dopuszcza się, w miejscu i w czasie prowadzenia połowu ryb wędką, pozyskiwanie ryb na przynętę przy użyciu podrywki wędkarskiej.

²⁹ Dz.U. z 2020 r., poz. 1970 tekst jedn. ze zm.; dalej także: p.l.

Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej (wojskowy statek powietrzny), a także statek powietrzny używany przez jednostki organizacyjne Straży Granicznej, Policji i Państwowej Straży Pożarnej (statek powietrzny lotnictwa służb porządku publicznego) (art. 2 pkt 2 p.l.). Odnosnie polskich statków powietrznych – statków powietrznych wpisanych do polskiego rejestru cywilnych statków powietrznych – jak stanowi art. 31 ust. 2 p.l., wpis do rejestru cywilnych statków powietrznych skutkuje z mocy prawa przynależnością państwową statku powietrznego oraz pociąga za sobą poddanie statku powietrznego obowiązkowemu nadzorowi władz lotniczych państwa przynależności, w zakresie określonym w ustawie Prawo lotnicze. Jeżeli statek powietrzny jest jednocześnie wpisany do rejestrów różnych państw obcych, uznaje się wyłącznie wpis, który nastąpił najwcześniej (art. 31 ust. 4 p.l.). Jednakże może mieć miejsce sytuacja, że statek powietrzny będzie wpisany do rejestru statków powietrznych ustanowionego przez kilka państw. Jak stanowi art. 31 ust. 3 p.l., skutki prawne wpisania statku powietrznego do rejestru statków powietrznych, ustanowionego przez kilka państw, ocenia się zgodnie z przepisami międzynarodowymi. Jednak jak zauważa się w literaturze: „co do zasady statek powietrzny może posiadać przynależność jednego państwa”³⁰.

W świetle art. 77 zd. 1 Konwencji o międzynarodowym lotnictwie cywilnym, podpisanej w Chicago 7 grudnia 1944 r.³¹, nic w niniejszej Konwencji nie sprzeciwia się tworzeniu przez dwa lub więcej umawiających się Państw organizacji wspólnej eksploatacji przewozu lotniczego lub międzynarodowych agencji eksploatacyjnych ani też ustanawianiu poolu służb powietrznych tych Państw na jakichkolwiek drogach lub w jakichkolwiek rejonach. Takie organizacje lub agencje i takie poole służb powietrznych podlegają jednakże wszelkim postanowieniom Konwencji, łącznie z postanowieniami dotyczącymi rejestracji układów w Radzie (tj. w Radzie Międzynarodowego Lotnictwa Cywilnego, zwanej także Radą ICAO). Rada ta ustala sposób, w jaki postanowienia niniejszej Konwencji odnoszące się do przynależności państwowej statków powietrznych stosuje się do statków powietrznych eksploatowanych przez międzynarodowe agencje eksploatacyjne. Tzn. jak podnosi Agnieszka Kunert-Diallo: „w zakresie międzynarodowych agencji eksploatacyjnych Rada ICAO decyduje, w jakim zakresie przepisy o przynależności stosuje się do takiej agencji”³².

³⁰ A. Kunert-Diallo [w:] *Prawo lotnicze. Komentarz*, red. M. Żylicz, Warszawa: LEX, 2016, komentarz do art. 31, teza 4 [dostęp: 3.01.2021].

³¹ Dz.U. z 1959, Nr 35, poz. 212 ze zm.

³² Tak i szerzej: A. Kunert-Diallo, *op. cit.*, komentarz do art. 31, teza 4. Wskazuje się tu także, że międzynarodowe agencje eksploatacyjne w postaci określonej w konwencji nie występują.

Stała platforma umieszczona na szelfie kontynentalnym

Aby zdefiniować to pojęcie odwołać należy się do art. 1 ust. 3 Protokołu w sprawie przeciwdziałania bezprawnym czynom przeciwko bezpieczeństwu stałych platform umieszczonych na szelfie kontynentalnym, sporządzonego w Rzymie 10 marca 1988 roku³³. Jest to w związku z niniejszym – ale też dla celów rzeczonoego protokołu – sztuczna wyspa, instalacja lub urządzenie na stałe związane z dnem morskim w celu badania lub eksploatacji zasobów morskich lub w innych celach gospodarczych. Szelf kontynentalny zdefiniowany został w art. 1 załącznika do Konwencji o szelfie kontynentalnym sporządzonej w Genewie 29 kwietnia 1958 r.³⁴. W świetle tego przepisu, w rozumieniu regulacji zawartych w tymże załączniku, pojęcie to odnosi się do: dna morskiego i podglebia obszarów podmorskich przyległych do wybrzeża, lecz położonych poza morzem terytorialnym, aż do głębokości 200 metrów albo poza tę granicę – aż do punktu, gdzie głębokość znajdujących się nad nim wód pozwala na eksploatację naturalnych zasobów wymienionych obszarów; dna morskiego i podglebia analogicznych obszarów podmorskich przyległych do brzegów wysp. Pojęcie szelfu kontynentalnego definiuje również konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza. Zgodnie z przepisami tejże, szelf kontynentalny państwa nadbrzeżnego obejmuje dno morskie i podziemie obszarów podmorskich, które rozciągają się poza jego morzem terytorialnym na całej długości naturalnego przedłużenia jego terytorium lądowego, aż do zewnętrznej krawędzi obrzeża kontynentalnego albo na odległość 200 mil morskich od linii podstawowych, od których mierzy się szerokość morza terytorialnego, jeżeli zewnętrzna krawędź obrzeża kontynentalnego nie sięga do tej odległości (art. 76 ust. 1). Obrzeże kontynentalne stanowi z kolei podwodne przedłużenie masywu lądowego państwa nadbrzeżnego i składa się z dna i podziemia szelfu, zbocza i wzniesienia – nie obejmuje dna oceanicznego na dużych głębokościach z jego grzbietami ani jego podziemia (art. 76 ust. 3). Szelf kontynentalny państwa nadbrzeżnego nie rozciąga się poza granice przewidziane w ustępach od 4 do 6 art. 76 rzeczonoj konwencji. Przepisy te stanowią *verba legis*: dla celów niniejszej konwencji państwo nadbrzeżne określa zewnętrzną krawędź obrzeża kontynentalnego wszędzie tam, gdzie obrzeże rozciąga się poza 200 mil morskich od linii podstawowych, od których mierzy się szerokość morza terytorialnego, za pomocą: linii przeprowadzonej zgodnie z ustępem 7 względem najdalej wysuniętych zewnętrznych stałych punktów, gdzie w każdym z nich grubość

³³ Dz.U. z 2002 r., Nr 22, poz. 211. Zob. również P. Daniluk [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa: Legalis, 2020, komentarz do art. 115, s. 39 [dostęp: 5.01.2021].

³⁴ Dz.U. z 1964 r., Nr 28, poz. 179.

skał osadowych stanowi co najmniej 1% najkrótszej odległości od takiego punktu do podnóża zbocza kontynentalnego, lub (ust. 4 lit. a lit. i) linii przeprowadzonej zgodnie z ustępem 7 względem stałych punktów znajdujących się w odległości nie większej niż 60 mil morskich od podnóża zbocza kontynentalnego (ust. 4 lit. a lit. ii). W przypadku braku dowodu przeciwnego podnóże zbocza kontynentalnego jest wyznaczone jako punkt maksymalnej zmiany stopnia nachylenia przy podstawie zbocza (ust. 4 lit. b). Punkty stałe tworzące linię zewnętrznych granic szelfu kontynentalnego na dnie morskim, przeprowadzoną zgodnie z ustępem 4 (a) (i) oraz (ii), znajdują się albo w odległości nieprzekraczającej 350 mil morskich od linii podstawowych, od których mierzy się szerokość morza terytorialnego, albo w odległości nieprzekraczającej 100 mil morskich od izobaty 2.500 metrów, która jest linią łączącą punkty leżące na głębokości 2.500 metrów (ust. 5). Niezależnie od postanowień ustępu 5 na podmorskich grzbietach zewnętrzna granica szelfu kontynentalnego nie przekracza 350 mil morskich od linii podstawowych, od których mierzy się szerokość morza terytorialnego. Ustęp ten nie ma zastosowania do podmorskich wzniesień, które są naturalnymi składnikami obrzeża kontynentalnego, takich jak jego płaskowyże, progi, wierzchołki, ławice i odnogi (ust. 6). Niemniej pomimo tychże postanowień, państwo nadbrzeżne wytycza zewnętrzne granice swojego szelfu kontynentalnego tam, gdzie szelf rozciąga się poza 200 mil morskich od linii podstawowych, od których mierzy się szerokość morza terytorialnego, łącząc liniami prostymi o długości nieprzekraczającej 60 mil morskich stałe punkty określone za pomocą współrzędnych szerokości i długości geograficznej (ust. 76 ust. 7).

Polska wyłączna strefa ekonomiczna

Zwana inaczej wyłączną strefą ekonomiczną Rzeczypospolitej Polskiej, ustanowiona została w art. 14 obsz.morsk.³⁵. Położona jest na zewnątrz morza terytorialnego i do niego przylega; obejmuje wody, dno morza i znajdujące się pod nim wnętrze ziemi (art. 15 obsz. mors.). Jej granice określają umowy międzynarodowe (art. 16 ust. 1 obsz. mors.). W razie braku takowych Rada Ministrów, w drodze rozporządzenia, mogłaby określić przebieg granicy wyłącznej strefy ekonomicznej (co wynika z art. 16 ust. 2 obsz. mors.). W kontekście umów międzynarodowych określających granice wyłącznej strefy ekonomicznej Rzeczypospolitej Polskiej wskazać należy: umowę między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Danii w sprawie rozgraniczenia obszarów morskich na Morzu

³⁵ Zob. także T. Oczkowski [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, red. I. Zgoliński, Warszawa: LEX, 2018, komentarz do art 53 § 9 [dostęp: 5.01.2021].

Bałtyckim, podpisaną w Brukseli 19 listopada 2018 r.³⁶, umowę między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Niemiecką Republiką Demokratyczną w sprawie rozgraniczenia obszarów morskich w Zatoce Pomorskiej, podpisaną w Berlinie 22 maja 1989 r.³⁷, umowę między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Związkiem Socjalistycznych Republik Radzieckich o rozgraniczeniu morza terytorialnego (wód terytorialnych), strefy ekonomicznej, strefy rybołówstwa morskiego i szelfu kontynentalnego na Morzu Bałtyckim, podpisaną w Moskwie 17 lipca 1985 r.³⁸, umowę między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Rządem Królestwa Szwecji i Rządem Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich w sprawie wspólnego punktu rozgraniczenia obszarów morskich na Morzu Bałtyckim, podpisaną w Sztokholmie 30 czerwca 1990 r.³⁹

Zakres podmiotowy

Ustawę karną polską (z art. 5 k.k.), odpowiedzialność na zasadach określonych w Kodeksie wykroczeń (z art. 3 k.w.), przepisy Kodeksu karnego skarbowego (z art. 3 § 2 k.k.s.), stosuje się w kontekście niniejszych aktów prawnych również do sprawcy, który popełnił czyny o których mowa w rzeczonych regulacjach, gdy jednym z miejsc popełnienia – jeśli ich więcej niż jedno – będzie miejsce o którym mowa w przepisach miejsca stosowania tychże; tzn. odpowiednio w art. 5 i art. 115 § 15 k.k. (odpowiedzialność karna związana z prawem karnym), art. 3 § 1 k.w. (odpowiedzialność karna związana z prawem wykroczeń), art. 3 § 2, art. 53 § 9 i 10 k.k.s. (odpowiedzialność karna związana z prawem karnym skarbowym)⁴⁰.

³⁶ Dz.U. z 2019 r., poz. 1240.

³⁷ Dz.U. z 1989 r., Nr 43, poz. 233.

³⁸ Dz.U. z 1986 r., Nr 16, poz. 85.

³⁹ Dz.U. z 1990 r., Nr 74, poz. 441.

⁴⁰ Dla przykładu, jak wskazuje się także w judykaturze: „przepis art. 5 k.k., który stanowi, że ustawę karną polską, stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn na terenie RP, znajduje zastosowanie również wówczas, gdy jednym z miejsc popełnienia czynu zabronionego będzie terytorium RP”, wyrok SA w Białymstoku z 1 marca 2018 r., II AKa 229/17, LEX nr 2487672. Podnosi się również, że „art. 6 § 2 k.k. przyjął zasadę »wielomiejscowości« popełnienia czynu zabronionego. Za miejsce popełnienia czynu zabronionego uważa się bowiem zarówno miejsce, w którym sprawca działał, jak i miejsce, w którym zaniechał działania, do którego był obowiązany, a także miejsce, w którym skutek stanowiący znamię czynu zabronionego nastąpił, jak i miejsce, w którym skutek według zamiaru sprawcy miał nastąpić. Przyjęcie zasady »wielomiejscowości« rozszerza znacznie polską jurysdykcję w oparciu o zasadę terytorialności”, teza do wyroku SA w Łodzi z 24 stycznia 2001 r. II AKa 240/01, LEX nr 84224. Jak podnosi Dominik Zajac: „Treść art. 5 k.k. należy interpretować w powiązaniu z art. 6 § 2 k.k. O ile na gruncie tego ostatniego ustawodawca zdefiniował normatywne kryteria umożliwiające powiązanie czynu z danym terytorium, to art. 5 k.k. określa ową przestrzeń geograficzną, do której odnieść należy rzeczony kryteria”; D. Zajac, *Odpowiedzialność karna za czyny popełnione za granicą*, Kraków: LEX, 2017, rozdział VII, 3: *Zasada terytorialności* [dostęp: 29.04.2022].

Klarownego wyjaśnienia wymaga także sprecyzowanie zakresu, rodzajów czynów do których odnosi się zasada terytorialności ujęta w Kodeksie karnym („ustawę karną polską stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony”), Kodeksie wykroczeń („na zasadach określonych w Kodeksie wykroczeń odpowiada ten, kto popełnił wykroczenie”), Kodeksie karnym skarbowym („przepisy Kodeksu karnego skarbowego stosuje się do sprawcy, który popełnił czyn zabroniony”). Te *in globo* wskazane powyżej czyny zabronione, do których przypisana jest odpowiedzialność karna – bowiem jak stanowi art. 42 ust. 1 zd. 1 Konstytucji RP, odpowiedzialności karnej podlega ten tylko, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia – interpretować należy w kontekście konkretnego systemu prawa; prawa karnego, prawa wykroczeń, prawa karnego skarbowego i obowiązujących w nich zasad, regulacji, prawideł. Znaczy to, że w kontekście:

- art. 5 k.k.; ustawa karna polska to wszelkie przepisy prawa karnego (ustawowe i pozaustawowe, jak przepisy rozporządzeń doprecyzowujące postanowienia ustawowe⁴¹); sprawcą jest ten kto popełnił czyn zabroniony – niezależnie od jego formy i postaci – określony przez prawo karne materialne⁴², niezależnie także od tego czy czyn sprawcy jest m.in. zawiniony⁴³;
- art. 3 § 1 k.w.; zasady-reguły odpowiedzialności karnej za wykroczenia określone w Kodeksie wykroczeń odnoszą się do sprawcy który zrealizował znamiona wykroczenia – niezależnie od jego formy i postaci, niezależnie też czy czyn ten jest *de facto* i *de iure* wykroczeniem, dla przykładu „z powodu braku winy lub społecznej szkodliwości”⁴⁴ – określone przez materialne prawo wykroczeń;
- art. 3 § 2 k.k.s.; przepisy Kodeksu karnego skarbowego stosuje się do sprawcy tamże określonego, który popełnił czyn zabroniony⁴⁵ – niezależ-

⁴¹ Pod. A. Grześkowiak, komentarz do art. 5, s. 2.

⁴² J. Kulesza, B. Kunicka-Michalska [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa: Legalis 2020, komentarz do art. 5, s. 8 i 9 [dostęp: 9.01.2021].

⁴³ Podobnie co do zasady terytorialności z Kodeksu karnego: J. Lachowski, komentarz do art. 5, teza 3 oraz A. Zoll, komentarz do art. 5, teza 1.

⁴⁴ P. Daniluk [w:] *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. *idem*, Warszawa: Legalis, 2019, komentarz do art. 3, s. 2 i 3 [dostęp: 13.01.2021].

⁴⁵ Jak podnosi Violetta Konarska-Wrżosek, „zasada terytorialności, która została sformułowana w art. 3 § 2 k.k.s., jest podstawową zasadą, będącą wyrazem naszej suwerenności, która upoważnia do stosowania przepisów Kodeksu karnego skarbowego i pociągania do odpowiedzialności karnej skarbowej przez polskie sądy – każdego (zarówno obywatela polskiego, jak i cudzoziemca), kto popełnił czyn zabroniony przez Kodeks karny skarbowy na naszym terytorium, jak również gdy to uczynił na polskim statku wodnym lub powietrznym, chyba że Kodeks karny skarbowy stanowi inaczej, co należy rozumieć jako kodeksową możliwość rozszerzenia tej jurysdykcji poza granice wytyczone zasadą terytorialności, jak i możliwość ustanawiania wyjątków od tej zasady”; V. Konarska-Wrżosek [w:] *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, red. I. Zgoliński, Warszawa: LEX, 2018, komentarz do art. 3, teza 2 [dostęp: 30.04.2022].

nie od jego formy i postaci – także w rzeczonym kodeksie określony; to jest, uszczegóławiając, zrealizował znamiona wykroczenia skarbowego lub przestępstwa skarbowego; również niezależnie m.in. od tego czy czyn ten jest zawiniony.

Zasada terytorialność ujęta w art. 5 k.k., art. 3 § 1 k.w., art. 3 § 2 k.k.s. posiada nieograniczony zakres podmiotowy. Odnosi się zarówno do obywatela polskiego, jak i do cudzoziemca⁴⁶, to jest obywatela państwa obcego oraz apatrydy. Odnosi się do sprawcy niezależnie od zrealizowanego przezeń stadium czynu zabronionego oraz jego formy sprawczej⁴⁷. Nadto na statkach powietrznych czy wodnych, dla pociągnięcia do odpowiedzialności na mocy którejś z analizowanych ustaw penalnych, obojętne jest, czy czyn popełni członek załogi, pasażer, członek personelu technicznego, czy też inna przebywająca na nich osoba niezależnie od realizowanych przez nią zadań, pełnionych funkcji *etc.*⁴⁸

Wnioski końcowe

Naukowa narracja dotyczy kwestii zasady terytorialności z Kodeksu karnego (art. 5 i art. 115 § 15), Kodeksu wykroczeń (art. 3 § 1), Kodeksu karnego skarbowego (art. 3 § 2, art. 53 § 9 i 10). Analizie poddane zostały zagadnienia: terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, polskiego statku wodnego, polskiego statku powietrznego, stałej platformy umieszczonej na szelfie kontynentalnym, oraz wyłącznej strefy ekonomicznej znajdującej się poza morzem terytorialnym, w której Rzeczpospolita Polska na podstawie prawa wewnętrznego i zgodnie z prawem międzynarodowym wykonuje prawa odnoszące się do badania i eksploatacji dna morskiego i jego podglebia oraz ich zasobów naturalnych. Zasada terytorialności zawarta w poszczególnych analizowanych ustawach pozostaje w ich przestrzeni – oczywiście uwzględniając element odmiennych, acz karnych odpowiedzialności – nieco zróżnicowana. W najbardziej skomplikowanej postaci występuje w przestrzeni Kodeksu karnego skarbowego, najmniej zaś – Kodeksu wykroczeń. Niemniej w każdej z tych regulacji znajduje się pojęcie: terytorium Rzeczypospolitej polskiej, statku powietrznego i statku wodnego.

⁴⁶ Pod. B. Namysłowska-Gabrysiak [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa: Legalis, 2017, komentarz do art. 5, s. 2 [dostęp: 22.01.2021].

⁴⁷ Podobnie w stosunku do materii: a) art. 5 k.k.; J. Lachowski, komentarz do art. 5, teza 2 oraz P. Kozłowska-Kalisz [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Kraków–Warszawa: LEX, 2015, komentarz do art. 5, teza 7 [dostęp: 13.01.2021] oraz J. Giezek [w:] N. Kłaczyńska, G. Łabuda, J. Giezek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa: LEX, 2012, komentarz do art. 5, teza 1 [dostęp: 13.01.2021]; b) art. 3 § 2 k.w. i terytorium Rzeczypospolitej Polskiej; B. Kurzępa, *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa: LEX, 2008, komentarz do art. 3, teza 5 [dostęp: 13.01.2021].

⁴⁸ Por. A. Grześkowiak, komentarz do art. 5, s. 2.

Zauważalnym jest nieujęcie w zbiorze elementów zasady, innych rodzajów niżli wymienione statków, czy pojazdów, co *prima vista* jawi się jako zasadne. Generalnie rzecz ujmując, na dzień dzisiejszy, omawiane regulacje z art. 5 k.k., art. 3 § 2 k.k.s., art. 3 § 1 k.w. wydają się racjonalne a ich istnienie uzasadnione⁴⁹. Suponując jest jednak prawdopodobne, że przyszłość przynieść może stosowne zmiany. *De lege ferenda*, gdy świat a za nim Rzeczpospolita Polska zintensyfikują eksplorację kosmosu, słusznym wyda się zapewne dodanie tamże również pojęcia statku kosmicznego, który to porusza się w przestrzeni kosmicznej – już poza atmosferą Ziemi. Obecnie jednak, niestety rozważanie to przynależy w głównej mierze sferze teorii.

Bibliografia

Literatura

- Bojarski M., Radecki W., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa: Legalis, 2019.
- Czarnecki P., Matukin A., *Terytorialny aspekt obowiązywania ustawy karnej procesowej*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2009, nr 1, s. 79–96.
- Demenko A., *Miejsce popełnienia czynu jako podstawa jurysdykcji krajowej*, „Ius Novum” 2021, nr 1, s. 107–120.
- Grzegorzczuk T., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa: LEX, 2009.
- Kłaczynska N., Łabuda G., Giezek J., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa: LEX, 2012.
- Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, cz. 1: *Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, Kraków: LEX, 2016.
- Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do artykułów 1–116*, red. M. Królikowski, R. Załwocki, Warszawa: Legalis, 2017.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Kraków–Warszawa: LEX, 2015.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. T. Bojarski, Warszawa: LEX, 2016.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Filar, Warszawa: LEX, 2016.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, Warszawa: Legalis, 2019.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. V. Konarska-Wrzošek, Warszawa: LEX, 2020.
- Kodeks karny. Komentarz*, red. R.A. Stefański, Warszawa: Legalis, 2020.
- Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, red. I. Zgoliński, Warszawa: LEX, 2018.
- Kodeks wykroczeń. Komentarz*, red. P. Daniluk, Warszawa: Legalis, 2019.
- Kurzępa B., *Kodeks wykroczeń. Komentarz*, Warszawa: LEX, 2008.
- Marek A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2010, LEX.
- Michalski J., *Komentarz do kodeksu karnego skarbowego. Tytuł I: Przestępstwa skarbowe i wykroczenia skarbowe*, Warszawa: LEX, 2000.
- National Environmental Satellite, Data, and Information Service (NESDIS), *Where is space?*, <https://www.nesdis.noaa.gov/content/where-space> [dostęp: 5.01.2021].
- Prawo lotnicze. Komentarz*, red. M. Żylicz, Warszawa: LEX, 2016.

⁴⁹ Por. A. Demenko, *Miejsce popełnienia czynu jako podstawa jurysdykcji krajowej*, „Ius Novum” 2021, nr 1, s. 117 i 118.

- Prusak F., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz. Tom I (art. 1–53)*, Kraków: LEX, 2006.
- Skowronek G., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa: Legalis, 2019.
- Wilk L., Zagrodnik J., *Kodeks karny skarbowy. Komentarz*, Warszawa: Legalis, 2021.
- Zając D., *Odpowiedzialność karna za czyny popełnione za granicą*, Kraków: Wolters Kluwer, 2017.
- Żelaźniewicz A., Grad M., *Co dzieje się we wnętrzu ziemi?*, Warszawa: PAN, 2009.

Akty prawne

- Konwencja o międzynarodowym lotnictwie cywilnym, podpisana w Chicago 7 grudnia 1944 r., Dz.U. z 1959, Nr 35, poz. 212 ze zm.
- Konwencja o szelfie kontynentalnym, sporządzona w Genewie 29 kwietnia 1958 r., Dz.U. z 1964 r., Nr 28, poz. 179.
- Konwencja Narodów Zjednoczonych o prawie morza, sporządzona w Montego Bay 10 grudnia 1982 r., Dz.U. z 2002 r., Nr 59, poz. 543.
- Protokół w sprawie przeciwdziałania bezprawnym czynom przeciwko bezpieczeństwu stałych platform umieszczonych na szelfie kontynentalnym, sporządzony w Rzymie 10 marca 1988 roku, Dz.U. z 2002 r., Nr 22, poz. 211.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z 22 lutego 1995 r. w sprawie ustalenia granicy redy dla portów morskich w Świnoujściu i Szczecinie, Dz.U. z 1995 r., Nr 20, poz. 101.
- Rozporządzenie Rady Ministrów z 13 stycznia 2017 r. w sprawie szczegółowego przebiegu linii podstawowej, zewnętrznej granicy morza terytorialnego oraz zewnętrznej granicy strefy przyległej Rzeczypospolitej Polskiej, Dz.U. z 2017 r., poz. 183.
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Związkiem Socjalistycznych Republik Radzieckich o rozgraniczeniu morza terytorialnego (wód terytorialnych), strefy ekonomicznej, strefy rybołówstwa morskiego i szelfu kontynentalnego na Morzu Bałtyckim, podpisana w Moskwie 17 lipca 1985 r., Dz.U. z 1986 r., Nr 16, poz. 85.
- Umowa między Polską Rzeczpospolitą Ludową a Niemiecką Republiką Demokratyczną w sprawie rozgraniczenia obszarów morskich w Zatoce Pomorskiej, podpisana w Berlinie 22 maja 1989 r., Dz.U. z 1989 r., Nr 43, poz. 233.
- Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Republiką Austrii o wzajemnym wykonywaniu orzeczeń sądowych w sprawach karnych, sporządzona w Wiedniu 19 kwietnia 1990 r., Dz.U. z 1991 r., Nr 14, poz. 58.
- Umowa między Rządem Polskiej Rzeczypospolitej Ludowej, Rządem Królestwa Szwecji i Rządem Związku Socjalistycznych Republik Radzieckich w sprawie wspólnego punktu rozgraniczenia obszarów morskich na Morzu Bałtyckim, podpisana w Sztokholmie 30 czerwca 1990 r., Dz.U. z 1990 r., Nr 74, poz. 441.
- Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Ukrainą o pomocy prawnej i stosunkach prawnych w sprawach cywilnych i karnych, sporządzona w Kijowie 24 maja 1993 r., Dz.U. z 1994 r., Nr 96, poz. 465 ze zm.
- Umowa w sprawie siedziby między Rzeczpospolitą Polską a Europejską Agencją Straży Granicznej i Przybrzeżnej (Frontex), podpisana w Warszawie 9 marca 2017 r., Dz.U. z 2017 r., poz. 1939.
- Umowa między Rzeczpospolitą Polską a Królestwem Danii w sprawie rozgraniczenia obszarów morskich na Morzu Bałtyckim, podpisaną w Brukseli 19 listopada 2018 r., Dz.U. z 2019 r., poz. 1240.

- Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Międzynarodową Organizacją Policji Kryminalnej – Interpol dotycząca przywilejów i immunitetów podczas 47. Europejskiej Konferencji Regionalnej, podpisana w Lyonie dnia 9 kwietnia 2019 r., Dz.U. z 2019 r., poz. 1165.
- Umowa między Rządem Rzeczypospolitej Polskiej a Rządem Stanów Zjednoczonych Ameryki o wzmocnionej współpracy obronnej, podpisana w Warszawie 15 sierpnia 2020 r., Dz.U. z 2020 r., poz. 2153.
- Ustawa z 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 2019 r., poz. 821 tekst jedn. ze zm.
- Ustawa z 12 października 1990 r. o ochronie granicy państwowej, Dz.U. z 2019 r., poz. 1776 tekst jedn.
- Ustawa z 21 marca 1991 r. o obszarach morskich Rzeczypospolitej Polskiej i administracji morskiej, Dz.U. z 2020 r., poz. 2135 tekst jedn.
- Ustawa z 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz.U. z 2020 r., poz. 1444 tekst jedn. ze zm.
- Ustawa z 17 grudnia 1998 r. o zasadach użycia lub pobytu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej poza granicami państwa, Dz.U. z 2021 r., poz. 396 tekst jedn. ze zm.
- Ustawa z 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, Dz.U. z 2020 r., poz. 19 tekst jedn. ze zm.
- Ustawa z 21 grudnia 2000 r. o żegludze śródlądowej, Dz.U. z 2020 r., poz. 1863 tekst jedn.
- Ustawa z 18 września 2001 r. Kodeks morski, Dz.U. z 2018 poz. 2175 tekst jedn. ze zm.
- Ustawa z 3 lipca 2002 r. Prawo lotnicze, Dz.U. z 2020 r., poz. 1970 tekst jedn. ze zm.

Orzecznictwo

- Postanowienie SN z 18 grudnia 2001 r., V KKN 290/99, LEX nr 51577.
- Teza do wyroku SA w Łodzi z 24 stycznia 2001 r. II AKa 240/01, LEX nr 84224.
- Uchwała SN z 25 maja 2004 r., WZP 1/04, LEX nr 106997.
- Wyrok SA w Białymstoku z 1 marca 2018 r., II AKa 229/17, LEX nr 2487672.
- Wyrok SA w Warszawie z 19 stycznia 2000 r., II AKa 494/99, LEX nr 1681155.

Streszczenie

Zasada terytorialności w kontekście przepisów Kodeksu karnego, Kodeksu karnego skarbowego i Kodeksu wykroczeń

Analiza badawcza koncentruje się na zasadzie terytorialności z Kodeksu karnego (art. 5 i art. 115 § 15), Kodeksu wykroczeń (art. 3 § 1), Kodeksu karnego skarbowego (art. 3 § 2, art. 53 § 9 i 10). Ustawodawca używa w rozważanym kontekście szeregu pojęć wymagających rozważenia, a mających zasadniczy wpływ na przedmiot badawczy. Wśród nich wskazać można: terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, polski statek wodny, polski statek powietrzny, stałą platformę umieszczoną na szelfie kontynentalnym, wyłączną strefę ekonomiczną znajdującą się poza morzem terytorialnym, w której Rzeczpospolita Polska na podstawie prawa wewnętrznego i zgodnie z prawem międzynarodowym wykonuje prawa odnoszące się do badania i eksploatacji dna morskiego i jego podglebia, oraz ich zasobów

naturalnych. Autor stara się określić ich zakres oraz właściwe, odpowiadające tym pojęciom desygnaty.

Słowa kluczowe: zasada terytorialności, prawo karne, prawo karne skarbowe, prawo wykroczeń

Abstract

The principle of territoriality in the context of the provisions of the Criminal Code, the Fiscal Criminal Code and the Offense Code

The research analysis focuses on the principle of territoriality from the perspective of: the Criminal Code (art. 5 and art. 115 § 15), the Offense Code (art. 3 § 1), the Fiscal Criminal Code (art. 3 § 2, art. 53 § 9 and 10). In the considered context, the legislator uses a number of terms, that require consideration and have a fundamental impact on the subject of research. These include: the territory of the Republic of Poland, a Polish ship, Polish aircraft, a permanent platform located on the continental shelf, the exclusive economic zone outside the territorial sea in which the Republic of Poland – on the basis of internal law and in accordance with international law – performs the rights relating to exploration and exploitation of the seabed and its subsoil and their natural resources. The author tries to define their scope and the appropriate designations corresponding to these concepts.

Key words: principle of territoriality, criminal law, criminal fiscal law, offense law

Luis Miguel Muleiro Parada

Profesor Contratado Doctor, Universidad de Vigo, España

<https://orcid.org/0000-0002-2322-5179>

lmuleiro@uvigo.es

Las alternativas para una tributación de la robótica¹

Introducción

El escenario actual se caracteriza primordialmente por un potencial aumento de objetos inteligentes de la mano del 5G y de su capacidad de potenciar el desarrollo del Internet de las Cosas (IoT) mediante su conectividad. Un contexto que llama constantemente a replantearse la paradoja del libre albedrío en robots. La Resolución del Parlamento Europeo, de 12 de febrero de 2019, sobre una política industrial global europea en materia de inteligencia artificial y robótica, señala que en el panorama industrial actual existe un delicado equilibrio entre los propietarios y los trabajadores; estima que la aplicación de la inteligencia artificial (IA) en la industria debe avanzar en el marco de una amplia consulta con los interlocutores sociales, ya que el posible cambio en el número de personas que trabajan en el sector requiere políticas proactivas que ayuden a los trabajadores a adaptarse a las nuevas demandas y garantizar que los beneficios sean ampliamente compartidos; asimismo, apunta que para ello es necesario reconsiderar y rediseñar las políticas del mercado de trabajo, los regímenes de seguridad social y la fiscalidad; advierte que la IA es un concepto que abarca una amplia gama de productos y aplicaciones, desde la automatización, los algoritmos, la inteligencia artificial débil y la inteligencia artificial general; y considera que debería abordarse con cautela una ley o regulación integral de la IA, ya que la regulación sectorial puede producir políticas suficientemente generales, pero al mismo tiempo afinadas hasta el nivel en el que tienen sentido

¹ Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación: “Retos y oportunidades de la Administración Tributaria”. Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación (PID2019-107450GB-C31) (MINECO/FEDER) y cuyas investigadoras principales son las Profas. Dras. Ana María Pita Grandal y Carmen Ruiz Hidalgo.

para el sector industrial. Así, destacan dos preocupaciones que actualmente se están presentando en la UE desde el punto de vista de la tributación y la revolución robótica. Por una parte la necesidad de rediseñar la fiscalidad tomando en señalada consideración el particular y, por otra, la deseable regulación integral de la inteligencia artificial.

El gravamen de los robots puede requerir un reconocimiento jurídico como persona, en función de la propuesta a considerar. La capacidad jurídica debe regularse de manera unitaria en todo el ordenamiento y la doctrina mayoritaria sostiene que sólo pueden ser sujetos de Derecho las personas físicas y jurídicas². En los últimos años existe una preocupación progresiva por parte de las instituciones comunitarias con relación a la capacidad jurídica de los robots, la revolución robótica y la “persona electrónica”³. Más allá de ello, resulta interesante analizar desde un punto de vista jurídico tributario cuáles son las posibilidades que presenta la tributación de los robots.

Un tributo a la inteligencia artificial o automatización

Una propuesta para la fiscalidad de la robótica avanzada consiste en la posibilidad de un tributo que grave la inteligencia artificial en general cuantificado sobre la relación entre la facturación empresarial y el número de trabajadores. ROSEMBUJ ha indicado que esta idea integra ciertos avances aunque no ha alcanzado una solución satisfactoria en el sentido de que: «[E]l superbeneficio es la equivalencia entre el impuesto salarial sobre ordenadores y software, comparado con el trabajador, que no la proporción empleado-ventas»⁴. En una versión más depurada, el impuesto por el uso de robots vendría vinculado al ingreso imputado que corresponde a la ventaja económica obtenida usando robots en lugar de una mano de obra humana o de sus servicios. Basándose en un razonamiento similar, un impuesto sobre los salarios imputados a los robots podría justificarse por el hecho de que reemplazan, sin compensación, salarios u otras remuneraciones pagadas a personas. OBERSON indica que este tributo queda condicionado a la posición legal del robot.

² J.J. Ferreiro Lapatza, *Instituciones de Derecho Financiero. Primera Parte (Derecho Financiero)*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires: Marcial Pons, 2010, p. 277 y 280.

³ Hay que reconocer que “los avances en la tecnología y la evolución de la postura de la OCDE o de la UE respecto de la atribución de personalidad jurídica a los robots podrían aconsejar un cambio de enfoque, aunque, por el momento, no resulta necesario alterar los principios clásicos de la fiscalidad”; S. Rodríguez Losada, “La adaptación de las normas de Derecho Tributario ante los retos jurídicos de la inteligencia artificial”, [in:] A. Navarro Faure, *Retos del Derecho financiero y tributario ante los desafíos de la economía digital y la inteligencia artificial*, Valencia: Tirant lo blanch, 2021, p. 455.

⁴ T. Rosembuj, *Inteligencia artificial e impuesto*, Barcelona: Editorial el Fisco, 2018, p. 150.

En el caso de que el robot sea empleado de una empresa, y con base en la idea de que un robot reemplaza a los humanos y, por lo tanto, impide que a estos humanos se les paguen sus salarios, se podría introducir un impuesto sobre los hipotéticos salarios imputados que los robots deberían recibir del trabajo equivalente realizado por los humanos. En otras palabras, el impuesto podría aplicarse sobre la cantidad hipotética de salario que los trabajadores habrían recibido para ejercer la actividad que fue reemplazada por robots. Este concepto se basaría en la caracterización legal de la relación entre la empresa propietaria (y usuario del robot) y el propio robot (como obligado tributario), de manera similar a un contrato de trabajo. Si la relación difiere de un contrato laboral, por ejemplo, si el robot es propiedad de una empresa o una persona y actúa bajo un contrato de servicios (entretenimiento, ayuda, asesoramiento etc.), entonces la renta imputada podría ser una cantidad aproximada de una consideración *arms-length* para servicios similares prestados por humanos⁵.

El tributo sería personal (relativo a la persona física o jurídica -o electrónica si llegase a reconocerse), por cuanto la posibilidad de acudir a un tributo real, aun existiendo, acostumbra a descartarse. OBERSON indica que podría ser una solución práctica pero no parece muy eficiente. «En particular, tal concepto permanece basado en una visión de robots como máquinas o equipos o como otras herramientas sin autonomía. Lo que es nuevo y requiere una perspectiva diferente es que los Smart robots (inteligentes), que usan IA, reemplazarían las actividades humanas»⁶.

Un impuesto extrafiscal a la renta por el empleo de robots

La elevación del umbral mínimo de pobreza unida a la progresiva destrucción de empleo y una futurible imposibilidad de incorporación al mercado de trabajo como consecuencia principal de la revolución robótica ha hecho plantearse la viabilidad de un impuesto directo de finalidad extrafiscal vinculado al empleo de robots y que tenga como finalidad hacer frente a la destrucción de empleo masivo motivada por la Revolución industrial. Se trataría de afectar un impuesto directo como los analizados anteriormente, añadiendo su finalidad extrafiscal y su afectación. De esta manera, el ingreso imputado podría ser vinculado a las contribuciones a la seguridad social⁷. Incluso podría

⁵ X. Oberson, "Taxing Robots? From the Emergence of an Electronic Ability to Pay to a Tax on Robots or the Use of Robots", *World Tax Journal*, 2017, vol. 9, n.º 2, pp. 250–252.

⁶ Para terminar su razonamiento, a su juicio, "El diseño del impuesto debería, en consecuencia, tener en cuenta este hecho y considerar a los robots más como personas electrónicas que son capaces de trabajar o prestar servicios de la misma manera que los humanos. Aún más, el vínculo entre el uso de robots y la sustitución de trabajadores es bastante remota en esta modalidad. La forma correcta de abordar este desarrollo en el futuro es considerar robots como sujetos pasivos"; *ibidem*, pp. 257–258.

⁷ *Ibidem*, pp. 255 y 256.

proponerse un destino parcial a mejoras educativas y formativas, puesto que el impacto de la revolución robótica será previsiblemente más pronunciado para profesiones de baja cualificación y escaso valor añadido, las cuales van a requerir especiales dosis de formación y capacitación. Como una idea vinculada a esa alternativa, aunque no necesariamente, estaría la conocida Renta Básica Universal. Hay que recordar que se ha planteado como una suerte de salario universal mínimo que podría ser incondicionado o condicionado. Una de las posibilidades para sufragarla sería precisamente exigir impuestos específicos a las nuevas tecnologías sustitutivas de la mano de obra⁸.

Impuesto directo sobre la extraproductividad u otras fórmulas simplificadas

La idea de un tributo sobre la extraproductividad es otra alternativa que se puede plantear el legislador tributario. El beneficio de la robotización procede de su mayor productividad respecto a la que generan los trabajadores (menor gasto genera mayor producción)⁹. Cuando los robots destruyen mano de obra se produce una sustitución de un gasto salarial por una amortización, pudiendo provocar una mejora de productividad. Este suplemento de capacidad económica podría ser susceptible de gravamen y la opción pasaría por hacer tributar exclusivamente el plus de productividad generado por cada robot. En esta propuesta es necesario estimar la productividad estándar de los trabajadores y aplicar un gravamen al extra de productividad generado por el robot. El tributo se enfrenta a diversos obstáculos, entre ellos la determinación de la productividad estándar del trabajador. Otra alternativa sería un tributo «a forfait». Podría vincularse al ingreso imputado atribuible a las múltiples actividades de los robots o en una fórmula más simplificada todavía a los ingresos empresariales sin diferenciación (como en el régimen previsto en el IRPF para *micropymes* en Francia¹⁰)¹¹.

⁸ Vid. M. Segura Alastrué, “Los robots en el Derecho financiero y tributario”, [in:] M. Barrio Andrés (Dir.), *Derecho de los robots*, Las Rozas (Madrid): La Ley-Wolters Kluwer, 2018, pp. 177–183.

⁹ En esta línea, también desde otros países ha llegado a proponerse como mejor opción un: “imposta sull’organizzazione robotizzata”. Puede verse al respecto el trabajo de A. Giovannini, “Legalità ed equità: per un nuovo sistema impositivo”, *Diritto e pratica tributaria*, 2017, n.º 6, pp. 2358 y 2359.

¹⁰ Vid. P. Beltrame, *La fiscalité en France*, 21ª ed., París : Hachette Livre, 2017, pp. 40 y 41.

¹¹ Desde diferentes ámbitos doctrinales y asociacionistas se ha insistido en que los beneficios y no la forma de obtener los mismos son los que deben gravarse. Vid. M.C. Cámara Barroso, “Los impuestos a los robots desde una perspectiva internacional”, [in:] A. Navarro Faure (Dir.), *op. cit.*, p. 417.

La limitación de incentivos fiscales para las empresas robotizadas

La regulación de la fiscalidad empresarial denota que los robots cuentan con un tratamiento tributario favorable respecto a los trabajadores: los beneficios fiscales a la inversión. Si observamos la normativa tributaria del IS en nuestro país contempla deducciones por realización de actividades bien diferentes si se comparan los incentivos tributarios a la I+D+i y los existentes por la contratación de trabajadores. Las empresas cuentan con singulares deducciones en el IS sobre sociedades a la inversión, caso que no existe (o no en tal cuantía) para la contratación de trabajadores. En este ámbito, se podría sostener que las bonificaciones a la inversión en autómatas son una invitación a sustituir mano de obra por capital. Unas deducciones que además de a las sociedades, resultan aplicables a los empresarios personas físicas que determinan sus rendimientos de actividades económicas a través del régimen de determinación directa, por expresa remisión de la normativa reguladora del IRPF¹². Eliminar los beneficios tributarios podría equilibrar la competencia entre trabajador y máquina, dejando de favorecer la sustitución de mano de obra. El atolladero implícito es la supresión del estímulo a la inversión tecnológica.

La reconfiguración de los beneficios tributarios por actividades de I+D+i

Ante las mencionadas dificultades que podría suponer limitar los beneficios por actividades de I+D+i, otra alternativa pasa por rediseñar desde el punto de vista tributario los incentivos a la innovación en el ámbito de la robótica. Grau Ruiz estima que: «[E]n vez de desacelerar la innovación mediante la creación de gravámenes a los robots, la solución pasa por promover una mejor distribución de los beneficios que puede generar su utilización»¹³.

¹² Hay que recordar que ya en 2017 el Gobierno de Corea del Sur, el país más robotizado del mundo, propuso una línea de actuación para limitar los incentivos fiscales que se dan a las empresas que invierten en automatización. No obstante, este mismo año la Asamblea Nacional de ese país, el 4 de julio, aceptó para consideración un proyecto de ley por la que se propone extender hasta el 31 de diciembre de 2022 un régimen de deducciones especial para las inversiones de capital realizadas para mejorar la productividad y la automatización en las instalaciones. Vid. Bill Information, National Assembly Total Information System, http://likms.assembly.go.kr/bill/billDetail.do?billId=PRC_J1F9S0A7P0V4S1J0A4L5K4D2Z1H7Q9# [acceso: 4 Julio 2022].

¹³ M.A. Grau Ruiz, “La adaptación de la fiscalidad ante los retos jurídicos, económicos, éticos y sociales planteados por la robótica”, *Nueva fiscalidad*, 2017, n.º 4, p. 56. En desarrollo de esta opinión, la Profa. Grau considera que idealmente podría valorarse en términos económicos la inversión del propio trabajador (aunque, en principio, fuera involuntaria), realizada con ocasión de la introducción del robot en su entorno laboral. Ésta podría cuantificarse, a partir de las horas de dedicación que cede el trabajador (o el correlativo ahorro para el empresario por el uso de la robótica), sumando también los esfuerzos del trabajador a la hora de formar o entrenar al robot para desarrollar las tareas mientras comparten juntos el trabajo (*ibidem*, pp. 57 y 58).

Una imposición indirecta especial para la robótica

Desde el punto de vista de la imposición indirecta existen diferentes opciones a la hora de plantearse el gravamen de la robótica. En una hipótesis algo alejada hasta podría estudiarse un IVA tipo renta¹⁴. Esa alternativa podría pasar por gravar indirectamente los dividendos de la robotización. Esto supondría subir el IVA, que elevaría la contribución de quienes más consumen. También podría considerarse la aplicación del IVA a las actividades de los robots con una especie de reconocimiento tributario al robot empresario. Oberson ha expresado, sin embargo, que esta posibilidad plantea problemas complejos de caracterización y localización de los diversos tipos de suministros prestados por robots. Otra alternativa, pasaría por someter a gravamen a los robots a través de su consumo, implementando un tipo determinado de IVA para esas operaciones¹⁵.

Las previsiones específicas en las figuras tributarias actuales

En la imposición directa, una opción viene dada por la posibilidad de aumentar la tributación efectiva de las empresas o el incremento de la progresividad de los impuestos. Un argumento a considerar es que las empresas que emplean robots pasan a tener un beneficio mayor derivado de la necesidad de pagar menos nóminas, de una mayor productividad o de una calidad más elevada, lo que podría llevar a incrementar el gravamen empresarial, con el fin de que la recaudación adicional de impuestos pudiese financiar elementos que evitasen el desequilibrio social y la exclusión. Sánchez-Archidona Hidalgo ha defendido que reformar el Impuesto sobre Sociedades para compensar algo más la incorporación de un trabajador frente a un robot, sin dejar de desincentivar a este segundo, parece una buena opción¹⁶. Y si se quisiera penalizar, bastaría con suprimir o desincentivar la inversión en I+D. En la imposición indirecta, las previsiones especiales pasarían por el IVA lo cual llevaría a plantear una armonización comunitaria del particular.

¹⁴ Vid. T. Rosembuj, *op. cit.*, pp. 142–148.

¹⁵ G. Sánchez-Archidona Hidalgo, “La tributación de la robótica y la inteligencia artificial como límites del Derecho financiero y tributario”, *Quincena Fiscal*, 2019, n.º 12, p. 82. Hipotéticamente, también sería posible gravar su adquisición mediante un impuesto específico sobre la propiedad de los robots, como sucede en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI) o en el Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica (IVTM), es decir, que se grave la mera titularidad de ese bien o derecho” (*ibidem*, p. 81).

¹⁶ En este sentido, indica que podría incluirse en la deducción por actividades de I+D+i una partida específica que se base en qué porcentaje del beneficio empresarial a efectos de una base imponible corresponde a ese *software* o algoritmo, es decir, objetivar y cuantificar ese beneficio; *ibidem*, p. 93.

Otros tributos y medidas no tributarias

La mayor parte de alternativas conducen al análisis de un impuesto que sería personal (relativo a la persona física o jurídica -o electrónica si llegase a reconocerse), por cuanto la posibilidad de acudir a un tributo real, aun existiendo, acostumbra a descartarse. Oberson indica que podría ser una solución práctica pero no parece muy eficiente. «En particular, tal concepto permanece basado en una visión de robots como máquinas o equipos o como otras herramientas sin autonomía. Lo que es nuevo y requiere una perspectiva diferente es que los Smart robots (inteligentes), que usan IA, reemplazarían las actividades humanas»¹⁷. En cualquier caso, desde un punto de vista teórico, «gravar la propiedad de los robots podría incluirse en otros impuestos ya existentes, como el Impuesto sobre el Patrimonio»¹⁸.

La idea de acudir a otros tributos conduce a pensar en la posibilidad de una tasa para los robots pero es una opción que se puede descartar desde el punto de vista tributario sobre la configuración de la categoría en nuestra normativa. Oberson puntualiza que:

Introducir una tasa sobre los robots requeriría un vínculo suficiente entre el uso de robots y una contrapartida del estado. A primera vista, parece bastante difícil vincular un impuesto (tasa) en robots con un servicio equivalente o ventaja obtenida del estado. Una tasa de servicio podría seguir siendo considerado como una contrapartida para tareas de registro específicas o infraestructuras aportadas por el estado para la supervisión y el control de las actividades de los robots. Sin embargo, la idea de diseñar una tasa compensatoria sobre los ingresos teóricos atribuibles a las actividades de los robots parece contrario al principio de equivalencia¹⁹.

Excepcionalmente, se ha indicado que no habría que desechar que para algunas operaciones en que los robots pudiesen mejorar las prestaciones de servicios puedan ser convenientes las tasas, por ejemplo, «si una Administración pública utiliza un sistema algorítmico para prestar un servicio público, podría articularse una tasa hasta el coste de ese servicio en caso de aprovechamiento por un ciudadano»²⁰. Desde la perspectiva de la tributación indirecta, incluso podría considerarse bastante la implantación del impuesto sobre determinados

¹⁷ Para terminar su razonamiento, a su juicio, “[E]l diseño del impuesto debería, en consecuencia, tener en cuenta este hecho y considerar a los robots más como personas electrónicas que son capaces de trabajar o prestar servicios de la misma manera que los humanos. Aún más, el vínculo entre el uso de robots y la sustitución de trabajadores es bastante remota en esta modalidad. La forma correcta de abordar este desarrollo en el futuro es considerar robots como sujetos pasivos”; X. Oberson, *op. cit.*, pp. 257 y 258.

¹⁸ G. Sánchez-Archidona Hidalgo, *op. cit.*, p. 81.

¹⁹ X. Oberson, *op. cit.*, p. 258.

²⁰ G. Sánchez-Archidona Hidalgo, *op. cit.*, p. 81.

servicios digitales. Como es sabido, este tributo afecta o pretende afectar a las compañías digitales, que se benefician de su inversión en tecnología. De todas maneras estamos ante un tributo que, salvo reconfiguración no está ideado para contrarrestar los efectos de la robotización, sino para limitar maniobras evasivas de grandes tecnológicas, lo que pone en tela de juicio su idoneidad al objeto gravado.

Los desafíos de la robótica exigen un adecuado tratamiento jurídico integral. Las regulaciones de otras ramas el Derecho se presentan como previas, básicas o complementarias, según los casos, para cualquier normativa tributaria que trate de urdirse. En este sentido, la digitalización y la robotización en el mercado laboral también presentan importantes retos para el propio Derecho del Trabajo, con una merecida mención para la viabilidad y sostenibilidad financiera del sistema actual de protección social. Medidas laborales como la cotización social de los robots o la Renta Básica Universal se ubican, desde otros sectores del ordenamiento, como elementos de obligado análisis junto a instrumentos tributarios, como podría ser un tributo específico a los robots²¹.

Conclusiones y reflexiones finales

– El imparable desarrollo tecnológico ha propiciado que los robots sean cada vez más sofisticados, tomando decisiones conforme algoritmos y en función de las circunstancias a las que se enfrenten. El impacto de la robótica es global, integra una realidad que afecta a todo tipo de sectores y se utilizará progresivamente en el futuro por todas las empresas en el marco de la Industria 4.0. Las alternativas para el gravamen de los robots son muy diferentes. En un hipotético tributo a la robótica, la imposibilidad subjetiva, sitúa a la misma como posible materia imponible. Son múltiples las posibilidades que hemos referido a un tributo a la inteligencia artificial o automatización; un impuesto extrafiscal a la renta por el empleo de robots; un impuesto directo sobre la extraproductividad; la limitación de incentivos fiscales para las empresas robotizadas; la reconfiguración de los beneficios tributarios por actividades de I+D+i; una imposición indirecta especial para la robótica; las previsiones específicas en las figuras tributarias actuales; una imposición indirecta especial para la robótica; las previsiones específicas en las figuras tributarias actuales u; otros tributos y medidas no tributarias. La mayor parte de ellas añadirían un cierto grado de complejidad al sistema tributario y, además, encuentran una imposibilidad adicional en la ausencia de personalidad jurídica de los robots.

²¹ Sobre este particular, puede verse más extensamente el trabajo de E. Ispizua Dorna, “Industria 4.0: ¿cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?”, *Lan barremanak-Revista de relaciones laborales*, 2018, n.º 40, pp. 1–16.

– Un análisis conjunto de las diversas alternativas emana una nota coincidente en la mayor parte de las propuestas. Existe un rasgo común y es que, con independencia de otras consideraciones, buena parte de las opciones suponen una mayor complejidad del sistema tributario, ya sea porque exigen regular nuevas figuras impositivas, una configuración diferente de beneficios tributarios, la afectación de tributos... Únicamente las que implican una regulación particular en los impuestos actuales o la supresión de beneficios tributarios estarían al margen de esta consideración. A la simplificación tributaria podría añadirse otro argumento en términos de operatividad del sistema tributario. El conjunto del sistema tributario ha de ser eficaz en la misión que está llamado a cumplir. El alejamiento o pretendido acercamiento a la realidad por parte de las normativas podría verse mínimamente justificado con una mayor eficacia de los regímenes tributarios. La eficacia de la norma tributaria enlaza con su necesaria simplicidad. Una de las condiciones para que una norma sea eficaz es que sea simple. La practicabilidad administrativa posibilita la adecuada aplicación de las leyes. Sólo la regulación de una alternativa que fuese simple podría ser adecuadamente implementada y, en este sentido, la robótica debe ser puesta al servicio de las Administraciones tributarias pero nunca complicar la aplicación del ordenamiento.

– La problemática de la fiscalidad en el ámbito de la robótica está directamente vinculada a otra de mucho mayor calado como es el alcance de una imposición empresarial equitativa a nivel mundial. No se puede tratar de hacer frente a problemáticas incipientes desde un punto de vista tributario sin abordar antes la cuestión de fondo. Es más, sólo una vez se hayan efectuado avances satisfactorios en este sentido podrían plantearse soluciones jurídicas particulares en determinados campos. En cualquier caso, la revolución robótica presenta actualmente destacables retos a otros sectores del ordenamiento jurídico cuya necesaria solución condiciona asimismo cualquier planteamiento desde la perspectiva tributaria. La inteligencia artificial desafía múltiples ramas jurídicas y los tributos integran una esfera particular desde donde no siempre se requiere forzar la integración de nuevas instituciones, sino que puede ser más deseable analizar la posible readaptación de figuras existentes.

– Las alternativas del gravamen a la automatización y la robótica se encuentran directamente condicionadas por los principios de justicia tributaria, los cuales exigen a su vez analizar la cuestión desde una óptica internacional. Desde el paradigma de la incidencia efectiva de la capacidad contributiva en toda su dimensión y en un contexto universal, la tributación sobre la renta y el patrimonio deben superar un impacto meramente accesorio, alcanzando una dimensión real en favor de una sociedad más justa. A día de hoy, la única capacidad

económica que podría reformularse en su gravamen diferenciado sería la de las empresas por el uso de robots que maximizan su beneficio. Someter a gravamen la renta societaria robótica presenta bastantes problemas a la hora de concretar el plus de rendimiento que realmente provocan los robots inteligentes. Desde la óptica de la generalidad e igualdad, un tratamiento tributario supuestamente más justo de los robots más inteligentes podría conllevar asimismo tratamientos desiguales, sectoriales e injustos frente a sujetos que se hallen en situaciones similares o empeorar el tratamiento global de otros grupos de contribuyentes. Desde el punto de vista de la progresividad del sistema tributario hay que poner de manifiesto las cautelas respecto a propuestas como la Renta Básica Universal, puesto que habría que considerar el efecto negativo que tiene si se concede a todas las personas sin tomar en consideración el nivel de ingresos. Por todo ello, hay que insistir en que la justicia tributaria requiere de un singular cuidado por parte del legislador a la hora de aprobar medidas tributarias en el ámbito de los androides.

Bibliografía

- Álvarez Martínez J., “Robótica y fiscalidad: unas breves consideraciones”, *Quincena Fiscal*, 2021, n.º 3, pp. 123–128.
- Beltrame P., *La fiscalité en France*, 21ª ed., París: Hachette Livre, 2017.
- Ferreiro Lapatz J.J., *Instituciones de Derecho Financiero. Primera Parte (Derecho Financiero)*, Madrid – Barcelona – Buenos Aires: Marcial Pons, 2010.
- Giovannini A., “Legalità ed equità: per un nuovo sistema impositivo”, *Diritto e pratica tributaria*, 2017, n.º 6, p. 2335.
- Grau Ruiz M.A., “La adaptación de la fiscalidad ante los retos jurídicos, económicos, éticos y sociales planteados por la robótica”, *Nueva fiscalidad*, 2017, n.º 4, pp. 35–61.
- Ispizua Dorna E., “Industria 4.0: ¿cómo afecta la digitalización al sistema de protección social?”, *Lan harremanak-Revista de relaciones laborales*, 2018, n.º 40, pp. 12–30.
- Navarro Faure A. (Dir.): *Retos del Derecho financiero y tributario ante los desafíos de la economía digital y la inteligencia artificial*, Valencia: Tirant lo blanch, 2021.
- Oberson X., “Taxing Robots? From the Emergence of an Electronic Ability to Pay to a Tax on Robots or the Use of Robots”, *World Tax Journal*, 2017, vol. 9, n.º 2, pp. 247–261.
- Rosembuj T., *Inteligencia artificial e impuesto*, Barcelona: Editorial el Fisco, 2018.
- Sánchez-Archidona Hidalgo G., “La tributación de la robótica y la inteligencia artificial como límites del Derecho financiero y tributario”, *Quincena Fiscal*, 2019, n.º 12, pp. 69–100.
- Segura Alastrué M., “Los robots en el Derecho financiero y tributario”, [in:] Barrio Andrés, M. (Dir.): *Derecho de los robots*, Las Rozas (Madrid): La Ley-Wolters Kluwer, 2018.

Resumen

Las alternativas para una tributación de la robótica

A estas alturas del siglo XXI parece deseable reflexionar desde el rigor científico sobre las posibilidades reales de incidir con técnicas impositivas que hagan contribuir específicamente a la robótica sin distorsionar ni complicar más todavía el sistema tributario. Una sociedad progresivamente robotizada en el entorno global digitalizado requiere plantearse la posibilidad de un gravamen en el marco de la inteligencia artificial aplicada. En los últimos años, diferentes voces han defendido la necesidad de alcanzar un tratamiento jurídico acorde a la nueva realidad en la que el imparable avance de la robótica está abriendo paso a una verdadera transformación social. En el ámbito tributario se han proyectado diversas alternativas, desde la posibilidad de regular un tributo referido al trabajo ejecutado por robots hasta exigir un gravamen específico o adicional por el uso y mantenimiento de los mismos. Pese a que las alternativas son bien diferentes la justicia tributaria debe mantenerse como prisma básico de evaluación.

Palabras clave: inteligencia artificial, robots, tributos, justicia, simplificación

Abstract

The alternatives for a robotics taxation

In recent years different voices have defended the necessity to achieve a legal treatment according to the new reality, given that, the relentless advance of robotics is paving its path to a profound social transformation. A society, which is progressively automated in the digitised global environment, requires to formulate the possibility of a taxation within the applied artificial intelligence framework. Several alternatives have been proposed under the tax environment, from regulating a tax referred to the task executed by robots until demanding a specific or additional taxation on account of their use and maintenance. A priori, the alternatives are numerous but these required to be assessed from the perspective regarding the minimum determinants of the tax justice. In this paper, we will analyse what challenges the taxation deals, considering the necessary postulates that impose the fundamental guidelines of the tax order. The material principles of justice are reinterpreted in their content by their own digital revolution. These notions must clearly report the design of any suggestion and respect satisfactorily the configuration of the essential elements of a tax. At this stage in the 21st century, it seems desirable to reflect from the scientific rigour on the real possibilities of influencing by means of using tax techniques. These techniques could specifically contribute to robotics, but without distorting and complicating further the taxation system.

Key words: artificial intelligence, robots, taxes, tax justice, tax simplification

Diana Carolina Wisner Glusko

Profesora, Centro de Estudios Universitarios Cardenal Spínola.
Fundación San Pablo-CEU Andalucía, Spain
<https://orcid.org/0000-0003-2723-6112>
cwisner@ceuandalucia.es

Inteligencia artificial sostenible: entre la sostenibilidad digital y los entornos digitales sostenibles

Introducción

Sin duda alguna, una de las tecnologías digitales que más avances ha experimentado en los últimos años es la inteligencia artificial, en adelante IA; ya sea a nivel de desarrollo de soluciones basadas en algoritmos (detección de enfermedades, traducción de idiomas, asistentes virtuales de atención al ciudadano, coches autónomos, previsión de amenazas en materia de ciberseguridad, por ejemplo), como en materia regulatoria.

Si bien desde el año 2017¹ la Unión Europea, en adelante UE, puso en marcha la iniciativa europea sobre la IA basada en los importantes beneficios que esta tecnología podía aportar, ha sido a partir del año 2018 – con la Estrategia Europea para la IA² – cuando los esfuerzos se han centrado en la elaboración de un plan coordinado con los Estados miembros, para abordar no solo cuestiones de carácter tecnológico sino también jurídico y ético.

¹ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital Un mercado único digital conectado para todos. COM/2017/0228 final. [Fecha de consulta 1 abril 2021], Bruselas, 10.05.2017, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a4215207-362b-11e7-a08e-01aa75ed71a1.0005.02/DOC_1&format=PDF [acceso: 5 julio 2022].

² Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Inteligencia artificial para Europa. COM/2018/237 final. [Fecha de consulta 03 abril 2021], Bruselas, 25.04.2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=ES> [acceso: 5 julio 2022].

Si bien en la Comunicación de la Comisión Europea del 2017 – referida a una “Inteligencia artificial para Europa” – se aplica el término “inteligencia artificial” a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente y que son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción con un cierto grado de autonomía, el texto no alude expresamente a necesidad de que esa IA sea sostenible. Solamente reitera que existe un único planteamiento posible y sostenible respecto de las tecnologías en la UE, basado en los valores de la Unión, en clara alusión al artículo 2 del Tratado de la UE³.

En el año 2020, el Libro Blanco sobre la IA⁴ supuso otro de los importantes hitos en el enfoque europeo orientado a desarrollar y regular esta tecnología disruptiva a la par que garantizar que las nuevas tecnologías estén siempre al servicio de los ciudadanos.

Este texto sí hace referencia a la sostenibilidad en el contexto de la IA, cuya definición constituye la base del análisis expositivo del presente artículo:

La inteligencia artificial es una tecnología estratégica que ofrece numerosas ventajas a los ciudadanos, las empresas y la sociedad en su conjunto, siempre y cuando sea antropocéntrica, ética y sostenible y respete los derechos y valores fundamentales⁵.

De esta definición podemos afirmar, en primer lugar, que la inteligencia artificial es una combinación de tecnologías, en su mayoría disruptivas vinculadas al tratamiento de datos, la creación de algoritmos y el desarrollo de la capacidad informática. Precisamente, el aumento de la disponibilidad y del tratamiento de datos junto con los avances computacionales e informáticos, constituyen el fundamento del crecimiento de la aplicación de la IA a situaciones cotidianas y, consecuentemente, que sea actualmente una materia de relevancia en las políticas digitales a nivel nacional, europeo e internacional.

En segundo lugar, que la IA debe ser diseñada de modo que otorgue ventajas a nivel macro, en toda la Unión Europea, pero también a nivel micro, por ejemplo cuando una Administración Pública utiliza IA para la gestión de los servicios públicos y ello repercute en el bienestar de los ciudadanos. Es evidente que tanto los datos como las personas son generadores de valor; y por eso

³ Art. 2 Tratado UE: “La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres”.

⁴ Comisión Europea, Libro Blanco sobre inteligencia artificial – Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza. COM (2020) 65 final [Fecha de consulta: 23 marzo 2021], Bruselas, 19.02.2020, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf [acceso: 5 julio 2022].

⁵ *Ibidem*, p. 30.

se busca desarrollar soluciones inteligentes, a fin de crear beneficios tendentes a la eficiencia y eficacia del sector donde se aplica.

También requiere que en el centro de la regulación y del desarrollo tecnológico de la IA esté el hombre y sus intereses, de ahí la exigencia de que sea antropocéntrica, como lo es en relación a la ética, cristalizándose en el cumplimiento de ciertos principios y normas morales. Debemos recordar que el Parlamento Europeo, con posterioridad al Libro Blanco de la IA, aprobó el Marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial⁶, donde resaltaba la importancia de que el marco regulador sea ético por defecto y ético desde el diseño garantizando así el respeto a los Tratados, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión y el Derecho derivado de la Unión, teniendo en cuenta el principio de precaución que guía la legislación de la Unión⁷.

De ello deriva entonces, la premisa de que no se concibe, en el entorno europeo, una IA que no respete los derechos y valores fundamentales. Todos sabemos que Europa pretende aunar su potencial tecnológico e industrial con una infraestructura digital de gran calidad y un marco regulador basado en el respeto a la dignidad humana, la autonomía, la autodeterminación de la persona, la promoción de la equidad, la inclusión y la transparencia, la eliminación de sesgos y la discriminación, con la finalidad de convertirse en líder mundial de la innovación en la economía de los datos y sus aplicaciones.

Finalmente, ante la exigencia de que la IA sea sostenible y considerando que el propio Libro Blanco no define qué debe entenderse por una IA sostenible, como tampoco lo hace la Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial Española⁸, no podemos dejar de hacernos una serie de preguntas en torno a este concepto: ¿Cómo se aplica el principio de sostenibilidad en relación a la IA? ¿La legislación europea contempla una noción concreta de IA sostenible? ¿En el marco del desarrollo de la IA, se prevé su aplicación para la creación de entornos

⁶ Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012 [INL]) [Fecha de consulta: 10 abril 2021], 20.10.2020, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.pdf [acceso: 5 julio 2022].

⁷ El principio de precaución, recogido en el artículo 191 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, pretende garantizar, en caso de situaciones de riesgo, un elevado nivel de protección del medio ambiente mediante la adopción de decisiones preventivas.

⁸ La Estrategia Nacional de Inteligencia Artificial establece que la sostenibilidad (“Los sistemas de IA deben utilizarse para mejorar la sostenibilidad y la responsabilidad ecológica”) junto con la inclusión y el bienestar social son los tres principios éticos que deben guiar la elaboración de las medidas adecuadas que desarrollen la IA (p. 68). https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/201202_ENIA_V1_0.pdf [acceso: 5 julio 2022].

digitales sostenibles, de acuerdo con los principios de la sostenibilidad digital y medioambiental?

1. Propósito y metodología de la investigación

El estudio persigue estudiar, desde la perspectiva europea y nacional, cómo se ha ido conformando la noción de IA sostenible, teniendo en cuenta los principios que sustentan la sostenibilidad digital, vinculada a la innovación y a la digitalización de procesos – tanto en el ámbito público como privado – a la par que determinar cómo, frente a la garantía del equilibrio entre el crecimiento económico, la innovación tecnológica, el bienestar social y el cuidado del medio ambiente, se ha erigido el Derecho a un entorno digital sostenible.

Para la consecución de los objetivos propuestos, analizaremos los principios recogidos en las Comunicaciones de la Comisión Europea relacionadas con la IA, el Libro Blanco en la materia de estudio, la propuesta del Parlamento Europeo sobre la Regulación de la Inteligencia artificial y el Proyecto de Propuesta de Reglamento sobre un enfoque europeo de la inteligencia artificial. A nivel nacional, haremos lo propio con la Estrategia Nacional de Inteligencia artificial, el Plan España Digital 2025 y la propuesta de Carta de Derechos Digitales.

Inteligencia artificial sostenible

El Plan España Digital 2025⁹ establece la necesidad de impulsar la IA como motor de innovación y crecimiento económico, social inclusivo y sostenible. Sin embargo no define qué se entiende por IA sostenible, sino que la interpreta como un medio para lograr la sostenibilidad¹⁰.

Si partimos de la noción de sostenibilidad debemos recordar que, en el año 1998, la Comisión Mundial del Medio Ambiente y del Desarrollo (CM-MAD) introdujo, a través del Informe “Nuestro Futuro común”, el concepto de sostenibilidad partiendo de la noción de desarrollo sostenible, entendiendo por tal el desarrollo “que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”¹¹.

⁹ España. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, *Plan España Digital 2025* [Fecha de consulta: 2 abril 2021], https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-Espa%C3%B1aDigital_2025.pdf [acceso: 5 julio 2022].

¹⁰ *Ibidem*, p. 68.

¹¹ Naciones Unidas, *Informe de la Comisión Mundial sobre medio Ambiente y Desarrollo: Nuestro futuro común*, 1988, Punto 1 [Fecha de consulta: 20 marzo 2021], <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm> [acceso: 5 julio 2022].

La preocupación surgida en las últimas décadas por la preservación de nuestro planeta ha llevado a que el concepto de sostenibilidad, independientemente de su connotación medioambiental, comenzara a utilizarse en ámbitos como la economía, las finanzas, el transporte, la educación, la agricultura, la cultura y, por supuesto, también en el desarrollo de la sociedad digital, frente a la disrupción de las nuevas tecnologías.

Así, hablamos de turismo sostenible cuando es turismo respetuoso con el ecosistema, con mínimo impacto sobre el medioambiente y la cultura local¹²; o nos referimos a una economía sostenible si ese patrón de crecimiento concilia “el desarrollo económico, social y ambiental en una economía productiva y competitiva que favorezca el empleo de calidad, la igualdad de oportunidades y la cohesión social, y que garantice el respeto ambiental y el uso racional de los recursos naturales, de forma que permita satisfacer las necesidades de las generaciones presentes sin comprometer las posibilidades de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades”¹³.

Por tanto, también en el desarrollo de la sociedad digital basada en IA será necesario que se cumplan los criterios de sostenibilidad. Recordemos que la propia Comisión Europea, a través de la “Década Digital de Europa: Objetivos digitales para 2030”¹⁴ establece la necesidad de disponer de infraestructuras digitales, seguras y sostenibles.

Como ya adelantamos, el Libro Blanco no recoge la definición de IA sostenible; no obstante en su texto sí hace hincapié en la necesidad de tomar en debida consideración las repercusiones medioambientales de sus sistemas a lo largo de su ciclo de vida y durante toda la cadena de suministro, por ejemplo, en lo que se refiere a la utilización de recursos¹⁵.

Entonces, en una primera aproximación, y aplicando la definición de desarrollo sostenible de 1998, podríamos decir que una IA sostenible sería aquel conjunto de tecnologías estratégicas que minimice las repercusiones

¹² La Organización Mundial del Turismo (UNWTO) define al turismo sostenible como aquel “que tiene plenamente en cuenta las repercusiones actuales y futuras, económicas, sociales y medioambientales para satisfacer las necesidades de los visitantes, de la industria, del entorno y de las comunidades anfitriona”; <https://www.unwto.org/es/desarrollo-sostenible> [acceso: 5 julio 2022].

¹³ Artículo 2. Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Boletín Oficial del Estado, núm. 55, de 05 de marzo. <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-4117-consolidado.pdf> [acceso: 5 julio 2022].

¹⁴ Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el decenio Digital. COM (2021) 118 final, Punto 3.2 [Fecha de consulta 15 abril 2021], Bruselas, 9.03.2021, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:12e835e2-81af-11eb-9ac9-01aa75ed71a1.0022.02/DOC_1&format=PDF [acceso: 5 julio 2022].

¹⁵ Comisión Europea, Libro Blanco sobre inteligencia artificial..., *op. cit.*, p. 3.

medioambientales de sus sistemas a lo largo de su ciclo de vida y durante toda la cadena de suministro y no comprometa el desarrollo tecnológico y digital de las generaciones futuras.

Sin embargo, existen otros aspectos muy importantes a tener en cuenta si nos referimos a una IA sostenible y ellos son, por un lado, los entornos digitales en los que se aplica y, por el otro, el marco regulatorio que otorga confianza y seguridad en su utilización frente a los ciudadanos, las empresas, la Administración Pública y la ciudadanía en general.

Llegados a este punto, para conceptualizar la IA sostenible, debemos partir de la noción de sostenibilidad ambiental y de sostenibilidad digital, si queremos lograr un enfoque integral de la cuestión.

1. De la sostenibilidad ambiental y la sostenibilidad digital al derecho a un entorno digital sostenible

La propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas¹⁶, recoge en su artículo 11 que la IA deberá respetar los principios de sostenibilidad ambiental (en cumplimiento del Derecho de la Unión o de otros compromisos internacionales asumidos por la Unión en materia medioambiental) adoptando “medidas para mitigar y remediar su impacto general en lo que respecta a los recursos naturales, el consumo de energía, la producción de residuos, la huella de carbono, la emergencia climática y la degradación del medio ambiente”.

No cabe duda que cualquier desarrollo de la IA debe reducir hasta el mínimo impacto que suponga su aplicación en el medio ambiente si quiere ser sostenible. Por tanto, deberá ser evaluada, cada cierto tiempo y debido a los daños que pudieran causar al medio ambiente, desde la fabricación de robots, drones, vehículos autónomos y a lo largo de toda la cadena de suministro como durante todo su ciclo de vida, incluyendo su reutilización (economía circular). Junto a esta puntualización, no debemos dejar de tener en cuenta la dimensión digital de la sostenibilidad de esta tecnología.

Precisamente la sostenibilidad digital se asocia entonces, por un lado, a los avances en materia de desarrollo e innovación tecnológicos e informáticos que integren y respeten los recursos naturales, y por el otro, a la adopción de normas o medidas que protejan el medio ambiente o disminuyan su impacto ambiental cuando se apliquen las tecnologías como la IA.

¹⁶ Recogida en la Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020..., *op. cit.*

Este último año se ha profundizado en la regulación de los aspectos éticos, en los riesgos que entraña la utilización de la IA¹⁷ (riesgo inadmisibles, acto riesgo, riesgo limitado y riesgo mínimo) y en su fiabilidad, siendo posible plantear por tanto la premisa de que la confianza en su aplicabilidad y su uso responsable son necesarios para transitar la senda del desarrollo sostenible.

Siendo la sostenibilidad digital el enfoque macro de la IA, debemos analizar el enfoque micro, dado por la noción de entornos digitales sostenibles. Un entorno digital es el conjunto de plataformas, canales y herramientas que una organización (ya sea educativa, administrativa, empresarial, sanitaria etc.) emplea para desarrollar su actividad en la red, facilitando la utilización de los mismos y la interacción con los usuarios.

Precisamente la Propuesta de Carta de Derechos Digitales de España¹⁸ (cuya consulta pública ha finalizado) en su artículo XX reconoce ese derecho a un desarrollo de la tecnología y de los entornos digitales que persiga la sostenibilidad medioambiental y el compromiso con las generaciones futuras. Asimismo dispone que los poderes públicos impulsen políticas ordenadas a la consecución de dichos objetivos con particular atención a la sostenibilidad, durabilidad, reparabilidad y retrocompatibilidad de los dispositivos y demás sistemas, evitando las políticas de sustitución integral y de obsolescencia programada, promoviendo la minimización del consumo de energía y la utilización de energías renovables y limpias.

Entonces podríamos decir que el continente sería la sostenibilidad digital, es decir el marco regulatorio que posibilita desarrollos sostenibles de la IA, mientras que el contenido estaría dado por los entornos digitales sostenibles donde se aplicaría e implantarían las soluciones IA, con desarrollos concretos en diferentes sectores.

Analizando la Comunicación de la Comisión Europea de 2018, el Libro Blanco, la propuesta de reglamento europeo de la IA podemos distinguir qué conformaría uno u otro. En el llamado “continente de la IA sostenible” es decir el marco regulatorio, se incluirían el respeto por los valores y derechos fundamentales garantizando el derecho a la no discriminación algorítmica;

¹⁷ Parlamento Europeo, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. COM (2021) 206 final [Fecha de consulta: 26 abril 2021], 21.04.2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206> [acceso: 5 julio 2022].

¹⁸ España. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Carta de Derecho Digitales, 2020 [Fecha de consulta 25 marzo 2021], https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf [acceso: 5 julio 2022].

la responsabilidad civil y la responsabilidad patrimonial; la ética, protección de propiedad intelectual, modelo de riesgos (inadmisible, alto riesgo, riesgo limitado, riesgo mínimo) y el régimen sancionador.

En cuanto al contenido, serán sostenibles los entornos digitales vinculados a la IA, cuando garanticen la fiabilidad, la usabilidad y la accesibilidad y se aseguren la transparencia, auditabilidad, explicabilidad y trazabilidad, de los algoritmos. Además de que puedan ser supervisados e intervenidos por un humano, cuando así se solicite. Para ello será necesario que los usuarios estén debidamente informados y puedan por tanto impugnar las decisiones automatizadas o algorítmicas que conculquen sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Solo nos restaría abordar la relación que existe entre “las generaciones futuras” y la IA. Como no puede ser de otra manera, ello deriva en reconocer que una inteligencia artificial sostenible requiere superar la perspectiva individual hacia una perspectiva social, con la construcción de una conciencia colectiva sobre las consecuencias positivas (ventajas y beneficios de su aplicación) y negativas (incertidumbre, riesgos y falta de confianza) del desarrollo de la IA.

Conclusiones

El desarrollo de la IA debe cumplir con las premisas de la sostenibilidad digital y, a la vez, posibilitar que los entornos digitales en los que se aplique sean sostenibles. Una IA fiable, es decir lícita, ética, explicable y respetuosa con los Derechos fundamentales, contribuirá a su sostenibilidad, minimizando los riesgos que entraña su aplicación.

La digitalización en general, y la IA en particular, tienen un gran potencial para contribuir al desarrollo sostenible previsto en la Agenda 2030. La utilización de la IA aplicable a la consecución de los ODS fortalece la idea de una IA al servicio de la humanidad.

Urge un cambio de mentalidad para producir e invertir en tecnología sostenible y, en concreto, en inteligencia artificial sostenible, así como para sensibilizar y concienciar a la ciudadanía de la importancia que encierra el consumo y la utilización (y la reutilización) responsable de medios tecnológicos y dispositivos electrónicos. La explicabilidad del algoritmo, la prevención de riesgos, el control y la supervisión humana de la IA contribuyen a su sostenibilidad. Una verdadera conciencia colectiva de la IA, es decir una revalorización de la dimensión social de la sostenibilidad nos proyectará hacia un futuro inteligente, digital, verde, justo, solidario e inclusivo.

Bibliografía

- Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital Un mercado único digital conectado para todos. COM/2017/0228 final. [Fecha de consulta: 1 abril 2021], Bruselas, 10.05.2017, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:a4215207-362b-11e7-a08e-01aa75ed71a1.0005.02/DOC_1&format=PDF [acceso: 5 julio 2022].
- Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Inteligencia artificial para Europa. COM/2018/237 final [Fecha de consulta 03 abril 2021], Bruselas, 25.04.2018, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52018DC0237&from=ES> [acceso: 5 julio 2022].
- Comisión Europea, Libro Blanco sobre inteligencia artificial – Un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza. COM (2020) 65 final [Fecha de consulta: 23 marzo 2021], Bruselas, 19.02.2020, https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/commission-white-paper-artificial-intelligence-feb2020_es.pdf [acceso: 5 julio 2022].
- Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el decenio Digital. COM (2021) 118 final [Fecha de consulta 15 abril 2021], Bruselas, 9.03.2021, https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:12e835e2-81af-11eb-9ac9-01aa75ed71a1.0022.02/DOC_1&format=PDF [acceso: 5 julio 2022].
- Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible. Boletín Oficial del Estado, núm. 55, de 5 de marzo de 2011 [Fecha de consulta: 24 abril 2021], <https://www.boe.es/buscar/pdf/2011/BOE-A-2011-4117-consolidado.pdf> [acceso: 5 julio 2022].
- España. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Carta de Derecho Digitales, 2020. [Fecha de consulta 25 marzo 2021], https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/participacion_publica/audiencia/ficheros/SEDIACartaDerechosDigitales.pdf [acceso: 5 julio 2022].
- España. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, *Estrategia Nacional de Inteligencia artificial* [Fecha de consulta 5 abril 2021], noviembre 2020, https://portal.mineco.gob.es/RecursosArticulo/mineco/ministerio/ficheros/201202_ENIA_V1_0.pdf [acceso: 5 julio 2022].
- España. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, *Plan España Digital 2025* [Fecha de consulta: 2 abril 2021], https://www.lamoncloa.gob.es/presidente/actividades/Documents/2020/230720-Espa%C3%B1aDigital_2025.pdf [acceso: 5 julio 2022].
- Naciones Unidas, *Informe de la Comisión Mundial sobre medio Ambiente y Desarrollo: Nuestro futuro común*, 1988 [Fecha de consulta: 20 marzo 2021], <http://www.un-documents.net/wced-ocf.htm> [acceso: 5 julio 2022].
- Organización Mundial del Turismo (UNWTO), Desarrollo sostenible [Fecha de consulta: 2 abril 2021], <https://www.unwto.org/es/desarrollo-sostenible> [acceso: 5 julio 2022].

Parlamento Europeo, Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la inteligencia artificial, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012 [INL]) [Fecha de consulta: 10 abril 2021], 20.10.2020, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0275_ES.pdf [acceso: 5 julio 2022].

Parlamento Europeo, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial (Ley de Inteligencia artificial) y se modifican determinados actos legislativos de la Unión. COM (2021) 206 final [Fecha de consulta: 26 abril 2021], 21.04.2021, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1623335154975&uri=CELEX%3A52021PC0206> [acceso: 5 julio 2022].

Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea. C 83/47 [Fecha de consulta: 10 abril 2021], 30.03.2010, <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> [acceso: 5 julio 2022].

Tratado de la Unión Europea, Diario Oficial de la Unión Europea. C 83/13 [Fecha de consulta: 10 abril 2021], 30.03.2010, <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00013-00046.pdf> [acceso: 5 julio 2022].

Resumen

Inteligencia artificial sostenible: entre la sostenibilidad digital y los entornos digitales sostenibles

Vivimos en un tiempo en el que la inteligencia artificial y la sostenibilidad coexisten y ello nos exige un cambio de paradigma. Nadie duda de que la inteligencia artificial constituye un medio para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible. El desarrollo y el uso responsable de sistemas de inteligencia artificial pueden contribuir a la conservación del medio ambiente, a la neutralidad climática, a la eficiencia energética y al uso de energías renovables en ciudades sostenibles, a la reducción de la contaminación de los océanos y mares, a la minimización de la huella de carbono, a la creación de economías circulares, a la protección de la fauna así como a la democratización de una educación de calidad. Sin embargo, existe otra relación de esta tecnología disruptiva con la sostenibilidad y que se evidencia en la necesidad de que la misma inteligencia artificial sea sostenible, a la par que ética, segura y fiable, de acuerdo con la propia legislación de la Unión Europea. La inexistencia de un claro concepto de “inteligencia artificial sostenible” nos pone ante la necesidad de estudiar cómo se vertebra la sostenibilidad, las personas y el uso de la inteligencia artificial a la luz de los principios que sustentan la sostenibilidad digital y ambiental y que permiten crear y generar entornos digitales sostenibles.

Palabras clave: inteligencia artificial, sostenibilidad, sostenibilidad digital, entornos digitales sostenibles

Abstract

Sustainable artificial intelligence: between digital sustainability and sustainable digital environments

We live in a time when artificial intelligence and sustainability coexist and this requires a change of paradigm. No one doubts that artificial intelligence is a means to achieve the Sustainable Development Goals. The development and responsible use of artificial intelligence systems can contribute to the conservation of the environment, climate neutrality, energy efficiency and the use of renewable energies in sustainable cities, to the reduction of pollution of the oceans and seas, to the minimization of the carbon footprint, to the creation of circular economies, to the protection of wildlife as well as to the democratization of quality education. However, there is another relationship of this disruptive technology with sustainability and that is evidenced by the need for artificial intelligence itself to be sustainable, as well as ethical, safe and reliable, in accordance with the European Union's own legislation. The lack of a clear concept of sustainable artificial intelligence puts us in front of the need to study how sustainability, people and the use of artificial intelligence are structured in the light of the principles that underpin digital and environmental sustainability and that allow us to create and generate sustainable digital environments.

Key words: artificial intelligence, sustainability, digital sustainability, sustainable digital environments

Tatiana Tomie Onuma

MA, Federal University of Mato Grosso, Brazil

<https://orcid.org/0000-0003-4444-2188>

tati.tomie@gmail.com

Democracy, rights and exclusion in information Society: the power of (mis)information in contemporary democracies

Information, misinformation and truth

Since 1964, Marshall McLuhan¹ pointed out that the press was inseparable from the democratic process. Not only the press, but, in contemporary reality, it is possible to affirm that the entire communication process is intrinsically correlated with democracy, transforming information into an element of power not only communicative, but also political, economic and social power.

The public sphere, and also politics, is expanded exponentially and remains uninterruptedly modified with the development of new medias and social networks. Therefore, ignoring the role and strength of these elements in the current democratic context does not fit the reality in which these political regimes are installed.

The constitution of opinion and political will, in democracies that intend to be deliberative, permeates new technologies, since the deliberative process of reflection, debate and construction of collective and individual ideals, is now mediatized by devices and communication spaces that are entirely virtual.

Because of this scenario, it is possible to talk about a teledemocracy accompanied by virtual citizenship, or cybercitizenship,² where political parties can prepare and plan their campaigns in accordance with the expectations of

¹ M. McLuhan, *Understanding media. The extensions of man*, Cambridge: The MIT Press. 1994, p. 201.

² Termos utilizados pelo autor Pérez Luño para designar a forma como as novas tecnologias impactam na participação política contemporânea. Cf. A.-E. Pérez Luño, “Teledemocracia, Ciber-ciudadanía y Derechos Humanos”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2014, vol. 4, n.º 2, pp. 8–46

their voters, through the capture of data and information captured in computer media.³

When Habermas⁴ indicates the structural change in the public sphere and the new publicity configurations, it appears that the deliberative and communicative potential can be harmed by the manipulated use of the communication capacity of individuals and groups, as well as by the medium used.

The perception of the power of information within a mediatized society and democratic processes does not culminate in the real value that should be given to the phenomenon of mediatization of democracy itself when the concern is concentrated in a moment after the communicative process already carried out.

So when Manuel Castells realizes that mass media “is a one-way system”⁵ and the actual process of communication is not, it becomes evident that communication by new technologies can not only result in information itself, but also in its opposite, in misinformation, due to the absence of perception of the content or, even by manipulation and previous control of what was intended to be communicated.

It is observed the creation of a real “menu” of data that one wants to “consume”. By allowing users to be selective in relation to information and to base their choices of “informational consumption” according to advantages and gains that they consider beneficial to their lifestyle, a true commodification of information is envisaged, rather than the expected expansion and democratization of the information space.

Democracy emerges as a political regime initially designed for the representation and participation of all. However, when information as a shaper of opinion and political will is not distributed to everyone, when it focuses on serving private interests, as well as excluding those who do not have access to it or do not know how to use it, it is clear that this becomes an element that affects the essence of a democracy.

Therefore, instead of information, ignorance is observed, whether voluntary or involuntary, either because of the impossibility of access or because of the possibility, but with uncritical and unconscious use.

³ *Ibidem*, p. 13–14: “Gracias a la informática, los partidos políticos pueden diseñar unas campañas y elaborar unos programas que conecten con los deseos, necesidades y expectativas de los futuros votantes. Los ordenadores permiten la elaboración de una cantidad, impensable en épocas anteriores, de datos e informaciones y facilitan la realización de sondeos, encuestas y simulaciones electorales. De este modo, se pueden dirigir a la opinión pública unas propuestas políticas que son susceptibles de sucesivas modificaciones y adaptaciones en la medida en que los medios informáticos y telemáticos permiten procesar en un brevísimo margen de tiempo las reacciones de los ciudadanos respecto a esos programas y propuestas elaborados por los partidos”.

⁴ J. Habermas, *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*, tradução de D.L. Werle, 1 ed., São Paulo: Editora Unesp, 2014, p. 467.

⁵ M. Castells, *A era da informação: economia, sociedade e cultura. A sociedade em rede*, tradução de R. Venancio Majer, 6 ed., São Paulo: Paz e Terra, 1999, p. 419.

Information, ignorance and truth, as elements that should compose the knowledge and experience of a citizen within a democracy, become increasingly confused elements, without a defined body. The barriers of ignorance and true information have become even more tenuous, making it possible to know information and remain ignorant of its real content and meaning, when its reason is deflected by misconceptions and misinterpretations.

Truth, an element of a complex philosophical, social and ethical character by its very nature, becomes increasingly relative, while each individual assumes their own conceptions as absolute, or transforms untruths into truths in order to meet their personal interests or of a particular group to which they belong.

Moreover, on the opposite side of information there is disinformation. It means when knowledge and good information are replaced by superficial knowledge or by ignorance, based on false information taken as true and which does not have the pretension or ability to be corrected.

The truth and the lie become relative rather than factual issues, allowing each one to consider themselves the “owner” of their own truth. The idealized Habermasian consensus becomes distant, as well as the social reality of the society that calls itself postmodern, reveals itself increasingly flawed and complex, as warned by Boaventura de Sousa Santos.⁶

The true deliberative policy also distances itself from its intended objective, since there is not the slightest ethical-juridical substrate that allows the functioning of democratic institutions not to be infected by this same load of untruths, ignorance and misinformation.

There is a subversion of the rule of law and the role of institutions. It uses its own constitution and its own fundamental rights for this purpose. Rights are politicized and issues that should not, in principle, be judicialized are put into Courts.

The power of information for democracy is to conceive that it is dependent on the improvement and correction of the informational and communicative capacity of society, the State and the media, with a conscious, critical and coordinated use of social networks.

Boaventura de Sousa Santos⁷ comments about how modernity has brought an infinite range of possibilities, but also that you can't aspire everything that's possible just because it's possible. Therefore, media and the power of ICTs (communication and information technologies) should not be used to erase the critical awareness of computerization and knowledge, only under the justification that this is, unfortunately, a use that has proven to be possible.

⁶ B. de Sousa Santos, *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 5 ed., Porto: Edições Afrontamento, 1996.

⁷ *Ibidem*, p. 94.

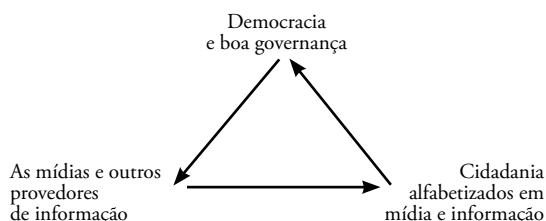
On the contrary, conscious use should still be sought. Informational education, despite being incipient and not very widespread, can be the beginning of the construction of critical and ethical rationalities, socially and collectively aware of what is happening in the present time of societies, that seek to save their democracies from the deconfiguration of the adopted regime.

Democracies are no longer threatened by recurrent “authoritarian reversals”, but rather by “constitutional setbacks”, driven by the incorrect use of communication technologies. The elements that threaten a democracy such as populism, favoritism and corruption become elements that find space for growth and occurrence through social networks, or even driven by the use of this digital space in an unregulated and uncoordinated way.

Knowledge about media and information become necessary competences for everyday political and social practice, also entering the sphere of democratic discourse and social participation. A critical understanding of how the media and means of communication and dissemination of information should be taken as issues of educational engagement, therefore, serve as instruments to guarantee, maintain and protect freedom of expression and information, the right to pluralism, dialogue and intercultural harmony of good democratic governance.

In order of these facts, the pillars of good governance listed by UNESCO are composed of “transparency, public accountability and civic participation”, which are considered to be “hardly achieved without open media and information systems”.⁸

In a simple illustration of the triad composed of democracy and good governance in a reciprocal relationship of benefits and improvement by the media as providers of information and the formation of a literate citizenship in these media, the following image is reached:



Source: C. Wilson, *Alfabetização midiática e informacional: currículo para formação de professores*, Brasília: UNESCO, UFTM, 2013, p. 25.

⁸ C. Wilson, *Alfabetização midiática e informacional: currículo para formação de professores*, Brasília: UNESCO, UFTM, 2013, p. 26.

It is from the search for the balance of these relationships that media and digital literacy should be prioritized not only as an economic issue for entry into the increasingly technological labor market, but for understanding the role of these media in the inclusion itself for political and social participation.

Infoexclusion and informational silencing

Considering the scenario of information and its uninformative opposite highlighted, it is certain that the thought of the collective deliberative ideal becomes increasingly difficult, deeply threatening a democratic reality that must be guided by equality and solidarity, and that requires that the individual freedom don't forget the existence of the other.

The same problem of society that calls itself postmodern and calls itself the Information Society makes it necessary to question what information and communicative capacity has been developed, what is the reach and to whom are granted the real benefits of the expansion of spaces of communication.

Societies organize themselves in an increasingly complex way and social relations accompany them. Questions and debates on public matters, public notes issued by politicians from a country in their social networks, unofficial debates between political representatives through the medias, registration of public services exclusively through online platforms,⁹ became common in the daily life of contemporary democracies.

As a direct consequence, it has grown a feeling of impotence in the accountability of politicians (*accountability*), while knowing their positions and interacting directly with them through social networks has never been easier. *Fake news* has become commonplace in everyday life and its repression and containment have also become trivialized. As a result, tolerance for false news grows, an extremely dangerous and threatening scenario for democracies.

The absence of certainties about the veracity of the information collected from the media, speeches by political characters, audiences and individual actors in social networks becomes something truly problematic. The media and the press, when not harmed by market information, which is selective and sensationalist, is opposed to the oppression of secure sources of information when contrary to totalitarian figures, in the repression movement of the media and press typical of authoritarian leaders.

A dichotomy can be seen between the broad expansion of communicative potentialities without effective regulation and control of these media, while movements of repression and censorship also coexist.

⁹ In this case, the situation of the COVID-19 pandemic is highlighted, where the registration of people for vaccines, news and monitoring of official numbers have become increasingly common practices.

Information is no longer only an element in the construction of public opinion and becomes an electoral tool for the massification or transformation of uncritical and uninformed personalities.

The paradox of digital approximation and political distancing from citizens who are part of a democracy is a process that is even more aggravated when two phenomena appear: info-exclusion and informational silencing.

Disinformation and lack of information are two different things, with different consequences to democracy. The first occurs when untrue and distorted information is aimed at manipulation, concealment of facts, or even incitement to hate movements. On the other hand, the absence of information, the so-called info-exclusion, occurs when citizens do not have access to information technology tools or, even when they do have access, they do not have enough informational and technological education to use them.

Infoexclusion is something that not only implies an exclusion arising from socio-economic conditions (having or not the resources to acquire digital tools and devices), but from the selectivity in choosing the potential that powerful people or groups wishes to include in the digital space.

Elderly people, people with disabilities, women, indigenous people and black people, for example, generally have less access to tools, even though they have sufficient resources to acquire them. Infoexclusion accompanied by misinformation and ignorance are distinct but collectively harmful conditions that internally erode democracy, political rights and institutional activities, representing an almost silent danger.

It is in this context that the second mentioned phenomenon appears: informational silencing. It means that, contrary to the objective of communicative expansion of the media and means of communication, when it behaves in the exclusionary and selective way mentioned above, it ends up having the opposite effect, that is, it silences and oppresses the communicative potential of marginalized groups and individuals.

Regardless, informational silencing also occurs in a passive mode, when, due to the uncritical and unconscious reading of the informational context, the autonomy of thinking, acting and speaking is silenced, creating people and social groups that only reproduce, without any filter, messages and information passed on to them often in a manipulative way.

Infoexclusion is a new form of social exclusion, where information becomes a commodity,¹⁰ an economic element of broad political strength and social participation. Ignacio Ramonet,¹¹ since 1996, had already warned of the danger of

¹⁰ M. McLuhan, *op. cit.*, p. 207.

¹¹ I. Ramonet, *!Nos han robado la esperanza!*, Madrid: El País, 1996.

social networks by using the way it showed that it was going to develop, that is, in a commercialized way, by large companies or groups, contributing to reinforce differences and inequalities.

Thus, being aware of and developing public policies aimed at controlling the effects of infoexclusion is a measure that prevents the expansion of existing differences, and the control of these differences benefits for its own containment. In other words, it is important to seek “alternatives to reduce the differences that currently exist and that these differences are not increased due to the use of technologies”.¹²

Human Rights and democracy: participation, representation or isolation?

The entire discussion leads to the perception that, in order to think of a government and public administration that carry out their activities digitally, it is necessary that the citizenry also accompany this change, or, as defined by Pérez Luño,¹³ that it is, in fact, a cybercitizenship.

In the terms used in a study on digital inclusion and education for informational competence, there is no “electronic government”, if there is no “digital citizens”. This does not mean that only those who have and know how to handle technological resources will be considered citizens, but it implies the State’s duty to promote the democratization of the use of these tools and the formation of informational skills, through an educational process in this sense.¹⁴

Human rights as a process of struggle for dignity, constructed and reconstructed from the social movement of building society¹⁵ find in the freedom of expression and opinion, together with freedom of information, the essential components for these emancipation movements and the search for the reduction of social inequalities as a whole.

It is, therefore, of great importance to rescue the idea of the duality of freedom of expression with the right to information, at the risk of (des)democratization through political and social misinformation, deliberate and socially tolerated political ignorance, and uncriticality of participation and the exercise of political power.

¹² A.F.M. Oliveira, R.E.Bazi Rodrigues, “A sociedade da informação, transformação e inclusão social: a questão da produção de conteúdos”, *Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação*, 2008, vol. 5, n.º 2, pp. 115–131, p. 125.

¹³ A.-E. Pérez Luño, *op. cit.*

¹⁴ H. Silva et al., “Inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania”, *Ciência da Informação*, 2005, vol. 34, n.º 1, pp. 28–36, p. 129.

¹⁵ J. Flores Herrera, *A (re)invenção dos direitos humanos*, tradução de C.R. Diogo Garcia, A.H.G. Suxberger, J. Aparecido Dias, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009, p. 22.

This rescue can only occur with political education, focused on democracy and human rights, based on the ethics of emancipation and on the awareness and critical sensitivity to the other.

Informational education is fundamental so that literacy and informational fluency are universal concepts, not restricted to countries or academic spheres.

Digital literacy as the ability to understand linguistic signs, encoding and decoding them in the virtual environment is accompanied and distinguished from digital literacy. Also, a second stage of digital literacy would be “the ability to make sense, the ability to locate, filter and critically evaluate electronic information, whether in words, pictorial elements, sound or any other”.¹⁶

Educating the people from the perspective of the information society is to overcome the barriers of inequality and segregation that directly affect the information structure, being aware of socioeconomic obstacles, but also recognizing political and social barriers.

In the search for the protection of human rights in a society globalized by the incessant use of information technologies, the education to be promoted is more than training or preparing for the unrestricted use of these tools.

On the contrary, it is in the construction of informational potential and competences that the possibility of growth and social development is expanded, without humanitarian, democratic, ethical and political setbacks. It is also to make citizens able to “learn to learn, in order to be able to deal positively with the continuous and accelerated transformation of the technological base”.¹⁷

Therefore, in addition to literacy and literacy, the need for policies aimed at fluency in these technologies is defended, making users true creators, capable of reformulating and expressing themselves adequately, not only receiving information, but also transforming them in a coordinated manner and consciously.¹⁸

Instead of media populism, information literacy must be popularized, with the democratization of technological tools capable of having democratic effects in computerized and mediatized societies.

The critical use must become evident not only through discourses, but through regulations, not only for data protection seeking to safeguard private relationships, but to guarantee the very diffusion of technological advances and their respective regulations.

¹⁶ S. Silva et al., *op. cit.*, p. 33.

¹⁷ *Sociedade da informação no Brasil: livro verde*, org. T. Takahashi, Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000, p. 45.

¹⁸ L.R. Machado, T.P.F. GRANDE, P.A. BEHAR, F. de M. Rocha Luna, “Mapeamento de competências digitais: a inclusão social dos idosos”, *ETD – Educação Temática Digital*, 2016, vol. 18, n.º 4, pp. 903–921, p. 606.

Contemporary democracies must realize that participation and political representation in the information society, marked by digital tools, must be the opposite of the isolation of individuals who postulate individual truths dissociated from the factual-social reality.

The striking individualism of modernity, and the inherent use of technological tools, cannot mean the individualization of consciences and must be aware of the global irrationality of anti-democratic, authoritarian and prejudiced regimes.

The guarantee of security in the use of everyday technological tools, in private contracts, online purchases, migration of electronic judicial procedures must be the same given to the information that arrives and builds the personalities, opinion and will of each citizen.

Conclusions

Perceiving information and communication as central issues in current democratic studies implies recognizing the legal-political consequences of the power acquired by information in the context of the current information society.

It is necessary to follow up and seek to understand how information can be manipulated and acquire the opposite effects of the initially intended communicative objective.

The political power of information and the economic force behind data and content conveyed by the media cannot be ignored.

Furthermore, social inequalities are part of the way technologies work and are distributed, as well as they can use these tools to combat the deepening of existing disparities and vulnerabilities.

Therefore, informational and media education emerges not as an obligation to standardize thinking and use of information technologies, but as an instrument of emancipatory potential for an increasingly conscious use of these tools.

In other words, it will act as a tool for reversing the non-emancipatory framework, so that the democratization of access to these tools, with the respective education for their use, meet the emerging and urgent needs both for democratic purposes and for the guarantee of fundamental rights such as education; right to health and right to the existential minimum.

The concern with the scenario resulting from the communicative process marked by vices and manipulations can benefit from a preventive and prior concern with informational education.

This means that we will not only think about measures to repress and correct the consequences of a communication that has already taken place inappropriately, but rather the search for improvement and correction of

the communicative process so that it does not take place in an uncritical and unconscious way. A preventive and not just corrective look can help in the construction of personalities and political actors marked by an active citizenship that does not abandon digital tools, but inserts them through a use that enhances their positive effects and minimizes the inherent risks.

Bibliography

- Flores J. Herrera, *A (re)invenção dos direitos humanos*, tradução de C.R. Diogo Garcia, A.H.G. Suxberger, J. Aparecido Dias, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- Habermas J., *Mudança estrutural da esfera pública: investigações sobre uma categoria da sociedade burguesa*, tradução de D.L. Werle, 1 ed., São Paulo: Editora Unesp, 2014.
- Hug A.Z., Ginsburg T., "How to Lose a Constitutional Democracy", *UCLA Law Review*, 2018, vol. 65, pp. 78–169.
- Luño A.-E. Pérez, "Teledemocracia, Ciberciudadnia y Derechos Humanos", *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2014, vol. 4, n.º 2, pp. 8–46.
- Machado L.R., Grande T.P.F., Behar P.A., Rocha Luna F. de M., "Mapeamento de competências digitais: a inclusão social dos idosos", *ETD – Educação Temática Digital*, 2016, vol. 18, n.º 4, pp. 903–921.
- Mcluhan M., *Understanding media. The extensions of man*, Cambridge: The MIT Press, 1994.
- Ramonet I., *!Nos han robado la esperanza!*, Madrid: El País, 1996.
- Oliveira A.F.M., Bazi R.E. Rodrigues, "A sociedade da informação, transformação e inclusão social: a questão da produção de conteúdos", *Revista Digital de Biblioteconomia e Ciência da Informação*, 2008, vol. 5, n.º 2, pp. 115–131.
- Santos B. de Sousa, *Pela mão de Alice: o social e o político na pós-modernidade*, 5 ed., Porto: Edições Afrontamento, 1996.
- Silva H. et al., "Inclusão digital e educação para a competência informacional: uma questão de ética e cidadania", *Ciência da Informação*, 2005, vol. 34, n.º 1, pp. 28–36.
- Sociedade da informação no Brasil: livro verde*, org. T. Takahashi, Brasília: Ministério da Ciência e Tecnologia, 2000,.
- Wilson C. et al., *Alfabetização midiática e informacional: currículo para formação de professores*, Brasília: UNESCO, UFTM, 2013.

Abstract

Democracy, rights and exclusion in information Society: the power of (mis)information in contemporary democracies

Competences and communicative potentials emerge as indispensable elements for the study of contemporary democracies. Defending democracy, human rights, fundamental rights, and seeking to combat social inequality, implies recognizing the influence of information and communication technologies in these scenarios. Information becomes an element of power that is not only communicative, but political, economic and social.

Therefore, what are the threats and means for containment and adaptation to democratic realities? What should be considered when analyzing the function of information in the context of a democracy that intends to be deliberative? Investigating the power of disinformation is a central point of discussion, especially with regard to the protection of democracy, the fight against social inequalities and the enhancement of education. Through the analytical method of bibliographic review, the necessary interdisciplinarity between legal, philosophical and sociological writings is used, with some observations on the global and Brazilian scenario. Moreover, starting from the analysis of the relationship between information, ignorance and truth, arises at the problem of the two highlighted phenomena: infoexclusion and informational silencing. Finally, the consequences of this context on the protection of human rights and democracy are analyzed, signaling education as the main instrument for combating disinformation.

Key words: democracy, information, communication, law

Rosemary Souto Maior de Almeida

MA, University of Minho, Portugal

rosemarysoutomaiormail@gmail.com

Müller Aureliano da Silva

MA, UniAmérica University Center/Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-8298-7405>

mleraureliano14@hotmail.com

**The mandatory presence of the Public Prosecutor's Office
at the hearing of the criminal investigation in face of the new law
of the anticrime package and the need for revision
of brazilian jurisprudence – prohibition of ex officio production
of evidence by the magistrate**

Introduction

This paper is based on techniques for improving the provision of jurisdiction in the Brazilian criminal justice system. It is inserted in the scenario of the legislator's express affirmation of the accusatorial system of criminal procedure, in detriment of the inquisitorial system, both defined by ample doctrine.

In view of the proposed theme, the study is limited to investigating possible implications on the actions of the members of the Public Prosecutor's Office, an organ exclusively legitimized to promote public criminal action, as a result of the ratification of its exclusivity in evidential action and the prohibition of the magistrates to interfere in the functions that would be proper of the dominus litis, by force of constitutional imposition.

The work starts from a doctrinal discussion that is based on the theoretical concepts consolidated in Criminal Sciences with respect to the possibility and the limitation of evidential activity on the part of the judges. In this sense, it seeks to establish a dialogue between the basic doctrinal works on the main institutes that form the basis of the Democratic Criminal Process and the new reality of criminal prosecution in Brazilian forensic life.

In this sense, we intend to verify whether the physical or virtual presence of the representative of the Public Prosecutor's Office at the time of the evidentiary hearing would make it impossible to hold the hearing or whether, as has been widely accepted in jurisprudence, the judge would be allowed to supplement the examination as a way of compensating for the absence of the holder of the criminal action.

To this end, the deductive method was used, starting with the investigation of general and principled concepts of the General Theory of Law and of Criminal Sciences in order to, based on the premises discovered, glimpse the Law applicable to the specific question. In this sense, the study begins with a review of the dialogue of sources of Law.

It glimpses whether, due to the fact that there is ample consolidated jurisprudence in the sense of denying nullities in the absence of the Prosecutor in the investigation, the application of the new legislative understanding, from which the mandatory presence of the prosecutor is inferred, would be hindered. Next, the fundamental bases of criminal procedure are studied, especially the historical systems of prosecution and the concepts that outline the production of evidence in the Brazilian legal system, with a view to glimpsing possible errors and epistemic inconsistencies in the performance of evidence by magistrates.

With the entry into effect of Law 13.964/19, several significant changes have been made in several branches of Brazilian law, notably Criminal Law, Criminal Procedure and Execution. In this regard, there was an addition to article 3A of the Code of Criminal Procedure, prohibiting the judge from producing evidence on his own initiative, confirming once again that Brazil has adopted the accusatorial system in criminal proceedings, by stating that

Art. 3-A. The criminal procedure will have an accusatorial structure, being forbidden the judge's initiative in the investigation phase and the substitution of the accusation body's evidential performance.¹

In this scenario, it is noteworthy the filling of the gap that previously existed corroborating the accusatorial system in Brazilian criminal procedure. If before, only the Federal Constitution, by attributing to the Public Prosecutor's Office the exclusive right to bring a public criminal action, outlined the contours of a criminal procedure with emphasis on the *dominus litis* activity, now we have the unequivocal expression of the adoption of the accusatorial system.

¹ Brasil. Code of Criminal Procedure, Decree Law No. 3.689, October 3, 1941, <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm> [accessed: 13 July 2022].

The accusatorial system and the allocation of the production of evidence

The debate on the historical systems of criminal prosecution finds its main defining trait in the ownership of the management of evidence. If, on the one hand, the management of evidence finds its scope in the convincing of an impartial third party, to whom falls the role of saying the Law before the concrete case, on the other hand, the production of elements does not have the role of convincing others, assuming the function of confirming premises.

In this sense, the so-called accusatory system is defined by the strict separation of the roles attributed to the judge and to the party that is responsible for promoting the accusation. According to this system, the judge is relegated to a passive posture, similar to that of a spectator who, only at the end and after observing all sides of the case, would issue a decision according to the information he has gathered. Therefore, the role of the “judge-justice” is prevented, who, despite the existence of a legitimate accuser, interferes in the production of evidence, ordering official measures, questioning witnesses and parties etc.

It is the strict separation of functions between accuser and magistrate that, in the words of Aury Lopes Júnior (2019),² “creates the conditions of possibility for impartiality to be effective. Only in the accusatory-democratic process, in which the judge is kept away from the sphere of activity of the parties, can we have the figure of the impartial judge, founding of the procedural structure itself.”

The inquisitive procedural system, in turn, has for word of its essence the agglutination of the functions of judge and accuser in a single individual. The magistrate is given the task of inquiring into the information, data and testimonies and, after that, deciding on the evidence produced by him. According to Moreira and Camargo (2014):

When the judge has around his figure the functions of investigating, accusing and judging, one will be, necessarily, facing the Inquisitive System. In these cases, there is no free conviction in sentencing, because the judge who has carried out the investigation and formulated the accusation already has an intimate conviction, and, by acting in this way, is very likely to convict the accused. The separation of functions arises not only by the Public Prosecutor's Office, whether it is in charge of the accusation or acting as *custus legis* (the State is not interested in conviction in all cases), but also by the judicial police, which takes care of investigations and compliance with procedures, and by the defense, which safeguards the interests of the defendant, all of them formed from the idea of the accusatorial system.³

² A. Lopes JR, *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*, 5ª ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.

³ E. Ribeiro Moreira, M. Lacombe Camargo, “Sistemas Processuais Penais à Luz da Constituição”, *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 2016, n.º 97, <https://dspace.almg.gov.br/retrieve/110806/Eduardo%20Ribeiro%20Moreira.pdf> [accessed: 21 June 2021]

It can be said that the main differentiating feature of the accusatorial system for the inquisitorial system is in the production of evidence where, called the inquisitorial system, the functions of the magistrate and the prosecutor were agglutinated and the same individual who sought proof, investigated and collected evidence was the one who assessed them in order to, in the end, make a decision on the material he collected.

In the accusatorial model, the process acquires the true face of an *actum trium personarum* in which two parties fight among themselves in order to convince a third party of the veracity of its hypothesis. This third person, equidistant in relation to the others, is the magistrate, here no longer seen as the protagonist, but as the one who – only at the end – will come to give the sentence. The change acquires better contours as we observe the entire content of the new article 3-A of the Code of Criminal Procedure.

According to the provision, the judge's initiative in the investigation phase and the substitution of the prosecution body's evidential role are prohibited. Regarding the second prohibition, the substitution of the prosecution body's evidential role, the language used by the legislator seems confusing. However, what is intended to be said is that the Public Prosecutor's Office, constitutionally legitimized as the prosecuting body, is consecrated to the evidential activity. To this body, as the prosecutor of criminal prosecution, is given the entire evidential burden, the entire onus of proof. In this scenario, a problem arises with the main means of proof in Brazilian Criminal Procedure: the evidentiary hearing.

As it is known, the Public Prosecutor's Office is an essential body for the effective provision of justice, acting in a double manner, that is, it acts not only as Prosecuting Organ in Public Criminal Actions, but also as an organ that oversees the legal order in any action it takes, including public ones. Thus, considering the enactment of the Law that establishes the Anticrime Package, it is understood that the Brazilian Courts can no longer maintain the understanding that the presence of the Representative of the Public Prosecutor's Office at the hearings of criminal instructions is dispensable in view of the prohibitive legal command of *ex officio* action, by the Magistrate, in the production of evidence in Criminal Procedure as well, under penalty of undermining the accusatorial system. Such legislative reform has only corroborated the compliance, once more, of the accusatorial system in Brazilian Criminal Procedure, bringing more concrete prohibitive elements, i.e., prohibiting, with the enactment of infra-constitutional rule, the actuation of office by the Judges in Criminal Procedure. Thus, this article seeks a systematic and deductive study of the institutes that govern the Brazilian Criminal Procedure, as

well as the need, in view of the promulgation of a new infra-constitutional rule, to review before the Brazilian Courts as to the understanding of the need of participation of the members of the Public Prosecution Service in the instruction hearings, in view of the express prohibition of the evidentiary role of the Magistrate and, also, as a way to avoid a vague Criminal Procedure full of nullities.

Formal sources of law

The Brazilian courts have a unanimous opinion that the participation of the Public Prosecutor's Office is not compulsory in criminal investigation hearings, on the grounds that the principles of procedural speed and the guarantee of a reasonable length of proceedings should prevail, as can be seen in the position taken by the Superior Court of Justice in *Recurso em Mandado de Segurança* no. 65205,⁴ among many other judgments handed down by the Court.

As the Law is the primary source of Law, the Courts should remold their understandings to apply the text provided by Law, adjusting the already settled jurisprudence with regard to the non-mandatory presence of the Public Prosecutor in the hearings of criminal investigation.

The illustrious professor Luiz Flavio Gomes⁵ brings a short study on the sources of law, deducing that the immediate formal sources (of cognition or exteriorization of the law) are the Constitution and the Laws, among others, and, in turn, the mediate formal sources, which are those of a supplementary nature, and should only be applied in the case of non-existence of a specific rule on the matter. Thus, doctrine, jurisprudence, customs, among others, can be included.

Thus, the Law is a unique, exclusive and immediate formal source when it comes to incriminating Penal Law, leaving no margin of doubt that case law understandings, as well as customs or various other mediate sources of law, can only be used when there is an express omission in the legal system, all this bringing the essence of the Incriminating Law, which brings expansion and creation of *jus puniendi*.

As there are no longer any gaps in the law regarding the need for the participation of Public Prosecutor's Office members in the hearings of criminal instructions, since the new law in force (Law no. 13.964/19) has inserted art. 3-A in the Brazilian Code of Criminal Procedure to prohibit the judge

⁴ STJ – RMS: 65205 AL 2020/0320851-9, Relator: Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca, 2.02.2021.

⁵ G. Luiz Flávio, "Fontes do Direito Penal", Migalhas de Peso, 10.09.2007, <https://www.migalhas.com.br/depeso/44990/fontes-do-direito-penal--necessaria-revisao-desse-assunto--parte-1> [accessed: 21 June 2021].

from producing evidence on his own initiative in the scope of criminal proceedings, there is a need – I repeat – for a reorientation of the understanding, both on the part of jurisprudence and on the part of scholars, as to the need for the immediate application of the effects of the aforementioned rule, in order to seek its effectiveness in the context of criminal proceedings, under penalty of violating the legislation, the accusatorial system, as well as the very primacy of the immediate formal sources of law, an institution so studied in several countries with classical and modern scholars.

Final considerations

It is clear, therefore, that in order to improve the quality of the judicial process and for the sake of a democratic criminal procedure, it is imperative to reaffirm the accusatorial structure of criminal prosecution, as established in the Federal Constitution.

In this sense, with the new wording of Article 3-A of the Code of Criminal Procedure, the differentiating feature of the accusatorial system for the inquisitorial system, i.e., the initiative to produce evidence, was very well outlined in the instrumental legislation, resolving any doubts about which system of prosecution adopted in the country.

However, it was seen that the innovation in the infra-constitutional legislation goes against the well-established jurisprudence of Brazilian courts. It is customary to find that the absence of the holder of the public action in the hearings of instruction and trial is considered by the courts at most as a mere irregularity, not generating nullities or irreparable flaws in the procedure.

In this way, the paper reaches the conclusion that gives it subject matter: the courts' jurisprudence must be reviewed in order to adapt it to the new reality. Since, in fact, the law in the strict sense is the primary source of law, it should prevail to the detriment of even the most consolidated jurisprudence.

In Brazil, an eventual reformulation of the understanding by the Courts can only be seen when appeals are filed to change the understanding, a matter that may take some time due to the bureaucratization that criminal proceedings sometimes require, as well as the current adaptation that the Courts are experiencing due to the COVID-19 Pandemic.

Only in this way, notably with the reformulation of the jurisprudential and doctrinal understanding, will it be possible to speak of truly impartial judges, a fair trial, and a process as *actum trium personarum*, in which the Prosecutor-State exercises the right of action, the citizen defends himself against the accusations, and the Judge-State, distant from both, says the Law at the end.

Bibliography

- Badaró G.H. Righi Ivahy, *Processo penal*, 4th ed., São Paulo: RT, 2016.
- Brazil. Code of Criminal Procedure, Decree Law No. 3.689, October 3, 1941, <http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/Decreto-Lei/Del3689.htm> [accessed: 13 July 2022].
- Gomes Filho A. Magalhães, "Evidence", [in:] M.T. Rocha de Assis Moura (coord.), *Reforms in criminal procedure: the new Laws of 2008 and reform projects*, São Paulo: RT, 2008, pp. 246–297.
- Lopes JR, A., *Fundamentos do processo penal: introdução crítica*, 5th ed., São Paulo: Saraiva Educação, 2019.
- Luiz Flávio G., "Sources of criminal law", Migalhas de Peso, 10.09.2007, <https://www.migalhas.com.br/depeso/44990/fontes-do-direito-penal--necessaria-revisao-desse-assunto--parte-1> [accessed: 21 June 2021].
- Moreira E. Ribeiro, Camargo M. Lacombe, "Sistemas Processuais Penais à Luz da Constituição", *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 2016, n.º 97, <https://dspace.almg.gov.br/retrieve/110806/Eduardo%20Ribeiro%20Moreira.pdf> [accessed: 21 June 2021].
- STJ – RMS: 65205 AL 2020/0320851-9, Rapporteur: Minister Reynaldo Soares Da Fonseca, 2.02.2021.
- Zilli M., "The admissibility of the accusation and the Ariadne's thread", *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, 2015, n.º 267, pp. 4–6.

Abstract

The mandatory presence of the Public Prosecutor's Office at the hearing of the criminal investigation in face of the new law of the anticrime package and the need for revision of brazilian jurisprudence – prohibition of ex officio production of evidence by the magistrate

Brazil has been going through a great change in its Legislative scenario, bringing several incorporations in the fields of law where the validity of Law n. Law no. 13,964/19 brought changes to the Penal Code, Code of Criminal Procedure and Criminal Execution Law. The Brazilian Criminal Procedure is governed by the Accusatory System and, through this article, we sought to better analyze an application of the aforementioned Law as a way to ratify the system adopted in the Brazilian criminal procedure, the accusatory, as well as to bring the view of the need for readjustment, by the Brazilian courts, with regard to the production of evidence by the Magistrate without the participation of the representative of the Public Ministry in the criminal instruction hearings, thus corroborating the understanding that the participation of the Members of the Public Ministry in the hearings is essential. This systematic study sought a brief improvement in the systems that govern criminal proceedings, as well as focusing on the application of the sources of Law within criminal proceedings, with the Law being the immediate

source and, as such, it should take precedence over the sources secondary, such as jurisprudence, for example, make it clear that the Public Prosecutor's Office is an essential body to the provision of jurisdiction, acting in a plicit manner, that is, acting not only as an Accuser in Criminal Actions, but also as an inspector of the body of law in any action that intervenes, including public.

Key words: criminal procedure, accusatory system, evidence production

José Raymundo Ribeiro Campos Filho

MScA, Universidade Federal de Pernambuco/Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-2539-4259>

joseraymundo.campos@camara.leg.br

Charles de Sousa Trigueiro

MS Universidade Federal da Paraíba/Brasil

<https://orcid.org/0000-0002-5317-6267>

charles.ufpb@hotmail.com

Access to information for a transparent ombudsman's office as a form of human right to fight corruption

Introduction

Since the implementation of the UFPB Ombudsman's offices, it has been verified that, over the following years, there has been a certain improvement in the public service.

Thus, this article aims to present possible improvements in transparency in the public management of public bodies.

Therefore, it is necessary for the Ombudsman to have an itinerant management, presenting lectures to the general public, preparing booklets and explaining to the local community and to the global society how transparency and the fight against corruption in the management of the public treasury work.

To this end, the ombudsman's office will have to highlight suggestions for improving the life of the socially vulnerable community, such as the elderly, people with disabilities, gender issues for women, the LGBT community, indigenous people, Afro-descendants, and people considered poor under the law. The objective is to contribute to improving the efficiency of Public Administration by promoting the participation of society, stimulated by the citizen Ombudsman, promoting the increase of social control and the strengthening of the exercise of citizenship as an instrument of the Democratic Regime of Law.

In addition to the public internal to the public service, such as public servants, teachers, administrative technicians, public employees, students, employees of outsourced companies of related activities, as well as to the external public of the institution, comprising: Public Power; Public Policy Councils; and Civil society. In addition, the following entities should be part of this activities Social Observatories and Non-governmental organizations.

It is important that the Ombudsman seeks to highlight the work of making the disclosures, such as the presentation of projects in “power point”, which will be carried out by public servants of the Ombudsman’s Office, accompanied by an institutional video, and booklets like “Supervise with the agency”. In order to expand Social Control, in addition to publicizing it on its website and participating in interviews on radio programs in the various municipalities to be visited, this Ombudsman should promote lectures for the entities mentioned above, presenting the legislation their respective articles that underpin the constitutional competences of the public sector.

Discussion

1. Anti-corruption principle

For Ackerman, it is necessary to study the economic, cultural and political aspects of corruption.¹

Although there are many definitions of corruption, for this work, the definition was chosen the concept given by Tanzi “al igual que un elefante, aunque puede ser difícil de describir, la corrupción no es generalmente difícil de reconocer cuando es observada”.² For Jonas Machado (2017), corruption is a political and social scourge and the result of corruption is the restriction of human rights, and the weakening of democracy.³ In turn, the Zephur Teachout doctrine holds that the North American Constitution has an anti-corruption principle.⁴

In the medieval era, as the main power was not the political, but the religious, it was very corrupt, like the sale of indulgences and corruption of the papacy.⁵

¹ S.R. Ackerman, *Corruption and Government: causes, consequences and reform*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

² V. Tanzi, “Corruption around the world: Causes, Consequences, Scope, and Cures”, [in:] *Governance, Corruption and Economic performance*, eds. G.T. Abed, S. Gupta, Fondo Monetario Internacional, 2002.

³ E.M. Jonas Machado, P.N. Da Costa, E.C. Hilário, *Direito constitucional angolano*, 4ª ed., Coimbra: Petrony, 2017, p. 124.

⁴ Z. Teachout, “The Anti-Corruption Principle”, *Cornell Law Review*, 2009, vol. 94, p. 350.

⁵ C.A. Briochi, *Corruption: A Short History*, Brookings Institution Press. Kindle Edition, 2017. p. 31.

However, in the last five decades of the last century, there was a study and conflict between the infamous revisionists and moralists, some argued that corruption was good, others said it was bad for the society.⁶ There is a correlation between the poorest and most corrupt countries and the greatest poverty of people with disabilities.⁷ However, this is not restricted to poor countries, with developed countries having similar numbers:⁸ “has been evident in the media [...] the main accusation is that people with disabilities are not at all disabled, but that they benefit from fraudulent claims for disability benefits”.⁹ It is also worth mentioning the report called *The report called Bad News for Disabled People: How the newspapers are reporting disability* says that “75% of casualties are from arbiters”.¹⁰

At this point, it can be noted that the global battle against corruption provided the studies by Leys¹¹ and Huntington,¹² leading to Huntington's famous expression that there is only one thing worse than: “a society with a bureaucracy rigid, too centralized and dishonest is a society with a rigid, excessively centralized and honest bureaucracy”. For his part, Jonatas Machado brings important concepts such as “global internationalist constitutionalism”, arguing that corruption generates a “constitutional stropia”.¹³

⁶ Ferrales V., Jorgensen M., *What is corruption? A history of corruption studies and the great definitions debate*, University of California, June 2005, <https://ssrn.com/abstract=1739962> [accessed: 25 June 2020].

⁷ P. Coleridge, *Disability, Liberation and Development*, Oxford: Oxfam, 1993; E. Stone, “A complicated struggle: disability, survival and social change in the majority world”, [in:] *Disability and the Life Course – Global Perspectives*, ed. M. Priestley, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, pp. 50–63.

⁸ P. Beresford, “Poverty and disabled people: challenging dominant debates and policies”, *Disability & Society*, 1996, vol. 11 (4), pp. 553–567; A. Zaidi, T. Burchard, “Comparing Incomes when Needs Differ: Equivalisation for the Extra Cost of Disability in the UK”, *CASE Paper No. 64*, London: Centre for Analysis of Social Inclusion, 2002; A. Sheldon, “One word, one people, one struggle? Towards the global implementation of the social model of disability”, [in:] *The social model of disability: europe and the majority world*, eds. C. Barnes, G. Mercer, Leeds: the disability press, 2005, pp. 115–131. Sheldon, Alison. Recession, radicalism and the road to recovery?, *Disability & Society*, 2009, 24 (5), pp. 667–671.

⁹ D. Jolly, *How the media is demonising disabled people in Europe, relatório para o Europeia Network for Independent Living*, <http://www.enil.eu/news/how-the-media-is-demonising-disabled-people-in-europe> [accessed: 25 June 2020].

¹⁰ E. Briant, N. Watson, G. Philo, *Bad News for Disabled People: How the newspapers are reporting disability*, Strathclyde Centre for Disability Research e Glasgow Media Unit, Universidade de Glasgow em associação com Inclusion London, http://www.gla.ac.uk/media/media_214917_en.pdf [accessed: 25 June 2020].

¹¹ C. Leys, “What is the problem about corruption?”, *Journal of Modern African Studies*, 1965, vol. 3, pp. 215–230.

¹² S.P. Huntington, *Political order in changing societies*, New Have: Yale University Press, 1968.

¹³ E.M. Jonatas Machado, “O Princípio Anticorrupção na Constituição Brasileira de 1988? A corrupção como inimigo número um”, [em:] *Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Con-*

Finally, Jonas Machado states that that corruption translates consequences in the international sphere, such as: a) the end of democracy; b) loss of friendship between nations; c) disapproval between governments and global financial systems; d) wars.¹⁴

2. Transparency and access to information law

In Brazil, the creation of the Ministry of Transparency, Inspection and General Controllershship of the Union (CGU) began to initiate transparency as the best way to fight corruption, bearing in mind that transparency is another way for public administrators to act responsibly.

Any citizen of the Brazilian state can access public information that is under the tutelage of the state. This right was considered fundamental, since it is inserted in the Brazilian Constitution of 1988.

The Law nº 12.527, of 2018, regulates the right of access to information provided for in the Constitution, known as the Access to Information Law (LAI). This created mechanisms makes it possible for anyone, without having to give a reason, to receive required public information from agencies and entities.

Transparency and publicity are the most significant principles of this law, among others, this is the rule, and secrecy, the exception. Only in exceptional situations can this access be restricted, as is the case in cases where the disclosure of constitutional information that endangers the safety of the population, the state, or the defense of the national territory.

The body responsible for monitoring the application of the Access to Information Law and Decree nº 7.724 / 129, which regulates it in the Federal Executive Branch: it is the Comptroller General of the Union – CGU.

Presentation of results

This article aims bring taxpayers closer to the public institution, which is exercised from the moment the citizen addresses the Ombudsman of the public body by sending requests, information, complaints, compliments, criticisms and suggestions with a view to the correction and compliance and improvement of administrative and management acts practiced within the scope of Public Administration. It should be noted that, as public bodies are institutions unknown to a large part of the population, at social, economic and cultural levels, here lies the Ombudsman's greatest challenge: making the Institution known in order to stimulate Social Control, the participation of society and promotion

temporaneidade, Curitiba: Editora Juruá, 2018, pp. 35 e 46.

¹⁴ E.M. Jonas Machado, O princípio anticorrupção: dimensões constitucionais e jurídicos internacionais, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), junho 2015, p. 92.

of citizenship. In view of the inferences mentioned above, we suggest below the basic requirements for the deployment / implementation of the Citizenship Ombudsman project: meetings with members of the Ombudsman team to present the diagnosis (Risk Matrix, by example); Awareness of employees: managers and coordinators; Organization focused on citizen participation; implementation of communication channels; functioning of telephone lines and WhatsApp; functioning of social networks.

The meetings with the members of the Ombudsman to present the diagnosis: Risk Matrix in the period between six months or one year, the Ombudsman team must hold meetings aiming to survey "Audit Questions and their respective Risks" for the determination / signal of actions to be implemented, aiming to promote ways to increase popular participation, allowing the expansion of Social Control. In this sense, suggestions for audit possibilities can be made by the institution's Internal Control will be raised. The issues are related to the identification and analysis of risks (impact x probability) associated with non-compliance with the goals and operational objectives of information and compliance. Each risk is directly related to the loss or uncertainty of the fulfillment of an objective: increased Social Control. Each risk takes into account the probability of occurrence, and if it occurs, what will be its impact, and quantitative and qualitative aspects should be considered in this analysis.

Awareness of civil servants: the development of an Ombudsman's Office represents a change in institutional culture that, in many cases, causes some discomfort, especially for those used to old bureaucratic practices. For this instance, it is necessary to raise awareness among employees of the ombudsman and auditors of the organ's internal control so that the audits that involve changing paradigms to advance the process of meeting the demands made by the institution in a timely manner. Without understanding the importance of the Ombudsman's duties for the Institution, internal awareness initiatives for the need to guarantee citizen satisfaction do not reach the intended meaning. In the process of raising public servants' awareness, internal communication acquires a strategic character, being able to influence not only decision-making processes, but also the dynamics of change and, eventually, configure a factor of resistance to the implementation of the actions established here. In this way, communication becomes indispensable within the scope of that strategy, because, if it does not occur satisfactorily, it can mean a set of obstacles to the achievement of institutional objectives, in addition to hindering the development of the Strategic Plan. In this perspective, communication must be understood as a construction process, in which negotiations take place in order to achieve goals defined by the Ombudsman in pursuit of the objectives defined by the Institution. It should also be noted that the communication processes

are important because they promote synergy, consolidating and unifying the different ways of seeing and interpreting the external and internal environments of the institution, in addition to guiding the understanding of the objectives, values and aspects of change that are now being discussed. are desired, facilitating immediate responses to the changing environment.

Organization focused on citizen participation: the Democratic of Law is one that enables the democratic legitimation of the power of the State through popular participation in the political process, in public management, in governmental decisions and in the control of Public Administration. Without popular participation, an essential feature of the Democratic Estate of Law, we cannot speak of Democracy. In this sense, the communication channels between the institutions and the citizens aim to facilitate the circulation of information, increase the population's awareness of the exercise of their rights with the public administration, expand the control mechanisms and allow the transparency essential to the performance and improvement of the democratic regime. Among these channels is the Ombudsman's Office, reflection of the growth of participatory democracy that brought citizens closer to the Brazilian government and public management, acting as an inducing agent in the process of popular participation through dialogue and the provision of information, expanding the exercise of citizenship, redirecting the focus of public administration towards serving citizens and serving as an instrument for improving public service. Furthermore, this approach increases citizens' confidence in public institutions when they realize that their demands are being met. It should be noted that, as a result of popular participation in public administration, citizens have the opportunity to understand the functioning of the administrative machine and to better understand how their individual problems affect issues of collective interest.

In addition, when talking about the development of the Ombudsman, it should be noted that it is a service system that is not limited to receiving claims and complaints. It participates in the entire process of implementing public policies, establishing parameters with management guidelines that will guide Public Administration in relations with the citizen. Its main task is to promote a constant dialogue between the Administration and society, with a view to legitimizing social participation as a method of realizing the Democratic State of Law. It is also the Ombudsman's responsibility to implement actions that encourage the exercise of citizenship, promote social control and enable the public administrator to analyze and change procedures. The Ombudsman receives, registers, conducts internally and responds to requests for information, suggestions, compliments and complaints, within the scope of

the institution, in order to constantly improve public policies. For the establishment of an Ombudsman capable of responding to its statutory duties, it is necessary to organize a system of channels for citizen access and the creation of operational tools that facilitate the handling of incoming demands. It is essential that, for the Ombudsman to provide a relevant public service, to which it is entrusted, the direct and manifest support of the Presidency of this Institution, as well as its visible physical facilities and easy access to the citizens of fundamental importance. It is also worth emphasizing the importance of investing in the selection and training of the team, and in the definition of specific goals to be achieved by its management. To structure specific programs and establish proactive actions, the consolidation of data and the issuance of reports aimed at monitoring incoming demands (filed complaints, complaints, suggestions, praises, comments and information), and the effectiveness of the services provided are essential.

Finally, the Ombudsman's Disclosure Campaign to the external public, of crucial importance for the realization of this project, is necessary to give visibility to the institution, in order to inform society of the institution's constitutional competences, mainly for the internal control of the institution as the responsible body for the inspection of public resources. It should be noted that, with the advent of the Brazilian Constitution of 1988, the legally constituted society assumed legal and legitimate strength to supervise public resources, in addition to being able to propose policies in the social areas. Since Social Control is an instrument of citizenship, effective with the participation of society in the monitoring and verification of Government actions, and the Ombudsman is responsible for effectively satisfying social interests, serving as a link between the institution and the population, it is necessary to promote ways that will allow the exercise of fundamental rights guaranteed by the Federal Constitution and seeking for the implementation of mechanisms/actions to guide citizens to fully exercise their rights in compliance with acts practiced by authorities, administrators and others responsible for the use of public money.

Conclusions

The Ombudsman's Office aims to improve the exercise of Social Control and be another effective tool for institutional management and transformation. Its main task is to promote a dialogue between the public institution and society. For this to happen, citizen participation is essential, representing a strong allied body for the realization of significant changes in Public Administration, which fundamentally cares for the public interest. Therefore, aiming at a timely return, each manifestation received will be registered, analyzed and,

after its screening, forwarded to the competent units of the institution for the appropriate measures.

Bibliography

- Ackerman S.R., *Corruption and Government: causes, consequences and reform*, Cambridge: Cambridge University Press, 2012.
- Beresford P., “Poverty and disabled people: challenging dominant debates and policies”, *Disability & Society*, 1996, vol. 11 (4), pp. 553–567.
- Briant E., Watson Nick., Philo G., *Bad News for Disabled People: How the newspapers are reporting disability*, Strathclyde Centre for Disability Research e Glasgow Media Unit, Glasgow University in association with Inclusion London, http://www.gla.ac.uk/media/media_214917_en.pdf [accessed: 25 June 2020].
- Brioschi C.A., *Corruption: A Short History*, Brookings Institution Press. Kindle Edition, 2017.
- Coleridge P., *Disability, Liberation and Development*, Oxford: Oxfam, 1993.
- Ferrales V., Jorgensen M., *What is corruption? A history of corruption studies and the great definitions debate*, University of California, June 2005, <https://ssrn.com/abstract=1739962> [accessed: 25 June 2020].
- Huttington S.P., *Political order in changing societies*, New Haven: Yale University Press, 1968.
- Jolly D. *How the media is demonizing disabled people in Europe, relatório para o European Network for Independent Living*, <http://www.enil.eu/news/how-the-media-is-demonising-disabled-people-in-europe> [accessed: 25 June 2020].
- Leys C., “What is the problem about corruption?”, *Journal of Modern African Studies*, 1965, vol. 3, pp. 215–230.
- Machado Jónatas E.M., *O princípio anticorrupção: dimensões constitucionais e jurídico-internacionais*, Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM), junho 2015, p. 92.
- Machado Jonatas E.M., “O Princípio Anticorrupção na Constituição Brasileira de 1988? A corrupção como inimigo número um”, [em:] *Direito Constitucional Luso e Brasileiro na Contemporaneidade*, Curitiba: Editora Juruá, 2018.
- Machado Jonatas E.M., Da Costa P.N., Hilário E.C., *Direito constitucional angolano*, 4ª ed., Coimbra: Petrony, 2017.
- Sheldon A., One word, one people, one struggle? Towards the global implementation of the social model of disability, [in:] *The social model of disability: Europe and the majority world*, orgs. C. Barnes, G. Mercer, Leeds: the disability press, 2005, pp. 115–131.
- Sheldon A., “Recession, radicalism and the road to recovery?”, *Disability & Society*, 2009, vol. 24 (5), pp. 667–671.
- Stone E., “A complicated struggle: disability, survival and social change in the majority world”, [in:] *Disability and the Life Course – Global Perspectives*, org. M. Priestley, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Tanzi V., Corruption around the world: Causes, Consequences, Scope, and Cures”, [in:] *Governance, Corruption and Economic performance*, eds. G.T. Abed, S. Gupta, Washington, DC: Fondo Monetario Internacional, 2002.
- Teachout Z., “The Anti-Corruption Principle”, *Cornell Law Review*, 2009, vol. 94.

Zaidi A., Burchard T., "Comparing Incomes when Needs Differ: Equivalization for the Extra Cost of Disability in the UK", *CASE Paper No. 64*, London: Centre for Analysis of Social Inclusion, 2002.

Abstract

Access to information for a transparent ombudsman's office as a form of human right to fight corruption

The Ombudsman's Office of public bodies constitutes a strategic and democratic space for communication between the citizen and this Government Institution, aiming at strengthening the mechanisms of social participation. It is essential for its consolidation that the citizen has a space to request information, register suggestions, praise, complaints and denunciations, obtaining an agile and resolute response to his manifestation. For that, it is necessary to improve an Ombudsman with the concept of participative management and democratization of information, which provides an effective service, capable of seeking the solution of the manifestations. In addition, these manifestations must be organized in management reports aimed at informing and subsidizing the managers of public agencies, serving as an instrument for positive changes in the course of the Audits. This article aims to implement proactive actions in order to foster Social Control, through the participation of society and encouraging the exercise of citizenship. In order to carry out this investigation, it was necessary to apply the dogmatic method, as the hermeneutics of the normative texts recommends, but also the need for doctrine and transversality was necessary, since it is an interdisciplinary theme with a high political and sociological content, everything basked by a tradition of egalitarian rationalist thinking and based on international human rights hermeneutics. In conclusion, we identified that the Ombudsman's Office aims to improve the exercise of Social Control and be another effective tool for institutional management and transformation. Its main task is to promote a dialogue between the public institution and society. For this to happen, citizen participation is essential, representing a strong allied body for the realization of significant changes in Public Administration, which fundamentally cares for the public interest.

Key words: corruption, transparency, ombudsman, access to information, public service

Katarzyna Witek-Mioduszevska

mgr prawa, aplikantka radcowska przy OIRP Kraków

<https://orcid.org/0000-0003-0406-3108>

katarzyna.witekmioduszevska@gmail.com

**Mental simulations, imaginations and emotions –
a short empirical legal study¹**

The historical background of imaginations

Initially, human imagination was analyzed mainly in the context of visualizing certain images, and of what the nature and the structure of this content is. It was only later that the attention began to concentrate on its correlation with psychological science.²

The ancient Greeks are considered the precursors in the study of imagination. In particular, Aristotle, who was the ancestor of this problem, and who was the first to point to the inextricable link between memory and images. According to this thinker, images arise in our consciousness only in the form of thoughts, which is why, when we notice what the image represents, we come into contact with memory, which is defined as „fixed image considered as an image of the object from which it comes from”.³ In addition to shaping the relationship between images and memory, Aristotle modified the hitherto reasoning of Platonic ideas by „replacing them with concepts that arose from the participation of images derived from the sensuously knowable world”.⁴

It is worth noting, that the Aristotelian trend in the context of deliberations in the field of imaginations was continued for a long period of time – up until the Middle Ages, when it was placed under a more thorough research by

¹ Preparation of the article was financed under the project “Motivational basis of law. Contemporary interpretation of Leon Petrażycki’s theory” (grant: National Science Centre, Poland, 2019/33/B/HS5/01521).

² W. Łukaszewski, “Wyobrażenia i działania”, *Nauka*, 2006, no. 1, pp. 113–120.

³ P.J. Jaroszyński, “Wyobrażenia”, PEF, <http://www.ptta.pl/pef/pdf/w/wyobrazenia.pdf> [accessed: 15.11.2020].

⁴ *Ibidem*.

St. Thomas Aquinas. The passing omgf time and changes which have taken place over the centuries have not remained uninfluenced by the phenomenon of imaginations. In his deliberations on senses, St. Thomas Aquinas pointed to the role of the imagination as a guarantee of „objectification of known images”.⁵ Thus, it can be noted, that ideas have evolved and have been assigned a specific role, i.e. shaping images cognised by humans, which participate in the process of intellectual cognition.

Further significant modifications in this subject were made by Immanuel Kant, professor during the *Enlightenment* era from Königsberg. According to his work – *The Critique of Pure Reason* – magination is the „fundamental capacity of our mind”, with which we begin the process of organizing variety, which comes to us from all angles.⁶ The fundamental achievement of this philosopher scientist, as far as the thematic scope of this work is concerned, is the distinguishing the tripartite division of mental phenomena and distinguishing feelings (cognitive experiences) – will and sensation.⁷

Kant’s definition of images is undoubtedly worth mentioning. He claims that they are „definitions of the inner sense”, which consist of partial representations combined into individual sequences by means of a synthesis of reproduction”. Kant studied imaginations as well as other psychological phenomena. He made the tripartite division and systematization od these phenomena and he carried out research on the role of each of them in the cognition process. Following this reasoning, it can be noticed that in the case of imagination it fulfills the function of a creative „engine” in Kant’s theory, which is undoubtedly connected with the moment of the creation of both our existence and the entire human world.⁸

For the purpose of this work, it is necessary to note that the tripartite division of psychic phenomena, the role of imaginations and ideas as proposed by Kant functioned rather homogeneously until the 19th century.

Imaginations in the theory of Leon Petrażycki

Leon Petrażycki was an educated person – he studied abroad, in famous academic centers such as Heidelberg and Paris.⁹ In the later years of his life, after

⁵ P. Sulenta, „Problem prawdy ujęć zmysłowych w interpretacji św. Tomasza z Akwinu”, *Scripta Philosophica. Zeszyty Naukowe Doktorantów Wydziału Filozofii KUL*, 2012, no. 1, pp. 11–29.

⁶ J.P. Hudzik, „Koncepcja wyobraźni w filozofii Kanta”, *Sztuka i Filozofia*, 1994, no. 8, pp. 93–122.

⁷ B. Brożek, *Umysł prawniczy*, Kraków: CC Press, 2019, pp. 78–86.

⁸ J.P. Hudzik, *op. cit.*

⁹ I. Ivannikow, „Leon Petrażycki o roli psychiki w stanowieniu prawa”, [in:] *Leon Petrażycki i współczesna nauka prawa*, ed. T. Giaro, Warszawa: Wolters Kluwer, 2020, p. 211–233.

receiving a thorough education, he became a professor of law at the University of St. Petersburg, and then, due to the political situation in the country, at the University of Warsaw.¹⁰ He dealt with legal studies as well as motivational and ethical issues related to law and psychological sciences.

From the beginning of the twentieth century, Leon Petrażycki devoted his works to an exhaustive criticism of the Kantian division, proposing an original, extremely innovative typification of “basic forms of internal experiences”, distinguishing among them emotions, i.e. sensory impulses driving mental experiences, feelings and sensations, which he defined as unilaterally passive experiences and purely active processes of the will.¹¹ It follows, the criterion of division adopted in his theory is related to the nature of a given experience, and depends on whether it is passive, active or bilateral, i.e. passive-active.

Therefore, in order to understand the essence of his division, it is necessary to quote short definitions that illustrate how Petrażycki understands the above concepts. According to his teachings, sensations are “the simplest cognitive experiences, arising under the influence of external or internal stimuli, i.e. physical processes that originate externally to the organism and affect the external peripheral nerve endings (e.g. sound waves, light waves, mechanical pressure), or take place inside the body (e.g. digestion, muscle contractions, secretion)”.¹²

Petrażycki uses the definition of feelings as per the scientific psychology: “experiences of pleasure, contentment, bliss (‘positive feelings’) and experiences of pain, dissatisfaction, suffering (‘negative feelings’)”.¹³

According to the scholar, will processes and will are “specific experiences (which can be identified and distinguished clearly only through careful self-observation and internal comparison), experiences of a strictly active nature”, which “present themselves to us as active pursuits of our ego, directed towards evoking, creating something in the near or distant future”.¹⁴

Emotions (impulses) are “all phenomena of the human and animal psyche of a two-way passive nature”.¹⁵ Leon Petrażycki considers emotions to be the most important from the internal experiences point of view, as they are the foundation for mental experiences. Their primary task is to adapt a person to living conditions. All other forms of mental experiences play an auxiliary

¹⁰ J. Stanek, *Rosyjski realizm prawny. Psychologiczno-socjologiczna szkoła prawa*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2017, pp. 211–223.

¹¹ L. Petrażycki, *O pobudkach postępowania i o istocie moralności i prawa*, Warszawa: Księgarnia T. Wojnara, 1924, pp. 6–19.

¹² *Idem*, *Wstęp do nauki prawa i moralności*, Warszawa: Księgarnia F. Hoesicka, 1930, pp. 215–231.

¹³ *Ibidem*, pp. 232–250.

¹⁴ *Idem*, *Teoria państwa i prawa w związku z teorią moralności*, vol. 1, Warszawa: PWN, 1959, p. 5.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 22–70.

role. In these dependent forms, he includes imaginations, to which he also gives a lot of consideration in his works. He included imaginations in the group of will processes. Petrażycki defines imaginations as a kind of a mental image created as a result of experiencing and influencing sensations, perceptions and previous experiences.

Petrażycki proposed the following basic division of imaginations:

- 1) imaginations of pleasure and suffering;
- 2) action imaginations/procedures;
- 3) purposeful imaginations;
- 4) imaginations of subjects and obligations.

The common feature of each of these types of images is that they correlate – more or less closely – with emotions. It is a two-way relationship; firstly, emotions stimulate the induction of both certain mental and physiological processes and specific will. On the other hand, Petrażycki believes that one of the basic functions of images is to evoke emotions/impulses by images, which are the motives/motivators of our actions. The influence of emotions on imagination and ideas, later confirmed by many scientists, including Nico Frijda, who is the creator of the emotional behaviour regulation concept.¹⁶ A specific motivation can be assigned to individual types of ideas.

Considering the conditions of the notions of pleasure and suffering in his work *On Motives of Behaviour and on the Essence of Morality and Law*, Petrażycki points to their basic dichotomous division – images of possible future pleasures and possible future suffering. Moreover, the images may also refer to past experiences and pleasure or suffering associated with it.¹⁷

As far as the first category of images distinguished by Petrażycki is concerned, they operate in the area of feelings and emotional motivation. He claims that emotions are caused not only by current feelings of pleasure and suffering, but also by images of pleasure and pain (suffering). Imaginations can evoke either apulsive (attractive) or repulsive (abhorrent) emotions. As for the images fulfilling their aforementioned function of evoking emotions, it is necessary to state, that they are not the only factors that evoke emotions and guide our behaviour.¹⁸

The purposeful imaginations are also relevant from the motivational processes point of view. Petrażycki believes that those processes in which “imaginations are the stimuli for emotions that stimulate a certain behaviour”¹⁹ is the intellectual-emotional motivation. However, the purposive images have been

¹⁶ N.H. Frijda, *The Emotions*, Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

¹⁷ L. Petrażycki, *O pobudkach postępowania...*, pp. 6–19.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ *Idem*, *Teoria państwa i prawa...*, p. 11–28.

classified into a certain subcategory – purposive motivation. The essence of the purposive notions is to imagine achievable goals/results which we can achieve with the help of certain actions or lack of thereof, and the presence of certain emotions that can facilitate appropriate actions to achieve the goal. These images can also evoke repulsive or apulsive emotions, which points towards another function of images in Petrażycki's theory – creating model behaviours.

Another type of ideas distinguished in this scientist's theory are action imaginations, otherwise known as imaginations of procedure. Action imaginations are, according to Petrażycki, "images of a certain external or internal behaviour (e.g. in the field of thinking)".²⁰ While defining the characteristics of this type of behaviour, Petrażycki claims that he means images of "such behaviour, towards or against which given ethical emotions operate".²¹ Both action and purposeful imaginations are closely correlated with intellectual and emotional motivation and are considered to be a certain form of it, because they are part of action motivation. They consist of imagining the appropriate actions or deeds.

Imaginations of action and ethical emotions, i.e. those that cause attractive and repulsive feelings together form the so-called ethical experiences that have a huge impact on the ethos of human behaviour.

In the context of the perception of subjects and responsibilities, Petrażycki distinguishes the following types of imaginations:²²

- 1) objective – imaginations of our actions, to which we can add ideas such as the time of action, place of the commitment, images of objects – things associated with a certain action;
- 2) subjective – imaginations of subjects of legal or moral obligations, i.e., for example, of a given person who should behave in a certain way;
- 3) ethically/legally significant facts – imaginations made in abstract legal or moral experiences, which may be unconditional, e.g. "Do not kill", or conditional;
- 4) normative facts – imaginations of certain facts that regulate the content and validity of obligation, for example, how to behave in a specific situation.

This type of imagination is typical of experiences related to law, morality and ethics. Depending on the sub-type of imaginations, it serves various purposes, although the common denominator influences the legal and ethical order and shapes a positive or intuitive law.

²⁰ *Ibidem*, pp. 23–29.

²¹ *Ibidem*, pp. 30–64.

²² L. Petrażycki, *Teoria państwa i prawa w związku z teorią moralności*, vol. 2, Warszawa: PWN, 1959, pp. 5–8.

Mental simulations – the concept of the 20th/21st century

Among contemporary scientists who undertook the analysis of the concept of imaginations in the 1970s, names such as Ulric Neiser, Stephen Kosslyn and Zenon Polyshyn can be distinguished. Each of the above-mentioned scientists attempted to define the imaginations and the nature of mental imaginations – a dispute took place between Kosslyn and Polyshyn on the grounds of this. The former believed that the images were analog in nature,²³ while the latter was in favor of the task nature of mental images.²⁴

None of them, however, referred to the concept of mental simulations, only „mental images” were mentioned. For the scope of this article, it is relevant to analyze the origins of the mental simulations concept, its types and potential use.

The concept of mental simulation is a relatively recent theme in science. Shelley Taylor – an American scientist, who specialised in the psychology of health is considered to be the propagator of this concept. In 1989, she proposed the concept of mental simulations for the first time, defining it as „imitative mental representations of some event or series of events”²⁵ or as „the process of visualizing the future and then regulating behaviour in such a way, that the assumed future becomes reality”.²⁶ In her work on the use of imagination, Taylor distinguished three types of mental simulations, taking into account the criterion of attitude towards a given future situation – it can be both positive and negative. As far as positive images, they can be divided into: outcome simulations and process simulations. On the other hand, she calls negative simulations ruminations.²⁷

Ruminations – are considered by the researcher to be the unique type of outcome simulation; they are intrusively recurring thoughts of negative nature, usually associated with harmful events or situations from the past. Taylor considers that the type of imagination of failures may be motivating in some cases, while in the long-term aspect of performing rumination, reflecting on negative

²³ S.M. Kosslyn, „The information represented in visual images”, *Cognitive Psychology*, 1975, no. 7, pp. 341–370.

²⁴ Z.W. Polyshyn, „The imagery debate: Analogue media vs. tacit knowledge”, *Psychological Review*, 1981, no. 88 (1), pp. 16–45.

²⁵ S.E. Taylor, L.B. Pham, „Mental simulation, motivation and action”, [in:] *The psychology of action. Linking cognition and motivation to behavior*, eds. P.M. Gollwitzer, J.A. Bargh, New York 1996, pp. 219–235.

²⁶ E. Jarczevska-Gerc, *Rola wyobrażeń w osiąganiu celów. Symulacje mentalne*, Warszawa: Difin, 2015, pp. 18–19.

²⁷ W. Łukaszewski, „Pragmatyczna strona wyobraźni”, *Przegląd Psychologiczny*, 2008, vol. 51, no. 2, pp. 181–196.

events from the past is not beneficial for anybody.²⁸ When exploring these considerations, we can see the advantage of negative aspects of rumination, which mainly include the lack of progress in deal with the specific situation, as well as the potential inhibition of carrying out positive simulations – i.e. a goal or a result.

Outcome simulations are images that represent the final effect of our efforts, which may have both positive and negative valorisations (ruminations). This approach states that by applying an active focus to the result that will be achieved, we can make it real. This approach is created and promoted by many authors of books in the field of personal development. Following on Taylor, in order to better understand the essence of such simulations, it is advisable to cite the examples given by Norman Vincent Peale, which show the correlation between the outcome simulation and the potential success. In his work *Positive imaging: The powerful way to change your life*, Peale suggests to “keep the image of your success, visualize it live, and then when the desired success comes, it will seem ordinary, because it reflects the reality that already it previously existed in the mind during the simulation”.²⁹

Process simulations are images that are mainly focused on presenting “the structure of activities ensuring the possibility of achieving the goal”.³⁰ So first a goal is set, and then there is an active exercise of the defining “steps” that must be taken to achieve that goal. Undoubtedly, when using the process simulation, you have the advantage of prior analysis of activities and emotions that are associated with a given phenomenon in the future, which gives a better chance to control them when the goal is actually achieved.

An unquestionably important issue related to this division of mental simulations is the question of their effectiveness. Not all mental simulations are equally effective because people react to them differently.³¹ In order to assess this effectiveness, Taylor, Pham, Rivkin and Armor conducted a research for several years. While the impact of rumination is considered moderately effective or even harmful in the long term, outcome and process simulations are assigned specific achievements and results. The research focused on the analysis of different types of mental simulations and their effects on behavioural self-regulation and the achievement of goals.

In their research, which concerned, inter alia, the use of mental simulations during the preparation of students for exams in college, i.e. their de facto impact

²⁸ E. Jarczevska-Gerc, *op. cit.*, pp. 18–19.

²⁹ N.V. Peale, *Positive imaging; The powerful way to change your life*, New York: FCL, 1982.

³⁰ W. Łukaszewski, ‘Pragmatyczna strona wyobraźni’, *op. cit.*, pp. 181–196.

³¹ S.E. Taylor, L.B. Pham, D.I. Rivkin, A.D. Armor, “Harnessing the imagination: Mental simulation, self regulation and coping”, *American Psychologist*, 1998, no. 53, pp. 429–439.

on the exam results, divided students into two groups – one of them was to apply process simulations, and the other outcome simulations. The results obtained clearly indicated better assessments of people who used the process simulations. Students belonging to this group not only received better grades, but also allocated more hours and days to study for the exam.

According to these studies, in terms of effectiveness, following Taylor, a conclusion can be drawn that the simulation of the process is more effective, while it is necessary to regulate behaviour and control emotions in connection with stressful events (and an exam is undoubtedly such an event).³²

Not all studies carried out by Taylor indicate greater effectiveness of process simulations, although in most cases mental simulations help to visualize a difficult event by someone, which is very often associated with stress, therefore it is more advisable to use process simulation.

After Taylor's research in the 1990s, at the beginning of the 21st century, an increasing number of people became interested in the subject of simulation, including Alvin Goldman, Gilbert, Troppe, Libermann.³³

From their research, several features can be distinguished, which undoubtedly characterize mental simulations. First of all, attention should be paid to the time at which they can be performed, what events are processed during simulation and how they correlate with the human neurological and biological system. Hence, one should indicate:

1. The time the simulation refers to – it can refer to both the future and the past, it can be both a kind of retrospection and a perspective for the future.³⁴
2. The type of events that a person can process during a simulation – these are events that may be both psychologically close and psychologically distant to a person, however, simulations are carried out in a more broad, abstract sense – specific details are rarely processed.³⁵
3. The relationship between mental simulations and the system of neurons in a human – mental simulations, apart from their psychological and motivational aspects, are correlated with the exact sciences, and more specifically with neurobiology, where it has been proven that the unified neural

³² *Ibidem*, pp. 429–439.

³³ A. Waytz, D.I. Tamir, H.E. Herschfield, "Mental simulation and meaning in life", *Journal of Personality and Social Psychology*, 2014, no. 42, p. 410–425.

³⁴ C. Routledge, T. Wildschut, C. Sedikides, J. Juhl, "Finding meaning in the past: Nostalgia as an existential resource", [in:] *The psychology of meaning*, eds. K.D. Markman, T. Prolux, M. Lindberg, Washington: American Psychological Association, 2013, pp. 297–316.

³⁵ N. Libermann, Y. Trope, "The psychology of transcending the here and now", *Science*, 2008, no. 322, pp. 1201–1205.

network is actively involved in all types of simulations.³⁶ The prefrontal cortex plays an important role in the processes of observation, supervision and planning of human activity. It significantly influences thinking processes and will processes, which include mental simulations. Consequently, when people imagine themselves in the future or in the past, the appropriate neural network, or even all, is clearly involved.

4. The type of simulation – they can be both conscious and unconscious; unconscious happens more often than conscious. Unconscious simulations occur in everyday situations involving movement, speech and social interactions.³⁷
5. The segmental nature of the simulation – they can simultaneously engage appropriate groups of neurons related to organs, skills and senses such as: hearing, sight, touch, emotions, motivation and motor skills (the ability to perform actions related to movement).³⁸
6. The subjective nature of mental simulations – Francis Galton, in his research of visual images, proved already in the nineteenth century that when a specific research group is asked to imagine the same, the images made by this group have significant differences between themselves.³⁹

I believe that it is necessary to pay attention to the subjectivity of mental simulations and their geneses, because it concerns each of us individually, and it is not a common feature like the other phenomena mentioned above.

Undoubtedly, people have always had the ability to visualize objects or to act out situational scenes in their minds. However, each of us handles mental simulation differently – some are very good at it, while others have a hard time doing it. The ability to imagine detailed “mental images” or the lack of it is correlated with the psychological theory of cognitive styles.

In psychology, two basic types of visualization are distinguished: visualization of objects-objects, and spatial visualization related to the use of images to present correlations between individual objects. When exploring these issues, it is necessary to point out that people who tend to visualize objects can visualise details easier, while people who think spatially pay more attention to the arrangement of objects or the correlation between them. Maria Kozechnikow in her article gives examples of people who work in some professions, that they

³⁶ M.E. Raichle, A.M. MacLeod, A.Z. Snyder, W.J. Powers, D.A. Gusnard, L.G. Shulman, “A default mode of brain function”, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2001, no. 98, pp. 676–682.

³⁷ B. Brożek, *op. cit.*, pp. 88–89.

³⁸ F. Landriscina, *Simulation and learning. The role of mental models*, *Journal of E-Learning and Knowledge Society*, 2009, no. 5, pp. 23–32.

³⁹ F. Galton, “Statistics of mental imagery”, *Mind*, 1880, no. 5, pp. 301–318.

have the ability to visualize given categories – engineers can serve as a model example of people with spatial visualization, while artists represent the group of people for whom the visualization of objects comes more naturally.⁴⁰ Contemporary psychological sciences have confirmed and expanded the thesis of Francis Galton about the significant individualism of mental simulations.

*

Mental techniques, and simulations in particular, give humans a wide range of applications. They can be used in virtually every area of life. They help in the event of stressful situations; you can see their potential impact in almost every stage of decision making. In particular, simulations influence decisions related to consumer preferences and are very often used by advertisers to induce a positive perception of a given item by the consumer.

It is also necessary to show the main role of mental simulations – their main task is to prepare us for what happens in the future. This function is performed by both outcome simulations and, more importantly, process simulations, which prepare us for this step by step.

Due to the continuous analyzes of the simulation phenomenon, it is possible to distinguish areas in which detailed studies have been carried out, which confirm the effectiveness of simulation in these areas.

In addition to the example described in Taylor's research, presented above in this article, regarding the use of mental simulations in coping with stress, mental simulations are also useful in the processes of quitting smoking. In 2011 a study was carried out by Izabela Syta. Participants were asked to use three types of simulation: a positive result, a negative result and a process. Additionally, a control group was selected, which did not perform any simulations. The results of this study clearly indicated a reduction in the number of cigarettes smoked by the participants of this study and in the process simulation group over 80% reduction in the number of cigarettes smoked compared between day 1 and day 30 of therapy.⁴¹

In addition, there satisfactory results were also achieved when using simulation in sport as an "addition" to exercise. All groups of respondents, which were divided into the best, middle and weakest group, reduced their average running time quite significantly and improved the level of sports skills.⁴²

Mental simulation can also be used as a substitute for experience. Heather Kappes provides four examples where mental simulations have similar

⁴⁰ M. Kozhevnikov, "Cognitive styles in the context of modern psychology. Toward an integrated framework of cognitive style", *Psychological Bulletin*, 2007, no. 133, pp. 464–481.

⁴¹ E. Jarczewska-Gerc, *op. cit.*, pp. 81–84.

⁴² *Ibidem*, pp. 123–133.

cognitive consequences, such as in the case of corresponding real-life experience. These include: simulated evidence replacing physical evidence, simulated practice replacing physical practice, simulated consumption as a replacement for the actual consumption, and simulated goal achievement which replaces real goal achievements. So, in these areas you can choose between the use of mental simulations and physical experiences, as they are substitutes.⁴³

The success of using mental techniques that are related to simulation, i.e. mental contrast and implementation intentions, is visible mainly in weight loss, healthy lifestyle, taking appropriate supplementation and exercising.

According to these results presented in the above-discussed studies, it is worth to use mental simulations in everyday life, as it may result in bringing you closer to your goal and finding a quicker way to achieve it.

Simulations and ideas in Petrażycki's theory

There is no doubt that mental simulations are currently the concept most resembling the ideas presented by Petrażycki's in his theory. Therefore, an attempt should be made to define the identity of these concepts, decide on whether they can be used interchangeably, have similar characteristics, and on the role of images and simulation. In order to perform the analysis, it is first of all necessary to compare the characteristics of the imaginations as per Petrażycki and the mental simulations proposed by Taylor and other researchers.

First, when it comes to the time a person refers to when making simulations and imaginations, simulations can apply to both the future and the past, and the same is true of imaginations. Images of the future take the form of images of future possible unpleasantness or pleasures. Imaginations relating to the past and "recreating the content of old cognitive acts in previous assemblies", Petrażycki describes as memories that are acquired "with the help of memory".⁴⁴ Additionally, it is necessary to notice, that the images are just as visible as real situations and memories.⁴⁵

Considering the type of events to which mental images and simulations refer, both may concern psychologically closer or further situations and objects. However, it is worth noticing, that to a large extent, Petrażycki emphasizes the dichotomy of images in the context of experiencing repulsive or apulsive feelings.

⁴³ H.B Kappes, C.K. Morewedge, *Mental simulation as substitute for experience*, Social and Personality Psychology Compass 2016, nb. 10, p. 405-420.

⁴⁴ L. Petrażycki, *Wstęp do nauki...*, pp. 218-219.

⁴⁵ M.K. Johnson, L. Hasher, "Human learning and memory", *Annual Review of Psychology*, 1987, no. 38, pp. 631-668.

Another topic worth pointing out is the issue of awareness and unawareness of mental imagery and simulations. While mental simulations can be conscious and unconscious, images, according to Petrażycki's theory, are characterized only by consciousness. He gives an example of such "unconscious" mental projections: during hypnosis, in the psyche of the hypnotized person, only images and emotions imposed by the hypnotist can be found, the person's actions are unconscious and they not aware of performing them.⁴⁶ The issue of awareness and the lack of it is also related to the nature of the processes of the will – they can be purposeful only. Due to the fact, that images were classified by Petrażycki under the will processes category in the division of the forms of human mental experiences, it is important to mention, that they are purposeful or motivational in nature. This is important because most human activities take place without a specific goal, i.e. they may take place unconsciously or be stimulated by emotions.

Imaginations, just like mental simulations, involve particular sensory areas – for example, they can be visual, auditory, psychological or mixed, depending on the imaginations made. In the context of making images, Petrażycki notices that objects or persons that are known to us are "seen" in more detail in images than only and exclusively in images that are caused by feeling.⁴⁷

Undoubtedly, both mental simulations and imaginations are subjective. This largely depends on the individual personality traits of a person and the involvement of the network of neurons and transmitters in the brain of an individual.

It then follows, that one can suggest that conscious mental simulations are to some extent the equivalent of ideas presented by Petrażycki's in his theory. Due to the continuous development of science and neurobiology, it can be said, that imaginations take into account the individual process which takes place in the brain when making such a simulation, and therefore simulations can take on a more advanced form than imaginations. However, basic characteristics remain the same for both of these categories.

How do emotions influence perceptions?

The author of the article between August 20, 2020 and September 1, 2020 conducted a research on the influence of emotions on perceptions and judgment. The respondents were randomly divided into four research groups: group no. 1 np (people who do not practice law), group no. 1 p (individuals in the legal professionals), group no. 2 np (people who do not practice law) and group

⁴⁶ L. Petrażycki, *Teoria państwa i prawa...*, pp. 19–22.

⁴⁷ *Idem, Wstęp do nauki...*, pp. 217–222.

no. 2 p (individuals practicing law). There were 34 people in group 1 np – 22 of them were women, 12 men, while group 1 p consisted of 28 people – 13 women and 15 men. Group 2 np, comprised of 28 people – 14 women and 14 men, and group 2 p of 22 people – 13 men and 9 women.

As a part of this research, two versions of the same legal case were prepared – one with a very detailed descriptions of events and emotions, and the other one containing facts only, without unnecessary descriptions. The respondents were asked to play the role of a judge, to pass a judgment in the presented case and to justify it briefly. Groups 1 np and 1 p received an emotional description version of the case, while groups 2 np and 2 p received a matter of fact description version. The study was conducted via Google Forms, which were appropriately named – for the 1 np and 1 p groups the name of the form was „Your judgment of justice”, while groups 2 np and 2 p received file titled „Your judgment on justice”. Both case studies have been included as an appendix to this work. Apart from the content of the case, the respondents were asked to provide their gender, age, education and place of residence.

It is necessary to point out that in group 1 the answers varied according to gender. 46% of women would have issued an acquittal, 31% applied extraordinary leniency, and 13% found the protagonist of the case guilty, without issuing a conviction, but referring her to psychological/psychiatric therapy or ordering the supervision of a probation officer. One person proposed a conditional suspension of the execution of the sentence. In the case of male respondents, the breakdown of results was slightly different: 50% of them was in favor of leniency, 25% was for acquittal, one person suggested a sentence without extraordinary leniency and another a referral to a psychiatric hospital.

When analyzing the results of group 1p, there is no need to divide responses by gender, as the answers provided, regardless of gender, were fairly similar. The results are as follows: 53% opted for leniency, 18% for imposing a penalty without leniency (men only), 11% proposed changing the legal classification to Article 148 § 4 of the Penal Code, which suggested the application of a lower penalty, 7% of people, due to the age of the accused, proposed a precautionary measure in the form of a stay in a psychiatric hospital, while one person proposed a change of qualification to Article 155 of the Criminal Code and a sentence of one year of imprisonment suspended for 5 years, another suggested the suspension of the sentence, and third a waiver of the penalty due to age. No one in this group offered an acquittal.

The next research group was group 2 np. The majority of the proposals for the sentence that were made by respondents in this research group included: extraordinary mitigation of punishment/placement of Aleksandra in a psychiatric

institution – 46%, conditional suspension of the sentence – 2 respondents and proposals of punishment without any mitigation – 36%. 2 people suggested an acquittal, pointing out that Aleksandra was acting in self-defense. An interesting phenomenon observed in this group was the distribution of responses per gender of the participants – 57% of females suggested extraordinary leniency, while only 21% were in favour of no extraordinary leniency. These numbers were slightly different for male participants – 50% of them stated that Aleksandra is guilty and should not be granted a reduced sentence while 35% believed that liberalization in the form of mitigation is necessary. Another phenomenon relevant from this division point of view is the fact, that the majority of male respondents who passed the judgment of guilty beyond reasonable doubt the sentence was very high – life imprisonment, 25 years of imprisonment, supported by statements such as: „the highest possible punishment”.

On the other hand, in group 2 p., all respondents found Aleksandra guilty of a prohibited act and proposed the following sanctions: extraordinary leniency – 9%, 8 years imprisonment – 36%, 10 years of imprisonment – 23%, 12 years imprisonment – 9% and 15 years imprisonment – 23%. In this group, similarly to group 1p, it was not necessary to differentiate respondents by gender, as all answers were similar, although it should be noted, that in general, women opted for lower sentences.

The aim of this study was to check if and to what extent emotions influence the perception of a given situation and judgment. Comparing the results of four research groups, it can be concluded that:

1. Undoubtedly, the emotional aspect significantly influences the interpretation of the situation and the process of passing a judgment. The study proved that it is significantly influenced by the level of details in the description – either imbued with emotion or are strictly factual. As far as the case study for group 1 is concerned, it is clear that the respondents were driven by emotional response, caused predominantly by the images of Aleksandra's suffering, as she was abused by her father for years. This results in greater empathy for the girl, and as a consequence, in the first case scenario, most of the study participants proposed leniency, acquittal and various suggestions to change legal qualification to allow for the issuance of a lighter sentence. This phenomenon of a certain „solidarity” with the accused is noticeable both among the legal and non-legal professionals.

However, the second case study, where the description was purely factual, without details of psychological and motivational aspects of Aleksandra's actions and detailed descriptions of her father's behaviour towards her or her relatives, it is clear that the story did not evoke such level of empathy as observed in

the case study no. 1. This results in a higher level of punishment proposed (even the upper statutory limit) and a firm lack of justification for Aleksandra's behaviour – she was called a „patricide”. Similarly to case study 1, such an attitude was also noticed in groups 2 np and 2 p.

2. The study showed some gender-differentiated responses. Women as judges in the case study provided (mainly those who were not professionally associated with law, but also lawyers in group 2p) were most likely to pass a lighter sentence than men. This is probably due them trying to somehow understand Aleksandra's situation, who was abused by her father, and imagining themselves, their daughters or friends in her place. Therefore, a certain emotional bond was established between the participants of the study and the Aleksandra, which significantly translated into the way the case was perceived and judgements were influenced, because the respondents showed more empathy.

3. It is necessary to present another result, which is, just like the previous one, related to the gender differences between the respondents. For instance, the most severe sentences were given in group 2, who evaluated the case study based on facts, and were proposed by men aged between 41 and over 60. They suggested a penalty of 25 years imprisonment, a penalty of life imprisonment and the “highest penalty”. Usually, as their justifications, they provided phrases such as “patricide”, “severe sentence, because he was her father”, “if she had a problem, she should have gone to a psychiatrist instead of killing her father”. As demonstrated, the emotions expressed in the above examples were undoubtedly caused by the very act of daughter killing her father. The respondents in this age group, who were not presented with a justification or an explanation of the circumstances of the father's abuse, answered adequately to their role/position in the society. Usually men in this particular given age range have their own families and find an act of murder on a father unacceptable, regardless of the circumstances. Hence, in this case, one can notice the respondents relating to the situation and demonstrating negative emotions and feelings towards Aleksandra, which translates into a higher penalty.

4. In groups 1 p and 2 p, i.e. groups of law practitioners, there is a tendency to pass a more detailed justification of the judgement. Additionally, when comparing the results of groups 2 np. and 2 p., it can be noted that law practitioners were more inclined to propose a specific sentence (e.g. 8 years imprisonment), while respondents not associated with the legal profession proposed mainly extraordinary mitigation, and rarely gave a specific number of years of imprisonment. In addition, it is necessary to note that the legal practitioners from the 2 nd group imposed more severe sentences. Despite that the harshest sentences were postulated by several people in group 2 nd, they all found Aleksandra

guilty of the crime committed. Secondly, only 9% of respondents expressed the wish for extraordinary mitigation of punishment, while in the case of group 2 np over 40% asked for it.

5. A certain differentiation between various age groups has also been noted in this study. In the case study no. 1, more than 53% of Aleksandra's acquittals came from people between the age of 21 and 30. 23% by people aged between 31 and 40 suggested the same sentence. In the case of group 2, 66% of the youngest respondents – that is aged between 21 and 30, regardless of their involvement in the legal profession or the lack of thereof, issued a verdict of extraordinary leniency, or sent Aleksandra to a psychiatric institution. It follows, that younger people tend to judge more leniently – this is probably due to their life experience as well as the fact, that they are in the similar age group to Aleksandra, and when imagining her circumstances, they saw what prospects still lie ahead of her. Considering how Aleksandra was treated by her father, they did not want to deprive her of prospects for a better future.

6. No difference was noted which would indicate responses being dependent on the place of residence. Participants living in villages and towns up to 50 thousand, inhabitants of cities of up to 100 thousand and inhabitants of cities up to 250 thousand residents and above did not have very divergent views as to Aleksandra's guilt and the severity of her punishment.

7. Moreover, a significant discrepancy in the answers due to the education of the respondents has not been noticed. People with primary, secondary, vocational and higher education participated in the study, and their answers are mostly similar in the context of guilt and punishment for the accused. Their language style and proficiency were noticeably different, but this does not lie within the scope of this study.

Conclusions

The main goal of this work was to explore ideas in Petrażycki's theory and their correlation with mental simulations. Images, which were a the main concepts in Petrażycki's theory, undoubtedly have an inherent relationship with emotions, which was also confirmed by the results of the study. This correlation is two-sided. Despite the fact that Petrażycki distinguishes several groups of ideas, each of them plays an important part in motivational processes as well as in evoking emotions.

Another relevant property of images is their link with mental simulations, which are their more developed forms. It is necessary to mention a very important difference – images, according to Petrażycki, can only be made consciously, while mental simulations can be both conscious and unconscious. The

spectrum of the use of mental images or simulations is very wide; they can be used effectively in every aspect of human life. In addition, their use has documented effects on permanent modification of human behaviour leading up to achieving a specific goal. Mental simulations and mental techniques, i.e. their derivatives, constitute a relatively new scientific concept in various types of motivation and coaching theories, and in particular, process simulations and result simulations. Proposing the replacement of a physical experience with mental simulations in some circumstances is a novel approach, presented in the work of PhD Heather Kappes, who has proven, that they brings results.

When exploring this subject matter, it is impossible to not to indicate the subjectivity of ideas. From the research of Francis Galton in the 19th century, mental imagery/simulations have not changed their character and remain a very individualized form closely related to the human mind.

The reflection of the subjective nature of images and their correlation with emotions can be found in the results of the research conducted for the purposes of this article. The results clearly indicate a noticeable differences between responses, depending on gender and age, and also by being a member of the legal profession or not. Moreover, as demonstrated in case study no. 1, emotions strongly influenced judgment, while in case study no. 2, the respondents were practically unaffected emotionally.

I believe that the subject of mental imagery and simulations are so complex concepts, that it still requires a lot of research and analysis before we can fully understand the essence and potential and use of both, not only in law and morality, as Petrażycki suggested to some extent, but also in the everyday life of each and every one of us.

Appendix 1

Case No. 1

Włodzimierz Nowak was a respected resident of a small town, where he served for many years as a councilor and an activist for the local community. He lived with his daughter, Aleksandra. The girl's mother had left for the USA 10 years earlier, leaving her daughter under the sole care of her father. Neighbors have always seen their family in a positive light. Włodzimierz was overly protective of his daughter and interfered in every sphere of her life. The girl became even worse over time, as the father began to sexually abuse her regularly. It happened even without her realizing it: he would force her to drink an evening tea, after which she quickly fell into a deep and strong sleep, and in the morning she would feel sore. At first, Aleksandra was not fully aware of her father's

monstrous actions, she didn't know that other fathers are not like that with their daughters. After a while she realized this, when her father began to intimidate and humiliate her. In addition, he even limited her contacts with her peers and their extended family. In the second year of high school, she fell in love with a classmate. They could only meet briefly during their journey to and from school. One time Aleksandra decided to invite him home, in the hope that she would be able to stay with her beloved for longer. She thought that her father would not dare to hurt her in front of strangers. He, however, banished the boy, forbidding him to ever come anywhere near Aleksandra again, or else he would „remember him for good”. After the boy left hastily, the father forcibly stopped Aleksandra, who wanted to run after him, severely beat her, insulted and sexually abused again.

Aleksandra hated her father more and more. At the same time, she began to become convinced, that her father's difficult character must have caused her mother to leave and delay coming back home. Meanwhile, Włodzimierz became even more possessive of his daughter. He installed her tracking apps on her phone and a keylogger, which gave him access to all her messages and location. He traced the route she took home from school and as soon as she went the long way, he called her and ordered her to return immediately. She was punished for the smallest mistake. On November 25th, during a telephone conversation Aleksandra's mother repeated many times, that she would not return to Poland because she was afraid to return to Włodzimierz. On November 27th, Aleksandra returned home from her school tutoring, and her father was waiting for her impatiently. After his daughter's arrival, he stirred up a conflict about her late return home and demanded detailed explanations of what she was doing, with whom she was and why she come back so late. Violent complaints and another attempt to fully control her life exceeded the limits of Aleksandra's mental endurance. She grabbed a mortar mill and just as her father turned her back on her, she gave him a blow to the back of the head. After that, she ran to her room and shut the door. After an hour, she cooled down and noticed there was no movement in the house. She went into the kitchen and saw her father lying in a pool of blood. The impact resulted in his instant death. Aleksandra decided to hide the body.

She dug a hole in the garden where she dragged her father's body and buried it. A passing neighbour saw her digging in the ground. After a few days of Włodzimierz's absence, colleagues and neighbors began to ask Aleksandra about him. She said that her father had to suddenly leave to visit his brother, who lives in a remote town. While needing to urgently contact Włodzimierz, who did not answer the phone, his associate called his brother, whom, according

to his daughter, Włodzimierz had left to visit. The brother informed him, that Włodzimierz wasn't there, hadn't been and hadn't had contact with him for two months. The brother and a colleague immediately filed a missing person report. As a part of their official duties, the police inspected and searched the house, interviewed Aleksandra and their neighbours, including the neighbor who saw the girl digging a hole in the garden. During the first questioning, the daughter repeated that her father had gone to stay with his brother. A decision was made to check the garden, as per the indication made by the neighbour. While reviewing the state of the garden, a buried corpse was discovered. Following this discovery, further analysis of the house were carried out and traces of blood were found in the kitchen. The prosecutor charged Aleksandra with committing a crime under Art. 148 § 1 of the Penal Code Whoever kills a person shall be punishable by imprisonment for a period of not less than 8 years, the penalty of 25 years imprisonment or the penalty of life imprisonment. The defender in his final speech indicated that the accused was a victim of domestic violence, therefore, he requested that the penalty be waived or its extraordinary mitigation of punishment.

Do you think Aleksandra is guilty or not? What judgment would you make as a judge in this case? Please provide a brief summary of your judgment.

Appendix 2

Case No. 2

Włodzimierz T. was a resident of the town of K., where he was a councilor and an activist for the local community. He lived with his daughter, Aleksandra T. The girl's mother went to work abroad and she did not intend to return to Poland. At first, the father was overly protective of his daughter. After a few years, he began to sexually abuse her regularly. When Aleksandra T. realized that her father's actions were shameful and protested, he began to humiliate her. In the meantime, the father kept tightening the control over Aleksandra. On November 27th, Aleksandra T. returned from her school tutoring and her father was waiting for her in the house. After his daughter came back, he stirred up a big argument, during which she grabbed a mortar grinder and stroke her father on the back of his head, then locked herself in the room. The blow to the head resulted in Włodzimierz's instant death. An hour later she came back into the kitchen and saw her father dead, so she decided to hide the body. She dug a hole in the garden, where she dragged her father's body and buried it. A passing neighbour saw her digging in the ground. In the following days, Aleksandra's father did not appear at work, which provoked the interest of his colleagues and neighbours.

Aleksnadra informed everyone that her father had to leave suddenly to visit his brother in Z. A colleague called Włodzimierz T's brother and found out, that he had not had contact with Włodzimierz T. for two months. Włodzimierz's brother and the colleague filed a missing persons report. As part of their official activities, the police inspected and searched the house, questioned the daughter and neighbours. During the first questioning, the daughter repeated that her father had gone to stay with his brother.

This part of her testimony was deemed untrue, as it contradicted the testimony of Włodzimierz's brother, who hadn't seen him in a while. A decision was made to check the garden, as per the indication made by the neighbour and a buried corpse was discovered. Following the discovery of the body, further analysis of the house were carried out and traces of blood were found in the kitchen. The prosecutor charged Aleksandra with committing a crime under Art. 148 § 1 of the Penal Code Art. 148 § 1 Whoever kills a person shall be punishable by imprisonment for not less than 8 years, the penalty of 25 years imprisonment or life imprisonment. In his final speech, the defender indicated the personality of the accused who was a victim of domestic violence, therefore he asked for the penalty not to be imposed or for an extraordinary leniency.

Do you think Aleksandra is guilty or not? What judgment would you make as a judge in this case? Please provide a brief summary of your judgment.

Bibliography

- Brożek B., *Umysł prawniczy*, Kraków: CC Press, 2019.
- Frijda N.H., *The Emotions*, Cambridge: Cambridge University Press, 1986.
- Galton F., "Statistics of mental imagery", *Mind*, 1880, no. 5, pp. 301–318.
- Hudzik J.P., "Koncepcja wyobraźni w filozofii Kanta", *Sztuka i Filozofia*, 1994, no. 8, pp. 93–122.
- Ivannikov I., "Leon Petrażycki o roli psychiki w stanowieniu prawa", [in:] *Leon Petrażycki i współczesna nauka prawa*, ed. T. Giaro, Warszawa: Wolters Kluwer, 2020, pp. 211–233.
- Jarczeńska-Gerc E., *Rola wyobrażeń w osiąganiu celów. Symulacje mentalne*, Warszawa: Difin, 2015.
- Jaroszyński P.J., "Wyobrażenia", PEF, <http://www.ptta.pl/pef/pdf/w/wyobraznia.pdf> [accessed: 15.11.2020].
- Johnson M.K., Hasher L., "Human learning and memory", *Annual Review of Psychology*, 1987, no. 38, pp. 631–668.
- Kosslyn S.M., "The information represented in visual images", *Cognitive Psychology*, 1975, no. 7, pp. 341–370.
- Kozhevnikov M., "Cognitive styles in the context of modern psychology. Toward an integrated framework of cognitive style", *Psychological Bulletin*, 2007, no. 133, pp. 464–481.

- Landriscina F., *Simulation and learning. The role of mental models*, *Journal of E-Learning and Knowledge Society*, 2009, no. 5, pp. 23–32.
- Libermann N., Trope Y., “The psychology of transcending the here and now”, *Science*, 2008, no. 322, pp. 1201–1205.
- Łukaszewski W., “Pragmatyczna strona wyobraźni”, *Przegląd Psychologiczny*, 2008, vol. 51, no. 2, pp. 181–196.
- Łukaszewski W., “Wyobrażenia i działania”, *Nauka*, 2006, no. 1, pp. 113–120.
- Peale N.V., *Positive imaging; The powerful way to change your life*, New York: FCL, 1982.
- Petrażycki L., *O pobudkach postępowania i o istocie moralności i prawa*, Warszawa: Księgarnia T. Wojnara, 1924.
- Petrażycki L., *Teoria państwa i prawa w związku z teorią moralności*, vol. 1–2, Warszawa: PWN, 1959.
- Petrażycki L., *Wstęp do nauki prawa i moralności*, Warszawa: Księgarnia F. Hoesicka, 1930.
- Polyshyn Z.W., “The imagery debate: Analogue media vs. tacit knowledge”, *Psychological Review*, 1981, no. 88(1), pp. 16–45.
- Raichle M.E., MacLeod A.M., Snyder A.Z., Powers W.J., Gusnard D.A., Shulman L.G., “A default mode of brain function”, *Proceedings of the National Academy of Sciences of the United States of America*, 2001, no. 98, pp. 676–682.
- Routledge C., Wildschut T., Sedikides C., Juhl J., “Finding meaning in the past: Nostalgia as an existential resource”, [in:] *The psychology of meaning*, eds. K.D. Markman, T. Prolux, M. Lindberg, Washington: American Psychological Association, 2013, pp. 297–316.
- Stanek J., *Rosyjski realizm prawny. Psychologiczno-socjologiczna szkoła prawa*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2017.
- Sulenta P., “Problem prawdy ujęć zmysłowych w interpretacji św. Tomasza z Akwinu”, *Scripta Philosophica. Zeszyty Naukowe Doktorantów Wydziału Filozofii KUL*, 2012, no. 1, pp. 11–29.
- Taylor S.E., Pham L.B., “Mental simulation, motivation and action”, [in:] *The psychology of action. Linking cognition and motivation to behavior*, eds. P.M. Gollwitzer, J.A. Bargh, New York 1996, pp. 219–235.
- Taylor S.E., Pham L.B., Rivkin D.I., Armor A.D., “Harnessing the imagination: Mental simulation, self regulation and coping”, *American Psychologist*, 1998, no. 53, pp. 429–439.
- Waytz A., Tamir D.I., Herschfield H.E., “Mental simulation and meaning in life”, *Journal of Personality and Social Psychology*, 2014, no. 42, p. 410–425.

Abstract

Mental simulations, imaginations and emotions – a short empirical legal study

Nowadays, due to the continuous development of psychological sciences, we observe an increase of the interest in imagination, and undoubtedly the role of imagination in mental simulations. When exploring the issues of the subject matter, it is necessary to note that the ideas of imagination and ideas were for a long time neglected in research and analyzes. To a certain extent, this is reflected in the literature on the subject of this research topic;

however, in my opinion, in both Polish and foreign literature, there aren't sufficient scientific studies devoted to this issue and its potential impact on the life of every human being. The principal aim of this work is to analyze the idea of imaginations presented in Petrażycki's theory – their nature, functions and types – and to discuss mental simulations and examples of their use. In addition, another relevant issue is going to be analysed – the connection and the relationship between imaginations in the past and mental simulations in present time. The article will present how to leverage these ideas.

Key words: Leon Petrażycki, imaginations, mental simulations, internal experiences

Ewa Łapińska

mgr, Uniwersytet w Białymstoku

<https://orcid.org/0000-0002-2064-1556>

e.lapinska@uwb.edu.pl

Ustawa jako tytuł powołania do spadku rodzeństwa spadkodawcy w razie braku jego zstępnych – czy jest to słuszne rozwiązanie?

Wprowadzenie

Z perspektywy prawa śmierć osoby fizycznej skutkuje koniecznością uregulowania losów zgromadzonych przez spadkodawcę dóbr majątkowych. Dostrzegając istotne znaczenie przepisów prawnych normujących dziedziczenie, ustawodawca pozostawił spadkodawcy możliwość określenia na wypadek jego śmierci losów gromadzonych za życia składników majątkowych. Tym samym spadkodawca poprzez wybór odpowiedniego zachowania (tj. sporządzenie bądź nie testamentu) optuje za zastosowaniem w przypadku jego śmierci porządku dziedziczenia ukształtowanego w akcie ostatniej woli lub w ustawie. Swoboda spadkodawcy w wyborze porządku dziedziczenia została uzupełniona o zasadę pierwszeństwa dziedziczenia testamentowego¹. W związku z tym ustawa będzie stanowić tytuł powołania do spadku, jeśli zmarły nie dokona rozrządzeń testamentowych. Czynnikiem istotnie wpływającym na kształt ustawowego porządku dziedziczenia jest szeroko rozumiany brak zstępnych spadkodawcy. W tym przypadku dyskusyjne jest powołanie do spadku jego rodzeństwa i ich zstępnych w zbiegu z małżonkiem zmarłego. Dostrzeżenie wiążących się z tym komplikacji praktycznych, m.in. na tle zarządu nabytym majątkiem wspólnym, sprawia, że niektórzy profesjonalni pełnomocnicy opowiadają się za wyłączeniem możliwości dziedziczenia przez rodzeństwo spadkodawcy w zbiegu z jego małżonkiem. W związku

¹ M. Rzewuski, *Podpis spadkodawcy na testamencie własnoręcznym*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2014, s. 25–26; P. Borkowski, *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Warszawa: C.H. Beck, 2011, s. 33.

z powyższym w wątpliwość należy poddać słuszność wspomnianego rozwiązania prawnego – celem artykułu jest zatem analiza słuszności zaliczenia do kręgu spadkobierców ustawowych rodzeństwa spadkodawcy.

Dziedziczenie ustawowe

W świetle powyższych uwag spadkobiercy są powoływani do spadku z ustawy, gdy zmarły nie sporządził testamentu², aczkolwiek nie jest to jedyny stan faktyczny skutkujący zastosowaniem ustawowego porządku dziedziczenia do całości spadku; poniższe sytuacje wywołują identyczny skutek:

- 1) akt ostatniej woli utrwalony przez spadkodawcę cechuje się nieważnością lub bezskutecznością;
- 2) dokument obejmujący rozrządzenia testamentowe zaginął lub został zniszczony, a zarazem odtworzenie jego treści jest niemożliwe;
- 3) w testamencie nie ustanowiono spadkobiercy do całości spadku;
- 4) powołanie spadkobiercy do całości spadku jest dotknięte nieważnością lub bezskutecznością;
- 5) testament został odwołany przez spadkodawcę w całości lub w części dotyczącej powołania spadkobierców do dziedziczenia;
- 6) żadna z osób powołanych do dziedziczenia nie chce lub nie może być spadkobiercą³.

Ustawowy porządek dziedziczenia może odnosić się nie tylko do całości spadku, lecz również do jego części. Zatem polskie prawo spadkowe odeszło od znanej prawu rzymskiemu zasady: *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Zgodnie z art. 926 § 3 ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny⁴, gdy w akcie ostatniej woli nie ustanowiono do części spadku spadkobiercy bądź gdy którakolwiek z osób powołanych do całości spadku nie chce lub nie może być spadkobiercą, wówczas ta część masy spadkowej podlega dziedziczeniu według porządku ustawowego. W konsekwencji dziedziczenie dóbr majątkowych składających się na spadek następuje na podstawie dwóch tytułów powołania do spadku. Zarówno w doktrynie, jak i judykaturze przyjęto pogląd, iż zbieg tytułów powołania do spadku jest dopuszczalny jedynie wtedy, gdy testator do dokonania rozrządzeń testamentowych posłużył się częściami ułamkowymi spadku. Jednocześnie wykluczono możliwość dokonania przez

² Zob. postanowienie SN z dnia 7 maja 1999 r., III CKU 19/98, Legalis.

³ W. Borysiak, *Komentarz do art. 926 [w:]* K. Osajda, W. Borysiak, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa: C.H. Beck, 2021, Nb. 4; J. Kuźmicka-Sulikowska *Komentarz do art. 926 [w:]* E. Gniewek, P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa 2021, Nb. 3.

⁴ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2020 r. poz. 1740 ze zm.); dalej: k.c.

spadkodawcę w testamencie podziału składników majątku na podlegające dziedziczeniu ustawowemu albo testamentowemu⁵.

Mając na względzie niniejsze uwagi, można wyróżnić dwie podstawowe funkcje dziedziczenia ustawowego. Po pierwsze, regulację losu majątku po śmierci spadkodawcy, gdy nie został przez niego sporządzony akt ostatniej woli. Po drugie, przepisy prawne regulujące dziedziczenie ustawowe są stosowane, gdy w testamencie nie rozdysponowano ułamkową częścią spadku albo żadna lub choćby jedna spośród osób powołanych do spadku przez testatora nie chce lub nie może być spadkobiercą. Wobec niepopularności dokonywania rozrządzeń testamentowych można stwierdzić, iż dziedziczenie ustawowe odgrywa istotną rolę w kształtowaniu losów majątku spadkodawcy po jego śmierci. W dalszym ciągu zdecydowana większość spadków jest dziedziczona na podstawie ustawy⁶.

Ustawowy porządek dziedziczenia w przypadku braku zstępnych

Czynnikiem determinującym kształt ustawowego porządku dziedziczenia jest brak zstępnych spadkodawcy, tj. potomków danej osoby fizycznej. Przy czym na gruncie prawa spadkowego pojęcie zstępnych nie ogranicza się jedynie do osób spokrewnionych, lecz obejmuje również dzieci przysposobione, uznane za własne lub pochodzące spoza małżeństwa. W związku z tym przepisy prawne przewidujące ustawowy porządek dziedziczenia w przypadku braku zstępnych znajdują zastosowanie przede wszystkim w razie:

- 1) śmierci spadkodawcy, który nie doczekał się potomstwa naturalnego lub przysposobionego, a w konsekwencji nieposiadającego również dalszych zstępnych;
- 2) śmierci spadkodawcy, gdy żadne z dzieci nie dożyło otwarcia spadku oraz jednocześnie brak jest dalszych zstępnych;
- 1) zakresem zastosowania przepisów art. 932 i art. 933 k.c. objęto sytuację, w której spadkodawca pozostawił po sobie zstępnych, lecz są oni traktowani tak, jakby nie dożyli otwarcia spadku. W świetle orzecznictwa SN

⁵ Zob. postanowienie SN z dnia 8 września 1975 r., III CRN 218/75, OSNCP 1976, Nr 9, poz. 200; postanowienie SN z dnia 9 października 1996 r., II CKU 25/96, Legalis; postanowienie SN z dnia 25 lutego 1997 r., II CKU 9/97, Legalis; postanowienie SN z 16 kwietnia 1998 r., I CKU 20/98, Legalis; postanowienie SN z 19 października 2000 r., II CKN 505/00, Legalis.

⁶ Potwierdzeniem niewielkiego zainteresowania sporządzeniem testamentu wśród społeczeństwa są wyniki sondażu przeprowadzonego w 2017 r. przez Kantar Milward Brown we współpracy z Fundacją Otwarte Forum. Wśród ankietowanych powyżej 50 roku życia jedynie 13% zdecydowało się na utrwalenie ostatniej woli; zob. <http://www.napisztestament.org.pl/aktualnosci/tylko-trzynastu-na-stu-polakow-powyzej-50-roku-zycia-napisalo-testament> [dostęp: 10.04.2022].

okolicznościami wyłączającymi od dziedziczenia z zasygnalizowanym skutkiem są: niegodność dziedziczenia, odrzucenie spadku, umowne zrzeczenie się dziedziczenia⁷.

Na gruncie art. 932 § 1 k.c. fizyczny brak zstępnych spadkodawcy lub traktowanie ich, jakby nie dożyli otwarcia spadku, powoduje, że do dziedziczenia dochodzą małżonek spadkodawcy oraz jego rodzice. W tym przypadku udział spadkowy męża zmarłej lub żony zmarłego wynosi $\frac{1}{2}$ spadku, zaś każdemu z rodziców przypada część masy spadkowej w wysokości $\frac{1}{4}$. Jednakże wielkość udziału spadkowego przypadającego matce spadkodawcy zwiększy się do $\frac{1}{2}$ spadku, jeśli nie ustalono ojcostwa rodzica spadkodawcy (art. 932 § 2 zd. 2 k.c.). Ponadto udział spadkowy przypadający rodzicowi spadkodawcy dziedziczącemu w zbiegu z jego małżonkiem wzrośnie do $\frac{1}{2}$ spadku w przypadku braku drugiego z rodziców, jego rodzeństwa i ich zstępnych. Poza przedstawionymi przykładami każdy z żyjących rodziców odziedziczy majątek spadkodawcy w wysokości $\frac{1}{2}$ spadku, gdy nie ma zstępnych i małżonka spadkodawcy (art. 932 § 3 k.c.).

Rodzeństwo spadkodawcy (zarówno rodzone, jak i przyrodnie⁸) jest powoływane do spadku z ustawy dopiero w sytuacji, gdy przynajmniej jedno z rodziców spadkodawcy nie dożyło otwarcia spadku. W analizowanym przypadku udział spadkowy rodzica wynoszący $\frac{1}{4}$ spadku dziedziczy w równych częściach rodzeństwo spadkodawcy. Co oznacza, że określenie wielkości udziału spadkowego przypadającego każdemu z rodzeństwa zmarłego wymaga podzielenia $\frac{1}{4}$ spadku przez liczbę rodzeństwa spadkodawcy. Udział spadkowy przypadający rodzeństwu spadkodawcy wzrośnie z $\frac{1}{4}$ do $\frac{1}{2}$ spadku, jeśli jedno z rodziców spadkodawcy nie dożyło otwarcia spadku oraz brak jest zstępnych i małżonka zmarłego. Ponadto rodzeństwu dziedziczącemu w zbiegu z małżonkiem spadkodawcy przypadnie połowa spadku w razie śmierci obojga rodziców spadkodawcy przed otwarciem spadku. Natomiast powołanie z ustawy do całości spadku nastąpi dopiero w przypadku braku zstępnych, małżonka i rodziców zmarłego. Co istotne, ustawodawca poszerzył krąg spadkobierców ustawowych dochodzących do dziedziczenia w razie braku zstępnych spadkodawcy o zstępnych jego rodzeństwa, których powołuje się do spadku w przypadku śmierci

⁷ Zob. postanowienie SN z dnia 20 kwietnia 1972 r., III CRN 19/72, OSNCP 1972, Nr 11, poz. 205.

⁸ Zob. uchwałę SN z dnia 14 października 2011 r., III CZP 49/11, Legalis; M. Rzewuski, *Dziedziczenie przyrodniego rodzeństwa spadkodawcy. Glosa do uchwały SN z dnia 14 października 2011 r., III CZP 49/11*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 11–12, s. 178–180; A. Sylwestrzak, *Spadkowe prawo – dziedziczenie ustawowe – porządek dziedziczenia, jeżeli jedno z rodziców spadkodawcy nie dożyło otwarcia spadku. Glosa do uchwały SN z dnia 14 października 2011 r., III CZP 49/11*, OSP 2012, nr 6, poz. 60, s. 402; G. Wolak, *Rodzeństwo przyrodnie jako spadkobiercy ustawowi*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 18.

któregoś z braci lub sióstr zmarłego. Zstępnym rodzeństwa spadkodawcy przypada udział spadkowy, który dziedziczyłby ich zmarły wstępny, gdyby dożył otwarcia spadku po spadkodawcy. W świetle unormowań art. 933 § 1 k.c. cały spadek przypadnie małżonkowi spadkodawcy dopiero w razie braku rodziców spadkodawcy, jego rodzeństwa i ich zstępnych.

Analiza słuszności powołania do dziedziczenia rodzeństwa spadkodawcy

Analiza ustawowego porządku dziedziczenia znajdującego zastosowanie w razie braku zstępnych spadkodawcy wymusza konieczność zastanowienia się nad słusnością powołania do dziedziczenia jego rodzeństwa. W celu dokonania oceny w przedmiotowym zakresie konieczne jest odkrycie motywów przesądzających o zaliczeniu do grupy spadkobierców ustawowych poszczególnych członków rodziny zmarłego.

Istnieje szereg okoliczności uzasadniających dziedziczenie przez żonę lub męża gromadzonych dóbr majątkowych. Przede wszystkim małżonek jest jednym z najbliższych członków rodziny dla spadkodawcy – śmierć żony lub męża wiąże się z odczuwaniem cierpienia psychicznego przez pozostającego przy życiu małżonka. Ponadto jest czynnikiem istotnie wpływającym na sytuację majątkową żony lub męża. Jest to dość wyraźnie dostrzegalne w przypadku, gdy zmarły był jedynym żywicielem rodziny. Toteż wydaje się, iż w założeniach dziedziczenie ustawowe powinno zabezpieczać małżonka spadkodawcy przed negatywnymi konsekwencjami majątkowymi jego śmierci, a to poprzez przyznanie mu praw do określonej części majątku zmarłego. Co więcej, działania jednego z małżonków mogą przyczyniać się do polepszenia stanu aktywów drugiego z nich⁹. Dodatkowo, jeśli zapadła decyzja o pozostawaniu w ustroju wspólności majątkowej, wzajemne podejmowanie przez małżonków starań w celu powiększenia stanu posiadania dóbr majątkowych uzasadnia przyznanie tytułu powołania do spadku żyjącemu małżonkowi. Wobec powyższego, pominięcie małżonka w kręgu spadkobierców ustawowych godziłoby w poczucie sprawiedliwości społecznej.

W tym miejscu jest niezbędne wyjaśnienie, jakie uzasadnienie legło u podłoża zaliczenia do kręgu spadkobierców ustawowych rodziców spadkodawcy. Najczęściej są oni w podeszłym wieku, ich potrzeby życiowe w związku z pogarszającym się stanem zdrowia zmieniają się, co często przekłada się na konieczność ponoszenia dodatkowych kosztów. Jednocześnie często towarzyszy temu brak możliwości zarobkowej umożliwiającej realizację niezbędnych potrzeb

⁹ A. Kawalko, J.S. Piąkowski, H. Witczak [w:] *System Prawa Prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe*, red. B. Kordasiewicz, Warszawa: C.H. Beck, 2015, s. 234.

życiowych¹⁰. Mając niniejsze na uwadze, śmierć spadkodawcy oznacza dla jego rodziców utratę podmiotu, który potencjalnie mógłby zostać zobowiązany do dostarczania środków pieniężnych w razie popadnięcia w niedostatek. Ponieważ po śmierci spadkodawcy jego rodzice nie mogą liczyć na jego ewentualną pomoc finansową, dlatego poprzez dopuszczenie do dziedziczenia zapewnia się im środki pieniężne, którymi mogą się posłużyć w razie zaistnienia nieprzewidzianych okoliczności powodujących powinność poniesienia wydatków w wysokości przewyższającej ich możliwości zarobkowe. Dlatego powołanie z ustawy do spadku rodziców spadkodawcy można postrzegać jako surogat zryczałtowanego świadczenia alimentacyjnego.

Oprócz tego należy dostrzec wkład rodziców spadkodawcy w zdobycie przez niego określonego statusu majątkowego. Wyraźnie zauważalne są zależności zachodzące pomiędzy wychowaniem i wykształceniem zapewnionym przez rodziców a osiągnięciem określonego stanu materialnego przez dziecko. Odpowiednie ukierunkowanie dziecka przez rodziców, ich zaangażowanie w rozwój przekładają się na jego późniejsze możliwości zarobkowe. Wskutek tego rodzicom zmarłego należy przypisać pośredni wkład w nabycie i powiększanie majątku spadkodawcy¹¹. Poza tym zaakcentowania wymaga aktywność rodziców spadkodawcy, która bezpośrednio przyczynia się do polepszenia stanu aktywów zmarłego, np. przekazanie środków pieniężnych w formie darowizny, dzięki którym ich dziecko dokonało zakupu nieruchomości. Dostrzegając zarówno pośredni, jak również bezpośredni wpływ rodziców na uzyskanie majątku przez spadkodawcę, powołanie ich do dziedziczenia po zmarłym dziecku w razie braku jego zstępnych jest zasadne.

W dalszej kolejności do dziedziczenia dochodzi rodzeństwo spadkodawcy i ich zstępni. Co do przedstawionego kręgu spadkobierców ustawowych mogą się pojawić wątpliwości, czy powołanie ich do dziedziczenia jest słuszne. W pierwszej kolejności należałoby rozważyć, czy śmierć spadkodawcy w jakimkolwiek sposób wpływa na sytuację życiową jego rodzeństwa, a także ewentualnie ich zstępnych. Wychodząc od sfery przeżyć psychicznych, wypadałoby się zgodzić z tym, że śmierć któregoś z rodzeństwa ze względu na bliskie relacje może być źródłem cierpienia psychicznego, trudno natomiast dostrzec jakiegokolwiek zmiany w zakresie sytuacji materialnej rodzeństwa

¹⁰ Zob. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 2 kwietnia 2009 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny (tj. Dz.U.2009.79.662), Druk Sejmowy VI kadencji Nr 1541, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruk/1541> [dostęp: 10.04.2022]; M. Pazdan, *Projektowane zmiany w unormowaniu dziedziczenia ustawowego*, „Rejent” 2008, nr 4, s. 14; H. Witczak, *Uprawnienia rodziców i dziadków w dziedziczeniu ustawowym w nowym stanie prawnym*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 11, s. 585.

¹¹ M. Pazdan, *op. cit.*, s. 14–15.

spadkodawcy, które bezpośrednio wiązałyby się ze śmiercią brata lub siostry. Prowadzenie odrębnych gospodarstw domowych, jak również osiąganie dochodów niezależnie od postawy brata lub siostry powoduje, iż śmierć którejkolwiek z nich nie przyczynia się do pogorszenia sytuacji życiowej. W tym przypadku rolę dziedziczenia ustawowego nie jest zadbanie o materialną stronę egzystencji rodzeństwa spadkodawcy. Bezdyskusyjne jest zaliczenie rodzeństwa zmarłego do kręgu bliskich osób, z którymi wiąza go silne więzi rodzinne. Aczkolwiek brak wpływu pomiędzy śmiercią spadkodawcy a sytuacją życiową jego rodzeństwa skłania do rozważenia, czy powoływanie ich do spadku w zbiegu z małżonkiem zmarłego jest słuszne.

Po drugie, jest wskazane zbadanie zależności pomiędzy gromadzeniem dóbr majątkowych przez spadkodawcę a ewentualną pomocą jego rodzeństwa w dążeniu do osiągnięcia określonego statusu majątkowego. Z perspektywy praktyki darowizny dokonywane na rzecz rodzeństwa raczej należą do rzadkości. Zakładając własną rodzinę, dla każdego priorytetem staje się zadbanie o przyszłość i utrzymanie swoich najbliższych, tj. dzieci oraz męża lub żony. Pomiedzy rodzeństwem częściej niż dokonanie darowizny zdarza się udzielenie pożyczki. Takie działanie może ułatwić nabycie dobra majątkowego powiększającego majątek zmarłego, jednak z uwagi na konieczność zwrotu otrzymanych środków pieniężnych ekonomiczny ciężar nabycia w ostatecznym rozrachunku ponosi spadkodawca. Bez wątpienia pożyczanie pieniędzy od brata lub siostry sprawia, że pożądane dobro majątkowe może zostać nabyte szybciej. Nie bez znaczenia pozostają najczęściej korzystniejsze warunki pożyczki udzielonej przez rodzeństwo niż instytucję finansową – i owszem, dzięki temu spadkodawca może zaoszczędzić część środków pieniężnych, gdyż najczęściej nie są naliczane odsetki. Chociaż w mojej opinii wkład rodzeństwa polegający na mniejszym uszczupleniu aktywów zmarłego jest niewystarczający, aby opowiedzieć się za zasadnością przyznania im tytułu powołania do spadku w zbiegu z jego małżonkiem.

Ponadto należy zauważyć, iż w czasie trwania małżeństwa do powiększania majątku wspólnego przyczyniają się oboje małżonkowie, a tym samym dziedziczenie przez rodzeństwo spadkodawcy i ich zstępnych należy ocenić jako niekorzystne dla małżonka zmarłego. Śmiało można zaryzykować twierdzenie, że ustawowy porządek dziedziczenia przewidziany w przypadku braku zstępnych spadkodawcy, a powołujący do spadku jego rodzeństwo, powoduje utratę części majątku przez męża zmarłej lub żonę zmarłego, którzy co najmniej czynili starania w celu powiększenia stanu aktywów wchodzących w skład majątku wspólnego. Niesłuszność przedstawionego rozwiązania prawnego staje się bardziej wyeksponowana przy zaznaczeniu, że pozbawienie części majątku małżonka łączy się z przyznaniem praw do tej części majątku osobom, które nie

wykazały żadnej aktywności w celu powstania wspomnianej masy majątkowej. Nawet jeśli małżonkowi zmarłego nie można przypisać bezpośredniego wkładu w powiększanie majątku wspólnego, gdyż nie wykonuje pracy zarobkowej, to mimo to pośrednio przyczynia się do polepszania stanu aktywów. Zazwyczaj niepracujący małżonek jest pochłonięty prowadzeniem gospodarstwa domowego i wychowywaniem wspólnych dzieci, a dzięki temu drugie z nich może prężnie rozwijać karierę zawodową, co bezpośrednio przekłada się na gromadzenie dóbr majątkowych tworzących majątek wspólny małżonków.

Ponieważ dziedziczenie ustawowe w założeniach powinno realizować hipotetyczną wolę spadkodawcy, należałoby zastanowić się, jakie są życzenia *mortis causa* zmarłego zostawiającego małżonka, rodziców oraz swoje rodzeństwo. Wydaje się, iż spadkodawca chciałby jak najlepiej zabezpieczyć finansowo małżonka oraz zadbać o swoich rodziców. Natomiast o rodzeństwie pomyślałby w ostatniej kolejności, zwłaszcza w sytuacji, gdy posiadają oni własne rodziny, na których w razie potrzeby mogą polegać. Ewentualnie usytuowanie rodzeństwa spadkodawcy w roli spadkobierców ustawowych mogłoby pełnić funkcję zabezpieczenia ich egzystencji materialnej, gdy brat lub siostra spadkodawcy nie posiada żadnych zstępnych i poprzez przyznanie udziału spadkowego dąży się do minimalnego zapewnienia środków materialnych w celu utrzymania godziwego standardu życia. Przyjmując powyższą argumentację, pokrzywdzenie małżonka poprzez pozbawienie go części majątku po zmarłym mężu albo zmarłej żonie byłoby poniekąd usprawiedliwione przez wzgląd na trudną sytuację materialną rodzeństwa spadkodawcy, zwłaszcza gdy możliwości zarobkowe jego brata lub siostry ulegają skurczeniu z powodu gorszego stanu zdrowotnego.

Biorąc pod uwagę brak wpływu śmierci spadkodawcy na sytuację materialną jego rodzeństwa w połączeniu z brakiem aktywności ukierunkowanej na zwiększanie stanu posiadania dóbr majątkowych podlegających dziedziczeniu z ustawy w razie braku zstępnych zmarłego, należy zauważyć, że śmierć spadkodawcy dla wspomnianej grupy spadkobierców ustawowych stanowi źródło „darmowych” korzyści majątkowych. W związku z tym powołanie do spadku rodzeństwa zmarłego i ich zstępnych powinno się ograniczać do sytuacji, gdy wśród spadkobierców ustawowych nie ma małżonka spadkodawcy¹². Sformułowanie powyższego stanowiska nie jest równoznaczne z zanegowaniem lub uznaniem za nieistotne argumentów, które przyczyniły się do usytuowania wśród spadkobierców ustawowych rodzeństwa spadkodawcy. Wśród nich należałoby wskazać

¹² Stanowisko krytyczne wobec powyższej propozycji zajęła M. Łączkowska-Porawska, gdyż poza zakresem regulacji prawa spadkowego pozostają kwestie związane z majątkiem wspólnym i rozliczaniem udziału w jego powstaniu; zob. M. Łączkowska-Porawska, *Komentarz do art. 932*, [w:] M. Gutowski, *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 627-1088*, Warszawa: C.H. Beck, 2022, Nb. 15.

m.in. bliskie więzy rodzinne, odczuwanie cierpienia psychicznego z powodu śmierci brata lub siostry (przy założeniu, że pomiędzy rodzeństwem istniały prawidłowe relacje rodzinne), udzielanie wsparcia mentalnego lub materialnego bratu lub siostrze w razie zaistnienia takiej potrzeby. Z drugiej strony trudne jest przedstawienie argumentów majątkowych uzasadniających powołanie do spadku rodzeństwa zmarłego w razie braku jego zstępnych. W konsekwencji należałoby wykluczyć możliwość dziedziczenia przez rodzeństwo spadkodawcy w zbiegu z jego małżonkiem, w przypadku którego argumenty majątkowe podnoszone w celu potwierdzenia słuszności zaliczenia do kręgu spadkobierców ustawowych są równie istotne jak argumenty niemajątkowe. Tym samym rodzeństwo zmarłego nie zostałoby całkowicie usunięte z ustawowego porządku dziedziczenia, lecz dziedziczyłoby dopiero w razie braku małżonka spadkodawcy. Ukształtowanie porządku dziedziczenia w powyższy sposób ułatwiłoby mężowi zmarłej lub żonie zmarłego zarządzanie odziedziczonym majątkiem. Zaś aktualny stan prawny przyznający prawo do dziedziczenia w zbiegu z małżonkiem spadkodawcy jego rodzeństwu staje się źródłem wielu problemów praktycznych, z którymi musi się mierzyć żona zmarłego lub mąż zmarłej.

Pomimo przedstawionych wątpliwości dotyczących powołania do spadku rodzeństwa zmarłego w przypadku braku jego zstępnych w projekcie ustawy z dnia 15 grudnia 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw nie uwzględniono żadnych zmian koncentrujących się wokół rozważanego zagadnienia. W odniesieniu do ustawowego porządku dziedziczenia zaproponowano jedynie zmianę brzmienia art. 934 k.c. poprzez ograniczenie kręgu spadkobierców ustawowych w sytuacji, gdy do spadku są powoływani zstępni dziadków, którzy nie dożyli chwili śmierci spadkodawcy¹³. W konsekwencji nastąpiłoby wyłączenie od dziedziczenia tzw. ciotecznych lub stryjecznych wnuków, jak również dalszych pokoleń. Wspomniana zmiana jest motywowana potrzebą skrócenia czasu trwania postępowań o stwierdzenie nabycia spadku oraz zmniejszeniem obłożenia sądów sprawami sądowymi związanymi z dziedziczeniem przez tak dalekich krewnych. Przemilczenie propozycji modyfikacji porządku ustawowego w odniesieniu do rodzeństwa spadkodawcy nie oznacza, że w praktyce nie występują komplikacje praktyczne, które mogłyby zostać rozwiązane w drodze nowelizacji stosownych przepisów prawa spadkowego.

Inspirację do modyfikacji ustawowego porządku dziedziczenia znajdującego zastosowanie w razie braku zstępnych spadkodawcy mogą stanowić

¹³ Zob. uzasadnienie projektu ustawy z dnia 15 grudnia 2021 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, <https://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/12354503/katalog/12839209#12839209> [dostęp: 13.05.2022].

regulacje prawne funkcjonujące w niektórych państwach europejskich. Przed wskazaniem rozwiązań zagranicznych normujących ustawowy porządek dziedziczenia w odmienny sposób niż czyni to polskie prawo spadkowe należy zauważyć, iż w wielu państwach obowiązują unormowania zbliżone do art. 932 i art. 933 k.c. Jednakże po dostrzeżeniu niesłuszności dziedziczenia rodzeństwa spadkodawcy w zbiegu z jego małżonkiem celowe jest uczynienie wzmianki wyłącznie o tych rozwiązaniach zagranicznych, które odbiegają od polskich unormowań. Wśród nich uwagę zwracają regulacje obowiązujące w Finlandii, na mocy których cały spadek przypada małżonkowi zmarłego. Dopiero w dalszej kolejności (tj. gdy spadkodawca nie pozostawał w związku małżeńskim lub jego małżonek zmarł wcześniej) do dziedziczenia dochodzą rodzice zmarłego i jego rodzeństwo¹⁴. Podobnie obowiązujące w Austrii prawo spadkowe traktuje męża lub żonę spadkodawcy jako jedynego spadkobiercę. Co oznacza, że gdy zmarły nie pozostawił zstępnych, wówczas składniki majątkowe wchodzące w skład masy spadkowej dziedziczy wyłącznie żyjący małżonek spadkodawcy¹⁵. Z kolei ustawodawca węgierski zdecydował się na odmienne – w porównaniu do przedstawionych – ukształtowanie ustawowego porządku dziedziczenia: brak zstępnych spadkodawcy jest źródłem powołania do spadku małżonka zmarłego oraz jego rodziców. Jednakże węgierskie prawo spadkowe istotnie wzmocniło pozycję męża lub żony jako spadkobiercy ustawowego w stosunku do rodziców zmarłego. Wspomniane uprzywilejowanie wyraża się w przyznaniu małżonkowi spadkodawcy wyłącznych praw do zamieszkiwanej przez nich nieruchomości wraz z wyposażeniem i przedmiotami gospodarstwa domowego. Natomiast połowę z pozostałej części majątku dziedziczą rodzice zmarłego¹⁶.

Wnioski końcowe

Reasumując, właściwszym rozwiązaniem prawnym byłoby wyłączenie z kręgu spadkobierców ustawowych rodzeństwa spadkodawcy i ich zstępnych, którzy dziedziczą w zbiegu z małżonkiem zmarłego. Co oznacza, że wspomniana grupa spadkobierców oraz dalsi spadkobiercy ustawowi (tj. dziadkowie i ich zstępni, pasierbowie) byłiby powoływani do spadku dopiero w przypadku braku małżonka zmarłego. Trudno sobie wyobrazić, aby obecny stan prawny, kształtujący ustawowy porządek dziedziczenia w razie braku zstępnych,

¹⁴ Prawo spadkowe – Finlandia, <https://e-justice.europa.eu/166/PL/succession?FINLAND&member=1#tocHeader3> [dostęp: 10.04.2022].

¹⁵ Prawo spadkowe – Austria, <https://e-justice.europa.eu/166/PL/succession?AUSTRIA&member=1> [dostęp: 10.04.2022].

¹⁶ Prawo spadkowe – Węgry, <https://e-justice.europa.eu/166/PL/succession?HUNGARY&member=1> [dostęp: 10.04.2022].

stanowił realizację domniemanej woli zmarłego, gdyż spadkodawca nie chciałby pokrzywdzenia swojego małżonka poprzez przekazanie części majątku rodzeństwu, które nie przyczyniło się ani do jego powstania, ani jego powiększenia. Natomiast intencją spadkodawcy byłoby zagwarantowanie materialnego zabezpieczenia małżonkowi oraz rodzicom. Dopiero w przypadku braku męża zmarłej lub żony zmarłego byłoby zasadne powołanie do spadku z ustawy jego rodzeństwa i ich zstępnych.

Nie sposób nie zauważyć, iż aktualnie obowiązujące polskie prawo spadkowe w zakresie ustawowego porządku dziedziczenia premiuje rodzeństwo spadkodawcy i ich zstępnych kosztem małżonka zmarłego. Wobec tego nieposiadający zstępnych spadkodawca w celu zabezpieczenia żony lub męża przed niekorzystnymi konsekwencjami związanymi z powołaniem do spadku jego rodzeństwa i ich zstępnych powinien sporządzić testament. W przeciwnym razie jego małżonek zostanie pozbawiony części majątku, jak również może zostać narażony na borykanie się z problemami wynikającymi z ewentualnego braku porozumienia ze wspomnianymi grupami spadkobierców ustawowych.

Bibliografia

- Borkowski P., *Notarialne poświadczenie dziedziczenia*, Warszawa: C.H. Beck, 2011.
- Borysiak W., *Dziedziczenie ustawowe w świetle nowelizacji Kodeksu cywilnego*, „Przegląd Sądowy” 2011, nr 2, s. 39–68.
- Gniewek E., Machnikowski P., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa: C.H. Beck, 2021.
- Kaltenbek-Skarbek L., Żurek W., *Prawo spadkowe*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2016.
- Kordasiewicz B., *System Prawa Prywatnego*, t. 10: *Prawo spadkowe*, Warszawa: C.H. Beck, 2015.
- Gutowski M., *Kodeks cywilny. Komentarz do art. 627–1088*, Warszawa: C.H. Beck, 2022.
- Osajda K., Borysiak W., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Warszawa: C.H. Beck, 2021.
- Pazdan M., *Projektowane zmiany w unormowaniu dziedziczenia ustawowego*, „Rejent” 2008, nr 4, s. 9–21.
- Rzewuski M., *Dziedziczenie przyrodniego rodzeństwa spadkodawcy. Glosa do uchwały SN z dnia 14 października 2011 r., III CZP 49/11*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 11–12, s. 178–180.
- Rzewuski M., *Podpis spadkodawcy na testamencie własnoręcznym*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2014.
- Sylwestrzak A., *Spadkowe prawo – dziedziczenie ustawowe – porządek dziedziczenia, jeżeli jedno z rodziców spadkodawcy nie dożyło otwarcia spadku. Glosa do uchwały SN z dnia 14 października 2011 r., III CZP 49/11*, OSP 2012, nr 6, poz. 60.
- Witczak H., *Uprawnienia rodziców i dziadków w dziedziczeniu ustawowym w nowym stanie prawnym*, „Monitor Prawniczy” 2009, nr 11, s. 583–591.
- Wolak G., *Rodzeństwo przyrodnie jako spadkobiercy ustawowi*, „Monitor Prawniczy” 2013, nr 18, s. 994–999.

Abstract

The act as the title of appointing to inheritance the testator's siblings in the absence of his descendants – is it the right solution?

The aim of the article is to consider the rightness of the statutory inheritance by the testator's siblings in the absence of his descendants. Taking a position on the above issue requires referring to the motives that determine the classification of individual members of the deceased's family to the circle of statutory heirs. Undoubtedly, there is a close bond between siblings. However, the lack of impact of the death of a brother or sister on the financial situation of the siblings, as well as the lack of a direct or indirect contribution to the deceased's achievement of a certain financial status, argue in favor of depriving title of appointing to inheritance the testator's siblings in conjunction with his spouse. Only in the absence of a husband or wife of the testator, it would be rightness to appointing to inheritance the deceased's siblings. Legal regulations in force in other countries may be considered an inspiration and, at the same time, a valuable tip when modifying the inheritance law in this respect.

Key words: inheritance law, statutory order of succession, statutory heir

Streszczenie

Ustawa jako tytuł powołania do spadku rodzeństwa spadkodawcy w razie braku jego zstępnych – czy jest to słuszne rozwiązanie?

Celem artykułu jest rozważenie słuszności ustawowego dziedziczenia przez rodzeństwo spadkodawcy w razie braku jego zstępnych. Zajęcie stanowiska w powyższej kwestii wymaga odwołania się do motywów, które przesadzają o zaliczeniu poszczególnych członków rodziny zmarłego do kręgu spadkobierców ustawowych. Niewątpliwie pomiędzy rodzeństwem istnieje bliska więź, jednak brak wpływu śmierci brata lub siostry na sytuację materialną rodzeństwa, jak również brak bezpośredniego lub pośredniego wkładu w osiągnięcie przez zmarłego określonego stanu majątkowego przemawiają za pozbawieniem tytułu powołania do spadku rodzeństwa spadkodawcy w zbiegu z jego małżonkiem. Dopiero w razie braku męża albo żony spadkodawcy byłoby zasadne dziedziczenie przez rodzeństwo zmarłego. Za inspirację, a zarazem cenną wskazówkę przy modyfikacji prawa spadkowego w przedmiotowym zakresie mogą uchodzić regulacje prawne obowiązujące w innych państwach.

Słowa kluczowe: prawo spadkowe, ustawowy porządek dziedziczenia, spadkobierca ustawowy

Barbara Smuk

mgr lic., adwokat kościelny, WSPiA Rzeszowska Szkoła Wyższa
<https://orcid.org/0000-0002-6425-5155>
smuk.barbara@gmail.com

Wybrane aspekty odpowiedzialności cywilnej notariusza

Wprowadzenie

Z przepisów ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie wynika, iż notariusz wykonuje zawód zaufania publicznego. Według Marka Kolasińskiego notariat łańciski charakteryzuje się przeplataniem elementów publicznych oraz prywatnych, a także dążeniem do utrzymania prawidłowych relacji pomiędzy nimi¹. Współcześnie notariusz określany jest mianem funkcjonariusza publicznego, przedstawiciela wolnego zawodu, przedsiębiorcy oraz osoby zaufania publicznego.

Zdaniem Michała Modrzejewskiego notariusz jest osobą zaufania publicznego wyłącznie w zakresie czynności, których dokonuje. Z powyższego wynika zatem, iż notariusz podczas dokonywanych czynności nie powinien być uważany za osobę prywatną, ponieważ wykonuje on czynności z zakresu dokumentacji, które zostały mu powierzone przez państwo².

Założenie systemowe polegające na przyjęciu, iż notariusz w ramach praktyki notarialnej działa jako przedsiębiorca, a zarazem osoba zaufania publicznego prowadzi do pewnej nieścisłości systemowej ustawodawcy. W piśmiennictwie podkreśla się, że praktyka notarialna prowadzona przez przedsiębiorcę, który jest jednocześnie osobą zaufania publicznego, może prowadzić do zniszczenia oraz zdeprecjonowania pojęcia osoby zaufania publicznego, co skutkować może obniżeniem bezpieczeństwa prawnego, stałości oraz pewności w zakresie realizacji obowiązków, które zostały notariuszowi

¹ M.K. Kolasiński, *Odpowiedzialność cywilna notariusza*, Toruń: TNOK, 2005, s. 39.

² M. Modrzejewski, *Pozycja ustrojowa notariusza*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2008, nr 1, s. 25–38.

powierzone przez państwo³. Niemniej jednak notariusz, prowadząc kancelarię notarialną, utrzymuje się z dochodów, które ona generuje. Dlatego przyjąć należy, iż prowadzenie działalności gospodarczej przez notariusza nie definiuje ustroju współczesnego notariatu. Zdaniem Joanny Wiśniewskiej aktualna forma prowadzenia praktyki notarialnej określa wyłącznie granice samodzielności funkcjonowania notariusza, a także notariatu⁴.

Obowiązki związane ze statusem osoby zaufania publicznego nie ograniczają się wyłącznie do podejmowania ważnych w zakresie publicznym czynności zawodowych. Pojęcie zaufania publicznego wiąże się z koniecznością ochrony wartości i dóbr, które mają zasadnicze znaczenie dla osób korzystających z usług podmiotu prowadzącego szczególną działalność zawodową (notariusza). Na zaufanie publiczne składa się kilka elementów, a wśród nich wskazać można: należytą staranność zawodową, dobrą wolę osoby wykonującej zawód, przestrzeganie przez osobę wykonującą zawód określonych wartości oraz jej właściwą motywację⁵.

Ze statusem zawodu zaufania publicznego związane są także określone powinności o charakterze publicznym. Obowiązki notariusza polegają na zabezpieczeniu interesów stron, które przystępują do czynności notarialnej, a także poprawności jurydycznej dokonywanych przez się czynności⁶. Doniosła rola notariatu w systemie prawnym uzasadniona jest koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa oraz legalności obrotu prawnego. Istota czynności notarialnych, a zarazem ich doniosłe konsekwencje sprawiają, iż wykonywanie tego zawodu wiąże się ze szczególnym rodzajem odpowiedzialności, której notariusz podlega. Ustawodawca, w ustawie z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (dalej: *PrNot*)⁷, określił, iż notariusz ponosi odpowiedzialność dyscyplinarną, karną, podatkową oraz cywilną.

Podstawy odpowiedzialności cywilnej notariusza

Wydarzenia historyczne, zmiany społeczne, gospodarcze, a także prawne przyczyniły się do uformowania ostatecznego kształtu współczesnego samorządu

³ M.Z. Król, *Notariusz na rozdrożu, czyli o paradygmacie notariusza*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2006, nr 3, s. 31.

⁴ J. Wiśniewska, *Odpowiedzialność prawna notariusza – jako funkcjonariusza publicznego oraz osoby zaufania publicznego*, [w:] *Odpowiedzialność prawna funkcjonariuszy publicznych. Wybrane zagadnienia*, red. M. Giżyńska, D. Ossowska-Salamonowicz, F. Freitag, M. Malessa, K. Pawlikowski, Olsztyn 2017, s. 206–207.

⁵ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2019 r., sygn. akt: I ACa 194/19, LEX nr 3040483.

⁶ A. Oleszko, *Prawo o notariacie. Komentarz*, cz. 1, Warszawa: LexisNexis, 2011, komentarz do art. 2.

⁷ Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, tekst jedn. Dz. U. z 2020 r., poz. 1192.

notarialnego. Podkreślenia wymaga, iż przyznanie notariuszowi statusu osoby zaufania publicznego sprawiło, iż jednocześnie nałożone zostały na niego obowiązki o charakterze publicznym. Jak już wskazano, w ramach wykonywanej działalności notariusz działa jako funkcjonariusz publiczny. Czynności podejmowane przez notariusza są istotne dla funkcjonowania współczesnego państwa. Status notariusza, będącego gwarantem bezpieczeństwa obrotu prawnego, zbliżony jest zatem do pozycji organu realizującego szereg powinności o charakterze państwowym. Wskazać należy przy tym na szczególne wymogi stawiane kandydatom na notariusza, instytucję powołania na notariusza, obowiązek posługiwania się godłem w zakresie urzędowania, prowadzenie kancelarii na zasadach podobnych do urzędowania administracji publicznej. Status notariusza należy wywodzić także z rodzaju czynności, które są przez niego dokonywane. Czynności dokonywane przez notariusza posiadają walor czynności na równi z czynnościami dokonywanymi przez sąd, stanowią zatem przejaw jego urzędowego działania, które niewątpliwie ma na celu zapewnienie państwowej gwarancji bezpieczeństwa obrotu prawnego w zakresie czynności, które pozostają istotne zarówno z punktu widzenia obywateli, jak i całego społeczeństwa. W tym aspekcie należałoby rozważyć, czy wolnorynkowość – z uwagi na związek zawodu z mechanizmami aparatu państwa – nie powinna zostać zastąpiona rozwiązaniami, które byłyby zbliżone do urzędu sędziowskiego, prokuratorskiego, korpusu służby cywilnej.

W literaturze podkreśla się, iż na notariuszu ciąży odpowiedzialność uzasadniona faktem, iż powinien on przyczyniać się do regulowania stosunków gospodarczych, jak i społecznych⁸. Określone kategorie czynności dla swojej ważności wymagają ich udokumentowania w formie notarialnej. Konsekwencją przyjęcia, iż notariusz jest osobą zaufania publicznego, pozostaje fakt, iż sporządzane przez niego dokumenty posiadają charakter dokumentów urzędowych. Ścisły związek notariatu z działalnością państwa, a w szczególności jego status, rola oraz funkcje sprawiają, iż osoby, które pretendują do wykonywania tego zawodu, powinny posiadać kompetencje pozwalające na uznanie, iż osoba ta będzie wykonywać zawód z należytym zaangażowaniem i starannością.

Zgodnie z art. 49 PrNot notariusz ponosi odpowiedzialność na zasadach określonych w kodeksie cywilnym za szkody wyrządzone podczas dokonywania czynności notarialnych przy uwzględnieniu staranności, do której jest zobowiązany w trakcie ich wykonywania. Przywołany przepis nie precyzuje, któremu z dwóch reżimów odpowiedzialności cywilnoprawnej (*ex delicto* lub *ex contractu*) podlega notariusz, który dopuścił się wyrządzenia szkody. Zarówno w przypadku odpowiedzialności *ex delicto*, jak i *ex contractu*, istotna pozostaje

⁸ Z. Jabłoński, *Aktualne zadania polskiego notariatu*, „Rejent” 1993, nr 5, s. 66–71.

zasada odpowiedzialności: na zasadzie ryzyka, na zasadzie winy, na zasadzie słuszności⁹.

Należy podzielić pogląd wyrażony m.in. przez Aleksandra Oleszko oraz Andrzeja Wąsiewicza¹⁰, iż notariusz podlega reżimowi odpowiedzialności deliktowej. Pogląd ten podziela także Biruta Lewaszkiewicz-Petrykowska, która wskazuje, iż odpowiedzialność notariusza oparta jest na art. 415 k.c., podkreślając przy tym, iż podstawowe obowiązki notariusza wynikają z zasad porządku prawnego, a zatem wiążą go zarówno względem klienta, jak też osoby trzeciej¹¹. Przyjęcie, iż notariusz podlega odpowiedzialności kontraktowej, zakładałoby, że pomiędzy notariuszem a stroną istnieje umowa, która stanowi źródło powstałego zobowiązania. Zbigniew Basak uważa jednak, iż uzasadnienia dla przyjęcia odpowiedzialności kontraktowej, upatrywać należy w założeniu, iż notariat posiada charakter usługowy, a sam notariusz jest osobą, która powołana została do dokonywania czynności, które muszą posiadać formę notarialną lub którym strony chcą nadać taką formę¹². Obowiązki notariusza zostały określone wprost przez ustawodawcę, a ściśle powiązanie dokonywanych przez notariusza czynności z działalnością państwa w zasadzie uniemożliwia przyjęcie, iż działalność notarialna posiada charakter „usługowy”. Zaprezentowany pogląd zdaje się pomijać państwowy oraz publiczny aspekt działalności notarialnej.

Odpowiedzialność ex delicto i ex contractu

Jak wskazano, zwolennicy koncepcji dotyczącej przyjęcia, iż notariusz ponosi odpowiedzialność *ex contractu*, argumentują, iż pomiędzy stroną a notariuszem dochodzi do zawarcia umowy o dokonanie czynności notarialnej. W art. 5 § 1 PrNot wskazano, iż notariuszowi za dokonanie czynności notarialnych przysługuje wynagrodzenie określone na podstawie umowy ze stronami czynności, nie wyższe niż maksymalne stawki taksy notarialnej właściwe dla danej czynności. Przyjęcie, iż notariusz podlega odpowiedzialności *ex contractu* wymaga zatem wykazania, iż pomiędzy notariuszem a klientem zawarta została umowa, której przedmiotem jest właśnie dokonanie czynności notarialnej. Zakładając, iż podstawą stosunku zobowiązaniowego pomiędzy notariuszem a stroną jest umowa,

⁹ A. Rataj, A. Szereda, *Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1–78d Prawa o notariacie*, Warszawa: C.H. Beck, 2019, komentarz do art. 49.

¹⁰ A. Oleszko, *Podstawy odpowiedzialności cywilnej notariusza*, „Rejent” 1992, nr 7–8, s. 28–42; A. Wąsiewicz, *Odpowiedzialność cywilna notariuszy i jej ubezpieczenie*, [w:] *Księga pamiątkowa. I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, red. A. Oleszko, R. Sztyk, Poznań–Kluczbork [s.n.], 1994, s. 301–317.

¹¹ B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *Uwagi o zasadach rządzących cywilną odpowiedzialnością notariusza*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 2, s. 16.

¹² Z. Basak, *Z zagadnień odpowiedzialności cywilnej notariuszy*, „Rejent” 1992, nr 7–8, s. 43–57.

notariusz odpowiada za szkodę w przypadku niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania. W piśmiennictwie, wskazuje się, iż notariusz w omawianym kontekście działa jako organ obsługi prawnej. Podkreślenia wymaga zatem, iż w omawianej sytuacji odpowiedzialność notariusza wynika wprost z zawartej umowy. Należy jednak zauważyć, iż obowiązujące regulacje prawne nie przewidują formy, jak również charakteru umowy o dokonanie czynności notarialnej, która powinna być, zgodnie z brzmieniem cytowanego przepisu zawarta pomiędzy notariuszem a stroną. Zdaniem Aleksandra Oleszko obowiązek dokonania czynności notarialnej wynika bezpośrednio z ustawy, zatem nie może być konsekwencją poprzednio zawartej umowy. Tym samym, nie można przypisać notariuszowi odpowiedzialności *ex contractu*¹³.

W wyroku Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 marca 2019 r., sygn. akt: I C 365/16, dostrzeżono jednak, iż w relacji zachodzącej pomiędzy klientem a notariuszem zachodzą określone elementy, które są charakterystyczne dla umów. Mowa tutaj przede wszystkim o dowolności w zakresie wyboru notariusza wysokości opłaty. Niemniej jednak obowiązek sporządzenia aktu notarialnego nie posiada charakteru dobrowolnego, gdyż notariusz co do zasady nie może odmówić jego sporządzenia¹⁴. W przypadku przyjęcia, iż notariusz ponosi odpowiedzialność kontraktową, w pewnych sytuacjach mogłoby dojść do ograniczenia bądź nawet wyłączenia odpowiedzialności notariusza, co nie znajduje żadnego uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawnych¹⁵. W orzecznictwie zgodnie podnosi się zatem, że notariusz odpowiada za szkodę (art. 415 kodeksu cywilnego – dalej k.c.¹⁶), która została wyrządzona w sposób zawiniony, podczas dokonywania czynności notarialnej, na skutek niezachowania przez samego notariusza należytej staranności¹⁷.

¹³ A. Oleszko, *Podstawy odpowiedzialności cywilnej...*, s. 28–42.

¹⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19.03.2019 r., sygn. akt: I C 365/16, LEX nr 2669125.

¹⁵ W wyroku Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 5 lutego 2004 r., sygn. akt: III CK 271/02, Legalis nr 66913, wskazano, iż „[...] podstawą określonej w art. 49 ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. Prawo o notariacie, odpowiedzialności notariusza zarówno wobec jego klientów, jak i wobec osób trzecich jest przepis art. 415 k.c., a zatem jest to odpowiedzialność deliktowa. Odpowiedzialność notariusza zarówno wobec klientów, jak i wobec osób trzecich za wyrządzoną im szkodę przy wykonywaniu czynności notarialnych opiera się na art. 415 k.c. Przy takiej podstawie odpowiedzialności, notariusz odpowiada wobec klientów także wówczas, gdy sporządził umowę zgodnie z ich życzeniem, choć w świetle art. 81 ustawy o notariacie powinien był odmówić jej sporządzenia jako sprzecznej z prawem. Przyjęcie kontraktowej odpowiedzialności notariusza, mogłoby w takiej sytuacji prowadzić do znacznego ograniczenia a nawet wyłączenia odpowiedzialności notariusza wobec stron czynności, co nie znajduje uzasadnienia w ustawie”.

¹⁶ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, tekst jedn. Dz. U. z 2021 r. poz. 1509.

¹⁷ Tak m.in. w: wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28.06.2019 r., sygn. akt: IV CSK 224/18, LEX nr 2688433, wyroku Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 22.03.2019 r., sygn. akt: I CSK 89/18, LEX nr 2639466.

Notariusz ponosi odpowiedzialność za szkodę osób trzecich oraz stron, która wyrządzona została podczas dokonywania przez niego czynności notarialnej, w szczególności gdy nie dochował on należytej staranności, a przede wszystkim działał w sposób zawiniony¹⁸. Zgodnie bowiem z art. 415 k.c. osoba, która wyrządziła szkodę innej osobie, jest zobowiązana do jej naprawienia. Podkreślenia wymaga, iż odpowiedzialność cywilnoprawna notariusza wiąże się z jego urzędową działalnością oraz statusem notariusza będącego funkcjonariuszem publicznym¹⁹.

Szkoda a odpowiedzialność cywilnoprawna notariusza

W literaturze szkodę określa się jako uszczerbek w interesach prawnie chronionych poszkodowanego. Jej ustalenie wymaga porównania stanu dóbr istniejących ze stanem dóbr, który powstał na skutek określonego zdarzenia uzasadniającego wystąpienie odpowiedzialności odszkodowawczej²⁰. Szkodę definiuje się także jako uszczerbek, który wystąpił w interesach bądź prawnie chronionych dobrach poszkodowanego²¹. Zdaniem Fryderyka Zolla ustalenie wystąpienia szkody majątkowej oraz jej wysokości wymaga porównania stanu majątkowego poszkodowanego ze stanem, który istniałby, gdyby szkody nie wywołano²². W prawie prywatnym rozróżnia się szkodę majątkową oraz niemajątkową. Szkodę majątkową można wyrazić w pieniądzu, tym samym naruszenie określonego dobra prawnego prowadzi do naruszenia interesów majątkowych poszkodowanego²³. Przypisanie notariuszowi odpowiedzialności cywilnoprawnej możliwe jest w sytuacji, w której strona czynności notarialnej poniesie szkodę w znaczeniu materialnym, a zatem w formie uszczerbku majątkowego. Szkoda dotyczy zarówno utraconych korzyści, jak i straty rzeczywistej. Musi zostać wyrządzona w związku z nienależytym wykonaniem czynności notarialnej lub jej niedokonaniem – pomiędzy szkodą a działalnością notariusza musi istnieć związek przyczynowo-skutkowy. Związek ten stanowi kategorię obiektywną, a zatem jego istnienie bada się w konkretnych okolicznościach danej sprawy.

¹⁸ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 28 czerwca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 224/18, LEGALIS nr 1962907; Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu – I Wydział Cywilny z dnia 6 grudnia 2017 r., sygn. akt: I ACa 1282/17, LEGALIS nr 1785973, Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 14 czerwca 2017 r., sygn. akt: IV CSK 104/17, Legalis nr 1682086; Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 2 października 2015 r., sygn. akt: II CSK 734/14, Legalis nr 1352515.

¹⁹ A. Rataj, A. Szereda, *op. cit.*, komentarz do art. 49.

²⁰ T. Dybowski, [w:] *System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1: *Prawo zobowiązań. Część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław: Ossolineum, 1981, s. 214.

²¹ W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2009, s. 85.

²² F. Zoll, *Zobowiązania w zarysie*, Warszawa: Gebethner i Wolff, 1948, s. 121.

²³ M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa: C.H. Beck, 2014, s. 212.

Odpowiedzialność notariusza posiada zatem charakter sprawczy, nie można jej wyłączyć ani ograniczyć. Obowiązek notariusza w zakresie dokonania czynności notarialnej powstaje na podstawie art. 91 PrNot, zgodnie z którym notariusz sporządza akt notarialny, gdy wymaga tego przepis prawa lub gdy taka jest wola stron. Z cytowanego przepisu wynika, iż obowiązek sporządzenia aktu notarialnego nie wynika z umowy o dokonanie określonej czynności notarialnej, a z obowiązku sporządzenia czynności notarialnej. Wymóg dotyczący powinności sporządzenia określonej czynności z zachowaniem formy notarialnej nazywany jest przymusem notarialnym²⁴. Cytowany przepis posiada charakter bezwzględnie obowiązujący. Z powyższych rozważań wynika zatem, iż strony, nie mogą w drodze umowy, uchylić się od obowiązku dokonania czynności w formie notarialnej, a notariusz nie może wykonać czynności, która byłaby sprzeczna z obowiązującym prawem²⁵.

Szczególna staranność a odpowiedzialność notariusza

Notariusz, świadcząc usługi prawne na rzecz klientów, powinien rozważyć interesy wszystkich stron przystępujących do czynności notarialnej, bowiem zgodnie z art. 80 § 2 PrNot przy dokonywaniu czynności notarialnych notariusz jest obowiązany czuwać nad należyтым zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może powodować skutki prawne. Kształtowanie odpowiedzialności odszkodowawczej notariusza zależy od kilku czynników, które wpływają na końcową ocenę zachowania notariusza. Po pierwsze, od notariusza wymaga się zachowania wysokiej staranności w zakresie sporządzanych przez niego czynności, po drugie – zachowanie notariusza podlegające ocenie winno zostać uznane za zawinione, po trzecie zaś, charakter dokonywanych przez notariusza czynności, uzasadnia konieczność eliminowania ewentualnych uchybień w zakresie zawodowego charakteru działalności wykonywanej przez notariusza. Obowiązek notariusza w zakresie czuwania nad zabezpieczeniem praw oraz słusznym interesów stron przejawia się szczególnie w konieczności pouczenia stron o konsekwencjach dokonywanej czynności notarialnej. Powinność notariusza w omawianym zakresie, oddają istotę jego roli w obecnym systemie prawnym.

Brak należytej staranności notariusza może skutkować przypisaniem mu odpowiedzialności odszkodowawczej. Odpowiedzialność cywilnoprawna notariusza, kształtują się na zasadzie winy nieumyślnej w postaci niedbalstwa i lekkomyślności oraz winy umyślnej. Stopień staranności notariusza różni się

²⁴ W. Boć, *Status prawny notariusza*, Łódź: Kolonia Limited, 2010, s. 131.

²⁵ Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 12 czerwca 2002 r., sygn. akt: III CKN 694/00, Legalis nr 55861.

od staranności laika przede wszystkim odmiennością modelu, którym jest ona mierzona²⁶. Od notariusza wymagana jest staranność, uzasadniona jego kwalifikacjami, wykształceniem, przygotowaniem zawodowym²⁷. Niemniej jednak kryterium szczególnej staranności winna wyznaczać notariuszowi dyspozycja zawarta w art. 80 § 2 i § 3 PrNot. Notariusz sprawuje jurysdykcję zapobiegawczą. W trakcie dokonywania czynności powinien przede wszystkim, kierować się wolą stron, o ile ta jest zgodna i nie zmierza do obejścia prawa. Notariusz, świadcząc usługi prawne na rzecz klientów, powinien rozważyć interesy wszystkich stron przystępujących do czynności notarialnej, bowiem przy dokonywaniu czynności notarialnych notariusz jest obowiązany czuwać nad należytym zabezpieczeniem praw i słusznym interesów stron oraz innych osób, dla których czynność ta może powodować skutki prawne. Z art. 81 PrNot wynika zasada legalizmu. Notariusz jest organem prewencyjnym, zatem gdyby czynność notarialna była sprzeczna z prawem, notariusz ma prawo odmówić jej sporządzenia. Jak podkreśla się w literaturze, owa sprzeczność odnosi się przede wszystkim do czynności prawnej, którą czynność notarialna dokumentuje²⁸.

Wnioski końcowe

Odpowiedzialność cywilna notariusza związana jest z posiadaniem przez niego szczególnego statusu prawnego. Czynności dokonywane przez notariusza posiadają doniosłe skutki prawne. Notariusz stanowi gwarant bezpieczeństwa obrotu prawnego i to na nim spoczywa obowiązek rozważenia interesów stron przystępujących do czynności. W obowiązującym stanie prawnym, notariusz jest organem ochrony prawnej. Charakter obowiązków nałożonych na notariusza sprawia, iż trudno jednoznacznie przesądzić o pozycji ustrojowej współczesnego notariatu. Z jednej strony, uregulowania dotyczące statusu notariusza, wskazują na jego ściśle powiązanie z aparatem państwowym, z drugiej zaś, notariusz prowadzi własną kancelarię i wykonuje zawód indywidualnie. Należy zatem stwierdzić, iż współczesny notariat stanowi swoistą hybrydę, bowiem łączy w sobie elementy publicznoprawne oraz prywatnoprawne. Charakter powinności nałożonych na notariusza, wiąże się z koniecznością zapewnienia bezpieczeństwa obrotu prawnego. Notariusz, dokonując czynności notarialnych, powinien czynić to z najwyższą starannością. Niedochowanie powyższego obowiązku może doprowadzić do odpowiedzialności cywilnej notariusza. Jak wykazano, w literaturze przedmiotu istnieje spór co do wyboru reżimu

²⁶ M. Sośniak, *Należyta staranność*, Katowice: WUŚ, 1980, s. 189–190.

²⁷ *Idem*, *Cywilnoprawna ocena staranności zawodowej*, „Nowe Prawo” 1980, nr 2, s. 21–23.

²⁸ J. Masiubiański, *Kilka uwag w sprawie zażalenia na odmowę dokonania czynności notarialnej oraz dopuszczalności skargi kasacyjnej w tej sprawie*, „Rejent” 2013, nr 3, s. 84.

przypisywanej notariuszowi odpowiedzialności. Przychylić należy się jednak do stwierdzenia, iż odpowiedzialność notariusza za szkodę ma charakter odpowiedzialności deliktowej. Przyjęcie odpowiedzialności kontraktowej możliwe byłoby dopiero wówczas, gdyby pomiędzy notariuszem a stroną zawierana była umowa, której przedmiotem byłoby dokonanie określonej czynności notarialnej. W obowiązujących regulacjach prawnych nie przewidziano jednak takiej możliwości, gdyż większość czynności dokonywanych przed notariuszem dla swojej ważności wymaga formy aktu notarialnego. Przymus notarialny, sprawia zatem, iż strony nie mają dowolności w zakresie wyboru formy dokonania określonej czynności.

Z zakresem odpowiedzialności cywilnoprawnej notariusza związana pozostaje kwestia należytej staranności osoby pełniącej tę funkcję. Kwalifikowany charakter działalności notariusza sprawia, iż powinności nałożone na notariusza przez obowiązujące przepisy prawa wymagają od niego każdorazowo staranności zawodowej. Brak staranności zawodowej może skutkować odpowiedzialnością odszkodowawczą notariusza. Stosownie do art. 415 k.c. należy podkreślić, iż nawet lekkie zaniedbanie może prowadzić do odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym. Podkreślić należy, iż postępowanie notariusza jawi się jako bezprawne w sytuacji, w której pozostaje ono w sprzeczności z przepisami ustawy PrNot.

Bibliografia

- Basak Z., *Z zagadnień odpowiedzialności cywilnej notariuszy*, „Rejent” 1992, nr 7–8, s. 43–57.
- Boć W., *Status prawny notariusza*, Łódź: Kolonia Limited, 2010.
- Czachórski W., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa: Wolters Kluwer, 2009.
- Jabłoński Z., *Aktualne zadania polskiego notariatu*, „Rejent” 1993, nr 5, s. 66–71.
- Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa: C.H. Beck, 2014.
- Kolasiński M.K., *Odpowiedzialność cywilna notariusza*, Toruń: TNOK, 2005.
- Król M.Z., *Notariusz na rozdrożu, czyli o paradygmacie notariusza*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2006, nr 3, s. 31–32.
- Lewaszewicz-Petrykowska B., *Uwagi o zasadach rządzących cywilną odpowiedzialnością notariusza*, „Przegląd Sądowy” 1995, nr 2, s. 17–25.
- Masiubiński J., *Kilka uwag w sprawie zażalenia na odmowę dokonania czynności notarialnej oraz dopuszczalności skargi kasacyjnej w tej sprawie*, „Rejent” 2013, nr 3, s. 19.
- Modrzejewski M., *Pozycja ustrojowa notariusza*, „Nowy Przegląd Notarialny” 2008, nr 1, s. 25–38.
- Oleszko A., *Podstawy odpowiedzialności cywilnej notariusza*, Rejent 1992, nr 7–8, s. 28–42.
- Oleszko A., *Prawo o notariacie. Komentarz*, cz. 1, Warszawa: LexisNexis, 2011.
- Rataj A., Szereda A., *Ustrój notariatu. Komentarz do art. 1–78d Prawa o notariacie*, Warszawa: C.H. Beck, 2019.

- Sośniak M., *Cywilnoprawna ocena staranności zawodowej*, „Nowe Prawo” 1980, nr 2, s. 21–23.
- Sośniak M., *Należyta staranność*, Katowice: WUŚ, 1980.
- System prawa cywilnego*, t. III, cz. 1: *Prawo zobowiązań. Część ogólna*, red. Z. Radwański, Wrocław: Ossolineum, 1981.
- Wąsiewicz A., *Odpowiedzialność cywilna notariuszy i jej ubezpieczenie*, [w:] *Księga pamiątkowa. I Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej*, red. A. Oleszko, R. Szytyk, Poznań–Kluczbork [s.n.], 1994, s. 301–317.
- Wiśniewska J., *Odpowiedzialność prawna notariusza – jako funkcjonariusza publicznego oraz osoby zaufania publicznego*, [w:] *Odpowiedzialność prawna funkcjonariuszy publicznych. Wybrane zagadnienia*, red. M. Giżyńska, D. Ossowska-Salamonowicz, F. Freitag, M. Malessa, K. Pawikowski, Olsztyn: UMK, 2017.
- Zoll F., *Zobowiązania w zarysie*, Warszawa: Gebethner i Wolff, 1948.

Akty prawne

- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 1509.
- Ustawa z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie, tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 192.

Orzecznictwo

- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Poznaniu z dnia 9 kwietnia 2002 r., sygn. akt: I ACa 1317/01.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 4 grudnia 2019 r., sygn. akt: I ACa 194/19, LEX nr 3040483.
- Wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu – I Wydział Cywilny z dnia 6 grudnia 2017 r., sygn. akt: I ACa 1282/17, Legalis nr 1785973.
- Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 12 czerwca 2002 r., sygn. akt: III CKN 694/00, Legalis nr 55861.
- Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 5 lutego 2004 r., sygn. akt: III CK 271/02, Legalis nr 66913.
- Wyrok Sądu Najwyższego z 14 stycznia 2005 r., sygn. akt: III CK 193/2004, LexPolonica nr 385196, OSP 2006, nr 7–8, poz. 89.
- Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 2 października 2015 r., sygn. akt: II CSK 734/14, Legalis nr 1352515.
- Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 14 czerwca 2017 r., sygn. akt: IV CSK 104/17, Legalis nr 168208.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 22 marca 2019 r., sygn. akt: I CSK 89/18, LEX nr 2639466.
- Wyrok Sądu Najwyższego – Izba Cywilna z dnia 28 czerwca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 224/18, Legalis nr 1962907.
- Wyrok Sądu Najwyższego z dnia 28 czerwca 2019 r., sygn. akt: IV CSK 224/18, LEX nr 2688433.
- Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 19 marca 2019 r., sygn. akt: I C 365/16, LEX nr 2669125.

Abstract

Selected aspects of civil liability of a notary

This article deals with selected issues related to the issues of civil liability of a notary public in the light of the Act of February 14, 1991 – Law on Notaries. The article presents selected aspects of a notary's liability in tort. The considerations presented in the article also concern the legal status of modern notaries and the obligations imposed on notaries and related to their professional duties. The entire article was enriched with the literature on the subject and contemporary jurisprudence.

Key words: notary public, tort liability, damage

Streszczenie

Wybrane aspekty odpowiedzialności cywilnej notariusza

Niniejszy artykuł porusza wybrane kwestie związane z problematyką odpowiedzialności cywilnoprawnej notariusza w świetle ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie. Przedstawiono tu część zagadnień związanych z odpowiedzialnością deliktową notariusza. Rozważania prezentowane w artykule dotyczą także statusu prawnego współczesnego notariatu oraz powinności nałożonych na notariusza, a związanych z jego obowiązkami zawodowymi. Całość artykułu wzbogacona została o literaturę przedmiotu oraz współczesne orzecznictwo.

Słowa kluczowe: notariusz, odpowiedzialność deliktowa, szkoda

Bartosz Zych

mgr, Krakowska Akademia im. Andrzej Frycza Modrzewskiego

<https://orcid.org/0000-0003-1708-6704>

bartosz.k.zych@gmail.com

Prawne przesłanki przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży w wybranych krajach – problem aborcji „na żądanie” (na tle prawnoporównawczym). Część I¹: Polska i Czechy

Wprowadzenie

Przepisy dotyczące prawa do przerywania ciąży w Polsce ulegały wielu zmianom, których efektem jest obowiązująca obecnie ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (dalej: u.p.r.o.p.)². Przewiduje ona, od 27 stycznia 2021 roku, możliwość przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży, jeżeli spełniona zostanie jedna z dwóch przesłanek: medyczna lub kryminalna.

Polskie prawo aborcyjne, które jest jednym z najbardziej restrykcyjnych w Europie, nie dopuszcza możliwości przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży „na żądanie” kobiety i tym samym znacznie różni się od ustawodawstwa krajów sąsiadujących z Polską (np. Czech), które takie rozwiązanie w początkowym okresie trwania ciąży dopuszczają.

W niniejszej (pierwszej) części artykułu zbadane zostały przepisy dotyczące prawa do przerywania ciąży w Polsce i w Czechach, przy postawieniu tezy, że dopuszczenie aborcji „na żądanie” jest zasadniejsze niż rozwiązanie przeciwnie oraz że w Polsce należy uznać prawo kobiety do przerwania ciąży „na żądanie” w początkowym okresie jej trwania, przyjmując model czeski. W drugiej części artykułu, w celu uzyskania szerszego poglądu na poruszony

¹ Niniejszy artykuł stanowi pierwszą z dwóch części opracowania poświęconego problemowi przerywania ciąży na tle prawnoporównawczym.

² Dz.U. z 1993 r., nr 17, poz. 78 ze zm.

temat, przeanalizowano przepisy dotyczące wskazanego problemu w innych krajach sąsiadujących z Polską.

Przepisy dotyczące prawa do przerywania ciąży w Polsce

Ustawa z dnia 27 kwietnia 1956 r. o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (dalej: u.w.d.p.c.)³ przez blisko trzydzieści siedem lat, w art. 1, dopuszczała możliwość przeprowadzenia aborcji ze względu na: wskazania lekarskie (ust. 1 pkt 1 lit. a); trudne warunki życiowe kobiety ciężarnej (ust. 1 pkt 1 lit. b); sytuację, w której zachodziło uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku przestępstwa (ust. 1 pkt 2). W ust. 2 ograniczono jednak możliwość przeprowadzenia zabiegu przerywania ciąży motywowanego przesłankami przewidzianymi w ust. 1 pkt 1 lit. b) oraz ust. 1 pkt 2 w przypadku wystąpienia przeciwwskazań lekarskich.

Przepis ust. 1 pkt 1 lit. b) u.w.d.p.c. dopuszczał przerwanie ciąży właściwie w dowolnej sytuacji. Oświadczenie kobiety o jej ciężkich warunkach życiowych nie było bowiem w żaden sposób weryfikowane⁴.

U.w.d.p.c. zastąpiona została obowiązującą do teraz u.p.r.o.p., która od momentu jej ogłoszenia uległa licznym zmianom. W jej pierwotnej wersji nie zawarto bezpośrednich przesłanek dopuszczających aborcję, odsyłała ona jednak do kodeksu karnego z dnia 19 kwietnia 1969 r.⁵, dodając w nim art. 149a § 1, który stanowił: „Kto powoduje śmierć dziecka poczętego, podlega karze pozbawienia wolności do lat 2”, oraz wyłączający odpowiedzialność karną, czyli *de facto* formułujący przesłanki dopuszczające przerwanie ciąży § 3, zgodnie z którym karze przewidzianej w § 1 nie podlegał, kto dokonał przerywania ciąży w przypadku gdy: ciąża stanowiła zagrożenie dla życia lub poważne zagrożenie dla zdrowia matki; gdy śmierć dziecka poczętego nastąpiła wskutek działań podjętych dla ratowania życia matki albo dla przeciwdziałania poważnemu uszczerbkowi na zdrowiu matki; badania prenatalne wskazały na ciężkie i nieodwracalne uszkodzenie płodu; zachodziło uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego⁶.

Po zaledwie trzech latach ustawą z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw (dalej: u.z.u.p.r.)⁷

³ Dz.U. z 1956 r., nr 12, poz. 61.

⁴ K. Wiak, *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*, Lublin: Redakcja Wydawnictw KUL, 2001, s. 68, 70.

⁵ Dz.U. z 1969 r., nr 13, poz. 94.

⁶ Dz.U. z 1993 r., nr 17, poz. 78.

⁷ Dz.U. z 1996 r., nr 139, poz. 646.

wykreślono z kodeksu karnego w całości art. 149a, natomiast w u.p.r.o.p. dodano między innymi art. 4a ust. 1 stanowiący: „przerwanie ciąży może być dokonane wyłącznie przez lekarza, w przypadku gdy: 1) ciąża stanowi zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety ciężarnej, 2) badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na duże prawdopodobieństwo ciężkiego i nieodwracalnego upośledzenia płodu albo nieuleczalnej choroby zagrażającej jego życiu, 3) zachodzi uzasadnione podejrzenie, że ciąża powstała w wyniku czynu zabronionego, 4) kobieta ciężarna znajduje się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej”.

W wyniku wprowadzenia do polskiego prawa aborcyjnego społecznej przesłanki przerywania ciąży (art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r.o.p.) przepisy regulujące przerywanie ciąży zostały w znacznym stopniu zliberalizowane.

Jednak w 1997 r., po niespełna roku obowiązywania zmienionych przepisów, Trybunał Konstytucyjny orzekł o niezgodności art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r.o.p. z Konstytucją Rzeczypospolitej Polskiej ze względu na to, że jak wskazano: „legalizuje przerwanie ciąży bez dostatecznego usprawiedliwienia koniecznością ochrony innej wartości, prawa lub wolności konstytucyjnej oraz posługuje się nieokreślonymi kryteriami tej legalizacji, naruszając w ten sposób gwarancje konstytucyjne dla życia ludzkiego”⁸. W następstwie powyższego, za sprawą Obwieszczenia Prezesa TK⁹, moc obowiązywania stracił między innymi art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r.o.p.

Prawo aborcyjne w opisanej wyżej formie obowiązywało w Polsce przez ponad dwadzieścia trzy lata, do chwili, gdy TK dnia 22 października 2020 r. orzekł o niezgodności art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.o.p. z art. 38 w związku z art. 30 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej¹⁰. W związku z tym dnia 27 stycznia 2021 r., po ogłoszeniu wskazanego wyroku, przesłanka embriopatologiczna została usunięta z u.p.r.o.p.

Kontrowersje dotyczące prawa do przerywania ciąży w Polsce

Trudnym do zrozumienia w polskim prawie aborcyjnym jest brak możliwości przerwania ciąży „na żądanie” kobiety, pomimo że z art. 47 Konstytucji

⁸ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96, <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/k-26-96-orzeczenie-trybunalu-konstytucyjnego-520122839> [dostęp: 23.04.2022].

⁹ Obwieszczenie Prezesa Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 grudnia 1997 r. o utracie mocy obowiązującej art. 1 pkt 2, art. 1 pkt 5, art. 2 pkt 2, art. 3 pkt 1 i art. 3 pkt 4 ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw, Dz.U. nr 157, poz. 1040.

¹⁰ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r., ogłoszony dnia 27 stycznia 2021 r., sygn. akt K 1/20, <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/k-1-20-wyrok-trybunalu-konstytucyjnego-523165093> [dostęp: 23.04.2022].

Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (dalej: k.r.p.)¹¹ wynika prawo kobiety do decydowania o swoim życiu osobistym, a ograniczenie tego prawa, czyli zmuszanie kobiety do donoszenia ciąży, narusza art. 40 k.r.p., który stanowi, że: „nikt nie może być poddany torturom ani okrutnemu, nie-ludzkemu lub poniżającemu traktowaniu [...]”.

Warto zauważyć za Miłą Kwapiszewską, że: „[...] dysponowanie własnym ciałem jest jedną z podstawowych swobód w dysponowaniu samym sobą. A ponieważ ciąża to proces, który zachodzi w ciele kobiety, ma ona decydujący wpływ na swe życie [...] dlatego też, pozbawienie kobiety możliwości decydowania o ciąży to naruszenie jej prawa o decydowaniu o samej sobie”¹².

Odmienny pogląd wyraziła Krystyna Daszkiewicz, oceniając, że przerwanie ciąży powinno być traktowane jak zabójstwo od momentu, gdy płód zdolny jest do życia poza organizmem kobiety¹³, zaś przeciwnicy aborcji o poglądach konserwatywnych uważają, że aborcja jest w zasadzie zabójstwem i nie dopuszczają możliwości przerwania ciąży, uznając, że płód już od momentu poczęcia objęty jest prawem do ochrony życia¹⁴.

Warto w tym miejscu przytoczyć słowa Johna Stuarta Milla, który w połowie XIX w. pisał: „każdy jest odpowiedzialny przed społeczeństwem jedynie za tę część swego postępowania, która dotyczy innych”¹⁵. Nasuwa to oczywisty wniosek, że do decydowania o utrzymaniu lub usunięciu ciąży uprawniona powinna być jedynie kobieta. Tomasz Pietrzykowski dodaje: „[...] gotowość przedkładania dobra innych nad swoje własne interesy, musi stanowić sferę indywidualnego sumienia człowieka oraz jego samodzielnego, swobodnego dążenia do realizacji w swoim życiu uznawanych przez niego wartości i ideałów moralnych”¹⁶.

¹¹ Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483.

¹² M. Kwapiszewska, *Bioetyka wobec poczęcia. Dylematy społeczno-etyczne ludzkiej prokreacji*, Piła: Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Stanisława Staszica w Pile, 2013, s. 81.

¹³ K. Daszkiewicz, *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa: C.H. Beck, 2000, s. 226.

¹⁴ D. Ślęczek-Czakon, *Problem wartości i jakości życia w sporach bioetycznych*, Katowice: Wydawnictwo Uniwersytetu Śląskiego, 2004, s. 94.

¹⁵ J.S. Mill, *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa: Państwowe Wydawnictwo Naukowe, 1959, s. 129.

¹⁶ T. Pietrzykowski, *Etyczne problemy prawa*, Warszawa: Lexis Nexis, 2011, s. 138. Warto zwrócić uwagę na hipotetyczny przykład „wirtuoza skrzypiec” Judith Jarvis Thomson, ukazujący, że fakt połączenia kobiety i *nasciturusa* nie obliguje jej do degradacji wartości swojego życia na rzecz życia płodu. Thomson zadaje pytanie, czy gdyby połączono nas za pomocą jakiejś aparatury z innym człowiekiem (w tym przypadku wirtuozem muzycznym) na dziewięć miesięcy, bez pytania nas o zgodę, jedynie dlatego, że ten niecodzienny zabieg pomoże wspomnianemu człowiekowi przeżyć, to czy mielibyśmy moralny obowiązek pogodzić się z zaistniałą sytuacją oraz czy mamy moralne prawo sprzeciwić się takiemu procederowi; J.J. Thomson, *In Defence of Abortion*, „Philosophy and Public Affairs” 1971, vol. 1, no. 1, s. 112 i n.

Joanna Różyńska zauważa, że w polskim dyskursie prawnym kwestia praw i wolności kobiety stawiana jest na pozycji niższej względem praw przypisywanych płodowi ludzkiemu i stwierdza: „[...] obowiązujące w Polsce ustawodawstwo dotyczące przerywania ciąży oraz praktyka jego stosowania często prowadzą do naruszenia podstawowych praw człowieka, zwłaszcza kobiet. Próby dalszego zaostrzenia prawa aborcyjnego w Polsce stoją zaś w jawnej sprzeczności z międzynarodowymi i europejskimi standardami ochrony tych praw”¹⁷.

Kobieta w Polsce nigdy nie miała możliwości przerwania ciąży „na żądanie”. Najbliższym tego rozwiązaniem był przepis art. 1 ust. 1 pkt 1 lit. b) u.w.d.p.c.¹⁸, dopuszczający przerwanie ciąży ze względu na „trudne warunki życiowe kobiety ciężarnej” oraz, dodany na mocy u.z.u.p.r., przepis art. 4a ust. 1 pkt 4 u.p.r.o.p.¹⁹, w którym warunek aborcji ujęto następująco: „kobieta ciężarna znajduje się w ciężkich warunkach życiowych lub trudnej sytuacji osobistej”. Nie dopuszczały one przerwania ciąży *sensu stricto* „na żądanie”, lecz znajdowały się najbliżej takiego rozwiązania.

Przemawiającym na korzyść przesłanki społecznej wydaje się być argument Pawła Czarneckiego, który zauważa: „[...] większość kobiet nie żyje w celibacie, wiele z nich nie ma także dostępu do antykoncepcji bądź je na nią nie stać. W tej sytuacji legalizacja aborcji oraz moralne przyzwolenie na nią jest mniejszym złem niż skazywanie wielu rodzin, a nawet całych społeczności, na życie w skrajnej nędzy”²⁰.

Usunięcie przesłanki społecznej z u.p.r.o.p., spowodowane orzeczeniem TK²¹, nie było jednogłośne, zgłoszono bowiem trzy zdania odrębne. Natomiast usunięcie z polskiego prawa, za sprawą wyroku TK²², przesłanki embriopatologicznej spotkało się z dużym niezadowoleniem społeczeństwa, które manifestowało swoje zdanie w ogólnopolskich protestach.

W odpowiedzi na wyrok TK 26 października 2020 r. do sejmu wpłynął projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, który w art. 152 kodeksu karnego dodał § 4 w brzmieniu: „Nie popełnia przestępstwa, kto za zgodą kobiety przerywa jej ciążę, jeśli od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni”,

¹⁷ J. Różyńska, *Rozdział IX pkt 6.3. Przerywanie ciąży*, w: *System prawa medycznego*, t. 2: *Regulacja prawna czynności medycznych*, cz. 2, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, E. Zielińska, Warszawa: Wolters Kluwer, 2019, s. 343.

¹⁸ Dz.U. z 1956 r., nr 12, poz. 61.

¹⁹ Dz.U. z 1996 r., nr 139, poz. 646.

²⁰ P. Czarnecki, *Dylematy współczesności*, Warszawa: Centrum Doradztwa i Informacji Difin, 2008, s. 53.

²¹ Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r....

²² Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r....

oraz § 5, który wyklucza odpowiedzialność karną za przerwanie ciąży wynikające z przesłanki embriopatologicznej²³.

W sporach dotyczących problemu aborcji głos zabrał też prezydent Rzeczypospolitej Polskiej, który dnia 30 października 2020 r. zgłosił projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, mocą której przesłanka embriopatologiczna w pewnym sensie powróciłaby do polskiego systemu prawnego. Proponowane przez prezydenta rozwiązanie dopuszcza przerwanie ciąży w przypadku, gdy: „badania prenatalne lub inne przesłanki medyczne wskazują na wysokie prawdopodobieństwo, że dziecko urodzi się martwe albo obciążone nieuleczalną chorobą lub wadą, prowadzącą niechybnie i bezpośrednio do śmierci dziecka, bez względu na zastosowane działania terapeutyczne”²⁴.

Ponadto dnia 29 stycznia 2021 r. do sejmu wpłynął poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży²⁵, mocą której prawo aborcyjne powróciłoby do stanu sprzed ogłoszenia wyroku TK.

Zebrano również podpisy pod obywatelskim projektem ustawy o bezpiecznym przerywaniu ciąży i innych prawach reprodukcyjnych, która to dopuszczałaby możliwość przerywania ciąży do końca dwunastego tygodnia jej trwania bez podania jakiegokolwiek przyczyny, a po upływie tego okresu jedynie w sytuacji wystąpienia przesłanki medycznej, embriopatologicznej lub kryminalnej²⁶.

Do Marszałka Sejmu wpłynął również projekt uchwały w sprawie wyroku TK z dnia 22 października 2020 r., w którym zauważono, że „stanowisko składu orzekającego nie stanowi wyroku Trybunału Konstytucyjnego”, motywując to między innymi faktem niezgodnego z prawem powołania sędziów TK²⁷.

²³ Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-299-2020/\\$file/9-020-299-2020.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-299-2020/$file/9-020-299-2020.pdf) [dostęp: 23.04.2022].

²⁴ Projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/483A50FD9E14D216C1258614003DC76E/%24File/727.pdf> [dostęp: 23.04.2022].

²⁵ Projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-393-2021/\\$file/9-020-393-2021.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-393-2021/$file/9-020-393-2021.pdf) [dostęp: 23.04.2022].

²⁶ Projekt ustawy o bezpiecznym przerywaniu ciąży i innych prawach reprodukcyjnych, https://drive.google.com/file/d/1fSL2zdovrw7u9EiXCCXqsfFS6ugKrn6a/edit?fbclid=IwAR2WimmDyAWxE9jk_naZ9XcqyUuNHQdSUXfxgrWjzy0nVXi9Y5Y06wVs [dostęp: 23.04.2022].

²⁷ Projekt uchwały w sprawie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r., [http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-021-112-2020/\\$file/9-021-112-2020.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-021-112-2020/$file/9-021-112-2020.pdf) [dostęp: 23.04.2022].

Warto zauważyć, że już 14 kwietnia 2020 r. zgłoszono projekt ustawy o bezpiecznym przerywaniu ciąży oraz o edukacji o zdrowiu i seksualności, który zakłada liberalizację prawa aborcyjnego poprzez dopuszczenie możliwości przerwania ciąży „na żądanie” kobiety do końca dwunastego tygodnia trwania ciąży, a także po tym okresie w przypadku zaistnienia jednej z trzech przesłanek: medycznej, embriopatologicznej lub kryminalnej²⁸.

Jelena Kondratiewa-Bryzik zwraca uwagę na to, że polskie regulacje dotyczące aborcji spotkały się z krytyką ze strony ONZ czy też Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, a to z powodu ich restrykcyjnego charakteru²⁹. „Krytykowane były zarówno przepisy regulujące dopuszczalność przerywania ciąży – z powodu ich restrykcyjnego charakteru [...] jak i praktyka ich stosowania [...]”³⁰.

Warto nadmienić za Wojciechem Bołozem, że: „rozwiązanie prawne praktyki aborcyjnej w Polsce odbiega zdecydowanie od powszechnie obowiązującej legislacji w tej dziedzinie w krajach Unii Europejskiej [...]”³¹.

Poniekąd znajduje to odzwierciedlenie w opinii publicznej. Z przeprowadzonego przez IBRIS badania opinii dotyczącego stosunku do przerywania ciąży (wrzesień 2018 r.) wynika, iż zdaniem 69% badanych kobiety, podobnie jak w innych krajach europejskich, także i w Polsce powinny mieć możliwość podjęcia samodzielnej decyzji o przerwaniu ciąży do dwunastego tygodnia jej trwania. Pogląd przeciwny wyraziło zaledwie 23% badanych³².

Z sondażu Kantar (kwiecień 2019 r.) wynika, iż 58% respondentów zgodziło się z opinią, że kobiety w Polsce powinny mieć prawo do aborcji „na żądanie” do dwunastego tygodnia ciąży. Zdanie przeciwne wyraziło 35% respondentów³³. Kolejne, przedstawione przez IBRIS badanie (grudzień

²⁸ Projekt ustawy o bezpiecznym przerywaniu ciąży oraz o edukacji o zdrowiu i seksualności, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-143-2020/\\$file/9-020-143-2020.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-143-2020/$file/9-020-143-2020.pdf) [dostęp: 23.04.2022].

²⁹ Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 20 marca 2007 r., sprawa Tysiąc p. Polsce, skarga nr 5410/03, https://trybunal.gov.pl/uploads/media/Sprawa_Tysiac_przeciwko_Polsce__skarga_nr_5410_03__wyrok_z_dnia_20_marca_2007_r._tlumaczenie_robocze_MS_.pdf [dostęp: 23.04.2022].

³⁰ J. Kondratiewa-Bryzik, *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2009, s. 200.

³¹ W. Bołoz, *Bioetyka i prawa człowieka*, Warszawa: Wydawnictwo Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego, 2007, s. 116.

³² Badanie opinii dotyczące stosunku do przerywania ciąży przeprowadzone przez Instytut Badań Rynkowych i Społecznych na zlecenie Federacji na Rzecz Kobiet i Planowania Rodziny, wrzesień 2018 r., <https://federa.org.pl/wp-content/uploads/2018/09/Badanie-opinii-na-temat-stosunku-do-przerywania-ci%C4%85%C5%BCy.pdf> [dostęp: 23.04.2022].

³³ K. Pacewicz, *Sondaż „Wyborczej”: Rekordowe poparcie dla prawa do aborcji na żądanie*, <https://wyborcza.pl/7,75398,24670637,sondaz-wyborczej-rekordowe-poparcie-dla-prawa-do-aborcji.html> [dostęp: 23.04.2022].

2019 r.) wykazało, że 49,9% badanych opowiedziało się za pozostawieniem prawa aborcyjnego bez zmian, 28,7% opowiedziało się za poszerzeniem przesłanek aborcyjnych, a tylko 15% za zaostrzeniem prawa aborcyjnego³⁴. Natomiast w sondażu Kantar (październik 2020 r.) zapytano, czy aborcja w Polsce powinna być: legalna w określonych przypadkach (62% poparcia), dostępna „na żądanie” do dwunastego tygodnia ciąży (22%), zakazana (11%)³⁵. Jak zatem widać, w opinii publicznej w Polsce generalnie przeważają głosy dopuszczające aborcję.

Z komunikatu z badań CBOS (grudzień 2020) wynika, że przerywanie ciąży w Polsce powinno być dopuszczalne, gdy zagrożone jest życie matki – 86%; jej zdrowie – 79%; gdy ciąża jest wynikiem gwałtu lub kazirodztwa – 79%; gdy badania prenatalne wskazują, że płód jest obciążony nieuleczalną chorobą prowadzącą do śmierci – 75%; gdy wiadomo, że dziecko urodzi się upośledzone – 64%; jednakże w przypadku stwierdzenia u płodu trisomii 21 zaledwie 38% ankietowanych wypowiada się za dopuszczalnością przerywania ciąży; gdy kobieta jest w trudnej sytuacji materialnej – 20%; w trudnej sytuacji osobistej – 18%; po prostu nie chce mieć dziecka – 18%³⁶.

Warto zauważyć, że restrykcyjne prawo aborcyjne w Polsce powoduje wzrost zjawiska „podziemia aborcyjnego”. Z sondażu CBOS z 2013 r. wynika, że nie mniej niż co czwarta Polka przynajmniej raz w życiu przerwała swoją ciążę³⁷. Natomiast Komisarz Praw Człowieka Rady Europy w swoim raporcie z 2019 r. oparła się na pozyskanych od organizacji pozarządowych i instytucji zajmujących się prawami kobiet danych, z których wynika, że polskie „podziemie aborcyjne” to od 80 do 150 tysięcy przerwanych ciąży rocznie. Komisarz przywołała również szacunki Specjalnego Sprawozdawcy ONZ ds. powszechnego prawa do korzystania z najwyższych dostępnych standardów zdrowia fizycznego i psychicznego z 2010 r., w których górna granica wynosiła aż 180 tysięcy przerwanych ciąży rocznie³⁸.

³⁴ Z. Dąbrowska, *W sprawie aborcji wygrywa kompromis*, <https://archiwum.rp.pl/artukul/1418040-W-sprawie-aborcji-wygrywa-kompromis.html> [dostęp: 23.04.2022].

³⁵ A. Kublik, *Sondaż dla „Wyborczej”. Polki i Polacy nie popierają wyroku TK w sprawie aborcji*, <https://wyborcza.pl/7,75398,26447191,sondaz-dla-wyborczej-polki-i-polacy-nie-popieraja-wyroku.html> [dostęp: 23.04.2022].

³⁶ O dopuszczalności przerywania ciąży i protestach po wyroku Trybunału Konstytucyjnego, Komunikat z badań nr 153/2020, Centrum Badania Opinii Społecznej, Warszawa, grudzień 2020, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2020/K_153_20.PDF [dostęp: 23.04.2022].

³⁷ *Doświadczenia aborcyjne Polek. Komunikat z badań nr BS/60/2013*, Centrum Badania Opinii Społecznej, Warszawa, maj 2013, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_060_13.PDF [dostęp: 23.04.2022].

³⁸ Raport Komisarz Praw Człowieka Rady Europy po wizycie w Polsce w dniach 11–15 marca 2019 r., CommDH(2019)17, <https://rm.coe.int/raport-po-wizycie-w-polsce-w-dniach-11-15-marca-2019-r-komisarz-praw-c/1680953727> [dostęp: 23.04.2022].

Maciej Ratajczak zauważa: „w sytuacji, w której w większości krajów Zachodu kobiety mają dostęp do legalnej i bezpiecznej aborcji [...], wyraźny popyt na tego rodzaju usługi w sposób oczywisty generuje zjawisko tzw. »turystyki aborcyjnej« [...] szacuje się przy tym, że liczba aborcji dokonanych za granicą przez Polki wynosi kilkadziesiąt tysięcy rocznie»³⁹.

Natomiast z raportu Rady Praw Człowieka Narodów Zjednoczonych wynika, że restrykcyjne prawo aborcyjne nie zmniejsza liczby przeprowadzonych aborcji, a jedynie doprowadza do wykonywania większej ilości aborcji nielegalnych⁴⁰. Zdanie to potwierdza także Rezolucja Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, z której ponadto wynika, że zakaz aborcji prowadzi do bardziej traumatycznych czy wręcz śmiertelnych w skutkach aborcji lub do „turystyki aborcyjnej”, a zatem do nierówności społecznych⁴¹.

Warto zatem zwrócić uwagę na fakt, że penalizacja przerywania ciąży, generując takie zachowania, jak „turystyka aborcyjna”, przeprowadzenie nielegalnej aborcji czy też przeprowadzenie aborcji przez samą kobietę, może okazać się niebezpieczna dla zdrowia bądź życia kobiety, na przykład poprzez ograniczenie bądź wykluczenie udziału lekarza w przeprowadzeniu zabiegu.

W związku z powyższym już w 2016 r. Komisarz Praw Człowieka Rady Europy otwarcie zachęcał do depenalizacji przerywania ciąży w Polsce, w rozsądnych granicach jej zaawansowania⁴². W 2019 r. Komisarz zaapelowała do Polski „o rozważenie zagwarantowania dostępu do bezpiecznej i legalnej opieki aborcyjnej poprzez zapewnienie legalności aborcji »na żądanie« kobiety we wczesnym okresie ciąży, a także w późniejszym okresie w celu ochrony zdrowia i życia kobiety [...]»⁴³.

³⁹ M. Ratajczak, *Tzw. »turystyka aborcyjna», a odpowiedzialność karna z art. 152 § 2 k.k. – wybrane zagadnienia*, w: *Badania i Rozwój Młodych Naukowców w Polsce. Nauki humanistyczne i społeczne. Część X – Prawo*, red. J. Nyćkowiak, J. Leśny, Poznań: Młodzi Naukowcy, 2018, s. 73–74.

⁴⁰ Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Anand Grover, Addendum Mission to Poland, United Nations – General Assembly, 20 May 2010, A/HRC/14/20/Add.3, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/134/03/PDF/G1013403.pdf?OpenElement> [dostęp: 23.04.2022].

⁴¹ Resolution 1607 (2008), Access to safe and legal abortion in Europe, Parliamentary Assembly of Council of Europe, <https://pace.coe.int/en/files/17638/html> [dostęp: 23.04.2022].

⁴² Raport Komisarza Praw Człowieka Rady Europy po wizycie w Polsce w dniach 9–12 lutego 2016 r., CommDH(2016)23, <https://rm.coe.int/raport-nilsa-muiznieksa-komisarza-praw-czlowieka-rady-europy-po-wizyci/16806db816> [dostęp: 23.04.2022].

⁴³ Raport Komisarz Praw Człowieka Rady Europy po wizycie w Polsce w dniach 11–15 marca 2019 r....

Przepisy dotyczące prawa do przerywania ciąży w Czechach

Na terenie byłej Czechosłowacji, zgodnie z § 3 (2) ustawy z dnia 19 grudnia 1957 r. o aborcji⁴⁴, przeprowadzenie zabiegu przerywania ciąży było możliwe tylko ze względów zdrowotnych i innych powodów zasługujących na szczególną uwagę. Powołana w tym celu komisja, zgodnie z § 3 (1), po otrzymaniu wniosku kobiety ciężarnej podejmowała decyzję o zezwoleniu na aborcję.

W § 2 dekretu z dnia 16 maja 1973 r. wdrażającego ustawę nr 68/1957 o aborcji⁴⁵ uregulowano medyczne przyczyny przerywania ciąży oraz wyliczono okoliczności, które mogły być uznane za zasługujące na szczególną uwagę jako przyczynki do aborcji: wiek kobiety – powyżej 40 lat; co najmniej troje żyjących dzieci; ciąża będąca wynikiem gwałtu lub innego przestępstwa; trudna sytuacja osobista spowodowana ciążą kobiety niezamężnej; utrata współmałżonka lub jego ciężki stan zdrowia; trudności mieszkaniowe lub finansowe, poważnie zagrażające standardowi życia rodziny – zwłaszcza małolletnich; udowodniony rozpad rodziny.

Przepisy te zostały zmienione obowiązującą w Czechach do chwili obecnej ustawą z dnia 20 października 1986 r. o aborcji (dalej: u.a.)⁴⁶, która w § 4 stanowi, że kobieta może zdecydować o przerywaniu ciąży nieprzekraczającej dwunastu tygodni jedynie na pisemną prośbę.

Do przeciwwskazań przerywania ciąży „na żądanie”, zgodnie z § 1 dekretu z dnia 7 listopada 1986 r. wdrażającego ustawę nr 66/1986 o aborcji (dalej: d.w.u.a.)⁴⁷, należy przypuszczenie, że przerywanie ciąży miałoby negatywny wpływ na zdrowie kobiety bądź też że od ostatniego takiego zabiegu nie upłynęło jeszcze sześć miesięcy. Wskazany, półroczny okres nie musi być zachowany, jeżeli: kobieta urodziła już co najmniej dwa razy, ma więcej niż

⁴⁴ ZÁKON ze dne 19. prosince 1957 o umělem přerušení těhotenství, 68/1957 Sb. (Ustawa z dnia 19 grudnia 1957 r. o aborcji, 68/1957), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1957-68> [dostęp: 23.04.2022].

⁴⁵ VYHLÁŠKA ministerstva zdravotnictví České socialistické republiky ze dne 16. května 1973, kterou se provádí zákon č. 68/1957 Sb., o umělem přerušení těhotenství, 71/1973 Sb. (Dekret Ministerstwa Zdrowia Czeskiej Republiki Socjalistycznej z dnia 16 maja 1973 r., wdrażający ustawę nr 68/1957 o aborcji, 71/1973), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1973-71> [dostęp: 23.04.2022].

⁴⁶ ZÁKON České národní rady ze dne 20. října 1986 o umělem přerušení těhotenství, 66/1986 Sb. (Ustawa Czeskiej Rady Narodowej z dnia 20 października 1986 r. o aborcji, 66/1986), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1986-66> [dostęp: 23.04.2022].

⁴⁷ VYHLÁŠKA ministerstva zdravotnictví České socialistické republiky ze dne 7. listopadu 1986, kterou se provádí zákon České národní rady č. 66/1986 Sb., o umělem přerušení těhotenství, 75/1986 (Dekret Ministerstwa Zdrowia Czeskiej Republiki Socjalistycznej z dnia 7 listopada 1986 r. wdrażający ustawę Czeskiej Rady Narodowej nr 66/1986 o aborcji, 75/1986), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1986-75> [dostęp: 23.04.2022].

trzydzieści pięć lat lub gdy ciąża powstała w wyniku popełnionego przeciwko niej przestępstwa. W pierwszych dwunastu tygodniach trwania ciąży może zostać przerwana również z powodów zdrowotnych.

Prośbę o przerwanie ciąży kieruje się, zgodnie z § 7 u.a.⁴⁸, do lekarza placówki medycznej właściwej ze względu na miejsce zamieszkania, pracy czy nauki kobiety. Jeżeli lekarz nie stwierdzi warunków do przeprowadzenia aborcji, kobieta, zgodnie z § 8 (1), w ciągu trzech dni może zwrócić się do okręgowego specjalisty w zakresie ginekologii i położnictwa o ocenę wniosku. Specjalista ten (wraz z innymi powołanymi przez niego lekarzami) ocenia wnioski w terminie dwóch dni i w przypadku, gdy stwierdzi, że spełnione zostały przesłanki do przerwania ciąży, zawiadamia o tym kobietę oraz wyznacza placówkę medyczną, w której aborcja się odbędzie. Jeśli jednak decyzja nadal będzie odmowna, kobieta, zgodnie z § 8 (2), może prosić o przegląd wniosku regionalnego specjalistę w zakresie ginekologii i położnictwa. Podobnie jak poprzednio, regionalny specjalista (wraz z powołanymi lekarzami) ocenia wnioski w terminie trzech dni i jeżeli stwierdzi warunki do przerwania ciąży, zawiadamia kobietę oraz wyznacza placówkę medyczną, w której aborcja się odbędzie, jeżeli natomiast warunków takich nie stwierdzi, również powiadamia o tym kobietę, a jego decyzja jest już ostateczna.

Z § 5 u.a. oraz § 2 (1) d.w.u.a. wynika, że w przypadku gdy ciąża trwa dłużej niż dwanaście tygodni, jej przerwanie jest możliwe tylko w sytuacji, gdy zagraża życiu lub zdrowiu kobiety oraz jeżeli zdrowy rozwój płodu jest zagrożony bądź płód jest genetycznie wadliwy. Przypadki, w których ciąża zagraża życiu lub zdrowiu kobiety albo zdrowy rozwój płodu jest zagrożony, nie są ograniczone czasowo, natomiast jeżeli istnieją genetyczne powody aborcji, zgodnie z § 2 (2) d.w.u.a. przerwanie ciąży dopuszczalne jest tylko w pierwszych dwudziestu czterech tygodniach jej trwania.

Ustalenia dotyczące przerwania ciąży na pisemną prośbę kobiety przed upływem dwunastego tygodnia jej trwania bez dodatkowych warunków odnoszą się jedynie do kobiet powyżej osiemnastego roku życia, bowiem jak wynika z § 6 (1) u.a., kobieta, która nie osiągnęła szesnastego roku życia, potrzebować będzie zgody opiekuna prawnego lub osoby, której powierzono odpowiedzialność za jej wychowanie; natomiast w przypadku kobiety pomiędzy szesnastym a osiemnastym rokiem życia, zgodnie z § 6 (2), placówka medyczna powiadomi jej opiekuna prawnego.

W przypadku przesłanki medycznej d.w.u.a. przewiduje katalog medycznych przyczyn dopuszczających przerwanie ciąży po dwunastym tygodniu jej trwania. Warto zwrócić uwagę na grupy, według których je podzielono:

⁴⁸ ZÁKON České národní rady ze dne 20. října 1986...

1. wewnętrzne, 2. chirurgiczne, 3. urologiczne, 4. ortopedyczne, 5. reumatologiczne, 6. onkologiczne, 7. pneumologiczne, 8. neurologiczne, 9. psychologiczne, 10. Dermatologiczno-wenerologiczne, 11. okulistyczne, 12. otolaryngologiczne, 13. ginekologiczno-położnicze, 14. genetyczne⁴⁹.

Opisany wyżej stan prawny, w tym aborcja „na żądanie” kobiety dopuszczalna w pierwszych dwunastu tygodniach trwania ciąży, utrzymuje się w Czechach już od ponad trzydziestu sześciu lat. Przyczyną tej niezmienności jest fakt, że prawo do przerywania ciąży w Czechach nie jest skutkiem nacisków społecznych i ruchów feministycznych, lecz – na co wskazuje analiza zagadnienia – aborcja w Czechach traktowana jest jako kwestia medyczna, nie jako kwestia praw kobiet⁵⁰.

Komparatystyka prawa aborcyjnego Polski i Czech

Medyczna przesłanka aborcji, odwołująca się do sytuacji, w której ciąża stanowi zagrożenie dla życia bądź zdrowia kobiety, a wynikająca bezpośrednio z art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r.o.p.⁵¹ (Polska) oraz z § 5 u.a.⁵² (Czechy), w doktrynie uznawana jest za najważniejszą. Choćby Andrzej Zoll zauważa, że charakter przesłanek dopuszczających przerywanie ciąży nie jest jednolity, a jedynie w art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r.o.p. dostrzega on okoliczność wyłączającą bezprawność czynu⁵³.

Powstaje jednak pytanie: dlaczego polski ustawodawca nie wymienia wszystkich możliwych czynników, które mogłyby powodować zagrożenie dla życia lub zdrowia kobiety oraz czy brak takiego dookreślenia nie będzie powodował nadużyć? Odpowiedzi próbuje udzielić Agnieszka Maria Kania:

[...] przeciwko enumeratywnemu wyliczeniu wszystkich okoliczności medycznych zezwalających na usunięcie ciąży przemawiałoby także wiele argumentów natury medycznej. Proste sporządzenie takiej listy nie oddawałoby złożoności wielu czynników, które lekarz musi brać pod uwagę w każdym potencjalnym przypadku dokonania zabiegu. Przede wszystkim jednak lista taka nie miałaby stałego charakteru

⁴⁹ VYHLÁŠKA ministerstva zdravotnictví České socialistické republiky ze dne 7. listopadu 1986....

⁵⁰ R. Dudova, *The Framing of Abortion in the Czech Republic: How the Continuity of Discourse Prevents Institutional Change*, „Sociologický Časopis / Czech Sociological Review”, https://www.researchgate.net/publication/228771921_The_Framing_of_Abortion_in_the_Czech_Republic_How_the_Continuity_of_Discourse_Prevents_Institutional_Change [dostęp: 23.04.2022].

⁵¹ Dz.U. z 1993 r., nr 17, poz. 78 ze zm.

⁵² ZÁKON České národní rady ze dne 20. října 1986...

⁵³ A. Zoll, *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej*, „Prawo i Medycyna” 2005, nr 2, s. 19.

i w rezultacie podlegałyby ciągłym uzupełnieniom oraz zmianom wraz z dokonującym się postępem medycyny⁵⁴.

W polskim prawie aborcyjnym nie zostały wymienione czynniki powodujące zagrożenie dla życia i zdrowia kobiety ciężarnej, natomiast w prawie czeskim wymieniono je skrupulatnie⁵⁵. Podobieństwo polskiego i czeskiego prawa aborcyjnego przejawia się natomiast brakiem przepisów, które ograniczałyby czasowo możliwość przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży z powodów medycznych, można zatem aborcję na podstawie art. 4a ust. 1 pkt 1 u.p.r.o.p. czy § 5 u.a. przeprowadzić w każdej chwili – życie i zdrowie kobiety potraktowano priorytetowo.

Dodać warto za Magdaleną Debitą, że: „co do przesłanki zagrożenia zdrowia kobiety ciężarnej, to właśnie ją należy traktować jako najważniejszy powód, w następstwie którego państwo powinno gwarantować kobietom dopuszczalność zabiegów usunięcia ciąży [...]”⁵⁶, natomiast jak zauważa Kondratiewa-Bryzik: „przepis [...] obejmuje przypadki zagrożenia nie tylko dla zdrowia fizycznego kobiety, lecz także dla jej zdrowia psychicznego”⁵⁷.

Aborcja ze względu na zaistnienie przesłanki embriopatologicznej powoduje najwięcej wątpliwości w przedmiocie słuszności jej występowania w przepisach prawa⁵⁸.

Według Eleonory Zielińskiej w przypadku przesłanki embriopatologicznej ważne jest, aby rozpatrywać ją z uwzględnieniem prawa człowieka do tego, by nie być urodzonym, jeżeli jego egzystencja nie byłaby w pełni ludzka lub jakość jego życia miałaby nie być wystarczająca⁵⁹.

Agnieszka Maria Kania zwraca uwagę, że „aborcja z tej przyczyny, jeśli ma być przeprowadzona, powinna zostać dokonana jak najwcześniej, gdyż im jest późniejsza, tym bardziej niebezpieczna staje się dla kobiety”⁶⁰.

⁵⁴ A.M. Kania, *Kontrowersje związane z kryminalizacją przerywania ciąży, cz. 1*, w: Nowa kodyfikacja prawa karnego, t. XXVII, red. L. Bogunia, Wrocław: Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, 2011, s. 100.

⁵⁵ VYHLÁŠKA ministerstva zdravotnictví České socialistické republiky ze dne 7. listopadu 1986....

⁵⁶ M. Debita, *Przesłanki dopuszczalnego przerwania ciąży w prawie i orzecznictwie polskim*, „Ogrody Nauk i Sztuk” 2016, nr 6, s. 94.

⁵⁷ J. Kondratiewa-Bryzik, *op. cit.*, s. 196.

⁵⁸ Opinie o dopuszczalności aborcji, Komunikat z badań nr 51/2016, Centrum Badań Opinii Społecznej, Warszawa, kwiecień 2016, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2016/K_051_16.PDF [dostęp: 23.04.2022].

⁵⁹ E. Zielińska, *Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1990, s. 123.

⁶⁰ A.M. Kania, *op. cit.*, s. 102.

Dnia 27 stycznia 2021 r., za sprawą wyroku TK⁶¹, przesłankę embriopatologiczną, wynikającą z art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.o.p., usunięto z polskiego prawa aborcyjnego, natomiast obowiązuje ona nadal w Czechach, gdzie ujęta została w § 5 u.a. Możliwość przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży ze względu na powody genetyczne, zgodnie z przepisem § 2 (2) d.w.u.a.⁶², jest tam dopuszczalna w ciągu pierwszych dwudziestu czterech tygodni trwania ciąży.

Wskazania embriopatologiczne były głównym powodem dopuszczającym przeprowadzenie zabiegu przerwania ciąży w Polsce. Z oficjalnych statystyk wynika, że w 2018 r. przeprowadzono z tego powodu 1050 zabiegów przerwania ciąży, zaś w przypadku przesłanki medycznej liczba ta wynosi tylko 25, z przesłanki kryminalnej jedynie jeden, natomiast w poprzednich latach różnice te były bardzo zbliżone⁶³. Można zatem wnioskować, że po usunięciu art. 4a ust. 1 pkt 2 u.p.r.o.p., w znacznym stopniu zmniejszyła się liczba przeprowadzanych w Polsce, zgodnych z prawem, aborcji. Nie jest to jednak równoznaczne ze zmniejszeniem ogólnej liczby wykonywanych aborcji.

W przypadku przesłanek wyżej opisanych kobieta niejako najpierw podejmuje decyzję o zaiscieniu w ciążę lub jest po prostu świadoma konsekwencji swoich czynów (w większości przypadków), a następnie podejmuje decyzję o jej przerwaniu, natomiast w przypadku przesłanki kryminalnej kobieta nie wyraziła zgody na zapłodnienie, nie zgodziła się na zmiany, jakie zajądą w jej ciele (np. zwiększenie objętości krwi i zmiana jej składu czy też zwiotczenie mięśni ścian pęcherza moczowego, moczowodów i miedniczek nerkowych, które to mogą doprowadzić do poważnych konsekwencji zdrowotnych⁶⁴) i nie zaakceptowała społecznych następstw ciąży. Przestępstwem została zmuszona do odbycia stosunku płciowego i w następstwie tego również zapłodniona. „W doktrynie podkreśla się, że kobiety ciężarne niekiedy muszą zmagać się z niechęcią do urodzenia dziecka poczętego na skutek gwałtu [...]”⁶⁵. Przerwanie ciąży wynikające z przesłanki kryminalnej, zgodnie z art. 4a ust. 2 u.p.r.o.p., może zostać w Polsce dokonane, jeżeli od początku ciąży nie upłynęło więcej niż 12 tygodni, natomiast czeski ustawodawca nie przewiduje takiego rozwiązania. Można wnioskować, że czeskie prawo aborcyjne nie wyróżnia przesłanki kryminalnej

⁶¹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r....

⁶² VYHLÁŠKA ministerstva zdravotnictví České socialistické republiky ze dne 7. listopadu 1986...

⁶³ Sprawozdanie Rady Ministrów z wykonywania oraz o skutkach stosowania w 2018 r. ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. poz. 78, z późn. zm.) <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/87A2E0C9C942E854C125854B0035C032/%24File/339.pdf> [dostęp: 23.04.2022].

⁶⁴ *Encyklopedia zdrowia*, red. W.S. Gumulka, W. Rewerski, Warszawa: WN PWN, 2000, s. 1838–1839.

⁶⁵ M. Debita, *op. cit.*, s. 95.

ze względu na to, że zgodnie z § 4 u.a.⁶⁶ ciąża w Czechach może zostać przerwana w ciągu pierwszych dwunastu tygodni „na żądanie” kobiety, zatem ciążę powstałą w wyniku przestępstwa również można przerwać na tej podstawie.

Czeski przepis § 4 u.a., dopuszczający aborcję „na żądanie” kobiety, nie ma odpowiednika w przepisach prawa polskiego, choć liberalne czeskie podejście znajduje poparcie w systemach prawnych wszystkich pozostałych krajów sąsiadujących z Polską, które również w swoich przepisach dopuszczają możliwość przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży „na żądanie” kobiety⁶⁷. W opozycji do rozwiązania prezentowanego przez większość krajów europejskich znajduje się polskie prawo aborcyjne, w którym nadal nieuwzględniono możliwości przerwania ciąży „na żądanie” kobiety.

Tabela 1. Dopuszczalność przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży w Polsce i w Czechach

	Polska	Czechy
„na żądanie”	–	przed upływem 12 tygodni trwania ciąży
przesłanka medyczna	bez ograniczeń czasowych	bez ograniczeń czasowych
przesłanka embriopatologiczna	–	przed upływem 24 tygodni trwania ciąży
przesłanka kryminalna	przed upływem 12 tygodni trwania ciąży	–

Źródło: opracowanie własne.

Wnioski końcowe

Obecnie w Polsce, zgodnie z art. 4a ust. 1 u.p.r.o.p., aborcja może zostać przeprowadzona jedynie na podstawie przesłanki medycznej lub kryminalnej. Nie dopuszcza się przerwania ciąży „na żądanie” kobiety, co odbiega w znacznym stopniu od ustawodawstwa obowiązującego w Czechach, gdzie rozwiązanie takie dopuszczalne jest, na podstawie § 4 u.a., od prawie trzydziestu sześciu lat w sytuacji, gdy stopień zaawansowania ciąży nie przekracza dwunastu tygodni.

Pomimo wypowiedzi doktryny oraz badań opinii publicznej polskie prawo aborcyjne, które spenalizowano poprzez skreślenie przesłanki embriopatologicznej, staje się coraz bardziej konserwatywne. Polskie rozwiązanie wydaje się również niezasadne, bowiem jak wynika z raportu Rady Praw Człowieka

⁶⁶ ZÁKON České národní rady ze dne 20. října 1986...

⁶⁷ Kwestia aborcji „na żądanie” w innych krajach poruszona zostanie w drugiej części niniejszego opracowania.

Narodów Zjednoczonych oraz Rezolucji Zgromadzenia Parlamentarnego Rady Europy, brak możliwości przerwania ciąży „na żądanie” kobiety, wbrew powszechnej opinii nie prowadzi do zredukowania liczby przeprowadzonych aborcji, lecz jedynie zmniejsza ich bezpieczeństwo, powodując wzrost zjawiska „podziemia aborcyjnego” czy „turystyki aborcyjnej”.

Podsumowując, czeskie ustawodawstwo aborcyjne, dopuszczające przerwanie ciąży „na żądanie” kobiety przed upływem dwunastego tygodnia ciąży, jest właściwsze niż rozwiązanie polskie, które takiej możliwości nie uwzględnia. W związku z powyższym i przy uwzględnieniu art. 40 i 47 k.r.p. zasadna wydaje się zmiana polskich przepisów aborcyjnych, którą można wprowadzić inspirowując się czeskim rozwiązaniem przewidzianym w § 4 u.a. i § 1 d.w.u.a.

Bibliografia

- Bołoz W., *Bioetyka i prawa człowieka*, Warszawa: UKSW, 2007.
- Czarnecki P., *Dylematy współczesności*, Warszawa: Difin, 2008.
- Daszkiewicz K., *Przestępstwa przeciwko życiu i zdrowiu. Rozdział XIX Kodeksu karnego. Komentarz*, Warszawa: C.H. Beck, 2000.
- Debita M., *Przesłanki dopuszczalnego przerwania ciąży w prawie i orzecznictwie polskim*, „Ogrody Nauk i Sztuk” 2016, nr 6, s. 90–97.
- Encyklopedia zdrowia*, red. W.S. Gumulka, W. Rewerski, Warszawa: WN PWN, 2000.
- Kania A.M., *Kontrowersje związane z kryminalizacją przerywania ciąży. Część I*, „Nowa kodyfikacja prawa karnego”, t. XXVII, red. L. Bogunia, Wrocław: UWt, 2011.
- Kondratiewa-Bryzik J., *Początek prawnej ochrony życia ludzkiego w świetle standardów międzynarodowych*, Warszawa: Wolters Kluwer Polska, 2009.
- Kwapiszewska M., *Bioetyka wobec poczęcia. Dylematy społeczno-etyczne ludzkiej prokreacji*, Piła: Państwowa Wyższa Szkoła Zawodowa im. Stanisława Staszica w Pile, 2013.
- Mill J.S., *Utylitaryzm. O wolności*, Warszawa: PWN, 1959.
- Pietrzykowski T., *Etyczne problemy prawa*, Warszawa: Lexis Nexis, 2011.
- Ratajczak M., *Tzw. „turystyka aborcyjna”, a odpowiedzialność karna z art. 152 § 2 k.k. – wybrane zagadnienia*, [w:] *Badania i Rozwój Młodych Naukowców w Polsce. Nauki humanistyczne i społeczne. Część X – Prawo*, red. J. Nyckowiak, J. Leśny, Poznań: Młodzi Naukowcy, 2018.
- Różyńska J., *Przerywanie ciąży*, [w:] *System prawa medycznego*, t. II: *Regulacja prawna czynności medycznych*, cz. 2, red. M. Boratyńska, P. Konieczniak, E. Zielińska, Warszawa: Wolters Kluwer, 2019.
- Ślęczek-Czakon D., *Problem wartości i jakości życia w sporach bioetycznych*, Katowice: WUŚ, 2004.
- Thomson J.J., *In Defence of Abortion*, „Philosophy and Public Affairs”, 1971, vol. 1, no. 1, pp. 47–66.
- Wiak K., *Ochrona dziecka poczętego w polskim prawie karnym*, Lublin: Redakcja Wydawnictw KUL, 2001.
- Zielińska E., *Przerywanie ciąży. Warunki legalności w Polsce i na świecie*, Warszawa: Wydawnictwo Prawnicze, 1990.

Zoll A., *Stan wyższej konieczności jako okoliczność wyłączająca przestępność czynu w praktyce lekarskiej*, „Prawo i Medycyna”, 2005, nr 2, s. 5–21.

Akty prawne

Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483).

Ustawa z dnia 27 kwietnia 1956 roku o warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1956 r., nr 12, poz. 61).

Ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. – Kodeks karny (Dz.U. z 1969 r., nr 13, poz. 94).

Ustawa z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. z 1993 r., nr 17, poz. 78 ze zm.).

Ustawa z dnia 30 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. z 1996 r., nr 139, poz. 646).

Inne źródła

Obwieszczenie Prezesa Trybunału Konstytucyjnego z dnia 18 grudnia 1997 r. o utracie mocy obowiązującej art. 1 pkt 2, art. 1 pkt 5, art. 2 pkt 2, art. 3 pkt 1 i art. 3 pkt 4 ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży oraz o zmianie niektórych innych ustaw (Dz.U. nr 157, poz. 1040).

Netografia

Badanie opinii dotyczące stosunku do przerywania ciąży przeprowadzone przez Instytut Badań Rynkowych i Społecznych na zlecenie Federacji na Rzecz Kobiet i Planowania Rodziny, wrzesień 2018 r., <https://federa.org.pl/wp-content/uploads/2018/09/Badanie-opinii-na-temat-stosunku-do-przerywania-ci%C4%85%C5%BCy.pdf> [dostęp: 25.01.2022].

Dąbrowska Z., *W sprawie aborcji wygrywa kompromis*, <https://archiwum.rp.pl/artykul/1418040-W-sprawie-aborcji-wygrywa-kompromis.html> [dostęp: 25.01.2022].

Dekret Ministerstwa Zdrowia Czeskiej Republiki Socjalistycznej z dnia 16 maja 1973 r., wdrażający ustawę nr 68/1957 o aborcji, 71/1973 (VYHLÁŠKA ministerstva zdravotnictví České socialistické republiky ze dne 16. května 1973, kterou se provádí zákon č. 68/1957 Sb., o umělému přerušení těhotenství, 71/1973 Sb.), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1973-71> [dostęp: 25.01.2022].

Dekret Ministerstwa Zdrowia Czeskiej Republiki Socjalistycznej z dnia 7 listopada 1986 r. wdrażający ustawę Czeskiej Rady Narodowej nr 66/1986 o aborcji, 75/1986 (VYHLÁŠKA ministerstva zdravotnictví České socialistické republiky ze dne 7. listopadu 1986, kterou se provádí zákon České národní rady č. 66/1986 Sb., o umělému přerušení těhotenství, 75/1986), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1986-75> [dostęp: 25.01.2022].

Doświadczenia aborcyjne Polek, Komunikat z badań nr BS/60/2013, Centrum Badań Opinii Społecznej, Warszawa, maj 2013, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2013/K_060_13.PDF [dostęp: 25.01.2022].

- Dudova R., *The Framing of Abortion in the Czech Republic: How the Continuity of Discourse Prevents Institutional Change*, „Sociologický Časopis / Czech Sociological Review”, https://www.researchgate.net/publication/228771921_The_Framing_of_Abortion_in_the_Czech_Republic_How_the_Continuity_of_Discourse_Prevents_Institutional_Change [dostęp: 25.01.2022].
- Kublik A., *Sondaż dla „Wyborczej”. Polki i Polacy nie popierają wyroku TK w sprawie aborcji*, <https://wyborcza.pl/7,75398,26447191,sondaz-dla-wyborczej-polki-i-polacy-nie-popieraja-wyroku.html> [dostęp: 25.01.2022].
- O dopuszczalności przerywania ciąży i protestach po wyroku Trybunału Konstytucyjnego, Komunikat z badań nr 153/2020, Centrum Badania Opinii Społecznej, Warszawa, grudzień 2020, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2020/K_153_20.PDF [dostęp: 25.01.2022].
- Opinie o dopuszczalności aborcji, Komunikat z badań nr 51/2016, Centrum Badania Opinii Społecznej, Warszawa, kwiecień 2016, https://www.cbos.pl/SPISKOM.POL/2016/K_051_16.PDF [dostęp: 25.01.2022].
- Orzeczenie Trybunału Konstytucyjnego z dnia 28 maja 1997 r., sygn. akt K 26/96, <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/k-26-96-orzeczenie-trybunalu-konstytucyjnego-520122839> [dostęp: 25.01.2022].
- Pacewicz K., *Sondaż „Wyborczej”: Rekordowe poparcie dla prawa do aborcji na żądanie*, <https://wyborcza.pl/7,75398,24670637,sondaz-wyborczej-rekordowe-poparcie-dla-prawa-do-aborcji.html> [dostęp: 25.01.2022].
- Projekt uchwały w sprawie wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r., [http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-021-112-2020/\\$file/9-021-112-2020.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-021-112-2020/$file/9-021-112-2020.pdf) [dostęp: 25.01.2022].
- Projekt ustawy o bezpiecznym przerywaniu ciąży i innych prawach reprodukcyjnych, https://drive.google.com/file/d/1fSL2zdovrw7u9EiXCCXqsF5SugKrn6a/edit?fbclid=IwAR2WimmDyAWxEm9jk_naZ9XcqyUuNHQdSUXfxgrWjzyOnVXiBy9Y5Y06wVs [dostęp: 25.01.2022].
- Projekt ustawy o bezpiecznym przerywaniu ciąży oraz o edukacji o zdrowiu i seksualności, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-143-2020/\\$file/9-020-143-2020.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-143-2020/$file/9-020-143-2020.pdf) [dostęp: 25.01.2022].
- Projekt ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-299-2020/\\$file/9-020-299-2020.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-299-2020/$file/9-020-299-2020.pdf) [dostęp: 25.01.2022].
- Projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/483A50FD9E14D216C1258614003DC76E/%24File/727.pdf> [dostęp: 25.01.2022].
- Projekt ustawy o zmianie ustawy o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży, [http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-393-2021/\\$file/9-020-393-2021.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/Projekty/9-020-393-2021/$file/9-020-393-2021.pdf) [dostęp: 25.01.2022].
- Raport Komisarza Praw Człowieka Rady Europy po wizycie w Polsce w dniach 9–12 lutego 2016 r., CommDH(2016)23, <https://rm.coe.int/raport-nilsa-muiznieksa-komisarza-praw-cz-owieka-rady-europy-po-wizyci/16806db816> [dostęp: 25.01.2022].
- Raport Komisarz Praw Człowieka Rady Europy po wizycie w Polsce w dniach 11–15 marca 2019 r., CommDH(2019)17, <https://rm.coe.int/raport-po-wizycie-w-polsce-w-dniach-11-15-marca-2019-r-komisarz-praw-c/1680953727> [dostęp: 25.01.2022].

- Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of physical and mental health, Anand Grover, Addendum Mission to Poland, United Nations – General Assembly, 20 may 2010, A/HRC/14/20/Add.3, <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/134/03/PDF/G1013403.pdf?OpenElement> [dostęp: 25.01.2022].
- Resolution 1607, Access to safe and legal abortion in Europe, Parliamentary Assembly of Council of Europe, 2008, <https://pace.coe.int/en/files/17638/html> [dostęp: 25.01.2022].
- Sprawozdanie Rady Ministrów z wykonywania oraz o skutkach stosowania w 2018 r. ustawy z dnia 7 stycznia 1993 r. o planowaniu rodziny, ochronie płodu ludzkiego i warunkach dopuszczalności przerywania ciąży (Dz.U. poz. 78, z późn. zm.), <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/87A2E0C9C942E854C125854B0035C032/%24File/339.pdf> [dostęp: 25.01.2022].
- Ustawa Czeskiej Rady Narodowej z dnia 20 października 1986 r. o aborcji, 66/1986 (ZÁKON České národní rady ze dne 20. Října 1986 o umělému přerušení těhotenství, 66/1986 Sb.), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1986-66> [dostęp: 25.01.2022].
- Ustawa z dnia 19 grudnia 1957 r. o aborcji, 68/1957 (ZÁKON ze dne 19. prosince 1957 o umělému přerušení těhotenství, 68/1957 Sb.), <https://www.zakonyprolidi.cz/cs/1957-68> [dostęp: 25.01.2022].
- Wyrok Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z dnia 20 marca 2007 r., sprawa Tysiąc p. Polsce, skarga nr 5410/03, https://trybunal.gov.pl/uploads/media/Sprawa_Tysiac_przeciwko_Polsce__skarga_nr_5410_03__wyrok_z_dnia_20_marca_2007_r.__tlumaczenie_robocze_MS__.pdf [dostęp: 25.01.2022].
- Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 22 października 2020 r., ogłoszony dnia 27 stycznia 2021 r., sygn. akt K 1/20, <https://sip.lex.pl/orzeczenia-i-pisma-urzedowe/orzeczenia-sadow/k-1-20-wyrok-trybunalu-konstytucyjnego-523165093> [dostęp: 25.01.2022].

Abstract

Legal prerequisites of performing the pregnancy termination in selected countries – abortion on demand (on the comparative legal background). Part I: Poland and the Czech Republic

The article is the first of two parts of a study devoted to the problem of abortion “on demand” on the background of comparative law. It analyses the legal acts regulating the possibility of performing an abortion in Poland and in the Czech Republic, as well as the literature constituting the basis of the legal doctrine in the indicated topic. It was noticed that the restrictive abortion law in Poland does not reduce the number of abortions but leads only to more illegal ones or to “abortion tourism”.

Key words: penalization of the law to terminate pregnancy, abortion, abortion premises, abortion tourism, legal comparative studies

Streszczenie

Prawne przesłanki przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży w wybranych krajach – problem aborcji „na żądanie” (na tle prawnoporównawczym).

Część I: Polska i Czechy

Artykuł ten jest pierwszą z dwóch części opracowania poświęconego problemowi przerwania ciąży „na żądanie” na tle prawnoporównawczym. Przeanalizowano w nim akty prawne regulujące w Polsce i w Czechach, możliwość przeprowadzenia zabiegu przerwania ciąży, a nadto literaturę stanowiącą we wskazanym temacie podstawę doktryny prawa. Zauważono, że restrykcyjne prawo aborcyjne w Polsce nie zmniejsza liczby przeprowadzonych aborcji, a jedynie prowadzi do wykonywania większej ilości aborcji nielegalnych lub do „turystyki aborcyjnej”.

Słowa kluczowe: penalizacja prawa do przerywania ciąży, aborcja, przesłanki aborcyjne, turystyka aborcyjna, komparatystyka prawnicza

RECENZJE

sprawozdania · varia

BOOK REVIEWS
reports · varia

Iga Bałos

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
<https://orcid.org/0000-0001-8606-9719>
ibalos@afm.edu.pl

Katarzyna Jasińska

dr, Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego
<https://orcid.org/0000-0002-1746-1095>
kjasinska@afm.edu.pl

Sensum, non verba spectamus, czyli jak zapamiętamy prof. Janusza Szwałę

O dokonaniach Pana Profesora Janusza Szwałę¹ świadczy bogata bibliografia, długa lista zajmowanych stanowisk oraz nazwisk wdzięcznych klientów. Jesteśmy przekonane, że mimo zmian w przepisach prawa dzieła Jego autorstwa pozostaną w pewnej części zawsze aktualne, a w pozostałej – będą inspirować do przemyśleń. Dlatego w miejsce suchej notatki o zasługach Pana Profesora dzielimy się naszymi osobistymi wspomnieniami.

Iga Bałos

Pana Profesora Janusza Szwałę poznawałam w zasadzie trzy razy. Najpierw jako profesora-wykładowcę, następnie opiekuna-promotora, a równolegle i stopniowo jako człowieka. Miałam to szczęście, że mój okres znajomości z Panem Profesorem przypadł na taki okres Jego życia, który pozwolił Mu na poświęcenie dużej ilości swojego czasu sprawom podopiecznych i czerpanie z tego zaangażowania satysfakcji. A jeśli był ku temu uzasadniony powód – także dumy i radości.

¹ Odmiana nazwiska – odbiegająca od współczesnych zasad przyjętych w języku polskim – jest tradycyjnie przyjęta w rodzinie Profesora [przyp. red.].

Nie od razu doceniłam Pana Profesora w roli wykładowcy. Kilka wykładów z części ogólnej prawa cywilnego, których wysłuchałam w wówczas jeszcze Krakowskiej Szkole Wyższej, nie spełniło moich oczekiwań. Nie rozumiałam, jaki był związek omawianych treści z tymi przedstawionymi w zalecanym podręczniku czy choćby tymi, które opisał ustawodawca. Szybko z tych wykładów zrezygnowałam, decydując, iż do egzaminu przygotuję się sama. Pomimo niezbyt pozytywnych doświadczeń z wykładem z przedmiotu obowiązkowego dobrowolnie wybrałam uczestnictwo w fakultecie z zakresu prawa zwalczania nieuczciwej konkurencji; uznałam, że skoro Pan Profesor w zasadzie stworzył prawne ramy polskiej regulacji w tej materii, szkoda by było, nie skorzystać z zaistniałej możliwości. Niestety – moje oczekiwania ponownie zostały zawiedzione. Zaczęłam jednak studiować komentarz napisany przez Pana Profesora, równoległe uczęszczając na Jego wykłady. Wykłady się nie zmieniły, ale zmieniły się moje oczekiwania. Okazało się, że odpowiednie (co nie znaczyło: gruntowne) przygotowanie pozwoliło na prawidłowy odbiór wykładu. Pozornie odległe i nie mające związku analogie czynione przez Pana Profesora nagle stały się bardzo trafne i prowokujące do myślenia. Nawiązania do innych dziedzin prawa, wcześniej odbierane przeze mnie jako nieuzasadnione dygresje, umożliwiały pełne zarysowanie kontekstu. Przygotowywały na to, że odpowiedź na większość pytań z szeroko pojętej własności intelektualnej nigdy nie będzie kompletna przy ograniczeniu się do zawężonej perspektywy jednej ustawy. Nawet jeśli będzie prawdziwa.

Erudycja Pana Profesora i pewien galicyjski duch, towarzyszący Jego opowieściom, mnie, krakowiance, bardzo przypadły do gustu. Od tego momentu z przyjemnością uczęszczałam na inne wykłady prowadzone przez Pana Profesora. Studiowałam nie tylko omawianą materię, ale też życiorys i niezwykle osiągnięcia Pana Profesora, także te o znaczeniu międzynarodowym. Być może na współczesnych studentach nie robią one wrażenia, ale należy pamiętać, iż Pan Profesor prowadził swoją działalność w niemalże innej epoce. Bez Internetu, posługując się językiem francuskim i niemieckim (w miejsce wszechobecnego dziś angielskiego). To były czasy, kiedy z wyjazdu do Francji Pan Profesor przywiózł sobie niedrogi, sztywny beret, który okazał się być roboczym nakryciem głowy dla pracowników domu pogrzebowego. Imponujący jest także obszar badawczy Pana Profesora, obejmujący, poza własnością intelektualną i zwalczaniem nieuczciwej konkurencji, także prawo handlowe, w tym prawa spółek. Wobec powyższego zupełnie mnie nie zdziwiło, że data Jego urodzin to dzień, w którym wszedł w życie Kodeks handlowy z 1934 r.

Pierwsze wskazówki, dotyczące bardzo początkowego etapu mojej *quasi* naukowej pracy, otrzymałam jeszcze przed przystąpieniem do pisania

pracy magisterskiej, postanowiłam bowiem opisać sposób, w jaki przedsiębiorcy oznaczają fakt prowadzenia działalności gospodarczej w formie spółki cywilnej. Ze względu na zainteresowania Pana Profesora prawem firmowym oraz chęć pomocy „studentom, którym się chce, dla równowagi marnowania czasu na studentów miernych, zdających bezskutecznie n-ty raz egzamin poprawkowy” (parafraza słów Pana Profesora), Pan Profesor wspomógł mnie dyskusją i elementami warsztatu tworzenia artykułu naukowego. Pamiętam, że zaproponował spotkanie przy kawie w Galerii Kazimierz, do której zawiózł nas swoim samochodem. To był mój pierwszy i ostatni raz jako pasażer u boku Pana Profesora – kierowcy. Od wyjazdu za fryczowy szlaban, do zaparkowania samochodu Pan Profesor przepowiadał sobie wszystkie przepisy ruchu drogowego, zasady pierwszeństwa oraz kąt dozwolonego skrętu z Mostu Kotlarskiego w kierunku Wisły. Zakładałam, że powodem było poczucie odpowiedzialności, co jednak okazało się stać niżej w hierarchii moich potrzeb niż poczucie bezpieczeństwa. Rozmowa była bardzo owocna – doprowadziła mnie do podjęcia decyzji o zmianie chyba połowy tekstu. A do domu wróciłam tramwajem.

Artykuł został opublikowany jakiś czas później w *„Monitorze Prawniczym”* i do dziś jest cytowany w istotnych publikacjach z zakresu prawa cywilnego. Było dla mnie oczywiste, że będę prosić Pana Profesora o możliwość pisania pod Jego kierunkiem pracy magisterskiej i kontynuację uczenia się nie tyle u, co od Niego. Wyraził zgodę. Co więcej, zaakceptował także temat dotyczący patentowania programów komputerowych. O ile Pan Profesor był biegły w tej pierwszej materii, trudno to samo stwierdzić w odniesieniu do zagadnień związanych z informatyką. Dotyczy to i teorii, i praktyki. Dodatkowo w zasadzie wszystkie materiały, które analizowałam, były napisane w języku angielskim, mimo tego każda rozmowa z Panem Profesorem była dla mnie cenna i pouczająca. Opowiadałam, jaki mam problem, nad czym się zastanawiam, jakie widzę rozwiązania... I nawet jeśli Pan Profesor nie do końca znał wszystkie zależności i uwarunkowania sprawy, zawsze świetnie pojmował jej istotę. Nie lubił tego, co ja nazywam „dziadostwem”, a którego to określenia Pan Profesor nigdy by nie użył, korzystając raczej z takich wyrażen jak: „nieporządek”, „niedokładność”, „pójście na skróty”. O ile rzetelność i solidność były u mnie zawsze na najwyższym poziomie, to niejednokrotnie Pan Profesor musiał hamować moje nie tyle wnioski, co komentarze. Tłumaczył, że zwykle nie warto aż tak dosadnie podsumowywać cudzych braków, że jeśli trafi na odpowiedniego czytelnika, tekst zostanie właściwie odczytany, łącznie z treścią między wierszami. Poza tym nie zawsze moje wielkie odkrycia błędów czy nieścisłości w tekstach innych autorów dotyczyły spraw przełomowych. Albo nawet ważnych.

Zaszczytem było dołączenie do grona doktorantów Pana Profesora. Przy tej klasy Promotorze można zrozumieć, na czym polega zdobywanie stopnia naukowego. Dzisiaj ma go coraz więcej prawników, ale niewielu rzeczywiście go zdobywa. Jest mi przykro, że wraz ze śmiercią Pana Profesora umiera także w sposób symboliczny relacja między mistrzem a uczniem. Wzorem, który mimo możliwości osiągnięcia podobnych celów w życiu zawodowym, pozostanie na zawsze niedościgniony. Między innymi dlatego, że Pan Profesor z nikim się nie ścigał. Nie kategoryzował ludzi wedle osiągnięć, nie pompował swojego ego brzydkim traktowaniem zależnych od niego osób.

Moja relacja z Panem Profesorem była bardzo serdeczna, jednak daleka od poufałości. Mogłam sobie pozwolić przy Panu Profesorze na mniej formalne słownictwo, swobodne wyrażanie emocji, ale zawsze w granicach wyznaczonych przez szacunek, jakim darzyłam Pana Profesora. Zawsze z rozrzewaniem, zaproszona przez Pana Profesora gestem „do katedry”, podsłuchiwałam Jego rozmowy z Panią Katarzyną: nie śmiał zjeść obiadu na uczelni, dopóki nie ustalił z Żoną, czy i o której planuje posiłek w domu. Miłość i czułość, jaką obdarzał Panią Katarzynę, była co najmniej wzruszająca. Ich piękną relację mogłam obserwować także jako gość w domu Państwa Profesorstwa. Pan Profesor był mężczyzną eleganckim, ubranym zawsze adekwatnie do okazji. Miał wypielęgnowane dłonie i perfekcyjnie dobrany do koloru koszuli krawat. Czasami wybierał poszetkę. Pytał, czy może w moim towarzystwie pozwolić sobie na zdjęcie marynarki. Kiedy kończyliśmy spotkanie, zawsze podawał mi płaszcz. Kiedy widzieliśmy się po raz ostatni, także starał się pomóc mi go założyć.

Katarzyna Jasińska

W przeciwieństwie do Igi nie miałam, niestety, przyjemności poznać Pana Profesora Szwaj jako wykładowcy, mimo że pracował na Wydziale Prawa i Administracji UJ, gdzie studiowałam. Będąc studentką, znałam więc Pana Profesora tylko jako autora książek i innych publikacji z zakresu prawa własności intelektualnej i prawa handlowego, uchodzących wśród studentów za niemalże kultowe. Nie przyszło mi jeszcze wtedy nawet do głowy, że za kilka lat dołączę jako współautorka niektórych z nich.

Odczucia moich Studentów związane z wykładami prof. Szwaj, o których czasami rozmawialiśmy, w ogólnym zarysie pokrywają się z tymi przedstawionymi przez Igę. W skrócie rzecz ujmując, Profesor wysoko stawiał poprzeczkę swoim słuchaczom. Zdarzyło mi się usłyszeć od studentów, że wykłady są świetne, ale by móc je docenić i w pełni z nich skorzystać, trzeba wcześniej poświęcić

sporo czasu, by się do nich przygotować i dzięki temu umieć odnaleźć się m.in. w szerokim kontekście, nie tylko prawnym, ale i społecznym czy gospodarczym, w których poszczególne instytucje prawa przedstawiał Profesor. A bez wątpienia miał o czym mówić dzięki swojemu ogromnemu doświadczeniu życiowemu i zawodowemu. Dla formalności tylko przypomnieć można, że prof. Szwaja był nie tylko naukowcem, nauczycielem akademickim działającym zarówno w Polsce, jak i na świecie (do dziś pamiętam przepyszne maślane ciasteczka, które przywiózł mi z Orleanu po swoich gościnnych występach na tamtejszym uniwersytecie), ale także członkiem Zespołu do Spraw Spółek Handlowych przy Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego, członkiem organizacji międzynarodowych takich jak International Association for the Advancement of Teaching and Research in Intellectual Property i Association Internationale pour la Protection de la Propriété Industrielle, arbitrem Sądu Arbitrażowego przy Krajowej Izbie Gospodarczej w Warszawie i wreszcie – *last but not least* – adwokatem.

Jak podkreśliła prof. Ewa Łętowska w laudacji wygłoszonej w 2015 r. podczas uroczystości odnowienia po 50 latach doktoratu prof. Szwai, w której miałam przyjemność uczestniczyć, „To stara prawda znana prawnikom, że nie tak dobrze nie służy praktyce jak dobra doktryna, ale jednocześnie doktryna bez zastosowania praktycznego jest martwa, nie ma jej. Zamknięcie się w wiedzy z kości słoniowej to nie jest cecha, którą można by przypisać Jubilatowi, zarówno przedmiot jego zainteresowań pchał go ku konfrontacji tego, co zbadał, przedstawił z życiem praktycznym, ale i życie praktyczne weryfikowało to, co przedstawił na karatach publikacji o charakterze czysto naukowym”².

Osobiście, a nie tylko jako autora wybitnych publikacji, poznałam prof. Szwaję dopiero podczas studiów doktoranckich, a konkretnie na piątkowych zebraniach naukowych ówczesnego Instytutu Prawa Własności Intelektualnej UJ (obecnie Katedra Prawa Własności Intelektualnej UJ), których Profesor niemal do samego końca był jednym z najaktywniejszych uczestników, pokazując, że znakomicie odnajduje się w bardzo wielu dziedzinach prawa, nie tylko tych sobie najbliższych, i że siła oraz wartość prawnika niekoniecznie tkwi we wnikliwej znajomości poszczególnych regulacji.

Przez kilka lat nasza znajomość była tylko znajomością „z widzenia”. Istotna zmiana nastąpiła dopiero, kiedy zaraz po obronie doktoratu rozpoczęłam pracę w Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego w Krakowie, w Instytucie Prawa Prywatnego, którego dyrektorem był Profesor Szwaja, a dokładnie w Katedrze Prawa Handlowego i Własności Przemysłowej, której kierownikiem również był Pan Profesor. Profesor okazał się być przełożonym

² Uroczyste odnowienie doktoratu prof. Janusza Szwai, https://www.uj.edu.pl/wiadomosci/-/journal_content/56_INSTANCE_d82IKZvhit4m/10172/109184121 [dostęp: 15.05.2022].

bezproblemowym, sprawiedliwym, niezwykle życzliwym i wspierającym dla młodszych koleżanek i kolegów, traktującym wszystkich z szacunkiem i bez cienia nawet wyższości.

I wreszcie nie mogę nie wspomnieć o mojej współpracy z Profesorem Szwałą przy wydaniu kolejnych tomów *Systemu Prawa Prywatnego*, poświęconego prawu własności przemysłowej, oraz *Komentarza do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji* (C.H. Beck), który osobiście darzę ogromnym sentymentem. Nie muszę chyba nikogo przekonywać, jak wielką radość, dumę i jednocześnie – nie będę ukrywać – stres wywołało u mnie zaproszenie do tej współpracy. Mając jednak na względzie, że mimo iż jest to moje wspomnienie, to ma ono dotyczyć Pana Profesora, nieco więcej uwagi chciałabym poświęcić innej naszej publikacji, z pewnością nie najważniejszej z punktu widzenia Pana Profesora, a mianowicie artykułowi pt. *Mediacja w postępowaniu cywilnym: czy wciąż dobrowolna?* („Monitor Prawniczy”, nr 7/2017), którego pomysłodawcą był nie kto inny jak sam Profesor. Dlaczego? Dlatego, że jest ona dowodem na szczególną, zasygnalizowaną już wyżej cechę Pana Profesora jako prawnika, tj. jego nadzwyczajną umiejętność odnajdywania się także w tych dziedzinach prawa, które nie leżały w bezpośrednim kręgu jego zainteresowań naukowych czy praktycznych. Pamiętam, jak bardzo byłam zaskoczona wnikliwością dokonanej przez Profesora szybkiej analizy znowelizowanych przepisów kodeksu postępowania cywilnego o postępowaniu mediacyjnym (*nota bene* Profesor miał zwyczaj na bieżąco śledzić nowości legislacyjne) i trafnością wyciągniętych przez niego wniosków, uwzględniających nie tylko istotę mediacji, ale także szereg aspektów praktycznych. I pamiętam również, jak bardzo wtedy Panu Profesorowi zazdrościłam takich umiejętności i jak bardzo go podziwiałam.

O czasopiśmie

Periodyk „Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały” wydawany jest przez Oficynę Wydawniczą KAAFM na zlecenie Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. ISSN 1689-8052

Prezentuje zagadnienia z zakresu szeroko rozumianych nauk prawnych, w tym administracji publicznej, finansów publicznych czy integracji europejskiej. Służy jako platforma dyskusji nad prawem publicznym i prywatnym, zwłaszcza w kontekście komparatystycznym. Jest adresowany przede wszystkim do prawników i administratywistów, ale może być przydatny również studentom prawa i nauk społecznych.

Instrukcja dla autorów

1. Do publikacji przyjmowane będą prace prawnicze dotychczas niepublikowane, w tym artykuły naukowe, studia, glosy, recenzje i sprawozdania.
2. Teksty spełniające zasady obowiązujące w Studiach Prawniczych należy przekazać do Redakcji drogą elektroniczną. E-mail: sp@afm.edu.pl
3. Tekst artykułu w języku polskim, angielskim, niemieckim, lub hiszpańskim powinien być złożony pismem Times New Roman, 12 punktów, z interlinią 1,5 – w formacie edytowalnym.
4. Obowiązują przypisy dolne, z uwzględnieniem terminologii stosowanej w języku, w którym artykuł został napisany, w tym także terminologii łacińskiej.
5. Autor powinien wskazać afiliację z podaniem nazwy instytucji, w której obecnie pracuje, a także nazwę państwa. Powyższy wymóg nie ma zastosowania do autorów, którzy nie są powiązani z żadną instytucją.
6. Autorzy zobowiązani są podać numer Open Researcher and Contributor ID (ORCID). Numer ORCID można bezpłatnie założyć na stronie <https://orcid.org/>, a pozwala on na identyfikowanie autorów i współautorów tekstów.
7. Jeśli autor wyraża zgodę na ujawnienie swojego adresu e-mail, zostanie on zamieszczony w przypisie na stronie tytułowej tekstu.

8. Do tekstu sporządzonego w języku polskim, angielskim, niemieckim lub hiszpańskim, autor powinien dołączyć:

- a. bibliografię
- b. abstrakt (maksymalnie 200 słów),
- c. słowa kluczowe (3–5 słów).

Autor tekstu w języku polskim powinien dołączyć tłumaczenie abstraktu i słów kluczowych na język angielski.

9. Autor powinien wraz z tekstem przekazać podpisane oświadczenie (w formie skanu bądź przesłać pocztą na adres Wydawnictwa), iż składany tekst nie jest złożony do druku w innej redakcji ani nie został wcześniej opublikowany oraz że zgadza się na nieodpłatne przeniesienie autorskich praw majątkowych na Krakowską Akademię im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego. Plik oświadczenia do pobrania na stronie czasopisma (<https://sp.ka.edu.pl/informacje-dla-autorow>).
10. Tekst, który nie spełnia ww. wymogów, nie podlega dalszej procedurze wydawniczej (redakcja nie kieruje do recenzji artykułów przygotowanych niezgodnie z instrukcją).

Przebieg procesu wydawniczego

1. Autor przesyła tekst na adres: sp@afm.edu.pl
2. Sekretarz Redakcji ocenia tekst pod kątem spełnienia wymagań formalnych czasopisma.
3. Jeśli przesłany tekst nie spełnia wymagań formalnych, Sekretarz Redakcji informuje autora o konieczności dokonania zmian bądź uzupełnień.
4. Tekst, który uwzględnia wymagania redakcji, podlega merytorycznemu badaniu przez Redaktora Naczelnego / Zastępcę Redaktora Naczelnego lub Sekretarza Redakcji.
5. Redaktor Naczelny / Zastępca Redaktora Naczelnego lub Sekretarz Redakcji wyznaczają co najmniej dwóch niezależnych recenzentów artykułu.
6. Sekretarz Redakcji kieruje tekst do recenzentów, nie ujawniając im danych autora.
7. Recenzent przedstawia recenzję, korzystając z formularza recenzji. Wskazuje, czy tekst podlega przyjęciu bez poprawek, czy tekst podlega przyjęciu po uwzględnieniu poprawek, czy też tekst należy odrzucić. Recenzja wymaga uzasadnienia.
8. Po uzyskaniu recenzji, podejmowana jest decyzja co do opublikowania tekstu. Redaktor Naczelny / Zastępca Redaktora Naczelnego mogą postanowić, iż tekst zostanie opublikowany dopiero po złożeniu i przyjęciu ponownych recenzji.

9. Uzyskanie dwóch negatywnych recenzji oznacza, iż tekst zostanie odrzucony.
10. Redaktor Naczelny / Zastępca Redaktora Naczelnego może podjąć decyzję o nieprzyjęciu tekstu do druku, jeśli co najmniej jeden z recenzentów oceni tekst jako niekwalifikujący się do druku.
11. Autor uzyskuje informację co do wyników recenzji. Nie ujawnia mu się danych recenzentów. Autor przygotowuje odpowiedź na recenzję.
12. Redaktor Naczelny / Zastępca Redaktora Naczelnego oraz Sekretarz Redakcji ustalają listę artykułów, które zostaną opublikowane w danym numerze czasopisma.
13. Po ustaleniu listy artykułów Sekretarz Redakcji kieruje teksty do Wydawnictwa. Teksty po redakcji językowej kierowane są do autorów, którzy zobowiązani są odnieść się do uwag redaktorów. Brak odpowiedzi na uwagi w ustalonym terminie oznacza, iż autorzy uznają zasadność wszelkich zmian językowych.
14. Teksty zostają opublikowane na stronie internetowej czasopisma „Studia Prawnicze – Rozprawy i Materiały” (<https://sp.ka.edu.pl>).

Szczegółowe zasady dotyczące recenzji

1. Do oceny każdej publikacji powołuje się co najmniej dwóch niezależnych recenzentów spoza jednostki, przy której afiliowany jest autor.
2. W przypadku tekstów powstałych w języku obcym co najmniej jeden z recenzentów jest afiliowany w instytucji zagranicznej innej niż narodowość autora pracy.
3. Rekomendowanym rozwiązaniem jest model, w którym autor(zy) i recenzenci nie znają swoich tożsamości (tzw. double-blind review process).
4. W innych rozwiązaniach recenzent musi podpisać deklarację o nieistnieniu konfliktu interesów; za konflikt interesów uznaje się zachodzące między recenzentem a autorem:
 - a) bezpośrednie relacje osobiste (pokrewieństwo, związki prawne, konflikt),
 - b) relacje podległości zawodowej,
 - c) bezpośrednią współpracę naukową w ciągu ostatnich dwóch lat poprzedzających przygotowanie recenzji.
5. Recenzja musi mieć formę pisemną i kończyć się jednoznacznym wnioskiem co do dopuszczenia artykułu do publikacji lub jego odrzucenia.
6. Zasady kwalifikowania lub odrzucenia publikacji i ewentualny formularz recenzencki są podane do publicznej wiadomości na stronie internetowej czasopisma lub w każdym numerze czasopisma.

7. Nazwiska recenzentów poszczególnych publikacji/numerów nie są ujawniane; raz w roku czasopismo podaje do publicznej wiadomości listę recenzentów współpracujących.

About the Magazine

Studies in Law: Research Papers (*Studia Prawnicze. Rozprawy i Materiały*) is a periodical magazine published by KAAFM Publishing House (Ofcyna Wydawnicza KAAFM) to a commission from the Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University (Krakowska Akademia im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego). ISSN 1689-8052

It presents issues from a broad range of legal sciences, including public administration, public finance, and European integration, providing a platform for discussing public and private law, especially in comparative approach. It is addressed primarily to lawyers and administration experts, but is also valuable for students of law and social sciences.

Instructions for authors

1. Research works in the field of law that have not been published previously, including articles, studies, glosses, reviews and reports, will be accepted for publication.
2. Texts that meet the conditions pertinent to Studies in Law – Research Papers are to be sent to the Editorial Office electronically. E-mail: sp@afm.edu.pl
3. Texts in Polish, English, German or Spanish should be submitted in an editable format according to the following specifications: font – Times New Roman, size – 12 point, spacing – 1.5.
4. Footnotes apply, the terminology in the language in which paper is written, including Latin terminology.
5. The author should indicate his/her affiliation and specify the name of the institution in which s/he currently works, as well as the name of the country. This requirement does not apply to authors who are not affiliated with any institution.
6. Authors are requested to submit the Open Researcher and Contributor ID (ORCID) number. The ORCID number can be created free of charge at

<https://orcid.org/>. It allows the identification of authors and co-authors of texts.

7. If the author consents to the disclosure of his/her e-mail address, it will be included in a footnote on the title page of the text.
8. The author should send the text written in Polish, English, German or Spanish accompanied with:
 - a. bibliography
 - b. abstract (max 200 words)
 - c. keywords (3–5 words)
9. Together with the text, the author should send a signed statement [in the form of a scan or by post to the publisher's address] that the text is not submitted for publication in another editorial office and has not been previously published and that the author agrees to the free transfer of economic copyrights to Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University. The declaration file can be downloaded from the journal's website (below).
10. Text that does not meet the above-mentioned requirements is not subject to further publishing procedure [the editors do not refer articles prepared contrary to the instructions for review].

Publishing process

1. The author sends the text to the following address: sp@afm.edu.pl
2. The Editorial Office Secretary evaluates whether the text meets the formal requirements of the journal.
3. If the submitted text does not meet the formal requirements, the Editorial Office Secretary informs the author about the necessity to make changes or additions.
4. The text that meets the requirements is subject to content – related examination by the Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief or the Editorial Office Secretary.
5. The Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief or the Editorial Office Secretary appoint at least two independent reviewers to each article.
6. The Editorial Office Secretary sends the text to the reviewers, without revealing the author's details.
7. The reviewer submits the review on the review form. S/he indicates whether the text is approved without amendment, whether the text is adopted as amended, or whether the text should be rejected. The review requires a justification.
8. After obtaining the review, a decision is made as to whether to publish the text. The Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief may decide that the

text will be published only after new reviews have been submitted and accepted.

9. Obtaining two negative reviews means that the text will be rejected.
10. The Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief may decide not to accept the text for publication if at least one of the reviewers evaluates the text as ineligible for publication.
11. The author obtains information on the results of the review. The data of the reviewers is not disclosed to him/her. The author prepares a reply to the review.
12. The Editor-in-Chief / Deputy Editor-in-Chief and the Editorial Office Secretary determine the list of articles to be published in a given issue of the journal.
13. After establishing the list of articles, the Editorial Office Secretary sends the texts to the Publishing House. The texts, after linguistic corrections, are sent to the authors who are obliged to refer to the proofreading comments. Failure to respond to comments before the deadline means that the authors acknowledge the validity of any linguistic changes.
14. The texts are published on the website of the journal "Studia Prawnicze – Rozprawy i Materiały / Studies in Law- Research Papers" (<https://sp.ka.edu.pl>).

Detailed rules for reviews

1. Each publication is assessed by at least two independent reviewers from outside the institution with which the author is affiliated.
2. In the case of text written in a foreign language, at least one of the reviewers is affiliated with an institution in a country other than the nationality of the author of the work.
3. The recommended approach is a model in which the authors and reviewers do not know their identities (i.e. double-blind review process).
4. In other cases, the reviewer must sign a declaration of no conflict of interest; the conflict of interest between the reviewer and the author is considered when one of the following situations is true:
 - a) direct personal relationships (kinship, legal relationships, conflict),
 - b) relationships of professional subordination,
 - c) direct academic cooperation during the last two years preceding the preparation of the review.
5. The review must be in writing and must conclude with an unambiguous statement as to whether the article can be published or rejected.

6. The rules of qualifying or rejecting a publication and a possible review form are made public on the journal's website or in each issue of the journal.
7. The names of the reviewers of individual publications/issues are not disclosed; once a year, the journal publishes a list of cooperating reviewers.

Über die Zeitschrift

Die Zeitschrift „Juristische Studien. Dissertationen und Materialien“ wird vom KAAFM-Verlag im Auftrag von Andrzej Frycz Modrzewski Krakow University veröffentlicht. ISSN 1689-8052

Die Zeitschrift präsentiert Themen vom Bereich der Rechtswissenschaften, einschließlich der öffentlichen Verwaltung, der öffentlichen Finanzen und der europäischen Integration und sie dient als Plattform für die Diskussion über das öffentliche und private Recht, insbesondere in dem vergleichenden Kontext. Sie wird an die Juristen und Verwaltungsrechtskenner gerichtet, aber sie kann auch für Jura- und Sozialwissenschaftensstudenten nützlich sein.

Hinweise und Anweisungen für Autoren

1. Zur Veröffentlichung werden juristische Werke, einschließlich wissenschaftlicher Artikel, Studien, Glossare, Rezensionen und Berichte angenommen.
2. Texte, die den Regeln des Rechtsstudiums entsprechen, sind per E-Mail an die Redaktion anzureichen. E-mail: sp@afm.edu.pl
3. Der Text des Artikels in polnischer, englischer, deutscher oder spanischer Sprache mit 1,5 Abständen – in einem bearbeitbaren Format.
4. Es gelten Fußnoten unter Berücksichtigung der Terminologie, die in der Sprache verwendet wird, in der der Artikel verfasst wurde, einschließlich der lateinischen Terminologie.
5. Der Autor sollte die Zugehörigkeit zum Namen der Institution, in der er derzeit arbeitet, sowie zum Namen des Landes angeben. Die oben genannte Anforderung gilt nicht für Autoren, die keiner Institution angeschlossen sind.
6. Die Autoren müssen die ORCID-Nummer (Open Researcher and Contributor ID) angeben. Die ORCID-Nummer kann kostenlos unter <https://orcid.org/> erstellt werden, wodurch Autoren und Mitautoren von Texten identifiziert werden können.

7. Wenn der Autor der Offenlegung seiner E-Mail-Adresse zustimmt, wird diese in eine Fußnote auf der Titelseite des Textes aufgenommen.
8. Der Autor sollte einem Text in polnischer, englischer, deutscher oder spanischer Sprache folgendes beifügen:
 - a. Bibliographie
 - b. Zusammenfassung (max. 200 Wörter)
 - c. Schlüsselwörter (3–5 Wörter)
- Zusammen mit dem Text sollte der Autor eine unterschriebene Erklärung [in Form eines Scans oder per Post an die Adresse des Verlags] abgeben, dass der eingereichte Text nicht zur Veröffentlichung in einer anderen Redaktion eingereicht wurde oder noch nicht veröffentlicht wurde und dass er der kostenlosen Übertragung von Eigentumsrechten an der Krakauer Akademie von Andrzej Frycz Modrzewski zustimmt. Die Erklärungsdatei kann von der Website des Journals (unten) heruntergeladen werden.
- Text, der die oben genannten Anforderungen nicht erfüllt, ist keinem weiteren Veröffentlichungsverfahren vorbehaltlich [Artikel, die entgegen den Anweisungen zur Überprüfung erstellt wurden, werden zur Rezension nicht vergeben]

Der Ablauf vom Veröffentlichungsprozess

1. Der Autor sendet den Text an die Adresse sp@afm.edu.pl
2. Der Sekretär der Redaktion bewertet den Text, ob er die formalen Anforderungen der Zeitschrift erfüllt.
3. Wenn der eingereichte Text nicht den formalen Anforderungen entspricht, informiert der Sekretär des Herausgebers den Autor über die Notwendigkeit, Änderungen oder Ergänzungen vorzunehmen.
4. Der Text, der den Anforderungen der Redaktion entspricht, unterliegt einer inhaltlichen Prüfung durch den Chefredakteur / stellvertretenden Chefredakteur oder den Redaktionssekretär.
5. Der Chefredakteur / stellvertretende Chefredakteur oder der Sekretär des Redaktionsausschusses ernennt mindestens zwei unabhängige Gutachter des Artikels.
6. Der Sekretär der Redaktion richtet den Text an die Rezensenten, ohne die Personaldaten des Autors anzugeben.
7. Der Rezensent reicht die Rezension über das Rezensionsformular ein. Der Rezensent gibt an, ob der Text ohne Änderung genehmigt wird, ob der Text in der geänderten Fassung übernommen wird oder ob der Text abgelehnt werden sollte. Die Rezension bedarf einer Begründung.

8. Nach Erhalt der Überprüfung wird entschieden, ob der Text veröffentlicht werden soll. Chefredakteur / stellvertretender Chefredakteur kann beschließen, dass der Text erst nachdem die erneuten Überprüfungen eingereicht und akzeptiert wurden, veröffentlicht wird.
9. Zwei negative Rezensionen bedeuten, dass, der Text abgelehnt wird.
10. Der Chefredakteur / stellvertretende Chefredakteur kann beschließen, den Text nicht zur Veröffentlichung anzunehmen, wenn mindestens einer der Rezensent den Text als nicht zur Veröffentlichung geeignet bewertet.
11. Der Autor erhält Informationen über die Ergebnisse der Rezension. Die Daten der Rezensenten werden ihm nicht mitgeteilt. Der Autor bereitet eine Antwort auf die Bewertung vor.
12. Der Chefredakteur / stellvertretende Chefredakteur und der Sekretär des Redaktionsausschusses legen die Liste der Artikel fest, die in einer bestimmten Ausgabe der Zeitschrift veröffentlicht werden sollen.
13. Nach Erstellung der Artikelliste sendet der Redaktionssekretär die Texte an den Verlag. Die Texte nach sprachlichen Korrekturen werden an die Autoren gesendet, die verpflichtet sind, zu den Korrekturlesekommentare Stellung zu nehmen. Wenn Kommentare nicht innerhalb der festgelegten Frist beantwortet werden, erkennen die Autoren die Gültigkeit sprachlicher Änderungen an.
14. Die Texte werden auf der Website der Zeitschrift "Studia Prawnicze – Rozprawy i Materiały / Studies in Law – Research Papers" (<https://sp.ka.edu.pl>) veröffentlicht.

Detaillierte Regeln für Rezension

1. Jede Veröffentlichung wird von mindestens zwei unabhängigen Rezensenten von außerhalb der Forschungseinheit bewertet, mit der der Autor verbunden ist.
2. Bei fremdsprachigen Texten ist mindestens einer der Gutachter einer anderen ausländischen Institution als der Nationalität des Autors des Werkes angeschlossen.
3. Die empfohlene Lösung ist ein Modell, bei dem der Autor und der Rezensent ihre Identität nicht kennen (der sogenannte doppelblinde Überprüfungsprozess).
4. Bei anderen Lösungen muss der Rezensent eine Erklärung über das Nichtvorhandensein eines Interessenkonflikts unterzeichnen. Der Interessenkonflikt zwischen dem Rezensenten und dem Autor wird berücksichtigt:
 - a. direkte persönliche Beziehungen (Verwandtschaft, Rechtsbeziehungen, Konflikte),

- b. Beziehungen der beruflichen Unterordnung,
- c. direkte wissenschaftliche Zusammenarbeit in den letzten zwei Jahren vor der Vorbereitung der Überprüfung.
 - Die Rezension muss schriftlich erfolgen und mit einer eindeutigen Schlussfolgerung darüber enden, ob der Artikel zur Veröffentlichung freigegeben werden soll oder nicht.
 - Die Regeln für die Qualifizierung oder Ablehnung der Veröffentlichung und das mögliche Rezenssionsformular werden auf der Website der Zeitschrift oder in jeder Ausgabe der Zeitschrift veröffentlicht.
 - Die Namen der Rezensenten einzelner Veröffentlichungen / Ausgaben werden nicht bekannt gegeben. Einmal im Jahr veröffentlicht die Zeitschrift eine Liste der kooperierenden Rezensenten.