

Cena 42,00 zł (VAT 8%)

STUDIA PRAWNICZE 1 (227) 2023

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

PÓŁROCZNIK

ISSN 0039-3312

eISSN 2719-4302

1 (227)
2023

W numerze:

- Standard Arm's Length – w niewoli dogmatu
- Zagadnienie kształtowania cen w obrocie *inter vivos* nieruchomościami rolnymi – studium prawno-porównawcze
- Udział niepoczytalnego podejrzanego w postępowaniu sądowym w przedmiocie stosowania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym
- Podstawy odpowiedzialności za przestępczość zorganizowaną na przykładzie wybranych instrumentów części ogólnej kodeksu karnego
- Odpowiedzialność karna i dyscyplinarna nauczyciela akademickiego za ten sam czyn. Rozważania na temat zbiegu odpowiedzialności penalnej nauczyciela akademickiego
- Mediation as an alternative method of resolving disputes in opposition procedures against trade mark applications
- Legal transplant during democratic transition: The regional migration of a constitutional idea. The spread of qualified law in the central and Eastern European regions

Wydawnictwo INP PAN
Warszawa 2023

INSTYTUT NAUK PRAWNYCH
POLSKA AKADEMIA NAUK



STUDIA PRAWNICZE

PÓŁROCZNIK

ISSN 0039-3312

eISSN 2719-4302

1 (227)
2023

Wydawnictwo INP PAN
Warszawa 2023



KOLEGIUM REDAKCYJNE:

Redaktor Naczelny – **prof. dr hab. Monika Szwarc** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska)
Z-ca Redaktora Naczelnego – **dr hab. Monika Domańska, prof. INP PAN** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska)
Sekretarz Redakcji – **Joanna Florecka** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska)

KOMITET REDAKCYJNY:

Władysław Czapliński (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska), **Jean-Philippe Derosier** (University of Lille, Francja), **Marc Engelhart** (Max Planck Institute for the Study of Crime, Security and Law, Freiburg, Niemcy), **Beryl ter Haar** (Leiden University, Holandia), **Bettina Heiderhoff** (University of Münster, Niemcy), **Andre Janssen** (Radboud University Nijmegen, Holandia), **Daniele Negri** (University of Ferrara, Włochy), **Celina Nowak** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska), **Angelika Nußberger** (University of Köln, Niemcy), **Paweł Podrecki** (Instytut Nauk Prawnych PAN, Polska), **Maciej Szpunar** (Uniwersytet Śląski, Polska), **Andreas Thier** (University of Zurich, Szwajcaria), **Luc Wintgens** (Catholic University of Leuven, Belgia), **Ariane Vidal-Naquet** (Aix-Marseille University, Francja)

„Studia Prawnicze” ukazują się nieprzerwanie **od 1963 r.**

Redakcja uprzejmie zawiadamia, że dążąc do upowszechniania za granicą artykułów ukazujących się w „Studiach Prawniczych”, zamieszcza angielskie streszczenia artykułów w Central European Journal of Social and Humanities (**CEJSH**), Bibliotece Nauki i e-Bibliotece Prawniczej oraz artykuły wraz z zestawem metadanych w bazach Central and Eastern European Online Library (**CEEOL**) oraz **Ebsco – Legal Source, Biblioteka Nauki**.

Czasopismo jest indeksowane w bazie referencyjnej **ERIH PLUS**.

Pełne wersje artykułów, publikowanych w modelu Open Access.

Zgodnie z Komunikatem Ministra Edukacji i Nauki z dnia 17 lipca 2023 r. w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych półrocznik „Studia Prawnicze” uzyskał **40 punktów**.

Wersją podstawową (referencyjną) czasopisma jest wersja papierowa.

ISSN 0039-3312; eISSN 2719-4302

DOI 10.37232/sp.2023

Redaktor prowadzący: **Izabela Dobrowolska**

Redakcja i korekta językowa: **Justyna Ramiączek**

Proofreading: **Eric Hilton**

Skład: **Izabela Dobrowolska**

Adres Redakcji:

Instytut Nauk Prawnych PAN
ul. Nowy Świat 72, 00-330 Warszawa (Pałac Staszica)
tel. 22 826 52 31 w. 181
fax 22 826 78 53
e-mail: studiaprawnicze@inp.pan.pl

Druk na zlecenie INP PAN: Sowa Sp. z o.o.

nakład: 80 egz.



SPIS TREŚCI

Od redakcji.....	5
------------------	---

ARTYKUŁY

Krzysztof Lipka

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie, Polska

Standard Arm's Length – w niewoli dogmatu	7
---	---

Przemysław Szalkowski

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny, Polska

Zagadnienie kształtowania cen w obrocie <i>inter vivos</i> nieruchomościami rolnymi – studium prawnoporównawcze.....	29
---	----

Małgorzata Szeroczyńska

Prokuratura Rejonowa w Żyrardowie, Polska

Udział niepoczytalnego podejrzanego w postępowaniu sądowym w przedmiocie stosowania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym	69
---	----

Magdalena Stawarz

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie, Polska

Podstawy odpowiedzialności za przestępczość zorganizowaną na przykładzie wybranych instrumentów części ogólnej kodeksu karnego.....	101
---	-----

Kamil Łakomy

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Odpowiedzialność karna i dyscyplinarna nauczyciela akademickiego za ten sam czyn. Rozważania na temat zbiegu odpowiedzialności penalnej nauczyciela akademickiego.....	131
--	-----

Filip Radziwiłł

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk, Polska

Mediation as an alternative method of resolving disputes in opposition procedures against trade mark applications.....	153
---	-----

PRZEKŁADY

Boldizsár Szentgáli-Tóth

Institute for Legal Studies, Hungary

Legal transplant during democratic transition: The regional migration of a constitutional idea. The spread of qualified law in the central and Eastern European regions	171
---	-----

TABLE OF CONTENT

Editorial.....	5
ARTICLES	
Krzysztof Lipka	
Kozminski University in Warsaw, Poland	
<i>Arm's length</i> principle: In bondage to dogma	7
Przemysław Szalkowski	
SWPS University of Social Sciences and Humanities, Poland	
The question of price regulation in the <i>inter-vivos</i> disposal of agricultural properties: comparative legal study	29
Małgorzata Szeroczyńska	
Regional Prosecutor's Office in Żyrardów, Poland	
The participation of the insane suspect in the court proceedings regarding the precautionary measure in the form of a stay in a psychiatric institution.....	69
Magdalena Stawarz	
Kozminski University, Poland	
Basis of responsibility for organized crime on the example of selected instruments of the general part of the Criminal Code	101
Kamil Łakomy	
Adam Mickiewicz University, Poland	
Criminal and disciplinary liability of academic teachers for a single act: Considerations on the concurrence of penal liability of academic teacher.....	131
Filip Radziwiłł	
Institute of Law Studies Polish Academy of Sciences, Poland	
Mediation as an alternative method of resolving disputes in opposition procedures against trade mark applications	153
TRANSLATION	
Boldizsár Szentgáli-Tóth	
Institute for Legal Studies, Hungary	
Legal transplant during democratic transition: The regional migration of a constitutional idea. The spread of qualified law in the central and Eastern European regions	171

Pierwszy z tegorocznych numerów półrocznika „Studiów Prawniczych” zawiera artykuły poruszające szereg zagadnień prawa publicznego. Znalazły się w nim opracowania z zakresu prawa penalnego materialnego (M. Stawarz, K. Łakomy), procesowego (M. Szeroczyńska), a także międzynarodowego prawa podatkowego (K. Lipka), prawa rolnego (P. Szalkowski) i prawa własności intelektualnej (F. Radziwiłł). Numer zamyka przekład artykułu dotyczącego ważnego zagadnienia z zakresu prawa konstytucyjnego (B. Szentgáli-Toth). Mają one istotne znaczenie dla stanowienia prawa w praktyce legislacyjnej i stosowania w administracji i sądownictwie. Publikujemy artykuły osób będących we wczesnym etapie pracy naukowej, posiadających stopień doktora lub przygotowujących rozprawę doktorską. Z tym większą satysfakcją prezentujemy wyniki przeprowadzonych badań ufając, że Czytelniczki i Czytelnicy docenią poziom naukowy, walory teoretyczne oraz praktyczne artykułów publikowanych w czasopiśmie.

Dziękujemy Recenzentkom i Recenzentom za ich wkład w przygotowanie kolejnego numeru czasopisma.

Monika Domańska, Monika Szwarc

The articles in the latest issue of “Studia Prawnicze / Legal Studies” present different aspects of public law which are of considerable importance to legislative processes and the administrative and judicial application of law. In this issue of *Studia Prawnicze* readers will find articles on selected issues material penal law (M. Stawarz and K. Łakomy) and criminal procedure (M. Szeroczyńska), as well as international tax law (K. Lipka), agricultural law (P. Szalkowski) and intellectual property law (F. Radziwiłł). This issue also contains translation of the article on important questions of constitutional law (B. Szentgáli-Toth). The authors are researchers early in their scholarly careers, holding PhDs or preparing their doctoral theses. For that reason the satisfaction of the Editorial Board is even greater: we present this research with the hope that the readers will appreciate the scientific quality as well as theoretical and practical aspects of these articles.

As always, the Editorial Board would like to thank the reviewers for their contribution.

Monika Domańska, Monika Szwarc



Dr Krzysztof Lipka

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie, Polska

ORCID: 0000-0002-1680-9635

lipkak@kozminski.edu.pl

Standard *Arm's Length* – w niewoli dogmatu

Arm's length principle: In bondage to dogma

Abstract: It will be soon one hundred years since the arm's length principle (ALP) was introduced. During the past century, the standard has become one of the foundations of the international tax order. Furthermore, the whole transfer pricing system is built around it.

This article discusses the ALP's key features and explains why it gained the dominant position in transfer pricing regulations despite its serious weaknesses. An alternative exists, called *formulary apportionment*, whose mechanism is based on profit allocation. The article's thesis is that, due to changes resulting from globalisation and digitalisation of the economy, the arm's length principle is no longer adequate to the challenges of the modern global economy and the new meaning of tax justice. It is suggested that the new global tax rules, considered in response to phenomena such as e-commerce and postulates to introduce global taxes should be based on alternative income allocation mechanisms such as formulary apportionment. This new development may initiate a process of taxes drifting away from the arm's length standard. Although we owe it a lot, excessive loyalty can slow down necessary changes. These changes will be very difficult, but nevertheless they seem irreversible.

Keywords: transfer pricing, global taxes, international taxation, arm's length principle, formulary apportionment mechanisms

Abstrakt: Właśnie mija sto lat od stworzenia standardu *arm's length* (*arm's length principle* – ALP). Przez ten czas zasada ta stała się jednym z fundamentów międzynarodowego prawa podatkowego. Na niej zbudowany jest w całości system cen transferowych. Artykuł omawia podstawowe wady i zalety zasady *arm's length* oraz wyjaśnia powody, dla których uzyskała i utrzymuje nadal pozycję dominującą w rozwiązaniach dotyczących cen transferowych, choć coraz wyraźniej dostrzega się jej słabości. Alternatywą jest standard wykorzystujący mechanizmy alokacji przychodów (tzw. *formulary apportionment* – FA). W artykule przedstawiono tezę, że ze względu na zmiany wynikające ze zjawiska globalizacji i cyfryzacji ekonomiki, po dekadach wykorzystywania zasady *arm's length*, obecnie nie wydaje się ona w pełni adekwatna do wyzwań współczesnej gospodarki światowej i nowego rozumienia sprawiedliwości fiskalnej. W konsekwencji nowe globalne zasady podatkowe wprowadzane jako odpowiedź na zjawiska takie jak: prowadzenie działalności gospodarczej z użyciem narzędzi elektronicznych *e-commerce*, a także pojawiające się postulaty inkorporacji podatków o zasięgu światowym mogą być oparte na alternatywnych rozwiązaniach, np. zasadzie *formulary apportionment*. Zastosowanie tej metody jako rozwiązania konkretnych problemów może skutkować powolnym odchodzeniem od zasady *arm's length*. Choć wiele jej zawdzięczamy, to nadmierne przywiązanie może spowalniać konieczne i ważne zmiany. Zmiany te będą bardzo trudne, mogą się jednak okazać nieodwracalne.

Słowa kluczowe: ceny transferowe, podatki światowe, podatki międzynarodowe, zasada *arm's length*, mechanizm alokacji przychodów

1. Wprowadzenie

W międzynarodowym prawie podatkowym trudno wskazać standard ważniejszy niż zasada *arm's length*¹. Zdominowała ona całkowicie rozwiązania cen transferowych, a jej wybór skutkował stworzeniem skomplikowanego systemu norm regulujących transakcje między podmiotami powiązanymi. Wybór tego właśnie podejścia był wynikiem analiz wąskiej grupy naukowców i wysokiej rangi urzędników z kilku państw. Sto lat temu decyzja o przyjęciu

¹ Polskie tłumaczenia, takie jak: zasada wyciągniętej ręki, zasada dystansu lub zasada wyciągniętego ramienia nie są powszechnie stosowane w literaturze, zatem autor zdecydował się na użycie zwrotu oryginalnego.

założenia, że podmioty powiązane mogą być dla celów analizy podatkowej traktowane jako niezależne, wydawała się słuszna. Realia biznesowe były prostsze, skala problemu mniejsza a alternatywne rozwiązania niedoskonałe. Jednak wszystkie te czynniki uległy zmianie. Powstały nowe formy działalności, takie jak *e-commerce*, skala umów zawieranych między podmiotami powiązanymi wzrosła i dziś ich liczba przekracza połowę wszystkich transakcji międzynarodowych. Ponadto rozwój technologii umożliwił koordynację światowych działań fiskalnych, przetwarzanie olbrzymiej liczby danych i w konsekwencji efektywne użycie metod alternatywnych względem zasady *arm's length*.

Obecnie, zarówno w dyskursie naukowym, jak i wśród praktyków, dostrzega się wady i ograniczenia rozwiązań opartych na omawianej zasadzie. Dlatego coraz odważniej postuluje się szersze wykorzystanie mechanizmów bazujących na alokacji części przychodów do poszczególnych podmiotów przy użyciu odpowiednich formuł, tzw. *formulary apportionment*. Wprowadzenie tego rodzaju narzędzi mogłoby doprowadzić do przełomu w sposobie postrzegania zasad ustalania podstawy opodatkowania w transakcjach międzynarodowych podmiotów powiązanych, a w dalszej perspektywie zachwiania podstawami obecnego systemu cen transferowych. Jeżeli metoda alokacji dochodów zastąpi w przyszłości zasadę *arm's length*, to zniknie konieczność skomplikowanego, obciążającego podatników i administracje fiskalne wymogu ustalania cen rynkowych dla celów podatkowych. Jesteśmy tak przywiązani do istniejących rozwiązań, że z trudem możemy wyobrazić sobie alternatywę. Jednak globalne zmiany powoli torują drogę do wprowadzenia globalnych rozwiązań, w tym podatkowych. Jednym z wyzwań, z którymi społeczność międzynarodowa będzie musiała się zmierzyć, jest kwestia podatków światowych, mechanizmów ich poboru i dystrybucji. W tej sferze narzędzia oparte na alokacji nie mogą zostać pominięte.

W artykule przedstawiono podstawowe cechy zasady *arm's length*, wyjaśniono przyczyny uzyskania przez nią pozycji dominującej w regulacjach cen transferowych, omówiono jej podstawowe wady i zalety. Następnie przedstawiono zasadę *formulary apportionment* oraz jej zalety i wady. Przy porównaniu obydwu zasad uwzględniono wpływ współczesnych globalnych wyzwań gospodarczych i zjawisk związanych z ewolucją światowego ładu podatkowego. W szczególności zwrócono uwagę na rosnące trudności z użyciem zasady *arm's length* w coraz bardziej złożonych transakcjach międzynarodowych, np. wykorzystujących wartości niematerialne i prawne lub mechanizmy alokacji kosztów usług wspólnych. Zasada *formulary apportionment*, choć nie wolna od słabości,

wyduje się być bardziej adekwatnym narzędziem do analizy tego typu skomplikowanych transakcji pomiędzy podmiotami powiązanymi.

W badaniach wykorzystano przede wszystkim metodę teoretyczno-prawną służącą do analizy poglądów doktryny oraz przedstawienia i skonfrontowania poglądów najważniejszych przedstawicieli głównych nurtów polemicznych dotyczących badanego zagadnienia. Pomocniczo stosowano metodę dogmatyczno-prawną oraz metodę logiczno-językową.

2. Zasada *arm's length* a światowy porządek podatkowy

Zasada *arm's length* to podstawowa reguła cen transferowych. Stanowi ona, że w transakcjach zawieranych między sobą podmioty powiązane powinny ustalać ceny tak, jakby robiły to w analogicznej sytuacji podmioty niepowiązane². Przyjmuje się, że jest ona oparta na trzech założeniach:

- 1) podmioty powiązane traktujemy tak, jakby były niezależne,
- 2) warunki kontraktowe między tymi podmiotami mogą podlegać analizie,
- 3) istnieją transakcje porównywalne z analizowanymi, zawarte między podmiotami niezależnymi³.

Zasada *arm's length* przez lata była powszechnie uznawana za jedyną właściwą. Rzadkie próby jej krytyki podejmowane przez nielicznych badaczy nie przekładały się na konkretne propozycje tworzenia modelu alternatywnego. Przez sto lat dominacji w dyskursie cen transferowych wyparła ona inne możliwe podejścia, narzuciła ortodoksyjne spojrzenie na problematykę i doprowadziła do uformowania współczesnego kształtu systemu rozliczeń podatkowych podmiotów powiązanych⁴. Znaczenie zasady *arm's length* dla cen transferowych jest tak silne, że praktycznie nie pamięta się już o istnieniu alternatywnych do niej metod – metod alokacji dochodów, a sam wybór zasady *arm's length* jako właściwego narzędzia został przesądzony w wyniku arbitralnej decyzji⁵.

² S. Sojak, D. Baćkowski, *Ceny transferowe. Aspekt podatkowy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2003, s. 39 i n.

³ L. Ballivet, *International Use of Non-Arm's Length Approaches within the Arm's Length Principle: Heading towards a New Standard?*, „International Transfer Pricing Journal” 2020, nr 2, s. 130.

⁴ Siłę dogmatu wykazuje analiza: M. Pankiv, *Contemporary Application of the Arm's Length Principle in Transfer Pricing*, IBFD, Amsterdam 2017, https://www.academia.edu/34230951/Contemporary_application_of_the_arms_lengths_principle_in_transfer_pricing [dostęp: 15.11.2022].

⁵ Kulisy decyzji o przyjęciu rozwiązań bazujących na ALP omówiono w: P. Hewitt, A. Lymer, L. Oats, *History of International Business Taxation*, [w:] A. Lymer, J. Hasseldine (red.), *The International Taxation System*, Springer, Nowy Jork 2002, s. 53, https://doi.org/10.1007/978-1-4615-1071-0_3.

Podejście zakładające, że transakcje między podmiotami pozostającymi w stosunku zależności należy rozpatrywać z założeniem, iż podmioty takie mogą być porównywane z podmiotami niezależnymi i istnieją analogiczne, niezależne, obiektywnie weryfikowalne transakcje dające wyobrażenie o właściwym poziomie dochodowości nie jest specyficzne dla cen transferowych. Analogiczne rozwiązanie zostało przyjęte w modelach konwencji dotyczących unikania podwójnego opodatkowania (zarówno Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD), jak i Organizacja Narodów Zjednoczonych (ONZ))⁶.

Zgodnie z artykułem 9 ust. 1 Konwencji OECD: „jeżeli [...] między dwoma przedsiębiorstwami w zakresie ich stosunków handlowych lub finansowych, zostaną ustalone lub narzucone warunki różniące się od warunków, jakie ustaliłyby między sobą niezależne przedsiębiorstwa, wówczas zyski, które osiągnęłoby jedno z przedsiębiorstw bez tych warunków, ale z powodu tych warunków ich nie osiągnęło, mogą być uznane za zyski tego przedsiębiorstwa i odpowiednio opodatkowane”⁷. Rozwinięcie tego zagadnienia znajdujemy w wytycznych OECD, z których wynika, że konsekwencją zastosowania zasady *arm's length* jest zasada *separate entity*⁸. Oznacza ona, że każdy z podmiotów powiązanych należy traktować jak niezależnego podatnika. W konsekwencji, dla celów podatkowych, każdy taki podmiot powinien być traktowany jak oddzielna niezależna od innych jednostka. Dodatkowo przyjęcie w omawianych modelach metody oddzielnej rachunkowości dla zakładu (*permanent establishment*) istniejącego na terenie drugiego państwa determinuje konieczność użycia zasady *arm's length* do oszacowania poziomu cen w transakcjach między podmiotem macierzystym a placówką w kraju obcym⁹.

Obecnie zawartych jest około 3000 międzynarodowych umów o unikaniu podwójnego opodatkowania opartych w znacznym stopniu na tych wzorcach. W ten sposób zasady *arm's length* i *separate entity* stały się głównymi fundamentami i przyczyniły się do petryfikacji globalnego systemu podatkowego¹⁰.

⁶ D. Koreń, *Charakter konwencji modelowej OECD o unikaniu podwójnego opodatkowania*, „Monitor Podatkowy” 2013, nr 8, s. 20–24.

⁷ *Model Tax Convention on Income and on Capital*, <https://www.oecd.org/ctp/treaties/articles-model-tax-convention-2017.pdf> [dostęp: 15.11.2022].

⁸ K. Lasiński-Sulecki, *Ceny transferowe w prawie podatkowym i celnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014, s. 219.

⁹ C. Makunike, *The Nexus between Tax Treaties, Transfer Pricing and BEPS. Lessons for African Tax Policy Makers and Administrators*, ATRN Working Paper 2016, nr 5, https://www.academia.edu/27959647/The_Nexus_between_Tax_Treaties_Transfer_Pricing_and_BEPS_Lessons_for_African_Tax_Policy_Makers_and_Administrators [dostęp: 15.05.2023].

¹⁰ K. Bany, *Znaczenie komentarza do modelowej konwencji OECD o unikaniu podwójnego opodatkowania*, „Przegląd Podatkowy” 2000, nr 12, s. 27.

3. Ekspansja zasady *arm's length*

Transakcje międzynarodowe są źródłem zarówno problematyki cen transferowych, jak i podwójnego opodatkowania¹¹. Podatnik prowadzący sprzedaż do innego państwa narażony był (i jest) na dwukrotne opodatkowanie - w państwie sprzedaży i w państwie siedziby. Historycznie tego rodzaju niepożądane sytuacje mogły być rozwiązywane poprzez zawarcie dwustronnej umowy ustalającej zasady podziału praw do opodatkowania między dwoma zainteresowanymi krajami. Rozwój takich umów był skutkiem pojawienia się nowych uwarunkowań gospodarczych i umiędzynarodowienia działalności firm a nastąpił w XX wieku, początkowo pod wpływem Ligi Narodów, a następnie OECD¹².

W drugiej połowie XIX wieku rozpoczęła się transgraniczna ekspansja gospodarcza firm amerykańskich i brytyjskich. Wtedy też władze skarbowe tych państw dostrzegły istnienie zjawiska polegającego na uchylaniu się od płacenia lokalnych podatków poprzez deklarowanie dochodu w kraju z niższą stawką podatkową¹³. W reakcji na narastający problem w 1917 roku USA wprowadziły pierwsze regulacje pozwalające władzom na dokonywanie alokacji dochodów do tego podmiotu, do którego się one faktycznie odnoszą¹⁴. Rok później podobne przepisy wprowadziła Wielka Brytania¹⁵. Kolejny pakiet regulacji to uznawany za początek nowoczesnych cen transferowych przyjęty w 1928 roku amerykański *Internal Revenue Act*¹⁶. Zawierał on przełomową regulację stanowiącą, że władze podatkowe mogą dokonać rozdzielenia lub alokacji dochodu brutto oraz kosztów pomiędzy dwoma podatnikami powiązanymi (i to zarówno krajowymi, jak i zagranicznymi).

¹¹ N. Barbuta-Misu, F. Tudor, *The International Double Taxation-Causes and Avoidance*, „Acta Universitatis Danubius: Oeconomica” 2009, nr 1, s. 147–160, https://www.researchgate.net/publication/228837395_The_International_Double_Taxation-causes_and_avoidance [dostęp: 15.11.2022].

¹² L. Friedlander, S. Wilkie, *Policy Forum: The History of Tax Treaties Provisions and Why It is Important To Know About It*, „Canadian Tax Journal” 2006, nr 4, s. 907–921, https://ctf.ca/ctfweb/Documents/PDF/2006ctj/06ctj4_friedlander.pdf [dostęp: 15.11.2022].

¹³ M. Schroger, *Next Steps in International Debate*, [w:] K. Spies, R. Petrucci, L. Verlag (red.), *Tax Policy Challenges in the 21st Century*, IBFD, Wiedeń 2014, s. 301.

¹⁴ *Statistics of Income*. Compiled from the returns for 1917 under the direction of the Commissioner of internal revenue, Waszyngton 1919, <https://www.irs.gov/pub/irs-soi/17soirepar.pdf> [dostęp: 15.11.2022].

¹⁵ Zasada Generalna nr 7, US Income Tax Act 1918.

¹⁶ United States Code. Title 26: Revenue Act of 1928, 26 U.S.C. §§ 2001–2716, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26> [dostęp: 23.05.2023].

W latach 20. i 30. XX wieku trwał spór między zwolennikami zasady *arm's length* i zwolennikami alternatywnego podejścia polegającego na przypisaniu dochodów do poszczególnych podmiotów przy użyciu różnego rodzaju formuł alokacji. Do wyboru tego pierwszego rozwiązania przyczyniły się wyniki prac teoretycznych profesora M. B. Carrolla opublikowanych w tzw. *Carroll Report*¹⁷. Przeciwko użyciu alokacji przemawiała obawa, że wypracowanie powszechnie akceptowalnej formuły może być niemożliwe.

Pojęcie *arm's length principle* pojawiło się po raz pierwszy w 1932 roku w raporcie przygotowanym przez USA dla Ligi Narodów, a dotyczącym problemu konsolidacji dochodów¹⁸. W tym samym roku wystąpiło ono w pierwszym akcie prawnym – umowie podatkowej między USA i Francją¹⁹. W latach 1934–1935 wprowadzono je do przepisów wewnętrznych w USA²⁰. Jak się okazało, były to rozwiązania przełomowe.

W 1936 r., pod wpływem amerykańskich sugestii, zasada *arm's length* pojawiła się także w projekcie międzynarodowego traktatu Ligi Narodów (LN) *Convention on Allocation of Profits and Property of International Enterprises* (w art. 6)²¹. Kolejne próby wprowadzenia tej zasady do modelowych konwencji międzynarodowych podejmowane były w tzw. *Mexico Draft* oraz *London Draft* odpowiednio w latach 1943 i 1946²². Artykuł 6 traktatu LN stał się pierwowzorem późniejszego artykułu 9 projektu konwencji OECD z 1963 r.

W drugiej połowie XX wieku na bazie zasady *arm's length* powstały współczesne rozwiązania cen transferowych. Zasada była coraz częściej wykorzystywana w praktyce przez amerykańską administrację skarbową, w konsekwencji pojawiła się w regulacjach kolejnych państw, a także stała się osią rekomendacji opracowywanych przez OECD²³.

¹⁷ P. Hewitt, A. Lymer, L. Oats, *History...*, s. 53.

¹⁸ J. Wittendorff, *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2010, s. 32.

¹⁹ Tamże, s. 33.

²⁰ Avi-Yonah R.S., *The Rise and Fall of Arm's Length Principle: A Study in the Evolution of US International Taxation*, „Law and Economics Working Papers Archive: 2003–2009 – Year 2007”, https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=law_econ_archive [23.05.2023].

²¹ M. Schroger, *Next...*, s. 302.

²² J. A. Burke, *Re-Thinking First Principles of Transfer Pricing Rules*, „Virginia Tax Review” 2011, t. 30, s. 613–629.

²³ Zasada *arm's length* została wykorzystana po raz pierwszy w sprawie *Hall p. Skarbowi Państwa. Hall v. United States*, (1942), 43 F. Supp. 130, (Fed. Cl. 1942) („No. 44924.”). Inną przełomową sprawą z użyciem ALP była *National Securities Corp. p. Skarbowi Państwa. National Securities Corp. v. Commissioner*, 137 F.2d 600 (3rd Cir. 1943); cert. denied 320 U.S. 794 (1943).

W 1968 roku w USA wprowadzono sekcję 482 Kodeksu Podatkowego, która już wprost nadała rolę wiodącą *arm's length principle*²⁴. Lata 70. XX w. w USA charakteryzowało dalsze krzepnięcie tej zasady, czego przykłady widoczne są w licznych postępowaniach administracyjnych i sądowych (np. *U.S. Gypsum przeciw Skarbowi Państwa*, *Eli Lilly przeciw Skarbowi Państwa*)²⁵.

W drugiej połowie XX wieku zagadnienie cen transferowych było już bardzo silnie umiędzynarodowione. Poza USA problematyka ta stosunkowo wcześniej doczekała się regulacji w prawie Wielkiej Brytanii, Francji, Australii, Włoch i kilku innych krajów. Dopiero jednak OECD w latach 60. XX wieku przeniosła dyskusję z poziomu pojedynczych państw na arenę międzynarodową. Badania potwierdzają, że przyjęcie przez USA i OECD zasady *arm's length* stanowiło wzorzec dla innych państw, a także na wczesnym etapie rozwoju zdeterminowało kierunek i sposoby myślenia o regulacjach cen transferowych²⁶. W końcu XX i na początku XXI wieku na bazie tych modeli nastąpiła szybka recepcja tej zasady do prawodawstwa krajowego w ponad 100 państwach. Dziś jest to niekwestionowany światowy standard podatkowy²⁷. Jego rangę podkreśla się, nazywając „złotą zasadą” lub „najlepszym wyborem”²⁸.

4. Ocena zasady *arm's length*

Założeniom zasad *arm's length* i *separate entity* stawiane są poważne zarzuty²⁹. Podnosi się, że są one fikcją prawną przyjmującą, że relacje ekonomiczne między dwoma podmiotami powiązanymi mogą być porównywane do stosunków biznesowych dwóch podmiotów będących wzajemnie niezależnymi³⁰. Zwraca

²⁴ R. Azam, *Ruling the World: Generating International Tax Norms in the Era of Globalization and BEPS*, „Suffolk University Law Review” 2017, nr 4, s. 536.

²⁵ *U.S. Gypsum Co. v. United States*, 452 F.2d 445, 449 (7th Cir. 1971); *Eli Lilly & Co. v. Commissioner*, 856 F.2d 855 (7th Cir. 1988).

²⁶ R. Petruzzi, *The Arm's Length Principle: Between Legal Fiction And Economic Reality*, [w:] M. Lang, A. Storck, R. Petruzzi (red.), *Transfer Pricing in a post-BEPS World*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2016, s. 2–32.

²⁷ A. Readhead, *Preventing Tax Base Erosion in Africa: a Regional Study on Transfer Pricing Challenges in the Mining Sector*, <https://resourcegovernance.org/analysis-tools/publications/preventing-tax-base-erosion-africa-regional-study-transfer-pricing> [dostęp: 15.11.2022].

²⁸ A. Cazacu, *The Role of Transfer Pricing in Economic Globalization*, „International Journal of Business and Social Science” 2017, nr 3, s. 131–135, https://ijbssnet.com/journals/Vol_8_No_3_March_2017/12.pdf [dostęp: 15.11.2022].

²⁹ V-P. Sorsa, *Not Against the Windmills: Fighting Tax Avoidance*, [w:] J. Penttinen, V-P. Sorsa, M. Ylönen (red.), *More Taxes! Promoting Strategies for Global Taxation*, Attac, Helsinki 2005, s. 100.

³⁰ R. Petruzzi, *The Arm's Length...*, s. 2–32.

się przy tym uwagę, że „próby tworzenia iluzji braku powiązań pomiędzy podmiotami wchodzącymi w skład grupy są dla nich krzywdzące, ponieważ nie uwzględniają, w wystarczającym stopniu, oszczędności wynikających ze skali operacji oraz ścisłej kooperacji takich podmiotów”³¹. Dla praktyków oczywiste jest, że przedsiębiorstwa powiązane często uczestniczą w transakcjach, których nie podjęłyby się firmy wzajemnie niezależne³².

Zasada *arm's length* wydaje się szczególnie nieodpowiednia dla bardziej złożonych transakcji, w których niemożliwe jest uzyskanie obiektywnie porównywalnych danych³³. Porównywalność danych jest szczególnie trudna w przypadku konieczności oceny transakcji uwzględniających wartości niematerialne i prawne (WNIp). Specyfika WNIp i złożoność ich cech charakterystycznych powoduje, że próby takich porównań w wielu przypadkach stają się fikcją³⁴. Odmiennym problemem jest ograniczenie dostępu do odpowiednich danych i stopień trudności związany z ich selekcją³⁵. To zagadnienie dotyka w szczególności kraje rozwijające się, w których zasoby kadrowe, narzędzia informatyczne oraz *know-how* są na niewystarczającym poziomie³⁶.

Niedoskonałość podejścia opartego na zasadzie *arm's length* sugerują również wyniki niektórych analiz ekonomicznych dotyczących podziału dochodów między podmiotami powiązanymi³⁷. W tym zakresie brak jednak jednoznacznych konkluzji i należałoby kontynuować badania porównawcze, szczególnie w krajach rozwijających się.

Zastosowanie zasady *arm's length* wiąże się z koniecznością użycia specjalnych metod do określenia poziomu cen. Wymagane jest też tworzenie odpowiedniej, skomplikowanej dokumentacji, co jest kosztowne i czasochłonne.

³¹ K. Lasiński-Sulecki, *Ceny...*, s. 219.

³² Tamże, s. 220.

³³ C. Challoumis, *The Arm's Length Principle and the Fixed Length Principle Economic Analysis*, „World Scientific News” 2019, nr 115, s. 207–217, <https://ssrn.com/abstract=3296616> [dostęp: 15.11.2022]; K. Lasiński-Sulecki, *Ceny...*, s. 221.

³⁴ J. C. Fleming Jr., *Some Cautions Regarding Tax Simplification*, [w:] Ch. Evans, R. Krever, P. Mellor (red.), *Tax Simplification*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2015, s. 227–235, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2709529 [dostęp: 15.11.2022].

³⁵ A. de Waegenaere, R. C. Sansing, J. L. Wielhouwer, *Who Benefits From Inconsistent Multinational Tax Transfer Pricing Rules?*, „Contemporary Accounting Research” 2006, nr 1, s. 103–131, <https://doi.org/10.1506/C5NJ-3D6X-WKBJ-V2H8>.

³⁶ S. Rocha, *The Other Side of BEPS: „Imperial Taxation” and „International Tax Imperialism”*, [w:] S. Rocha, A. Christians (red.), *Tax Sovereignty in the BEPS Era*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2017, s. 190, <https://ssrn.com/abstract=3048852> [dostęp: 15.11.2022].

³⁷ G. Menet, *Zasada „wyciągniętej ręki” przy ustalaniu cen transferowych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Nauka o Finansach” 2010, nr 4, s. 314–324, <https://wir.ue.wroc.pl/info/phd/WUT40b958abc60f4e299f32a580c74f0936/> [dostęp: 15.11.2022].

Dla mniejszych firm koszt ten (rozkładając się na mniejszą liczbę transakcji) stanowi niewspółmiernie większe obciążenie niż dla dużych korporacji. Wielkie globalne firmy (MNE) prowadzące działalność w dużej liczbie państw tworzą specjalistyczne departamenty zajmujące się opracowywaniem rozwiązań cen transferowych na własne potrzeby, przygotowywaniem zbiorów dokumentacji i selekcją transakcji porównywalnych. Powstające w ten sposób w centrali podmiotu modele są następnie wzorcem stosowanym we wszystkich krajach, w których znajdują się oddziały firmy. Skutkuje to bardzo wysoką jakością rozwiązań, minimalizacją lokalnych kosztów, a także daje oczywistą przewagę w potencjalnym sporze z lokalnym urzędem skarbowym. W efekcie MNE uzyskują przewagę konkurencyjną nad mniejszymi podmiotami, w tym firmami lokalnymi w krajach rozwijających się. Skomplikowane techniki wymagane do prawidłowego zastosowania zasady *arm's length* doprowadziły też do powstania i rozrostu sieci firm konsultingowych zajmujących się doradztwem w zakresie cen transferowych. Usługi takich firm są drogie, a to również promuje wielkie korporacje, które mogą sobie pozwolić na korzystanie z ich wsparcia.

Słabości zasady *arm's length* dostrzegano już przy tworzeniu pierwotnych rozwiązań w latach 20. i 30. XX wieku. Wraz z ich światową ekspansją krytyka malała, choć nie ustała (przykładowo w latach 80. ubiegłego wieku opracowano w USA tzw. Białą Księgę krytykującą dotychczasowe regulacje, w tym omawianą zasadę)³⁸.

Zmieniające się warunki gospodarcze uwypuklają wady obowiązujących rozwiązań ze względu na ich niedostosowanie do nowych, coraz bardziej złożonych form prowadzenia działalności³⁹. W końcu XX wieku pojawił się czynnik, który wymusza całkowitą zmianę spojrzenia na omawianą problematykę. Jest to rozwój zjawiska *e-commerce*, czyli sprzedaży z użyciem narzędzi internetowych⁴⁰. W takiej formule działalności możliwe jest uzyskiwanie dochodów bez tworzenia zakładu (*permanent establishment* – PE) na terenie drugiego państwa⁴¹. Jeżeli

³⁸ Treasury, U.S.A Study of Intercompany Pricing. *Discussion draft (The White Paper)*. Washington DC: Treasury Department and Internal Revenue Service, 1988.

³⁹ V. K. Singh, *Interaction of Transfer Pricing & Profit Attribution: Conceptual and Policy Issues for Developing Countries*, „Tax Cooperation Policy Brief” 2018, nr 3, s. 1–11, https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2018/08/TCPB3_Interaction-of-Transfer-Pricing-Profit-Attribution_EN.pdf [dostęp: 15.11.2022]; R. Azam, *Ruling...*, s. 560.

⁴⁰ Według definicji European Court of Auditors: „e-commerce to świadczenie usług i sprzedaż towarów za pośrednictwem internetu lub innych sieci komunikacji online”. Raport *E-commerce: many of the challenges of collecting VAT and customs duties remain to be resolved* 12/2009, s. 4, https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR19_12/SR_E-COMMERCE_VULNERABILITY_TO_TAX_FRAUD_EN.pdf [dostęp: 15.11.2022].

⁴¹ A. A. Skaar, *Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce*, „Intertax” 2000, nr 5, s. 188–194, <https://doi.org/10.54648/265805>.

zaś nie ma PE, to nie można stosować podejścia *separate entity*, czyli brakuje narzędzia do opodatkowania przez drugie państwo dochodów, co prowadzi do unikania podatku⁴². Od kilku dekad podejmowane są prace mające na celu stworzenie uniwersalnego, globalnego mechanizmu opodatkowania *e-commerce*⁴³. Jak się okazuje, zasady *arm's length* i *separate entity* nie są w tym pomocne. Ponieważ rozwiązania powinny mieć zasięg globalny, wydaje się, że bardziej adekwatne byłyby mechanizmy oparte na alokacji dochodów⁴⁴. Taki światowy podatek wymagałby dystrybucji pomiędzy zainteresowane (uprawnione) państwa, stąd proponowana nazwa – *global unitary taxation*⁴⁵. Postęp tych prac, trwających już wiele lat, jest jednak powolny, a wyniki niezadawalające⁴⁶. Osiągnięciu sukcesu nie pomagają też działania takie jak amerykańska inicjatywa GLoBE⁴⁷.

Z drugiej strony, historycznie zagorzałym obrońcą zasady *arm's length* była OECD⁴⁸. Wszystkie próby zastąpienia „złotej zasady” innym rozwiązaniem wywoływały jej opór. Organizacja ta nigdy nie ukrywała, że w jej łonie „idea porzucenia zasady *arm's length* nie jest popularna”⁴⁹. Jednak nawet w OECD istnieje świadomość, że dla wyzwań, przed którymi stoi światowa

⁴² I. Krzezińska, *Propozycje opodatkowania znaczącej obecności cyfrowej w Unii Europejskiej*, „Krytyka Prawa” 2019, nr 2, s. 87–102, <https://doi.org/10.7206/kp.2080-1084.298>.

⁴³ J. Gałuszka, *How to Tax E-Commerce – Global or National Problem?*, „Studia Ekonomiczne” 2013, nr 213, s. 193–202, https://www.ue.katowice.pl/fileadmin/_migrated/content_uploads/16_J.Galuszka_How_to_tax_e-commerce....pdf [dostęp: 15.11.2022].

⁴⁴ J. Roin, *Can the Income Tax Be Saved? The Promise and Pitfalls of Adopting Worldwide Formulary Apportionment*, „Tax Law Review” 2008, nr 61, s. 169–199.

⁴⁵ Sadiq K., *Unitary Taxation: The Case for Global Formulary Apportionment*, „Bulletin for International Taxation” 2001, nr 55, s. 275–286, <https://ssrn.com/abstract=3430063> [dostęp: 15.11.2022].

⁴⁶ I. Verlinden, *The Value of a Principle... the Arm's Length Principle*, „Intertax” 2021, nr 3, s. 206–209, <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals/TAXI/TAXI2021019.pdf> [dostęp: 15.11.2022].

⁴⁷ W odpowiedzi na przeciagające się próby wypracowania mechanizmu opodatkowania dochodów z działalności *e-commerce*, a w szczególności opodatkowania dochodów wielkich globalnych korporacji określanych jako GAFA (Google, Amazon, Facebook, Apple i inne firmy *big-tech* osiągające wysokie dochody i płacących bardzo niskie podatki) w roku 2022 USA przedstawiły projekt wprowadzenia światowej minimalnej stawki podatkowej – GLoBE. Jednak zaproponowany mechanizm jest tak odmienny od dotychczas rozważanych, że rodzą się poważne wątpliwości, czy propozycja przyczyni się do rzeczywistego rozwiązania problemu, czy też tylko opóźni wdrożenie skutecznych mechanizmów opodatkowania tego rodzaju firm.

⁴⁸ J. Neighbour, *Transfer Pricing: Keeping it at Arm's Length*, „OECD Observer” 2002, nr 230, s. 29, https://www.oecd-ilibrary.org/oecd-observer-volume-2002-issue-1_5lmqcr2k6zxn.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2Fobserver-v2002-1-en&mimeType=pdf [dostęp: 15.11.2022].

⁴⁹ J. Martin, *OECD's Proposed „Unified Approach” Would Give Market Countries Greater Taxing Rights Over Large Multinationals that Sell to Consumers*, <https://mnetax.com/oecd-proposed-unified-approach-would-allow-market-countries-to-tax-large-multinationals-that-sell-to-consumers-36121> [dostęp: 15.11.2022].

gospodarka, zasada ta może być obciążeniem⁵⁰. Porządek fiskalny jest obecnie zupełnie inny niż 100 lat temu. Pojawiają się wyzwania globalne. Słusznie zakłada się, że tylko działania globalne mogą być na nie odpowiedzią. Trzeba zatem poszukiwać rozwiązań uniwersalnych, jakie można stosować zarówno w krajach rozwiniętych, jak i rozwijających się, które nie preferują poszczególnych grup państw lub form biznesu. Co więcej, coraz częściej za zadanie globalne uznaje się konieczność finansowania ze wspólnych światowych środków: walki ze zmianami klimatycznymi, przeciwdziałania pandemiom, koordynacji problemów takich jak migracje, głód itp.⁵¹. Podatki nakładane i pobierane globalnie mogą być podstawowym źródłem wspólnego budżetu pokrywającego tego typu wydatki. Podkreśla się przy tym, że w odróżnieniu od realiów technologicznych początków XX wieku dziś istnieją już narzędzia informatyczne umożliwiające przetwarzanie danych podatkowych na wielką skalę, co mogłoby umożliwić globalną koordynację działań i rozliczeń podatkowych⁵².

Zwolennicy zasady *arm's length* podkreślają, że swoją popularność międzynarodową zdobyła ona również z powodów politycznych⁵³. Stoi za nią bowiem metodologia gwarantująca „nominalną suwerenność dla każdej administracji krajowej [...] przy jednoczesnym unikaniu jawnej debaty publicznej na temat kryteriów podziału zysków, które specjaliści techniczni zawsze uważali za zbyt kontrowersyjne, aby politycy mogli je rozwiązać”⁵⁴. Siła takiej argumentacji wydaje się jednak słabnąć. W praktyce większość rozwiązań cen transferowych i tak powstaje w gabinetach OECD, a poszczególne kraje inkorporują je wprost do prawa wewnętrznego.

⁵⁰ Stąd zgoda na użycie mechanizmów alokacyjnych w propozycji OECD Filaru I (Pillar I). Porównaj także przypis 73. *Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy*, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, [Paris 2021], <https://www.oecd.org/tax/beps/brochure-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.pdf> [dostęp: 15.11.2022].

⁵¹ *World Economic and Social Survey: In Search of New Development Finance 2012*, <https://www.un.org/en/development/desa/publications/wess2012.html> [dostęp: 15.11.2022].

⁵² G. Heij, *Anybody out there? The Future of Tax*, „Journal of Futures Studies” 2016, nr 2, s. 43, [https://doi.org/10.6531/JFS.2016.21\(2\).A35](https://doi.org/10.6531/JFS.2016.21(2).A35).

⁵³ Historia „wojen” w obronie ALP w: S.I. Langbein, *Cognitive Capture, Parliamentary Parentheses, and the Rise of Fractional Apportionment*, „Tax Management International Journal” 2010, nr 39, s. 567–605, <https://core.ac.uk/download/pdf/225569512.pdf> [dostęp: 15.11.2022].

⁵⁴ S. Picciotto, *Problems of Transfer Pricing and Possibilities for Simplification*, „ICTD Working Paper” 2018, nr 86, s. 2–46, <https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/handle/20.500.12413/14117> [dostęp: 15.11.2022].

5. Czy istnieje realna alternatywa?

Mimo pojawiającej się krytyki istniejącego *status quo* ciągle pokutuje przekonanie, że obecnie nie ma dlań alternatywy⁵⁵. O ile odejście od wykorzystania zasady *arm's length* w transakcjach, w których jest już stosowana (choć teoretycznie jest to możliwe), byłoby związane ze znacznym wysiłkiem, to niewątpliwie coraz częściej dostrzega się konieczność wykorzystania innych mechanizmów przy opracowywaniu rozwiązań nowych problemów.

Alternatywą może być zasada *formulary apportionment*⁵⁶. Polega ona na przypisaniu odpowiedniej części sumy dochodów korporacji do jej podmiotów zależnych z użyciem klucza alokacji. W efekcie całkowity dochód jest dzielony pomiędzy kraje, z których terytoriów generowane są dochody. Coraz częściej dopuszcza się, że zasada ta mogłaby zastąpić zasadę *arm's length*⁵⁷.

Narzędzia alokacji dochodów są wykorzystywane we współczesnych systemach podatkowych. Sprawdzają się przede wszystkim w państwach federalnych (Szwajcaria). Zasady oparte na mechanizmach alokacji wykorzystywane są w USA do podziału dochodów podatników prowadzących działalność w kilku stanach między poszczególne budżety stanowe⁵⁸.

Co więcej, zainteresowanie metodami alokacji rośnie⁵⁹. Do ich wykorzystania przy opracowywaniu rozwiązań podatkowych skłaniają się organizacje międzynarodowe. Unia Europejska rozważa użycie zasady *formulary apportionment* w celach wewnętrznego podziału dochodów w przypadku ewentualnego wprowadzenia opodatkowania firm na poziomie unijnym⁶⁰. IMF opowiada się za użyciem formuł

⁵⁵ J. Neighbour, *Transfer...*, s. 29.

⁵⁶ R.S. Avi-Yonah, K.A. Clausen, M.C. Durst *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*, „Florida Tax Review” 2009, nr 9, s. 497–498, <https://doi.org/10.5744/ftt.2009.1052>.

⁵⁷ Y. Brauner, *Formula Based Transfer Pricing*, „Intertax” 2014, nr 10, s. 615.

⁵⁸ J. M. Weiner, *Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union – Insights from the United States and Canada*, Working Paper, 8 March 2005, European Commission. Taxation and Customs Union, s. 11, https://www.researchgate.net/publication/24134294_Formulary_Apportionment_and_Group_Taxation_in_the_European_Union_Insights_from_the_United_States_and_Canada [dostęp: 15.11.2022].

⁵⁹ A. Rosanne, H. Grubert, *Formula Apportionment? Is it Better Than the Current System and are There Better Alternatives*, „National Tax Journal” 2009, nr 1, s. 1145–1184, <https://doi.org/10.2139/ssrn.1844926>.

⁶⁰ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee – Towards an Internal Market without Tax Obstacles. A Strategy for Providing Companies with a Consolidated Corporate Tx Base for their EU-wide Activities, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52001DC0582> [dostęp: 23.05.2023].

alokacyjnych w pracach nad sformułowaniem zasad podatków globalnych⁶¹. Organizacja ta zleciła nawet przygotowanie wstępnych symulacji zastosowania takiego rozwiązania⁶². Opracowanie ogólnościowego mechanizmu alokacji dochodów zaproponowała także grupa ICRIC w swoim raporcie poświęconym rekomendacjom podatkowym⁶³. Nawet OECD zdecydowało się wykorzystać mechanizm FA. W projekcie Filaru I reformy globalnych rozwiązań podatkowych proponuje się przypisywanie do każdego państwa (na zasadzie *market jurisdiction*, opartej na nowej definicji więzi podatkowej – *nexus*) odpowiedniej kwoty dochodu⁶⁴.

Podejście *formulary apportionment*, co przyznają nawet jego zwolennicy, nie jest wolne od wad⁶⁵. Podstawowym wyzwaniem jest stworzenie akceptowalnego dla wszystkich interesariuszy klucza alokacji. Jest wiele możliwości podziału dochodów, jednak użycie każdego z nich wiązać się musi z korzyściami lub stratami dla poszczególnych podmiotów (państw, podatników itd.). Wynegocjowanie mechanizmu akceptowalnego dla wszystkich zainteresowanych może być bardzo skomplikowane⁶⁶. Jednak trudno negować, że jeżeli społeczności światowej udałoby się porozumieć w sprawie stworzenia szeroko akceptowalnej formuły, to koszty obsługi takiej formy rozliczeń powinny być stosunkowo niskie.

Należałoby też zdecydować, czy stosować jeden uniwersalny mechanizm do wszystkich przedsięwzięć globalnych, czy też tworzyć *ad hoc* klucze dla poszczególnych projektów (np. inne dla podatków ekologicznych i inne dla opodatkowania *e-commerce*). Przeciwnicy zasady *formulary apportionment* podnoszą zarzuty związane z kosztami obsługi fizycznego podziału dochodów, a w szczególności pozyskiwania danych niezbędnych do ustalenia właściwej formuły i jej koniecznych modyfikacji uzależnionych od zmiany czynników

⁶¹ W wywiadzie z 20 marca 2019 roku dla *International Tax Review*, R. de Mooij, szef Tax Policy Division w IMF, potwierdził, że IMF prowadzi prace ukierunkowane na stworzenie praktycznego modelu *global unitary taxation*, <https://www.internationaltaxreview.com/article/b1fydbvvd-90klp/the-imf-seeks-an-alternative-to-the-arms-length-principle> [dostęp: 15.11.2022].

⁶² R. de Mooij, L. Liu, D. Prihardini, *An Assessment of Global Formula Apportionment*, IMF Working Paper 2019, nr 213, s. 23, <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2019/10/11/An-Assessment-of-Global-Formula-Apportionment-48718> [dostęp: 15.11.2022].

⁶³ *A Roadmap to Improve Rules for Taxing Multinationals*, <https://www.icrict.com/icrict-documents-a-fairer-future-for-global-taxation> [dostęp: 15.11.2022].

⁶⁴ M. Laskowska, *Nowe międzynarodowe reguły podziału dochodu w gospodarce cyfrowej według OECD*, „Przegląd Podatkowy” 2020, nr 12, s. 29–42.

⁶⁵ A. Vega, *International Governance through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines*, „TranState Working Papers” 2012, nr 163, s. 3, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/59530/1/717832643.pdf> [dostęp: 15.11.2022].

⁶⁶ L. Seabrooke, D. Wigan, *Powering Ideas Through Expertise: Professionals in Global Tax Battles*, „Journal of European Public Policy” 2016, nr 3, s. 357–374, <https://doi.org/10.1080/13501763.2015.1115536>.

mających na nią wpływ⁶⁷. Siła tego zarzutu słabnie jednak, jeżeli uwzględnić koszty zwalczania zjawiska *transfer mispricing* spowodowanego manipulacjami, na które pozwala stosowanie zasady *arm's length*.

Przeciwnicy alokacji zarzucają zasadzie *formulary apportionment*, że jest mało odporna na planowanie podatkowe, a jej wprowadzenie negatywnie wpływa na stosunki gospodarcze między państwami, nadmiernie obciąża fiskalnie korporacje ponadnarodowe i podważy obecne zasady sprawiedliwości podatkowej (oparte na podziale zysków według nakładów kosztów i podziale ryzyka)⁶⁸.

Z kolei zwolennicy użycia tej zasady podnoszą, że alokacja dochodów może być ważnym instrumentem wspierania procesów rozwoju społecznego i gospodarczego poprzez stymulowanie odpowiednich przepływów środków finansowych⁶⁹. Jest to perspektywa bardzo kusząca dla wszystkich uważających, że liczne problemy globalne mogą być rozwiązane przy uzyskaniu odpowiedniego finansowania. Takie przepływy mogłyby być realizowane tylko kosztem dochodów krajów rozwiniętych. Być może dlatego właśnie zaczęły się pojawiać opracowania sugerujące, że wprowadzenie zasady *formulary apportionment* może wcale nie skutkować zwiększeniem sumy dochodów podatkowych, a nawet wprost przeciwnie, możliwy jest ich spadek⁷⁰. Kwestia ta wymaga bardziej pogłębionych badań.

6. Mglista przyszłość zasady *arm's length*

Dlaczego dopuszcza się całkowite odejście od „złotej zasady”? Ponieważ jej wady, o których doskonale wiadomo od lat, stają się coraz większym problemem. Przede wszystkim mechanizm ten jest kosztowny, a faktyczny rozkład kosztów nie jest uważany za sprawiedliwy⁷¹. Co więcej, nadmierne koszty ponoszą zarówno podatnicy, jak i aparat skarbowy. To obciąża w szczegól-

⁶⁷ E. Hadzhieva, *Impact of Digitalisation on International Tax Matters*, s. 75–78, <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/161104/ST%20Impact%20of%20Digitalisation%20publication.pdf> [dostęp: 15.11.2022]. Dokument został opracowany na zlecenie Departamentu Tematycznego ds. Polityki Gospodarczej, Naukowej i Jakości Życia Dyrekcji Generalnej ds. Polityki Wewnętrznej Unii Europejskiej.

⁶⁸ R.S. Avi-Yonah, I. Benshalom, *Formulary Apportionment: Myths and Prospects – Promoting Better International Policy and Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative*, „World Tax Journal” 2011, s. 372–398, <https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2180&context=articles> [dostęp: 23.05.2023].

⁶⁹ A.N. Bharat, S. Richard, *The Weighting Game: Formula Apportionment as an Instrument of Public Policy*, „National Tax Journal” 2000, nr 1, s. 183–199.

⁷⁰ R. de Mooij, L. Liu, D. Prihardini, *An Assessment...*, s. 23.

⁷¹ M. Laskowska, *Nowe...*, s. 29–42.

ności firmy i aparat skarbowy w krajach rozwijających się. W czasie, gdy zasada *arm's length* coraz mocniej zakorzeniała się w systemie podatkowym, pozwalając na rozrost jej słabości, wady jej konkurentki – zasady *formulary apportionment* zanikały. Obecnie nowoczesna technologia pozwala na bardzo efektywne stosowanie mechanizmu alokacji, co nie było możliwe sto lat temu. Ewolucja rozumienia sprawiedliwości społecznej i przekonanie o konieczności wykorzystania środków publicznych (i to nie tylko krajowych, ale i globalnych) do niwelowania nierówności społecznych i walki ze światowymi kryzysami (pandemie, zmiany klimatyczne, terroryzm) będą skutkowały domaganiem się odpowiednich narzędzi do realizowania tych postulatów. Do osiągnięcia tego rodzaju celów zasada *formulary apportionment* wydaje się właściwsza niż zasada *arm's length*.

Koniec dominacji zasady *arm's length* w światowym ładzie podatkowym nie jest jeszcze bliski. O ile wydaje się prawdopodobne, że dla wprowadzenia potencjalnych podatków globalnych użyta może być zasada *formulary apportionment*, to ciągle jeszcze brak odpowiedzi na pytanie, czy możliwe jest „dopasowanie standardu *arm's length* do zmieniających się uwarunkowań rynkowych”, czy też należy z niego po prostu zrezygnować⁷². Dziś radykalna zmiana wydaje się herezją. Koszty musiałyby być olbrzymie. Jeżeli jednak użycie zasady *formulary apportionment* w proponowanych daninach światowych okaże się sukcesem, jej rozszerzenie na inne obszary może być naturalną i logiczną konsekwencją.

7. Wnioski

Zasada *arm's length* powstała w konkretnych uwarunkowaniach ekonomicznych. Rywalizowała z zasadą *formulary apportionment* i z rywalizacji tej wyszła zwycięsko. Przez prawie sto lat zdominowała podejście do światowego porządku podatkowego i na pewno wiele jej zawdzięczamy. Jednak od samego początku nie była wolna od wad, a w globalnej gospodarce jej słabości uwidoczniły się jeszcze bardziej.

Podatkowe problemy globalizacji skutkują koniecznością poszukiwania bardziej adekwatnych rozwiązań. Wydaje się, że należy znów zwrócić się ku mechanizmom alokacji. Choć nie są one wolne od wad, to wydają się bardziej odpowiednie względem nowych wyzwań, a także oferują możliwości wspierania

⁷² M. Jamróży, *Podatkowa polityka cen transferowych w zakresie dóbr niematerialnych w kontekście BEPS*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin – Polonia” 2016, nr 1, s. 487–496, <https://doi.org/10.17951/h.2016.50.1.487>.

przemian społecznych. Niezbędne są dalsze badania dotyczące praktycznych rozwiązań takich narzędzi.

Rozpoczęcie procesu zmian związanych z projektami GLoBE i Filar I, II może skutkować powolnym odwracaniem się od obowiązującej od stulecia zasady⁷³. Prawdopodobnie jej dalsza ekspansja została już powstrzymana. Nie jest jednak jeszcze pewne, czy już możemy mówić o początku „odchodzenia” od zasady *arm's length*⁷⁴. Pamiętać trzeba, że jeżeli dojdzie do rezygnacji z niej, będzie to związane ze znacznym wysiłkiem organizacyjnym i dużymi kosztami.

Bibliografia

Akty prawne

Public Law 065-254 – Revenue Act of 1918, 40, Statutes at Large 1919, s. 1057–1152.

United States Code. Title 26: Revenue Act of 1928, <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/26> [dostęp: 23.05.2023].

Orzecznictwo

Wyrok Circuit Court of Appeals, First Circuit z 27 października 1942 r., *Hall v. United States*, 43 F. Supp. 130.

Opinia Appeal from United States Board of Tax Appeals z 28 lipca 1943 r., *National Securities Corp. v. Commissioner*, 137 F.2d 600.

Opinia United States District Court for the Northern District of Illinois z 29 października 1971 r., *U.S. Gypsum Co. v. United States*, 452 F.2d 445-449.

Opinia Tax Court z 1 grudnia 1987 r., *Eli Lilly & Co. v. Commissioner*, 856 F.2d 855.

Konwencja modelowa

Articles of the Model Tax Convention on Income and on Capital [as they read on 21 November 2017], <https://www.oecd.org/ctp/treaties/articles-model-tax-convention-2017.pdf> [dostęp: 15.11.2022].

⁷³ OECD przygotowała projekt opodatkowania działalności *e-commerce* opartego na dwóch filarach: Filar I oraz Filar II. *Two-Pillar Solution...*, tamże.

⁷⁴ M. Laskowska, *Nowe...*, s. 40.

Raporty i opracowania o podobnym charakterze

- A Roadmap to improve rules for taxing multinationals*, <https://www.icrict.com/icrict-documents-a-fairer-future-for-global-taxation> [dostęp: 15.11.2022].
- Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee. Towards an Internal Market without tax obstacles. A strategy for providing companies with a consolidated corporate tax base for their EU-wide activities*, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:52001DC0582> [dostęp: 23.05.2023].
- E-commerce: many of the challenges of collecting VAT and customs duties remain to be resolved. Special Report 2009, nr 12*, https://www.eca.europa.eu/Lists/ECADocuments/SR19_12/SR_E-COMMERCE_VULNERABILITY_TO_TAX_FRAUD_EN.pdf [dostęp: 15.11.2022].
- Statistics of Income. Compiled From the Returns for 1917 Under the Direction of the Commissioner of Internal Revenue*, Government Printing Office, Washington 1919, <https://www.irs.gov/pub/irs-soi/17soirepar.pdf> [dostęp: 15.11.2022].
- World Economic and Social Survey: In Search of New Development Finance 2012*, <https://www.un.org/en/development/desa/publications/wess2012.html> [dostęp: 15.11.2022].
- Treasury, U.S.A Study of Intercompany Pricing. *Discussion Draft (The White Paper)*. Washington DC: Treasury Department and Internal Revenue Service, 1988

Publikacje

- Avi-Yonah R.S., *Allocating Business Profits for Tax Purposes: A Proposal to Adopt a Formulary Profit Split*, „Florida Tax Review” 2009, nr 9, s. 497–498, <https://doi.org/10.5744/ft.2009.1052>.
- Avi-Yonah R.S., Benshalom I., *Formulary Apportionment: Myths and Prospects – Promoting Better International Policy and Utilizing the Misunderstood and Under-Theorized Formulary Alternative*, University of Michigan Law School Scholarship Repository 2011, s. 372–398, <https://repository.law.umich.edu/articles/1180/> [23.05.2023].
- Avi-Yonah R.S., *The Rise and Fall of Arm’s Length Principle: A Study in the Evolution of US International Taxation*, „Law and Economics Working Papers Archive: 2003–2009 – Year 2007”, https://repository.law.umich.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1074&context=law_econ_archive [23.05.2023].

- Azam R., *Ruling the World: Generating International Tax Norms in the Era of Globalization and BEPS*, „Suffolk University Law Review” 2017, nr 4, s. 524–532, <https://ssrn.com/abstract=2971972> [23.05.2023].
- Ballivet L., *International Use of Non-Arm's Length Approaches Within the Arm's Length Principle: Heading Towards a New Standard?*, „International Transfer Pricing Journal” 2020, nr 2, s. 123–136.
- Bany K., *Znaczenie komentarza do modelowej konwencji OECD o unikaniu podwójnego opodatkowania*, „Przegląd Podatkowy” 2000, nr 12, s. 25–27.
- Barbuta-Misu N., Tudor F., *The International Double Taxation-causes and Avoidance*, „Acta Universitatis Danubius: Oeconomica” 2009, nr 1, s. 147–160, https://www.researchgate.net/publication/228837395_The_International_Double_Taxation-causes_and_avoidance [dostęp: 15.11.2022].
- Bharat A.N., Richard S., *The Weighting Game: Formula Apportionment as an Instrument of Public Policy*, „National Tax Journal” 2000, nr 1, s. 183–199.
- Brauner Y., *Formula Based Transfer Pricing*, „Intertax” 2014, nr 10, s. 615–631.
- Burke J.A., *Re-Thinking Firstprinciples of Transfer Pricing Rules*, „Virginia Tax Review” 2011, t. 30, s. 613–629.
- Cazacu A., *The Role of Transfer Pricing in Economic Globalization*, „International Journal of Business and Social Science” 2017, nr 3, s. 131–135, https://ijbssnet.com/journals/Vol_8_No_3_March_2017/12.pdf [dostęp: 15.11.2022].
- Challoumis C., *The Arm's Length Principle and the Fixed Length Principle Economic Analysis*, „Word Scientific News” 2019, nr 115, s. 206–217, <https://ssrn.com/abstract=3296616> [dostęp: 15.11.2022].
- Eden L., *The Arm's Length Standard in North America*, „Tax Notes International”, <https://www.voxprof.com/eden/Publications/eden-AOS-jan01.pdf> [dostęp: 15.11.2022].
- Fleming Jr., J.C., *Some Cautions Regarding Tax Simplification*, [w:] C. Evans, R. Krever, P. Mellor (red.), *Tax Simplification*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2015, s. 227–235, https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2709529 [dostęp: 15.11.2022].
- Friedlander L., Wilkie S., *Policy Forum: The History of Tax Treaties Provisions and Why It is Important To Know About It*, „Canadian Tax Journal” 2006, nr 4, s. 907–921, https://ctf.ca/ctfweb/Documents/PDF/2006ctj/06ctj4_friedlander.pdf [dostęp: 15.11.2022].
- Hadzhieva E., *Impact of Digitalisation on International Tax Matters. Challenges and Remedies*, <https://www.europarl.europa.eu/cmsdata/161104/ST%20Impact%20of%20Digitalisation%20publication.pdf> [dostęp: 15.11.2022].

- Heij G., *Anybody out there? The Future of Tax*, „Journal of Futures Studies” 2016, nr 2, s. 35–50, [https://doi.org/10.6531/JFS.2016.21\(2\).A35](https://doi.org/10.6531/JFS.2016.21(2).A35).
- Gałuszka J., *How to Tax E-commerce – Global or National Problem?*, „Studia Ekonomiczne” 2013, nr 213, s. 193–202, https://www.ue.katowice.pl/file-admin/_migrated/content_uploads/16_J.Galuszka_How_to_tax_e-commerce....pdf [dostęp: 15.11.2022].
- Hewitt P., Lymer A., Oats L., *History of International Business Taxation*, [w:] A. Lymer, J. Hasseldyne (red.), *The International Taxation System*, Springer, Nowy Jork 2002, s. 41–60, https://doi.org/10.1007/978-1-4615-1071-0_3.
- Jamroży M., *Podatkowa polityka cen transferowych w zakresie dóbr niematerialnych w kontekście BEPS*, „Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska Lublin–Polonia”, 2016, nr 1, s. 487–496, <https://doi.org/10.17951/h.2016.50.1.487>.
- Koreń D., *Charakter Konwencji Modelowej OECD o unikaniu podwójnego opodatkowania*, „Monitor Podatkowy” 2013, nr 8, s. 20–24, <https://czasopisma.beck.pl/monitor-podatkowy/artukul/charakter-konwencji-modelowej-oecd-o-unikaniu-podwojnego-opodatkowania/> [dostęp: 15.11.2022].
- Krzemińska I., *Propozycje opodatkowania znaczącej obecności cyfrowej w Unii Europejskiej*, „Krytyka Prawa” 2019, nr 2, s. 87–102, <https://doi.org/10.7206/kp.2080-1084.298>.
- Langbein S.I., *Cognitive Capture, Parliamentary Parentheses, and the Rise of Fractional Apportionment*, „Tax Management International Journal” 2010, nr 39, s. 567–605, <https://core.ac.uk/download/pdf/225569512.pdf> [dostęp: 15.11.2022].
- Łasiński-Sulecki K., *Ceny transferowe w prawie podatkowym i celnym*, Wolters Kluwer, Warszawa 2014.
- Laskowska M., *Nowe międzynarodowe reguły podziału dochodu w gospodarce cyfrowej według OECD*, „Przegląd Podatkowy” 2020, nr 12, s. 29–42.
- Makunike C., *The Nexus between Tax Treaties, Transfer Pricing and BEPS. Lessons for African Tax Policy Makers and Administrators*, ATRN Working Paper 2016, nr 5, https://www.academia.edu/27959647/The_Nexus_between_Tax_Treaties_Transfer_Pricing_and_BEPS_Lessons_for_African_Tax_Policy_Makers_and_Administrators [dostęp: 15.05.2022].
- Martin J., *OECD’s Proposed „Unified Approach” would Give Market Countries Greater Taxing Rights over Large Multinationals that Sell to Consumers*, <https://mnetax.com/oecd-proposed-unified-approach-would-allow-market-countries-to-tax-large-multinationals-that-sell-to-consumers-36121> [dostęp: 15.11.2022].
- Menet G., *Zasada „wyciągniętej ręki” przy ustalaniu cen transferowych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu. Nauki

- o Finansach” 2010, nr 4, s. 314–324, <https://wir.ue.wroc.pl/info/phd/WUT40b958abc60f4e299f32a580c74f0936/> [dostęp: 15.11.2022].
- de Mooij R., Liu L., Prihardini D., *An Assessment of Global Formula Apportionment IMF*, „IMF Working Paper” 2019, nr 213, <https://www.imf.org/en/Publications/WP/Issues/2019/10/11/An-Assessment-of-Global-Formula-Apportionment-48718> [dostęp: 15.11.2022].
- Neighbour J., *Transfer Pricing: Keeping it at Arm's Length*, „Observer” 2002, nr 230, s. 29–30, https://www.oecd-ilibrary.org/oecd-observer-volume-2002-issu-e-1_5lmqcr2k6zxn.pdf?itemId=%2Fcontent%2Fpublication%2Fobserver-v2002-1-en&mimeType=pdf [dostęp: 15.11.2022].
- Pankiv M., *Contemporary Application of the Arm's Length Principle in Transfer Pricing*, IBFD, Amsterdam 2017, https://www.academia.edu/34230951/Contemporary_application_of_the_arms_lengths_principle_in_transfer_pricing [dostęp: 15.11.2022].
- Petruzzi R., *The Arm's Length Principle: Between Legal Fiction and Economic Reality*, [w:] M. Lang, A. Storck, R. Petrucci (red.), *Transfer Pricing in a post-BEPS world*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2016, s. 1–32.
- Picciotto S., *Problems of Transfer Pricing and Possibilities for Simplification*, „ICTD Working Paper 2018/86”, <https://opendocs.ids.ac.uk/opendocs/handle/20.500.12413/14117> [dostęp: 15.11.2022].
- Readhead A., *Preventing Tax Base Erosion in Africa: a Regional Study on Transfer Pricing Challenges in the Mining Sector*, <https://resourcegovernance.org/analysis-tools/publications/preventing-tax-base-erosion-africa-regional-study-transfer-pricing> [dostęp: 15.11.2022].
- Rocha S., *The Other Side of BEPS: „Imperial Taxation” and „International Tax Imperialism*, [w:] S. Rocha, A. Christians (red.), *Tax Sovereignty in the BEPS Era*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2017, s. 179–200, <https://ssrn.com/abstract=3048852> [dostęp: 15.11.2022].
- Roin J., *Can the Income Tax Be Saved? The Promise and Pitfalls of Adopting Worldwide Formulary Apportionment*, „Tax Law Review” 2008, nr 61, s. 169–199.
- Rosanne A., Grubert H., *Formula Apportionment? Is it Better Than the Current System and are There Better Alternatives?*, „National Tax Journal” 2009, nr 1, s. 1145–1184, <https://doi.org/10.2139/ssrn.1844926>.
- Sadiq K., *Unitary Taxation: The Case for Global Formulary Apportionment*, „Bulletin for International Taxation” 2001, nr 55, s. 275–286, <https://ssrn.com/abstract=3430063> [dostęp: 15.11.2022].
- Schroger M., *Next Steps in International Debate*, [w:] K. Spies, R. Petrucci, L. Verlag (red.), *Tax Policy Challenges in the 21st Century*, IBFD, Wiedeń 2014.

- Seabrooke L., Wigan D., *Powering Ideas through Expertise: Professionals in Global Tax Battles*, „Journal of European Public Policy” 2016, nr 3, s. 357–374, <https://doi.org/10.1080/13501763.2015.1115536>.
- Singh V.K., *Interaction of Transfer Pricing & Profit Attribution: Conceptual and Policy Issues for Developing Countries*, „Tax Cooperation Policy Brief” 2018, nr 3, https://www.southcentre.int/wp-content/uploads/2018/08/TCPB3_Interaction-of-Transfer-Pricing-Profit-Attribution_EN.pdf [dostęp: 15.11.2022].
- Skaar A.A., *Erosion of the Concept of Permanent Establishment: Electronic Commerce*, „Intertax” 2000, nr 5, s. 188–194, <https://doi.org/10.54648/265805>.
- Sojak S., Baćkowski D., *Ceny transferowe. Aspekt podatkowy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2003.
- Sorsa V-P., *Not Against the Windmills: Fighting Tax Avoidance*, [w:] J. Penttinen, V-P. Sorsa, M. Ylönen (red.), *More Taxes! Promoting Strategies for Global Taxation*, ATTAC, Helsinki 2005, https://www.academia.edu/1235606/Not_Against_the_Windmills_Fighting_Tax_Avoidance1 [dostęp: 15.11.2022].
- de Waegenaere A., Sansing R.C., Wielhouwer J.L., *Who Benefits From Inconsistent Multinational Tax Transfer Pricing Rules?*, „Contemporary Accounting Research” 2006, nr 1, s. 103–139, <https://doi.org/10.1506/C5NJ-3D6X-WKBJ-V2H8>.
- Weiner J.M., *Formulary Apportionment and Group Taxation in the European Union – Insights from the United States and Canada*, „Working Paper 8 March 2005 European Commission. Taxation and Customs Union”, s. 103–131, https://www.researchgate.net/publication/24134294_Formulary_Apportionment_and_Group_Taxation_in_the_European_Union_Insights_from_the_United_States_and_Canada [dostęp: 15.11.2022].
- Wittendorff J., *Transfer Pricing and the Arm's Length Principle in International Tax Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn 2010.
- Vega A., *International Governance through Soft Law: The Case of the OECD Transfer Pricing Guidelines*, „TranState Working Papers” 2012, nr 163, <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/59530/1/717832643.pdf> [dostęp: 15.11.2022].
- Verlinden I., *The Value of a Principle... the Arm's Length Principle*, „Intertax” 2021, nr 3, s. 206–209, <https://kluwerlawonline.com/api/Product/CitationPDFURL?file=Journals\TAXI\TAXI2021019.pdf> [dostęp: 15.11.2022].



Przemysław Szalkowski

SWPS Uniwersytet Humanistycznospołeczny, Polska

ORCID: 0000-0001-9214-3866

szalkowski.p@interia.pl

Zagadnienie kształtowania cen w obrocie *inter vivos* nieruchomościami rolnymi – studium prawnoporównawcze

The question of price regulation in the *inter-vivos* disposal
of agricultural properties: comparative legal study

Abstract: The article presents the principal rules of agricultural properties' price regulation as implemented in Poland, in the comparative legal aspect. The fair price formation is a very important issue, because agricultural properties are not only considered scarce resources, but also a primary source of the food supply. Considering the above facts, properties with an agricultural purpose should be acquired by subjects who hold proper qualifications for their effective, agricultural utilisation, i.e., primarily by farmers. Indeed, they should be the ones to acquire agricultural properties (that are for sale) in the first place. On the other hand, the acquisition of agricultural properties by non-farmers can lead to those properties being removed from agricultural production, which is highly disadvantageous (mainly from the point of view of maintaining proper agricultural systems). This type of acquisition is also considered unfavourable as it since could enable speculators operations. However, the maintenance and further development of farms, as well as new agricultural holdings established by young farmers, could only be made possible by adjusting the market value of agricultural properties, to the profitability, that can be achieved by food production and supply. This fact highlights the strong

need tolerate agricultural properties' prices to their profitability. Initiating such a process won't be possible without the interference of the state, implementing legal instruments to suppress speculation, limiting access to the market of agricultural properties to certain subjects and directly regulating the peak prices of agricultural properties. The study introduces three principal models used in Western European legal systems. Moreover, the legal regulations for price control implemented by states such as Switzerland, Germany, Austria, France and England have been subject to analysis. Polish regulations in the respective field.

Keywords: Poland, Switzerland, Germany, Austria, France, prices, market, agricultural properties, control, indirect interference, direct interference, administrative decision.

Abstrakt: W artykule przedstawione zostały podstawowe zasady regulacji cen nieruchomości rolnych stosowanych w Polsce na tle prawnoporównawczym. Właściwe ukształtowanie cen to zagadnienie niezmiernie istotne, gdyż nieruchomości rolne są dobrem deficytowym, a ponadto niezbędnym czynnikiem służącym do produkcji żywności. Z tego też powodu grunty o przeznaczeniu rolniczym powinny być nabywane przez podmioty posiadające odpowiednie kwalifikacje do ich rolniczego, efektywnego wykorzystania, a zatem przede wszystkim przez rolników lub gospodarzy rolnych. W pierwszej kolejności to właśnie oni powinni obejmować grunty rolne będące przedmiotem obrotu. Nabywanie nieruchomości rolnych przez nierolników może natomiast prowadzić do wyłączenia gruntów z produkcji rolnej, co jest zjawiskiem wyjątkowo niekorzystnym z punktu widzenia kształtowania właściwych ustrojów rolnych, a nadto umożliwia dokonywanie operacji o charakterze spekulacyjnym.

Utrzymanie gospodarstw rolnych, ich rozwój, a także zakładanie nowych przez młodych rolników będzie możliwe tylko wtedy, gdy wartość rynkowa nieruchomości rolnych zostanie dostosowana do ich rentowności osiąganey z produkcji żywności. Oznacza to konieczność powiązania cen gruntów rolnych z osiąganą dochodowością w obszarze rolnictwa. Nie będzie to możliwe bez ingerencji państwa, które przy wykorzystaniu instrumentów prawnych może tłumić działania spekulacyjne, ograniczając dostęp do obrotu tylko dla określonych podmiotów oraz bezpośrednio regulując maksymalne ceny gruntów.

W artykule przedstawione zostały podstawowe trzy modele stosowane w ustawodawstwach krajów zachodnioeuropejskich. Analizie poddano regulacje prawne w obszarze kontroli cen stosowane na terenie Szwajcarii, Niemiec, Austrii, Francji i Anglii. Na ich tle przedstawione zostały polskie uregulowania.

Słowa kluczowe: Polska, Szwajcaria, Niemcy, Austria, Francja, Anglia, ceny, obrót, nieruchomości rolne, kontrola, ingerencja pośrednia, ingerencja bezpośrednia, decyzja administracyjna.

1. Uwagi wstępne

Nie ulega wątpliwości, że nieruchomości rolne stanowią dobro deficytowe, bez którego nie jest możliwe prowadzenie efektywnej produkcji żywności, a w związku z tym ich znaczenie w zapewnieniu bezpieczeństwa żywnościowego każdego ze społeczeństw jest nie do przecenienia. Z tego też względu obserwowane od dłuższego już czasu stopniowe wyłączenia gruntów rolnych w celu ich wykorzystania w inny sposób aniżeli rolniczy, na przykład z zamiarem zabudowy lub w celach inwestycyjnych, jest zjawiskiem wysoce niekorzystnym. Prowadzi ono z jednej strony do kurczenia się ograniczonych zasobów, z drugiej zaś strony związane jest z przejmowaniem gruntów w posiadanie przez podmioty nieposiadające odpowiednich kwalifikacji do działalności rolniczej, a co gorsza niezainteresowane kontynuacją produkcji rolnej w dłuższej perspektywie. Zarówno polska polityka rolna, jak i większości innych krajów europejskich, nie wyłączając polityki unijnej, oparta jest na założeniu, że podstawą ustroju rolnego powinny być gospodarstwa rodzinne, prowadzone przez kompetentnych gospodarzy, których duża liczba gwarantuje nieprzerwany łańcuch dostaw żywności, a zarazem dywersyfikację produkcji. Z tego też powodu dostrzegalne jest dążenie europejskich ustawodawców do takiego ukształtowania przepisów prawa regulujących w sposób autonomiczny obrót nieruchomościami rolnymi, aby umożliwić ich nabywanie, najlepiej w formie prawa własności, będącym najsilniejszym prawem rzeczowym, przede wszystkim przez aktywnych zawodowo rolników.

W celu realizacji opisanych wyżej zamierzeń w krajowych aktach prawnych przyjmuje się różne mechanizmy, zarówno o charakterze administracyjnoprawnym, jak i prywatnoprawnym. Wskazać tu można przykładowo na szeroko stosowany tryb autoryzacji administracyjnej przez kompetentne organy w formie decyzji, które są niezbędne do dokonania skutecznego prawnie zbycia, instrumentu prawa pierwokupu, nabycia, czy też ograniczenie dostępu do rynku obrotu nieruchomościami rolnymi jedynie dla podmiotów dających rękojmię utrzymania długotrwałej i efektywnej produkcji rolnej. Innym szeroko stosowanym mechanizmem prawnym jest kontrola lub, szerzej ujmując, regulacja

cen ziemi rolniczej w taki sposób, aby była ona osiągalna dla podmiotów profesjonalnych utrzymujących się z pracy w gospodarstwach rolnych. Temu celowi służy z jednej strony utrudnienie dostępu do nieruchomości rolnych określonym podmiotom niewskazanym z punktu widzenia prowadzonej przez państwo długofalowej polityki rolnej, w szczególności inwestorom kapitałowym poddającym rynek nieruchomości rolnych presji cenowej. Z drugiej strony przyjmowane są przepisy o charakterze administracyjnym, które w zakresie możliwej maksymalnej ceny transakcyjnej w sposób bezpośredni ingerują w dokonywane czynności rozporządzające. Środki te zmierzają do utrzymywania cen nieruchomości rolnych w ściśle określonych ramach, odrywając je od wartości rynkowych, dzięki czemu nabywanie gruntów rolnych staje się osiągalne z punktu widzenia ekonomicznego dla aktywnych zawodowo rolników. Należy bowiem wyjść z założenia, że działalność zarobkowa w obszarze rolnictwa nie należy do szczególnie rentownej, co potwierdzają stosowane na szeroką skalę różnego rodzaju programy pomocowe w sektorze rolnictwa, dopłaty, dotacje czy subwencje.

Z tego też powodu, w celu zapewnienia dostępności gruntów dla gospodarzy rolnych, przyjmowanie instrumentów prawnych kształtujących cenę nieruchomości rolnych na właściwym poziomie wydaje się być jak najbardziej zasadne. Pozostawienie bowiem tego obszaru swobodnej grze rynkowej popytu i podaży może spowodować nagły wzrost wartości gruntów, co dodatkowo w połączeniu z dopuszczeniem do obrotu podmiotów spoza rolnictwa, będzie prowadzić do systematycznego przechodzenia nieruchomości rolnych na własność podmiotów niezainteresowanych prowadzeniem produkcji rolnej, wspomnianego wyłączenia gruntów rolnych z produkcji oraz wypieranie rolników z obszarów wiejskich. W tych warunkach prowadzenie zrównoważonej, różnorodnej produkcji, stanowiącej podstawę europejskiego rolnictwa, stanie się niemożliwe.

Opisane wyżej mechanizmy kształtujące ceny nieruchomości rolnych realizowane są przez ustawodawców poszczególnych krajów europejskich w różnorodny sposób. Celem niniejszego artykułu, opracowanego z wykorzystaniem metody prawnoporównawczej, jest przybliżenie możliwych i stosowanych rozwiązań w tym obszarze oraz udzielenie odpowiedzi, czy model przyjęty przez polskiego ustawodawcę w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego (dalej również jako u.k.u.r.)¹ w przedmiotowym zakresie można uznać za słuszny i skuteczny. Analiza prawnoporównawcza zostanie przeprowadzona na podstawie regulacji stosowanych w Szwajcarii, Austrii, Niemczech, Francji oraz Anglii i Walii. Za wyborem właśnie tych krajów przemawia przede wszystkim fakt, że ich usta-

¹ Ustawa z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego, t.j. Dz.U. 2021, poz. 234.

wodawcy zagadnieniu kształtowania cen nieruchomości rolnych przypisują różną doniosłość, a zatem na tych przykładach będzie możliwe wyodrębnienie i bliższe przedstawienie odmiennych modeli systemowych w obszarze ceny.

2. Modele kształtowania cen nieruchomości rolnych w porządkach prawnych wybranych krajów zachodnioeuropejskich

Analizę przepisów prawa w innych państwach europejskich należy poprzedzić spostrzeżeniem, że kwestii kształtowania cen nieruchomości rolnych ustawodawcy krajowi przypisują różną wagę, poczynawszy od ścisłej reglamentacji i bezpośredniej regulacji aparatu administracyjnego, poprzez rozwiązania umiarkowane, na pełnym otwarciu rynku i poddaniu obrotu zwykłym mechanizmom rynkowym ze wszelkimi tego konsekwencjami, skończywszy. W związku z tym dają się wyróżnić trzy zasadnicze modele, tj. model kontroli pośredniej i bezpośredniej, model kontroli pośredniej oraz model rynku otwartego.

Pierwszy z przywołanych modeli łączy w sobie dwa zasadnicze elementy, a mianowicie dopuszczenie do obrotu nieruchomościami po stronie kupującego wyłącznie określonych podmiotów prawa, którego cechy dają rękojmię trwałego i efektywnego wykorzystania nabywanych nieruchomości rolnych, a zatem gospodarzy rolnych, jak również ograniczenie za pomocą bezpośredniej ingerencji administracyjnej cen poprzez władcze rozstrzygnięcia co do możliwych maksymalnych cen nieruchomości rolnych. Otwarcie rynku obrotu tego typu nieruchomościami wyłącznie dla aktywnych zawodowo rolników ma bardzo istotne znaczenie, gdyż w rezultacie następuje znaczące ograniczenie strony popytowej, co powoduje, że rynek ten zostaje świadomie ukształtowany przez ustawodawcę jako rynek kupującego. Warto bowiem zauważyć, że sam fakt umożliwienia zbycia praw do ziemi rolnej wyłącznie na rzecz podmiotów aktywnych zawodowo w obszarze rolnictwa skutkuje powiązaniem ceny tych aktywów z ekonomicznymi możliwościami takich nabywców. Ponadto będą oni z zasady skłonni zapłacić za grunt kwotę racjonalnie uzasadnioną jego rolniczymi walorami produkcyjnymi, a zatem powierzchnią, klasą bonitacyjną, topografią, położeniem, dostępnością komunikacyjną, odległością od głównej siedziby gospodarstwa itp.

W tym kontekście istotne staje się zatem zdefiniowanie owych cech podmiotowych nabywcy, które powodują, że określony kupujący będzie preferowany przez ustawodawcę. Z zasady przesłanki te określone są w ustawach regulują-

cych obrót ziemią rolną i stanowią elementy konstrukcyjne gospodarzy rolnych. Taka reguła obowiązuje przykładowo w systemach prawa szwajcarskiego i austriackiego, gdzie ustawodawcy posługują się definicją legalną gospodarza lub rolnika zawodowego. Definicyjne elementy konstrukcyjne takich nabywców są jednak odmienne, na co wskazuje fakt, że w niektórych krajach definicją tą mogą być obejmowane co do zasady osoby fizyczne, w innych natomiast także osoby prawne, co prowadzi do poszerzenia kręgu potencjalnych nabywców. Należy również dodać, że ograniczenie podmiotowe kupujących może nastąpić także bez użycia definicji legalnej, zaś ukształtowanie uprzywilejowanej pozycji rolnika w obrocie następuje w drodze orzecznictwa. Taka sytuacja występuje przykładowo na gruncie prawa niemieckiego. Jak wskazano powyżej, obok stosowanego ograniczenia podmiotowego nabywców, co już samo w sobie prowadzi do zachwiania równowagi stron sprzedającego i kupującego, a zarazem ukształtowania ceny na korzyść tego ostatniego, w pierwszym z modeli stosowane są progi cenowe, których przekroczenie powoduje zablokowanie transakcji przy użyciu instrumentów administracyjnych państwa.

2.1. Regulacje w Szwajcarii

Wydaje się, że szczególnie silnej regulacji cen poddaje rynek nieruchomości rolnych ustawodawca szwajcarski. Z jednej strony wprowadza on bowiem na podstawie art. 63 ustawy o rolniczym prawie gruntowym (niem. *Bundesgesetz über das bäuerliche Bodengesetz* – dalej również jako BGBB)² zasadę, że – z zastrzeżeniem nielicznych wyjątków – nabywcą nieruchomości rolnych może być wyłącznie samodzielny gospodarz (niem. *Selbstbewirtschafter*). Jest nim natomiast osoba, która pracuje osobiście na gruncie (art. 9 BGBB).

Jednakże obok ograniczenia podmiotowego nabywców, ustawodawca zastosował we wspomnianej ustawie bardzo rozbudowane, a zarazem oryginalne instrumenty prawne, wpływające na wartość czynności prawnych związanych z nieruchomościami rolnymi. Można je rozpatrywać w trzech podstawowych obszarach. Po pierwsze, BGBB ustanawia generalną zasadę administracyjnej kontroli cen przy nabyciu nieruchomości w drodze czynności prawnej *inter vivos*, sprawowanej przez kompetentny organ administracyjny. Po drugie, wprowadza z zasady teoretyczną, matematycznie ustaloną wartość *Ertragswert*, tj. skapitalizowaną wartość czystego dochodu, stosowaną przede wszystkim w obrocie rodzinnym i służącą do dokonywania wewnątrzrodzinnych roz-

² Bundesgesetz über das bäuerliche Bodengesetz vom 4. Oktober 1991 [Ustawa z dnia 4 października 1991 r. o rolniczym prawie gruntowym], Amtliche Sammlung 1993 poz. 1410.

liczeń, np. w postępowaniu dotyczącym przyznania gospodarstwa rolnego, a także przy wykonaniu rodzinnego prawa pierwokupu lub prawa nabycia. Wartość ta używana jest również w obrocie pozarodzinnym, jak i przy zniesieniu współwłasności. Po trzecie, ustawodawca definiuje dopuszczalną wysokość maksymalnego obciążenia hipotecznego nieruchomości i w tym celu posługuje się także wartością *Ertragswert*³.

W kontekście omawianej problematyki na szczególną uwagę zasługuje pierwszy ze wskazanych instrumentów prawnych, polegający na władczej interwencji administracyjnej w uzgodnioną *inter vivos* wartość rozporządzenia. W tym miejscu należy zauważyć, że szwajcarska ustawa o rolniczym prawie gruntowym ustanawia w art. 61 ust. 1 BGGB zasadę, że przeniesienie własności nieruchomości rolnej lub gospodarstwa rolnego może nastąpić wyłącznie na podstawie zezwolenia *Bewilligung* właściwego organu administracyjnego na szczeblu kantonu. Uzyskanie zezwolenia będzie natomiast możliwe tylko wówczas, gdy spełnione zostaną przesłanki określone w art. 63 ust. 1 tej ustawy, a zatem obok przywołanego już wymogu posiadania po stronie nabywcy statusu samodzielnego gospodarza, nabywana nieruchomość będzie położona w zwykłym obszarze działania gospodarstwa nabywcy, a ponadto uzgodniona cena nabywanego prawa nie będzie zawyżona. Przyjęcie przez strony umowy zawyżonej ceny stanowi bezwzględną przesłankę zobowiązującą organ administracyjny do odmowy wydania zezwolenia, które jak wspomniano powyżej stanowi element niezbędny do dokonania skutecznego prawnie przeniesienia prawa. Należy podkreślić, że ustawa BGGB zasadniczo przewiduje tylko jeden wyjątek, gdy zastosowanie ceny wyższej ponad przyjęte pułapy jest dopuszczalne, a mianowicie gdy nabycie nieruchomości rolnych lub gospodarstw rolnych następuje w wyniku przeprowadzonej egzekucji⁴. Jak wielkie znaczenie dla szwajcarskiego ustawodawcy ma utrzymanie cen gruntów rolnych w określonych ramach świadczy fakt, że wskutek podjętych nowelizacji uchylony został inny z wyjątków dopuszczających nabycie nieruchomości rolnych po wyższych cenach. Zniesiono tego rodzaju uprawnienie przysługujące gminom szwajcarskim nabywającym nieruchomości w związku z realizacją zadań

³ M. Wüsch, R. Streit, M. Goldenberger, *Ertragswert, ein zentrales Element im Bodenrecht* [Skapitalizowana wartość czystego dochodu, centralne zagadnienie w prawie gruntowym. Wartość dochodowa, kluczowy element prawa gruntowego], „Schweizer Bauer Dossier” 2018, s. 17–20.

⁴ F. Wolf, *Der Erwerb von landwirtschaftlichen Grundstücken oder Gewerben durch das Gemeinwesen oder dessen Anstalten. Voraussetzungen im bürgerlichen Bodenrecht (BGG)* [Nabywanie gruntów rolnych lub gospodarstw rolnych przez gminy oraz ich jednostki organizacyjne. Uwarunkowania wynikające z ustawy o rolniczym prawie gruntowym], <https://www.studer-law.com/files/studer-law/publikationen/agrarrrecht/der-erwerb-von-landwirtschaftlichen-grundstuecken-oder-gewerben-durch-das-gemeinwesen-oder-dessen-anstalten.pdf> [dostęp: 07.11.2021], s. 5.

publicznych. Regulacje ograniczające maksymalną wysokość ceny znajdują w pełni zastosowanie również wówczas, gdy charakter dokonywanej czynności rozporządzającej nie wskazuje na zasadność ochrony interesu nabywcy, jak ma to miejsce w przypadku nabycia nieruchomości rolnych przez przedsiębiorstwo pozyskujące surowce naturalne, przez podmioty tworzące strefy ochronne czy też kupujących w przetargach publicznych w przypadkach braku zainteresowania ze strony samodzielnych gospodarzy.

Kluczowe dla omawianego pojęcia nadmiernej ceny pozostaje zatem ustalenie, kiedy może być mowa o jej zawyżeniu. Odpowiedzi na to pytanie udziela art. 66 BGBB, zgodnie z którym cena będzie uznana za zawyżoną, o ile przekroczy o więcej niż 5% wartość porównywalnych nieruchomości rolnych lub gospodarstw rolnych, ustaloną dla rynku lokalnego. Dodać należy, że z racji konfederacyjnego charakteru państwa, ustawodawcom poszczególnych kantonów przyznano kompetencję do podwyższenia wskazanego progu, nie więcej jednak niż do 15%. W celu właściwej wykładni wskazanego przepisu konieczne jest bliższe zdefiniowanie dwóch użytych w nim pojęć, a mianowicie porównywalnych nieruchomości oraz rynku lokalnego. Temu celowi służą różnego rodzaju statystyki zestawiające ceny transakcyjne oddzielnie dla nieruchomości rolnych oraz gospodarstw rolnych, które uwzględniają takie cechy indywidualne, jak rzeźba terenu, powierzchnia, zabudowania, położenie, klasa bonitacyjna gruntu, wyposażenie w urządzenia infrastruktury technicznej itp.⁵ Statystyki te opracowywane są przez organy administracyjne wydające zezwolenia, a zatem w sposób zdecentralizowany⁶.

Warto wspomnieć, że obowiązek kontroli cen nie spoczywa na notariuszu, gdyż nie jest on ani uprawniony, ani zobowiązany na podstawie ustawy do jej analizy. W kontekście jego roli w systemie prawa szwajcarskiego należy zauważyć, że do przeniesienia własności zachowanie formy aktu notarialnego jest warunkiem niezbędnym, jednakże niewystarczającym. Przeniesienie prawa następuje bowiem dopiero na podstawie konstytutywnego wpisu do księgi wieczystej po przeprowadzeniu właściwego postępowania, w którym sąd zobligowany jest do ustalenia, czy do wniosku o wpis załączono niezbędne zezwolenie administracyjne lub też zaświadczenie kompetentnego organu potwierdzające, że zezwolenie nie jest wymagane w związku z zaistnieniem

⁵ F.R. Hotz, Ch. Bandli, J.-M. Henny, E. Hofer, H.R. Hotz, M. Müller, H. Späti, B. Stalder, B. Studer, *Das bäuerliche Bodengesetz. Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991* [Rolnicze prawo gruntowe. Komentarz do ustawy federalnej o rolniczym prawie gruntowym z dnia 4 października 1991 r.], Herausgeber und Verlag, Brugg 1995, s. 619.

⁶ Tamże, s. 620.

jednego z ustawowych wyjątków. W przypadku ustalenia, że do wniosku nie został załączony jeden z dwóch wymienionych dokumentów, sąd zawiesza postępowanie i zobowiązuje wnioskodawcę w zawitym terminie 30 dni do uzupełnienia wniosku. Brak uzupełnienia w tym terminie skutkuje oddaleniem wniosku. W tych warunkach przeniesienie własności nie następuje, zaś czynność prawna jest nieważna ze skutkiem *ex tunc*⁷.

Drugim ze wskazanych wyżej obszarów, w którym ujawnia się regulacyjna funkcja organów administracyjnych w zakresie cen, jest obrót rodzinny oparty na wspomnianej skapitalizowanej wartości czystego dochodu *Ertragswert*, z zasady będącej wartością znacznie niższą aniżeli wartość rynkowa osiągnięta za nieruchomości w obrocie *inter vivos*. Jej przyjęcie do szwajcarskiego systemu prawnego podyktowane zostało wolą ustawodawcy, by powiązać wartość nieruchomości rolnych z potencjalnym dochodem, jaki można z nich osiągnąć przy wykorzystaniu do produkcji rolniczej i z dodatkowym uwzględnieniem relacji rodzinnych. Definicję legalną tego pojęcia zawarł ustawodawca w art. 10 BGBB, zgodnie z którą wartość *Ertragswert* określa zwykły dochód osiągnięty z gospodarstwa rolnego lub nieruchomości rolnej, skapitalizowany w określonym czasie wynoszącym od kilku do kilkunastu lat przy użyciu średniej stopy procentowej⁸. Określenie szczegółowych parametrów obliczeniowych, takich jak okres kapitalizacji czy wspomniana średnia stopa procentowa, pozostawiono w kompetencji Szwajcarskiej Rady Związkowej. Oznacza to zatem, że władcza ingerencja administracyjna państwa przejawia się tu na dwóch płaszczyznach: w ustawowym określeniu zdarzeń prawnych, dla których znajduje zastosowanie *Ertragswert* oraz ew. uszczegółowieniu poszczególnych parametrów istotnych dla obliczenia tej wartości.

Z punktu widzenia metodyki obliczeniowej bez znaczenia pozostaje, czy wartość ustalana jest dla nieruchomości rolnej czy też dla gospodarstwa rolnego, gdyż w każdym z tych przypadków szacuje się ją dla 1 ha powierzchni nieruchomości. Jednakże należy zauważyć, że nie jest bez znaczenia, czy przedmiotem określonej czynności prawnej lub zdarzenia prawnego pozostaje nieruchomość czy też gospodarstwo, albowiem ustawa BGBB nakazuje zastosowanie pojedynczej lub podwójnej skapitalizowanej wartości czystego dochodu w zależności od tego, które z praw jest przedmiotem obrotu⁹. Przykła-

⁷ Na temat postępowania wieczystoksięgowego zob. F.R. Hotz, Ch. Bandli, J.-M. Henny, E. Hofer, H.R. Hotz, M. Müller, H. Späti, B. Stalder, B. Studer, *Das bäuerliche Bodengesetz...*, s. 703–709.

⁸ F.R. Hotz, Ch. Bandli, J.-M. Henny, E. Hofer, H.R. Hotz, M. Müller, H. Späti, B. Stalder, B. Studer, *Das bäuerliche Bodengesetz. Kommentar...*, s. 220–221.

⁹ Tamże, s. 221.

dowo wykonanie rodzinnego prawa pierwokupu pojedynczej nieruchomości niestanowiącej zwartego gospodarstwa rolnego następuje za cenę wynoszącą podwójną wartość *Ertragswert*.

Ratio legis instrumentu wartości skapitalizowanej jest zachowanie rodzinnego charakteru gospodarstw rolnych poprzez ułatwienie ich obejmowania bądź to w obrocie *mortis causa*, bądź to *inter vivos*, między członkami najbliższej rodziny. Ponieważ wartość ta nie oddaje rzeczywistej wartości zbywczej nieruchomości lub gospodarstwa rolnego, rozliczenia wewnątrzrodzinne następujące w wyniku przykładowo spadkobrania nie prowadzą do nadmiernego obciążenia spłatami ich nabywcy, zaś spłaty zostają dostosowane do możliwości dochodowych gospodarstwa.

Inne praktyczne zastosowanie tego instrumentu można zobrazować na przykładzie rodzinnego prawa pierwokupu, o którym mowa w art. 42 BGBB. Zgodnie z tą regulacją, w przypadku sprzedaży nieruchomości rolnych lub gospodarstw rolnych osobom spoza najbliższego kręgu rodziny, zstępnym sprzedającego, a jeśli pierwotne nabycie nastąpiło z majątku rodziców i sprzedaż dokonywana jest przed upływem 25 lat od dnia nabycia, również rodzeństwu i dzieciom rodzeństwa, przysługuje prawo pierwokupu, które każdy z uprawnionych może wykonać przy zastosowaniu wartości skapitalizowanego dochodu. W tych warunkach uzgodniona cena z pierwotnym kupującym nie jest wiążąca dla uprawnionych¹⁰. Podobny mechanizm znajduje zastosowanie w przypadku wykonania rodzinnego prawa nabycia. Zgodnie bowiem z regulacją art. 25 BGBB każdemu zstępnemu niebędącemu spadkobiercą oraz rodzeństwu i dzieciom rodzeństwa niebędącymi spadkobiercami, którzy jednak byłiby uprawnieni do wykonania pierwokupu na warunkach przedstawionych powyżej, przysługuje w ustawowo przewidzianych przypadkach prawo nabycia gospodarstwa rolnego za cenę wynoszącą równowartość skapitalizowanej wartości *Ertragswert*¹¹.

Warto również nadmienić, że wartość tę określa organ administracyjny właściwy do wydawania zezwoleń na przeniesienie prawa. Obliczenia rachunkowe przeprowadzane są bądź to z urzędu, bądź na wniosek uprawnionego podmiotu przez rzeczoznawców, zaś oszacowane wartości nabierają mocy urzędowej z chwilą ich zatwierdzenia przez organ administracyjny¹². Uprawnienie do

¹⁰ M. Dieterle, T. Berndt, M. Moog, *Der landwirtschaftliche Ertragswert im bürgerlichen Bodenrecht: Entwicklung seit 1979 und Würdigung aus der Sicht der Unternehmensbewertung* [Skapitalizowana wartość czystego dochodu w rolniczym prawie gruntowym: rozwój pojęcia od 1979 roku i zasady jego stosowania przy określaniu wartości przedsiębiorstw], Difo-Druck GmbH, St. Gallen 2019, s. 31–61.

¹¹ Powyższe wynika z brzmienia art. 27 BGBB w zw. z art. 44 BGBB.

¹² F.R. Hotz, Ch. Bandli, J.-M. Henny, E. Hofer, H.R. Hotz, M. Müller, H. Späti, B. Stalder, B. Studer, *Das bürgerliche Bodengesetz. Kommentar...*, s. 742–743.

żądania ustalenia wartości skapitalizowanej przysługuje w pierwszym rzędzie właścicielom nieruchomości, ale także spadkobiercom od chwili otwarcia spadku, osobom uprawnionym do wykonania prawa nabycia bądź prawa pierwokupu, a nadto pożyczkodawcom lub wierzycielom hipotecznym.

Ostatnim z istotnych obszarów władczej ingerencji administracyjnej w wartości dokonywanych czynności prawnych mających za przedmiot nieruchomości rolne jest ustalanie granicznej wartości obciążenia. Temu zagadnieniu szwajcarski ustawodawca poświęcił cały tytuł 4. omawianej tu ustawy, w którym uregulowano środki służące zapobieganiu nadmiernemu zadłużaniu się gospodarstw. Bez wątplenia świadczy to o doniosłości omawianego zagadnienia dla kształtowania właściwego ustroju rolnego. Jest to swoisty szwajcarski instrument prawny, regulujący przy wykorzystaniu aparatu administracyjnego ustanawianie maksymalnych obciążeń rzeczowych na nieruchomościach rolnych. Właściwy organ administracyjny nie jest bowiem kompetentny wyłącznie w sprawach wydawania zezwoleń na zbycie nieruchomości, ale także udzielania zgody na ich obciążenie hipotekami, które podobnie jak w przypadku przeniesienia prawa powstają dopiero po konstytutywnym wpisie do księgi wieczystej. Wpis ten może natomiast nastąpić nie wcześniej aniżeli po przedłożeniu we właściwym sądzie wieczystoksięgowym decyzji administracyjnej stwierdzającej, że ustanowienie omawianego ograniczonego prawa rzeczowego zabezpieczającego pożyczkę lub kredyt nie spowoduje przekroczenia granicznej wartości obciążenia nieruchomości rolnej. Właściwą regulację omawianego mechanizmu zawarto w art. 73 BGG, zgodnie z którym graniczna wartość obciążenia zostaje odniesiona do skapitalizowanej wartości czystego dochodu i wynosi jej równowartość powiększoną o 35%¹³.

Na zakończenie należy dodać, że wpis hipoteki w kwocie przekraczającej graniczną wartość obciążenia jest wzruszalny, a jego skuteczne zaskarżenie powoduje jego nieważność ze skutkiem *ex tunc*.

2.2. Regulacje w Austrii

Na podobnych zasadach jak w Szwajcarii, z wyłączeniem instrumentu *Ertragswert*, oparte są mechanizmy regulacji cen nieruchomości w austriackich

¹³ Janggen A., *Der Bankier als Landwirt. Liquidation von landwirtschaftlichen Gewerben: Das bäuerliche Bodenrecht spielt mit* [Bankier jako gospodarz rolny. Likwidacja gospodarstw rolnych w świetle rolniczego prawa gruntowego], „Insolvenz- und Wirtschaftsrecht” [Prawo upadłościowe i gospodarcze] 1998, nr 1, s. 18, <https://docplayer.org/11933837-Erwerb-landwirtschaftlicher-gewerbe-durch-juristische-personen.html> [dostęp: 26.05.2023].

krajach związkowych. Należy jednakże nadmienić, że z racji federacyjnego ustroju Austrii i rozdzielenia kompetencji ustawodawczych pomiędzy parlament krajowy i parlamenty lokalne, na terenie tego państwa stosuje się dziewięć odrębnych ustaw o obrocie nieruchomościami, po jednej dla każdego kraju związkowego. Niemniej regulacje zawarte w nich są z natury rzeczy zbliżone, albowiem zakres kompetencji przyznany parlamentom lokalnym do przyjmowania autonomicznych rozwiązań został ograniczony na podstawie odrębnego porozumienia zawartego między krajami związkowymi i władzami centralnymi¹⁴.

Z zasady austriackie ustawy o obrocie nieruchomościami, obejmujące swoim zakresem obrót nieruchomościami rolnymi i leśnymi, nieruchomościami o przeznaczeniu budowlanym oraz z udziałem cudzoziemców, wprowadzają definicję legalną pojęcia gospodarza rolnego (niem. *Landwirt*), do którego odwołują się przepisy określające między innymi przesłanki wydania zgody na nabycie gruntów rolnych. Oznacza to zatem, że również w systemie prawa austriackiego na poziomie ustawowym kształtowana jest uprzywilejowana pozycja czynnego zawodowo rolnika. Co do zasady za gospodarza rolnego uznaje się osobę, która gospodaruje osobiście, przy udziale członków swojej rodziny lub pracowników najemnych w gospodarstwie rolnym będącym samodzielną jednostką gospodarczą. Podobną pozycję mają również osoby jeszcze nie gospodarujące z racji braku gospodarstwa rolnego, ale które podjęły już starania zmierzające do jego utworzenia i posiadają ku temu odpowiednie przygotowanie zawodowe.

Wprawdzie ustawy austriackie nie wiążą z posiadaniem statusu rolnika zawodowego bezpośredniego uprawnienia do nabywania nieruchomości rolnych, niemniej możliwość wykazania wskazanych cech podmiotowych w znaczący sposób umożliwia uzyskanie niezbędnego zezwolenia kompetentnych władz administracyjnych. System austriacki przyjmuje również jako zasadę, że nabycie nieruchomości rolnych, także w obrocie profesjonalnym, wymaga uprzedniego uzyskania decyzji administracyjnej wyrażającej zgodę na przeniesienie prawa. Zezwolenie to wydawane jest po ustaleniu przez organ, że zostały spełnione ustawowe przesłanki pozytywne, wyrażone za pomocą klauzul generalnych, takich jak: utrzymanie, tworzenie i wzmacnianie gospodarstw rolnych, umacnianie społeczności wiejskiej czy też rozwijanie produkcji rolniczej, a ponadto nie zachodzą przesłanki negatywne, jak na przykład nabycie nieruchomości przez podmiot niebędący rolnikiem, jeśli nieruchomością jest zainteresowany

¹⁴ Vereinbarung vom 20. April 1993 zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art. 15 a B-VG über zivilrechtliche Bestimmungen betreffend den Verkehr mit Baugrundstücken [Uzgodnienie z dnia 20 kwietnia 1993 r. zasad obrotu nieruchomościami], BGBl. 1993, Nr 260.

rolnik zawodowy¹⁵. Powyższe oznacza, że również system prawa austriackiego posługuje się mechanizmem zawężania kręgu nabywców.

Inną przesłanką o bezwzględnym charakterze (oprócz nieposiadania przez kupującego statusu uprzywilejowanego), definiowaną od strony negatywnej, jest również zawyżona cena lub wartość świadczenia wzajemnego ustalona między stronami umowy. Powyższe rozróżnienie jest typowe dla ustaw austriackich zmierzających do objęcia swoimi mechanizmami regulacyjnymi nie tylko umów sprzedaży, lecz wszelkich umów wzajemnych, takich jak na przykład zamiany czy zwolnienie z długu. Występuje zatem zasada, że zezwolenie na przeniesienie prawa zostać wydane, o ile wykazano ekwiwalentność świadczenia wzajemnego. Przy tym maksymalna, akceptowalna wartość powiązana jest zazwyczaj z ceną zwykłą, ogólnie przyjętą na lokalnym rynku, z uwzględnieniem określonych granic tolerancji¹⁶.

Jak wspomniano wyżej, kraje związkowe posiadają własne akty prawne, które w pewnych dopuszczalnych ramach wykazują autonomię. Ujawnia się ona między innymi w zakresie regulacji określającej wartości świadczeń wzajemnych. Dla przykładu można wskazać na ustawy Górnej Austrii, Dolnej Austrii, Salzburga, Voralberg i Burgenland, zgodnie z którymi bezwzględną przesłanką negatywną wydania zezwolenia jest przekroczenie wartości nieruchomości rolnej w sposób znaczący. Podobne uregulowanie posiada również ustawa Styrii, z tą jednakże różnicą, że przekroczenie przez świadczenie wzajemne w sposób znaczący wartości ogólnie przyjętej jest wprawdzie dopuszczalne, ale tylko przy zaistnieniu określonych, racjonalnych podstaw. W tym miejscu należy zauważyć, że ustawodawcy lokalni powszechnie posługują się klauzulami otwartymi, niedookreślonymi, dającymi organom administracyjnym rozstrzygającym zawisłe sprawy dość duży luz decyzyjny, co jest działaniem dość typowym i zapewne zamierzonym. Nie oznacza to jednak, że luz decyzyjny pozostaje poza kontrolą. Zaistniałą lukę wypełnia orzecznictwo. Warto dla przykładu przywołać orzeczenie wydane przez Niezależny Senat Administracyjny w postępowaniu odwoławczym na obszarze kraju związkowego Voralberg, zgodnie z którym o przekroczeniu w sposób znaczący ceny na lokalnym rynku nie ma mowy, gdy jest ona wyższa o 10% od ogólnie przyjętej¹⁷. Równocześnie jednak

¹⁵ G. Holzer, *Grundverkehrsrecht* [Prawo o ruchu drogowym], [w:] R. Norer (red.), *Handbuch des Agrarrechts*, Verlag Österreich, Wiedeń 2012, s. 686–687.

¹⁶ Ch. F. Schneider, [w:] *Handbuch österreichisches Grundverkehrsrecht* [Prawo obrotu nieruchomości w Austrii. Podręcznik], Verlag Österreich, Wiedeń 1996, s. 181.

¹⁷ Das Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) [Federalny system informacji prawnej], https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Uvs/JUT_VO_19980717_03119_98_00/JUT_VO_19980717_03119_98_00.html [dostęp: 7.11.2021].

zawyżenie jej o 18% przemawia za zaistnieniem przesłanki negatywnej wydania zezwolenia na zbycie prawa¹⁸.

Niektóre jednak ustawy definiują graniczne wartości tolerancji w sposób bardziej precyzyjny. Czyni tak ustawa obowiązująca na obszarze Tyrolu, zgodnie z którą odmowa wydania zezwolenia spowoduje przekroczenie wartości świadczenia wzajemnego o 30%¹⁹. Niemniej sztywne określenie możliwych odchyleń cenowych jest rzadkością.

Okoliczności związane z przyjętą ceną, podobnie jak w przypadku Szwajcarii, badane są w ramach postępowania administracyjnego. Również i na terenie Austrii szerokie zastosowanie znajduje ustawa o szacowaniu nieruchomości, która w celu określenia właściwej wartości świadczenia wzajemnego umożliwia skorzystanie ze wszystkich ogólnie stosowanych metod szacowania, tj. zarówno metody porównawczej, jak i dochodowej czy też odtworzeniowej. Mając jednak na uwadze charakter przedmiotowych nieruchomości, należy założyć, że w przeważającym stopniu stosowana jest metoda porównawcza, w mniejszym zaś stopniu metoda dochodowa.

W systemie prawa austriackiego niewątpliwym elementem współkształtującym system regulujący ceny nieruchomości rolnych jest wspomniany powyżej instrument prawny określany mianem klauzuli podmiotu zainteresowanego (niem. *Interessentenregelung*). Rozwiązanie to polega na przyznaniu rolnikom zawodowym uprawnienia do złożenia oferty sprzedającemu nieruchomość rolną, o ile jej nabywcą miałby stać się nierolnik. W tym wypadku cena lub wartość świadczenia wzajemnego uzgodniona przez strony zamierzonej, pierwotnej czynności prawnej nie jest dla rolnika wiążąca, lecz ustalana zostaje w zwyczajowej wysokości przyjętej na lokalnym rynku, na podstawie ustawy o szacowaniu wartości nieruchomości²⁰. W przypadku, gdy taka oferta zostanie złożona przez podmiot profesjonalny, urząd właściwy do wydawania zezwoleń administracyjnych zobligowany jest do wydania odmowy na rozporządzenie prawem na rzecz pierwotnego kupującego. Wprawdzie zbywający nie ma obowiązku przeniesienia prawa do nieruchomości na rzecz składającego ofertę rolnika, zaś oferta zainteresowanego nabyciem wiąże tylko przez określony czas, niemniej jednak pierwotna transakcja zostaje skutecznie zablokowana. Mecha-

¹⁸ Zob. *Unabhängige Verwaltungssenate vom 18. Januar 2007* [Orzeczenie Niezależnego Senatu Administracyjnego], 301–024/04.

¹⁹ Gesetz vom 3. Juli 1996 über den Verkehr mit Grundstücken in Tirol. Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996 [Ustawa z dnia 3 lipca 1996 r. o obrocie nieruchomościami w Tyrolu], LGBL. 1996, Nr 61 – Landtagsmaterialien: 222/96 – dalej jako GVG-T, § 7 ust.1 lit. c.

²⁰ Zob. przykładowo 7a ust.1 GVG-T w zw. z § 7a ust. 6 GVG-T.

nizm ten niewątpliwie tłumi działania o charakterze spekulacyjnym, utrudnia przechodzenie gruntów w posiadanie podmiotów nieaktywnych zawodowo w obszarze rolnictwa, a zarazem wywiera skutek stabilizujący w obszarze cen gruntów rolnych.

Na zakończenie warto również wspomnieć, że niektóre ustawy austriackie przewidują przepisy o *stricte* antyspekulacyjnym charakterze, w myśl których organ administracyjny odmówi wydania zezwolenia, jeśli już z samych okoliczności sprawy wynika, że zamierzona czynność prawna nosi znamiona inwestycji kapitałowej. Regulacje takie zawarte są przykładowo w ustawach Salzburga, Burgenland oraz Karyntii.

2.3. Regulacje w Niemczech

Do omawianego tu modelu zbliżone pozostają również rozwiązania przyjęte w prawie niemieckim. Stosowana na obszarze Niemiec ustawa o obrocie nieruchomościami *Grundstücksverkehrsgesetz* (GrdstVG), przewiduje niezbędne przesłanki, od spełnienia których uzależnione jest uzyskanie obowiązkowego zezwolenia administracyjnego na nabycie prawa do nieruchomości rolnych. Istotna różnica polega na tym, że wspomniany akt prawny nie uzależnia w sposób bezpośredni wydania zezwolenia od posiadania przez nabywcę statusu rolnika czy też gospodarza rolnego. Co więcej, ustawa ta nie zawiera również definicji legalnej tego pojęcia, zaś tylko pomocniczo stosowana jest definicja zamieszczona w ustawie o ubezpieczeniu emerytalnym rolników *Gesetz über die Altershilfe für Landwirte*. Nie oznacza to jednak, że ustawa o obrocie nieruchomościami nie wprowadza mechanizmów ograniczających od strony podmiotowej nabywania nieruchomości rolnych. Właściwą regulację zawiera art. 9 GrdstVG. Przepis ten stanowi zamknięty katalog bezwzględnych przesłanek o charakterze negatywnym, zaistnienie których, podobnie jak w przypadku ustaw austriackich, nakłada na organ administracyjny obowiązek wydania odmowy na przeniesienie prawa.

Podstawową przesłanką negatywną jest tzw. niezdrowy podział gruntów *ungesunde Verteilung des Grund und Bodens*, do którego może doprowadzić określona czynność prawna²¹. O Pojęcie to stanowi klauzulę generalną, wykładni której wobec braku precyzyjnej definicji legalnej zawartej w aktach prawnych

²¹ J. Martinez, *Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstücksverkehrsgesetz – GrdstVG) vom 28.07.1961* [Ustawa w sprawie ustanowienia środków służących poprawie struktur rolnych oraz zabezpieczających gospodarstwa rolne i leśne z dnia 28 lipca 1961 r.], [w:] Düsing M., Martinez J. (red.), *Agrarrecht* [Prawo rolne], C.H. Beck, München 2016, s. 500.

dokonało orzecznictwo, w szczególności Federalny Trybunał Sprawiedliwości. Nie wdając się tu w szeroką analizę zapadłych wyroków, można w dużym uproszczeniu stwierdzić, że o niezdrowym podziale gruntów może być mowa między innymi wówczas, gdy nieruchomości rolne nabywane są przez podmioty nieprofesjonalne, nieposiadające odpowiedniej wiedzy na temat sposobów rolniczego ich wykorzystania, ani też niewykazujące zamiaru podjęcia na nich produkcji rolnej, podczas gdy nieruchomości te są niezbędne rolnikom zawodowym do powiększenia gospodarstw rolnych.²²

Powyższe oznacza, że niemiecka ustawa przyjmuje w pewnych okolicznościach ograniczenia podmiotowe w dostępie do nieruchomości rolnych o charakterze pośrednim, przy czym zakres przyjętych środków restrykcyjnych jest jednak znacznie zawężony w porównaniu do ustawy szwajcarskiej, czy też ustaw austriackich. Wydaje się, że wobec braku definicji legalnej rolnika zawodowego, a ponadto oparcia przesłanki negatywnej niezdrowego podziału gruntów na orzecznictwie sądów, doszło w praktyce codziennego obrotu do bardzo istotnego poszerzenia kręgu potencjalnych nabywców, a zatem strony popytowej, co znajduje swoje odzwierciedlenie w bardzo wysokich cenach gruntów rolnych na rynku niemieckim w odniesieniu do przeciętnych wartości w innych krajach europejskich.

Komentowany przepis art. 9 GrdstVG zawiera również inną przesłankę negatywną wydania zezwolenia administracyjnego, jaką jest uzgodnienie w umowie sprzedaży nieruchomości rolnej ceny w sposób rażąco odbiegający od jej wartości rynkowej. Należy zauważyć, że przez długi okres obowiązywania i stosowania ustawy, zarówno w orzecznictwie jak i judykaturze, ta przesłanka nie była traktowana jako samoistna, lecz jako uzupełniająca podstawową przyczynę odmowy wydania zezwolenia, a zatem przesłankę niezdrowego podziału gruntów. Ta przyjęta przez organy administracyjne praktyka została słusznie zakwestionowana w orzeczeniu Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 25 kwietnia 2014 roku²³, w którym to Trybunał jednoznacznie orzekł, że rażąco wygórowana cena stanowi autonomiczną podstawę rozstrzygnięć organów, niezależną od innych przyczyn.

W myśl ukształtowanej obecnie linii orzeczniczej, o niewłaściwej dysproporcji ceny sprzedaży z ceną rynkową należy mówić wówczas, gdy wynosi ona więcej aniżeli 50%, przyjmując jako wartość referencyjną cenę sprzedaży nieruchomości

²² Szerzej na temat definicji legalnej rolnika zawodowego oraz pojęcia niezdrowego podziału gruntów, zob. P. Szalkowski, *Pozycja prawna osób prawnych...*, s. 64–66.

²³ Zob. Beschluss Bundesgerichtshof (BGH) vom 25. April 2014 [Decyzja Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z 25 kwietnia 2014 r.] – BLw 5/13, BeckRS 2014, 12775 Rn. 26 ff.

porównywalnej pod względem powierzchni i położenia²⁴. Pomimo bogatego już orzecznictwa sądów niemieckich należy jednak zauważyć, że praktyczny wymiar omawianej tu przesłanki negatywnej wyrażonej w art. 9 GrdstVG jest niewielki. Wynika to z faktu, że wobec braku precyzyjnego określenia ceny maksymalnej organy administracyjne napotykały na trudność w ustaleniu aktualnej średniej wartości nieruchomości na lokalnym rynku. Jest to spowodowane również tym, że zawyżone ceny zostają zaakceptowane przez podmioty aktywne zawodowo w obszarze rolnictwa, nabywające grunty z zamiarem ich wykorzystania do prowadzenia produkcji rolnej. Z tego też powodu odmowy wydania zezwolenia na podstawie kryterium zawyżonej ceny należą w Niemczech do rzadkości.

2.4. Regulacje we Francji

Drugi wymieniony wyżej model, tj. kontroli pośredniej, wyodrębniony pod względem kryterium ceny występuje w systemach prawnych, w których co do zasady brak jest przepisów szczególnych uprawniających organy administracyjne do władczego określania wartości rozporządzeń w przypadku przeniesienia praw na rzecz określonych nabywców, którym dostęp do nieruchomości rolnych nie został ustawowo ograniczony. W modelu tym zasadą jest to, że ustawodawcy ograniczają stronę popytową na rzecz preferowanych nabywców, nie podlegających odrębnej autoryzacji administracyjnej w formie zezwolenia lub decyzji. Zwolnienie z autoryzacji obejmuje również ceny transakcyjne, co oznacza, że mogą być one określane zgodnie z zasadą swobody kontraktowania. Natomiast przeniesienie praw do nieruchomości rolnych na rzecz pozostałych kupujących, niekorzystających z uprzywilejowanej pozycji, wymaga zgody odpowiedniego organu. Taki właśnie model kontroli struktur przyjęty został na gruncie prawa francuskiego, ale także w pewnym sensie prawa polskiego, o którym będzie bliżej mowa w kolejnym rozdziale.

Z dużym uproszczeniem można stwierdzić, że ustawodawca francuski przyjął jako generalną zasadę nieingerencji administracyjnej w obrót prawami do nieruchomości rolnych oraz tzw. warsztatów produkcyjnych (fr. *ateliers de production*) mających przeznaczenie rolnicze i stanowiących część gospodarstwa rolnego, zaś odrębnej autoryzacji poddaje jedynie określone czynności prawne, które z punktu widzenia polityki struktur rolnych mogą zostać uznane za

²⁴ Zob. Beschluss Bundesgerichtshof vom 27. April 2001 [Decyzja Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec z 27 kwietnia 2001 r.], BLw 14/00, NJW-RR 2001, 1021 (1022); Beschluss Bundesgerichtshof vom 25. April 2014 [Decyzja Federalnego Trybunału Konstytucyjnego Niemiec z 25 kwietnia 2014 r.], BLw 5/13, BeckRS 2014, 12775 Rn. 26 ff.

niewskazane. Kontrola administracyjna nie obejmuje zatem wszelkich rozporządzeń, co jest typowe dla systemów prawnych krajów niemieckojęzycznych, ale tylko niektóre z nich, wyodrębnione na podstawie kryterium podmiotowego lub przedmiotowego, w równym stopniu wpływające na redukcję popytu i presji cenowej na rynku.

Przede wszystkim należy wskazać, że uzyskanie zezwolenia administracyjnego wydawanego przez prefekta określonego departamentu wymaga założenia, powiększenia lub połączenia gospodarstw rolnych lub wspomnianych warsztatów produkcyjnych przez osobę nieposiadającą wykształcenia rolniczego na wymaganym poziomie określonym przez odrębne przepisy *Code rural* (Kodeksu rolnego)²⁵ lub doświadczenia zawodowego w obszarze rolnictwa. Obowiązek uzyskania zezwolenia powstanie także, gdy nabywcą miałby stać się rolnik podejmujący dodatkowe zatrudnienie w pozarolniczych sektorach gospodarki i osiągający z tego tytułu dochody w wysokości przekraczającej stawkę stanowiącą równowartość minimalnego wynagrodzenia za 3120 godzin pracy²⁶. Ponadto od strony przedmiotowej, w myśl art. L 331-2 Kodeksu rolnego, zezwolenie administracyjne będzie wymagane, jeśli w wyniku utworzenia, powiększenia lub połączenia gospodarstw rolnych miałoby dojść do powstania gospodarstwa o obszarze przekraczającym próg powierzchniowy określony w tzw. regionalnym planie ogólnym (fr. S.D.R.E.A – *le schéma directeur régional des exploitations agricoles*), przyjmowanym odrębnie dla każdego z departamentów²⁷. Przyjęcie takiego środka ograniczającego służyć ma przeciwdziałaniu nadmiernej koncentracji gospodarstw, przy czym warto odnotować, że francuski ustawodawca nie uniemożliwia w sposób automatyczny tworzenia dużych jednostek produkcyjnych, lecz proces ten uzależnia od uzyskania zezwolenia wydawanego w postępowaniu administracyjnym.

Z powyższych uwag wynika, że autoryzacji administracyjnej nie wymaga rozporządzenie prawem na rzecz podmiotów profesjonalnych, zarówno osób fizycznych jak i osób prawnych działających zawodowo w obszarze rolniczym, o ile powstające w wyniku nabycia gospodarstwo rolne lub warsztat produkcyjny nie przekroczą określonego progu obszarowego. Zapewne tego

²⁵ Code rural et de la pêche maritime. Modifié par LOI n°2021-1104 du 22 août 2021 – art. 265 (V) [Kodeks rybołówstwa wiejskiego i morskiego z dnia 22 sierpnia 2021r.].

²⁶ A. Lichorowicz, *Uwagi w kwestii usytuowania przepisów o obrocie gruntami rolnymi w systemie prawa polskiego (na tle prawnoporównawczym)*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2008, nr 2(4), s. 38.

²⁷ *Structures' Policy in France, Controlling the Right to Access Farmland* [Polityka strukturalna we Francji, zasady kontrolowania dostępu do gruntów rolnych], <https://www.accesstoland.eu/Structures-Policy-in-France> [dostęp: 7.11.2021].

rodzaju czynności prawne prowadzące do zbycia nieruchomości rolnych będą w praktyce przeważać.

Do przyjętej generalnej zasady otwartości rynku w obrocie profesjonalnym dodać należy fakt, że przepisy francuskiego prawa rolnego nie wprowadzają sztywnej kontroli cen, albowiem brak jest odpowiednich regulacji w tym obszarze. Ustawodawca nie ingeruje bezpośrednio przy użyciu instrumentarium administracyjnego w wartości transakcyjne zawieranych umów, a zatem cena lub świadczenie wzajemne poddawane są ogólnej zasadzie swobody kontraktowania. W szczególności prefekt nie ma kompetencji do wydania rozstrzygnięcia negatywnego w przypadkach stwierdzenia rażąco zawyżonej ceny, zaś odmowa wydania zezwolenia może nastąpić przy zaistnieniu okoliczności opisanych powyżej.

Jedyny wyjątek od ogólnej zasady nieingerencji w wartości czynności prawnych stanowi sprzedaż praw do nieruchomości rolnych, gospodarstw rolnych, zabudowań stanowiących ich część, a także zbywanych w całości udziałów lub akcji w osobach prawnych, których głównym przedmiotem działalności jest produkcja rolnicza, w przypadkach, gdy Spółkom Urzędzeń i Osadnictwa Rolnego SAFER przysługuje ustawowe prawo pierwokupu²⁸. Należy zauważyć, że w myśl przepisów francuskich do aktualizacji tego uprawnienia dochodzi dość często, bowiem stosownie do art. L. 143-4 Kodeksu rolnego prawo pierwokupu nie powstanie jedynie przy zawarciu umowy sprzedaży nieruchomości rolnych przez krewnych, gdy stroną kupującą są pracownicy rolni i tzw. pomocny rodzinny, pełnoletni wspólnicy spółek rolniczych, a także rolnicy pozbawieni nieruchomości rolnych wskutek wywłaszczeń na cele publiczne lub rolnicy pozbawieni praw do nieruchomości w wyniku wykonania przez właściciela tzw. prawa odebrania. W przypadkach, gdy organy spółki SAFER, właściwej ze względu na położenie zbywanej nieruchomości stwierdzą, że cena sprzedaży nieruchomości, co do której chcą wykonać prawo pierwokupu, jest zawyżona, spółce przysługuje uprawnienie do zaproponowania zbywcy niższej ceny, ustalonej na podstawie opinii biegłego oraz danych statystycznych sporządzanych corocznie dla każdego z departamentów przez ministra rolnictwa. Złożenie oferty przez SAFER nie wiąże się z powstaniem po stronie sprzedającego obowiązku do przeniesienia prawa na rzecz spółki. Właściciel może wycofać nieruchomość z obrotu, w wyniku czego zaplanowana transakcja z pierwotnym nabywcą zostanie trwale zablokowana.

²⁸ F. Labelle-Pichevin, *Status rolnika francuskiego w odniesieniu do nieruchomości rolnych*, [w:] P. Książek, J. Mikołajczyk, (red.), *Nieruchomości rolne w praktyce notarialnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 32.

Przysługuje mu również uprawnienie do poddania zaproponowanej ceny kontroli w postępowaniu sądowym, zaś rozstrzygnięcie sądu w przedmiocie ceny jest dla obu stron wiążące²⁹.

Oceniając mechanizmy regulacyjne w zakresie wartości dokonywanych czynności prawnych w przedstawionym modelu francuskim, należy stwierdzić, że ingerencja aparatu państwowego ma co do zasady charakter pośredni. Ogranicza się ona głównie do zawężenia kręgu nabywców, co może nastąpić w przypadku odmowy wydania zezwolenia na zbycie, gdy taka autoryzacja administracyjna w ogóle okaże się niezbędna. Jako istotny instrument regulacji cen może być postrzegane również prawo pierwokupu spółek SAFER. Brak natomiast w przepisach francuskich regulacji umożliwiających bezpośrednio ograniczanie przez aparat administracyjny cen lub wartości świadczeń wzajemnych. Wydaje się, że przyjęte mechanizmy nie są wystarczające, mając w szczególności na uwadze, iż nabycie praw do nieruchomości bez zgody prefekta nie powoduje nieważności czynności prawnej, a jedynie możliwość wymierzenia grzywny administracyjnej³⁰, natomiast prawo pierwokupu SAFER ograniczone jest wyłącznie do umów sprzedaży. Poza kontrolą pozostają zatem liczne inne rodzaje umów zawieranych *inter vivos*, co umożliwia łatwe obejście przepisów o pierwokupie.

2.5. Regulacje w Anglii i Walii

Ostatni z trzech wymienionych modeli, jaki warto w tym miejscu przywołać, to model angielski. Charakteryzuje się on co do zasady pełną otwartością rynku, która przejawia się zarówno na płaszczyźnie przedmiotowej jak i podmiotowej. W systemie prawa angielskiego, ale również walijskiego, brak bowiem jakichkolwiek ograniczeń w obrocie prawami do nieruchomości. Mogą być one nabywane przez wszelkiego rodzaju podmioty prawa bez względu na formę prawną, a także kraj pochodzenia nabywcy, co oznacza, że wskazany rynek nieruchomości pozostaje w pełni otwarty również dla obcokrajowców. Ponadto brak w angielskim systemie prawnym ograniczeń o charakterze przedmiotowym, czego efektem jest to, że interwencja administracyjna w przypadku rozporządzeń prawami do nieruchomości rolnych zostaje w tym samym stopniu wyłączona, jak ma to miejsce w odniesieniu do nieruchomości

²⁹ M. Sanglier, T. Martin, V. Rioufol, *The SAFER, French Land Agencies. Policies and Instruments of Land Market Regulations* [SAFER, francuskie spółki urzędzeniowe. Polityki i instrumenty prawne w obrocie nieruchomościami], https://www.accesstoland.eu/IMG/pdf/policy_instruments_safer_a2l_final_en.pdf [dostęp: 7.11.2021], s. 6.

³⁰ Zob. piąty akapit przepisu L 331-7 C.R.

o innym przeznaczeniu³¹. Jako konsekwencje takiego stanu prawnego wskazuje się niezwykle silny stopień koncentracji praw do nieruchomości na terenie Anglii, niespotykany w innych krajach europejskich, jak również aktualny poziom cen gruntów rolnych należący do jednych z najwyższych w Europie. Okoliczności te słusznie wywołują kontrowersje i stają się w ostatnich latach przedmiotem publicznej debaty.

3. Regulacja cen nieruchomości rolnych w polskim porządku prawnym

Zagadnienie kontroli administracyjnej cen nieruchomości rolnych w polskim systemie prawnym należy rozpatrywać przez pryzmat naczelnej zasady ograniczającej obrót, wprowadzonej nowelizacją ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego w 2016 roku. Zgodnie z przyjętą regułą wyrażoną w art. 2 a ust. 1 u.k.u.r., nabywcą nieruchomości rolnej, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w tej ustawie, może być wyłącznie rolnik indywidualny. Natomiast w myśl art. 6 ust. 1 u.k.u.r. może nim być tylko osoba fizyczna, będąca właścicielem, użytkownikiem wieczystym, posiadaczem samoistnym lub dzierżawcą gruntów rolnych o powierzchni nieprzekraczającej 300 ha użytków rolnych, posiadająca wymagane zawodowe kwalifikacje rolnicze, prowadząca gospodarstwo rolne od przynajmniej pięciu lat i w takim samym minimalnym okresie zamieszkała na terenie gminy położenia jednej z nieruchomości wchodzącej w skład gospodarstwa rolnego. Definicja legalna zamieszczona w przywołanym przepisie wymienia zatem elementy konstrukcyjne rolnika, których posiadanie umożliwia uzyskanie uprzywilejowanego statusu nabywcy nieruchomości rolnych³². Z uzyskaniem tego statusu związane jest natomiast niezwykle istotne uprawnienie sprowadzające się między innymi do tego, że na osobę spełniającą kryteria ustawowe polski system prawny nie nakłada obowiązku uzyskania decyzji administracyjnej wyrażającej zgodę organu Krajowego Ośrodka Wsparcia Rolnictwa (KOWR) na nabycie nieruchomości rolnej.

³¹ Ch.H. Kälin, *International Real Estate Handbook. Acquisition, Ownership and Sale of Real Estate Residence, Tax and Inheritance Law* [Międzynarodowy podręcznik prawa nieruchomości. Nabywanie, wykonywanie prawa własności oraz sprzedaż nieruchomości. Rezydencja, prawo podatkowe i spadkowe], John Wiley & Sons, West Sussex–Hoboken 2005, s. 631.

³² Na temat elementów konstrukcyjnych definicji rolnika indywidualnego, zob. P.A. Blajer, [w:] *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 369–394.

Warto również wspomnieć, że podobna zasada znajduje zastosowanie do szeregu innych podmiotów uprzywilejowanych, kazuistycznie wymienionych w art. 2a ust. 3 u.k.u.r., spośród których można wskazać na osoby bliskie zbywcy, jednostki samorządu terytorialnego, Skarb Państwa, osoby prawne kościołów i związków wyznaniowych, parki narodowe, określone spółki i inne. Ponadto celem złagodzenia obecnie obowiązującego rygoryzmu, ustawodawca przewidział szereg wyłączeń o charakterze przedmiotowym lub uzależnionych od sposobu nabycia, w przypadku których nabywcami nieruchomości rolnych mogą być również osoby nieposiadające statusu rolnika indywidualnego. Wskazać tu można przykładowo na możliwość nabycia przez każdy podmiot prawa nieruchomości rolnych w postępowaniu upadłościowym lub egzekucyjnym, w toku postępowania restrukturyzacyjnego w ramach postępowania sanacyjnego, w wyniku zniesienia współwłasności, działu spadku lub podziału majątku wspólnego po ustaniu małżeństwa, a nadto w ramach procesu łączenia, podziału i przekształcenia się spółek. Mniejsze znaczenie praktyczne ma możliwość nabycia w trybie art. 17 ust. 1 ustawy o ochronie gruntów rolnych i leśnych³³, w przypadku przeniesienia własności lub prawa użytkowania wieczystego nieruchomości rolnej w wyniku realizacji roszczenia wynikającego z ograniczenia możliwości korzystania z nieruchomości rolnej niezbędnej do poszukiwania, rozpoznawania lub wydobywania kopalin czy nabycie własności wkładu gruntowego przez spółdzielnię w wykonaniu przysługującego jej prawa pierwokupu³⁴.

Niezmiernie istotne jest natomiast wyłącznie z obowiązującej zasady nabycia nieruchomości rolnych przez rolników indywidualnych gruntów rolnych o powierzchni poniżej 1 ha. Nabiera ono tym bardziej znaczenia, że wskazane zwolnienie nie ma charakteru jednorazowego, zaś dowolny podmiot prawa nieposiadający uprzywilejowanego statusu rolnika indywidualnego jest uprawniony do wielokrotnego nabycia tego typu nieruchomości rolnych na podstawie różnych czynności prawnych. W efekcie może stać się on sumarycznie właścicielem lub użytkownikiem wieczystym wielu hektarów gruntów rolnych. Należy jednak zauważyć, że w odniesieniu do tej kategorii nieruchomości, ustawodawca nie pozbawił KOWR prawa pierwokupu ani prawa nabycia, zachowując w ten sposób skuteczne narzędzie do przeciwdziałania nadużywaniu przyznanych

³³ Ustawa z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw t.j. Dz.U. 2020, poz. 471.

³⁴ Zob. szczegółowe omówienie wszystkich wyłączeń przewidzianych w art. 2a u.k.u.r., [w:] D. Łobos-Kotowska, M. Stańko, *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 87–111.

uprawnień³⁵. Co do zasady z powyższych uprawnień KOWR może skorzystać również w przypadku licznych innych wyłączeń przewidzianych w art. 2a u.k.u.r. W myśl obowiązujących przepisów u.k.u.r., w przypadku nabycia prawa własności, współwłasności, użytkowania wieczystego lub współużytkowania wieczystego nieruchomości rolnych, obowiązuje generalna zasada, że zgoda KOWR w formie decyzji administracyjnej na przeniesienie prawa nie jest wymagana, zaś obrót wskazanymi prawami rzeczowymi może następować swobodnie na zasadzie konsensusu stron, o ile nabywcami są podmioty uprzywilejowane w myśl ustawy. Wobec powyższego można przyjąć założenie, że obrót z udziałem po stronie nabywcy zwłaszcza rolników indywidualnych jest w pewnym sensie poddany zwykłym zasadom rynkowym, w szczególności swobodzie kontraktowania, znajdującej swój wyraz również na płaszczyźnie ceny. W tych warunkach nieruchomości będzie warta dla nabywcy tyle, ile będzie on skłonny za nią zapłacić, zaś władcza interwencja administracyjna poprzez bezpośrednią modyfikację uzgodnionej ceny lub wartości świadczenia wzajemnego zostanie wyłączona. Nie oznacza to jednak, że przyjęta i uzgodniona przez strony transakcji cena będzie w pełni odpowiadać wartości rynkowej. Pogląd ten wydaje się być uzasadniony przede wszystkim z tego powodu, że w obecnym kształcie rynek obrotu nieruchomościami rolnymi został celowo ukształtowany przez ustawodawcę jako rynek kupującego, którym co do zasady powinien być rolnik indywidualny. Rynek ten nie jest bowiem dostępny na równych zasadach dla wszelkich podmiotów prawa, gdyż od strony nabywcy został skutecznie zawężony do ściśle określonych, ustawowo zdefiniowanych podmiotów uprzywilejowanych. Skutkiem przyjętych w 2016 roku regulacji nastąpiło wyeliminowanie z udziału w obrocie jako kupujących znacznej ilości podmiotów, w szczególności osób prawnych oraz jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej, którym ustawy przyznają zdolność prawną³⁶. Opisane działania legislacyjne były oczywiście zamierzone i miały służyć m.in. realizacji konstytucyjnej zasady, że podstawą ustroju rolnego państwa są gospodarstwa rodzinne. W efekcie przyjętej nowelizacji nastąpiło ograniczenie strony popytowej i – co się z tym wiąże – stłumienie presji cenowej na rynku.

Niewątpliwie zawężenie wolnego obrotu do uprzywilejowanych nabywców, okazało się dla nich korzystne, gdyż grunt rolny został w swoisty sposób zarezerwowany właśnie dla tych podmiotów, w szczególności dla rolników indywidualnych, prowadzących aktywną produkcję rolną. Wniosek taki moż-

³⁵ D. Łobos-Kotowska, M. Stańko, *Ustawa o kształtowaniu...*, s. 99–100.

³⁶ J. Bieluk, *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego. Komentarz*, C.H. Beck., Warszawa 2019, s. 95.

na wysnuć na podstawie analizy danych statystycznych publikowanych przez Główny Urząd Statystyczny (dalej powoływany również jako GUS), z której wynika, że w wyniku wprowadzenia do ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego głębokich zmian legislacyjnych ilość zawieranych transakcji mających za przedmiot niezabudowane nieruchomości rolne spadła w latach 2016–2017 o blisko połowę w stosunku do 2015 roku. Dane udostępnione przez GUS wskazują bowiem, że liczba sprzedanych działek użytków rolnych w roku poprzedzającym wspomnianą nowelizację wyniosła blisko dwieście tysięcy, podczas gdy za cały rok 2017 liczba ta nieznacznie przekroczyła sto tysięcy. Mając na uwadze wyżej wspomnianą zasadę ustawową, że w obecnym stanie prawnym nabywcą nieruchomości rolnych może zostać co do zasady wyłącznie rolnik indywidualny, można uznać za uzasadniony pogląd, iż do 2016 roku wśród kupujących było niemal 50% innych nabywców aniżeli zawodowych rolników rozumianych jako osoby fizyczne³⁷. W chwili obecnej rynek obrotu nieruchomościami został zatem zdominowany przez podmioty uprzywilejowane ustawowo w sposób szczególny, przede wszystkim jednak przez rolników indywidualnych.

Wskazani rolnicy zapłacą natomiast za nieruchomości rolne tylko taką cenę, która będzie uzasadniona racjonalnymi względami ekonomicznymi. Wydaje się bowiem, że górna wartość, za jaką rolnicy indywidualni będą gotowi nabywać ziemię rolną, zostanie ograniczona jej potencjałem produkcyjnym. Wartość ta będzie ponadto uzależniona od możliwości finansowych gospodarstwa rolnego, które zgodnie z uwagami poczynionymi powyżej z zasady nie będzie przekraczać 300 hektarów użytków rolnych. Jeśli bowiem dojdzie do przekroczenia tej powierzchni, rolnik indywidualny utraci swój uprzywilejowany status, a poprzez to będzie zobowiązany do uzyskania zgody na nabycie nieruchomości wydanej w formie decyzji administracyjnej przez Dyrektora Generalnego KOWR po przeprowadzeniu postępowania administracyjnego i przy spełnieniu szeregu innych ustawowych przesłanek.

W tym miejscu należy zauważyć, że ukształtowany obecnie w Polsce system obrotu nieruchomościami rolnymi ma charakter mieszany, albowiem w przypadkach, gdy po stronie nabywcy nie występują podmioty uprzywilejowane, każde zbycie prawa do nieruchomości rolnych poddane jest kontroli administracyjnej polegającej bądź to na obowiązku uzyskania wspomnianej decyzji administracyjnej, bądź to aktualizacji po stronie KOWR prawa pierwokupu albo prawa nabycia. W obu wskazanych przypadkach, tj. w przypadkach wykonania

³⁷ Zob. GUS – „Obrót nieruchomościami w 2020 roku” oraz dane archiwalne, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/infrastruktura-komunalna-nieruchomosci/nieruchomosci-budynki-infrastruktura-komunalna/obrot-nieruchomosciami-w-2020-roku,4,18.html> [dostęp: 13.04.2022].

prawa pierwokupu albo prawa nabycia, przewidziany został mechanizm kontroli cen, sprowadzający się do możliwości ich wiążącego ustalenia w drodze postępowania sądowo-administracyjnego.

W pierwszej kolejności warto przyjrzeć się mechanizmom regulującym sytuację, gdy w celu nabycia nieruchomości rolnej konieczne jest uzyskanie uprzedniej zgody Dyrektora Generalnego KOWR. Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego przewiduje w art. 2a ust. 4 pięć sytuacji prawnych, gdy możliwym pozostaje nabycie nieruchomości rolnych przez inne podmioty aniżeli rolnik indywidualny, w drodze uzyskania decyzji administracyjnej, różnicując je w zależności od tego, czy przedmiotowa zgoda wydawana jest na wniosek zbywcy czy też nabywcy. Z praktycznego punktu widzenia wydaje się, że o wiele bardziej istotny dla obrotu jest przypadek, gdy zgoda może zostać wydana na wniosek zbywcy, gdyż adresatem właściwej regulacji nie jest konkretny krąg nabywców wyodrębnionych pod względem cech podmiotowych, lecz ma charakter generalny, a zatem w tym trybie nabywcą może stać się każdy podmiot prawa. Omawiany przepis zawarty jest w art. 2a ust. 4 pkt. 1 u.k.u.r., który stanowi, że nabywcą nieruchomości rolnej może być również podmiot inny niż rolnik indywidualny, o ile zbywca wykaże w postępowaniu administracyjnym prowadzonym przed Dyrektorem Generalnym KOWR, że nie miał możliwości sprzedaży nieruchomości rolnej na rzecz takiego rolnika, nabywca zobowiąże się do prowadzenia na nabytych nieruchomościach produkcji rolnej, a nadto w wyniku rozporządzenia nie dojdzie do nadmiernej koncentracji gruntów rolnych.

Z punktu widzenia omawianej tu problematyki kontroli cen kluczowe znaczenie ma wykazanie przez zbywcę braku możliwości sprzedaży należących do niego gruntów rolnych na rzecz rolnika indywidualnego. Powyżej wspomniano, że w myśl obecnie obowiązujących przepisów rynek nieruchomości oparty jest na zasadzie swobody kontraktowania, o ile nabywcą jest właśnie rolnik indywidualny lub któryś z pozostałych podmiotów uprzywilejowanych. W tej sytuacji kontrola administracyjna KOWR jest wyłączona, natomiast treść stosunku prawnego między zbywcą i nabywcą może być kształtowana co do zasady w sposób swobodny. Wspomniano jednak również, że rolnik indywidualny, decydując się na nabycie nieruchomości rolnych, będzie kierował się przede wszystkim przydatnością gruntów do prowadzonej produkcji rolnej. Okoliczność ta, połączona z silnym ograniczeniem podmiotów kupujących, spowodowuje, że częste staną się przypadki, gdy sprzedający nie będzie mógł znaleźć chętnego nabywcy wśród rolników indywidualnych, zwłaszcza takich, którzy byliby skłonni zaoferować oczekiwaną przez zbywcę cenę. W tej sytuacji, jeśli nie byłoby możliwości rozporządzenia gruntem rolnym na rzecz innych

nabywców, właściciel zostałby pozbawiony jednego z podstawowych uprawnień, jakim jest prawo do rozporządzenia rzeczą. Omawiana tu regulacja niejako wychodzi naprzeciw prawom właściciela, otwierając drogę do zbycia nieruchomości na rzecz innych nabywców aniżeli rolnicy indywidualni, przy czym może to nastąpić przy zachowaniu odpowiedniej procedury, z przyznaniem rolnikom indywidualnym zasady pierwszeństwa zakupu nieruchomości za określoną, maksymalną kwotę oraz pod ścisłą kontrolą administracyjną.

Zgodnie z przyjętym ustawowym rozwiązaniem, omawiana tu przesłanka wykazania braku możliwości zbycia nieruchomości zostanie spełniona, o ile żaden rolnik indywidualny nie złoży oferty nabycia tej nieruchomości w odpowiedzi na obligatoryjne ogłoszenie zbywcy zamieszczone w systemie teleinformatycznym prowadzonym przez KOWR. Ogłoszenie to musi jednak odpowiadać określonym kryteriom, w tym również w zakresie żądanej ceny. Co do zasady nie może być ona bowiem wyższa o więcej, aniżeli 50% średnich cen gruntów o określonej klasie bonitacyjnej ustalonej dla danego województwa za ostatni kwartał poprzedzający dzień podania przez Główny Urząd Statystyczny średniej ceny gruntów rolnych. Zwiększenie ceny powyżej wskazany próg jest dopuszczalne tylko wówczas, gdy zbywca będzie mógł uzasadnić swoje wyższe oczekiwania cenowe za pomocą operatu szacunkowego sporządzonego przez biegłego rzeczoznawcę.

Ewentualnie udzielone odpowiedzi rolników indywidualnych na ogłoszenie należy traktować jako oferty zawarcia umowy wiążące do czasu wyboru jednego z oferentów. Warto zastanowić się w tym kontekście, jakie kryteria będą decydować o wyborze nabywcy przez zbywcę, a także czy kryterium tym powinna być najwyższa cena. Wydaje się, że kwestia ta pozostaje do dyskrecjonalnej decyzji właściciela. Należy bowiem zgodzić się z poglądem P. Wojciechowskiego, że w przypadku rozporządzenia rzeczą wybór kontrahenta jest jednym z elementów kształtujących treść prawa własności³⁸. Z pewnością na decyzję racjonalnie działającego właściciela najwyższa zaoferowana cena nie pozostanie bez znaczenia, jednakże nie jest to wymóg ustawowy wynikający z treści regulacji u.k.u.r. Co więcej, wobec brzmienia art. 2a ust. 4f i 4g zarówno zbywcy, jak i wyłoniionemu w wyniku zamieszczonego ogłoszenia nabywcy, nie będzie przysługiwać roszczenie o zawarcie umowy sprzedaży, o którym mowa w art. 72² § 3 Kodeksu cywilnego, gdyż wymienione przepisy ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego należy rozumieć jako *lex specialis* w stosunku do regulacji kodeksowych³⁹. Natomiast

³⁸ P. Wojciechowski, [w:] P. Popardowski (red.), *Prawo rolne. Obrót nieruchomościami rolnymi. Komentarz*, t. 9, C.H. Beck, Warszawa 2021, s. 319.

³⁹ P. Wojciechowski, [w:] P. Popardowski (red.), *Prawo rolne...*, s. 319–320.

podmiotowi, który liczył na zawarcie umowy, będzie przysługiwać jedynie roszczenie odszkodowawcze w wysokości szkody rzeczywistej (*damnum emergens*).

Tylko w przypadku, gdy zamieszczone ogłoszenie spełnia opisane wyżej wymagania, a nadto żaden z rolników indywidualnych nie udzielił na nie odpowiedzi w terminie w nim wskazanym, nie krótszym niż 30 dni, będzie możliwe uzyskanie zgody Dyrektora Generalnego KOWR na zbycie nieruchomości na rzecz innych podmiotów.

Należy zastanowić się, czy również w tym przypadku, gdy nieruchomość nie zostanie sprzedana rolnikowi indywidualnemu w wyniku obowiązkowej publikacji ogłoszenia, możliwe jest uzyskanie zgody Dyrektora Generalnego KOWR na nabycie nieruchomości rolnej za cenę wyższą niż wskazany próg cenowy, przyjęty dla obligatoryjnego ogłoszenia, to jest przekraczającą 50% średnich cen gruntów rolnych publikowanych przez GUS. Sytuacja ta wcale nie wydaje się wyłącznie zagadnieniem teoretycznym. Brak odpowiedzi na ogłoszenie przez rolników indywidualnych otwiera bowiem drogę do zbycia nieruchomości rolnych na rzecz wszelkich innych zainteresowanych podmiotów prawa, deklarujących gotowość prowadzenia działalności rolniczej na nabytym gruncie, których może być wiele. W tej sytuacji realne staje się podnoszenie ceny powyżej oferty złożonej przez konkurenta, co może przybierać formę swobodnego konkursu ofert. Ustawa wprost nie wyłącza takiej możliwości również w stosunku do podmiotów o nieuprzywilejowanym statusie. Ponieważ tego typu ograniczenia cenowe nie obowiązują w przypadku zbywania nieruchomości na rzecz rolnika indywidualnego, ta sama swoboda kontraktowania powinna być stosowana w stosunku do innych nabywców wybranych przez zbywcę po bezskutecznym upływie terminu wyznaczonego na odpowiedź na zamieszczone ogłoszenie. W ten sposób ustalona cena wyższa aniżeli maksymalny próg określony w ogłoszeniu nie powinna stać na przeszkodzie wydaniu zgody przez KOWR na nabycie nieruchomości.

Na marginesie powyższych wywodów, w celu zachowania jednak kompletności wyводу, warto wymienić pozostałe cztery przypadki zdefiniowane ustawowo, gdy staje się możliwe nabycie nieruchomości rolnych na podstawie decyzji administracyjnej przez podmioty inne aniżeli uprzywilejowane. Mają one jednak znacznie mniejsze znaczenie praktyczne, albowiem adresatami regulacji są konkretne podmioty prawa. Takimi nabywcami mogą zostać osoby fizyczne zamierzające utworzyć gospodarstwo rolne, osoby fizyczne planujące powiększenie takiego gospodarstwa, uczelnie wyższe nabywające nieruchomości rolne w związku z prowadzoną działalnością dydaktyczną, a także nabywcy takich nieruchomości położonych w strefach rozmieszczenia

inwestycji celu publicznego⁴⁰. Co ciekawe, we wszystkich czterech przypadkach nie jest stosowany opisany wyżej system ogłoszeniowy wraz ze wskazaniem ceny maksymalnej, natomiast zgoda może zostać wydana wyłącznie na wniosek złożony przez nabywcę.

We wszystkich omówionych pięciu przypadkach Dyrektorowi Generalnemu KOWR przysługuje uprawnienie do odmowy wydania decyzji zezwalającej na nabycie nieruchomości rolnej, co uniemożliwi właścicielowi wykonanie jednego z najistotniejszych jego uprawnień, jakim jest możliwość sprzedaży rzeczy. Z tego też powodu ustawodawca przewidział dla zbywcy roszczenie do KOWR o zawarcie umowy sprzedaży. Należy jednak zauważyć, że po ostatniej nowelizacji ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego z 2019 roku roszczenie to aktualizuje się wyłącznie w przypadku, gdy o zgodę ubiegał się zbywca i nie udzielono jej ze względu na niespełnienie przesłanki z art. 2a ust. ust. 4 pkt 1 lit. b u.k.u.r., tj. nabywca nie zobowiązał się do prowadzenia działalności rolniczej na nabywanej nieruchomości rolnej⁴¹, co może wywołać skutki prawne w postaci obowiązku nabycia nieruchomości rolnej przez agencję w przypadku zgłoszenia takiego żądania przez właściciela. Jednakże należy mieć na uwadze, że w przypadku zgłoszenia powyższego roszczenia ceną wiążącą KOWR będzie wartość rynkowa nieruchomości, oszacowana na podstawie właściwych przepisów ustawy o gospodarce nieruchomościami (dalej powoływanej również jako u.g.n.)⁴². Jeśli z tak ustaloną i zaoferowaną ceną nie zgadza się właściciel, przysługują mu zasadniczo dwa uprawnienia. O ile będzie dalej podtrzymywał żądanie przeniesienia nieruchomości na rzecz KOWR, jednak za cenę wyższą niż zaoferowana, może wystąpić do sądu z wnioskiem o ustalenie ceny właściwej, przy czym należy pamiętać, że sąd również określi ją przy wykorzystaniu odpowiednich regulacji u.g.n. Zbywca może także cofnąć żądania nabycia nieruchomości, czego efektem będzie zablokowanie pierwotnie zaplanowanej czynności rozporządzającej z podmiotem niebędącym rolnikiem indywidualnym. Należy także dodać, że

⁴⁰ Zob. art. 2a ust. 4 pkt. 2–5 u.k.u.r.

⁴¹ W doktrynie zwraca się uwagę, że tak sformułowany przepis może być łatwo wykorzystywany przez zbywcę działającego w porozumieniu z nabywcą do zmuszenia KOWR do nabycia szczególnie mało wartościowych nieruchomości rolnych, skoro spełnienie wskazanej przesłanki zależne jest wyłącznie od złożenia oświadczenia przez nabywcę, zob. J. Bieluk, *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego...*, C.H. Beck, Warszawa 2019, s. 172. Ponadto wskazuje się, że regulacja ta stała się całkowicie iluzoryczna i powinna zostać uchylona jako martwa litera prawa, zob. P.A. Blajer, *Umowa sprzedaży nieruchomości rolnej po wejściu w życie ustawy z dnia 26.04.2019 roku o zmianie ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego oraz niektórych innych ustaw*, „Rejent” 2019, nr 12, s. 110–111, <https://doi.org/10.14746/ppr.2021.28.1.2>.

⁴² Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, t.j. Dz.U. 2021, poz. 11, 234, 815.

wskutek ostatniej nowelizacji ustawy praktyczne sytuacje, gdy KOWR może zostać zmuszony do nabycia nieruchomości rolnej, zostały znacząco ograniczone i obecnie możliwość taka ma raczej wymiar iluzoryczny⁴³.

Odrębnymi mechanizmami kształtującymi system kontroli cen są: ustawowe prawo pierwokupu nieruchomości rolnych przysługujące w pierwszej kolejności dzierżawcy, a następnie Krajowemu Ośrodkowi Wsparcia Rolnictwa KOWR, aktualizujące się w przypadkach określonych w ustawie o kształtowaniu ustroju rolnego przy zawarciu umów sprzedaży, jak również prawo nabycia przy innych formach przeniesienia prawa, przy czym skorzystać z drugiego z wymienionych uprawnień może wyłącznie KOWR agencja.

W kontekście omawianej tu tematyki istotne znaczenie ma art. 3a ust. 8 u.k.u.r., w myśl którego określenie w umowie ceny sprzedaży w sposób rażąco odbiegający od ceny rynkowej, wskazanym wyżej uprawnionym, o ile złożyli oświadczenie o wykonaniu pierwokupu, przysługuje prawo do wystąpienia do sądu z wnioskiem o ustalenie ceny właściwej. W doktrynie prawa cywilnego niejednoznacznie postrzegane pozostaje zagadnienie, czy zawyżona cena objęta jest dyspozycją przepisu art. 600 § 1 zd. 2 Kodeksu cywilnego. Przepis ten stanowi, że postanowienia umowy mające na celu udaremnienie prawa pierwokupu, są względem uprawnionego bezskuteczne, przy czym ciężar dowodu obciąża uprawnionego. Za słuszny należy uznać pogląd, że przyjęcie przez strony umowy sprzedaży ceny w sposób istotny przewyższającej ceny rynkowe nie jest postanowieniem umownym, które można by uznać za bezskuteczne dla uprawnionego, chyba że uprawniony będzie mógł udowodnić pozorność takiego postanowienia⁴⁴. Na gruncie ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego przeprowadzenie przez uprawnionego powyższego dowodu nie będzie jednak wymagane. Na podstawie art. 3 ust. 8 u.k.u.r. uprawniony, tj. dzierżawca lub Dyrektor Generalny KOWR, składając oświadczenie o wykonaniu prawa pierwokupu, może w terminie 14 dni od złożenia tego oświadczenia wystąpić do sądu z wnioskiem o ustalenie ceny wiążącej zbywcę. W tym wypadku to na sądzie spocznie obowiązek oszacowania wartości rynkowej nieruchomości, co nastąpi z wykorzystaniem właściwych przepisów dotyczących sposobów określania wartości nieruchomości szacowania wartości rynkowych nieruchomości, zawartych w ustawie o gospodarce nieruchomościami, a zatem na podstawie dowodu z opinii biegłego rzeczoznawcy⁴⁵. Dzięki tak ukształtowa-

⁴³ Na temat przypadków aktualizacji obowiązku nabycia nieruchomości przez KOWR zob. J. Bieluk, *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego...*, s. 171–172.

⁴⁴ K. Haładyj, [w:] K. Osajda (red.) *Kodeks cywilny. Komentarz. T. 2. Zobowiązania*, C.H. Beck, Warszawa 2017, s. 1145.

⁴⁵ T. Czech, *Kształtowanie ustroju rolnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 237–238.

nym regulacjom uniemożliwiono potencjalne obchodzenie przepisów o prawie pierwokupu i zawieranie umów pozornych, ale co ważniejsze uproszczono mechanizm weryfikacji ceny zawartej w warunkowej umowie sprzedaży, a nadto zablokowano transakcje o czysto spekulacyjnym charakterze, czemu służą z resztą również inne, liczne instrumenty prawne przewidziane w u.k.u.r.

W praktyce codziennego obrotu zastosowanie przywołanego przepisu art. 3 ust. 8 u.k.u.r. okazało się o tyle problematyczne, że ustawodawca nie sprecyzował bliżej, kiedy można mówić o cenie rażąco wygórowanej. W związku z zaistniałym problemem interpretacyjnym prezes Agencji Nieruchomości Rolnych (ANR), będącej poprzednikiem prawnym KOWR, wydał w dniu 13 maja 2016 roku zarządzenie nr 20/16 w sprawie realizacji przez oddziały terenowe ANR prawa pierwokupu i prawa nabycia⁴⁶. W przywołanym dokumencie wewnętrznym ustalono, że przesłankę zawyżenia ceny przez strony umowy sprzedaży w sposób rażący należy uznać za spełnioną, gdy przekracza ona o ponad 20% średnie wartości transakcji mających za przedmiot nieruchomości podobne⁴⁷.

O ile uprawniony podmiot, tj. dzierżawca lub Dyrektor Generalny KOWR, skorzystają z mechanizmu ustalenia ceny rynkowej w postępowaniu sądowym, zostanie ona określona z wykorzystaniem właściwych przepisów dotyczących szacowania wartości rynkowych nieruchomości, zawartych w ustawie o gospodarce nieruchomościami. Dzięki tak ukształtowanym regulacjom uniemożliwiono potencjalne obchodzenie przepisów o prawie pierwokupu, ale – co ważniejsze – zablokowano transakcje o czysto spekulacyjnym charakterze, czemu służą z resztą również inne, liczne instrumenty prawne przewidziane w u.k.u.r.

Do opisanego wyżej mechanizmu kontroli cen bardzo zbliżone jest prawo nabycia, które jak wspomniano powyżej aktualizuje się przy innych niż zawarcie umowy sprzedaży zdarzeniach prawnych, skutkujących jednak przejściem prawa do nieruchomości rolnych na podmioty niewskazane z punktu widzenia realizacji celów u.k.u.r., niewymienione w art. 4 ust. 4 tej ustawy. W grę wchodzi wówczas rozliczne czynności rozporządzające *inter vivos*, jak umowy darowizny, zamiany, działy spadku czy zwolnienia z długu, ale także orzeczenia sądowe, decyzje organów administracyjnych lub egzekucyjnych. O ile spełnione zostaną przesłanki o charakterze podmiotowym lub przedmiotowym, od któ-

⁴⁶ Zarządzenie nr 20/16 Prezesa Agencji Nieruchomości Rolnych z dnia 13 maja 2016 roku w sprawie realizacji przez oddziały terenowe ANR prawa pierwokupu i prawa nabycia określonych w ustawie z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego.

⁴⁷ Zarządzenie nr 20/16 Prezesa ANR..., pkt IV.

rych zależy aktualizacja wskazanego uprawnienia, zaś cena nie wynika z treści czynności prawnej, orzeczenia sądu, decyzji organu administracyjnego lub innego organu państwowego, KOWR, wykonując prawo nabycia, określa cenę rynkową, stosując w tym celu właściwe przepisy u.g.n. W porównaniu do prawa pierwokupu dostrzegalna jest tu jednak pewna różnica, polegająca na tym, że to Krajowemu Ośrodkowi Wsparcia Rolnictwa agencji, wykonującemu prawo nabycia, przysługuje uprawnienie do pierwszego określenia wartości rynkowej nieruchomości rolnej. Natomiast zbywcy, kwestionującemu sporządzone przez KOWR oszacowanie, przysługuje prawo do żądania ustalenia ceny odpowiadającej wartości rynkowej w postępowaniu sądowym, przy czym wniesienie wniosku do sądu ograniczone jest terminem zawitym jednego miesiąca od dnia otrzymania oświadczenia KOWR o nabyciu nieruchomości. O ile jednak wartość nieruchomości wynika z treści czynności prawnych, a w opinii KOWR jest ona zawyżona, znajdzie zastosowanie wyłącznie mechanizm sądowego określania cen przyjęty dla wykonania prawa pierwokupu. Warto również dodać, że przedstawiony system kontroli cen rynkowych w zakresie prawa nabycia znajduje zastosowania również w przypadku zmiany współnika w spółce osobowej lub przystąpienia do niej nowego współnika.

4. Podsumowanie i wnioski

Z przedstawionej analizy wynika jednoznacznie, że problematyka kontroli cen nieruchomości rolnych pozostaje istotnym zagadnieniem w polityce kształtowania struktur rolnych niemal we wszystkich wymienionych krajach zachodnioeuropejskich. Przyjmowane regulacje mają służyć takiemu kształtowaniu cen nieruchomości rolnych, aby nie były one oderwane od realiów rynkowych i odzwierciedlały ich wartość dochodową w rolnictwie. Ma to skutkować zwiększeniem dostępności takich gruntów dla rolników, utrzymujących siebie i swoje rodziny, z prowadzonej przez nich działalności produkcyjnej w rolnictwie, co z kolei umożliwia zakładanie i rozwój gospodarstw rolnych. Dostrzegalna jest świadomość ustawodawców, że pominięcie przepisów regulujących stwarza ryzyko poddania obrotu nieruchomościami rolnymi zwykłym mechanizmom popytu i podaży, co powoduje wzrost ich cen powyżej możliwości finansowych rolników, przechodzenie gruntów rolnych na własność podmiotów nieprowadzących produkcji rolnej i w dłuższej perspektywie może stwarzać zagrożenie bezpieczeństwa żywnościowego krajów.

Analizując bliżej rozwiązania przyjęte na gruncie prawa zachodnioeuropejskiego z punktu widzenia systemu kontroli cen, można wyróżnić trzy podstawowe modele obrotu, a mianowicie system kontroli bezpośredniej i pośredniej, system kontroli pośredniej oraz model wolnego obrotu.

Pośrednia kontrola cen polega na tym, że do rynku nieruchomości rolnych dopuszczone zostają wyłącznie określone podmioty gwarantujące zachowanie rolniczego przeznaczenia gruntów i prowadzenia na nich efektywnej produkcji żywności, przy czym kryteria wyodrębnienia takich podmiotów są różne, niemniej zawsze przy definiowaniu właściwych przesłanek podmiotowych nacisk kładzie się na zawodowe wykonywanie działalności rolniczej. Pozostałym zainteresowanym dostęp do nieruchomości rolnych ogranicza się za pomocą instrumentów prawno-administracyjnych. W wyniku tej kontroli pośredniej ustawodawcy ograniczają stronę popytową, czego efektem jest ukształtowanie rynku nieruchomości rolnych jako rynku nabywcy.

Kontrola cen o charakterze bezpośrednim polega natomiast na ingerencji odpowiednich organów państwowych w wartości dokonywanych rozporządzeń, przyjmującej zazwyczaj formę decyzji administracyjnych. Dostrzegalne jest, że niektórzy ustawodawcy nie stosują przy tym rozbudowanych regulacji prawnych, ograniczając się do jednego przepisu kształtującego w sposób generalny uprawnienie właściwych organów do interwencji mającej na celu uniemożliwienie zawyżania cen gruntów rolnych. Przykładem mogą być tu Niemcy, jak również większość austriackich krajów związkowych. Niekiedy jednak stosowane rozwiązania są znacznie bardziej rozbudowane, czego dowodem mogą być właściwe przepisy szwajcarskiego rolniczego prawa gruntowego BGGB, gdzie obok regulacji ograniczających w sposób bezpośredni wartości rozporządzeń, stworzone zostały m.in. ustawowe zasady wewnątrzrodzinnych rozliczeń finansowych w przypadku obrotu tzw. rodzinnego lub spadkobrania, które oparto o skapitalizowaną wartość czystego dochodu *Ertragswert*.

Wydaje się, że w zaprezentowanych systemach prawnych krajów zachodnioeuropejskich dominuje model pośredniej i bezpośredniej kontroli cen. Z zasady bowiem do obrotu nieruchomościami rolnymi dopuszczone zostają tylko określone podmioty prawa, a nadto każde rozporządzenie poddawane jest autoryzacji administracyjnej, wyrażającej się koniecznością uzyskania zezwolenia właściwego organu w formie decyzji niezbędnej do dokonania konstytutywnego wpisu w księdze wieczystej. Ta zaś może zostać wydana przy zaistnieniu określonych przesłanek o charakterze negatywnym lub pozytywnym, wśród których zazwyczaj uwzględniany zostaje zakaz stosowania zawyżonych cen. Przesłanka ta ma z reguły charakter bezwzględny, a zatem właściwy organ jest nie tyle uprawniony, co zobowiązany do odmowy autoryzacji rozporządze-

nia w przypadku jej niespełnienia. Dodać należy również, że często pojęcie zawyżenia ceny jest określone w sposób nieostry, co kształtuje dużą swobodę uznania organów administracyjnych, a zarazem ryzyko arbitralności orzeczeń. Z tego też względu zadanie dookreślenia maksymalnych wartości rozporządzeń spoczywa na orzecznictwie sądowym. Rzadkością jest sztywne określenie cen maksymalnych z określeniem pewnych granic tolerancji. Przedstawiony model, zakładający zarówno pośredni, jak i ścisły, i skoncentrowany państwowy nadzór w obszarze cen gruntów rolnych, jest charakterystyczny dla Szwajcarii, Niemiec i austriackich krajów związkowych.

Od powyższych rozwiązań różni się model kontroli pośredniej zakładający, że rozporządzanie prawami do nieruchomości rolnych jest dla podmiotów trudniących się zawodowo rolnictwem w pewnych granicach zwolnione z autoryzacji administracyjnej, a zatem treść stosunku prawnego, w tym również cena, są kształtowane z zachowaniem zasady swobody kontraktowania. Ingerencja państwowa objawia się natomiast w przypadku rozporządzeń niekorzystnych z punktu widzenia celów przyjętej polityki rolnej, gdy obok konieczności uzyskania autoryzacji administracyjnej uruchamiane pozostają inne instrumenty prawne zawierające elementy kontroli cen, jak na przykład prawo pierwokupu lub prawo nabycia. Opisany model stosowany jest we Francji i Polsce. Model wolnego obrotu, zakładający samoregulację rynku na podstawie wzajemnego oddziaływania popytu i podaży, przyjęty jest natomiast w Anglii.

Oceniając polskie przepisy na tle zachodnioeuropejskich, należy zauważyć, że regulacje w obszarze kontroli cen sprowadzają się przede wszystkim do bardzo istotnego ograniczenia strony popytowej i ukształtowania rynku nabywcy, którym co do zasady może być wyłącznie rolnik indywidualny spełniający niezbędne przesłanki podmiotowo-przedmiotowe, w tym przesłankę kwalifikacji rolniczych czy zamieszkania w okolicy miejsca położenia zbywanej nieruchomości. Zasadą polskiego modelu jest wolny obrót prawami do nieruchomości rolnych, o ile rolnik indywidualny staje się ich nabywcą. W tych warunkach rozporządzenia są z zasady wyłączone spod kontroli administracyjnej, która nie wkracza również w obszar ceny. Rolnicy ci są bowiem zwolnieni z obowiązku uzyskania zezwolenia administracyjnego, zaś treść stosunku prawnego jest kształtowana w sposób swobodny. Ma to zarówno dobre, jak i złe strony.

Bez wątpienia należy aprobować stworzenie, nawet dla ograniczonej grupy podmiotów, możliwości konsensualnego kształtowania treści umowy, czego wyrazem jest również swobodne określenie ceny należącej do *essentialia negotii* umowy sprzedaży. Niemniej przyjęte rozwiązanie tylko w pewnym sensie zachowuje zasadę swobodnego kształtowania treści stosunku prawnego, gdyż ogranicza obrót do wąskiego kręgu podmiotów. Takie skonstruowanie

podstawowych zasad obrotu prowadzi do tworzenia wewnętrznie zwartej, uprzywilejowanej grupy zawodowej, wyposażonej w nadzwyczajne uprawnienia z wykluczeniem pozostałych podmiotów, co kłóci się z konstytucyjną zasadą równości. Ponadto ukształtowanie rynku obrotu nieruchomościami rolnymi jako rynku nabywcy narusza interesy właścicieli, gdyż możliwa do osiągnięcia cena za należące do nich nieruchomości nie będzie odzwierciedlać rzeczywistej ich wartości.

Można się zastanawiać nad zasadnością takiego rozwiązania. Regulacje przyjęte w innych krajach europejskich wskazują, że ograniczenie dostępu do nieruchomości rolnych jest regułą, zaś wolny obrót wyjątkiem. Uzasadnione jest nawet stwierdzenie, że przepisy stosowane w niektórych innych krajach zachodnioeuropejskich w obszarze ceny są dalece bardziej restrykcyjne aniżeli w Polsce. Nierzadko wymagają one bowiem każdorazowej autoryzacji administracyjnej rozporządzeń mających za przedmiot nieruchomości rolne, bez względu na osobę nabywcy, obejmując swym zakresem również obrót profesjonalny, a także cenę lub wartość świadczenia wzajemnego. W tych systemach prawnych dopuszcza się wprowadzić pewne progi tolerancji, są one jednak nieznaczne, bo wynoszące z reguły kilka procent cen średnich. Z tego punktu widzenia polski model uznać można za dość liberalny, gdyż administracyjna kontrola ceny z zasady nie dotyczy zbycia na rzecz rolnika indywidualnego. Ponadto w przypadku zamiaru zbycia na rzecz nierolnika, konieczne jest zachowanie procedury ogłoszenia publicznego, kierowanego do rolników indywidualnych, w której wartość przedmiotu sprzedaży określona przez właściciela może przekraczać średnie wartości praw na rynku lokalnym nawet do 50%. Wydaje się, że w przypadku braku zainteresowania nabyciem przez podmiot uprzywilejowany, sprzedaż na rzecz nierolnika może nastąpić po cenie swobodnie ustalonej przez strony, nawet przekraczającej wskazaną wartość o 50%, albowiem Dyrektor Generalny KOWR, jako organ administracyjny działający na podstawie i w granicach prawa, nie będzie miał podstaw do odmowy wydania zezwolenia ze względu na przekroczenie tego progu. W ten sposób mogą zostać uwzględnione zarówno interesy publiczne, poprzez ukształtowanie zasady pierwszeństwa przysługującego rolnikom indywidualnym, którym stworzono możliwość nabywania gruntów rolnych po cenach dostosowanych do rolniczego potencjału produkcyjnego gruntów, jak również interesy właścicieli. Jeśli bowiem po stronie rolników indywidualnych nie ma zainteresowanego nabywcy, właściciel nie zostanie pozbawiony swojego podstawowego uprawnienia, jakim jest prawo do sprzedaży rozporządzania nieruchomości (rzeczą).

Podsumowując, można zatem stwierdzić, że polskie rozwiązania w obszarze ceny to dominujący model kontroli pośredniej, zawierający jednak pewne elementy kontroli bezpośredniej, co przejawia się przykładowo w prawie do sądowego określenia ceny przy wykonaniu pierwokupu przez dzierżawcę lub KOWR. Można skłonić się do stwierdzenia, że model ten jest racjonalny, gdyż służy stabilizacji cen rynku nieruchomości rolnych, co jest zjawiskiem jak najbardziej korzystnym. Na potwierdzenie powyższego stwierdzenia można ponownie przywołać dane statystyczne publikowane przez GUS. Wynika z nich jednoznacznie, że w latach 2010–2015, a zatem w okresie bezpośrednio poprzedzającym głęboką nowelizację ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego, wzrost cen niezabudowanych użytków rolnych wyniósł 119%. W analogicznym sześcioletnim okresie obowiązywania znowelizowanych regulacji, tj. w latach 2016–2021, wzrost ten wyniósł zaledwie 18%, przy czym należy dodatkowo zauważyć, że wskazana korekta cenowa mogła zostać spowodowana pojawiającym się szczególnie w ostatnich latach zjawiskiem inflacji sięgającej w 2021 roku wartości 5,1%, a nadto ograniczeniem podaży poprzez wstrzymanie sprzedaży nieruchomości rolnych z Zasobu Własności Rolnej Skarbu Państwa. Dodać wypada, iż bardzo wysoki, wskazany wyżej, wzrost cen w okresie poprzedzającym nowelizację z 2016 roku nastąpił w warunkach stosunkowo niskiej inflacji, a nawet deflacji w 2015 roku wynoszącej 0,9%.

Z całą pewnością odrzucić należy bowiem model otwarty, umożliwiający nieograniczony wzrost wartości gruntów przeznaczonych do produkcji rolnej, co potwierdzają odnotowywane ceny gruntów należące do najwyższych w Europie (np. w Wielkiej Brytanii cena 1 ha użytków rolnych wynosi ok. 26.000 euro w porównaniu do ceny w Polsce wynoszącej w 2021 roku 10711 euro czy Francji wynoszącej 6080 euro). Ograniczenie obrotu do określonego kręgu nabywców eliminuje presję cenową, wykluczając działania spekulacyjne. W ramach grupy uprzywilejowanych rolników obrót wyłączony zostaje spod bezpośredniej kontroli administracyjnej, poprzez co możliwe jest swobodne kształtowanie treści stosunku prawnego, co nie stanowi reguły w systemach prawnych rozwiniętych krajów zachodnioeuropejskich opartych o model kontroli zarówno pośredniej, jak i bezpośredniej. W tych warunkach kształtują się ceny odpowiadające możliwościom dochodowym w rolnictwie. Ponadto przy braku zainteresowania ze strony rolników indywidualnych stworzony został mechanizm umożliwiający nabywanie nieruchomości rolnych przez inne podmioty niespełniające wymagań podmiotowych, przy czym taki obrót poddano ścisłej kontroli administracyjnej KOWR mającej na celu ograniczenie nadmiernej koncentracji gruntów rolnych oraz zachowanie na nich produkcji rolnej.

Bibliografia

Akty prawne

- Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstückverkehrsgesetz – GrdstVG) vom 28. Juli 1961, (Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 7810-1), [Ustawa w sprawie ustanowienia środków służących poprawie struktur rolnych oraz zabezpieczających gospodarstwa rolne i leśne z dnia 28 lipca 1961 r.].
- Gesetz über die Alterssicherung der Landwirte (ALG) vom 29. Juli 1994 [Ustawa z dnia 29 lipca 1994 r. o ubezpieczeniu emerytalnym rolników] BGBl. I S. 1890, 1891.
- Bundesgesetz über das bauerliche Bodengesetz vom 4. Oktober 1991 [Ustawa z dnia 4 października 1991 r. o rolniczym prawie gruntowym], Amtliche Sammlung 1993 poz. 1410.
- Vereinbarung vom 20. April 1993 zwischen dem Bund und den Ländern gemäß Art. 15 a B-VG über zivilrechtliche Bestimmungen betreffend den Verkehr mit Baugrundstücken [Uzgodnienie z dnia 20 kwietnia 1993 r. dotyczące zasad obrotu nieruchomościami budowlanymi], BGBl. 1993, Nr 260.
- Gesetz über den Verkehr mit Grundstücken in Tirol vom 3. Juli 1996. Tiroler Grundverkehrsgesetz 1996 [Ustawa z dnia 3 lipca 1996 r. o obrocie nieruchomościami w Tyrolu], LGBL. 1996, Nr 61 – Landtagsmaterialien: 222/96.
- Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o gospodarce nieruchomościami, t.j. Dz.U. 2021, poz. 11, 234, 815.
- Ustawa z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego, t.j. Dz.U. 2021, poz. 234.
- Ustawa z dnia 13 lutego 2020 r. o zmianie ustawy – Prawo budowlane oraz niektórych innych ustaw t.j. Dz.U. 2020, poz. 471.
- Code rural et de la pêche maritime. Modifié par LOI n°2021-1104 du 22 août 2021 – art. 265 (V), [Kodeks rolny, rybołówstwa i gospodarki morskiej z dnia 22 sierpnia 2021].

Orzecznictwo

Sądy międzynarodowe

- Auszug aus dem Urteil der I. Zivilabteilung vom 8. Mai 1989 *i.S. Stiftung gegen H.* (Berufung) [Wyrok szwajcarskiego Federalnego Sądu Najwyższego z 8 maja 1998 r.], BGE 115 II 181 (E. 2 c.), <https://relevancy.bger.ch/>.
- Urteil vom 7. Februar 2003 [Wyrok Federalnego Sądu Najwyższego z 7 lutego 2003 r.], BGE 5A.22/2002 (E.2.2), <https://www.bger.ch>.
- Beschluss vom Bundesgerichtshof vom 25. Aril 2014 [Orzeczenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z 25 kwietnia 2014 r.], BLw 5/13, BeckRS 2014, 12775 Rn. 26 ff.
- Beschluss vom Bundesgerichtshof vom 27. April 2001 [Orzeczenie Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z 27 kwietnia 2021 r.], BLw 14/00, NJW-RR 2001, 1021 (1022).
- Unabhängige Verwaltungssenate (UVS) [Niezależny Senat Administracyjny, Wyrok z 17 lipca 1998 r.], Urteil vom 17. Juli 1998, 3-1-19/98.
- Unabhängige Verwaltungssenate vom 18. Januar 2007 [Orzeczenie Niezależnego Senatu Administracyjnego z 18 stycznia 2007 r.], 301-024/04.

Publikacje

- Bieluk J., *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Blajer P., Gonet W., *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Blajer P., *Umowa sprzedaży nieruchomości rolnej po wejściu w życie ustawy z dnia 26.04.2019 roku o zmianie ustawy o kształtowaniu ustroju rolnego oraz niektórych innych ustaw*, „Rejent” 2019, nr 12, s. 102–140.
- Czech T., *Kształtowanie ustroju rolnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, s. 237–238.
- Dieterle M., Berndt T., Moog M., *Der landwirtschaftliche Ertragswert im bäuerlichen Bodenrecht: Entwicklung seit 1979 und Würdigung aus der Sicht der Unternehmensbewertung* [Skapitalizowana wartość czystego dochodu w rolniczym prawie gruntowym: rozwój pojęcia od 1979 roku i zasady jego stosowania przy określaniu wartości przedsiębiorstw], Difo-Druck GmbH, St. Gallen 2019.

- Hofer E., Studer B., *Erwerb landwirtschaftlicher Gewerbe durch juristische Personen* [Nabywanie gospodarstw rolnych przez osoby prawne], „Blätter für Agrarrecht (BLAR)” [Studia Prawa Rolnego] 2012, s. 35–68, <https://docplayer.org/11933837-Erwerb-landwirtschaftlicher-gewerbe-durch-juristische-personen.html> [dostęp: 26.05.2023].
- Holzer G., *Grundverkehrsrecht* [Ustawa o obrocie nieruchomościami], [w:] R. Norer (red.), *Handbuch des Agrarrechts*, Verlag Österreich, Wiedeń 2012, s. 493–515.
- Hotz F.R., Bandli Ch., Henny J.-M., Hofer E., Hotz H.R., Müller M., Späti H., Stalder B., Studer B., *Das bäuerliche Bodengesetz. Kommentar zum Bundesgesetz über das bäuerliche Bodenrecht vom 4. Oktober 1991* [Rolnicze prawo gruntowe. Komentarz do ustawy federalnej o rolniczym prawie gruntowym z dnia 4 października 1991 r.], Herausgeber und Verlag, Brugg 1995.
- Janggen A., *Der Bankier als Landwirt. Liquidation von landwirtschaftlichen Gewerben: Das bäuerliche Bodenrecht spielt mit* [Bankier jako gospodarz rolny. Likwidacja gospodarstw rolnych w świetle rolniczego prawa gruntowego], „Insolvenz- und Wirtschaftsrecht” [Prawo upadłościowe i gospodarcze] 1998, nr 1, s. 17–22, <https://docplayer.org/11933837-Erwerb-landwirtschaftlicher-gewerbe-durch-juristische-personen.html> [dostęp: 26.05.2023].
- Kälin Ch.H., *International Real Estate Handbook. Acquisition, Ownership and Sale of Real Estate Residence, Tax and Inheritance Law* [Międzynarodowy podręcznik prawa nieruchomości. Nabywanie, wykonywanie prawa własności oraz sprzedaż nieruchomości. Rezydencja, prawo podatkowe i spadkowe], John Wiley & Sons, West Sussex–Hoboken 2005.
- Książek P., Mikołajczyk J. (red.), *Nieruchomości rolne w praktyce notarialnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Lichorowicz A., *Uwagi w kwestii usytuowania przepisów o obrocie gruntami rolnymi w systemie prawa polskiego (na tle prawnoporównawczym)*, „Przegląd Prawa Rolnego” 2008, nr 2(4), s. 29–49.
- Łobos-Kotowska D., Stańko M., *Ustawa o kształtowaniu ustroju rolnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.
- Martinez J., *Gesetz über Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur und Sicherung land- und forstwirtschaftlicher Betriebe (Grundstückverkehrsgesetz – GrdstVG) vom 28.07.1961*. [Ustawa w sprawie ustanowienia środków służących poprawie struktur rolnych oraz zabezpieczających gospodarstwa rolne i leśne z dnia 28 lipca 1961 r.], Österreichisches Grundverkehrsrecht, Wiedeń 1996.

- Osajda K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. T. 2. Zobowiązania*, C.H. Beck Warszawa 2017, s. 1143–1145.
- Popardowski P. (red.), *Prawo rolne. Obrót nieruchomościami rolnymi. Komentarz*, t. 9, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Sanglier M., Martin T., Rioufol V., *The SAFER, French Land Agencies. Policies and Instruments of Land Market Regulations* [SAFER, francuskie spółki urzędzeniowe. Polityki i instrumenty prawne w obrocie nieruchomościami], https://www.accesstoland.eu/IMG/pdf/policy_instruments_safer_a2l_final_en.pdf [dostęp: 7.11.2021].
- Schneider Ch.F., *Handbuch österreichisches Grundverkehrsrecht* [Prawo obrotu nieruchomościami w Austrii. Podręcznik], Verlag Österreich, Wiedeń 1996.
- Wolf F., *Der Erwerb von landwirtschaftlichen Grundstücken oder Gewerben durch das Gemeinwesen oder dessen Anstalten. Voraussetzungen im bürgerlichen Bodenrecht (BGBB)* [Nabywanie gruntów rolnych lub gospodarstw rolnych przez gminy oraz ich jednostki organizacyjne. Uwarunkowania wynikające z ustawy o rolniczym prawie gruntowym], <https://www.studer-law.com/files/studer-law/publikationen/agrarrecht/der-erwerb-von-landwirtschaftlichen-grundstuecken-oder-gewerben-durch-das-gemeinwesen-oder-dessen-anstalten.pdf> [dostęp: 7.11.2021].
- Würsch M., Streit R., Goldenberger M., *Ertragswert, ein zentrales Element im Bodenrecht* [Skapitalizowana wartość czystego dochodu, centralne zagadnienie w prawie gruntowym], „Schweizer Bauer Dossier” 2018, s. 17–20, https://www.landfrauen.ch/app/uploads/2021/11/SchweizerBauer_Ertragswert_2018-2.pdf [dostęp: 26.05.2023 r.]

Źródła internetowe

- GUS – „Obrót nieruchomościami w 2020 roku” oraz dane archiwalne, <https://stat.gov.pl/obszary-tematyczne/infrastruktura-komunalna-nieruchomosci/nieruchomosci-budynki-infrastruktura-komunalna/obrot-nieruchomosciami-w-2020-roku,4,18.html> [dostęp: 13.04.2022].
- Das Rechtsinformationssystem des Bundes (RIS) [Federalny system informacji prawnej], https://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/Uvs/JUT_VO_19980717_03119_98_00/JUT_VO_19980717_03119_98_00.html [dostęp: 7.11.2021].
- Structures’ Policy in France, Controlling the Right to Access Farmland* [Polityka strukturalna we Francji, zasady kontrolowania dostępu do gruntów rolnych], <https://www.accesstoland.eu/Structures-Policy-in-France> [dostęp: 7.11.2021].

Zarządzenie nr 20/16 Prezesa Agencji Nieruchomości Rolnych z dnia 13 maja 2016 r. w sprawie realizacji przez oddziały terenowe ANR prawa pierwokupu i prawa nabycia określonych w ustawie z dnia 11 kwietnia 2003 r. o kształtowaniu ustroju rolnego.



Dr Małgorzata Szeroczyńska

Prokuratura Rejonowa w Żyrardowie, Polska

ORCID 0000-0003-1760-6773

malgorzata.szeroczyńska@pamietaj.org

Udział niepoczytalnego podejrzanego w postępowaniu sądowym w przedmiocie stosowania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym

The participation of the insane suspect in the court proceedings regarding the precautionary measure in the form of a stay in a psychiatric institution

Abstract: This paper presents regulations concerning the issue of whether and when the insane suspect is obliged to participate in proceedings concerning the application and extension of a precautionary measure in the form of a stay in a psychiatric institution. Regarding the procedure related to the application of this measure, the studied question is whether the presence of an insane suspect is in fact always obligatory if psychiatrists have stated that he cannot take part in the court activities or that his participation in these activities is inadvisable for his health. As for the enforcement proceedings, the main issue analyzed in this paper is whether the presence of the person against whom such a measure is applied should be always obligatory or should it depend solely on her will.

Keywords: insanity, a precautionary measure in the form of a stay in a psychiatric institution, participation in proceedings, presence at a hearing, incapacity to participate in court activities.

Abstrakt: Tekst prezentuje regulacje dotyczące kwestii, czy i kiedy podejrzany jest zobligowany do uczestniczenia w postępowaniach w przedmiocie zastosowania i przedłużania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym. Jeśli chodzi o postępowanie w przedmiocie zastosowania tego środka, to w szczególności rozważane jest zagadnienie, czy obecność podejrzanego pozostaje zawsze faktycznie obowiązkowa, jeśli biegli psychiatrzy stwierdzili w opinii, iż nie może on brać udziału w czynnościach lub, że jego udział w czynnościach jest niewskazany. Odnosnie zaś do postępowania wykonawczego, to postawione zostało pytanie, czy obecność osoby, wobec której stosowany jest taki środek, winna być obligatoryjna czy zależeć wyłącznie od jej woli.

Słowa klucze: niepoczytalność, środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, udział w posiedzeniu, obecność na rozprawie, niezdolność do udziału w czynnościach.

1. Wprowadzenie

Jeśli na etapie postępowania przygotowawczego zostanie ustalone, iż podejrzany był niepoczytalny w momencie zarzucanych mu czynów i nadal istnieje zagrożenie z powodu jego choroby psychicznej lub niepełnosprawności intelektualnej, że ponownie się takiego czynu dopuści, prokurator kieruje do sądu wniosek o umorzenie wobec niego postępowania i zastosowanie sugerowanych przez biegłych środków zabezpieczających (art. 324 § 1 k.p.k.¹). Jednocześnie pobyt w zakładzie psychiatrycznym może być orzeczony wyłącznie, aby zapobiec ponownemu popełnieniu przez tę osobę w związku z jej chorobą psychiczną lub niepełnosprawnością intelektualną czynu o znacznej szkodliwości społecznej (art. 93b § 1 k.k.², art. 93g § 1 k.k.).

Wszystkie środki zabezpieczające orzekane są przez sąd karny właściwy dla rozpoznania sprawy o czyn popełniony przez niepoczytalnego sprawcę. Postępowanie to jednak zawiera pewne odrębności w porównaniu z postępowaniem toczącym się wobec oskarżonego, który dopuścił się zarzucanego mu czynu, będąc poczytalnym (np. sąd orzeka zawsze w składzie jednoosobowym³

¹ Ustawa – Kodeks postępowania karnego z 6 czerwca 1997 r., t.j. Dz.U. 2022, poz. 1375 ze zm.

² Ustawa – Kodeks karny z 6 czerwca 1997 r., t.j. Dz.U. 2022, poz. 1138 ze zm.

³ K. Eichstaedt, *Środek zabezpieczający w postaci pobytu w szpitalu psychiatrycznym, wątpliwości związane z orzekaniem*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 12, s. 86.

i wydaje decyzję kończącą w formie postanowienia, nawet jeśli przeprowadził rozprawę zgodnie z art. 324 § 3 k.p.k., a postępowanie toczy się zawsze z wyłączeniem jawności zgodnie z art. 359 pkt. 2 k.p.k.).

Zdarzają się również sytuacje, że niepoczytalność oskarżonego i przesłanki do zastosowania wobec niego środków zabezpieczających zostaną stwierdzone dopiero na etapie postępowania sądowego toczącego się w wyniku skierowania przez prokuratora aktu oskarżenia. Wtedy sąd kontynuuje postępowanie w dotychczasowym trybie i składzie, następnie jednak postępowanie umarza i decyduje o zastosowaniu odpowiednich środków zabezpieczających.

Czasu stosowania środka zabezpieczającego, w tym długości pobytu w zakładzie psychiatrycznym, nie określa się z góry (art. 93d § 1 k.k.). Nie oznacza to absolutnie, że środki zabezpieczające stosowane są z zasady dożywotnio. Stosowane są one jedynie tak długo, jak długo istnieje taka konieczność związana ze stanem zdrowia niepoczytalnego sprawcy, gdyż jak stanowi art. 93b § 2 k.k., sąd uchyla środek zabezpieczający, gdy dalsze jego stosowanie nie jest już konieczne⁴. Jeśli chodzi o środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, wprowadzono obowiązek weryfikacji istnienia tej konieczności nie rzadziej niż co sześć miesięcy (art. 204 § 1 k.k.w.⁵). Natomiast w odniesieniu do pozostałych środków zasadność ich dalszego stosowania podlega ocenie nie rzadziej niż co dwanaście miesięcy (art. 204 § 4 k.k.w.), chyba że do sądu wpłynie opinia biegłych wskazująca na brak dalszej konieczności stosowania danego środka, wtedy sąd ma tę sprawę rozpoznać bezzwłocznie (art. 204 § 1 k.k.w.).

Poniżej omówione zostaną najpierw specyficzne regulacje odnoszące się do udziału podejrzanego/oskarżonego w postępowaniu o zastosowanie środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym w zależności od tego, czy postępowanie sądowe zostało zainicjowane wniesieniem aktu oskarżenia, czy wnioskiem o umorzenie i zastosowanie środka zabezpieczającego, a w tym drugim przypadku – czy sprawa rozpatrywana jest na rozprawie czy na posiedzeniu, tym bardziej, że ostatnie liczne nowelizacje k.p.k. wprowadziły w tym zakresie istotne, choć często niespójne zmiany, które stara się ujednolicić w orzecznictwie TK. Następnie zostanie zaprezentowana kwestia udziału osoby, wobec której taki środek jest stosowany, w posiedzeniach w przedmiocie jego przedłużenia. To zagadnienie również niedawno stało się przedmiotem rozstrzygnięcia TK.

⁴ K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, LEX.

⁵ Ustawa – Kodeks karny wykonawczy z dnia 6 czerwca 1997 r., t.j. Dz.U. 2021, poz. 53 ze zm.

2. Postępowanie w przedmiocie zastosowania środka w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym

Postępowanie przygotowawcze wobec sprawcy niepoczytalnego może zakończyć się umorzeniem przez prokuratora, jeśli biegli:

1. Stwierdzą, iż co prawda podejrzany wymaga leczenia, ale nie istnieje wysokie prawdopodobieństwo, że dopuści się on w przyszłości czynu zabronionego w związku ze swoją chorobą psychiczną lub niepełnosprawnością intelektualną;
2. Uznają, że na obecnym etapie podejrzany nie wymaga stosowania środków zabezpieczających, gdyż np. sam dobrowolnie poddał się leczeniu, nawet jeśli jego choroba psychiczna lub niepełnosprawność intelektualna mogą stwarzać realne zagrożenie popełnienia przez niego podobnego czynu w przyszłości, o ile terapia nie będzie przez niego kontynuowana;
3. Orzekną, że takie niebezpieczeństwo istnieje obecnie, a jedyną wskazaną formą środka zabezpieczającego jest pobyt w zakładzie psychiatrycznym, natomiast prokurator oceni, że czyn zabroniony, którego się niepoczytalny sprawca dopuścił i co do którego istnieje niebezpieczeństwo, że może się go dopuścić w przyszłości ze względu na swoje zaburzenie, nie jest szkodliwy społecznie w stopniu znacznym (np. niepoczytalny sprawca notorycznych kradzieży sklepowych jest kleptomaniem). W takich sytuacjach proces karny kończy się na etapie postępowania przygotowawczego (oczywiście jeśli postanowienie o umorzeniu nie zostanie skutecznie zaskarżone przez strony, czyli pokrzywdzonego lub niepoczytalnego sprawcę czy jego obrońcę albo inne uprawnione podmioty). W pozostałych przypadkach prokurator kieruje do sądu wnioszek w trybie art. 324 § 1 k.p.k. o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających. We wniosku tym prokurator powinien także wskazać, czy domaga się rozpoznania sprawy na rozprawie czy na posiedzeniu⁶.

Zasadą jest rozpatrzenie wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających na rozprawie. Rozpatrzenie takiego wniosku może się odbyć na posiedzeniu jedynie, jeśli popełnienie czynu zabronionego przez podejrzanego, jak również jego niepoczytalność w momencie czynu, w świetle zebranego w postępowaniu przygotowawczym materiału nie budzą wątpliwości, a prezes skieruje sprawę na posiedzenie (art.

⁶ K. Postulski, *Kodeks karny...*, s. 82.

354 pkt 2 k.p.k.), przy czym rozwiązanie to powinno być stosowane wyjątkowo i regulacja ta nie może podlegać wykładni rozszerzającej⁷. Posiedzenie takie, jeśli dotyczy środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, odbywa się obligatoryjnie w obecności prokuratora, obrońcy (art. 339 § 5 k.p.k.)⁸ i podejrzanego (art. 354 pkt 2 k.p.k.), przy czym chodzi tu o obecność faktyczną, a nie jedynie powiadomienie o terminie⁹. Tak więc nieobecność prokuratora, obrońcy lub podejrzanego, niezależnie do przyczyny, czyli także nieusprawiedliwiona, powoduje konieczność odroczenia posiedzenia¹⁰. Według SN kategorię brzmienia art. 354 pkt 2 k.p.k., w którym wskazuje się na rozpoznanie sprawy „na posiedzeniu z udziałem prokuratora, obrońcy i podejrzanego” wyklucza możliwość jej rozpoznania w tym trybie pod nieobecność któregokolwiek z wymienionych podmiotów. Rozpoznanie sprawy pod nieobecność podejrzanego stanowi wręcz bezwzględłą przyczynę odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k.¹¹. SN jednoznacznie uznaje, że orzekanie na posiedzeniu o pozbawieniu wolności danej osoby przez umieszczenie jej w zakładzie psychiatrycznym wymaga zapewnienia jej możliwości realnej obrony, w tym przez możliwość wypowiedzenia się przed sądem rozstrzygającym w tej kwestii¹². W przypadku podejrzanego pozbawionego wolności niezbędne jest jego doprowadzenie na posiedzenie¹³.

Obecność podejrzanego na posiedzeniu w przedmiocie wniosku w trybie art. 324 § 1 k.p.k. nie jest obowiązkowa jedynie, jeśli z opinii biegłych wynika, że

⁷ C. Kulesza [w:] K. Dudka (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, LEX; R. Stefański, S. Zabłocki, (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, LEX; K. Eichstaedt [w:] D. Świecki (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, LEX.

⁸ Na marginesie warto wskazać na niespójność przepisów z art. 354 pkt 2 k.p.k. i art. 339 § 5 k.p.k. Pierwszy z nich wymaga bowiem obecności obrońcy i prokuratora na każdym posiedzeniu w przedmiocie orzeczenia środków zabezpieczających, podczas gdy ten drugi – tylko w przypadku orzekania o pobycie w zakładzie psychiatrycznym. Niespójność ta wynika z faktu, że ustawodawca wprowadzając przepisy o ambulatoryjnych środkach zabezpieczających znoveelizował tylko art. 339 § 5 k.p.k., a już nie art. 354 pkt. 2 k.p.k. Szerzej: M. Szeroczyńska, *Racjonalność ustawodawcy a wyrywkowe zmiany przepisów karnych – wybrane przykłady*, „e-Palestra” 2020, s. 257–261.

⁹ Postanowienie SN z 25 maja 2005 r., III KK 90/05, LEX 151688; postanowienie SN z 5 października 2005 r., II KK 139/05, LEX 157553; postanowienie SN z 3 lutego 2021 r., IV K 582/19, LEX 3183273; R. Stefański, S. Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania...*, LEX.

¹⁰ K. Eichstaedt, *Komentarz...*, LEX; J. Konecki, *Niepoczytalny sprawca czynu zabronionego w postępowaniu karnym*, Difin, Warszawa 2015, s. 187.

¹¹ Postanowienie SN z 5 października 2005 r., II KK 139/05, LEX 157553; postanowienie SN z 3 lutego 2021 r., IV K 582/19.

¹² Postanowienie SN z 3 lutego 2021 r., IV KK 582/19.

¹³ Postanowienie SN z 5 kwietnia 2001 r., IV KKN 652/00, LEX 51426.

jego udział w posiedzeniu jest niewskazany, chyba że sąd uzna go za konieczny (art. 354 pkt 2 k.p.k.)¹⁴. Sformułowanie kodeksowe jest w tym zakresie odmienne niż najczęściej stosowane przez biegłych pojęcie niezdolności do udziału w czynnościach, a tak naprawdę szersze. Oczywiście, żeby obecność podejrzanego na posiedzeniu nie została uznana za obowiązkową, konieczne jest stwierdzenie przez biegłych, że jego choroba psychiczna lub niepełnosprawność intelektualna uniemożliwia mu udział w postępowaniu, w tym składanie racjonalnych wyjaśnień czy też wykonywanie prawa do obrony, tj. np. nie pozwala mu na zrozumienie znaczenia czynności procesowych, ustosunkowanie się do przeprowadzonych dowodów, składanie świadomych oświadczeń woli¹⁵. To jednak nie wystarczy. Nawet jeśli biegli stwierdzą, że podejrzany nie jest zdolny do świadomego udziału w czynnościach procesowych, nie musi to równocześnie oznaczać, że udział w posiedzeniu sądowym będzie dla niego niewskazany. Nie chodzi tu bowiem stricte o brak kompetencji merytorycznych do rozsądnego udziału w posiedzeniu, ale o niebezpieczeństwo pogorszenia się stanu zdrowia podejrzanego w wyniku uczestnictwa w takim posiedzeniu¹⁶.

Wobec powyższego należy przyjąć, że jeśli biegli wskażą, że podejrzany nie jest zdolny do świadomego uczestnictwa w czynnościach, ale nie stwierdzą wprost, iż jego udział w posiedzeniu sądowym jest niewskazany, sąd ma obowiązek zapewnić jego obecność na posiedzeniu, nawet jeśli faktycznie nie rozumie on jego znaczenia i nie będzie w stanie podjąć realnej obrony. Sąd może ewentualnie zażądać od biegłych uzupełnienia opinii w przedmiocie, czy udział w posiedzeniu jest dla podejrzanego wskazany czy nie, mając na uwadze jego stan zdrowia i możliwe jego pogorszenie pod wpływem uczestnictwa w przedmiotowym posiedzeniu¹⁷. Z drugiej strony można ponadto argumentować, że jeśli podejrzany jest według biegłych zdolny do udziału w czynnościach, składania wyjaśnień i oświadczeń woli, ale jego udział w posiedzeniu jest w ich opinii niewskazany, bo niesie ze sobą wysokie ryzyko nawet znacznego pogorszenia jego stanu zdrowia psychicznego, nie stanowi to przesłanki do zaniechania zapewnienia jego obecności na posiedzeniu, gdyż w sposób nieuprawniony ograniczyłoby jego prawo do obrony. Także w sytuacji, gdy reagując na powiadomienie o terminie, które sąd ma zawsze – niezależnie od oceny przez

¹⁴ Postanowienie SN z 15 stycznia 2021 r., II K 317/20, LEX 3112863; postanowienie SN z 3 lutego 2021 r., IV K 582/19; K. Eichstaedt, *Środek zabezpieczający...*, s. 84; J. Konecki, *Niepoczytalny sprawca...*, s. 187.

¹⁵ J. Kosonoga, *Zawieszenie postępowania karnego zagadnienia węzłowe*, [w:] K. Ślebzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 7, Wolters Kluwer, Warszawa, 2013, s. 199–234; S. Ładoś, *Pozycja prawna oskarżonego z zaburzeniami psychicznymi*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, LEX.

¹⁶ J. Konecki, *Niepoczytalny sprawca...*, s. 187.

¹⁷ R. Stefański, S., Zabłocki (red.), *Kodeks postępowania...*, LEX.

biegłych zdolności podejrzanego do udziału w posiedzeniu – obowiązek wysłać¹⁸, podejrzany stawi się na posiedzenie albo zażąda doprowadzenia na nie, należy mu zapewnić na nim obecność, nawet jeśli biegli wskazali, że jest do tego niezdolny, a jego uczestnictwo niewskazane. Nie można bowiem żadną miarą uznać, bez względu na treść opinii biegłych, że udział w posiedzeniu byłby dla niego niewskazany, jeśli pragnie on na nim być obecny, a więc przynajmniej ma świadomość jego zaistnienia, a najczęściej i wagi. Ryzyko pogorszenia się stanu zdrowia nie może przeważać tutaj nad wolą podejrzanego i jego prawem do samodzielnej obrony.

Z punktu widzenia uprawnień procesowych podejrzanego istotne jest to, że nawet przy stwierdzeniu przez biegłych niezasadności jego udziału w posiedzeniu, ostatecznie o jego obecności decyduje sąd, który mimo takiego brzmienia opinii może zawsze zażądać obecności podejrzanego, a w przypadku podejrzanego pozbawionego wolności – doprowadzić go na to posiedzenie. Tym samym może zrekompensować podejrzanemu brak udziału w czynności ogłoszenia albo zmiany zarzutu, jeśli nie mogła być dokonana przez prokuratora, gdyż zgodnie z opinią biegłych uzyskaną przed tą czynnością podejrzany nie był zdolny do udziału w czynnościach procesowych na etapie postępowania przygotowawczego¹⁹. W sytuacjach, gdy faktycznie nie doszło do ogłoszenia podejrzanemu zarzutów, zapewnienie przez sąd jego obecności na posiedzeniu w przedmiocie umorzenia postępowania i zastosowania wobec niego środków zabezpieczających, nawet jeśli biegli uznają ją za niewskazaną, wydaje się obowiązkowe właśnie z powodów gwarancyjnych. Sąd bowiem, mając, w przeciwieństwie do prokuratora, kodeksowe uprawnienie do wykonywania czynności procesowych z podejrzanym niezdolnym do świadomego w nich udziału, powinien uczynić wszystko, by umożliwić niepoczytalnemu podejrzanemu nabycie wiedzy co do stawianych mu zarzutów, jego obecnej sytuacji procesowej i orzeczenia, które może wobec niego zapaść. Oczywiście, jeśli przyczyny chorobowe nie pozwoliły podejrzanemu zrozumieć przedmiotu i przebiegu posiedzenia czy treści zarzutów, nie będzie stanowiło to przeszkody w orzekaniu, istotne bowiem z procesowego punktu widzenia jest dopełnienie przez sąd formalnych warunków informacyjnych, które w tym wypadku może wypełnić jedynie właśnie poprzez zapewnienie obecności podejrzanego na posiedzeniu.

Udział w postępowaniu sądowym podejrzanego, któremu prokurator nie ogłosił zarzutów, SN uznał za wystarczający z punktu widzenia jego gwarancji

¹⁸ K. Eichstaedt, *Komentarz...*, LEX.

¹⁹ Szerzej o przyczynach powstania takiej sytuacji procesowej patrz: M. Szeroczyńska, *Udział niepoczytalnego sprawcy w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2022, nr 9, s. 134 i n.

procesowych w postanowieniu z 13 czerwca 2012 r., II KK 302/11²⁰. Co więcej, w orzeczeniu tym SN poszedł nawet dalej, bo obecność podejrzanego na etapie sądowym potraktował jako konwalidację ewidentnego błędu procesowego prokuratora w postępowaniu przygotowawczym. Przedmiotowa sprawa dotyczyła bowiem podejrzanego, któremu prokurator całkowicie niezasadnie nie ogłosił zarzutów, mimo iż według opinii biegłych mógł on uczestniczyć w czynnościach procesowych. Mimo to SN stwierdził, że co prawda w momencie wpłynięcia wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających sąd mógł rozważyć zwrot sprawy prokuratorowi celem wykonania tej czynności, jednakże jeśli tego nie uczynił, to obecnie brak przesłanek do takiej decyzji, gdyż gwarancje procesowe w postaci prawa do informacji o zarzutach i wiedzy o zebranych dowodach zostały podejrzanemu zapewnione na etapie postępowania sądowego²¹.

Jeśli w powyższej sytuacji SN przyjął za wystarczającą obecność podejrzanego na etapie postępowania sądowego, tym bardziej za akceptowalne należy uznać procedowanie przez sąd z udziałem podejrzanego, któremu nie ogłoszono w postępowaniu przygotowawczym zarzutów, gdyż na wykonanie tej czynności nie zezwolili biegli. Formalnie jednak, jeśli nawet w odniesieniu do takiego podejrzanego sąd podejmie decyzję zgodną z opinią biegłych, którzy uznają obecność podejrzanego na posiedzeniu za niezasadną i nie będzie go wzywał, czy też go nie doprowadzi, postępowanie nie będzie obarczone błędem skutkującym bezwzględną przyczyną odwoławczą z art. 439 § 1 pkt 11 k.p.k., gdyż przepis art. 354 pkt. 2 k.p.k. stanowi wyjątek od gwarancji prawa do udziału w posiedzeniu w imię wyższego dobra – ochrony zdrowia podejrzanego, a decyzja sądu o jego obecności jest decyzją podejmowaną w pełni swobodnie. Decyzję w tym przedmiocie należy jednak ściśle zindywidualizować i stosować jedynie w przypadkach ekstremalnych (np. gdy podejrzany jest w katatonii) oraz weryfikować jej zasadność na każdym terminie posiedzenia.

Należy bowiem mieć na względzie konieczność realizacji standardu międzynarodowego wynikającego z art. 5 ust. 2 oraz art. 6 ust. 1 i 3 pkt c i d Europejskiej Konwencji Praw Człowieka²², zgodnie z którymi każdy ma prawo zostać poinformowanym o przyczynach pozbawienia go wolności i kierowanych

²⁰ Postanowienie SN z 13 czerwca 2012 r., II KK 302/11, LEX 1212890.

²¹ Odmienne: R. Stefański, *Skuteczność procesowa wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Glosa do wyroku SN z dnia 13 czerwca 2012 r., II KK 302/11*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 1, s. 116–121.

²² Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności Rady Europy z dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284.

wobec niego zarzutach, prawo dostępu do sądu, przed którym ma uprawnienie być przesłuchany i bronić się osobiście lub przez obrońcę. Mając na uwadze art. 5 ust. 1 pkt e EKPC oraz orzecznictwo ETPC, nie ulega wątpliwości, iż pobyt w szpitalu psychiatrycznym również jest uznawany za formę pozbawienia wolności, a więc oczywiste jest, że podejrzany niepoczytalny, nawet niezdolny do udziału w czynnościach procesowych, powinien zostać jak najszybciej poinformowany o stawianych mu zarzutach i przyczynach grożącego mu pozbawienia wolności oraz wysłuchany²³. Co prawda także ETPC uznaje, że w nadzwyczajnych przypadkach, gdy osoba jest całkowicie niezdolna do wyrażenia swojego zdania czy zrozumienia postępowania, które jej dotyczy, dopuszczalne jest odstępstwo od prawa do wysłuchania jej, jednakże okoliczność ta powinna być ściśle zbadana przez psychiatrów²⁴. Wynika stąd jednoznacznie, że jeśli podejrzany niepoczytalny nie otrzymał informacji o stawianych mu zarzutach i nie został wysłuchany w ich przedmiocie na etapie postępowania przygotowawczego, wobec niemożności ogłoszenia mu zarzutów z powodu treści opinii psychiatrycznej sporządzonej przed tą czynnością, jego obecność na posiedzeniu w przedmiocie środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym powinna być obligatoryjna²⁵, przynajmniej na pierwszym terminie.

Paradoksalnie przepisy dotyczące posiedzenia w przedmiocie rozpoznania wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających do momentu wydania przez TK orzeczenia w sprawie K 46/15²⁶ dawały podejrzanemu z niepoczytalnością większe gwarancje procesowe niż przepisy dotyczące rozprawy zainicjowanej z tego samego wniosku, mimo iż skierowanie sprawy na rozprawę jest i zawsze było regułą, a na posiedzenie wyjątkiem (art. 354 pkt 2 k.p.k.)²⁷, co potwierdził SN w postanowieniu z 5 stycznia 2001 r., V KKN 490/00²⁸, chociaż orzekając w odmiennym stanie prawnym (gdy skierowanie na posiedzenie zależało od wniosku obrońcy),

²³ M. Szwed, *Przymusowe umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym w świetle współczesnych standardów ochrony praw człowieka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, LEX; analogicznie art. 22 ust. 1 i 2 Rekomendacji REC(2004)10 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie ochrony praw człowieka i godności osób z zaburzeniami psychicznymi z 22 września 2004 r., [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/08_Psychiatry_and_human_rights_en/Rec\(2004\)10%20EM%20E.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/08_Psychiatry_and_human_rights_en/Rec(2004)10%20EM%20E.pdf) [dostęp: 26.10.2021].

²⁴ Wyrok ETPC z 14 lutego 2021 r., 13469/06, D.D. p. Litwie, HUDOC.

²⁵ M. Szwed, *Przymusowe umieszczenie...*, LEX.

²⁶ Wyrok TK z 19 sierpnia 2020 r., K 46/15, Dz.U. 2020, poz. 1458.

²⁷ K. Eichstaedt, *Środek zabezpieczający...*, s. 83.

²⁸ Postanowienie SN z 5 stycznia 2001 r., V KKN 490/00, LEX 51951.

a także w postanowieniach z 17 marca 2008 r. (V KK 30/08²⁹ i V KK 31/08³⁰) już w obecnym stanie prawnym. Na posiedzeniu bowiem obecność podejrzanego może zostać wyłączona tylko wyjątkowo, podczas gdy na rozprawie w większości wypadków w ogóle nie była ona – do momentu wydania orzeczenia przez TK – wymagana – z wyjątkiem zarzucenia mu zbrodni i to tylko na pierwszym terminie³¹.

Rozbieżność ta wynikała z licznych nowelizacji przepisów k.p.k. dotyczących obecności oskarżonego na rozprawie, które miały bezpośredni wpływ także na przebieg rozprawy z wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających, gdyż zgodnie z art. 380 k.p.k. przepisy dotyczące oskarżonego, a więc także jego obecności na rozprawie i możliwości jej prowadzenia pod jego nieobecność, stosuje się odpowiednio do osoby, której prokurator zarzucił popełnienie czynu zabronionego w stanie niepoczytalności i wniósł o umorzenie postępowania oraz o zastosowanie wobec niej środków zabezpieczających.

Zgodnie z art. 374 § 1 k.p.k. w brzmieniu pierwotnym obecność oskarżonego na rozprawie była obowiązkowa, chyba że ustawa stanowiła inaczej. Jednocześnie art. 479 § 1 k.p.k. stanowił, że nieobecność oskarżonego nie tamowała przebiegu rozprawy w postępowaniu uproszczonym. Nie miało to jednak znaczenia dla rozpraw z wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających, gdyż zgodnie z art. 470 pkt 2 k.p.k. postępowania uproszczonego nie stosowało się, m.in. właśnie, jeśli zachodziły wątpliwości co do poczytalności oskarżonego. Czyli według wówczas obowiązujących przepisów obecność niepoczytalnego podejrzanego na każdej rozprawie była obligatoryjna, bez konieczności powielania zapisu o tym obowiązku w art. 354 pkt 2 k.p.k.

Tryb uproszczony został zlikwidowany z dniem 1 lipca 2015 r.³². Tą samą ustawą znówelizowany został art. 374 § 1 k.p.k., zgodnie z którym od tego momentu do chwili obecnej obecność na rozprawie oskarżonego, a tym samym także niepoczytalnego podejrzanego, stała się jego prawem a nie obowiązkiem. Równocześnie wprowadzony został art. 374 § 1a k.p.k. wskazujący na obligatoryjną obecność oskarżonego o zbrodnię na rozprawie, na której otwierany jest

²⁹ Postanowienie SN z 17 marca 2008 r., V KK 30/08, LEX 544709.

³⁰ Postanowienie SN z 17 marca 2008 r., V KK 31/08, LEX 406937.

³¹ P. Zakrzewski, M. Pyrcak, A. Barczak-Opustil, *Procedura orzekania środków zabezpieczających wobec sprawców niepoczytalnych*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, LEX.

³² Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, Dz.U. 2013, poz. 1247.

przewód sądowy, przedstawiane zarzuty i przesłuchiwany oskarżony (art. 385 i 386 k.p.k.). Jednocześnie nie został zmodyfikowany art. 354 pkt 2 k.p.k., co doprowadziło do sytuacji, że obecność niepoczytalnego podejrzanego na rozprawie z wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających stała się obowiązkowa wyłącznie w przypadkach, gdy zarzucono mu zbrodnię i to jedynie na rozprawie, na której otwierany jest przewód, podczas gdy pozostała obligatoryjna na wszystkich posiedzeniach w tym przedmiocie i to niezależnie od zarzuconego podejrzanemu czynu³³. Tę absurdalną z punktu widzenia prawa do obrony i do wysłuchania sytuację procesową zmienił dopiero wyrok TK z 19 sierpnia 2020 r., K 46/15.

TK w przedmiotowym wyroku stwierdził, że art. 374 § 1 k.p.k. zdanie pierwsze w związku z art. 380 k.p.k. w związku z art. 354 pkt 2 k.p.k. w zakresie, w jakim nie przewiduje obowiązkowej obecności niepoczytalnego podejrzanego na rozprawie w sprawie z wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w związku z art. 41 ust. 1 Konstytucji RP³⁴, czyli z prawem do sądu w sytuacji, w której może być orzeczone pozbawienie człowieka wolności.

TK doszedł do wniosku, że samo skuteczne poinformowanie o prawie do udziału w rozprawie osoby niepoczytalnej nie jest wystarczające, gdyż jej dysfunkcje psychiczne rodzą duże prawdopodobieństwo, że nie zrozumie ona faktu zawiadomienia oraz znaczenia swojej obecności na rozprawie, jak również możliwości, jaką ona daje, do bycia wysłuchaną i z tego tylko powodu na rozprawie się nie stawi. Stąd należy zapewnić jej faktyczne w niej uczestnictwo. Za niewystarczający dla respektowania prawa do sądu osoby niepoczytalnej TK uznał obowiązkowy udział obrońcy w rozprawie. Podkreślił, iż zasada dostępu do sprawiedliwej i jawnej procedury, obejmująca prawo do udziału w posiedzeniu i do bycia wysłuchaną, odnosi się bezpośrednio do osoby, o której prawach lub obowiązkach sąd rozstrzyga (art. 45 ust. 1 Konstytucji RP), a więc sąd, orzekając o środkach zabezpieczających, w tym o przymusowym pobycie podejrzanego w zakładzie psychiatrycznym, powinien wysłuchać go osobiście, a nie tworzyć sobie jego obrazu na podstawie opinii biegłych czy stanowiska obrońcy.

Sformułowanie uzasadnienia tego wyroku nie pozwala jednak kategorycznie rozstrzygnąć, czy TK stoi na stanowisku, że w przypadku opinii biegłych o niezasadności udziału podejrzanego w rozprawie może się ona odbywać bez jego obecności na wzór art. 354 pkt 2 k.p.k. Z jednej strony bowiem TK stwierdził,

³³ J. Konecki, *Niepoczytalny sprawca...*, s. 198.

³⁴ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483 ze zm.

iż: „stan zdrowia psychicznego może czynić bezcelowym realizację obowiązku wysłuchania na rozprawie, ale o tym powinni zdecydować sąd albo biegli, jak w wypadku udziału podejrzanego w posiedzeniu”³⁵. Z drugiej natomiast wskazał na możliwość odstąpienia od obecności podejrzanego, jedynie odnosząc się do posiedzenia, („chyba że z uwagi na stan zdrowia tej osoby udział w posiedzeniu byłby bezcelowy lub niewskazany albo osoba ta odmówiłaby udziału w posiedzeniu lub uchylała się od niego, a sąd nie uznałby jej sprowadzenia za konieczne.”) i zauważył brak takiej regulacji odnośnie do rozprawy („Ustawodawca nie zdecydował się jednak na takie rozwiązanie”) oraz niemożność jej rozszerzającej interpretacji („Trybunał wskazywał już w swoim orzecznictwie, że zadanie ustawodawcy powinno polegać na tworzeniu mechanizmów zapobiegających blokowaniu postępowania sądowego wówczas, gdy osoba, której postępowanie dotyczy, podejmuje celowe działania zmierzające do nieuzasadnionego wydłużania postępowania albo nie może w tym postępowaniu wziąć udziału z przyczyn obiektywnych, nie zaś na ograniczaniu katalogu uprawnień proceduralnych w celu maksymalnego przyspieszenia procedur.”).

Wydaje się, że ten ostatni fragment uzasadnienia należy odczytywać jako uznanie, że ponieważ według TK rozstrzygnięcie sprawy dotyczącej zastosowania środka wyłączającego możliwość korzystania z wolności osobistej wymaga obecności oraz wysłuchania osoby niepoczytalnej, o której sytuacji sąd decyduje, udział niepoczytalnego podejrzanego w rozprawie z wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających zawsze musi być obligatoryjny. Natomiast w przypadku, gdyby biegli uznali uczestniczenie w niej podejrzanego za niewskazane albo gdyby uchylał się on od stawiennictwa czy też w inny sposób zakłócał przebieg rozprawy, sąd powinien zastosować odpowiednio ustawowe procedury przewidziane dla sytuacji, gdy nieobecność danej osoby jest usprawiedliwiona albo gdy umyślnie utrudnia ona prowadzenie postępowania, np. przez nieusprawiedliwioną nieobecność. Wynika stąd – choć tego też w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku nie precyzuje się – że TK dopuszcza zarówno odroczenie rozprawy przy nieobecności usprawiedliwionej, jak i doprowadzenie na rozprawę podejrzanego niepoczytalnego w przypadku jego nieusprawiedliwionego niestawiennictwa albo odmowy stawiennictwa (art. 377 § 3 k.p.k.). TK dopuszcza nawet wyjątkowo prowadzenie rozprawy

³⁵ Analogicznie twierdzi K. Eichstaedt, według którego zasady obecności podejrzanego na rozprawie zainicjowanej z wniosku prokuratora o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających są takie same jak na posiedzeniu w tym przedmiocie, czyli jeśli według biegłych udział podejrzanego w rozprawie jest niewskazany, sąd nie powinien dążyć do zapewnienia jego obecności, ale poprzestać na odczytaniu jego wyjaśnień złożonych w postępowaniu przygotowawczym, K. Eichstaedt, *Środek zabezpieczający...*, s. 85–86.

pod nieobecność niepoczytalnego podejrzanego, przynajmniej w sytuacjach, gdy ten:

- zawiadomiony o terminie rozprawy oświadcza, że nie weźmie w niej udziału albo uniemożliwia doprowadzenie (art. 377 § 3 k.p.k.);
- pomimo upomnienia przez przewodniczącego zachowuje się nadal w sposób zakłócający porządek rozprawy lub godzący w powagę sądu (art. 375 § 1 k.p.k.);
- oddali się bez zgody sądu z rozprawy (art. 376 § 1 k.p.k.);
- wprowadził się ze swej winy w stan powodujący niezdolność do udziału w rozprawie (art. 377 § 1 k.p.k.);
- bez usprawiedliwienia nie stawił się na kolejnym terminie rozprawy (art. 376 § 2 k.p.k.), o ile oczywiście sąd nie uznał jego obecności za niezbędną.

Jednakże sam fakt wydania przez biegłych opinii o niezasadności udziału podejrzanego w rozprawie wydaje się stanowić dla TK – jako przeszkoda obiektywna i niezawiniona – jedynie podstawę do odroczenia rozprawy, ale nie do jej kontynuowania pod nieobecność podejrzanego.

Bardziej czytelne stanowisko w tym przedmiocie zajął SN w wyroku z 17 marca 2015 r., V KK 337/14³⁶. Wskazał on wyraźnie, że regulacja art. 354 pkt 2 k.p.k. stosuje się wyłącznie do posiedzenia i nie może być rozszerzana na sytuację rozprawy. Co prawda w przedmiotowej sprawie umorzenie z powodu niepoczytalności i zastosowanie środka zabezpieczającego nastąpiło w wyniku uzyskania przez sąd opinii biegłych w tym przedmiocie na etapie postępowania sądowego, a więc sąd rozpatrywał sprawę wobec skierowania aktu oskarżenia i to w dodatku w stanie prawnym wymagającym obligatoryjnego udziału oskarżonego w rozprawie, jednakże nie ma to większego znaczenia dla poprawności analizy SN, iż art. 354 pkt 2 k.p.k. w zakresie, w jakim mówi o posiedzeniu, jako wyjątek w prawie do obrony, w tym w prawie do wysłuchania, nie może być rozszerzająco wykorzystywany dla usprawiedliwienia nieobecności podejrzanego, także jeśli rozprawa toczy się w wyniku złożenia wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających.

Z interpretacją, iż wyjątku z art. 354 pkt 2 k.p.k. nie można rozszerzać na sytuację rozprawy należy się zgodzić, tym bardziej że na rozprawie w przeciwieństwie do posiedzenia prowadzone jest całościowe postępowanie dowodowe, informację co do którego podejrzanemu ma prawo mieć przekazaną. Tak więc przyjęcie obowiązkowej obecności podejrzanego na rozprawie z wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających, nawet

³⁶ Wyrok SN z 17 marca 2015 r., V KK 337/14, LEX 1663426.

w przypadku, gdy biegli uznali go za niezdolnego do udziału w czynnościach a jego obecność na rozprawie za niezasadną, jest w pełni zgodne z art. 5 ust. 2 EKPC, nie tylko w zakresie prawa do informacji o zarzutach, w szczególności jeśli nie mogły być one ogłoszone w postępowaniu przygotowawczym, czy prawa do bycia wysłuchanym, ale także prawa do obecności i aktywnego udziału w postępowaniu dowodowym. Oczywiście należy się zgodzić, że obowiązek sądu do zapewnienia obecności na rozprawie nie poczytalnego podejrzanego, który w opinii biegłych jest niezdolny do udziału w czynnościach procesowych, nie wyłącza możliwości korzystania przez sąd z przepisów pozwalających na reakcję na obstrukcję przebiegu rozprawy przez takiego podejrzanego. Faktycznie więc rozprawa może się odbyć pod nieobecność nie poczytalnego podejrzanego, ale jedynie, gdy przyczyni się on – niekoniecznie umyślnie, ale właśnie ze względu na swój stan chorobowy – do uniemożliwienia jej przebiegu (w znaczeniu art. 375 § 1 k.p.k. lub art. 377 § 1 k.p.k.) albo wyraźnie odmówi udziału w niej (w znaczeniu art. 377 § 3 k.p.k. lub art. 376 § 1 k.p.k.). We wszystkich pozostałych przypadkach udział podejrzanego powinien być zapewniony, a w razie jego nieusprawiedliwionej nieobecności wręcz wymuszony przez przymusowe doprowadzenie, w odniesieniu do osoby pobawionej wolności – bez wniosku podejrzanego o doprowadzenie. W szczególności nie można podejrzanemu odmawiać prawa do udziału w rozprawie – niezależnie od brzmienia opinii biegłych psychiatrów – jeśli chce w niej wziąć udział.

Ten ostatni przypadek był przedmiotem orzekania SN w przytoczonej już wcześniej sprawie V KK 337/14. W postępowaniu tym biegli w opinii wprost stwierdzili, że oskarżony ze względu na stan zdrowia nie może brać udziału w rozprawach. Sąd procedował dalej, powiadamiając oskarżonego o terminach rozpraw, a jednocześnie nie dopuszczając go do udziału w nich, o czym go pisemnie uprzedzał przy doręczeniu mu zawiadomień o terminach rozpraw. Stwierdzając bezwzględną przyczynę odwoławczą w postaci nieobecności oskarżonego na rozprawie mimo jej obligatoryjności (wynikającej z ówczesnie obowiązujących przepisów), SN zasugerował, że sąd I instancji mógł w świetle takiej opinii biegłych zawiesić postępowanie. Wskazał również, że sąd nie był związany w tym zakresie opinią biegłych i jeśli zdecydował się kontynuować rozprawę, powinien był dopuścić obecność oskarżonego. Istotne dla wyводу SN było, że przyczyną stwierdzenia przez biegłych niemożności uczestniczenia przez oskarżonego w rozprawie stała się nie tyle jego niezdolność do rozumienia jej przebiegu i ryzyko pogorszenia się jego stanu zdrowia, co obawa przed jego ewentualnym nagannym zachowaniem na sali rozpraw. SN podkreślił, że obawa ta okazała się niezasadna, bo oskarżony uczestniczył

trzykrotnie w rozprawach przed sądem rejonowym oraz sądem okręgowym i z protokołów tych rozpraw nie wynikało, aby tego rodzaju zachowania miały rzeczywiście miejsce, natomiast gdyby miały – sądy dysponowały innymi narzędziami prawnymi, by na takie negatywne zachowania oskarżonego zareagować, w tym nawet usunąć go z sali rozpraw.

W obecnym stanie prawnym sytuacja rozprawy zainicjowanej aktem oskarżenia, w toku której dopiero na etapie sądowym dochodzi do wywołania opinii biegłych psychiatrów i na jej podstawie stwierdzenia niepoczytalności oskarżonego i zasadności zastosowania wobec niego środków zabezpieczających różni się od stanu prawnego obowiązującego w momencie wydawania przez SN powyższego wyroku. Jak wspomniano bowiem wcześniej, zgodnie z art. 374 § 1 k.p.k., udział w rozprawie jest prawem a nie obowiązkiem oskarżonego, z wyjątkiem oskarżenia o zbrodnię. Tym samym obecnie, rozstrzygając w analogicznym stanie faktycznym, podkreślić należałoby, iż niedopuszczenie na rozprawę oskarżonego, który chce w niej uczestniczyć, przede wszystkim właśnie narusza jego prawo do udziału w rozprawie, a tym samym prawo do obrony. Oczywiście ocena wiarygodności składanych przez niego wyjaśnień powinna być przez sąd prowadzona przez pryzmat opinii na temat jego stanu zdrowia psychicznego. Podobnie powinien podchodzić sąd do wniosków i stanowisk takiego oskarżonego, który po to ma obligatoryjnie obrońcę, by go reprezentował, gdy on sam nie jest do tego faktycznie zdolny. Nie zmienia to natomiast faktu, że żadna opinia biegłego nie może przeważać nad wolą oskarżonego uczestniczenia w rozprawie (czy to zainicjowanej na podstawie aktu oskarżenia czy też wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających) i odebrać mu uprawnienia do osobistego wystąpienia przed sądem oraz samodzielnej, nawet nieudolnej, obrony.

W świetle wyroku TK z 19 sierpnia 2020 r. wydaje się, że kwestia obecności na rozprawie oskarżonego, którego niepoczytalność stwierdzono na etapie postępowania sądowego, powinna być obecnie oceniana w zbliżony sposób jak podejrzanego na rozprawie z wniosku o umorzenie postępowania i zastosowanie środków zabezpieczających. Co prawda najczęściej stwierdzenie niepoczytalności na etapie postępowania sądowego jest skutkiem osobistego pojawienia się oskarżonego przed sądem i podania po raz pierwszy w danym postępowaniu informacji wskazujących na konieczność poddania go badaniu przez biegłych psychiatrów. Jednakże, ponieważ takie dane oskarżony podaje przed rozpoczęciem przewodu sądowego, sąd otrzyma opinię o jego niepoczytalności i ewentualnej niezdolności do udziału w czynnościach i niezasadności udziału w postępowaniu przed poinformowaniem go o treści oskarżenia. Mając

więc od początku przewodu sądowego wiedzę, z jakiego rodzaju oskarżonym ma do czynienia i do jakiego orzeczenia może dojść w wyniku danego procesu, sąd powinien go traktować w sposób wskazany przez TK i właśnie ze względu na stan jego zdrowia psychicznego zapewnić mu faktyczny udział w rozprawie, przynajmniej podczas prezentowania zarzutów (oczywiście zawsze obligatoryjnie przy zarzucie zbrodni) – dla zapewnienia mu prawa do informacji o przedmiocie oskarżenia oraz prawa do złożenia wyjaśnień – a także zawsze, gdy wyraża on taką wolę. Brak natomiast podstaw prawnych, by zmuszać go do udziału w kolejnych rozprawach, jeśli takiej woli nie wyraża, choćby przez nieusprawiedliwione niestawiennictwo (art. 376 § 2 k.p.k.), gdyż jego uprawnienia dostępu do sądu zostały już zrealizowane, a jego prawo do obrony wykonuje obrońca, którego obecność jest obligatoryjna.

Warto się natomiast zastanowić, czy sąd nie powinien być zobowiązany do prowadzenia rozprawy od początku i powtórzenia wszystkich czynności dowodowych przeprowadzonych na terminach rozprawach, na których oskarżony się nie stawił bez usprawiedliwienia albo jeśli czynności dowodowe były prowadzone pod jego usprawiedliwioną nieobecność na podstawie art. 378a § 1 k.p.k., w szczególności jeśli nie został złożony wniosek o uzupełniające przeprowadzenie tych dowodów w trybie art. 378a § 3 k.p.k., jeśli oskarżony pojawił się na kolejnej rozprawie i dopiero wtedy doszło do stwierdzenia jego niepoczytalności, albo jeśli sąd już po rozpoczęciu przewodu i przeprowadzeniu części dowodów nabył wiedzę z innego źródła (np. uzyskał informację, że oskarżony przebywa w szpitalu psychiatrycznym), która skutkowałą powołaniem biegłych psychiatrów i uzyskaniem opinii o niepoczytalności oskarżonego, w tym także opinię zawierającą tezę o niezasadności jego udziału w rozprawie. Takie rozwiązanie wydaje się konieczne (zgodnie z art. 402 § 2 k.p.k. w przypadku przerwy albo art. 404 § 2 zd. 1 k.p.k. w przypadku odroczenia) po to właśnie, by zapewnić oskarżonemu realną obronę – powinno się wtedy zapewnić jego obecność przynajmniej na etapie ponownego otwarcia przewodu i jego wyjaśnień, a wszystkie czynności dowodowe powtórzyć przy obligatoryjnej obecności obrońcy.

Należy również podkreślić, wbrew sugestii SN w sprawie V KK 337/14, że stwierdzenie przez biegłych psychiatrów po wniesieniu aktu oskarżenia, że oskarżony był niepoczytalny w momencie czynu i że istnieją przesłanki zastosowania wobec niego środków zabezpieczających, a jednocześnie, że nie może on brać udziału w postępowaniu sądowym ze względu na obecny stan zdrowia, nie stanowi przesłanki do zawieszenia postępowania przed sądem. Jeśli sąd może zgodnie z art. 354 pkt 2 k.p.k. prowadzić posiedzenie z wniosku

o umorzenie postępowania i orzeczenia środków zabezpieczających z podejrzanym niezdolnym do udziału w czynnościach, to może również rozpoznać taki wniosek na rozprawie, jak również prowadzić rozprawę wszczętą wobec skierowania aktu oskarżenia, gdyż od momentu wpłynięcia tak brzmiącej opinii biegłych postępowanie sądowe staje się faktycznie postępowaniem zmierzającym nie do stwierdzenia winy i ukarania, ale właśnie postępowaniem zmierzającym w kierunku zastosowania środków zabezpieczających, a więc powinno się toczyć nawet z naruszeniem prawa do obrony w ujęciu materialnym³⁷. Stanowisko takie znajduje uznanie w doktrynie. Powszechnie przyjmuje się bowiem, że choroba psychiczna może stanowić podstawę zawieszenia postępowania karnego jedynie, jeśli wystąpiła po popełnieniu przestępstwa, a jeśli istniała w chwili czynu, to jej ekspresja na etapie postępowania sądowego powinna przynajmniej uniemożliwiać dokonanie przez biegłych oceny, czy w chwili czynu wyłączała ona całkowicie poczytalność czy jedynie ograniczała ją w znaczeniu art. 31 § 2 k.k.³⁸. Natomiast w przypadku jednoznacznego stwierdzenia przez biegłych niepoczytalności w chwili czynu oraz niezdolności oskarżonego do brania udziału w czynnościach procesowych, zarówno na etapie postępowania przygotowawczego, jak i sądowego, brak przeszkód w kontynuowaniu postępowania w kierunku zastosowania środków zabezpieczających³⁹ i to niezależnie, czy rozprawa odbywa się wobec skierowania wniosku o umorzenie sprawy i zastosowanie środków zabezpieczających czy aktu oskarżenia. Gwarantem prawa do obrony podejrzanego pozostaje wtedy obrońca. Odmienna interpretacja prowadziłaby do całkowitej obstrukcji postępowań w przedmiocie środków zabezpieczających wobec podejrzanych/oskarżonych niezdolnych do udziału w czynnościach sądowych. Konieczność oczekiwania z zakończeniem sprawy do ich wyzdrowienia z reguły prowadziłaby bowiem do zaniknięcia przesłanek do stosowania tych środków⁴⁰.

³⁷ S. Ładoś, *Pozycja prawna oskarżonego...*, LEX.

³⁸ J. Kurdelek, *Choroba psychiczna jako przyczyna zawieszenia postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 11–12, s. 169 i n.; S. Ładoś, *Pozycja prawna oskarżonego...*, LEX.

³⁹ S. Ładoś, S., *Pozycja prawna oskarżonego...*, LEX; J. Kosonoga, *Zawieszenie postępowania...*, LEX; K. Marszał, *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Volumen, Katowice 2013, s. 509.

⁴⁰ S. Ładoś, *Pozycja prawna oskarżonego...*, LEX.

3. Postępowanie wykonawcze w przedmiocie przedłużenia albo uchylenia stosowania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym

Przed posiedzeniem w przedmiocie dalszego stosowania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym sądowi przedkładana jest opinia o stanie zdrowia sprawcy umieszczonego w tym zakładzie oraz o postępach w jego leczeniu lub terapii. Opinię taką kierownik zakładu, w którym wykonuje się ten środek, obowiązany jest z urzędu przesłać sądowi nie rzadziej niż co sześć miesięcy, a jeśli w związku ze zmianą stanu zdrowia sprawcy uzna, że jego dalsze pozostawanie w zakładzie nie jest konieczne – bezzwłocznie (art. 203 § 1 k.k.w.). Niezależnie od tego obowiązku kierownika zakładu sąd może żądać w każdym momencie wydania opinii w tym przedmiocie (art. 203 § 2 k.k.w.). Obie przedmiotowe opinie powinny wskazywać, czy istnieją przesłanki do dalszego stosowania tego środka, a jeśli nie – to czy zasadne jest zastosowanie środków zabezpieczających wolnościowych i jakich. Ponadto z opinii tych powinno wynikać, czy ze względu na stan zdrowia sprawcy jego udział w posiedzeniu w przedmiocie dalszego stosowania środka byłby niewskazany (art. 203 § 2a k.k.w.)⁴¹. Posiedzenie w przedmiocie dalszego stosowania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym nie może być jednak traktowane jedynie jako formalny sposób akceptacji przez sąd brzmienia opinii psychiatrycznych⁴², ale powinno być poświęcone zebraniu całościowego materiału dowodowego pozwalającego sądowi adekwatnie ocenić istnienie albo brak przesłanek do dalszego stosowania tego środka w odniesieniu do konkretnego sprawcy oraz poprawnej weryfikacji też przedłożonych mu opinii⁴³. Mając na uwadze, że chodzi o orzeczenie dotyczące wolności danej osoby, ma ona prawa do wiedzy o nim⁴⁴ i do brania aktywnego udziału w postępowaniu dowodowym, w tym przede wszystkim

⁴¹ K. Postulski, *Kodeks karny...*, LEX.

⁴² Odmienne postanowienie SA w Krakowie z 15 listopada 2012 r., II AKz w 1193/12, LEX 1284942, zgodnie z którym czynności sądu sprowadzają się do oceny opinii o stanie zdrowia internowanego.

⁴³ K. Dąbkiewicz, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, LEX; K. Postulski, *Kodeks karny...*, LEX; postanowienie SA w Katowicach z 18 kwietnia 2001 r., II AKz 180/01, LEX 49064; wyrok ETPC z 19 października 2017 r., 77850/12, *Nawrot p. Polsce*, HUDOC.

⁴⁴ Uprawnienie to wynika wprost choćby z art. 22 ust. 2 Rekomendacji REC(2004)10 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie ochrony praw człowieka i godności osób z zaburzeniami psychicznymi z 22 września 2004 r., zgodnie z którym osoba z zaburzeniami psychicznymi leczona przymusowo ma prawo do regularnej i adekwatnej informacji o przyczynach przedłużenia jej internacji, [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/08_Psychiatry_and_human_rights_en/Rec\(2004\)10%20EM%20E.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/08_Psychiatry_and_human_rights_en/Rec(2004)10%20EM%20E.pdf) [dostęp: 26.10.2021].

do bycia wysłuchaną. Trzeba bowiem pamiętać, że do sprawców, którzy dopuścili się czynów zabronionych w stanie niepoczytalności i wobec których z tego powodu wykonywany jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, stosuje się także na etapie postępowania wykonawczego art. 5 ust. 4 oraz art. 6 ust. 2 pkt c i d EKPC, zgodnie z którymi mają oni prawo odwołania się do sądu w celu ustalenia legalności dalszego pozbawienia ich wolności i zarządzenia zwolnienia, jeżeli pozbawienie wolności stało się niezgodne z prawem, oraz do osobistego występowania przed sądem i wysłuchania⁴⁵. Podstawowym warunkiem niezbędnym do realizacji tych wszystkich uprawnień jest zapewnienie obecności sprawcy, wobec którego wykonywany jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, na posiedzeniu w przedmiocie dalszego stosowania tego środka. Analizując zmieniające się przepisy k.k.w., można się jednak przekonać, że warunek ten dla ustawodawcy wcale nie był, ani wbrew pozorom również obecnie, nie jest, taki oczywisty.

Początkowo posiedzenie w przedmiocie dalszego stosowania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym wymagało jedynie obecności obrońcy osoby, wobec której środek ten był wykonywany. O terminie i przedmiocie posiedzenia zawiadamiało się także prokuratora oraz osobę wykonującą środek zabezpieczający, jednakże ich nieobecność nie wstrzymywała przebiegu posiedzenia (art. 22 § 1 k.k.w. w brzmieniu pierwotnym)⁴⁶.

1 stycznia 2012 r.⁴⁷ treść art. 22 § 1 k.k.w. uległa zmianie. Zgodnie z jego nowym brzmieniem, obowiązującym w tej samej formie do tej pory, prokurator, skazany oraz jego obrońca, sądowy kurator zawodowy i pokrzywdzony mają prawo wziąć udział w posiedzeniu wykonawczym jedynie, jeśli ustawa tak stanowi. Ponieważ posiedzenie w przedmiocie dalszego stosowania środka zabezpieczającego nie przewidywało obecności tych osób, odbywało się ono niejawnie, formalnie nawet bez konieczności informowania kogokolwiek o jego terminie⁴⁸.

⁴⁵ M. Szwed, *Przymusowe umieszczenie...*, LEX.

⁴⁶ Co prawda, art. 22 § 1 k.k.w. mówił od zawsze o obowiązku poinformowania o posiedzeniu skazanego i jego obrońcy, a art. 242 § 1 k.k.w. definiował w tamtym okresie pod pojęciem skazanego jedynie dodatkowo osobę, wobec której stosowane było tymczasowe aresztowanie, jednakże komentatorzy już wtedy przyjmowali, że art. 22 § 1 k.k.w. odnosił się także do sprawcy, wobec którego stosowane były środki zabezpieczające, por. Z. Hołda, K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008, LEX.

⁴⁷ Ustawa z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2011 Nr 240, poz. 1431.

⁴⁸ Postanowienie SA w Krakowie z 15 listopada 2012 r., II AKz w 1193/12, LEX 1284942.

Co prawda w postanowieniu z 27 lutego 2013 r., I KZP 27/12⁴⁹ SN wskazał, że odesłanie ujęte w art. 22 § 1 k.k.w. („gdy ustawa tak stanowi”) należy rozumieć szerzej niż tylko odwołanie do przepisów k.k.w. i na tej podstawie uznał, że w zakresie orzekania w postępowaniu wykonawczym o dalszym stosowaniu środka zabezpieczającego odpowiednie zastosowanie powinien mieć art. 339 § 5 k.p.k., zgodnie z którym udział w posiedzeniu w przedmiocie środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym prokuratora i obrońcy jest obligatoryjny. Według SN tylko takie rozumienie przepisów pozwalało bowiem na zachowanie tożsamyh funkcji gwarancyjnych w zakresie orzekania co do określonej w art. 94 § 1 k.k. internacji na kolejnych stadiach postępowania karnego. Stanowisko to SN podtrzymał w postanowieniu z 8 maja 2013 r., V KO 26/13⁵⁰, w którym wskazał dodatkowo, że zawiadomienie stron (a więc także podejrzanego) o posiedzeniu w przedmiocie zastosowania środka zabezpieczającego w postaci zakładu psychiatrycznego obowiązuje także w postępowaniu wykonawczym prowadzonym w trybie określonym w art. 204 § 1 k.k.w.⁵¹, a więc odnosi się również do osoby, wobec której środek zabezpieczający jest wykonywany. Jednakże taka interpretacja powyższych przepisów k.k.w. nie zmieniła oceny co do braku konieczności zapewnienia faktycznego udziału w tym posiedzeniu tej osoby. SN zadowalał się bowiem wypełnieniem samego obowiązku powiadomienia jej o terminie posiedzenia.

Powyższe orzecznictwo zostało częściowo zaaprobowane – choć nie w odniesieniu do osoby, wobec której stosowany jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym – przez ustawodawcę nowelizacją, która weszła w życie 1 lipca 2015 r.⁵². Zgodnie z nowym brzmieniem § 2 art. 204 k.k.w. wprowadzono bowiem wprost obligatoryjną obecność na posiedzeniu w przedmiocie dalszego stosowania środka zabezpieczającego w postaci zakładu psychiatrycznego prokuratora i obrońcy, chyba że sąd orzeka zgodnie z wnioskiem skazanego lub na jego korzyść. Jednocześnie tą samą ustawą rozszerzono zawartą w art. 242 § 1 k.k.w. definicję skazanego na osobę, wobec której zastosowano środki zabezpieczające. W związku z powyższym, ponieważ w art. 204 § 2 k.k.w. osoba ta nadal nie została wymieniona jako

⁴⁹ Postanowienie SN z 27 lutego 2013 r., I KZP 27/12, LEX 1282440.

⁵⁰ Postanowienie SN z 8 maja 2013 r., V KO 26/13, LEX 1313143.

⁵¹ Postanowienie SA w Białymstoku z 5 października 2012 r., II AKo 128/12, LEX 1220425; Postanowienie SA w Rzeszowie z 27 marca 2013 r., II AKz 124/13, LEX 1293921; oraz postanowienie SA w Rzeszowie z 27 marca 2013 r II AKz 131/13, LEX 1293922; J. Konecki, *Niepoczytalny sprawca...*, s. 247.

⁵² Ustawa z 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2015, poz. 396.

uczestnik posiedzenia, uznano zgodnie z art. 22 § 1 k.k.w., iż odbywa się ono bez jej obecności, a wręcz że nie istnieje wymóg informowania jej o terminie i celu tego posiedzenia⁵³, gdyż jak wynika z art. 22 § 1a k.k.w. skazanego (a więc obecnie już ustawowo też wykonującego środek zabezpieczający) i inne podmioty wymienione w art. 22 § 1 k.k.w., powiadamia się jedynie o terminach posiedzeń, w których mają prawo wziąć udział.

Pominięcie przez ustawodawcę w tamtej nowelizacji obecności osoby internowanej na posiedzeniu w przedmiocie dalszego stosowania środka zabezpieczającego było całkowicie niezrozumiałe, mając na uwadze fakt, że zgodnie z wprowadzonym tą samą ustawą art. 199b § 3 k.k.w. otrzymała ona prawo do wzięcia udziału w posiedzeniu w przedmiocie orzeczenia, zmiany albo uchylecia środka zabezpieczającego.

Sytuacja ta została zmieniona wyrokiem TK z 22 marca 2017 r., SK 13/14⁵⁴. Co prawda Trybunał w przedmiotowej sprawie orzekł odnośnie do stanu prawnego sprzed 1 lipca 2015 r., jednakże w uzasadnieniu odniósł się do zmienionych przepisów, wskazując, iż nie wpłynęły one w zaskarżonym zakresie na sytuację osoby, wobec której stosowany jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym.

Wyrokiem tym TK uznał, że art. 204 § 1 i 2 k.k.w. w zakresie, w jakim nie przewiduje prawa do osobistego udziału sprawcy, wobec którego stosowany jest środek zabezpieczający polegający na pobycie w zakładzie psychiatrycznym, na posiedzeniu sądu w przedmiocie dalszego stosowania tego środka, jest niezgodny z art. 45 ust. 1 w zw. z art. 41 ust. 1 i art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a więc ogranicza prawa osoby, wobec której stosowany jest ten środek, do korzystania z rzetelnej procedury sądowej, w tym prawa do udziału w czynnościach i bycia wysłuchanym przez sąd, jak również bezzasadnie narusza zasadę jawności wewnętrznej postępowania. TK wskazał także, że doszło do nieuzasadnionego i dysproporcjonalnego ograniczenia prawa do wolności osobistej skarżącego.

W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku TK przypomniał swoje wcześniejsze orzecznictwo, zgodnie z którym do najistotniejszych wymogów rzetelnej i sprawiedliwie ukształtowanej procedury sądowej należą:

- a) nakaz wysłuchania stron;
- b) jawność jako zasada;
- c) konieczność ujawnienia w czytelny sposób motywów rozstrzygnięcia w stopniu umożliwiającym weryfikację sposobu myślenia sądu, a tym samym unikanie dowolności czy wręcz arbitralności sądu;

⁵³ K. Postulski, *Kodeks karny...*, LEX.

⁵⁴ Wyrok TK z 22 marca 2017 r., SK 13/14, Dz.U. 2017, poz. 666.

- d) zapewnienie przewidywalności uczestnikom postępowania przez odpowiednią spójność i wewnętrzną logikę mechanizmów, którym są poddani⁵⁵.

Przy czym jawność postępowania TK definiuje jako dopuszczenie stron do udziału w czynnościach procesowych (tzw. jawność wewnętrzną)⁵⁶. Według Trybunału owa jawność wewnętrzną postępowania sądowego (czyli jawność wobec stron), rozumiana m.in. jako prawo jednostki do wzięcia udziału w postępowaniu, jest wpisana immanentnie w pojęcie fair trial⁵⁷. Co więcej, zasada jawności wewnętrznej postępowania sądowego polega także na umożliwieniu stronom uczestnictwa we wszystkich posiedzeniach sądu, także niebędących rozprawą lub odbywających się przy drzwiach zamkniętych. Obowiązkiem sądu w takiej sytuacji jest w opinii TK zawiadomienie uczestników o tych posiedzeniach i umożliwienie im wstępu na nie⁵⁸. Dodatkowo Trybunał wyraźnie podkreślił, że w każdym wypadku ustawodawca powinien zapewnić jednostce prawo do wysłuchania przez sąd. Musi ona uzyskać w szczególności możliwość przedstawienia swoich racji oraz zgłaszania wniosków dowodowych, stąd prawo strony do osobistego udziału w czynnościach procesowych stanowi istotny element sprawiedliwej procedury sądowej⁵⁹. TK nie miał wątpliwości, że ustawa musi zapewniać warunki podjęcia realnej obrony każdemu, przeciw komu prowadzone jest postępowanie karne – na każdym etapie tego postępowania, czyli także w postępowaniu wykonawczym, a realną obronę może podjąć jedynie osoba fizycznie obecna podczas orzekania w sprawie, która jej dotyczy. Sama obecność obrońcy nie może zostać uznana za wystarczającą dla zagwarantowania realizacji prawa do obrony.

Mając na uwadze powyższe standardy każdego postępowania sądowego, TK stwierdził jednoznacznie, że sprawiedliwe i jawne rozstrzygnięcie w przedmiocie dalszego stosowania środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym wymaga obecności oraz wysłuchania osoby, o której wolności sąd decyduje. Trybunał podkreślił nie tylko gwarancyjne walory obecności sprawcy, wobec którego wykonywany jest środek zabezpieczający, na posiedzeniu w przedmiocie jego dalszego stosowania, ale wskazał również na wartość dowodową służącą wszechstronnemu ustaleniu okoliczności mających znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy jego wysłuchania przez sąd. Powtórzył wręcz

⁵⁵ Wyrok TK z 25 października 2016 r., SK 71/13, LEX 2139269.

⁵⁶ Wyrok TK z 11 czerwca 2002 r., SK 5/02, LEX 54901.

⁵⁷ Wyrok TK z 6 grudnia 2004 r., SK 29/04, LEX 140349.

⁵⁸ Wyrok TK z 27 października 2015 r., K 5/14, LEX 1821106.

⁵⁹ Wyrok TK z 11 czerwca 2002 r., SK 5/02.

za K. Postulskim, że zapewnienie „skazanemu możliwości wzięcia udziału w posiedzeniu sądu i złożenia wyjaśnień to nie tylko wyraz pełnego upodmiotowienia jego pozycji w postępowaniu wykonawczym, ale też jeden z warunków dokonania przez sąd prawidłowych ustaleń faktycznych, a w efekcie – trafnego rozstrzygnięcia”⁶⁰.

Uznając za niekonstytucyjną regulację stanowiącą jako zasadę brak obecności sprawcy, wobec którego wykonywany jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, na posiedzeniu w przedmiocie jego dalszego stosowania TK wskazał, że ustawodawca jest co prawda uprawniony do wprowadzenia ograniczenia tego prawa na wzór art. 354 pkt 2 k.p.k. poprzez wyjątkowe zezwolenie na prowadzenie tego posiedzenia bez udziału osoby poddanej internacji, jeżeli jej stan zdrowia wskazywałby na to, że jej uczestnictwo w przedmiotowym posiedzeniu byłoby nieuzasadnione z perspektywy obowiązku ustalenia przez sąd wszelkich okoliczności sprawy lub szkodliwe ze względu na ryzyko pogorszenia się stanu zdrowia tej osoby, wywołane podjęciem wobec niej czynności o stresogennym charakterze albo jeśli osoba ta odmawiałaby lub uchylała się od udziału w tym posiedzeniu. Jednakże wprowadzenie takich ograniczeń wymagałoby wprost ingerencji ustawodawcy. TK przypomniał bowiem swoje wcześniejsze stanowisko, zgodnie z którym ustawodawca może ograniczyć udział stron w określonych czynnościach procesowych, przy czym ograniczenia prawa do jawnego (w sensie jawności wewnętrznej) rozpoznania sprawy mogą być uznane za dopuszczalne jedynie, o ile są spełnione warunki określone w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, a więc muszą być zawarte wprost w ustawie w odniesieniu do danej instytucji i pozostają uzasadnione tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia czy moralności publicznej albo wolności lub praw innych osób, co więcej nie mogą naruszać istoty wolności i praw⁶¹.

Trybunał podkreślił przede wszystkim, że nie jest dopuszczalne przyjęcie przez ustawodawcę jako zasady, że wszystkie osoby z niepełnosprawnością intelektualną lub psychiczną są niezdolne do wzięcia udziału w postępowaniu je dotyczącym – wszelkie środki ograniczające prawo do wysłuchania ze względów zdrowotnych powinny mieć charakter zindywidualizowany i pozwalając sądom na uwzględnienie sytuacji konkretnej osoby⁶² oraz muszą służyć dobru

⁶⁰ K. Postulski, *Kodeks karny...*, LEX.

⁶¹ Wyrok TK z 2 października 2006 r., SK 34/06, LEX 210785.

⁶² M. Szwed, *Przymusowe umieszczenie...*, LEX.

ważniejszemu a przynajmniej nie mniejszej wartości niż prawo do obrony, czyli np. zdrowiu osoby internowanej, ale na pewno nie wygodzie sądu.

Po wydaniu przedmiotowego orzeczenia brak więc było podstaw do zastosowania przez sądy bez uprzedniej ingerencji ustawodawcy jakiegokolwiek odstępstwa od wymogu obecności osoby, wobec której stosowany był środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, na posiedzeniu w przedmiocie dalszego stosowania tego środka, np. poprzez zastosowanie *per analogiam* art. 354 pkt 2 k.p.k. w zakresie, w jakim dopuszcza on nieobecność tej osoby na posiedzeniu w przedmiocie orzeczenia tego środka, jeśli biegli orzekli o niezasadności jej udziału w tym posiedzeniu. Stanowiłoby to bowiem niedopuszczalne rozszerzenie wyjątkowej regulacji ograniczającej prawa konstytucyjne na instytucję, której wprost nie dotyczyła. Tym samym, w wyniku przedmiotowego orzeczenia TK, niepoczytalny sprawca w każdej sytuacji powinien być zostać doprowadzony na posiedzenie w przedmiocie dalszego stosowania wobec niego środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie zamkniętym, niezależnie od opinii biegłych odnoszącej się do jego zdolności i zasadności udziału w tej czynności. Kwestię tę – nie do końca zgodnie z opinią TK – zmieniła nowelizacja k.k.w. z 21 lutego 2019 r.⁶³ wchodząca w życie 26 kwietnia 2019 r., w której do art. 204 k.k.w. dodano § 2a-d.

Zgodnie z nowym art. 204 § 2a k.k.w. osoba przebywająca w zakładzie psychiatrycznym w ramach środka zabezpieczającego ma prawo wziąć udział w posiedzeniu sądu w sprawie dalszego stosowania tego środka, chyba że biegli w swej opinii uznali to za niewskazane. Nawet jednak i w tym ostatnim przypadku bierze ona udział w tym posiedzeniu, jeśli sąd uzna to za konieczne. Takie rozwiązanie na pierwszy rzut oka odpowiada standardowi wypracowanemu przez TK, gdyż jako zasadę ustanawia obecność sprawcy na przedmiotowym posiedzeniu, dopuszczając ustawowo uregulowany wyjątek, analogiczny do art. 354 pkt 2 k.p.k., celem ochrony zdrowia internowanego. Co więcej, zgodnie z wymogiem TK wyjątek ten ma być stosowany w sposób zindywidualizowany, tzn.: każdorazowo ma wynikać wprost z orzeczenia psychiatrów, czemu sąd może się sprzeciwić, przedkładając prawo do obrony internowanego nad ochronę jego zdrowia i zarządzając jego doprowadzenie (wbrew stanowisku ekspertów wyrażonym w orzeczeniu). Nie ulega więc wątpliwości, że przedmiotowa regulacja ograniczająca konstytucyjne prawo dostępu do sądu i bycia przez niego wysłuchanym spełnia wymogi art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, choć wydaje się, że wskazane byłoby określenie w ustawie, przynajmniej ogólnikowo, jakie kryteria

⁶³ Ustawa z dnia 21 lutego 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 2019, poz. 679.

powinni uwzględnić biegli, wydając opinię co do niezasadności wzięcia udziału w posiedzeniu przez osobę, wobec której stosuje się środek zabezpieczający⁶⁴.

Jednakże z analizy dalszych przepisów wprowadzonych nowelizacją z 2019 r. wynika, że ustawodawca przeszedł do porządku dziennego nad sformułowanym przez TK wymogiem (tzn. zapewnienia faktycznej obecności sprawcy, wobec którego stosowany jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, na posiedzeniu w przedmiocie dalszego stosowania tego środka) i poprzestał wyłącznie na wprowadzeniu obowiązku powiadomienia sprawcy, wobec którego stosowany jest przedmiotowy środek zabezpieczający, o terminie tego posiedzenia, pozostawiając kwestię zapewnienia w nim udziału aktywnemu działaniu tej osoby. Wynika to z art. 204 § 2b k.k.w., zgodnie z którym, doręczając sprawcy zawiadomienie o terminie posiedzenia w przedmiocie dalszego stosowania środka zabezpieczającego, należy go pouczyć o prawie do złożenia wniosku o doprowadzenie go na to posiedzenie, przy czym wniosek ten powinien być złożony w terminie 7 dni od dnia doręczenia zawiadomienia o terminie posiedzenia, a wniosek złożony po tym terminie podlega rozpoznaniu jedynie, jeżeli nie powoduje to konieczności zmiany terminu tego posiedzenia (art. 204 § 2c k.k.w.).

Mając na uwadze zaburzenia psychiczne, na jakie cierpią sprawcy niepoczytalni, wobec których stosowany jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, i często towarzyszącą im nieporadność życiową oraz niezrozumienie dla formalnych wymagań prawnych, przyjęcie takiego rozwiązania stanowi jednoznaczne pozbawienie większości z nich realnych możliwości obecności na posiedzeniu, która dotyczy wszakże wprost ich wolności. Oceny takiej nie zmienia wprowadzenie możliwości złożenia wniosku o doprowadzenie na posiedzenie u kierownika zakładu psychiatrycznego, gdzie sprawca jest umieszczony, który to kierownik ma obowiązek niezwłocznie przekazać taki wniosek do właściwego sądu (art. 204 § 2d k.k.w.). Należy mieć bowiem świadomość, że złożenie wniosku o doprowadzenie wymaga wykonania szeregu czynności poznawczych, jakich osoby, wobec których wykonywany jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, mogą po prostu nie być w stanie wykonać – czy to z powodu swojej choroby lub niepełnosprawności, czy jako skutek uboczny stosowanego leczenia (np. podawania leków psychotropowych mających wpływ na funkcje poznawcze, motywację, czy wręcz zdolności lokomocyjne lub komunikacyjne). Realnym problemem poznawczym może być dla nich nawet uświadomienie sobie, że otrzymali zawi-

⁶⁴ M. Szwed, *Przymusowe umieszczenie...*, LEX.

domienie o terminie posiedzenia sądowego, zrozumienie jego treści oraz treści pouczenia, a także skutków niepodjęcia żadnych działań, czy nawet banalnie – ustalenie aktualnej daty. Wywołana chorobą lub lekami apatia może przyczynić się do unikania przez nich wysiłku, jakiego wymaga sporządzenie wniosku o doprowadzenie, czy demotywowwać ich do podejmowania jakichkolwiek działań. Zdawać sobie należy również sprawę, że wśród internowanych mogą być osoby z różnymi niepełnosprawnościami sprzężonymi, utrudniające im wchodzenie w relacje z otoczeniem (np. ze spektrum autyzmu), porozumiewanie się ze światem (np. korzystające ze specjalnych systemów komunikacji, jakimi dany zakład nie musi przecież dysponować), czy po prostu reagujące panicznym lękiem na zmianę sytuacji lub miejsca pobytu, kontakt z osobą trzecią, czy podejmowanie działań ocenianych przez nich jako wywołujące niezadowolenie otoczenia (a żądanie doprowadzenia na posiedzenie mogą uznać za odbierane niechętnie tak przez sąd, jak i przede wszystkim przez pracowników zakładu, w którym przebywają). Co więcej, bardzo często osoby z niepełnosprawnością psychiczną lub intelektualną pozostają niezwykle podatne na sugestię, istnieje więc zawsze ryzyko, że nie złożą przedmiotowego wniosku pod wpływem nawet niewielkiej podpowiedzi ze strony pracowników zakładu, by tego nie robiły albo wręcz zinterpretują w ten sposób nawet obiektywnie przekazaną im informację czy neutralne zachowanie osoby trzeciej. Nigdy więc sąd nie będzie miał gwarancji, że brak wniosku o doprowadzenie na posiedzenie stanowił przejaw świadomej i wolnej woli osoby, której posiedzenie ma dotyczyć. Wręcz przeciwnie, należy raczej domniemywać braku jej zdolności do złożenia świadomego oświadczenia woli w tym przedmiocie.

Konwencja Praw Osób Niepełnosprawnych ONZ z 13 grudnia 2006 r.⁶⁵ w art. 13 ust. 1 wymaga, by wszystkie osoby z niepełnosprawnościami, także z niepełnosprawnością psychiczną lub intelektualną, miały zapewniony skuteczny dostęp do sądu, w tym poprzez wprowadzenie dostosowań proceduralnych w celu ułatwienia im skutecznego udziału, bezpośrednio lub pośrednio, we wszelkich postępowaniach prawnych na każdym etapie postępowania. Mając to na uwadze, wskazane powinno być obligatoryjne zapewnienie udziału sprawy, wobec którego wykonywany jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, w każdym terminie posiedzenia w przedmiocie dalszego stosowania tego środka, bez konieczności składania przez niego wniosku o doprowadzenie, przynajmniej w odniesieniu do osób, co do których biegli nie stwierdzają przeciwwskazań. Tylko wtedy bowiem spełnione zostaną

⁶⁵ Konwencja o prawach osób niepełnosprawnych, sporządzona w Nowym Jorku z dnia 13 grudnia 2006 r., Dz.U. 2012, poz. 1169.

wymagania TK – zapewnione będą gwarancje procesowe tej osoby, w tym prawa dostępu do sądu i do bycia wysłuchaną, jak również wykorzystane w pełni przez sąd możliwości dowodowe poprzez zapewnienie mu kontaktu z tą osobą. Tylko bowiem możliwość takiego faktycznego kontaktu sądu ze sprawcą, wobec którego wykonywany jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, wysłuchanie go i możliwość obserwowania jego zachowania pozwoli sądowi na rzetelną ocenę opinii psychiatrów co do zasadności dalszego stosowania tego środka albo jego uchylenia.

Obecnie tak naprawdę żadne argumenty nie mogą przemawiać za niezapewnieniem obecności sprawcy, wobec którego stosowany jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym, na posiedzeniu w przedmiocie dalszego stosowania tego środka, gdyż jego udział może być zapewniony w sposób zdalny (art. 374 § 3 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w.), bez konieczności jego transportowania poza zakład psychiatryczny. Ta forma komunikacji na odległość pozwala na szybkie zorganizowanie posiedzenia, z jak najmniejszą ingerencją w codzienność tej osoby, a jednocześnie umożliwia jej wyrażenie swojego stanowiska bezpośrednio sądowi, a sądowi daje możliwość jej wysłuchania oraz wizualnego oglądu jej sposobu zachowywania się, nawet w sytuacji, gdy nie jest ona zdolna do aktywnego udziału w czynnościach i racjonalnego wypowiedzenia się w przedmiocie posiedzenia.

4. Wnioski końcowe

Ostatnie lata przyniosły, głównie dzięki orzeczeniom SN i TK, zasadnicze zwiększenie gwarancji prawa niepoczytalnego sprawcy do bycia wysłuchanym przez sąd. Trend ten należy ocenić pozytywnie. Regułą powinna stać się realizacja tego uprawnienia także wobec sprawcy, co do którego biegli orzekli o jego braku zdolności do uczestniczenia w czynnościach, oczywiście pod warunkiem, że nie zakłóca on z przyczyn chorobowych przebiegu rozprawy albo posiedzenia. Fizyczny kontakt z niepoczytalnym sprawcą z pewnością pomaga sądowi prawidłowo oceniać tak opinie biegłych, jak i prawdopodobieństwo popełnienia przez tę osobę kolejnego czynu zabronionego o znacznej szkodliwości społecznej, a tym samym podjąć prawidłową decyzję o zastosowaniu środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym albo odstąpienia od jego stosowania na rzecz środków wolnościowych, a także o jego dalszym stosowaniu lub uchyleniu. Równocześnie obecność ta w pełni zrekompensuje ewentualny brak czynności z tym podejrzanym na etapie po-

stępowania przygotowawczego, jeśli nie mogły one – wobec brzmienia opinii biegłych – być wykonane przez prokuratora albo policję.

Jeśli chodzi o postępowanie wykonawcze trudno jednak oprzeć się wrażeniu, że to bardziej SN i TK niż ustawodawca dbają o poszanowanie gwarancji procesowych sprawców, wobec których wykonywany jest środek zabezpieczający w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym. Mimo iż ciężące na Polsce zobowiązania międzynarodowe wynikające z art. 5 i art. 6 Europejskiej Konwencji Praw Człowieka oraz art. 13 Konwencji o Prawach Osób Niepełnosprawnych ONZ wymagają jednoznacznie zapewnienia faktycznego udziału tych osób w posiedzeniach, których przedmiotem jest orzekanie o ich wolności, polski ustawodawca wyraźnie niechętnie przyznaje im to uprawnienie, posuwając się wręcz do manipulacji formą przepisu – głosząc jako zasadę wolną wolę decydowania w tym przedmiocie przez osoby, które z przyczyn chorobowych tą wolną wolą z reguły nie dysponują. Stąd należy stanąć jednoznacznie na stanowisku, że k.k.w. nie wypełnia ani standardu międzynarodowego, ani standardu wymaganego przez TK. Nieobecność internowanego na posiedzeniu w przedmiocie dalszego stosowania wykonywanego wobec niego środka zabezpieczającego powinna być dopuszczalna jedynie w sytuacjach, gdy jednoznacznie i świadomie oznajmi on, że nie chce wziąć w nim udziału oraz gdy swoim zachowaniem (np. agresją fizyczną lub werbalną) uniemożliwia jego przeprowadzenie. We wszystkich pozostałych przypadkach sądy powinny w praktyce zapewniać realną obecność tych osób na takich posiedzeniach, nawet bez ich wniosku o doprowadzenie, wbrew literalnemu brzmieniu art. 204 § 2b i 2c k.k.w., z ewentualnym wyłączeniem osób, co do których psychiatrzy uznali, że ich udział w takim posiedzeniu byłby niezasadny. Nawet jednak w tym ostatnim przypadku sądy powinny oceniać opinię psychiatrów indywidualnie i w przypadku posiadania jakichkolwiek wątpliwości co do stanu zdrowia internowanego zapewniać jego obecność na rozprawie choćby w sposób zdalny. Na pewno nie zaszkodzi to ani szybkości, ani sprawności posiedzenia, zagwarantuje natomiast pełne poszanowanie praw procesowych takiej osoby i da sądowi szersze spektrum wiedzy niezbędne do prawidłowego orzekania.

Bibliografia

Akty prawne

- Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności Rady Europy z dnia 4 listopada 1950 r., Dz.U. 1993 Nr 61, poz. 284.
- Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. 1997 Nr 78, poz. 483, ze zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., – Kodeks karny, t.j. Dz.U. 2022, poz. 1138, ze zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., – Kodeks karny wykonawczy, t.j. Dz.U. 2021, poz. 53, ze zm.
- Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r., – Kodeks postępowania karnego, t.j. Dz.U. 2022, poz. 1375, ze zm.
- Konwencja Praw Osób Niepełnosprawnych ONZ z dnia 13 grudnia 2006 r., Dz.U. 2012, poz. 1169.
- Ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego i niektórych innych ustaw, Dz.U. 2013, poz. 1247.
- Ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2015, poz. 396.
- Ustawa z dnia 21 lutego 2019 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz ustawy – Kodeks postępowania karnego, Dz.U. 2019, poz. 679.

Dokumenty oficjalne

- Council of Europe Committee of Ministers, Recommendation No. Rec(2004)10 of the Committee of Ministers to member States concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder and its Explanatory Memorandum (Adopted by the Committee of Ministers on 22 September 2004 at the 896th of the Ministers' Deputies) [Rekomendacja REC (2004)10 Komitetu Ministrów Rady Europy w sprawie ochrony praw człowieka i godności osób z zaburzeniami psychicznymi z dnia 22 września 2004 r.], [https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/08_Psychiatry_and_human_rights_en/Rec\(2004\)10%20EM%20E.pdf](https://www.coe.int/t/dg3/healthbioethic/Activities/08_Psychiatry_and_human_rights_en/Rec(2004)10%20EM%20E.pdf) [dostęp: 26.10.2021].

Orzecznictwo

- Postanowienie SN z 5 stycznia 2001 r., V KKN 490/00, LEX 51951.
Postanowienie SN z 5 kwietnia 2001 r., IV KKN 652/00, LEX 51426.
Postanowienie SA w Katowicach z 18 kwietnia 2001 r., II AKz 180/01, LEX 49064.
Wyrok TK z 11 czerwca 2002 r., SK 5/02, LEX 54901.
Wyrok TK z 6 grudnia 2004 r., SK 29/04, LEX 140349.
Postanowienie SN z 25 maja 2005 r., III KK 90/05, LEX 151688.
Postanowienie SN z 5 października 2005 r., II KK 139/05, LEX 157553.
Wyrok TK z 2 października 2006 r., SK 34/06, LEX 210785.
Postanowienie SN z marca 2008 r., V KK 30/08, LEX 544709.
Postanowienie SN z 17 marca 2008 r., V KK 31/08, LEX 406937.
Postanowienie SN 13 czerwca 2012 r., II KK 302/11, LEX 1212890.
Postanowienie SA w Białymstoku z 5 października 2012 r., II AKo 128/12, LEX 1220425.
Postanowienie SA w Krakowie z 15 listopada 2012 r., II AKzw 1193/12, LEX 1284942.
Postanowienie SN z 27 lutego 2013 r., I KZP 27/12, LEX 1282440.
Postanowienie SA w Rzeszowie z 27 marca 2013 r., II AKzw 124/13, LEX 1293921.
Postanowienie SA w Rzeszowie z 27 marca 2013 r., II AKzw 131/13, LEX 1293922.
Postanowienie SN z 8 maja 2013 r., V KO 26/13, LEX 1313143.
Wyrok SN z 17 marca 2015 r., V KK 337/14, LEX 1663426.
Wyrok TK z 27 października 2015 r., K 5/14, LEX 1821106.
Wyrok TK z 25 października 2016 r., SK 71/13, LEX 2139269.
Wyrok TK z 22 marca 2017 r., SK 13/14, Dz.U. 2017, poz. 666.
Wyrok ETPC z 19 października 2017 r., 77850/12, *Nawrot p. Polsce*, HUDOC.
Wyrok TK z 19 sierpnia 2020 r., K 46/15, Dz.U. 2020, poz. 1458.
Postanowienie SN z 15 stycznia 2021 r., II K 317/20, LEX 3112863.
Postanowienie SN z 3 lutego 2021 r., IV K 582/19, LEX 3183273.
Wyrok ETPC z 14 lutego 2021 r., 13469/06, *D.D. p. Litwie*, HUDOC.

Publikacje

- Dąbkiewicz K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, LEX.
Dudka K., (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020.

- Eichstaedt K., *Środek zabezpieczający w postaci pobytu w szpitalu psychiatrycznym, wątpliwości związane z orzekaniem*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 12, s. 75–94.
- Hołda Z., Postulski K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2008.
- Konecki J., *Niepoczytalny sprawca czynu zabronionego w postępowaniu karnym*, Difin, Warszawa 2015.
- Kosonoga J., *Zawieszenie postępowania karnego zagadnienia węzłowe*, [w:] K. Ślebzak (red.), *Studia i analizy Sądu Najwyższego*, t. 7, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, s. 199–234.
- Kurdelek J., *Choroba psychiczna jako przyczyna zawieszenia postępowania karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 11–12, s. 169–199.
- Ładoś S., *Pozycja prawna oskarżonego z zaburzeniami psychicznymi*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, LEX.
- Marszał K., *Proces karny. Zagadnienia ogólne*, Volumen, Katowice 2013.
- Postulski K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, LEX.
- Stefański R., *Skuteczność procesowa wydania postanowienia o przedstawieniu zarzutów. Glosa do wyroku SN z dnia 13 czerwca 2012 r., II KK 302/11*, „Państwo i Prawo” 2013, nr 1, s. 116–121.
- Stefański R., Zabłocki S. (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021, LEX.
- Szeroczyńska M., *Racjonalność ustawodawcy a wyrywkowe zmiany przepisów karnych – wybrane przykłady*, „e-Palestra” 2020, s. 256–269.
- Szeroczyńska M., *Udział niepoczytalnego sprawcy w postępowaniu przygotowawczym*, „Prokuratura i Prawo” 2022, nr 9, s. 129–145.
- Szwed M., *Przymusowe umieszczenie w zakładzie psychiatrycznym w świetle współczesnych standardów ochrony praw człowieka*, Wolters Kluwer, Warszawa 2020, LEX.
- Świecki D., (red.), *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.
- Zakrzewski P., Pyrcak M., Barczak-Opustil A., *Procedura orzekania środków zabezpieczających wobec sprawców niepoczytalnych*, [w:] W. Wróbel (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2015, s. 742–747, LEX.



Magdalena Stawarz

Akademia Leona Koźmińskiego w Warszawie, Polska

ORCID: 0009-0006-2096-4298

magdalena.stawarz@poczta.fm

Podstawy odpowiedzialności za przestępczość zorganizowaną na przykładzie wybranych instrumentów części ogólnej kodeksu karnego

Basis of responsibility for organized crime on the example of selected
instruments of the general part of the Criminal Code

Abstract: The legislator criminalizes activities closely related to organized crime only in one article of the detailed part of the Criminal Code. According to Article 258 of the Criminal Code, three basic and apparently most essential activities related to being a member of a group or an association are criminalised: participation in an organized group or association, founding of an organized group or association and leading an organized group or association. Nevertheless, the general part of the Criminal Code also contains significant instruments that can play an important role in the fight against organized crime. The article presents those regulations of the general part of the Criminal Code that can be applied in relation to crimes committed by persons acting in organized criminal structures. This is particularly important in a situation where it is difficult to prove the existence of an organized criminal structure and the causal activities of taking part in an organized group or association and, consequently, it is impossible to punish the offender under Article 258 of the Criminal Code. This article analyzes the construction of preparation (Article 16 of the Criminal Code), co-perpetration, directing

perpetration, referral perpetration, incitement, aiding and abetting (Article 18 of the Criminal Code) in the context of their role, usefulness and applicability to combat organized crime.

Keywords: organized crime, organized criminal group, criminal association, preparation, co-perpetration, directing perpetration, referral perpetration, incitement, aiding and abetting, criminal code

Abstrakt: Ustawodawca kryminalizuje działania ściśle związane z przestępczością zorganizowaną w jednym przepisie części szczególnej kodeksu karnego. Zgodnie z art. 258 k.k. za przestępstwa uznane zostały trzy podstawowe, i jak się wydaje, najistotniejsze czynności dla występowania tego typu przestępczości: branie udziału, zakładanie oraz kierowanie zorganizowaną grupą lub związkiem przestępczym. Niemniej jednak część ogólna kodeksu karnego również zawiera instrumenty mogące odegrać istotną rolę w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej. Celem artykułu jest przedstawienie i analiza tych regulacji części ogólnej kodeksu karnego, które mogą mieć zastosowanie w odniesieniu do przestępstw popełnianych przez osoby działające w zorganizowanych strukturach przestępczych. Jest to szczególnie ważne w sytuacji, gdy utrudnione jest udowodnienie istnienia zorganizowanej grupy i związku przestępczego i uczestniczenia w nich, czego kryminalizację zapewniać ma art. 258 k.k., i w konsekwencji niemożliwe jest ukaranie sprawcy na podstawie tego przepisu. Niniejszy artykuł analizuje formę stadialną przygotowania (art. 16 k.k.), a także formy zjawiskowe współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego, sprawstwa polecającego, podżegania i pomocnictwa (art. 18 k.k.) w kontekście ich roli, przydatności i możliwości zastosowania w celu zwalczania przestępczości zorganizowanej.

Słowa kluczowe: przestępczość zorganizowana, zorganizowana grupa przestępcza, związek przestępczy, przygotowanie, współsprawstwo, sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające, podżeganie, pomocnictwo, kodeks karny

1. Wstęp

Centralne miejsce wśród regulacji prawa karnego materialnego odnoszących się do przestępczości zorganizowanej zajmuje, penalizujący już sam udział w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego, art. 258 k.k.¹. Sposób określenia znamion czynów zabronionych stypizowanych we wspomnianym przepisie jest tego rodzaju, że pozwala na jego stosowanie do wszelkich przejawów zorganizowanej aktywności przestępczej, zapewniając możliwość prawidłowej reakcji na zachowania wyczerpujące znamiona wymienionych w nim czynów zabronionych. W przepisie tym penalizuje się bowiem branie udziału w zorganizowanej grupie albo związku przestępczym, zakładanie ich lub kierowanie nimi. Jednak sam sposób zdefiniowania znamion tego przestępstwa oraz specyfika tego rodzaju przestępczości mogą w praktyce powodować bardzo duże problemy dowodowe. Samo udowodnienie, że dany zbiór ludzi stanowi zabronioną prawem strukturę, jak zorganizowana grupa czy związek przestępczy, może nie być łatwe, tym bardziej utrudnione wydaje się w praktyce udowodnienie przynależności do nich, przez sprawcę czynu popełnionego w ramach członkostwa w tego typu przestępczej zbiorowości. Wyzwania stawiane przez zorganizowaną przestępczość przed wymiarem sprawiedliwości są bardzo duże. Specyfika tego rodzaju przestępczości powoduje, że szczególnie ważne jest, aby prawo karne przewidywało skuteczne środki reagowania na tego typu zachowania przestępcze. Dlatego w kodeksie karnym nie tylko w części szczególnej, ale też w części ogólnej, znalazły się rozwiązania, które wprost z woli ustawodawcy sprzyjać mają skutecznemu zwalczaniu zorganizowanych przejawów przestępczej aktywności ludzkiej².

Prowadząc rozważania dotyczące prawnokarnych instrumentów służących przeciwdziałaniu przestępczości zorganizowanej, nie sposób jednak pominąć pewnych instytucji części ogólnej kodeksu karnego, nieskierowanych wprost na zwalczanie przestępczości tego typu, których konstrukcja powoduje, że mogą

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. 2022, poz. 1138, ze. zm.

² Mowa tu przede wszystkim o art. 65 k.k., który wprost reguluje kwestię odpowiedzialności za zorganizowane formy przestępczości. Art. 65 § 1 k.k. stanowi, iż przepisy dotyczące wymiaru kary, środków karnych oraz środków związanych z poddaniem sprawcy próbie, przewidziane wobec multirecydywisty określonego w art. 64 § 2 k.k., stosuje się także do sprawcy, który z popełnienia przestępstwa uczynił sobie stałe źródło dochodu lub popełnia przestępstwo, działając w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa oraz wobec sprawcy przestępstwa o charakterze terrorystycznym. Przepis ten w § 2 stanowi, że do sprawcy przestępstwa z art. 258 mają odpowiednie zastosowanie przepisy dotyczące sprawcy określonego w art. 64 § 2, z wyjątkiem przewidzianego w tym przepisie zaostreżenia kary.

być szczególnie przydatne w reagowaniu na czyny zabronione popełniane w ramach zorganizowanych struktur przestępczych. Mowa tu o formie stadialnej przygotowania zasługującej na uwagę ze względu na poruszaną problematykę, szczególnie w jednej ze swych postaci polegającej na wejściu przez sprawcę w porozumienie z inną osobą w celu popełnienia czynu zabronionego, a także zawartych w art. 18 k.k. formach zjawiskowych, które związane są z sytuacją współdziałania wielu osób w popełnieniu przestępstwa. W tym kontekście należy mieć na uwadze polegającą na popełnieniu przestępstwa wspólnie i w porozumieniu z inną osobą konstrukcję współsprawstwa, a także bardzo istotne z punktu widzenia zwalczania ośrodków kierowniczych zorganizowanych struktur przestępczych, konstrukcje sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego. Ponadto ważnymi instrumentami reagowania na czyny zabronione popełniane w ramach zorganizowanych ugrupowań przestępczych mogą okazać się konstrukcje podżegania i pomocnictwa.

2. Przygotowanie (art. 16 k.k.)

Przygotowanie (uregulowane w art. 16 k.k.) jest obok usiłowania (art. 13 k.k.) formą stadialną popełnienia czynu zabronionego wypełniającą obszar między zawsze bezkarnym powzięciem decyzji dokonania czynu zabronionego a zawsze karalnym na gruncie polskiego kodeksu karnego usiłowaniem. Wyóżnienie tej formy przy okazji rozważań nad prawnokarnymi instrumentami zwalczania przestępczości zorganizowanej jest o tyle ważne, że w przypadku wielu przejawów typowej działalności zorganizowanej charakterystyczne dla niej jest właśnie dokładne planowanie i przygotowywanie akcji przestępczych³. Należy podkreślić, że o ile czyny typizowane w art. 258 k.k. wykazują wiele wspólnego z przygotowaniem, to jednak są to opisy typów czynów zabronionych *sui generis*, czerpiących swoje bezprawie z realizacji zawartych w art. 258 k.k. znamion, a nie z określonego czynu zabronionego, którego przygotowanie mają stanowić. Nie są to zatem formy stadialne popełnienia przestępstwa⁴.

Zgodnie z art. 16 § 2 k.k. przygotowanie jest karalne tylko w wypadkach wskazanych w ustawie. Należy przy tym zauważyć, że karalnych już na etapie

³ Por. A. Michalska-Warias, *Przestępczość zorganizowana i prawnokarne formy jej przeciwdziałania*, Verba, Lublin 2006, s. 187.

⁴ Por. A. Zoll [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1. *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 230.

przygotowania jest wiele z przestępstw uważanych za typowe przejawy funkcjonowania zorganizowanych ugrupowań przestępczych. W tych przypadkach istotne jest wykrycie i udaremnienie działalności przestępczej już w jej wczesnej fazie, gdy nie doszło jeszcze do poważnego naruszenia porządku prawnego⁵.

W literaturze wymienia się dwie zasadnicze postacie przygotowania, określone w art. 16 § 1 k.k., realizujące znamiona jego strony przedmiotowej. Są to: wejście w porozumienie z inną osobą (tzw. konfiguracja wieloosobowa przygotowania) oraz uzyskanie lub przysposabianie środków, zbieranie informacji lub sporządzanie planu działania (tzw. konfiguracja jednoosobowa przygotowania)⁶. W przypadku konfiguracji wieloosobowej pojęciem kluczowym dla właściwego rozumienia tej formy przygotowania jest „porozumienie”, które musi łączyć sprawców. Charakteryzując porozumienie jako formę czynności przygotowawczej, w doktrynie wskazuje się, iż „wejście w porozumienie” polega na wzajemnym ujawnieniu i uzgodnieniu zamiaru przestępczego oraz na powzięciu decyzji w przedmiocie popełnienia przyszłego przestępstwa przez dwie lub więcej osób⁷.

Problemem wyłaniającym się w związku z przygotowaniem jest stosunek, w jakim pozostaje przygotowanie w postaci konfiguracji wieloosobowej, polegające na wejściu w porozumienie z inną osobą do przestępstwa udziału w zorganizowanej grupie albo związku przestępczym z art. 258 § 1 k.k. Nie każde porozumienie się sprawców pomiędzy sobą przed popełnieniem przestępstwa przybierze formę zorganizowanej grupy lub związku, choć możliwość taka oczywiście istnieje, to jednak w zasadzie każda zorganizowana grupa lub związek przestępczy dla swego bytu wymagać będą istnienia porozumienia pomiędzy ich członkami, którego treścią będzie wspólne prowadzenie działalności przestępczej⁸. Nietrudno dostrzec, że między przygotowaniem

⁵ Por. A. Michalska-Warias, *Przestępczość...*, s. 187. Potencjalną użyteczność karalnego przygotowania w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej można dostrzec, analizując przestępstwa, do których przygotowanie nie pozostaje obojętne w świetle prawa karnego, np. art. 126c, art. 127 § 2 k.k., art. 128 § 2 k.k., art. 140 § 3 k.k., art. 168 k.k.; art. 175 k.k., art. 189a § 2 k.k., art. 252 § 3 k.k., art. 270 § 3 k.k., art. 299 § 6a k.k., art. 310 § 4 k.k.

⁶ Por. A. Zoll [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 230.

⁷ Por. E. Kunze, *Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego*, Wydawnictwo UAM, Poznań 1991, s. 56.

⁸ Por. A. Michalska-Warias, *Przestępczość...*, s. 188. Warto dodać, że w literaturze zwracano uwagę na konieczność rozgraniczenia pojęcia „zorganizowanej grupy przestępczej” od „porozumienia z inną osobą” w celu popełnienia przestępstwa (art. 16 § 1 k.k.), wskazując, że taka grupa z pewnością musi być czymś więcej niż tylko „porozumieniem z inną osobą” w celu popełnienia przestępstwa, a zatem nie jest stworzeniem takiej grupy zwykle przygotowanie przestępstwa. Por. L. Gardocki, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2004, s. 296–297, por. również: L. Gardocki, *Najnowsze zmiany w Kodeksie karnym*, „Monitor Prawniczy” 1995, nr 12, s. 355–356.

polegającym na wejściu w porozumienie z inną osobą a udziałem w zorganizowanej grupie lub związku przestępczym zachodzą zarówno podobieństwa, jak i różnice. Jako wspólne elementy przygotowania będącego formą stadialną popełnienia przestępstwa i przestępstwa stypizowanego w art. 258 k.k. wymienić należy bez wątpienia: porozumienie, cel w postaci popełnienia przestępstwa oraz niebezpieczeństwo przyszłego zamachu na dobro chronione prawem. Z kolei mówiąc o różnicach, wskazać przede wszystkim należy fakt, że przygotowanie jest formą stadialną popełnienia przestępstwa, podczas gdy udział w zorganizowanej grupie albo związku jest przestępstwem samodzielnym. Przygotowanie odnosi się do popełnienia konkretnie określonego przestępstwa lub przestępstw, podczas gdy w przypadku zorganizowanej grupy albo związku jego celem może być popełnianie większej liczby bliżej niesprecyzowanych z góry przestępstw. Do przyjęcia wystąpienia przygotowania wystarczy zawarcie porozumienia przez co najmniej dwie osoby, podczas gdy do bytu zorganizowanej grupy lub związku przestępczego niezbędne jest porozumienie co najmniej trzech jego członków⁹. Wreszcie, porozumienie jako

⁹ Pogląd, że grupę z art. 258 k.k. muszą tworzyć co najmniej trzy osoby, wyraża w zasadzie większość komentatorów art. 258 k.k. – zob. np.: M. Bojarski, [w:] M. Bojarski (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, LexisNexis, Warszawa 2007, s. 506; Z. Cwiakalski, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 1. *Komentarz do art. 212–277d*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017, s. 541; L. Gardocki, *Prawo...*, s. 296; R. Góral, *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 2007, s. 144; M. Kalitowski, [w:] M. Filar (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 1448; J. Piórkowska-Flieger, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 766; R. Zawłocki, *Przestępczość zorganizowana w ujęciu materialnoprawnym*, [w:] P. Wiliński (red.), *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. 2, Wydawnictwo UAM, Poznań 2005, s. 23. Warto wspomnieć, że odmienny pogląd prezentuje J. Wojciechowska, której zdaniem, zorganizowana grupa przestępcza powinna składać się co najmniej z dwóch osób – zob. J. Wojciechowska, [w:] G. Rejman (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 1999, s. 983. Ponadto, jak wynika z analizy problematyki właściwego rozumienia w doktrynie desygnatów pojęcia „związek” określonego w art. 258 k.k., w zasadzie panuje zgoda co do tego, że minimalna liczba jego uczestników to również trzy osoby – zob. np.: W. Filipkowski, *Przestępczość zorganizowana – ujęcie prawne i kryminologiczne*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 12, s. 72; L. Gardocki, *Prawo...*, s. 296; R. Góral, *Kodeks...*, s. 144; A. Marek, *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 652; I. Nowicka, M. Enerlich, *Związek przestępczy lub grupa zorganizowana*, „Jurysta” 1996, nr 4, s. 22–23; J. Piórkowska-Flieger, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks...*, s. 766; R. Zawłocki, *Przestępczość...*, s. 24. Na wymóg posiadania przez zorganizowaną grupę przestępczą co najmniej trzech osób zwracano też wielokrotnie uwagę w orzecznictwie, np.: SA w Poznaniu w wyroku z 25 marca 1999 r., II AKA 45/99, Legalis 46559; SA w Krakowie w wyroku z 19 grudnia 2003 r., II AKA 257/03, Legalis 69896; SA w Białymstoku w wyroku z 4 lutego 2013 r., II AKA 246/12, Legalis 998829; SA w Łodzi w wyroku z 12 czerwca 2013 r., II AKA 87/13, Legalis 924792; SA w Rzeszowie w wyroku z 16 lipca 2013 r., II AKA 58/13, Legalis 1080103; SA w Białymstoku w wyroku z 30 września 2013 r., II AKA 95/13, Legalis 998820; SA w Warszawie w wyroku z 18 października 2013 r., II AKA 305/13, Legalis 1049087; SA we Wrocławiu w wyroku z 26 listopada 2013 r., II AKA 362/13, Legalis 776109; SA we Wrocławiu w wyroku z 5 lutego 2015 r., II AKA 2/15, Legalis 1213462.

forma przygotowania przestępstwa nie musi przybrać postaci zorganizowanej, o określonej strukturze organizacyjnej, natomiast porozumienie, stanowiące podstawę istnienia grupy przestępczej lub związku przestępczego, musi charakteryzować się określonym organizacyjnym porządkiem wewnętrznym¹⁰.

Ze wskazanych powyżej różnic pomiędzy przygotowaniem polegającym na wejściu w porozumienie z inną osobą, a udziałem w zorganizowanej grupie albo związku przestępczym wynika, że w przypadku porozumienia jako postaci przygotowania, elementy charakterystyczne dla ugrupowania przestępczego nie występują z tak dużą intensywnością. Tym samym nie można wykluczyć możliwości przekształcenia się porozumienia mającego na celu popełnienie przestępstwa w pewną całość organizacyjną, np. jeśli planowane przestępstwo okaże się technicznie trudne do wykonania. Jeśli zaś w takim porozumieniu będą brały udział więcej niż dwie osoby, to właściwie nic nie stoi na przeszkodzie uznaniu ich co najmniej za zorganizowaną grupę przestępczą¹¹.

W takiej sytuacji pojawia się ważny, także z punktu widzenia praktyki wymiaru sprawiedliwości, problem ustalenia właściwego stosunku między porozumieniem będącym podstawą formy stadialnej przygotowania a przestępstwem udziału w zorganizowanej grupie lub związku przestępczym i tym samym wskazania właściwej kwalifikacji prawnej dla tych stanów faktycznych, w których zbiorowość przestępców podpadająca pod dyspozycję art. 258 § 1 k.k. porozumiewa się co do popełnienia jednego z przestępstw, w przypadku których karalne jest już samo przygotowanie¹².

W przypadku zbiegu udziału w zorganizowanej grupie albo związku przestępczym z dokonaniem przez takie ugrupowanie jakiegokolwiek przestępstwa, dochodzi do realnego zbiegu przestępstw pociągającego za sobą konieczność wymierzenia oddzielnej kary za udział w zorganizowanej grupie albo związku przestępczym oraz za dokonanie danego przestępstwa. Pogląd o realnym zbiegu przestępstw wyraził SN, stwierdzając, że „zakwalifikowanie zachowania sprawcy z art. 258 § 1 k.k. nie powoduje pochłonięcia przestępstw – popełnionych w ramach grupy – jako przejawu realizacji jej celu. Przeciwnie, przestępstwa popełniane w ramach grupy powinny być kwalifikowane według przepisów, których znamiona wyczerpuje zachowanie sprawcy i, mimo że podjęte w ramach grupy jako przejaw realizacji jej celu, bez kwalifikacji kumulatywnej z art. 258 § 1 k.k. To ostatnie przestępstwo jest bowiem przestępstwem bezskutkowym (formalnym), a popełnienie przestępstwa będącego formą realizacji celu

¹⁰ Por. E. Kunze, *Przygotowanie...*, s. 60–61.

¹¹ Por. A. Michalska-Warias, *Przestępczość...*, s. 188–189.

¹² Por. tamże.

grupy nie jest jego skutkiem. Jest to też przestępstwo o charakterze trwałym, gdyż stan bezprawny utrzymuje się tak długo, jak długo trwa przynależność do grupy i nie wymaga dokonywania innych działań przestępczych. Jest więc to przestępstwo, które pozostaje w zbiegu realnym z innymi przestępstwami popełnionymi w czasie przynależności do grupy, w tym również z przestępstwami popełnionymi w ramach realizacji celu grupy¹³. Trudno wskazać jakikolwiek powód, dla którego inne rozwiązanie miałoby być przyjęte w przypadku, gdy działanie sprawców zmierzające do popełnienia w ramach zorganizowanej grupy lub związku jakiegoś przestępstwa nie osiągnie etapu dokonania, przyjmując postać wcześniejszej formy stadialnej popełnienia przestępstwa, jaką jest karalne przygotowanie.

Przepis art. 258 § 1 k.k. penalizuje odpowiednio już sam udział w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa, nawet bez zrealizowania przez ich członków jakiegokolwiek przestępstwa. Jeżeli natomiast w ramach takiej grupy lub związku dokonano przestępstwa, wówczas sprawca odpowiada za udział w takiej strukturze przestępczej i osobno za to, co w ramach tej struktury zostało dokonane. Taka sama sytuacja będzie miała miejsce, gdy sprawca w ramach przestępczej struktury wypełnił znamiona karalnego przygotowania do konkretnego przestępstwa. Wówczas udział w zorganizowanej grupie lub związku stanowi odrębne przestępstwo od przestępstwa polegającego na przygotowaniu czynu zabronionego określonego w kodeksie karnym¹⁴.

Podsumowując, konstrukcja przygotowania i przewidziane w kodeksie karnym przypadki jego penalizacji, pozwalają na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej sprawców działających w ramach zorganizowanej przestępczości jeszcze przed popełnieniem poważnego przestępstwa. Nawet w sytuacji, gdy utrudnione jest udowodnienie istnienia przestępczej zbiorowości wskazanej w art. 258 k.k., przypadki karalnego przygotowania stwarzają możliwość ukarania jej członków przynajmniej za wejście w porozumienie co do podjęcia działalności zmierzającej bezpośrednio do dokonania przestępstwa.

¹³ Zob. wyrok SN z 22 maja 2007 r., WA 15/07, Legalis 139933.

¹⁴ Należy jednak wskazać, że w literaturze spotykane jest stanowisko, że między przepisem o przygotowaniu i przepisem o udziale w zorganizowanej grupie albo związku przestępczym zachodzi stosunek krzyżowania się, a zatem ma miejsce zbieg przepisów ustawy skutkujący stosowaniem kumulatywnej kwalifikacji prawnej. Zob. E. Kunze, *Przygotowanie...*, s. 61–62; A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, (art. 1–31), t. 1, C.H. Beck, Gdańsk 1999, s. 223. Taki pogląd nie jest trafny, gdyż jak wskazano powyżej, udział w ugrupowaniu przestępczym i karalne przygotowanie przestępstwa w ramach działalności w tym ugrupowaniu to dwa odrębne czyny, które powinny skutkować zastosowaniem odrębnej kwalifikacji prawnej w stosunku do każdego z nich.

3. Współsprawstwo (art. 18 § 1 k.k.)

Pierwszą odmianą sprawczego współdziałania występującą w polskim kodeksie karnym jest konstrukcja współsprawstwa, która posiada swoje ustawowe uregulowanie w art. 18 § 1 zdanie drugie k.k., polegająca na tym, że odpowiada za sprawstwo, kto wykonuje czyn zabroniony wspólnie i w porozumieniu z inną osobą. Przyjmowane powszechnie w doktrynie oraz orzecznictwie sądowym sposoby rozumienia tej konstrukcji w zasadzie pokrywają się z ustawowym ujęciem współsprawstwa, akcentując dwa elementy normatywne, konstytuujące tę postać popełnienia przestępstwa. Tymi konstytutywnymi elementami współsprawstwa są, poza znamionami wyrażonymi w przepisie części szczególnej lub przepisie pozakodeksowym, element strony przedmiotowej – wspólne wykonanie czynu zabronionego oraz element strony podmiotowej – porozumienie dotyczące wspólnego wykonania tego czynu. W najogólniejszym ujęciu współsprawstwem jest oparte na porozumieniu wspólne wykonanie czynu zabronionego przez co najmniej dwie osoby, z których każda odgrywa istotną rolę w procesie realizacji ustawowych znamion czynu zabronionego¹⁵.

Charakteryzując stronę podmiotową porozumienie stanowi konstytutywny element współsprawstwa wyznaczający subiektywne granice odpowiedzialności karnej¹⁶. Nie ma ono jednak charakteru czysto podmiotowego, bowiem wyróżnić trzeba: proces zawarcia porozumienia, który wymaga w większym lub mniejszym stopniu odpowiedniego zachowania się sprawców; treść porozumienia, którą jest wspólne wykonanie przestępstwa oraz świadomość i wolę realizacji treści porozumienia. Porozumienie jest bardzo istotnym komponentem omawianej konstrukcji, gdyż spaja ono poszczególne zachowania się sprawców w jedność, stanowiąc tym samym podstawę współsprawstwa¹⁷.

Porozumienie charakteryzuje się akceptacją wspólnej realizacji znamion typu czynu zabronionego połączoną często z podziałem ról i uzgodnieniem istotnych elementów wykonywanego czynu. Może ono być sformalizowane w sposób ustny lub pisemny, ale może mieć też charakter konkludentny, wymagający jedynie świadomości wspólnego działania występującej u współsprawców. Porozumienie może poprzedzać popełnienie czynu zabronionego, ale może

¹⁵ Zob. P. Kardas, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1, *Komentarz do art. 1–52*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 383–385.

¹⁶ Por. tamże, s. 385–386.

¹⁷ Por. A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1977, s. 52.

także występować już w trakcie realizacji jego znamion, co będzie miało miejsce w sytuacji, gdy do sprawcy realizującego już znamiona określonego typu czynu zabronionego dołączy inna osoba. Porozumienie zakłada wzajemną akceptację podejmowanych zachowań, dlatego dopiero z momentem przystąpienia do porozumienia lub zawarcia porozumienia zachowania osób w nim uczestniczących można potraktować jako współsprawstwo. Porozumienie ma istotne znaczenie w perspektywie zasad odpowiedzialności za współsprawstwo. Mianowicie wyznacza ono granicę odpowiedzialności za wspólne wykonanie czynu zabronionego, bowiem poszczególni współsprawcy mogą odpowiadać także za to, co zrobili pozostali współsprawcy, o ile mieściło się to w granicach porozumienia. Współsprawca nie odpowiada natomiast za eksces innego współsprawcy, czyli zachowanie wykraczające poza zakres porozumienia¹⁸.

Współsprawstwo jako jedna z podstawowych form zjawiskowych popełnienia przestępstwa jest konstrukcją bardzo ważną z punktu widzenia możliwości reagowania na zbiorowe przejawy ludzkiej aktywności przestępczej w ogóle, a na przestępczość zorganizowaną w szczególności, bowiem jest rzeczą oczywistą, że członkowie zorganizowanych ugrupowań przestępczych bardzo często popełniają poszczególne przestępstwa wspólnie i w porozumieniu. Samo uczestnictwo w zorganizowanej grupie albo związku przestępczym jest typowym przykładem czynu zabronionego, przy którym dochodzi do tzw. współsprawstwa koniecznego, bowiem aby przestępstwo z art. 258 § 1 k.k. mogło w ogóle zostać popełnione, potrzebne jest współdziałanie co najmniej trzech sprawców, gdyż taka jest minimalna liczba osób, które mają utworzyć zabronioną zbiorowość określoną w tym przepisie¹⁹. Niemożliwe jest zatem dokonanie przestępstwa brania udziału w zorganizowanej grupie albo związku przestępczym w postaci sprawstwa pojedynczego. Przy czym należy podkreślić, iż występująca w tym przypadku konstrukcja współsprawstwa koniecznego różni się od współsprawstwa jako formy zjawiskowej, gdyż współdziałanie osób należy tu do znamion przestępstwa²⁰.

Z praktycznego, a także teoretycznego punktu widzenia, jednym z niewątpliwie ważnych zagadnień jest problem odróżnienia współsprawstwa jako formy zjawiskowej popełnienia przestępstwa od sytuacji, w których do wspólnego popełnienia przestępstwa dochodzi w ramach przestępczej aktywności zorganizowanej grupy bądź związku przestępczego. Nie zawsze proste będzie

¹⁸ Por. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Znak, Kraków 2010, s. 256–257. Szerzej na ten temat – zob. A. Wąsek, *Współsprawstwo...*, s. 52–70.

¹⁹ Por. A. Michalska-Warias, *Przestępczość...*, s. 294.

²⁰ Por. A. Marek, *Prawo...*, s. 211.

ustalenie, czy współsprawcy czynu zabronionego byli „tylko” współsprawcami, a zatem należy postawić im zarzut popełnienia danego przestępstwa wspólnie i w porozumieniu, czy też dokonywali wspólnie tego przestępstwa jako członkowie jednego z ugrupowań wymienionych w art. 258 § 1 k.k., a zatem powinien im być dodatkowo postawiony zarzut przynależności do zorganizowanej grupy bądź związku przestępczego, a kara za przestępstwo wspólnie dokonane powinna być obligatoryjnie obostrzona na podstawie art. 65 § 1 k.k.²¹. W doktrynie często można spotkać się z poglądem, zgodnie z którym zorganizowana grupa przestępcza stanowi postać pośrednią między współsprawstwem a związkiem przestępczym, co sugerowałoby występowanie pewnego zakresu podobieństw pomiędzy omawianymi formami popełniania przestępstw²². Na problem rozgraniczenia zorganizowanej grupy od współsprawstwa wielokrotnie zwracano też uwagę w orzecznictwie²³.

Należy w tym miejscu zastanowić się nad różnicami w omawianych pojęciach, bowiem ich bliższa analiza pozwoli ukazać, iż brak jest tak naprawdę podstaw do dokonywania wykładni zbliżającej do siebie pojęcia współsprawstwa i zorganizowanej grupy przestępczej.

Z całą pewnością zorganizowana grupa przestępcza nie jest synonimem współsprawstwa, mimo że udział w niej jest zawsze przejawem jakiegoś

²¹ Por. A. Michalska-Warias, *Przestępczość...*, s. 294.

²² Zob. np. M. Bryła, *Porozumienie, zorganizowana grupa, związek przestępczy jako formy organizacyjne przestępczości zorganizowanej*, „Prokuratura i Prawo” 2000, nr 3, s. 31; A. Gaberle, *Przestępczość grupowa w Polsce jako zjawisko kryminologiczne i prawnokarne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1998, nr 1–2, s. 77–82; M. Klepner, *Pojęcie „zorganizowanej grupy” i „związku przestępczego” w świetle polskiego prawa i orzecznictwa*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2000, nr 2, s. 62–63. W tym kontekście należy też wspomnieć, iż w literaturze wskazuje się, że związek przestępczy charakteryzuje się wyraźnie wyższym stopniem zorganizowania niż grupa przestępcza. Zob. np.: T. Bojarski, *Odpowiedzialność karna za niektóre formy przestępczości zorganizowanej*, [w:] A. Jakubecki, A. Korybski, J. Kostrubiec, M. Kuryłowicz, J. Mojak, R. Mojak, I. Nowikowski, M. Stefaniuk (red.), „Studia Iuridica Lublinensia” Lublin 2003, t. 1, s. 19; Z. Ćwiąkański [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 547; I. Nowicka, M. Enerlich, *Związek...*, s. 22–23; J. Piórkowska-Flieger, [w:] T. Bojarski (red.), *Kodeks...*, s. 766. Ponadto o istnieniu związku można mówić tylko wówczas, gdy możliwe jest ustalenie wyraźnej struktury grupy ludzi połączonych porozumieniem co do popełnienia przestępstwa. Zob. np.: E. Pływaczewski, A. Sakowicz [w:] A. Wąsek, R. Zawłocki (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 222–316*, t. 2, C.H. Beck, Warszawa 2010, s. 501; J. Wojciechowski, *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, C.H. Beck, Warszawa 2002, s. 488.

²³ Np. SA w Poznaniu w wyroku z 20 stycznia 2011 r., II KK 330/10, Legalis 509913; SN w wyroku z 13 listopada 2013 r., II KK 170/13, Legalis 740125; SA w Gdańsku w wyroku z 4 października 2012 r., II AKa 134/12, Legalis 746853; SA w Gdańsku w wyroku z 21 lutego 2013 r., II AKa 18/13, Legalis 1241730; SA w Białymstoku w wyroku z 30 września 2013 r., II AKa 95/13; SA we Wrocławiu w wyroku z 12 czerwca 2014 r., II AKa 48/14, Legalis 1049718; SA we Wrocławiu w wyroku z 5 lutego 2015 r., II AKa 2/15.

współdziałania kilku osób, ich porozumienia co do czynu i podziału ról, a jednocześnie przy każdym współsprawstwie można dostrzec pierwiastek pewnego zorganizowania²⁴. Należy jednak podkreślić, że współsprawstwo nie wymaga działania w grupie, bowiem może ono dojść do skutku już przy współdziałaniu dwóch osób, a ponadto może pojawić się w wyniku podziału zadań między przelotnie współdziałającymi przestępcami, których jednoczy tylko wspólnie wykonany czyn²⁵.

Zakres pojęcia zorganizowanej grupy przestępczej może zbliżać się do współsprawstwa, ale tylko pod dwoma warunkami: musi w ogóle dojść do popełnienia przestępstwa oraz muszą w nim brać udział tylko współsprawcy. Tymczasem w skład grupy mogą wchodzić również osoby, których rola w konkretnym czynie sprowadzać się będzie do podżegania lub pomocnictwa, a także osoby, które mimo powiązania z grupą w istocie działają „na zewnątrz” jej struktury, na przykład paserzy²⁶.

Ponadto wykładnia językowa art. 258 k.k. prowadzi do wniosku, że karalność za udział w grupie przestępczej nie zależy wcale od popełnienia przez nią jakiegokolwiek przestępstwa. Ustawodawca bowiem zdecydował, że wystarczające jest istnienie nielegalnego celu, czyli zamiaru naruszania dóbr prawnie chronionych²⁷.

Samo współsprawstwo trzech lub więcej osób, których działania są ze sobą skoordynowane, nie może być uznawane za wystarczające do przyjęcia istnienia zorganizowanej grupy przestępczej, o czym świadczy użycie przez ustawodawcę przymiotnika „zorganizowana” w odniesieniu do grupy, a nie w odniesieniu do popełnianych przez jej członków poszczególnych przestępstw. Podział ról i skoordynowanie działań w czasie dokonywania przestępstwa najczęściej świadczyć będą tylko o współsprawstwie, a nie o istnieniu w jakimś stopniu sformalizowanej struktury przestępczej. Dlatego możliwość postawienia dodatkowego zarzutu z art. 258 § 1 k.k. oraz konieczność stosowania wszystkich rygorów przewidzianych w art. 65 § 1 k.k. zarezerwowane zostały dla tych przypadków, w jakich co najmniej trzech sprawców łączy coś więcej niż tylko działanie wspólnie i w porozumieniu, a mianowicie przynależność do grupy przestępczej, która musi posiadać przynajmniej pewien stopień trwałości i choćby słabo zarysowaną strukturę²⁸.

²⁴ Por. M. Klepner, *Pojęcie...*, s. 62–63.

²⁵ Por. A. Gaberle, *Przestępczość...*, s. 81.

²⁶ Por. M. Klepner, *Pojęcie...*, s. 63.

²⁷ Por. tamże.

²⁸ Por. A. Michalska-Warias, *Przestępczość...*, s. 298.

Ostatni istotny argument przemawiający przeciwko utożsamianiu ze sobą pojęć współsprawstwa i zorganizowanej grupy mającej na celu popełnienie przestępstwa opiera się na systemowej wykładni art. 258 k.k. i założeniu, że racjonalny ustawodawca, posługując się różnymi terminami, czyni to świadomie, aby nadać im odmienny sens²⁹.

Podsumowując powyższe, należy stwierdzić, że popełnienie przestępstwa w ramach działalności w zorganizowanej grupie lub związku przestępczym jest czymś jakościowo różnym od popełnienia czynu we współsprawstwie, mimo iż te dwie formy aktywności mogą się w konkretnym przypadku na siebie nałożyć. Udział w zorganizowanej grupie przestępczej, a także analogicznie w związku przestępczym, chociaż opiera się na czynniku porozumienia uczestników, jest czymś innym niż współsprawstwo. Współsprawstwo nie sprowadza się bowiem do samego porozumienia, lecz wymaga odpowiedniego zaangażowania się współdziałających w realizację znamion czynu zabronionego, a ten warunek nie jest spełniony przez same założenia organizacyjne niezbędne dla zorganizowanej grupy i związku przestępczego. Prowadzi to do wniosku, iż stanowisko wskazujące, że grupa przestępcza jest czymś więcej od współsprawstwa, nie jest prawidłowe, gdyż nie ma w ogóle przesłanek do zestawiania ze sobą tych pojęć, bowiem wspólne jest tutaj tylko porozumienie³⁰.

Pojęcie grupy przestępczej nie jest zatem ani tożsame ze współsprawstwem, ani też nie jest formą pośrednią między związkiem przestępczym i współsprawstwem. Określenia, takie jak współsprawstwo z jednej strony, a zorganizowana grupa przestępcza i związek przestępczy z drugiej strony, nie należą do tej samej kategorii pojęć. Wprawdzie wszystkie są terminami ustawowymi, ale inna jest ich funkcja, służą bowiem do opisu odmiennych zjawisk³¹. Współsprawstwo jest wprawdzie charakterystyczne dla przestępczości zorganizowanej w różnych jej formach, ale stanowi też odrębną kategorię pojęciową od „udziału” w karalnych kształtach tej przestępczości, czyli w zorganizowanej grupie i związku przestępczym. Współsprawstwo samo nie jest natomiast jedną z normatywnych form przestępczości zorganizowanej³². Konstrukcja współsprawstwa z uwagi na jej ustawową charakterystykę jedynie w wąskim obszarze może stanowić podstawę do kryminalizacji przejawów przestępczości zorganizowanej, odnosi się ona bowiem wyłącznie do osób bezpośrednio uczestniczących w popełnieniu przestępstwa³³.

²⁹ Por. M. Klepner, *Pojęcie...*, s. 63.

³⁰ Por. T. Bojarski, *Odpowiedzialność...*, s. 21.

³¹ Por. M. Klepner, *Pojęcie...*, s. 62.

³² Por. T. Bojarski, *Odpowiedzialność...*, s. 21.

³³ Por. P. Kardas, *Regulacja współdziałania przestępczego jako podstawa zwalczania przestępczości zorganizowanej*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 10, s. 73.

Niemniej jednak, w tych wszystkich przypadkach, w których udowodnienie istnienia zorganizowanej grupy bądź związku przestępczego jest utrudnione, właśnie kodeksowa regulacja współsprawstwa może być przydatnym narzędziem w pociąganiu do odpowiedzialności karnej tych członków organizacji przestępczej, którzy bezpośrednio współdziałali przy dokonaniu konkretnego czynu zabronionego³⁴.

4. Sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające (art. 18 § 1 k.k.)

Skuteczność prawnokarnej reakcji na przestępczość zorganizowaną zależy w dużym stopniu od istnienia mechanizmów umożliwiających karanie osób stojących na czele zorganizowanych ugrupowań przestępczych³⁵. Z punktu widzenia problematyki zwalczania przestępczości zorganizowanej na szczególną uwagę zasługują dwie z wymienionych w art. 18 § 1 k.k., obok współsprawstwa, form sprawczego współdziałania, tj. sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające. Formy te stanowią podmiotowe rozszerzenie karalności w stosunku do osób, które swoim zachowaniem nie realizują wszystkich znamion składających się na opis czynu zabronionego określonego w części szczególnej kodeksu karnego³⁶. Z uwagi na konieczność penalizacji działań polegających na kierowaniu wykonaniem czynu zabronionego bądź wydaniu polecenia popełnienia takiego czynu w ramach organizacji przestępczych, instytucja sprawstwa kierowniczego i polecającego na gruncie ustawodawstwa karnego wydaje się w pełni zasadna. Jakkolwiek art. 258 k.k. poddaje penalizacji zarówno udział w zorganizowanej grupie albo związku przestępczym, jak i zakładanie oraz kierowanie takimi organizacjami przestępczymi, to w praktyce zastosowanie tego przepisu może przysparzać organom ścigania problemów z uwagi na trudności dowodowe w ustaleniu istnienia, struktury organizacyjnej i kierownictwa grupy lub związku. Zatem ukaranie kierownika ugrupowania przestępczego nie zawsze jest możliwe ze względu na sam fakt kierowania przez niego taką strukturą kryminalną. Konieczne jest więc istnienie w kodeksie karnym pewnych instytucji ogólnych umożliwiających ściganie członków zorganizowanych struktur przestępczych będących nie tylko wykonawcami czynów zabronionych, ale

³⁴ Por. A. Michalska-Warias, *Przestępczość...*, s. 298.

³⁵ Por. J. Skała, *Normatywne mechanizmy zwalczania przestępczości zorganizowanej w świetle przepisów kodeksu karnego*, cz. 2, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 9, s. 35.

³⁶ Por. tamże, s. 37.

też ich kierownikami bądź poleceniodawcami³⁷. Takie funkcje spełniają konstrukcje sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego, które pozwalają na pociągnięcie do odpowiedzialności karnej osób kierujących lub zlecających popełnienie w ramach organizacji przestępczej konkretnego czynu zabronionego, w sytuacji, gdy osobiście nie biorą udziału w ich popełnieniu.

Konstrukcja sprawstwa kierowniczego uregulowana jest w art. 18 § 1 zdanie trzecie k.k., zgodnie z którym odpowiada za sprawstwo także ten, kto kieruje wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę. Znamiona czynu zabronionego w postaci sprawstwa kierowniczego wyrażone są zawsze w dwóch przepisach, tj. art. 18 § 1 zdanie trzecie k.k. oraz w odpowiednim przepisie części szczególnej lub w przepisie pozakodeksowym³⁸. Połączenie definicji sprawstwa kierowniczego z opisem czynu zabronionego zawartym w przepisie części szczególnej lub przepisie pozakodeksowym prowadzi do modyfikacji znamion typu w ten sposób, iż w miejsce określenia czynności wykonawczej nastawionego na zachowanie jednej osoby pojawia się opis dwóch czynności wykonawczych realizowanych przez dwa różne podmioty, których wypełnienie prowadzi do realizacji znamion tej postaci sprawstwa³⁹.

Zatem w przypadku sprawstwa kierowniczego zarysowany model wykładni prowadzi do odczytania znamion typu, w których określone są zachowania kierującego oraz kierowanego (bezpośredniego wykonawcy). Zachowanie kierującego sprowadza się do faktycznego panowania nad przebiegiem akcji przestępczej w czasie, gdy jest ona podejmowana i polega na czynnościach sterowania zachowaniem innej osoby (kierowanego), która bezpośrednio i osobiście wypełnia znamiona konkretnego typu czynu zabronionego. Z istoty czynności wykonawczej kierującego wynika, że musi on posiadać władztwo nad osobą kierowaną i jej zachowaniem, sięgające aż po możliwość odwołania akcji przestępczej w wybranym przez kierującego momencie⁴⁰.

Zachowanie kierowanego obejmuje natomiast czynności przedmiotowo zgodne z opisem zachowania zawartym w przepisie części szczególnej lub

³⁷ Por. M. Czyżak, *Sprawstwo polecające w zorganizowanej strukturze przestępczej*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 6, s. 33.

³⁸ Por. P. Kardas, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 409–410.

³⁹ Por. P. Kardas, *Regulacja...*, s. 74.

⁴⁰ Zgodnie z poglądem SN istotą sprawstwa kierowniczego jest to, że „osoba kierująca realizacją przez inną osobę czynu zabronionego znajduje się w takiej sytuacji, w której ma rzeczywistą możliwość faktycznego panowania nad rozwojem i przebiegiem bezprawnej akcji. Istotnym elementem tego panowania jest to, że od decyzji osoby kierującej popełnieniem przez inną osobę czynu zabronionego zależy rozpoczęcie i prowadzenie, a ewentualnie także zmiana lub nawet przerwanie całej bezprawnej akcji”. Zob. wyrok SN z 30 maja 1975 r., Rw 204/75, Legalis 18799.

przepisie pozakodeksowym. Jedynym elementem prawnokarnie relewantnym w zachowaniu kierowanego jest obiektywne wypełnienie znamion czynu zabronionego objętego zamiarem kierującego. Klasyczna postać dokonanego sprawstwa kierowniczego sprowadza się zatem do wypełnienia czynności kierowania przez kierującego oraz wypełnienia co najmniej przedmiotowych znamion czynu zabronionego przez kierowanego⁴¹.

W obecnych realiach konstrukcja sprawstwa kierowniczego może mieć zastosowanie w przypadku zorganizowanej przestępczości, gdzie szef grupy lub związku nie uczestniczy z reguły w samym wykonaniu czynu zabronionego, lecz sprawuje kontrolę nad jego przebiegiem⁴².

Przyglądając się jednak konstrukcyjnym elementom sprawstwa kierowniczego z perspektywy zorganizowanych form popełniania przestępstw, stwierdzić można, iż konstrukcja ta stwarza wprawdzie podstawy do kryminalizacji pewnych zachowań popełnianych w formie zorganizowanej, to jednak ze względu na powinności dowodowe, czyli konieczność wykazania, że kierujący faktycznie panował nad zachowaniem kierowanego, konstrukcja ta w zasadzie nie stanowi dobrego i użytecznego instrumentu w zwalczaniu tej formy przestępczości⁴³. Nie obejmuje ona bowiem samego organizatora przestępstwa, który np. opracował plan, wyznaczył role, określił miejsce i sposób przeprowadzenia akcji przestępczej, zaopatrzył wykonawców w broń, narzędzia, fałszywe dokumenty, środki transportu, zapewnił bezpieczny przebieg i zakończenie akcji przestępczej, pozyskał paserów i popleczników itp., ale nie kierował już potem samym przebiegiem akcji przestępczej, np. z obawy przed zdemaskowaniem lub też w celu zapewnienia sobie alibi⁴⁴.

Wskazane powyżej elementy konstrukcji sprawstwa kierowniczego, a w szczególności wymóg panowania nad zachowaniem kierowanego aż po możliwość zmiany lub odwołania akcji przestępczej do chwili jej zakończenia i związane z tym problemy dowodowe powodują, że znacznie bardziej przydatna z omawianego punktu widzenia może być dodatkowa konstrukcja rozszerzająca zakres sprawstwa w ujęciu polskiego kodeksu karnego – sprawstwo polecające. Sprawstwo kierownicze nie obejmuje bowiem sytuacji popełniania przestępstw

⁴¹ Por. P. Kardas, *Regulacja...*, s. 75.

⁴² Por. J. Skała, *Normatywne...*, cz. 2, s. 39.

⁴³ Por. P. Kardas, *Regulacja...*, s. 77.

⁴⁴ Wydaje się jednak, iż art. 258 § 3 k.k. stwarza możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej organizatora akcji przestępczej, bowiem przepis ten przewiduje zastrzoną odpowiedzialność za udział w zorganizowanej grupie bądź związku przestępczym tego, kto zakłada taką grupę bądź związek, a zatem niejednokrotnie będzie też organizatorem aktywności kryminalnej założonego przez siebie ugrupowania przestępczego.

w konfiguracji wieloosobowej, gdy jeden z podmiotów, znajdując się na wysokim miejscu w strukturze zarządzania nieprzestępczej lub przestępczej organizacji, wykorzystuje swoją pozycję dla wydania innej osobie polecenia lub stanowczego skłonienia jej w inny sposób do popełnienia czynu zabronionego, nie kierując jednocześnie jego realizacją⁴⁵. Tego typu sytuacje w praktyce funkcjonowania ugrupowań przestępczych o wielopoziomowej strukturze są bardzo częste. Zwykle bowiem głęboko zakonspirowane kierownictwo zorganizowanych grup i związków przestępczych nie tylko nie uczestniczy w realizacji czynności wykonawczych poszczególnych przestępstw, lecz nawet nie decyduje o przebiegu akcji przestępczej w sposób, który umożliwiałby przypisanie im sprawstwa kierowniczego popełnionego czynu. Nie ma natomiast wątpliwości co do tego, że to właśnie ośrodki decyzyjne zorganizowanych struktur przestępczych wydają polecenia uruchomienia działalności przestępczej⁴⁶. Z uwagi na to, że w tych wypadkach nie występuje element kierowania wykonaniem czynu zabronionego przez osobę wydającą polecenie jego popełnienia, podstawą odpowiedzialności nie może być konstrukcja sprawstwa kierowniczego⁴⁷.

Uwzględniając powyższe okoliczności, postać sprawstwa polecającego zdaje się posiadać znacznie bardziej użyteczne właściwości w sferze zwalczania przestępczości zorganizowanej. Zgodnie z art. 18 § 1 zdanie czwarte k.k., odpowiada za sprawstwo także ten, kto wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie czynu zabronionego.

Podobnie jak w przypadku sprawstwa kierowniczego kwalifikacja prawna oparta o konstrukcję sprawstwa polecającego uwzględniać musi wszystkie przepisy wyrażające elementy znamion typu czynu zabronionego w formie sprawstwa polecającego, tj. art. 18 § 1 zdanie czwarte k.k. oraz odpowiedni przepis części szczególnej lub przepis pozakodeksowy⁴⁸. Zatem również w przypadku sprawstwa polecającego znamiona typu czynu zabronionego określone są przez dwie czynności wykonawcze dwóch różnych podmiotów, powiązane ze sobą w ten sposób, że od dokonania czynu zabronionego przez osobę, której wydano polecenie jego wykonania, uzależnione jest dokonanie czynu zabronionego przez wydającego polecenie. Konstytutywnymi znamionami sprawstwa polecającego są dwa znamiona przedmiotowe, tj. znamię określające właściwą czynność polecającego, ujętą jako „wydanie polecenia

⁴⁵ Por. P. Kardas, *Regulacja...*, s. 77.

⁴⁶ Por. J. Skała, *Normatywne...* (cz. 2), s. 41–42.

⁴⁷ Por. P. Kardas, *Regulacja...*, s. 77.

⁴⁸ Por. P. Kardas [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 421–422.

wykonania czynu zabronionego”, a także znamię w postaci warunku istnienia zależności pomiędzy wydającym polecenie a bezpośrednim wykonawcą⁴⁹.

Przy sprawstwie polecającym brak jest wymogu panowania nad zachowaniem osoby, której wydano polecenie przez cały czas jej przestępczej aktywności, natomiast ten element znamion zastąpiony został stanowczą formą zainicjowania akcji przestępczej ujętej przez kodeks jako wydanie polecenia⁵⁰. Przepis nie przewiduje żadnej szczególnej formy polecenia, co przesądza, że może ono zostać wydane w dowolnej formie – ustnie lub pisemnie. Warunkiem polecenia jest jednoznaczne zaimplementowanie przez polecającego woli wykonania czynu zabronionego przez adresata tego polecenia, przy czym konieczne jest, aby adresat zrozumiał treść polecenia właśnie w ten sposób, czyli jako wyrażoną przez wydającego polecenie wolę wykonania czynu zabronionego⁵¹.

Ponadto ustawa wprowadza dodatkowy element znamion o charakterze przedmiotowym, wymagając, aby polecenie wykonania czynu zabronionego wydane zostało w takich okolicznościach, jakie można opisać jako uzależnienie osoby, do której kierowane jest polecenie od osoby wydającej to polecenie. Ustawodawca w ten sposób wskazuje na konieczność istnienia szczególnie bliskiej więzi między polecającym a odbiorcą polecenia, przesądzającej, że ten, któremu polecenie zostaje wydane, jest faktycznie przymuszony do jego wykonania lub co najmniej ma bardzo ograniczone możliwości odmowy jego wykonania. Istota sprawstwa w przypadku sprawstwa polecającego sprowadza się do władztwa wydającego polecenie nad początkiem inicjowanej przez niego akcji przestępczej oraz władztwa nad osobą, do której skierowane jest polecenie (bezpośredniego wykonawcy) w sytuacji istnienia uzależnienia tej osoby od autora polecenia. Uzależnienie rozumiane jest bardzo szeroko, zarówno jako zależność o charakterze formalnym, jak i czysto faktycznym, gdy jedna z osób zdaje sobie sprawę, że z jakiegoś powodu jest zmuszona do wykonywania poleceń drugiej osoby⁵².

W przypadku sprawstwa polecającego możliwa jest pełna odpowiedzialność obu współdziałających, przy czym wykonawca polecenia będzie odpowiadał jako sprawca pojedynczy (sprawca bezpośredni), a wydający polecenie jako sprawca polecający. Materialne przesłanki przesądzające, iż wydający polecenie jest traktowany jak sprawca, określone są poprzez połączenie ze sobą w znamionach sprawstwa polecającego elementu zainicjowania

⁴⁹ Por. P. Kardas [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 422.

⁵⁰ Por. P. Kardas, *Regulacja...*, s. 78.

⁵¹ Por. P. Kardas [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 424.

⁵² Por. P. Kardas, *Regulacja...*, s. 78–79.

akcji przestępczej przez wydającego polecenie oraz bardzo stanowczą formę polecenia i praktyczny brak możliwości odmowy jego wykonania przez osobę, do której polecenie zostało skierowane⁵³.

Konstrukcja sprawstwa polecającego jest jednym z ważniejszych możliwych prawnokarnych środków zwalczania zorganizowanych form przestępczości, pozwalających na przypisanie sprawstwa szefom szczególnie tych organizacji przestępczych, które cechuje dość wyraźna hierarchia, dyscyplina wewnętrzna i stosowanie własnych „sankcji” za niewypełnianie poleceń osób kierujących przestępczymi strukturami⁵⁴. Ta konstrukcja sprawstwa, polegająca przede wszystkim na istnieniu szczególnych związków między wydającym polecenie a jego wykonawcą, stwarza duże możliwości ścigania przestępstw popełnianych w ramach przestępczości zorganizowanej. Powinności dowodowe są bowiem w tym przypadku znacznie mniej rygorystycznie określone niż w przypadku sprawstwa kierowniczego, przede wszystkim dlatego, że nie jest wymagany związek zachowania wydającego polecenie z wypełnieniem przez poleceniobiorcę znamion czynu zabronionego, w tym sensie, że poleceniobiorca nie pozostaje pod władztwem wydającego polecenie w trakcie realizacji znamion. Konstrukcja sprawstwa polecającego dość dobrze pasuje do przypadków, w których inicjatywa popełnienia przestępstwa pochodzi od „szefa” organizacji, zaś wykonanie czynu zabronionego dokonuje się rękami „podwładnych”, czyli uzależnionych od szefa osób. Przesłanki odpowiedzialności za sprawstwo polecające wyraźnie korespondują więc z najczęstszymi wypadkami popełniania przestępstw przez tzw. żołnierzy ze zorganizowanych ugrupowań przestępczych⁵⁵. Zatem za obszar, w jakim konstrukcja sprawstwa polecającego może mieć w chwili obecnej największe zastosowanie, uznać należy właśnie sferę przestępczości zorganizowanej, gdzie poważna część przestępstw dokonywana jest przecież na polecenie „bossów” świata przestępczego, którzy stojąc na czele przestępczej organizacji, decydują o dokonaniu określonych czynów zabronionych, nie uczestnicząc przy tym bezpośrednio w akcji przestępczej, a nawet nią nie kierując⁵⁶.

Podsumowując rozważania dotyczące postaci sprawczego współdziałania, należy stwierdzić, iż normatywne ujęcie sprawstwa z art. 18 § 1 k.k. w postaci sprawstwa kierowniczego, a następnie polecającego, powoduje, że praktyczne wykorzystanie obu tych konstrukcji w zwalczaniu przestępczości organizo-

⁵³ Por. P. Kardas, *Regulacja...*, s. 78–79.

⁵⁴ Por. A. Michalska-Warias, *Przestępczość...*, s. 208.

⁵⁵ Por. P. Kardas, *Regulacja...*, s. 79.

⁵⁶ Por. M. Czyżak, *Sprawstwo...*, s. 39–44.

wanej znacznie się różni. W przypadku sprawstwa kierowniczego możliwości przypisania realizacji znamion tej formy współdziałania są w dużym stopniu ograniczone z uwagi na konieczność wykazania faktu panowania przez sprawcę kierowniczego nad osobą i zachowaniem sprawcy kierowanego przez cały czas trwania akcji przestępczej, co powoduje, że do rzadkości należeć będzie w praktyce stosowanie tej konstrukcji do kryminalizowania zachowań związanych z działalnością zorganizowanych grup i związków przestępczych. Mniejsze problemy w tym zakresie stawia konstrukcja sprawstwa polecającego, bowiem dla przypisania tej formy sprawczego współdziałania niezbędne jest jedynie udowodnienie istnienia stosunku zależności pomiędzy sprawcą polecającym a wykonawcą czynu oraz samego faktu wydania polecenia dokonania czynu zabronionego. Ustalenie takiej konfiguracji przesłanek powoduje, że konstrukcja sprawstwa polecającego posiada o wiele większą doniosłość praktyczną w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej⁵⁷.

5. Podżeganie i pomocnictwo (art. 18 § 2 i 3 k.k.)

Kodeks karny w art. 18 wśród zjawiskowych form popełnienia przestępstwa, oprócz form sprawczych, reguluje dwie postacie niesprawczego współdziałania w popełnieniu przestępstwa – podżeganie i pomocnictwo. Ustawodawca w części ogólnej kodeksu karnego w art. 18 § 2 i 3 określił podstawowy zespół znamion tych przestępstw, który musi być uzupełniony przez odwołanie do określonego typu czynu zabronionego z części szczególnej bądź z przepisu pozakodeksowego.

Regulując podstawy odpowiedzialności za podżeganie art. 18 § 2 k.k. stanowi, że odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba popełniła czyn zabroniony, nakłania ją do tego. Przepis art. 18 § 2 k.k. nie ma samodzielnego charakteru i wymaga w każdym przypadku uzupełnienia zawartego w nim opisu przez treść odpowiedniego przepisu części szczególnej lub przepisu pozakodeksowego, określającego zestaw znamion czynu zabronionego, do popełnienia którego podżegacz nakłania inną osobę⁵⁸. Znamiona podżegania charakteryzują się specyficzną dla tej postaci popełnienia przestępstwa czynnością wykonawczą, tj. nakłanianiem, a także przedmiotem nakłaniania, jakim jest konkretny typ czynu zabronionego, do popełnienia którego pod-

⁵⁷ Por. J. Skała, *Normatywne...* (cz. 2), s. 43–44.

⁵⁸ Por. P. Kardas, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 434.

żegacz chce nakłonić inną osobę oraz stroną podmiotową w postaci zamiaru bezpośredniego nakłaniającego, nakierowanego na wywołanie u innej osoby decyzji podjęcia określonego zachowania⁵⁹.

Znamień czynnościowe podżegania ujęte zostało jako „nakłanianie” innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, zatem sprowadza się do oddziaływania nakłaniającego na psychikę osoby nakłanianej (bezpośredniego wykonawcy) w celu skłonienia jej do określonego działania lub zaniechania. Określony w przepisie części szczególnej czyn zabroniony musi być uświadomiony przez podżegacza, nie musi zostać jednak w żadnym zakresie urzeczywistniony, bowiem dokonanie tego czynu przez nakłanianego pozostaje poza konstrukcją znamion podżegania. Podżeganie wymaga jedynie, oprócz samej czynności nakłaniania, wywołania określonego rezultatu w postaci nakłonienia innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, bez względu na to, czy dojdzie do realizacji tego czynu przez nakłanianego. Tym samym podżeganie zrealizowane zostanie, gdy doszło do wywołania u innej osoby zjawiska psychicznego w postaci decyzji popełnienia czynu zabronionego. Może to obejmować zarówno te wypadki, w których decyzja nakłanianego (bezpośredniego wykonawcy) tożsama jest z zamiarem popełnienia czynu zabronionego w rozumieniu art. 9 § 1 k.k., jak i te wypadki, gdy decyzja obejmuje popełnienie zachowania, którego normatywną charakterystykę nakłaniany jedynie przewiduje lub nawet jej nie przewiduje, lecz mógł ją przewidzieć (art. 9 § 2 k.k.). Oznacza to, że podżeganie możliwe jest zarówno w odniesieniu do przestępstw umyślnych, jak i przestępstw nieumyślnych⁶⁰. Dokonane podżeganie na gruncie polskiego kodeksu karnego wyczerpuje się w samej czynności nakłaniania i jest całkowicie niezależne od zachowania osoby nakłanianej, która nie musi podejmować żadnych czynności zmierzających do wypełnienia czynu objętego zamiarem nakłaniającego⁶¹.

Przedstawione zasady odpowiedzialności za podżeganie wskazują, że zakres tej postaci czynu zabronionego jest na gruncie polskiego kodeksu karnego bardzo szeroki. W klasycznych sytuacjach, pozostających poza sferą przestępczości zorganizowanej, bardzo szerokie ramy znamion podżegania powodują, że wiele z zachowań spełniających formalnie znamiona dokonanego podżegania, niepołączonego jednak nawet z usiłowaniem czynu zabronionego przez osobę nakłanianą, nie będzie ścigane ze względu na znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu podżegacza. Jednocześnie w przypadku prze-

⁵⁹ Por. P. Kardas, *Regulacja...*, s. 82.

⁶⁰ Por. P. Kardas, [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 436–439.

⁶¹ Zob. więcej: P. Kardas, *Regulacja...*, s. 84.

stępczości zorganizowanej ocena takich zachowań może być diametralnie inna, bowiem w tym obszarze bardzo szeroka konstrukcja podżegania stanowić może podstawę odpowiedzialności karnej, szczególnie w sytuacji, gdy przypisanie innego przestępstwa ze względu na braki dowodowe nie jest możliwe. Uniezależnienie odpowiedzialności za podżeganie, z jednej strony od odpowiedzialności nakłanianego, a z drugiej strony od stadium, jakie osiągnęło jego zachowanie oraz możliwość łączenia podżegania z nieumyślnym zachowaniem osoby nakłanianej powoduje, że konstrukcja ta może stanowić wyjątkowo użyteczny instrument w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej. Podżeganie stanowić może podstawę odpowiedzialności karnej w tych przypadkach, w których „szef” przestępczej struktury, poza samym niestanowczym skłanianiem „żołnierza” do popełnienia czynu zabronionego lub konkretnego zachowania, które jest obejmowane zamiarem nakłaniającego szefa, nie jest jednak obejmowane zamiarem nakłanianego, nie czyni samodzielnie nic, co mogłoby stanowić podstawę jego odpowiedzialności karnej⁶². Trudności w zdobywaniu materiału dowodowego obciążającego szefów organizacji przestępczych często ograniczać będą pole działania organu procesowego do przypisania wyłącznie podżegania w konfiguracji z różnymi przepisami części szczególnej kodeksu karnego⁶³.

Drugą postacią niesprawczego współdziałania w popełnieniu czynu zabronionego jest pomocnictwo uregulowane w art. 18 § 3 k.k., za które odpowiada ten, kto w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie, w szczególności dostarczając narzędzie, środek przewozu, udzielając rady lub informacji, a także ten, kto wbrew prawnemu, szczególnemu obowiązкови niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego swoim zaniechaniem ułatwia innej osobie jego popełnienie. Pomocnictwo stanowi na gruncie kodeksu karnego odrębną formę czynu zabronionego, której znamiona określone zostały w dwóch przepisach, mianowicie w art. 18 § 3 k.k. oraz w odpowiednim przepisie części szczególnej lub przepisie pozakodeksowym przewidującym czyn zabroniony, którego popełnienie przez inną osobę ułatwia zachowanie pomocnika⁶⁴.

Znamię czynnościowe pomocnictwa ujęte zostało jako „ułatwienie” innej osobie popełnienia czynu zabronionego, uzupełnione przykładowym wyliczeniem czynności pomocniczych, przy czym za realizację znamion pomocnictwa

⁶² Por. P. Kardas, *Regulacja...*, s. 85–86.

⁶³ Por. J. Skała, *Normatywne mechanizmy zwalczania przestępczości zorganizowanej w świetle przepisów kodeksu karnego*, cz. 1, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 7–8, s. 72.

⁶⁴ Por. P. Kardas [w:] W. Wróbel, A. Zoll (red.), *Kodeks...*, s. 454.

można uznać też czynności niewymienione w art. 18 § 3 k.k., które stanowią ułatwienie innej osobie popełnienia czynu zabronionego. Określający znamiona pomocnictwa art. 18 § 3 k.k. wyodrębnia dwie jego formy: pomocnictwo z działania i pomocnictwo przez zaniechanie⁶⁵.

Charakter wymienionych przykładowo czynności ułatwiania w przypadku pomocnictwa z działania pozwala wyróżnić dwie jego odmiany: pomocnictwo fizyczne oraz pomocnictwo psychiczne. Pomocnictwo fizyczne scharakteryzowane zostało jako dostarczenie narzędzia lub środka przewozu, przy czym w przypadku tego rodzaju pomocnictwa nie jest konieczny bezpośredni kontakt ułatwiającego z bezpośrednim wykonawcą czynu bądź istnienie między nimi porozumienia. Możliwe jest ułatwienie poprzez dostarczenie narzędzia lub środka przewozu bez świadomości bezpośredniego wykonawcy, że przedmioty te dostarczone zostały przez pomocnika. Dostarczenie oznacza wszelką formę przekazania, udostępnienia narzędzia lub środka przewozu. Z kolei pomocnictwo psychiczne określone zostało jako udzielanie informacji lub rady, przy czym, w przeciwieństwie do pomocnictwa fizycznego, pomoc psychiczna nie jest możliwa przy braku świadomości bezpośredniego wykonawcy⁶⁶.

Pomocnictwo przez zaniechanie w zakresie ustawowych przesłanek odpowiedzialności istotnie różni się od konstrukcji pomocnictwa z działania. Podstawę odpowiedzialności stanowi tutaj nieprzeszkodzenie popełnieniu przez inną osobę czynu zabronionego, pomimo ciążącego na niepodejmującym określonych działań prawnego, szczególnego obowiązku niedopuszczenia do popełnienia tego czynu. Między zaniechaniem osoby, na której ciążył szczególnie obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego, a zachowaniem bezpośredniego wykonawcy musi istnieć szczególna więź przesądzająca, że zaniechanie stanowiło obiektywne ułatwienie popełnienia czynu zabronionego⁶⁷.

Zachowanie bezpośredniego wykonawcy w przypadku obu form pomocnictwa nie stanowi elementu jego znamion. Pomocnictwo opisuje jedynie czynność lub zaniechanie obejmujące zachowanie polegające na ułatwieniu innej osobie popełnienia czynu zabronionego. Natomiast dla realizacji znamion pomocnictwa, podobnie jak w przypadku podżegania, nie jest konieczne popełnienie czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę. O dokonaniu pomocnictwa decyduje jedynie wypełnienie przez pomocnika właściwych dla tej postaci znamion czynnościowych, czyli ułatwienie innej osobie przez działanie lub zaniechanie popełnienia czynu zabronionego. Zarazem dla odpowiedzial-

⁶⁵ Por. tamże..., s. 456.

⁶⁶ Por. tamże..., s. 457–458.

⁶⁷ Por. tamże..., s. 459–460.

ności za pomocnictwo konieczne jest wywołanie przez zachowanie pomocnika rezultatu w postaci zmiany sytuacyjnej, przejawiającej się stworzeniem warunków, w jakich popełnienie czynu zabronionego przez inną osobę będzie łatwiejsze niż w sytuacji, gdyby pomocnik nie zrealizował swojego zachowania. Zatem ma to być takie zachowanie pomocnika, które obiektywnie ułatwia popełnienie czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę⁶⁸.

Strona podmiotowa pomocnictwa charakteryzuje się zamiarem, aby inna osoba popełniła czyn zabroniony, przy czym może to być zarówno zamiar bezpośredni, jak i zamiar ewentualny. Udzielający pomocy musi obejmować swoją świadomością to, że podejmując określone czynności lub nie wykonując ciążącego na nim obowiązku niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego, ułatwia w ten sposób innej osobie jego popełnienie oraz musi obejmować świadomością, że czyni to w odniesieniu do konkretnego, scharakteryzowanego w odpowiednim przepisie części szczególnej lub przepisie pozakodeksowym czynu zabronionego oraz w odniesieniu do indywidualnie oznaczonej osoby bezpośredniego wykonawcy. Należy podkreślić, że strona podmiotowa pomocnictwa odniesiona jest wyłącznie do przedmiotowych elementów znamion czynu zabronionego, natomiast w żadnym zakresie umyślność nie dotyczy świadomości i woli osoby, której pomocnik ułatwia popełnienie czynu zabronionego, czyli bezpośredniego wykonawcy⁶⁹.

Pomocnictwo, jako postać zjawiskowa popełniania przestępstw, może występować na gruncie każdego z typów czynów zabronionych występujących w części szczególnej kodeksu karnego. Rozważając problem pomocnictwa w odniesieniu do przestępczości zorganizowanej, należy podkreślić, że w praktyce nie zawsze może być łatwe odróżnienie pomocnika do konkretnego przestępstwa od uczestnika zorganizowanej struktury przestępczej. Pewne zachowania mogą wywoływać trudności w ocenie i ustaleniu, czy czynności podejmowane przez sprawcę stanowiły przestępstwo z art. 258 § 1 k.k., były więc też samym udziałem w zorganizowanej grupie lub związku przestępczym, czy też były one jedynie pomocnictwem do konkretnego przestępstwa popełnianego przez członków grupy lub związku. Innymi słowy, w niektórych sytuacjach trudne może okazać się odróżnienie od siebie aktywności przestępczej świadczącej o popełnieniu czynu z art. 258 § 1 k.k. w formie sprawstwa od zachowań stanowiących przejaw ułatwiania członkom przestępczych struktur popełniania w ich ramach przestępstwa, zwłaszcza gdy chodzi

⁶⁸ Por. tamże..., s. 461–462.

⁶⁹ Por. tamże..., s. 465–467.

o zorganizowaną grupę lub związek przestępczy mających na celu popełnienie tylko jednego przestępstwa, a takie grupy i związki w obowiązującym stanie prawnym mogą istnieć⁷⁰. Ta sama czynność, przykładowo dostarczenie środka transportu dla członków zorganizowanej grupy lub związku, właśnie w zależności od okoliczności konkretnego stanu faktycznego i zamiaru sprawcy, może świadczyć o przestępstwie z art. 258 § 1 k.k. lub pomocnictwie do przestępstwa popełnionego w ramach zorganizowanej grupy lub związku przestępczego, o których mowa w tym przepisie. Możliwa jest bowiem sytuacja, że dana osoba ułatwia popełnienie przestępstwa określonego celami zorganizowanej grupy bądź związku przestępczego oraz ma świadomość albo przewiduje możliwość i się z tym godzi, że pomaga tym samym tej grupie lub związkowi.

Wydaje się, iż w takiej sytuacji dana osoba popełnia dwa pozostające w zbiegu realnym przestępstwa, a mianowicie przestępstwo brania udziału w grupie lub związku, czyli przestępstwo z art. 258 § 1 k.k. oraz przestępstwo pomocnictwa do przestępstwa będącego celem tej grupy lub związku. Wynika to z szerokiego rozumienia znamienia czasownikowego „brania udziału”, bowiem biorącym udział jest nie tylko członek *sensu stricto* takiej grupy bądź związku, który popełnia będące ich celem przestępstwa. „Branie udziału” to pojęcie szersze, obejmujące sytuacje, jakie na gruncie innych przepisów części szczególnej kodeksu karnego uznane byłyby za pomocnictwo. Zarzut z art. 258 § 1 k.k. można postawić osobom, które niekoniecznie uważają siebie za uczestników grupy bądź związku, a ich rola sprowadza się jedynie do pomagania w popełnianiu konkretnych przestępstw przez członków grupy czy też związku, co jednak jest wyrazem „brania udziału” w takiej przestępczej strukturze⁷¹.

Podsumowując powyższe, wydaje się, iż konstrukcja pomocnictwa może być użytecznym narzędziem w zwalczaniu przestępczości zorganizowanej. Dotyczy to zwłaszcza sytuacji, gdy osoby należące do przestępczych ugrupowań nie uczestniczą bezpośrednio w popełnieniu przestępstwa lub przestępstw będących ich celem, a jedynie np. dostarczają narzędzia, środki przewozu, udzielają rady lub informacji, co ułatwia popełnienie zamierzonych przez grupę bądź związek przestępstw. Wówczas obok zarzutu sprawstwa przestępstwa z art. 258 § 1 k.k. będzie można im postawić zarzut pomocnictwa do konkretnego przestępstwa popełnionego przez grupę lub związek, w którego

⁷⁰ Art. 258 § 1 k.k. posługuje się pojęciem „zorganizowanej grupy albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa lub przestępstwa skarbowego”, obejmuje więc karalnością także zorganizowane grupy oraz związki mające na celu popełnienie tylko jednego przestępstwa.

⁷¹ Por. B. Gadecki, *Branie udziału w zorganizowanej grupie przestępczej (art. 258 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3, s. 77–80.

dokonaniu osoby te bezpośrednio nie brały udziału. Dzięki konstrukcji pomocnictwa członkowie zorganizowanych grup i związków przestępczych nie pozostaną bezkarni za czyny, których wprowadzić własnoręcznie nie dokonali, ale które popełnione zostały przez zorganizowaną zbiorowość, do której przynależą, i których popełnienie w jakiś sposób osoby te ułatwiły. Może to mieć jeszcze większe znaczenie w sytuacji, gdy udowodnienie realizacji znamion przestępstwa z art. 258 § 1 k.k. jest utrudnione, a możliwe jest przypisanie przynajmniej odpowiedzialności karnej za pomocnictwo do konkretnego przestępstwa popełnionego przez zorganizowaną zbiorowość ludzi.

6. Wnioski

W części ogólnej kodeksu karnego znaleźć można cały szereg rozwiązań, które nie tyle wprost z woli ustawodawcy, co ze względu na swoją naturę mogą być szczególnie przydatne w reagowaniu na przestępczość zorganizowaną.

Przewidziane przez ustawodawcę przypadki karalnego przygotowania, szczególnie w tej jego formie, która polega na wejściu przez sprawców w porozumienie co do podjęcia działalności zmierzającej bezpośrednio ku dokonaniu czynu zabronionego, stwarzają szansę na zatrzymanie i ukaranie zbiorowej aktywności przestępczej zanim sprawcy swoim zachowaniem zdołają spowodować poważne naruszenie dóbr chronionych prawem.

Niezwykle istotne w procesie reagowania przez wymiar sprawiedliwości na ujawnione już przypadki istnienia zorganizowanych struktur przestępczych mogą być też przewidziane w art. 18 k.k. formy zarówno sprawczego jak i nie-sprawczego współdziałania w popełnieniu czynu zabronionego. Szczególną rolę pełnią przede wszystkim konstrukcje sprawstwa kierowniczego i polecającego, których zasadniczą funkcją z punktu widzenia omawianej w niniejszym artykule problematyki jest stwarzana przez nie możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej i nazwania sprawcami osób kierujących wykonaniem czynów zabronionych lub wydających w przestępczych strukturach wiążące polecenia dokonania takich czynów. O ile jednak konstrukcja sprawstwa kierowniczego może stwarzać w praktyce dość istotne problemy dowodowe z uwagi na fakt, iż wymagane jest wykazanie faktycznego panowania przez sprawcę kierowniczego nad osobą i zachowaniem sprawcy kierowanego przez cały przebieg akcji przestępczej, o tyle możliwość skutecznego stosowania w praktyce do „szefów” zorganizowanych struktur przestępczych konstrukcji sprawstwa polecającego pozostaje właściwie niekwestionowana.

Bibliografia

Akty prawne

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. 2022 r. poz. 1138, ze zm.

Orzecznictwo

- Wyrok SA z 30 maja 1975 r., Rw 204/75, Legalis 18799.
Wyrok SA w Poznaniu z 25 marca 1999 r., II AKa 45/99, Legalis 46559.
Wyrok SA w Krakowie z 19 grudnia 2003 r., II AKa 257/03, Legalis 69896.
Wyrok SN z 22 maja 2007 r., WA 15/07, Legalis 139933.
Wyrok SN z 20 stycznia 2011 r. II KK 330/10, Legalis 509913.
Wyrok SN z 13 listopada 2013 r. II KK 170/13, Legalis 740125.
Wyrok SA w Gdańsku z 4 października 2012 r., II AKa 134/12, Legalis 746853.
Wyrok SA w Białymstoku z 4 lutego 2013 r., II AKa 246/12, Legalis 998829.
Wyrok SA w Gdańsku z 21 lutego 2013 r., II AKa 18/13, Legalis 1241730.
Wyrok SA w Łodzi z 12 czerwca 2013 r., II AKa 87/13, Legalis 924792.
Wyrok SA w Rzeszowie z 16 lipca 2013 r., II AKa 58/13, Legalis 1080103.
Wyrok SA w Białymstoku z 30 września 2013 r., II AKa 95/13, Legalis 998820.
Wyrok SA w Warszawie z 18 października 2013 r., II AKa 305/13, Legalis 1049087.
Wyrok SA we Wrocławiu z 26 listopada 2013 r., II AKa 362/13, Legalis 776109.
Wyrok SA we Wrocławiu z 12 czerwca 2014 r., II AKa 48/14, Legalis 1049718.
Wyrok SA we Wrocławiu z 5 lutego 2015 r., II AKa 2/15, Legalis 1213462.

Publikacje

- Bojarski M. (red.), *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, LexisNexis, Warszawa 2007.
Bojarski T. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
Bojarski T., *Odpowiedzialność karna za niektóre formy przestępczości zorganizowanej* [w:] A. Jakubecki, A. Korybski, J. Kostrubiec, M. Kuryłowicz, J. Mojak, R. Mojak, I. Nowikowski, M. Stefaniuk (red.), „*Studia Iuridica Lublinensia*” Lublin 2003, t. 1, s. 11–24.
Bryła M., *Porozumienie, zorganizowana grupa, związek przestępczy jako formy organizacyjne przestępczości zorganizowanej*, „*Prokuratura i Prawo*” 2000, nr 3, s. 24–39.
Czyżak M., *Sprawstwo polecające w zorganizowanej strukturze przestępczej*, „*Prokuratura i Prawo*” 2004, nr 6, 30–45.

- Filar M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Filipkowski W., *Przestępczość zorganizowana – ujęcie prawne i kryminologiczne*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 12, s. 57–75.
- Gaberle A., *Przestępczość grupowa w Polsce jako zjawisko kryminologiczne i prawnokarne*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 1998, nr 1–2, s. 75–86.
- Gadecki B., *Branie udziału w zorganizowanej grupie przestępczej (art. 258 k.k.)*, „Prokuratura i Prawo” 2008, nr 3, s. 68–81.
- Gardocki L., *Najnowsze zmiany w Kodeksie karnym*, „Monitor Prawniczy” 1995, nr 12, s. 353–357.
- Gardocki L., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2004.
- Góral R., *Kodeks karny. Praktyczny komentarz*, Wydawnictwo Zrzeszenia Prawników Polskich, Warszawa 2007.
- Kardas P., *Regulacja współdziałania przestępczego jako podstawa zwalczania przestępczości zorganizowanej*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 10, s. 64–89.
- Klepner M., *Pojęcie „zorganizowanej grupy” i „związku przestępczego” w świetle polskiego prawa i orzecznictwa*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych 2000”, nr 2, 45–67.
- Kunze E., *Przygotowanie przestępstwa w ujęciu polskiego prawa karnego*, Wydawnictwo UAM, Poznań 1991.
- Marek A., *Prawo karne*, C.H. Beck, Warszawa 2009.
- Michalska-Warias A., *Przestępczość zorganizowana i prawnokarne formy jej przeciwdziałania*, Verba, Lublin 2006.
- Nowicka I., Enerlich M., *Związek przestępczy lub grupa zorganizowana*, „Jurysta” 1996, nr 4, s. 22–24.
- Rejman G. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 1999.
- Skała J., *Normatywne mechanizmy zwalczania przestępczości zorganizowanej w świetle przepisów kodeksu karnego*, cz. 1, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 7–8, s. 53–76.
- Skała J., *Normatywne mechanizmy zwalczania przestępczości zorganizowanej w świetle przepisów kodeksu karnego*, cz. 2, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 9, s. 35–60.
- Wąsek A., *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Wydawnictwo Prawnicze, Warszawa 1977.
- Wąsek A., *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1 (art. 1–31), Arche, Gdańsk 1999.
- Wąsek A., Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2. *Komentarz do artykułów 222–316*, t. 2, C.H. Beck, Warszawa 2010.

- Wojciechowski J., *Kodeks karny. Komentarz. Orzecznictwo*, Librata, Warszawa 2002.
- Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna*, t. 1. *Komentarz do art. 1–52*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Wróbel W., Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna*, t. 2. *Komentarz do art. 212–277d*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Znak, Kraków 2010.
- Zawłocki R., *Przestępczość zorganizowana w ujęciu materialnoprawnym*, [w:] Wiliński P. (red.), *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. 2, Wydawnictwo UAM, Poznań 2005, s. 17–28.
- Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, t. 1. *Komentarz do art. 1–116 k.k.*, Wolters Kluwer, Warszawa 2007.



Kamil Łakomy

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

ORCID: 0000-0003-0997-2618

kamlak@amu.edu.pl

Odpowiedzialność karna i dyscyplinarna nauczyciela akademickiego za ten sam czyn. Rozważania na temat zbiegu odpowiedzialności penalnej nauczyciela akademickiego

Criminal and disciplinary liability of academic teachers for a single act:
Considerations on the concurrence of penal liability of academic teachers

Abstract: The aim of the article is to analyse the theoretical basis for resolving the concurrence of criminal and disciplinary liability of an academic teacher for a single act. In the absence of an explicit resolution of this issue by the legislature, the research problem is whether imposing criminal liability on an academic teacher for a given act excludes disciplinary liability. The analysis was carried out based on the systemic justification for introducing disciplinary liability and the theoretical legal concepts of resolving concurrent penal liability for a single act. The conclusions indicate that criminal and disciplinary responsibility pursue qualitatively different goals; thus, it is reasonable to assume that they are independent in this area.

Keywords: criminal liability, disciplinary liability, concurrence of liability, university teacher, higher education

Abstrakt: Przedmiotem artykułu jest analiza teoretycznych podstaw rozstrzygnięcia zbiegu odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej nauczyciela akademickiego za ten sam czyn. Wobec braku jednoznacznego rozstrzygnięcia tej kwestii przez ustawodawcę problemem badawczym jest pytanie o to, czy wymierzenie odpowiedzialności karnej nauczycielowi akademickiemu za dany czyn wyłącza odpowiedzialność zawodową. Rozważania przeprowadzone zostały w oparciu o systemowe uzasadnienie wprowadzenia odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz teoretyczno-prawne koncepcje rozstrzygnięcia jednoczynowego zbiegu odpowiedzialności penalnej. Wnioski analizy wskazują, że odpowiedzialność karna i dyscyplinarna realizują jakościowo inne cele, wobec czego zasadne jest przyjęcie tezy o ich niezależności w analizowanym obszarze.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność karna, odpowiedzialność dyscyplinarna, zbieg odpowiedzialności, nauczyciel akademicki, szkolnictwo wyższe

1. Wprowadzenie

Popełnienie przez nauczyciela akademickiego¹ czynu, który wypełnia znamiona typu czynu zabronionego może wiązać się z przypisaniem odpowiedzialności karnej na zasadach określonych w Kodeksie karnym². Nietrudno wyobrazić sobie jednak sytuację, w której to samo zachowanie nauczyciela akademickiego może podlegać ujemnej ocenie nie tylko z perspektywy prawa karnego *sensu stricto*, lecz także innego rodzaju reżimu odpowiedzialności penalnej³,

¹ Zgodnie z art. 112 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (dalej jako: PSWiN), t.j. Dz.U. 2022, poz. 574, ze zm. nauczyciel akademicki jest pracownikiem uczelni. Z kolei art. 113 PSWiN stanowi, że nauczycielem akademickim może być osoba, która posiada kwalifikacje określone w ustawie i statucie uczelni, nie została ukarana karą dyscyplinarną, o której mowa w art. 276 ust. 1 pkt 7 i 8 PSWiN i spełnia wymagania określone w ustawie (m.in. w art. 20 PSWiN).

² Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. 2021, poz. 2345, ze zm.

³ Na potrzeby niniejszej pracy przez prawo penalne należy rozumieć nie tylko normy prawnokarne przewidujące odpowiedzialność za czyny zabronione pod groźbą kary, bezprawne, zawinione oraz społecznie szkodliwe (występujące np. w kodeksie karnym, czy też w kodeksie wykroczeń), wymierzaną w postępowaniu sądowym, ale także normy prawne, których celem głównym lub ubocznym jest wymierzenie dolegliwości (represji) w postępowaniu pozasądowym przez umocowany do tego organ. W odniesieniu do odpowiedzialności dyscyplinarnej wypada wskazać, że jej przypisanie następuje w związku z przekroczeniem zasad deontologii zawodowej, zaś celem – oprócz funkcji represyjnej – jest zapewnienie prawidłowego wykonywania zasad publicznych przez właściwe organizacje. Zob. L. Dziewięcka-Bokun, *Sankcja prawna w prawie administracyjnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Przegląd Prawa i Administracji. Prawo” 1972, nr 169, s. 46; R. Giętkowski,

prowadzącej do wymierzenia określonej prawem dolegliwości, jaką jest odpowiedzialność dyscyplinarna. Zgodnie bowiem z art. 275 ust. 1 PSWiN nauczyciel akademicki podlega odpowiedzialności za przewinienie dyscyplinarne stanowiące czyn uchybiający obowiązkom nauczyciela akademickiego lub godności zawodu nauczyciela akademickiego. Przykładem zachowania, które wypełnia jednocześnie znamiona przewinienia dyscyplinarnego, jak i znamiona czynu zabronionego, jest przestępstwo określane mianem plagiatu. Czyn ten, polegający na przywłaszczeniu sobie autorstwa albo wprowadzeniu w błąd co do autorstwa całości lub części cudzego utworu albo artystycznego wykonania, stanowi bowiem przestępstwo z art. 115 ust. 1 ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych⁴, jak i przewinienie dyscyplinarne nauczyciela akademickiego, o którym mowa w art. 287 ust. 2 pkt 1 PSWiN.

W związku z powyższym postawić należy pytanie, w jaki sposób kształtuje się problematyka zbiegu podstaw odpowiedzialności penalnej (represyjnej) wobec nauczyciela akademickiego, którego czyn wypełnia jednocześnie znamiona przestępstwa i deliktu zawodowego. Innymi słowy, celem niniejszego opracowania będzie próba uzasadnienia tego, że przypisanie odpowiedzialności karnej nauczycielowi akademickiemu w wyżej opisanych warunkach nie wyłącza możliwości pociągnięcia tegoż do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Pozytywna weryfikacja tak postawionej tezy wymaga jednak bliższego przeanalizowania podstaw systemowych oraz teoretyczno-prawnych w zakresie problematyki zbiegu analizowanych reżimów odpowiedzialności prawnej. W szczególności istotne będzie wskazanie, że jednocześnie poniesienie konsekwencji prawnych na gruncie prawa karnego, jak i odpowiedzialności zawodowej, uzasadnione jest odmiennymi celami, jakie realizują oba reżimy odpowiedzialności penalnej. Rozważania przeprowadzone w relewantnym zakresie będą oparte na wykładni przepisów regulujących zasady ponoszenia odpowiedzialności dyscyplinarnej przez nauczycieli akademickich oraz teoretyczno-prawne rozważania dotyczące wielości ocen prawnych w przypadku naruszenia jednym czynem wielu norm

Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim, edu-Libri, Gdańsk 2013, s. 61; I. Grochowalska, *Odpowiedzialność dyscyplinarna i porządkowa*, [w:] J. Borkowska (red.), *Odpowiedzialność urzędnika administracji publicznej. Odpowiedzialność majątkowa, służbowa, cywilnoprawna i karna*, C.H. Beck, Warszawa 2012, s. 77; W. Koziulewicz, *Stosowanie prawa karnego materialnego i procesowego w postępowaniu dyscyplinarnym w sprawach sędziów (zarys problematyki)*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrzętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2005, s. 456.

⁴ Zgodnie z tą normą sankcjonowaną ten, kto przywłaszcza sobie autorstwo albo wprowadza w błąd co do autorstwa całości lub części cudzego utworu, albo artystycznego wykonania, podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 3. Zob. Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1062, ze zm.

sankcjonowanych prawa penalnego. Jednocześnie zasygnalizować należy, że istotnym odniesieniem do przeprowadzonej analizy z metodologicznego punktu widzenia będzie uzasadnienie systemowe obowiązywania odpowiedzialności dyscyplinarnej w polskim porządku prawnym.

2. Zbieg odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej nauczyciela akademickiego na gruncie przepisów ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce

Szczegółowe rozstrzygnięcie problemu badawczego zasygnalizowanego we wprowadzeniu rozpocząć należy od analizy przepisów statuujących odpowiedzialność dyscyplinarną nauczycieli akademickich mających znaczenie dla kwestii jednoczynowego zbiegu naruszonych norm sankcjonowanych. Art. 275 ust. 2 PSWiN wskazuje w tym zakresie jedynie, że odpowiedzialność dyscyplinarna nauczycieli akademickich nie wyłącza możliwości wymierzenia negatywnych konsekwencji prawnych na gruncie dyscyplinarnym lub zawodowym, jeżeli przewidują to odrębne przepisy⁵. Norma dekodowana z tego przepisu odnosi się zatem wyłącznie do podstaw rozstrzygnięcia zbiegu odpowiedzialności dyscyplinarnej lub dyscyplinarnej i zawodowej za ten sam czyn nauczyciela akademickiego. Tym samym nie rozstrzyga ona kwestii zbiegu odpowiedzialności dyscyplinarnej z odpowiedzialnością karną lub odpowiedzialnością za wykroczenia.

Brak jednoznacznego uregulowania przedmiotowej kwestii na gruncie ustawy PSWiN nie ma charakteru kompleksowego. Mianowicie w odniesieniu do studentów w art. 314 ust. 2 PSWiN ustawodawca wprost przewidział, że wymierzenie odpowiedzialności karnej za przestępstwo lub za wykroczenie nie stanowi przeszkody do wszczęcia odpowiedzialności dyscyplinarnej za ten sam czyn⁶. Tym samym można przyjąć, że w stosunku do studentów odpowiedzialność karna oraz dyscyplinarna mają charakter niezależny⁷. Mając to na względzie, stwierdzić wypada, iż ustawodawca nie rozstrzyga jednolicie

⁵ Podobnie kwestia ta została uregulowana na gruncie uprzednio obowiązującej ustawy z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym, Dz.U. 2005 Nr 164, poz. 1365, w art. 139 ust. 2. Zatem z punktu widzenia wykładni historycznej nie sposób jednoznacznie przesądzić, że w tym zakresie nastąpiła stosowna zmiana normatywna.

⁶ R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna studentów. Omówienie, przepisy, wzory pism*, edu-Libri, Kraków–Legionowo 2021, s. 18–19.

⁷ Tamże. Zob. także P. Wojciechowski, *Komentarz do art. 314*, [w:] J. Woźnicki (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.

problematyki zbiegu odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej na gruncie przywołanej ustawy. *Prima facie* wydawać się może, że przywołane rozbieżności w regulacji odpowiedzialności nauczycieli akademickich oraz studentów mogą prowadzić do wniosku o innych rozwiązaniach przyjętych w tym obszarze przez ustawodawcę.

Niemniej jednak analizowane zagadnienie jest o wiele bardziej złożone. Nie sposób uznać, że odwołanie do jednoznacznego uregulowania w art. 314 ust. 2 PSWiN, wsparte wnioskowaniem *a contrario*, stanowić powinno podstawę do przyjęcia określonych zasad jednoczynowego zbiegu przestępstwa z przewinieniem dyscyplinarnym nauczyciela akademickiego. W szczególności nie sposób przyjąć, iż brak precyzyjnego uregulowania stanowi podstawę do uznania, że ustawodawca unormował analizowane zagadnienie w sposób odmienny niż w przypadku odpowiedzialności prawnej studentów. Problematyka ta wymaga bowiem szerszej analizy zarówno teoretycznych podstaw koncepcji jedności lub wielości ocen tożsamego zachowania z punktu widzenia wielu norm sankcjonowanych, prowadzących do wymierzenia odpowiedzialności o charakterze penalnym, jak również zarysowania celów, jakie w systemie prawnym pełni odpowiedzialność dyscyplinarna nauczycieli akademickich w odróżnieniu do odpowiedzialności karnej.

Twierdzenie to jest tym bardziej zasadne, jeżeli weźmie się pod uwagę fakt różnorodnych rozwiązań normatywnych w tym zakresie, które zostały wprowadzone przez ustawodawcę do zasad wymierzenia odpowiedzialności dyscyplinarnej różnych grup zawodowych. Na marginesie wypada zasygnalizować, że na niezależność oraz równoległość odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej względem siebie wskazuje analiza wielu aktów prawnych⁸. I choć z reguły ustawodawca przesądza o nieakcesoryjności i autonomiczności tych reżimów, to jednak w systemie prawnym obowiązują także rozwiązania odmiennie. Jest tak między innymi na gruncie art. 8 ust. 2 ustawy – Prawo o adwokaturze⁹, który stanowi, że w przypadku, gdy czyn adwokata popełniony w ramach wykonywania obowiązków służbowych, wypełnia znamiona przestępstwa zniesławienia lub zniewagi, to odpowiada on wyłącznie za przewinienie dyscyplinarne¹⁰. Tym samym dostrzec można niejednolity sposób rozstrzygania omawianej kwestii,

⁸ D. Bek, J. Hanc, A. Jaworska-Wieloch, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w systemie polskiego prawa represyjnego*, Poltext, Warszawa 2019, s. 299–305.

⁹ Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, t.j. Dz.U. 2022, poz. 1184, ze zm.

¹⁰ D. Bek, J. Hanc, A. Jaworska-Wieloch, *Odpowiedzialność...*, tamże.

co wobec milczenia ustawodawcy w przedmiotowym zakresie uzasadnia przeprowadzenie szczegółowej analizy¹¹.

3. Problematyka jednoczynowego zbiegu odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej nauczyciela akademickiego jako kwestia zbiegu podstaw do wymierzenia odpowiedzialności penalnej

Chociaż bardziej szczegółowe rozważania na temat charakteru odpowiedzialności dyscyplinarnej nie są niezbędne dla poniższej analizy, konieczne wydaje się zasygnalizowanie, że jednym z celów postępowania dyscyplinarnego jest wymierzenie określonej prawem dolegliwości¹². Konsekwencje ponoszone przez przedstawiciela grupy zawodowej, wobec którego wymierzana jest odpowiedzialność dyscyplinarna, winny być odczuwalne w szczególności w obszarze funkcjonowania w ramach danej grupy zawodowej. Niemniej jednak stwierdzić wypada, że odpowiedzialność dyscyplinarna prowadzi do wymierzenia określonej represji. Niewątpliwie jest to odpowiedzialność, która ma charakter niezależny i samoistny. W istocie jej wymierzenie odbywa się co do zasady na drodze pozasądowej, niekiedy z możliwością pewnej kontroli sądowej. Jednocześnie, pomimo złożonego charakteru, jest ona zbliżona do

¹¹ Warto w tym miejscu odnotować, że art. 278 ust. 7 PSWiN wskazuje, że komisje dyscyplinarne są związane wyłącznie skazującym wyrokiem sądu oraz opinią do spraw etyki w nauce PAN. Niemniej jednak, przywołany brak samodzielności w kontekście wyroku skazującego odnosi się wyłącznie do faktu stwierdzenia popełnienia przestępstwa, nie przesądzając przy tym jednoznacznie kwestii odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczyciela akademickiego. W doktrynie podnosi się wprawdzie, że nauczycielem akademickim może być osoba, która nie była skazana prawomocnym wyrokiem karnym za umyślne przestępstwo lub umyślne przestępstwo skarbowe (art. 113 pkt 3 w zw. z art. 20 ust. 1 pkt 3 PSWiN), co każdorazowo w takiej sytuacji prowadzi do konieczności wyłączenia sprawcy takiego przestępstwa z możliwości wykonywania zawodu. Wydaje się, że przywołana regulacja nie rozwiązuje omawianej kwestii w sposób jednoznaczny, albowiem poza zakresem jej normowania pozostaje kwestia wymierzenia odpowiedzialności dyscyplinarnej w przypadku jej jednoczynowego zbiegu z przestępstwem nieumyślnym. Por. D. Bek, J. Hanc, A. Jaworska-Wieloch, *Odpowiedzialność...*, s. 303.

¹² Zob. P. Józwiak, *Wstęp do rozważań na temat aksjomatycznej podstawy zbiegu przestępstw i deliktów dyscyplinarnych w służbach mundurowych*, [w:] P. Józwiak, K. Opaliński (red.), *Zbieg odpowiedzialności dyscyplinarnej z innego rodzaju odpowiedzialnością o charakterze represyjnym w służbach mundurowych*, Piła 2014, s. 97 i n.; tenże, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w sporcie*, Wydawnictwo Szkoły Policji w Pile, Poznań 2014, s. 252–260; T. Sroka, *Przestępstwo jako przewinienie dyscyplinarne w perspektywie celów postępowania dyscyplinarnego wobec studentów*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 1, s. 138–140; por. R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 89 i n.

odpowiedzialności penalnej¹³. Twierdzenie to wspiera między innymi fakt, że w odniesieniu do odpowiedzialności dyscyplinarnej wielu grup zawodowych ustawodawca nakazuje odpowiednie stosowanie przepisów kodeksu karnego czy też kodeksu postępowania karnego.

Jednakże rozstrzygnięcie kwestii relacji, w jakiej pozostają między sobą przestępstwo oraz przewinienie dyscyplinarne, nie jest oczywiste, w szczególności wobec braku jednoznacznego uregulowania przedmiotowej kwestii na gruncie odpowiedzialności nauczyciela akademickiego. W każdym razie analiza tego zagadnienia z uwagi na systemową bliskość odpowiedzialności dyscyplinarnej i karnej wymaga odwołania się do podstaw rozstrzygania jednoczynowego zbiegu norm sankcjonowanych, obowiązujących na tle systemu prawa karnego.

Niewątpliwie jako słuszne jawi się stwierdzenie, że polski system prawny nie przewiduje jednolitych zasad rozstrzygania zbiegu różnego rodzaju reżimów odpowiedzialności polegającej na wymierzeniu dolegliwości. Wobec tego rozważania dotyczące teoretyczno-prawnych ram analizowanego zagadnienia sprowadzić należy do problematyki określanej w prawie karnym mianem teorii jedności lub wielości przestępstw¹⁴. Zgodnie z teorią jedności, wysłowioną w art. 11 § 2 k.k., ten sam czyn może stanowić tylko jedno przestępstwo. Oznacza to, że na gruncie odpowiedzialności karnej *sensu stricto* wielość wartościowań tego samego zachowania sprawcy nie może doprowadzić do przypisania mu wielości odpowiedzialności prawnej na płaszczyźnie prawa karnego, a zatem wielości przestępstw. Innymi słowy, jeżeli ten sam czyn odzwierciedla wzorce normatywne czynów zabronionych, wyrażone w większej niż jedna liczbie norm sankcjonowanych, to z uwagi na treść art. 11 § 2 k.k. nie dojdzie do przypisania sprawcy takiej liczby przestępstw, ile tych wzorców zostało oddanych w ocenianym czynie¹⁵. Wobec tego przestępstwo ma charakter bytu, zachowania uzewnętrznionego, które następnie zostaje poddane prawnokarnemu wartościowaniu. Okoliczność, że byt ten może być wartościowany z perspektywy kilku norm sankcjonowanych prawa karnego nie powoduje, że na płaszczyźnie normatywnej dojdzie do rozmnożenia tego bytu do wielości przestępstw.

Rozwiązanie przyjęte na gruncie kodeksu karnego nie ma natomiast charakteru reprezentatywnego w obszarze odpowiedzialności penalnej w polskim

¹³ Por. R. Giętkowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 89 i n.; P. Wojciechowski, *Komentarz do art. 275*, [w:] J. Woźnicki (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.

¹⁴ P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011, s. 246 i n.; J. Majewski, *Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe*, [w:] R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, *Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, C.H. Beck, 2013, s. 1021 i n.

¹⁵ W. Wolter, *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, PWN, Warszawa 1960, s. 25.

systemie prawnym. Warto bowiem zaznaczyć, że choćby w przypadku zbiegu odpowiedzialności za przestępstwo i za przestępstwo skarbowe, ustawodawca opowiedział się za tzw. teorią wielości, przyjmując koncepcję idealnego zbiegu przepisów. Dla klarowności, jak przewiduje art. 8 § 1 k.k.s.¹⁶, jeżeli ten sam czyn będący przestępstwem skarbowym lub wykroczeniem skarbowym wyczerpuje zarazem znamiona przestępstwa lub wykroczenia określonego w przepisach karnych innej ustawy, stosuje się każdy z tych przepisów. Oznacza to, że o liczbie przestępstw lub przestępstw skarbowych, pozostających w jednoczynowym zbiegu, decyduje liczba płaszczyzn oceny normatywnej z perspektywy normy sankcjonowanej, pod które kwalifikowane może być dane zachowanie¹⁷. Innymi słowy, w takim wypadku sprawcy zostanie przypisana odpowiedzialność za tyle przestępstw lub przestępstw skarbowych, znamiona ilu typów czynów zabronionych sprawca zrealizował tym samym zachowaniem. Swoista redukcja odpowiedzialności nastąpi zaś dopiero na etapie wykonania kary. Podobnie zagadnienie to zostało uregulowane na płaszczyźnie jednoczynowego zbiegu przepisu typizującego przestępstwo i wykroczenie, o czym stanowi art. 10 k.w.¹⁸

Przyjąc zatem należy, że polski system prawny w obrębie zbiegu podstaw prawnych przewidujących wymierzenie odpowiedzialności penalnej, realizującej funkcję represyjną, nie jest jednolity co do zasad rozstrzygania zbiegu naruszonych jednoczynowo norm sankcjonowanych. Pomimo przyjęcia teorii jedności przestępstwa w ramach odpowiedzialności karnej *sensu stricto*, nie sposób ekstrapolować tego rozwiązania na cały reżim postępowań represyjnych, na co wskazują przytoczone powyżej zasady rozstrzygania zbiegu. Przeciwnie, wydaje się, że w przypadku braku jednoznacznego uregulowania przedmiotowej kwestii przez ustawodawcę, odwołać należy się do celu i charakteru danego rodzaju postępowania, prowadzącego do przypisania odpowiedzialności o funkcji represyjnej. Może bowiem zdarzyć się tak, że inkryminowane zachowanie może być różnie oceniane z perspektywy zasad i celu przypisania odpowiedzialności penalnej danego rodzaju, co uzasadnia przyjęcie teorii wielości ocen. Na takim stanowisku zdaje się stać P. Józwiak, który stwierdza, że „w polskim porządku prawnym trudno bowiem znaleźć jedną, ogólną zasadę wprowadzającą zakaz multiplikacji czynów zabronionych poprzez multiplikację ocen. Dlatego też za obowiązujące należy uznać rozwiązanie oparte na modelu tzw. „idealnego zbie-

¹⁶ Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, t.j. Dz.U. 2022, poz. 859, 1301.

¹⁷ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, LexisNexis, Warszawa 2012, s. 216–218; *tenże*, *Komentarz do art. 11 KK*, [w:] R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis, Warszawa 2021; M. Tarnawski, *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Wydawnictwo UAM, Poznań 1977, s. 124 i n.

¹⁸ Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń, t.j. Dz.U. 2021, poz. 2008, ze zm.

gu”¹⁹. Wprawdzie autor ten zdaje się nie uzasadniać bardziej szczegółowo swojego poglądu, ograniczając się do stwierdzenia, że istnienie zakazu multiplikacji ocen prawnych wynikać może albo z konkretnego uregulowania przedmiotowej materii przez ustawodawcę²⁰, albo określonej „dyrektywy interpretacyjnej”, która wynika z rozwiązań ustawowych²¹. Poprzez to nie do końca trafne stwierdzenie przywołany autor ma na myśli (jak się wydaje) regułę kolizyjną przewidującą eliminacyjny zbieg przepisów ustawy, na podstawie której w przypadku, gdy ten sam czyn wypełnia znamiona więcej niż jednego typu czynu zabronionego, stosuje się przepis przewidujący najsurowszą karę²². W każdym razie P. Józwiak zdaje się konkludować, że wszędzie tam, gdzie ustawodawca nie przewiduje wyraźnej reguły nakazującej przyjęcie kumulatywnego lub eliminacyjnego zbiegu norm sankcjonowanych w ramach reżimu odpowiedzialności penalnej konieczne jest odwołanie się do teorii wielości i przyjęcie zbiegu idealnego.

Za podobnym rozwiązaniem optuje P. Kardas, który zastrzega, że rozstrzygnięcie kwestii zbiegu odpowiedzialności karnej i pozakodeksowej odpowiedzialności represyjnej, nazywane zbiegiem zewnętrznym przepisów, jawi się jako zagadnienie nastroczające najwięcej problemów natury systemowej²³. Niemniej jednak autor ten stwierdza, że w przypadku „wypełnienia przez ten sam czyn znamion przestępstwa lub wykroczenia przewidzianych w dwóch lub więcej przepisach ustawy, dochodzi do przypisania sprawcy tylu przestępstw lub wykroczeń, ile znamion typów czynu zabronionego zrealizował przez (sprawcę – K.Ł.) ten sam czyn”²⁴. Następuje to jednak z zastrzeżeniem dwóch sytuacji. Pierwsza z nich dotyczy rozstrzygnięcia zagadnienia zbiegu przepisów przez ustawodawcę, jak choćby w art. 11 § 2 k.k. Druga natomiast odnosi się do możliwości korekty konsekwencji prawnokarnych przypisanych sprawcy w wyniku zastosowanych reguł wykładni, w szczególności reguł kolizyjnych i walidacyjnych. Należy mieć tu na myśli dyrektywy interpretacyjne umożliwiające aplikację prawnokarnych reguł wyłączania wielości ocen poprzez odwołanie do reguł egzegezy tekstu prawnego na podstawie zasady *lex specialis derogat legi generali* (reguła specjalności prowadząca do przyjęcia tzw. pozornego zbiegu przepisów ustawy) lub reguł kolizyjnych, które ze względów celowościowych umożliwiają redukcję wartościowania na poziomie wykładni normy prawnej.

¹⁹ P. Józwiak, *Wstęp...*, s. 102, przypis 23.

²⁰ Jak np. w art. 11 § 2 k.k. lub art. 6 § 1 k.k.s.

²¹ P. Józwiak, *Wstęp...*, s. 102–103.

²² Zob. art. 9 § 1 k.w.

²³ P. Kardas, *Zbieg...*, s. 177–178.

²⁴ Tamże, s. 166–168.

Chodzi tu o reguły subsydiarności oraz konsumpcji prowadzące do pomijalnego zbiegu przepisów ustawy. W każdym z tych przypadków nie dochodzi w ogóle do rzeczywistego zbiegu przepisów czy też zbiegu przekroczonych norm sankcjonowanych. Jest tak, albowiem zastosowane reguły, o których pisze przywołany autor, prowadzą do wniosku, że w istocie sprawca naruszył jedną normę sankcjonowaną, zaś intuicyjnie przyjmowany zbieg ma charakter niewłaściwy (nieuwzględniany, pomijalny bądź pozorny).

Jednocześnie w ocenie P. Kardasa rzeczono reguły wyłączania wielości ocen znajdując zastosowanie każdorazowo w przypadku jednoczynowego zbiegu przepisów²⁵. Oznacza to możliwość zastosowania wskazanych powyżej reguł niezależnie od tego, czy ustawodawca opowiedział się za rozstrzygnięciem kwestii zbiegu norm sankcjonowanych zgodnie z teorią jedności czy też teorią wielości, a zatem idealnego zbiegu przepisów²⁶. Wynika to z faktu, że ustalenie zasad rozstrzygnięcia zbiegu przepisów czy też zbiegu norm sankcjonowanych na podstawie jednej z przywołanych teorii, wymaga wpierw ustalenia, że do rzeczono zbiegu w ogóle doszło. Wniosek taki będzie natomiast zasadny dopiero po przeprowadzeniu wykładni z uwzględnieniem wszelkich zasad i dyrektyw interpretacyjnych, w tym reguł walidacyjnych odnoszących się do wyłączania wielości ocen. Ostatecznie więc możliwość zastosowania mechanizmów redukcyjnych przy zastosowaniu reguł wykładni tekstu prawnego poprzedza w procesie przypisania odpowiedzialności karnej zastosowanie określonych zasad rozstrzygania zbiegu norm sankcjonowanych danego reżimu odpowiedzialności penalnej. A zatem, teoretycznie rzecz ujmując, przyjęcie poglądu P. Kardasa za zasadny może prowadzić do wniosku, że kwestia zbiegu odpowiedzialności karnej z odpowiedzialnością dyscyplinarną nauczyciela akademickiego może zostać rozstrzygnięta już na etapie zastosowania reguł wyłączania wielości ocen. Dopiero przesądzenie braku możliwości zastosowania tych mechanizmów redukcyjnych uzasadnia konieczność odwołania się do

²⁵ P. Kardas, J. Majewski, *Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym i sposobach jej rozstrzygania*, [w:] A. Zoll, Z. Cwiakalski, M. Szweczyk, S. Waltoś (red.), *Problemy odpowiedzialności karnej: księga ku czci profesora Kazimierza Buchały*, Wydawnictwo UW, Kraków 1994, s. 178–179 oraz 187–188; P. Kardas, *Glosa do postanowienia SN z dnia 8 kwietnia 2009 r., IV KK 407/08*, *Palestra* 2010, nr 1–2, s. 277 i n.; tenże, *Problem „idealnego zbiegu przestępstw” na tle aktualnego stanu doktryny i orzecznictwa*, [w:] V. Konarska-Wrzošek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 143 i n.

²⁶ Odmiennie wnioski wynikają natomiast z uchwały SN z 24 stycznia 2013 r., I KZP 19/12, LEX 1252697; por. P. Kardas, *Glosa...*, s. 277 i n.; P. Kardas, *Problem...*, s. 143 i n.

teorii jedności lub wielości z uwzględnieniem rozwiązań przewidzianych w tym zakresie przez ustawodawcę.

Niemniej jednak, nie wykluczając jednoznacznie słuszności obszernie przytoczonego powyżej poglądu, wskazać należy na pewne trudności w jego aplikacji na gruncie zbiegu odpowiedzialności karnej i odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczyciela akademickiego. Po pierwsze, co nad wyraz istotne, niezbędne jest dostrzeżenie braku precyzyjnej typizacji deliktów dyscyplinarnych w PSWiN, w sposób zbliżony do czynów zabronionych w k.k. Co do zasady ustawodawca postanowił bowiem o pozostawieniu otwartej definicji przewinienia dyscyplinarnego w art. 275 ust. 1 PSWiN, wskazując, że jest nim czyn uchybiający obowiązkom lub godności zawodu nauczyciela akademickiego. Wprawdzie niekiedy wskazano w ustawie, jakie zachowania wypełniają znamiona przewinienia dyscyplinarnego, jak choćby w przypadku art. 287 ust. 2 pkt 1–8 PSWiN, jednakże „otwarta” typizacja, poprzez posłużenie się klauzulami generalnymi, utrudnia zastosowanie reguł wyłączania wielości ocen w omawianym zakresie.

Po drugie, choć odwołanie się do względów celowościowych mogłoby prowadzić do zastosowania reguł konsumpcji lub subsydiarności, a w ostateczności do wniosku o wyłączeniu zbiegu rzeczonych reżimów odpowiedzialności już na etapie wykładni, to jednak analiza instytucji kształtujących reżim odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczyciela akademickiego zdaje się prowadzić do wniosków odmiennych. Tezę o względnej niezależności postępowania karnego i postępowania w przedmiocie przewinienia dyscyplinarnego nauczyciela akademickiego wspierają przepisy PSWiN odnoszące się m.in. do przedawnienia karalności deliktu. Zgodnie z art. 288 ust. 2 PSWiN w przypadku, w którym czyn zawiera znamiona przestępstwa, postępowanie w przedmiocie przewinienia dyscyplinarnego może być wszczęte do upływu okresu przedawnienia karalności tego przestępstwa. Z kolei z art. 298 ust. 2 PSWiN wynika, że jeżeli czyn zawiera znamiona przestępstwa, przedawnienie karalności następuje w terminach określonych w przepisach odrębnych. Wykładnia tych przepisów prowadzi do dwojakich wniosków. Z jednej strony bowiem postępowanie w przedmiocie popełnienia przez nauczyciela akademickiego przewinienia dyscyplinarnego jest zależne od stwierdzenia, że jego czyn wypełnia jednocześnie znamiona przestępstwa²⁷, jednak jedynie w ten sposób, że powoduje wydłużenie

²⁷ Przez sformułowanie znamiona przestępstwa należy rozumieć raczej znamiona typu czynu zabronionego. W orzecznictwie przyjmuje się bowiem, że sądy dyscyplinarne są uprawnione do samodzielnego stwierdzenia, że przewinienie dyscyplinarne jednocześnie wypełnia znamiona stanowiące wzorzec typu czynu zabronionego przez ustawę karną. W istocie nie dochodzi w ten sposób do stwierdzenia

okresu przedawnienia karalności deliktu do terminów obowiązujących dla tego przestępstwa²⁸. Z drugiej strony, holistyczne spojrzenie na przywołane unormowanie uzasadnia twierdzenie o dopuszczalności takiego przyjęcia jednoczynowego zbiegu przestępstwa z przewinieniem dyscyplinarnym, które skutkuje wymierzeniem zarówno odpowiedzialności karnej, jak i dyscyplinarnej. Skoro bowiem w zakresie normowania przywołanych regulacji jest mowa o tym samym czynie, który odzwierciedla zarówno znamiona deliktu korporacyjnego, jak i przestępstwa, zaś następnie stwierdza się, że fakt ten wpływa na wydłużenie okresu przedawnienia karalności deliktu, to implikuje to twierdzenie o prawnej możliwości pociągnięcia sprawcy zarówno do odpowiedzialności karnej, jak i dyscyplinarnej za ten sam czyn poddany wartościowaniu z różnych perspektyw. Norma ta nie przesądza jednak, że każdorazowo dojdzie do podwójnego ukarania takiego sprawcy, albowiem nie rozstrzyga ona jeszcze kwestii przypisania odpowiedzialności *in genere*. Stanowi ona jednak normatywną podstawę do zakreslenia granic czasowych ścigania za czyn, który może stanowić przewinienie dyscyplinarne, jeżeli jednocześnie wypełnia on znamiona czynu zabronionego. *A contrario*, przyjęcie interpretacji, na podstawie której omawiany zbieg norm sankcjonowanych

przez sąd dyscyplinarny, że sprawca przewinienia dyscyplinarnego popełnił przestępstwo, albowiem sąd ten nie ustala kwestii winy, bezprawności czy karygodności czynu w rozumieniu prawa karnego materialnego *sensu stricto*. Sąd ten poprzestaje jedynie na ustaleniu tego, że zrekonstruowane w zarzucie dyscyplinarnym zdarzenie historyczne poprzez opis czynu odpowiada jednocześnie znamionom określonego typu czynu zabronionego. Zob. szerzej na ten temat W. Kozieliwicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna policjanta za przewinienia dyscyplinarne wypełniające znamiona przestępstw pozostających w zbiegu*, [w:] P. Józwiak, K. Opaliński (red.), *Zbieg odpowiedzialności dyscyplinarnej z innego rodzaju odpowiedzialności o charakterze represyjnym w służbach mundurowych*, Wydawnictwo Szkoły Policji, Piła 2014, s. 17–26; B. Janusz-Pohl, *W kwestii przedawnienia karalności deliktu dyscyplinarnego popełnionego przez studenta*, „Ius Novum” 2013, nr 4, s. 32–47; A. Bojańczyk, T. Razowski, *Konsekwencje procesowe popełnienia przewinienia dyscyplinarnego będącego przestępstwem*, „Prokuratura i Prawo” 2009, nr 11–12, s. 42 i n. Por. jednak interesujące wywody wynikające z uchwały SN z 28 września 2006 r., I KZP 8/06, LEX 193136 wyrażone na tle odpowiedzialności dyscyplinarnej wymierzanej na podstawie przepisów ustawy – Prawo o ustroju sądów powszechnych, z których wynika, że w przypadku jednoczesności i przedmiotowo-podmiotowej tożsamości postępowania karnego i dyscyplinarnego, to drugie należy zawiesić do czasu ukończenia postępowania karnego i przesądzenia kwestii popełnienia przestępstwa przez obwinionego o popełnienie deliktu. Jest tak, ponieważ w ocenie SN organy prowadzące postępowanie w przedmiocie wymierzenia odpowiedzialności o charakterze penalnym, niebędącej odpowiedzialnością karną, nie są uprawnione do samodzielnego ustalenia faktu popełnienia przestępstwa. Zob. także P. Wojciechowski, *Komentarz do art. 298*, [w:] J. Woźnicki (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce*. Komentarz, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.

²⁸ Zgodnie z art. 288 ust. 1 PSWiN postępowania dyscyplinarnego nie wszczyna się po upływie 5 lat od popełnienia czynu. Trzeba jednak zaznaczyć, że ustawodawca w ust. 3 wprowadza zastrzeżenie, że art. 288 ust. 1 i 2 PSWiN nie stosuje się do postępowania wyjaśniającego wobec nauczyciela akademickiego, któremu zarzuca się popełnienie czynu, o którym mowa w art. 287 ust. 2 pkt 1–5.

prawa karnego i dyscyplinarnego uregulowany byłby zgodnie z teorią jedności, prowadziłoby do stwierdzenia zbędności wskazanych powyżej norm odnoszących się do przedawnienia karalności przewinienia dyscyplinarnego.

Po trzecie, niniejsze rozważania należy poszerzyć o odwołanie do art. 294 ust. 4 PSWiN, który stanowi, że postępowanie dyscyplinarne może być umorzone, jeżeli orzeczenie kary dyscyplinarnej byłoby oczywiście niecelowe ze względu na rodzaj i wysokość kary lub innego środka prawomocnie orzeczonych za ten sam czyn w innym postępowaniu, a interes pokrzywdzonego temu się nie sprzeciwia. Wydaje się, że przywołana norma stanowi szczególnego rodzaju dyrektywę interpretacyjną, która wskazuje na celowościowe podstawy zaniechania pociągnięcia nauczyciela akademickiego do odpowiedzialności dyscyplinarnej. Instytucja ta, zbliżona w swej treści do umorzenia absorpcyjnego uregulowanego na gruncie k.p.k.²⁹, odnosi się do braku zasadności prowadzenia postępowania dyscyplinarnego ze względów teleologicznych, a mianowicie z uwagi na wymierzenie sprawcy dostatecznej dolegliwości w innym postępowaniu, w szczególności w postępowaniu karnym. Wprawdzie instytucja ta ma charakter ściśle procesowy, wobec czego nie sposób rozciągać jej rezultatów na obszar prawa materialnego. Jednakże jej uwzględnienie w rekonstrukcji modelu odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczyciela akademickiego może mieć znaczenie z punktu widzenia reguł funkcjonalnych w procesie stosowania tego reżimu odpowiedzialności. Mianowicie odkodowanie tego, że dany czyn nauczyciela akademickiego wypełnia znamiona przewinienia dyscyplinarnego w sposób odpowiadający jego definicji z art. 275 ust. 1 PSWiN, uzasadnia celowość wszczęcia postępowania, niezależnie od możliwości ujemnego zakwalifikowania tego samego zachowania przez pryzmat innych norm systemu prawnego. Niemniej jednak przypisanie odpowiedzialności za ten czyn na gruncie innego reżimu prawa penalnego i wymierzenie określonej dolegliwości może pozbawiać zasadności dalsze prowadzenie postępowania dyscyplinarnego względem nauczyciela akademickiego. W świetle niezależności odpowiedzialności dyscyplinarnej z innego rodzaju odpowiedzialnością o zbliżonym charakterze, wyrażonej w art. 275 ust. 2 PSWiN, uzasadniona jest konstatacja, że odpowiedzialność dyscyplinarna nauczyciela akademickiego ma charakter samoistny.

²⁹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, t.j. Dz.U. 2022, poz. 1375, ze zm.

4. Koncepcja idealnego zbiegu przestępstwa i przewinienia dyscyplinarnego z perspektywy celów wymierzania odpowiedzialności dyscyplinarnej

Wypada jednak poczynić zastrzeżenie, że przytoczone argumenty nie rozwiewają w sposób całkowicie jednoznaczny wątpliwości co do podstaw rozstrzygania jednoczynowego zbiegu norm sankcjonowanych w omawianym zakresie. Szczególnie rozważania natury procesowej, choć bezsprzecznie pomocne w holistycznym odzwierciedleniu modelu postępowania dyscyplinarnego nauczycieli akademickich wprowadzonego przez ustawodawcę, nie mogą mieć pierwszorzędного znaczenia w kontekście dopuszczalności zastosowania reguł wyłączania wielości ocen w procesie wykładni. Jest tak, ponieważ nie sposób z pełnym przekonaniem stwierdzić, że określony kształt instytucji procesowej przekłada się na reguły walidacyjne i kolizyjne procesu wykładni norm sankcjonowanych prawa karnego. Wykładnia przepisów normujących instytucje procesowe prowadzi raczej do wniosków w zakresie potencjalnych prawno-penalnych konsekwencji związanych z jednoczynowym popełnieniem przestępstwa i przewinienia dyscyplinarnego niż do rozstrzygnięcia problematyki związanej z kwalifikacją prawną czynu oraz podstawami przypisania odpowiedzialności. Powyższe sprawia, że zasygnalizowane kontrowersje trudno jest rozstrzygnąć na podstawie jednoznacznych rezultatów wykładni językowej i funkcjonalnej przepisów kształtujących reżim odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycieli akademickich.

Wydaje się zatem, że przyjęcie koncepcji wielości ocen, a zatem idealnego zbiegu przestępstwa z przewinieniem dyscyplinarnym nauczyciela akademickiego ma charakter aksjomatyczny. Twierdzenie to zdaje się być wspierane poprzez odniesienie do celów wymierzania odpowiedzialności o charakterze zawodowym, które są jakościowo inne od tej wymierzonej w postępowaniu karnym³⁰. Stanowisko o niezależności odpowiedzialności dyscyplinarnej oraz karnej w przypadku jednoczynowego zbiegu podstaw do ich wymierzenia zdaje się być aprobowane także w doktrynie i orzecznictwie. W. Kozielewicz podkreśla, że pomiędzy podstawami do przypisania odpowiedzialności obu typów nie zachodzi stosunek wykluczania, albowiem „są to pojęcia jakościowo inne”³¹.

³⁰ Zob. m.in. Z. Leoński, *Odpowiedzialność dyscyplinarna słuchaczy państwowych szkół wyższych w prawie polskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza. Prawo” 1955, nr 1, s. 133; H. Popławski, *Zasada „ne bis in idem” we wzajemnych stosunkach prawa karnego, karno-administracyjnego i dyscyplinarnego*, „Nowe Prawo” 1964, nr 5, s. 473 i n.; D. Bek, J. Hanc, A. Jaworska-Wieloch, *Odpowiedzialność...*, s. 299 i n.; W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016, s. 15.

³¹ W. Kozielewicz, *Odpowiedzialność dyscyplinarna...*, s. 15.

W odniesieniu do tego wątku zasadne jest stwierdzenie, że nie każde zachowanie wypełniające znamiona typu czynu zabronionego, a w konsekwencji uznane za zachowanie przestępne, będzie jednocześnie stanowiło przewinienie dyscyplinarne nauczyciela akademickiego, o którym mowa w art. 275 ust. 2 PSWiN. Jest zapewne tak, że w wielu przypadkach – w szczególności w odniesieniu do przestępstw umyślnych, a tym bardziej tych stanowiących zbrodnie – to samo zachowanie może prowadzić zarówno do odpowiedzialności karnej, jak i dyscyplinarnej. Przypomnieć bowiem należy, że wobec otwartej definicji przewinienia dyscyplinarnego, za czyn tego rodzaju może zostać uznane zachowanie polegające na uchybieniu godności zawodu nauczyciela akademickiego. Jak wskazuje P. Wojciechowski, za takie przewinienie należy uznać zachowanie naruszające reguły deontologii zawodowej uwzględniające zasady moralne i etyczne związane z funkcjonowaniem w środowisku akademickim³². Podkreśla się przy tym, że rzeczony reguły etyczne odnoszą się nie tylko do funkcjonowania nauczyciela akademickiego w życiu zawodowym, lecz także w życiu prywatnym. Wobec tego z reguły będzie tak, że popełnienie zbrodni przez nauczyciela akademickiego, choćby nawet pozostającej bez związku z jego rolą w społeczności akademickiej, prowadzić będzie do stwierdzenia, iż czyn ten uchybiał godności zawodu, a w konsekwencji do wszczęcia postępowania dyscyplinarnego. Z drugiej strony nie każde przestępstwo będzie stanowiło przewinienie dyscyplinarne. L. Gardocki wskazuje, że „w sytuacjach popełnienia typowego przestępstwa nieumyślnego – spowodowania wypadku drogowego, nie w stanie nietrzeźwości i nie na skutek rażącego, a w każdym razie nie na skutek umyślnego, naruszenia przez sprawcę zasad ostrożności w ruchu drogowym – odpowiedź nie jest jednoznaczna”³³. K. Dudka, odwołując się do tego poglądu, zasygnalizowała z kolei, że „[w] ukazanej sytuacji, choć sprawca popełnia przestępstwo, nie można mu jednak przypisać popełnienia deliktu dyscyplinarnego”³⁴.

Z drugiej strony, z całą pewnością jest tak, że w wielu przypadkach popełnienie przewinienia dyscyplinarnego nie będzie wiązało się z popełnieniem czynu zabronionego. Stanie się tak wyłącznie w przypadku, gdy delikt dyscyplinarny wypełni znamiona czynu zabronionego przez ustawę karną. Zatem

³² P. Wojciechowski, *Komentarz do art. 275...*, tamże.

³³ Zob. L. Gardocki, *Prawnokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, Zakamycze, Wrocław 2006, *passim*.

³⁴ K. Dudka, *Odpowiedzialność dyscyplinarna oraz zakres stosowania przepisów k.p.k. w postępowaniu dyscyplinarnym wobec nauczycieli akademickich*, „*Studia Iuridica Lublinensia*” 2007, nr 9, s. 10.

cele postępowania dyscyplinarnego łączą się przede wszystkim ze szczególnym charakterem niektórych zawodów oraz zasadami funkcjonowania konkretnych korporacji zawodowych³⁵. Wobec tego realizuje odmienne jakościowo cele od odpowiedzialności karnej, co uzasadnia jej niezależność. Jak podkreśla R. Giętkowski „[o] ile głównym celem odpowiedzialności karnej jest ochrona porządku prawnego w państwie, o tyle w przypadku odpowiedzialności dyscyplinarnej chodzi przede wszystkim o ochronę szeroko rozumianego porządku prawnego w danej organizacji wykonującej zadania publiczne (obejmującego wszelkiego rodzaju normy obowiązujące w takiej organizacji, w szczególności dotyczące wykonywania zawodu czy pełnienia służby/funkcji)...”³⁶. Podkreśla się bowiem, że choć odpowiedzialność dyscyplinarna w istocie pełni funkcję ochronną, to niesie ona za sobą inne znaczenie niż w przypadku odpowiedzialności karnej. Zdaniem TK zapewnia ona członkom danej korporacji zawodowej swobodę i niezależność przy wykonywaniu zawodu, a także zabezpieczenie społecznego zaufania³⁷. Wymierzenie odpowiedzialności dyscyplinarnej za czyn, który jednocześnie realizuje znamiona czynu zabronionego, uzasadnia się prawem do samokontroli grupy społecznej, jaką jest środowisko akademickie³⁸. Rzeczona samokontrola prowadzić ma właśnie do zagwarantowania odpowiedniego poziomu zaufania społecznego i realizacji funkcji integracyjnej³⁹.

Powyższe wnioski wspiera jeszcze jeden argument. Mianowicie, twierdzenie przeciwne, tj. takie, że przypisanie odpowiedzialności karnej wyłącza możliwość orzekania o odpowiedzialności dyscyplinarnej, mogłoby prowadzić

³⁵ Wyrok TK z 27 lutego 2001 r., K 22/00, LEX 46860.

³⁶ R. Giętkowski, *Odpowiedzialność...*, s. 109.

³⁷ Potwierdził to TK w swoim orzecznictwie odnoszącym się do odpowiedzialności dyscyplinarnej innych grup zawodowych, m.in. funkcjonariuszy Policji. W swoim wyroku z 8 października 2002 r., K 36/00, Dz.U. 2002 Nr 176, poz. 1457, TK stanął na stanowisku, że wyraźna norma prawna, na podstawie której poniesienie odpowiedzialności dyscyplinarnej za popełnienie przestępstwa i wykroczenia przez Policjanta, następuje niezależnie od odpowiedzialności karnej za ten sam czyn nie jest niezgodna z art. 2 i art. 5 Konstytucji RP. W istocie analiza hipotezy tego przepisu prowadziła do wniosku, że każdorazowo popełnienie przestępstwa lub wykroczenia przez Policjanta, stanowi przewinienie dyscyplinarne i powoduje konieczność wszczęcia postępowania w przedmiocie wymierzenia odpowiedzialności. TK stwierdził wyraźnie, że odpowiedzialność dyscyplinarna odbywa się w innej płaszczyźnie, niezależnie od odpowiedzialności karnej, zob. m.in. wyrok TK z 8 grudnia 1998 r., K 41/97, Dz.U. 1998 Nr 158 poz. 1043; wyrok TK z 27 lutego 2001 r., K 22/00; wyrok TK z 8 października 2002 r., K 36/00.

³⁸ W. Koziół, *Stosowanie...*, s. 455–456.

³⁹ Zob. D. Bek, J. Hanc, A. Jaworska-Wieloch, *Odpowiedzialność...*, s. 190 i n.; Szerzej: J. Skuczyński, *Granice odpowiedzialności dyscyplinarnej*, [w:] P. Skuczyński, P. Zawadzki (red.), *Odpowiedzialność dyscyplinarna. Podstawy, procedura i orzecznictwo w sprawach studentów Uniwersytetu Warszawskiego 2000-2005*, Wydawnictwo UW, Warszawa 2008, s. 11, <https://doi.org/10.31338/uw.9788323526476>.

do nieakceptowalnych konsekwencji w przypadku braku skazania oskarżonego za zarzucane przestępstwo. Otóż w takim wypadku mogłoby m.in. dojść do sytuacji, w której sąd karny doszedłby do przekonania, że czyn oskarżonego, który wypełniał znamiona typu czynu zabronionego, ostatecznie nie spełniał kwantum społecznej szkodliwości w stopniu wyższym niż znikomy. Wobec czego nie dojdzie do przypisania sprawcy odpowiedzialności karnej. Niemniej jednak znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu, oceniony z perspektywy prawa karnego, nie zawsze będzie odpowiadał stopniowi karygodności relewantnego zachowania sprawcy na gruncie postępowania dyscyplinarnego. Bez trudu można wyobrazić sobie sytuację, w której nieszkodliwy społecznie czyn na gruncie prawa karnego, może stanowić jednocześnie uchybienie godności zawodu nauczyciela akademickiego, z uwagi na naruszenie zasad deontologii wykonywanej profesji. Przyjęcie koncepcji jedności w takim wypadku i rozstrzyganie wyłącznie o odpowiedzialności karnej, wobec braku wyraźnej normy prawnej umożliwiającej orzekanie o odpowiedzialności dyscyplinarnej w sytuacji niestwierdzenia popełnienia przestępstwa, doprowadziłoby do wyeliminowania możliwości przypisania negatywnych konsekwencji prawnych *in genere*. Niewątpliwie w ten sposób doszłoby do zniweczenia celów, dla których wprowadzona została do systemu prawnego odpowiedzialność dyscyplinarna i skutkowałoby niepożądaną bezkarnością sprawcy za zachowanie, które może uchybiać zasadom deontologii, w szczególności godności zawodu.

5. Wnioski końcowe

Przeprowadzona analiza prowadzi do konstatacji, że wykładnia przepisów kształtujących model postępowania dyscyplinarnego wobec nauczycieli akademickich, w przypadku jednoczynowego zbiegu deliktu dyscyplinarnego z przestępstwem, nie umożliwia wyprowadzenia jednoznacznych wniosków co do rozstrzygnięcia przedmiotowej problematyki. Wydaje się, że jedynie odwołanie do systemowego uzasadnienia obowiązywania odpowiedzialności dyscyplinarnej w systemie prawnym i jej jakościowej niezależności względem innego rodzaju odpowiedzialności represyjnej, uzasadnia przyjęcie teorii wielości w tym zakresie. W konsekwencji w sytuacji, gdy ten sam czyn nauczyciela akademickiego wypełnia znamiona przestępstwa i przewinienia dyscyplinarnego, dopuszczalne jest wielokrotne wartościowanie tego zachowania z perspektywy obu tych reżimów odpowiedzialności penalnej. Co za tym idzie, w obu tych przypadkach możliwe jest przypisanie i wymierzenie

negatywnych konsekwencji prawnych za ten sam czyn, zarówno na podstawie k.k., jak i PSWiN. Innymi słowy, ten sam czyn może być jednocześnie oceniony jako przestępstwo i przewinienie dyscyplinarne⁴⁰.

Inną kwestię stanowi natomiast teleologiczna potrzeba wymierzenia odpowiedzialności dyscyplinarnej nauczycielowi akademickiemu w sytuacji, gdy za ten sam czyn został on już skazany wyrokiem karnym. Zagadnienie to jest tym bardziej aktualne, jeżeli uwzględni się fakt, że sąd w ramach środków karnych wymierzonych nauczycielowi akademickiemu za popełnione przestępstwo może ukształtować reakcję prawnokarną w sposób, który odczuwalny będzie także na gruncie zawodowym. W szczególności należy mieć tu na myśli możliwości wymierzenia przez sąd środka karnego w postaci zakazu zajmowania określonego stanowiska albo wykonywania określonego zawodu z art. 41 § 1 k.k. W takim przypadku w istocie wymierzanie odpowiedzialności dyscyplinarnej za ten sam czyn może okazać się niecelowe. Niemniej odstępianie od przypisania dalszych konsekwencji prawnych na gruncie dyscyplinarnym może nastąpić przy zastosowaniu instytucji procesowych, w szczególności przywołanej już wcześniej podstawy umorzenia postępowania z art. 294 ust. 4 PSWiN. W żadnym wypadku nie przesądza to jednak o przyjęciu teorii jedności na gruncie zasad rozstrzygania zbiegu podstaw odpowiedzialności karnej i dyscyplinarnej za ten sam czyn. Problematyka ta winna być rozpatrywana wyłącznie przez pryzmat zasadności wymierzenia reakcji prawno-penalnej. Nie dotyczy ona zatem normatywnie uregulowanej dopuszczalności redukcji podstaw przypisania odpowiedzialności penalnej sprawcy.

Bibliografia

Akty prawne

Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. – Kodeks wykroczeń, t.j. Dz.U. 2021, poz. 2008, ze zm.

Ustawa z dnia 26 maja 1982 r. – Prawo o adwokaturze, t.j. Dz. U. 2022, poz. 1184, ze zm.

Ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych, t.j. Dz.U. 2021, poz. 1062, ze zm.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks karny, t.j. Dz.U. 2021, poz. 2345, ze zm.

⁴⁰ P. Józwiak, *Wstęp...*, s. 101.

Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego, t.j. Dz.U. 2022, poz. 1375, ze zm.

Ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy, t.j. Dz.U. 2022, poz. 859, ze zm.

Ustawa z dnia 27 lipca 2005 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym, Dz.U. 2005 Nr 164, poz. 1365.

Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. – Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce, t.j. Dz.U. 2022, poz. 574, ze zm.

Orzecznictwo

Wyrok TK z 8 grudnia 1998 r., K 41/97, Dz.U. 1998 Nr 158, poz. 1043.

Wyrok TK z 27 lutego 2001 r., K 22/00, LEX 46860.

Wyrok TK z 8 października 2002 r., K 36/00, Dz.U. 2002 Nr 176, poz. 1457.

Uchwała SN z 28 września 2006 r., I KZP 8/06, LEX 193136.

Uchwała SN z 24 stycznia 2013 r., I KZP 19/12, LEX 1252697.

Literatura

Bek D., Hanc J., Jaworska-Wieloch A., Sitarz O., Zawiejski P., *Odpowiedzialność dyscyplinarna w systemie polskiego prawa represyjnego*, Poltext, Warszawa 2019.

Bojańczyk A., Razowski T., *Konsekwencje procesowe popełnienia przewinienia dyscyplinarnego będącego przestępstwem*, „Państwo i Prawo” 2009, nr 11–12, s. 42–69.

Borkowska J. (red.), *Odpowiedzialność urzędnika administracji publicznej. Odpowiedzialność majątkowa, służbowa, cywilnoprawna i karna*, C.H. Beck, Warszawa 2012.

Dudka K., *Odpowiedzialność dyscyplinarna oraz zakres stosowania przepisów k.p.k. w postępowaniu dyscyplinarnym wobec nauczycieli akademickich*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2007, z. 9, s. 9–24.

Dziewięcka-Bokun L., *Sankcja prawna w prawie administracyjnym*, „Acta Universitatis Wratislaviensis. Prawo” 1972, nr 169, s. 32–47.

Gardocki L., *Prawnokarna problematyka sędziowskiej odpowiedzialności dyscyplinarnej*, [w:] J. Giezek (red.), *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa: księga jubileuszowa z okazji 70 rocznicy urodzin profesora Tomasza Kaczmarka*, Zakamycze, Wrocław 2006, s. 191–200.

- Giętkowski R., *Odpowiedzialność dyscyplinarna studentów. Omówienie, przepisy, wzory pism*, edu-Libri, Kraków-Legionowo 2021.
- Giętkowski R., *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, Wydawnictwo Uniwersytetu Gdańskiego, Gdańsk 2013.
- Janusz-Pohl B., *W kwestii przedawnienia karalności deliktu dyscyplinarnego popełnionego przez studenta*, „Ius Novum” 2013, nr 4, s. 32–47.
- Jóźwiak P., *Odpowiedzialność dyscyplinarna w sporcie*, Ars boni et aequi, Poznań 2015.
- Jóźwiak P., *Wstęp do rozważań na temat aksjomatycznej podstawy zbiegu przestępstw i deliktów dyscyplinarnych w służbach mundurowych*, [w:] P. Jóźwiak, K. Opaliński (red.), *Zbieg odpowiedzialności dyscyplinarnej z innego rodzaju odpowiedzialnością o charakterze represyjnym w służbach mundurowych*, Wydawnictwo Szkoły Policji w Pile, Piła 2014, s. 97–104.
- Kardas P., *Glosa do postanowienia SN z dnia 8 kwietnia 2009 r., IV KK 407/08*, „Palestra” 2010, nr 1–2, s. 277–289.
- Kardas P., *Problem „idealnego zbiegu przestępstw” na tle aktualnego stanu doktryny i orzecznictwa*, [w:] V. Konarska-Wrzonek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz (red.), *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, Wolters Kluwer, Warszawa 2010, s. 143–162.
- Kardas P., *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Wolters Kluwer, Warszawa 2011.
- Kardas P., Majewski J., *Kilka uwag o kwestii tzw. rzeczywistego zbiegu przepisów ustawy w prawie karnym i sposobach jej rozstrzygnięcia*, [w:] A. Zoll, Z. Ćwiąkański, M. Szewczyk, S. Waltoś (red.), *Problemy odpowiedzialności karnej: księga ku czci profesora Kazimierza Buchały*, Wydawnictwo UW, Kraków 1994, s. 177–189.
- Kozielewicz W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna policjanta za przewinienia dyscyplinarne wypełniające znamiona przestępstw pozostających w zbiegu*, [w:] P. Jóźwiak, K. Opaliński (red.), *Zbieg odpowiedzialności dyscyplinarnej z innego rodzaju odpowiedzialnością o charakterze represyjnym w służbach mundurowych*, Wydawnictwo Szkoły Policji w Pile, Piła 2014, s. 17–26.
- Kozielewicz W., *Odpowiedzialność dyscyplinarna sędziów, prokuratorów, adwokatów, radców prawnych i notariuszy*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Kozielewicz W., *Stosowanie prawa karnego materialnego i procesowego w postępowaniu dyscyplinarnym w sprawach sędziów (zarys problematyki)*, [w:] L. Leszczyński, E. Skrzętowicz, Z. Hołda (red.), *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci profesora Andrzeja Wąska*, Wydawnictwo UMCS, Lublin 2005, s. 455–464.

- Leoński Z., *Odpowiedzialność dyscyplinarna słuchaczy państwowych szkół wyższych w prawie polskim*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza. Prawo” 1955, nr 1, s. 131–142.
- Majewski J., *Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe*, [w:] R. Dębski (red.), *System Prawa Karnego*, t. 3, C.H. Beck 2013, s. 1105–1189.
- Pohl Ł., *Komentarz do art. 11 KK*, [w:] R. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Legalis, Warszawa 2021.
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Popławski H., *Zasada „ne bis in idem” we wzajemnych stosunkach prawa karnego, karnoadministracyjnego i dyscyplinarnego*, „Nowe Prawo” 1964, nr 5, s. 473–484.
- Skuczyński J., *Granice odpowiedzialności dyscyplinarnej*, [w:] P. Skuczyński, P. Zawadzki (red.), *Odpowiedzialność dyscyplinarna. Podstawy, procedura i orzecznictwo w sprawach studentów Uniwersytetu Warszawskiego 2000-2005*, Wydawnictwo UW, Warszawa 2008, s. 7–30, <https://doi.org/10.31338/uw.9788323526476>.
- Sroka T., *Przestępstwo jako przewinienie dyscyplinarne w perspektywie celów postępowania dyscyplinarnego wobec studentów*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2011, nr 1, s. 137–148.
- Tarnawski M., *Zagadnienia jedności i wielości przestępstw*, Prawo Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydawnictwo UAM, Poznań 1977.
- Wojciechowski P., *Komentarz do art. 275*, [w:] J. Woźnicki (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Wojciechowski P., *Komentarz do art. 298*, [w:] J. Woźnicki (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Wojciechowski P., *Komentarz do art. 314*, [w:] J. Woźnicki (red.), *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2019.
- Wolter W., *Kumulatywny zbieg przepisów ustawy*, PWN, Warszawa 1960.



Filip Radziwiłł

Instytut Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk

ORCID: 0000-0002-8306-0169

fradziwill@gmail.com

Mediation as an alternative method of resolving disputes in opposition procedures against trade mark applications

Mediacja jako alternatywna forma rozwiązywania konfliktów powstałych
w procedurze sprzeciwowej wobec zgłoszenia znaku towarowego

Abstract: Alternative dispute resolution (ADR) is becoming increasingly popular as a fast, effective, relatively cheap and lightly burdensome way to resolve conflicts. The aim of this article is to discuss the institution of mediation as an alternative method for resolving conflicts and the possibility of applying it in trade mark disputes, using the example of opposition to a trade mark application before the Polish Patent Office. The article divides the grounds for opposition into infringement of the personal or economic rights of third parties and identity with or similarity to an earlier trade mark, reputed trade mark or well-known trade mark. It analyses the possibility of using mediation at the stage which the legislature indicates to the parties as the time limit for amicable settling disputes as well as the legitimacy, possibility and admissibility of mediation at other stages of opposition proceedings.

Keywords: ADR, mediation, trade marks, opposition, intellectual property, Polish Patent Office, genuine use of trade mark

Abstrakt: Alternatywne metody rozwiązywania sporów (ADR) zyskują coraz większą popularność jako szybkie, skuteczne, relatywnie tanie oraz mało uciążliwe sposoby rozstrzygania konfliktów. Celem artykułu jest przybliżenie instytucji mediacji jako alternatywnej metody rozwiązywania konfliktów i możliwość zastosowania jej w sporach dotyczących znaków towarowych na przykładzie sprzeciwu wobec zgłoszenia znaku towarowego. W artykule wskazano podstawy sprzeciwu z podziałem na naruszenie praw osobistych lub majątkowych osób trzecich, identyczność lub podobieństwo do wcześniejszego znaku towarowego, renomowanego znaku towarowego oraz znaku powszechnie znanego. Analizie poddano możliwość zastosowania mediacji na etapie, który ustawodawca wskazuje stronom jako termin na ugodowe rozwiązanie sporu oraz zasadność, możliwość i dopuszczalność mediacji na innych etapach postępowania sprzeciwowego.

Słowa kluczowe: alternatywne rozwiązywanie sporów (ADR), mediacja, znak towarowy, sprzeciw, własność intelektualna, Urząd Patentowy RP

1. Introduction

The provisions of Directive 2015/2436,¹ the legal solutions in force in most EU Member States concerning the system for granting protection rights to trade marks based on opposition and the procedure before the European Union Intellectual Property Office (EUIPO)² in Alicante, Spain, resulted in the need to adapt the provisions of the Industrial Property Law Act (IPL Act)³ to the generally applicable European procedures. At the same time, due to the possibility of obtaining protection rights in the EU system, the examination procedure in the EUIPO has lost its importance because identical or similar trade marks can be freely registered in the EU. This situation may have generated a risk of misleading consumers as to the origin of a good or service. Changing the Polish system for granting protection rights to trade marks from a research

¹ Namely, Article 43(1) of Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks (OJ L 336, 23.12.2015).

² Formerly the Office for the Harmonization of the Internal Market (OHIM).

³ Ustawa z dnia 20 stycznia 2021 r. – Prawo własności przemysłowej [Industrial Property Law], Dz.U. 2021, item 324, as amended].

system to an opposition one resulted not only in a significant acceleration of the registration procedure, but also in a systemic change, thanks to which it is the participants of economic trade and not an official who decide about possible conflicts between exclusive rights on the market.

The legal system in force before the amendment imposed an obligation on the Polish Patent Office (PPO) to conduct *ex officio* a full examination of the registration capacity of the sign being applied for. This applied to both relative and absolute grounds for granting the right of protection for a trade mark. In its wording before 15 April 2016, the IPL Act allowed for a reasoned opposition to be filed against a final decision of the Patent Office concerning the granting of a right of protection for a trade mark, among other things. Such an opposition had to be lodged within six months of the publication of the decision in *Wiadomości Urzędu Patentowego* (Polish Patent News).⁴ In order to file an opposition, it was not necessary to have a legal interest – the actual interest was sufficient – and the legal basis was regulated very broadly as circumstances justifying the right of protection being annulled.⁵ The introduction of an opposition system has led to the inclusion of opposition proceedings in the registration procedure. The consequences of this change are: economic turnover participants can react more quickly to possible infringements of exclusive rights (even before the trade mark is registered) and that the obligation to undertake detailed market monitoring and systematic analysis of PPO publications regarding trade mark applications became the responsibility of entrepreneurs.

2. Grounds of opposition

Pursuant to Article 152¹⁷(1) IPL Act, an opposition may be filed by a holder of an earlier trade mark, a holder of an earlier economic or personal right or a person with rights resulting from a protected designation of origin or a protected geographical indication⁶ based on the premises set out in Article 129¹(4) and Article 132¹(1) to (3) IPL Act.

⁴ The PPO publishes protection rights granted for trade marks, among other things, in this journal.

⁵ On the basis of Article 246 IPL Act, Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. – Prawo własności przemysłowej [Industrial Property Law], Dz.U. 2003, No. 119, item 1117.

⁶ Article 152¹⁷(1) IPL Act, as amended on 20.02.2019, Ustawa z dnia 20 lutego 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo własności przemysłowej [Amending the Act – Industrial Property Law] Dz.U. 2019, item 501.

2.1. Infringement of the rights deriving from the protected designation of origin or geographical indication (Article 129¹(4) IPL Act).

This is a premise introduced by the amendment of the IPL Act of 20 February 2019, the purpose of which was to implement Directive 2015/2436. According to the wording of the provision, no protection rights shall be granted for a trade mark excluded from registration under national law, European Union law or an international agreement providing for the protection of a geographical indication, a designation of origin, a traditional term for wine or a traditional speciality guaranteed, to the extent provided for therein. Persons or organisations entitled to exercise their rights in this respect shall be entitled to lodge an opposition on this ground.

2.2. Infringement of personal or economic rights of third parties (Art. 132¹(1) point 1 IPL Act)

An application for registration in order to obtain the right of protection for a trade mark presupposes good faith on the part of the applicant with regard to the legal title to the trade mark being applied for. The PPO, ex officio, does not examine whether the applicant is entitled to a subjective (personal or economic) right to use the trade mark being applied for in business transactions. However, such an infringement may be opposed to by the rightsholder if, in the course of the proceedings, it is proved that the rightsholder has an earlier right of priority.

The provisions of the IPL Act do not explicitly specify which types of subjective rights are personal or economic rights and constitute an obstacle to granting the right of protection for a trade mark, but they may be separated on the basis of provisions of the Constitution of the Republic of Poland, as well as provisions of the Civil Code (CC).⁷ These include the right to a first name, surname and nickname, the right to an image, the right to a company and personal or economic copyrights. First names, surnames and nicknames, apart from their individualising function, may also constitute a trade mark or an element of a trade mark. Due to the variety of surnames, it does not matter whether the entitled person has any right to use a particular name or nickname. If a sign being applied for can evoke associations between a particular person and a trade mark for which a personal right exists, then it is an

⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny [Civil Code], Dz.U. 1964 No. 16, item. 93 as amended.

infringement of the right to a first name, surname or nickname, particularly when the applicant deliberately files an application to register a trade mark containing an element which individualises a particular person so as to take advantage of a reputation or common knowledge in order to give the recipients of the goods and services the impression that the person has contributed to the creation of the goods or the provision of the service.

The right to an image is the right to individualise a particular person with the use of characteristic external features, e.g. their face or posture. With their help, without indicating any additional information such as their first name, surname or nickname, one can undoubtedly identify to whom it belongs. An image may also be a trade mark. The reasons for infringement are similar to those of a first name, surname or nickname.

A business name for company is nothing more than a first name and surname for natural person, but it is used to identify a business entity. It is a personal interest in accordance with Article 23 CC and is a non-economic component of the enterprise. The right to the company is subject to protection in accordance with Article 43¹⁰ CC. It is a subjective right of absolute and effective *erga omnes*.⁸

Opposition to a trade mark being applied for by the proprietor of the business name with an earlier priority results in the refusal to grant the right of protection for the trade mark. This is the case when there is a similarity that carries the risk of confusion, or conflicts that do not entail the risk of confusion. Second case is when a business name benefits from reputation or well-known attribute. If a trade mark is registered in such a case – even for goods which are not similar – there is a risk that undue advantage is conferred on the applicant, or that the distinctive character or reputation of the sign with an earlier priority may be damaged.⁹

There is no doubt that trade marks may also constitute a piece of work within the meaning of the Copyright and Related Rights Act.¹⁰ In addition, a trade mark application may constitute an infringement of someone else's copyrighted work. The rightsholder of a work that constitutes all or part of a trade mark being applied for has the right to effectively oppose the right

⁸ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 29 lipca 2005 r. [Judgment of the Voivodship Administrative Court (WSA) in Warsaw], VI SA/Wa 550/05, LEX 183679.

⁹ Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 4 listopada 2008 r. [Judgment of the Voivodship Administrative Court (WSA) in Warsaw], VI SA/Wa 1324/08, LEX 520239.

¹⁰ Ł. Żelechowski, [w:] Ł. Żelechowski (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz* [Industrial property Law. Comment], t. 7b, C.H. Beck, Warszawa 2021, s. 7.

of protection for the trade mark being granted. It should be emphasised that it is possible to use someone else's work as a trade mark; for example, it is possible to grant a right of protection to a trade mark that is someone else's work, provided that the property rightsholder has obtained the consent of the copyright rightsholder.

2.3. Identity or similarity with an earlier trade mark intended to designate identical or similar goods – Article 132¹(1) point 3

Before the amendment of the IPL Act of 11 September 2015, the premise was examined by the PPO *ex officio*. The provisions of the amendment require the PPO to examine whether the mark being applied for is identical or similar to a trade mark with an earlier priority, but only in the case of opposition. In the course of the opposition proceedings based on Art. 132¹(1) point 3, the PPO analyses whether the conditions for similarity are met. The examination concerns the similarity of the scope of protection of the compared marks (lists of goods and services) and the similarity of the signs themselves. In addition, the authority shall examine whether there is a risk of confusion on the part of the public in a given case, particularly the risk of association between the mark being applied for and the earlier mark.

2.4. Identity or similarity to a reputed trade mark or a well-known sign – Article 132¹(1) points 4 to 5

The grounds expressed in Article 132¹(1) points 4 to 5 constitute relative obstacles to the right of protection being granted for signs which are in conflict with a reputed trade mark and a well-known trade mark. The right of protection for such a trade mark may be refused by a decision in the opposition proceedings if the PPO finds that the trade mark being applied for is identical or similar to a reputed trade mark for which the right of protection has been granted with an earlier priority for any goods. Similarly, by way of opposition proceedings, the PPO will refuse to grant the right of protection for a trade mark identical or similar to a trade mark which, prior to the date according to which the priority to obtain the right of protection was commonly known in the Republic of Poland and used as a trade mark intended to designate identical or similar goods originating from another business entity if there is a risk of misleading the public, particularly the risk of associating the trade mark being applied for with an earlier trade mark.

2.5. Infringement of the rights resulting from the protection of geographical indications and protected designations of origin – Article 132¹(1) point 6¹¹

In the amendment of 20 February 2019, the legislature introduced a provision that no protection right shall be granted for a trade mark once a justified opposition has been filed if, on the basis of national or European Union law providing for the protection of a geographical indication or a designation of origin, a person with rights resulting from a previous application may prohibit the use of a later trade mark (assuming that the indication or name has been registered).

3. Opposition

From the moment a trade mark application is published in *Biuletyn Urzędu Patentowego* (Patent Office Bulletin)¹², there is a three-month period for filing an opposition. As mentioned above, those entitled to an earlier trade mark, those with a previous economic or personal right and those with rights resulting from a protected designation of origin or a protected geographical indication may oppose an application. It is worth emphasising that the three-month period is not reinstated. Failure to do so means that the holder of an earlier right of protection or of an earlier economic or personal right loses the right to oppose the registration of a conflicting trade mark.

Of course, this is not the final way for a third party to formally express their dissatisfaction with the decision of the PPO. The entitled person can invalidate the conflicting right of protection, but only in the course of the *inter partes* (litigation) procedure before the PPO.

The opposition proceedings are adversarial in nature. Its parties are the applicant, i.e. the entity which applied for the protection of the trade mark, and the opponent,¹³ i.e. a qualified person as defined above. An applicant who has filed an application with an earlier priority may also be an opponent if the sign being applied for has a right of protection.

Filing an opposition procedure is subject to a fee, and the formal requirements for doing so are set out in Article 152¹⁷ (2) to (5) IPL Act. The legislature specified that the elements of an opposition are the designation of the parties,

¹¹ Introduced by the amendment of 20 February 2019, Journal of Laws 2019, item 501.

¹² The PPO publishes trademarks applications in this bulletin at weekly intervals.

¹³ Article 152¹⁸ (1) IPL Act.

an indication of the factual and legal grounds for the opposition, the grounds and scope of the opposition and the signature of the opponent. The indication of the factual basis consists of a statement of the facts from which the opponent derives their right. As mentioned above, the legal basis may be the grounds set out in Article 129¹ (4) and Article 132¹ (1) to (3) IPL Act. It is also necessary to justify the use of a specific legal basis in a given factual situation. The scope of the opposition consists of the goods and services specified in the trade mark application being disputed by the opponent. An opposition may concern all or part of the requested scope of protection.

It should be noted that, unlike in the ordinary registration procedure, all letters in opposition proceedings are filed together with copies thereof for the opposing party. Moreover, documents and materials in a foreign language are submitted along with their Polish translations.

The PPO, by issuing an order, leaves an opposition without examining after the expiry of the time limit, which does not indicate the trade mark application or does not indicate rights with an earlier priority.¹⁴ The formal deficiencies indicated in the provision are an obstacle blocking the effective initiation of opposition proceedings. In the course of the procedure, the PPO does not call for their correction; if they are not remedied within the time limit specified in Article 152¹⁷ (1) IPL Act, by way of an order, it leaves the opposition proceedings unprocessed.¹⁵

In accordance with Article 152¹⁷ (7) IPL Act, if the opposition does not meet the formal requirements, the PPO shall grant the opponent a period within which to remedy the deficiencies preventing the continuance of the proceedings. In the event of deficiencies other than those referred to in Article 152¹⁷ (6) IPL Act, the PPO shall set a time limit for remedying the formal deficiencies. This includes, for example, failure to pay the fee, failure to appoint a representative or failure to indicate the legal basis for the opposition. If these deficiencies are remedied within the prescribed period, the proceedings shall continue. Otherwise, the PPO shall discontinue the opposition proceedings.¹⁶ As a formal consequence of an opposition being formally effective, the PPO shall notify the applicant of the opposition. At the same time, the authority shall inform the parties of the possibility of settling the dispute amicably (Article 152¹⁹ (1) IPL Act). On that occasion, the PPO sets a two-month period, which may be extended to six months. The time limit for amicable settlement of the dispute

¹⁴ Article 152¹⁷ (6) IPL Act.

¹⁵ Article 152¹⁷ (6) *in fine*.

¹⁶ Por. M. Szymańska-Rybak [w:] Ł. Żelechowski (red.), *Prawo własności przemysłowej...*, *passim*.

may be extended, at the joint request of the parties, only once in the course of the procedure. As already mentioned, opposition is an expression of dissatisfaction of one entrepreneur to a situation in which another market participant tries to infringe an exclusive right by establishing a conflict of laws, wishing to breach part or all of the existing monopoly. Such a situation creates a dispute. This is also specified by the legislature in the aforementioned Article 152¹⁹ IPL Act, that at the same time informs the parties about the possibility of an amicable settlement of the dispute.

An amicable settlement is any form of settlement outside the general administration of justice but within the framework of law, thanks to which the parties in dispute may find a settlement; it includes negotiations, mediation and arbitration.

4. Mediation

One of the paths for the amicable settlement of a dispute is to use mediation. Its name comes from the Latin verb *mediare* (to mediate). Mediation is a very old method of resolving disputes, used in Buddhist, Hindu and Jewish cultures. Its modern version comes from the USA in the 1970s, where it was spread by hippie movements who preferred not to resolve their disputes through lengthy, rigid and complex court trials.

Mediation, as an alternative dispute resolution (ADR) method, is a modern and very effective way to resolve the conflicts that appear in both economic transactions and interpersonal relations, within the family or at work. The aim of the mediation process is to ensure that the parties reach an agreement which will be satisfactory to both parties (the 'win-win' principle), even though they have to make certain concessions.

The method consists in an independent and impartial professional helping the parties to resolve their conflict. It is the parties, and not any other body, who decide on the rules of conduct, form and scope of the agreement. The mediator is characterised by impartiality, which is achieved by evenness as regards the rights of both parties. The mediator also does not assess the arguments of the parties and does not show any prejudices based on origin, education, age, gender or behaviour during the mediation. They are also neutral in relation to the subject matter of the dispute. They do not impose solutions on the parties, but act as a spokesperson for a fair procedure to help the parties reach a satisfactory agreement. The work of a mediator is to streamline or even facilitate a substantive

discussion of a problem. One basic feature of mediation is its voluntary nature. The parties must express a willingness to participate in the process. This is very important in the context of the conciliatory attitude of the participants and gives a sense of security in that either party can resign from the mediation at any stage. Another important feature is confidentiality. This concerns both the mediator and the parties themselves. Pursuant to Article 183⁴ of the Code of Civil Procedure,¹⁷ mediation proceedings are not public. The principle is that referring to facts and circumstances raised during mediation in court proceedings is ineffective. Also, the participants of mediation, particularly the mediator, may not be called as witnesses or experts in a given case, *inter alia* due to the confidentiality of mediation. Another advantage of mediation is its informal nature. This is of great importance because the parties focus on the content of the dispute and not on the environment in which they settle it. It is the mediator's duty to choose a comfortable environment in which the parties will strive to resolve their dispute.

An important element with an enormous influence on the course of proceedings, as well as on the parties sense of security, is the possibility to choose a mediator. It is one of basic principles of the mediation. The awareness that both parties had an equal influence on the choice of the mediator reinforces the sense of trust in the mediator, particularly in their impartiality and neutrality. In addition, the conviction that in the event of a wrong choice, the mediator can be changed at any stage of the proceedings practically eliminates the risk of failure for reasons attributable to the mediator. The principles of good faith and the principle of mutual respect, which apply to all participants, are also important in the mediation process.¹⁸

5. Mediation in opposition proceedings

Mediation concerning the opposition procedure is administrative in nature (between two parties, neither of which is an administrative authority) because it takes place in a specific administrative procedure, but there are also elements of civil (economic) mediation. On the one hand, it concerns exclusive rights

¹⁷ Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego [Code of Civil Procedure], Dz.U. 1964, No. 43, item 296, as amended.

¹⁸ Por. Wioleta Sejbuk, [w:] C. Rogula (red.), A. Zemke-Górecka (red.), *Mediacja w praktyce mediatora i pełnomocnika* [Mediation in the practice of a mediator and attorney], Wolters Kluwer, Warszawa 2021, s. 86

which operate or are intended to operate in the market; on the other hand, it refers to ownership from a civilist point of view.

It is worth pointing out that mediation can be used as a method of dispute resolution for all grounds of opposition.

5.1. Mediator

It is very important that mediation is carried out by a mediator experienced in the field of industrial property law. Firstly, the eventual settlement must be legal in order for its provisions to be put into legal circulation in proceedings pending before the PPO. Moreover, the settlement agreement should be adjusted to the nature of the decisions taken in this type of case. However, it should be remembered that in accordance with the 'Standards of mediation and mediator conduct',¹⁹ the mediator should not take on the role of another specialist, even if they have knowledge of the field in question. They may, however, offer the parties the benefit of using the assistance of an appropriate expert. It is for the parties to decide whether or not to make use of this possibility.

The task of an opposition mediator is to determine whether there is an infringement of trade mark protection rights in a specific case. Is that infringement a matter of law or is it an apparent infringement based solely on the conviction of the opponent? In both of these situations, mediation is justified, but in each of them the result may be a different kind of compromise.

5.2 Settlement

An agreement usually results in a settlement, which may include an obligation for the opposing holder to withdraw their opposition, a limitation of the scope of protection for both the applicant and the opposing holder, the withdrawal of the application or a combination of these solutions.

The parties are obliged to inform the PPO about any settlement and its content before the expiry of the time limit. This is essential in the context of further opposition proceedings and registration of the trade mark being applied for.

If no amicable agreement is reached within this period of two or six months, the opposition proceedings will continue. This does not preclude a settlement at a later stage of the procedure. As mentioned above, the PPO will not set a

¹⁹ *Standards of Mediation and Mediator Conduct* – document adopted by Społeczna Rada do Spraw Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów, Warszawa 2006.

new date for an amicable settlement of the dispute, but the parties may submit a joint request to suspend the proceedings for the duration of mediation.

6. Continuation of opposition proceedings

If the parties to the opposition proceedings have not reached a settlement within two or six months, the PPO shall invite the applicant to respond to the opposition and shall set an appropriate deadline. In accordance with Article 152¹⁸ (3) IPL Act, the statement of opposition must contain pleas-in-law as well as all the facts and supporting evidence. In response to the opposition, the applicant may also raise a plea of non-genuine use of the opposing mark. If the non-use of the earlier trade mark has lasted continuously for five years prior to the filing date of the opposition mark for the goods or services covered by the opposition, the PPO shall reject the opposition. The PPO shall not consider the plea well founded if there are valid reasons for non-use or if a period of five years has not elapsed since the registration of the earlier mark (see Article 152¹⁹ (4) IPL Act).

The next step in the opposition procedure is for the PPO to provide the opponent with a reply and to set a time limit for taking a position and completing the evidence. Article 152¹⁹ (5) IPL Act refers to Article 169 (6) IPL Act, according to which the burden of proving the use of the trade mark or the existence of valid reasons justifying non-use of the trade mark lies with the opponent.

6.1 Plea of non-use of an earlier mark

The plea of non-use of an earlier trade mark for goods subject to opposition is one of the simpler means of defence for the applicant in opposition proceedings. If this plea is well founded, the applicant wins the opposition proceedings, regardless of any other arguments. In the absence of grounds for a plea of non-use of an earlier mark, the PPO shall disregard that plea and adjudicate on the basis of the other statements and evidence of the parties. On the other hand, it is possible to uphold a plea of lack of genuine use of the mark, i.e. for goods or services covered by the registration of the earlier mark. In such a case, registration of the earlier mark in the remaining part (for the other goods or services for which genuine use has been established) may still justify the blocking of the application, even in full. It is also possible to raise opposition due to a lack of genuine use against two or more earlier

marks. In such a case, all these claims (in respect of each mark) are subject to verification by the PPO.²⁰

6.2 Mediation on genuine use

An applicant's allegation of a lack of genuine use is an excellent moment in the opposition procedure to use an ADR in the form of mediation. Taking evidence to prove genuine use of a trade mark is not in itself simple. It can be very laborious to gather sufficient evidence to determine the actual use. Submitting all the materials for PPO assessment may also prolong the proceedings. Taking into account both considerations of procedural economics and the time and workload required for effective evidence collection, it seems reasonable to try to mediate at this stage of the proceedings.

6.3 Preclusion of evidence

According to Article 152¹⁹ (6), an applicant has the right to respond to an opponent's arguments, in particular those concerning the genuine use of an earlier trade mark, within the time limit set by the PPO. In addition, the authority may request one party to present their position on materials submitted by the other party or by the PPO within a specified time limit (Article 152¹⁹ (7) IPL Act). This is the case when evidence, claims or opinions appear unclear and need to be clarified. Article 152¹⁹ (8) IPL Act introduces the institution of precluding evidence. The PPO shall ignore claims and evidence which are not presented within the prescribed time limit, unless the party demonstrates that it was not possible or that the need for it arose later. Further assertions and evidence in support thereof shall be presented within one month of the date on which their invocation became possible or the need for them arose. This regulation introduces a disciplinary function for the parties to provide all the evidence within the set time limit, as well as a procedural function, as it prevents attempts to drag out the proceedings.

6.4 Termination of opposition proceedings

Following the termination of evidence proceedings and the collection of the parties positions and claims, the PPO examines the opposition. Pursuant to

²⁰ A. Szewc, M. Mazurek [w:] R. Skubisz (red.), *System Prawa Prywatnego, Prawo własności przemysłowej* [Private Law System, Industrial Property Law], t. 14b, C.H.Beck, Warszawa 2017.

Article 152²⁰ IPL Act, the PPO is bound by the legal basis indicated by the opponent and shall examine the claim within this limit. After examining the opposition, the PPO issues a decision to reject it or to declare it justified in whole or in part.²¹ The decision shall be subject to a request for reconsideration.

7. Mediation before the PPO

Mediation in opposition proceedings has not been very popular before the PPO to date. There are many cases of amicable settlement of disputes during the period that the PPO sets for amicable settlement, but outside PPO jurisdiction. The parties present ready-made solutions to the PPO without indicating how the agreement was reached. The role of the PPO is limited to introducing them to the legal system. It should be noted, however, that there have been several mediation cases regarding trade mark distinctiveness. Some of them ended with a settlement, though settlement during mediation on trade mark distinctiveness is exceptional. Administrative bodies should carefully examine the facts in the course of mediation, as they are obliged to rely on the law, both general and mediation-related, and to adjudicate within its limits during the entire procedure.

However, it should be noted that in 2018 the PPO and the World Intellectual Property Organization (WIPO) signed an agreement on cooperation in the field of mediation. The agreement deals with establishing cooperation to disseminate information about mediation at the WIPO Arbitration and Mediation Center, developing a model of mediation proceedings based on the experience of the WIPO ADR Center in the amicable settlement of disputes, organising workshops and training specialised mediators and creating friendly conditions for mediation conducted by the WIPO ADR Center for small and medium-sized enterprises and start-ups.

Pursuant to this agreement, the PPO allows the parties to use voluntary mediation on the basis of the WIPO Mediation Regulations in order to resolve disputes regarding trade marks. Mediation at the WIPO Arbitration and Mediation Center can be of particular benefit to parties wishing to resolve trade mark disputes in the jurisdictions of different countries.

If an entrepreneur files an opposition to a trade mark application filed with the PPO (including an international trade mark), the PPO shall inform the

²¹ Article 152²¹ IPL Act.

parties about the possibility of an amicable settlement of the dispute. During this period, parties wishing to reach an amicable settlement in their dispute apply to the WIPO Arbitration and Mediation Center for mediation. This request should contain relevant information about the dispute, including the names of the parties and their representatives and any other details to aid communication with them, a copy of the mediation agreement and a brief description of the dispute. This information is intended to enable the Center to organise the mediation. This solution is another significant step in promoting mediation as an effective method of conflict resolution and facilitating quick settlements of disputes, especially ones that are international in nature and based on different legal systems.

Another significant step is a proposal to include provisions on conciliation in the draft Industrial Property Law, currently under development. The conciliation procedure before the PPO is to be based on the basic principles of mediation, including voluntariness, impartiality, neutrality and confidentiality. Conciliation would be possible in cases concerning opposition to a trade mark application, opposition to a final decision of the PPO, as well as in litigation. The conditions for being listed as a conciliator are to be defined similarly to permanent mediators at regional courts. Entries will be made in an administrative manner, through the decision of the President of the Patent Office for which the application for reconsideration is to serve.

8. Advantages of mediation in opposition proceedings

Due to the nature of the rights of protection in the event of infringement and the increasing importance of industrial property in the contemporary markets, the benefits of mediation in these cases are of particular importance.²²

The possibility of using mediation for opposable disputes in trade mark cases is essential. Above all, this process can contribute to the proceedings being significantly accelerated. A quick solution not only saves time, but also money, which in the case of a regular process has to be spent on drafting letters, possible legal representation and evidence collection. 'Just to give an example... a mediation case involving two parties with their lawyers and which I settled in one or two days and which would have had, from the plaintiff's perspective, a 70% chance of winning in court, generates costs of approximately EUR 10,000 to

²²Por. K. Fulko, [w:] C. Rogula (red.), A. Zemke-Górecka (red.), *Mediacja w praktyce mediatora...*, s. 449.

EUR 15,000 on each side, including the mediator's fees. This advantage is really striking and makes perfect business sense, especially for lean management.²³ The cost of mediation on the domestic market depends on whether it is referral or contractual mediation, but in both cases the costs are disproportionate to the court proceedings. It is worth pointing out that in the case of mediation from a court referral, the legislature allows the costs of mediation to be included among the necessary costs of the trial.²⁴ Leaving the decision to the PPO and, as a consequence, to the administrative judiciary introduces uncertainty as to the outcome until the ruling is issued. Appeals against a decision or judgment from a dissatisfied party exacerbate this state of affairs. Thanks to mediation, the result can be achieved within a few hours. Both the result and control over it are the sole responsibility of the parties. In addition, a settlement process can take into account different factors and circumstances, preventing it leading to definitive solutions. Such factors may be the willingness to maintain a business relationship or start cooperation in the future. Mediation also helps one to analyse the conflict in a very broad sense and to address all its aspects. It should also be stressed that mediation entails very low legal and financial risks. Mediation does not affect the parties' legal rights and does not involve the risk of possible claims. Additionally, the cost of mediation is relatively low in relation to the possible expenses incurred during all stages of opposition proceedings.

9. Conclusion

This study identified two stages in the opposition procedure where the use of mediation as an alternative method for resolving disputes is justified. It is undoubtedly worth considering, from the point of view of the parties to the proceedings and their attorneys, the use of mediation as a means of resolving an opposable dispute before initiating an opposition procedure, as this is the moment when all the advantages of ADR described above can be fully exploited.

²³P. Müller, [w:] T. Margellos, S. Bonne, G. Humphreys, S. Stürmann, *Mediation: Creating Value in International Intellectual Property Disputes*, Kluwer Law International 2018, s. 55.

²⁴Zob. A. Mendrek, [w:] C. Rogula (red.), A. Zemke-Górecka (red.), *Mediacja w praktyce mediatora...*, s. 264.

Bibliography

Legal acts

- Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny [Civil Code], Dz.U. 1964 No. 16, item. 93 as amended.
- Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego [Code of Civil Procedure], Dz.U. 1964, No. 43, item 296, as amended.
- Ustawa z dnia 13 czerwca 2003 r. – Prawo własności przemysłowej [Industrial Property Law], Dz.U. 2003, No. 119, item 1117.
- Directive (EU) 2015/2436 of the European Parliament and of the Council of 16 December 2015 to approximate the laws of the Member States relating to trade marks, OJ L 336, 23.12.2015.
- Ustawa z dnia 20 lutego 2019 r. o zmianie ustawy – Prawo własności przemysłowej [Amending the Act – Industrial Property Law], Dz.U. 2019, item 501.
- Ustawa z dnia 20 stycznia 2021 r. – Prawo własności przemysłowej [Industrial Property Law], Dz.U. 2021, item 324, as amended].

Case law

- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 29 lipca 2005 r. [Judgment of the Voivodship Administrative Court (WSA) in Warsaw], VI SA/Wa 550/05, LEX 183679.
- Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z 4 listopada 2008 r. [Judgment of the Voivodship Administrative Court (WSA) in Warsaw], VI SA/Wa 1324/08, LEX 520239.

Scientific publications

- Rogula C. (red.), Zemke-Górecka A. (red.), *Mediacja w praktyce mediatora i pełnomocnika*, Warszawa 2021.
- Margellos T., Bonne S., Humphreys G., Stürmann S., *Mediation: Creating Value in International Intellectual Property Disputes*, Kluwer Law International 2018.
- Skubisz R. (red.), *System Prawa Prywatnego, Prawo własności przemysłowej*, t. 14b, C.H. Beck, Warszawa 2017.
- Żelechowski Ł. (red.), *Prawo własności przemysłowej. Komentarz*, t. 7b, C.H. Beck, Warszawa 2021.

Internet sources:

Standardy prowadzenia mediacji i postępowania mediatora [Standards of Mediation and Mediator Conduct]. Dokument uchwalony przez Społeczną Radę do spraw Alternatywnych Metod Rozwiązywania Konfliktów i Sporów przy Ministrze Sprawiedliwości 26.06.2006 r., <https://www.gov.pl/attachment/a5904d36-cf80-4dc7-b9b8-2abb6636e195> [access: 16.02.2022]



Dr Boldizsár Szentgáli-Tóth*

Przekład: Dr Boldizsár Szentgáli-Tóth
Institute for Legal Studies, Hungary
ORCID: 0000-0001-5637-8991
totboldi@gmail.com

Legal transplant during democratic transition: The regional migration of a constitutional idea. The spread of qualified law in the central and Eastern European regions

Recepcja prawa w okresie transformacji ustrojowej: regionalna migracja idei konstytucyjnej. Upowszechnianie ustawodawstwa o szczególnej mocy prawnej w Europie Środkowej i Wschodniej

Abstract: This academic contribution analyses the recent migration of a constitutional idea as a legal transplant in Central and Eastern Europe: the implementation of qualified law in several countries during their democratic transition. A cursory glance at the regional dimension of this constitutional instrument provides new insight into the role of qualified legislation during political transitions and leads to valuable experience regarding the migration of constitutional ideas in Central and Eastern Europe. It is demonstrated how

* This work was originally published in the „La Diffusion de la Loi Qualifiée dans les Régions d'Europe Centrale et de L'Est. L'Importation d'Une Idée Constitutionnelle Pendant la Transition Démocratique”, „Lettre de L'Est” 2022, 29(60) s. 3–18”.

[Niniejsze opracowanie zostało pierwotnie opublikowane w „La Diffusion de la Loi Qualifiée dans les Régions d'Europe Centrale et de L'Est. L'Importation d'Une Idée Constitutionnelle Pendant la Transition Démocratique” „Lettre de L'Est” 2022, 29(60) s. 3–18. Przypisy bibliograficzne zostały podane zgodnie z formatem zapisu przyjętym w „Studiach Prawniczych”].

the external, mainly Western European examples influenced the constitutional development of this region, and how the new democratic frameworks inspired each other within Central and Eastern Europe.

Keywords: qualified majority, legislation, constitutional law, democracy, parliamentarism

Abstrakt: Celem niniejszego opracowania naukowego jest analiza migracji idei konstytucyjnej w ostatnich dekadach w Europie Środkowej i Wschodniej traktowanej jako swoisty przeszczep prawny. Szczególną uwagę zwrócono na sposób wdrożenia ustawodawstwa o szczególnej mocy prawnej w wybranych państwach w okresie transformacji ustrojowej. Pobieżny ogląd regionalnego wymiaru tego instrumentu konstytucyjnego pozwala na pogłębienie wiedzy dotyczącej roli ustawodawstwa o o szczególnej mocy prawnej podczas przemian ustrojowych, co przekłada się na cenne doświadczenie w zakresie migracji idei konstytucyjnych w Europie Środkowo-Wschodniej. W artykule przedstawiono również wpływ zewnętrznych, głównie zachodnioeuropejskich wzorców na rozwój konstytucyjny objętych analizą państw oraz wzajemne oddziaływanie nowych ram demokratycznych w Europie Środkowo-Wschodniej.

Słowa kluczowe: większość kwalifikowana, ustawodawstwo, prawo konstytucyjne, demokracja, parlamentaryzm

1. Introduction

My study concentrates on a recent legal transplant¹ in Central and Eastern Europe:² the implementation of qualified law in several countries during their democratic transition. A cursory glance at the regional dimension of this constitutional instrument provides new insight into the role of qualified legislation during political transitions and leads to valuable experience regarding the

¹ A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburgh 1974.

² Instead of legal transplant, other forms are also known, but this is the more well known version commonly used in the literature, so my study uses this term. See e.g. J. Husa, *A New Introduction to Comparative Law*, Oregon Hart Publishing, Oxford and Portland 2015, p. 107.

migration of constitutional ideas in Central and Eastern Europe.³ I attempt to demonstrate how the external, mainly Western European examples influenced the constitutional development of this region, and how the new democratic frameworks inspired each other within Central and Eastern Europe.

For this purpose, firstly, I describe the Western European models which were taken into account during the Central and Eastern European constitutional-making wave, as regards the implementation of qualified law; the French, Spanish and Austrian models are highlighted. In the next subchapter, those local traditions are conceptualised, which means the historical background behind the quick spread of qualified law. Then, the diversity of procedural regimes is analysed to prove that legal transplant does not mean and did not mean thirty years ago the automatic copying of foreign samples. Apart from the historical circumstances and the current political configuration, the margin of movement of the constitution-drafters should be also considered. Finally, it is also worth contemplating the conclusion that the diverse scope of qualified majority legislation in the various countries and the exact form of legal transplant depend mostly on the functions assigned to this particular legal instrument. From the countries of the region, the constitutions of Croatia,⁴ Georgia,⁵ Hungary,⁶ Moldova,⁷ Montenegro⁸ and Romania⁹ are taken into consideration, since these include the concept of qualified law.

2. Theoretical background

As a preliminary consideration, a definition of qualified law should be given. The relevant national legal systems outline the category of qualified law dif-

³ S. Choudry (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, p. 1–35.

⁴ The Constitution of Croatia [22.12.1990], www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_consolidated_text_of_the_Constitution_of_the_Republic_of_Croatia_as_of_15_January_2014.pdf [access: 13.09.2022].

⁵ The Constitution of Georgia [24.08.1995], matsne.gov.ge/en/document/view/30346?publication=36 [access: 13.09.2022].

⁶ The Fundamental Law of Hungary [25.04.2011], net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1100425.atv [access: 13.09.2022].

⁷ The Constitution of Moldova [29.07.1994], www.constituteproject.org/constitution/Moldova_2006.pdf [access: 13.09.2022].

⁸ The Constitution of Montenegro [25.10.2007], www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/me/me004en.pdf [access: 13.09.2022].

⁹ The Constitution of Romania [08.12.1991], www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ro/ro021en.pdf [access: 13.09.2022].

ferently; however, certain commonalities may be found between the various approaches. Qualified law is a constitutionally prescribed subcategory of statutory norms which covers at least in principle the most important fields of legislation, and which is subject to stricter procedural requirements than the ordinary legislative process.¹⁰

The different national legal systems apply different expressions for qualified law. It is beyond doubt that terminology is generally not an important factor of a substantial analysis, but in this concrete case it might be worth assessing this aspect at the start, since the terms conceptualise well the different functions of qualified law: its complex constitutional and political role.

The term ‘organic law’ is used in Europe by the Constitutions of France,¹¹ Spain,¹² Georgia, Croatia, Moldova and Romania. This terminology focusses on the constitutional aspect. In Spain, organic laws form part of the extended constitutional design, the so-called constitutional bloc, and in most of the relevant constitutional systems, organic laws may be invoked during the constitutional review of ordinary laws.¹³ The category of law with constitutional force was introduced in Hungary during the democratic transition in 1989; these laws had the same legal force as the constitutional provisions.¹⁴ The term of law, adopted with a two-thirds majority, was used in Hungary for over two decades between 1990 and 2011. This approach highlighted the political significance of this legal instrument: a higher level of parliamentary consent than a simple majority is required to enact and amend qualified laws.

The Fundamental Law of Hungary established – or even reinstated – a legal concept which did not exist during the previous two decades: the logic of the modern cardinal laws¹⁵ was very close to the former laws adopted with a two-thirds majority. This symbolic step served to reinforce the historical

¹⁰ J. P. Camby, *Quarante ans de lois organiques*, “Revue de droit publique” 1998, No. 5–6, p. 1686–1698; A. Jakab, E. Szilágyi, *Sarkalatos törvények a magyar jogrendszerben* [Cardinal laws in the Hungarian legal system], “Új Magyar Közigazgatás” 2014, No. 3, p. 96–110; P. Avril, J. Gicque, *Droit parlementaire*, Dalloz, Paris 2014, p. 267–307.

¹¹ Art. 46. of the Constitution of France [04.10.1958.], www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=en [access: 13.09.2022].

¹² Art. 81. (1) of the Constitution of Spain [07.12.1978], www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=en [access: 13.09.2022].

¹³ No. 66–28, *DC du 08.07.1966, (Rec., 15)*, [in:] M. Troper, D. D. Chagnollaude (eds), *Traité international de droit constitutionnel*, Dalloz, Paris 2012, Vol. 1, No. 5, p. 346.

¹⁴ G. Kilényi, *Az alkotmányozási folyamat és a kétharmados törvények* [The constitution-drafting process, and the qualified laws], “Jogtudományi Szemle” 1994, No. 5, p. 201–209.

¹⁵ Art. T) (4) of the Fundamental Law of Hungary.

rhetoric in the Fundamental Law; however, there might be only very distant similarities between the current and the historical concept of cardinal law.¹⁶

Finally, it is also noteworthy that Montenegro undoubtedly provides the legal instrument of qualified law in its constitution, but without a separate category. Only three different forms of qualified majority and the application scopes of each are outlined.¹⁷

3. The French, Spanish and Austrian examples

Since the introduction of qualified law was motivated considerably by three points of reference from outside the region, it is worth evaluating briefly what qualified law means in these constitutional systems. However, qualified laws concern not only these three countries, but also a huge number of further constitutional systems from around the world. Although the fact that certain elements of the English constitutional development were close to the logic of qualified law,¹⁸ the history of modern qualified law dates back only to 1958, when the Constitution of the Fifth French Republic was enacted.¹⁹ After the decolonisation of Africa, several countries implemented qualified laws into their constitutional systems;²⁰ currently, more than 20 African constitutions have qualified law, including Algeria,²¹ Senegal²² and Tunisia²³ and several other countries of the continent.²⁴

¹⁶ A. Horváth, *A magyar történeti alkotmány tradíciói* [The traditions of the historical constitution], [in:] A. Téglási (ed.): *Történelmi tradíciók és az új Alkotmány* [Historical traditions and the new constitution], Országgyűlés Hivatala, Budapest 2011, p. 120–131.

¹⁷ Art. 91 of the Constitution of Montenegro.

¹⁸ P. Leyland, *The constitution of the United Kingdom: a contextual analysis*, Hart Publishing, Oxford–Portland 2012, p. 25–42.

¹⁹ Art. 46 of the Constitution of France.

²⁰ D. René, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Dalloz, Paris 1964, p. 630.

²¹ Art. 123. of the Constitution of Algeria [15.05.1996], www.constituteproject.org/constitution/Algeria_2016.pdf?lang=en [access: 13.09.2022].

²² Art. 78 of the Constitution of Senegal [07.01.2001], www.constituteproject.org/constitution/Senegal_2009.pdf?lang=en [access: 13.09.2022].

²³ Art. 65 of the Constitution of Tunisia [26.01.2014], www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014.pdf [access: 13.09.2022].

²⁴ Art. 166 (1) point b), and art. 169 (1) of the Constitution of Angola [21.01.2010], www.constituteproject.org/constitution/Angola_2010.pdf [access: 13.09.2022]; art. 97 of the Constitution of Benin [02.12.1990], www.constituteproject.org/constitution/Benin_1990.pdf?lang=en; art. 155 of the Constitution of Burkina Faso [02.06.1991], www.constituteproject.org/constitution/Burkina_Faso_2012.pdf?lang=en [access: 13.09.2022]; art. 127 of the Constitution of Chad [1996], www.constituteproject.org/

The second wave of qualified law was attached to the fall of the nationalist dictatorships in Spain and Portugal.²⁵ Both post-transition constitutions have introduced qualified law;²⁶ moreover, this example was later followed by a number of Latin American countries, such as Ecuador²⁷ or Venezuela,²⁸ among others.²⁹ Finally, the third wave came after the fall of the communist dictatorships, when some Central and Eastern European countries also introduced qualified law.

After the main directions of the spread of qualified law around the world are outlined, the circumstances which increased its popularity are analysed. First of all, the French and Spanish backgrounds are conceptualised, since these

constitution/Chad_2005.pdf; art. 66 of the Constitution of Djibouti [1992], www.constituteproject.org/constitution/Djibouti_2010.pdf?lang=en [access: 13.09.2022], art. 104, of the Constitution of Equatorial Guinea [1991], www.constituteproject.org/constitution/Equatorial_Guinea_2012.pdf?lang=en [access: 13.09.2022]; art. 71 of the Constitution of Ivory Coast [08.11.2016], constitutionnet.org/sites/default/files/Cote%20D'Ivoire%20Constitution.pdf [access: 13.09.2022]; art. 60 of the Constitution of Gabon [1991], www.constituteproject.org/constitution/Cote_D'Ivoire_2016.pdf?lang=en [access: 13.09.2022]; www.constituteproject.org/constitution/Gabon_2011.pdf?lang=en [access: 13.09.2022]; art. 83 of the Constitution of Guinea [07.05.2010], www.constituteproject.org/constitution/Guinea_2010.pdf?lang=en [access: 13.09.2022]; art. 124 of the Constitution of Democratic Republic of Congo [18.02.2006], www.constituteproject.org/constitution/Democratic_Republic_of_the_Congo_2011.pdf?lang=en [access: 13.09.2022]; art. 125 of the Republic of Congo [2001], constituteproject.org/constitution/Congo_2015.pdf?lang=en [access: 13.09.2022]; art. 52, 70, 73, 77, 80, 85, 87, 89, 92, 93, 99, 101, 102, 103, and 105, of the Constitution of the Central African Republic [27.12.2004], www.constituteproject.org/constitution/Central_African_Republic_2010.pdf; art. 88 and 89 of the Constitution of Madagascar [14.11.2010], www.constituteproject.org/constitution/Madagascar_2010.pdf [access: 13.09.2022]; art. 85 and 86 of the Constitution of Morocco [01.07.2011], www.constituteproject.org/constitution/Morocco_2011.pdf; art. 67 of the Constitution of Mauritania [07.12.1991], www.constituteproject.org/constitution/Mauritania_2012.pdf [access: 13.09.2022]; art. 131 of the Constitution of Niger [31.10.2010], www.constituteproject.org/constitution/Niger_2010.pdf [access: 13.09.2022]; art. 92 of the Constitution of Togo [14.10.1992], www.constituteproject.org/constitution/Togo_2007.pdf?lang=en; art. 73 (3) and art. 86 (2) point b) of the Constitution of the Cape Verde [1980], www.constituteproject.org/constitution/Cape_Verde_1992.pdf?lang=en [access: 13.09.2022].

²⁵ Art. 81 (1) of the Constitution of Spain; art. 133 (3) of the Constitution of Portugal [02.04.1976], www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf [access: 13.09.2022].

²⁶ D. Conversi, *The Smooth Transition*, "National Identities" 2002, No. 3, p. 223–244.

²⁷ Art. 133 of the Constitution of Ecuador [28.09.2008], pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html [access: 13.09.2022].

²⁸ Art. 203 of the Constitution of Venezuela [20.12.1999], www.constituteproject.org/constitution/Venezuela_2009.pdf?lang=en [access: 13.09.2022].

²⁹ Art. 63 of the Constitution of Chile [21.10.1980], www.constituteproject.org/constitution/Chile_2015.pdf?lang=en; art. 112 of the Constitution of the Dominican Republic [13.06.2015], www.constituteproject.org/constitution/Dominican_Republic_2015.pdf; art. 151 of the Constitution of Colombia [04.07.1991], www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2005.pdf; art. 164 of the Constitution of Panama [1972], www.constituteproject.org/constitution/Panama_2004.pdf?lang=en; art. 106 of the Constitution of Peru [31.12.1993], www.constituteproject.org/constitution/Peru_2009.pdf?lang=en [access: 13.09.2022].

two countries influenced the constitution-drafting process of several other countries. After this, characteristics of the Austrian constitutional framework are highlighted, whose logic is close to qualified law and which had a remarkable impact on the Central and Eastern European development due to the geographical proximity.

In France, organic law was introduced by de Gaulle, who concentrated on the institutional aspect and underestimated the importance of qualified law as a tool for protecting fundamental rights.³⁰ Owing to this approach, French organic laws cover primarily the most important institutions of the state.³¹ On the contrary, a certain balance exists between the institutional and the fundamental right aspects in Spain.³² Nevertheless, a wide range of fundamental rights are covered by the qualified majority requirement in Spain.³³ However, the Spanish Constitutional Court interpreted the scope of organic law to avoid any unnecessary limitation on the margin of movement of the government.³⁴ The parliament is bicameral in both countries; an absolute majority is required in both chambers to enact or amend an organic law.³⁵ Apart from this, before the promulgation of organic laws in France, they must be sent to the Constitutional Council for constitutional review.³⁶ In Spain this requirement is only applied for the status of autonomous communities.³⁷

The Austrian system represents a different approach than the French or the Spanish model. The Austrian framework does not use the term organic law, while in practice the Austrian constitutional regime includes several elements of the concept. The Austrian constitutional development has a special historical background due to the partial legal continuity with the former Austrian Empire. In addition, despite the proximity of Central and Eastern Europe and the decade-long Soviet military presence, no communist system was established. Therefore, the country was not concerned by the Central and Eastern European constitution-making

³⁰ P. Blacher, *Le Parlement en France*, "Broché" 2012, Vol. 21, p. 11–23.

³¹ M. Troper, *Constitutional Law*, [in:] G. A. Bermann, E. Picard (eds), *Introduction to French Law*, Kluwer, Paris 2008, p. 13.

³² Ruling of the Constitutional Tribunal of Spain SJCC 76/1983, of 5 August, LC 2; 160/1987, of 27 October LC 2.

³³ *Constitutional Court Judgment*, No. 236/2007, <https://www.tribunalconstitucional.es/Resoluciones/Traducidas/236-2007,%20of%20November%202007.pdf>. [access: 13.09.2022]

³⁴ M.B. i Serramalera, *La ley organica: ámbito material y posición en el sistema de fuentes*. Atelier, Barcelona 2004, p. 30–31.

³⁵ Art. 46 (3) of the Constitution of France art. 81. (2) of the Constitution of Spain.

³⁶ Art. 46 (5) of the Constitution of France.

³⁷ J. F. Chofre Sirvent, *Significado y función de las leyes orgánicas* [The significance and function of organic law], Tecnos, Madrid 1994, p. 215–224.

wave. As a consequence, the qualified legislative majority did not support the peaceful political transition in Austria, but completed the historically elaborated, inherently fragmented constitutional framework. Due to these differences, the Austrian experience does not constitute a separate model of Central European qualified law; this was rather a close point of reference for those lawyers and politicians who argued for the introduction of qualified laws.³⁸ Nevertheless, the Austrian statutory norms with quasi-constitutional force play a crucial role in the protection of certain fundamental rights, and this inspired the Central and Eastern European constitution-drafters to consider legislation with qualified majority as a potential safeguard of fundamental rights and human dignity.

4. The historical context as an actor of legal transplant

Besides the aforementioned foreign examples, it is also noteworthy that some of those Central and Eastern European countries which introduced qualified laws during the 1990s could rely on certain elements of their constitutional history during the implementation. These historical points of reference were probably not inevitable for the reception, since organic laws have also been popular in Africa without clear historical reasons.³⁹ Nevertheless, the role of these actors should not be underestimated. Amongst these examples, Hungary might be mentioned firstly, where the historical, uncoded constitution was based on cardinal laws until 1949.⁴⁰ These laws were enacted with the same legislative process as ordinary laws; it was public opinion and the most prestigious legal scholars that conferred constitutional significance on these laws.⁴¹ During the democratic transition in 1989–1990, these historical cardinal laws served as an important argument for the implementation, though the French, Spanish and Austrian examples were also referenced during these discussions. Due to the strong historical link between the two countries, the Austrian model was probably the most influential for the framers; the application itself and the broad scope of the two-thirds legislative majority also come from the Austrian Constitution.⁴² The Hungarian development is

³⁸ The personal interview with István Somogyvári, former Hungarian secretary of state, 27.10.2016.

³⁹ C.M. Fombad (ed.), *Separation of Powers in African Constitutionalism. Stellenbosch Handbook in African Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2017, p. 50–65.

⁴⁰ H. Küpper, *Cardinal laws in the Hungarian legal system*, “MTA Law Working Papers” 2014, Vol. 46, p. 2–5.

⁴¹ Kilényi, *Az alkotmányozási...*, p. 201–209.

⁴² G. Kilényi (ed), *Az Alkotmány alapelvei* [The fundamental principles of the Constitution], ÉGSZI, Budapest 1989, Vol. 1, p. 18–32.

special from a historical perspective, since four different models of qualified law have been established there.

The constitutional revision in 1989 created the first version of modern qualified law in Hungary, which should have been enacted or amended just with a two-thirds majority of all deputies.⁴³ The Constitution stipulated that all laws concerning the fundamental rights and duties of the citizens should be covered by laws with constitutional force.⁴⁴ It is interesting to note that at the moment similar constitutional provisions exist only in Croatia, Montenegro and Tunisia. The first two models will be detailed later, while Tunisia applies the absolute majority model with some corrective elements.⁴⁵

The concept of law with constitutional force meant a strict constraint on the governmental margin of movement, since almost every act concerns the fundamental rights and duties of the citizens; therefore, this model was followed in May 1990 with the laws adopted with a two-thirds majority. With the exhaustive enumeration of the qualified matters of legislation, the new approach narrowed the scope of qualified law and prescribed that the two-thirds consent of the deputies was sufficient to enact and amend qualified law. The only such statute which was still subject to the two-thirds majority of all deputies was the act on the national flag and the national coat of arms.⁴⁶

Hungary is the only country in Central Europe to adopt a new constitution during the last decade; as part of this project, the need for and exact form of qualified law were also discussed.⁴⁷ The Fundamental Law reinstated the category of cardinal law,⁴⁸ while the scope of the qualified majority requirement was partly extended and partly narrowed.⁴⁹

From Romanian history, the organic laws of Wallachia and Moldavia from 1832 should be highlighted. They functioned as quasi-constitutional norms, but officially did not serve as the constitutions of their respective countries.⁵⁰

⁴³ G. Kilényi, *Az alaptörvény stabilitását szolgáló garanciák a külföldi alkotmányokban és nálunk* [The safeguards for the stability of the constitution in Hungary and elsewhere], *Jogtudományi Közlöny* 1996, No. 3, p. 110–124.

⁴⁴ Ruling of the Hungarian Constitutional Court, no. 4/1990. (III. 4) ABH. 1990, 28–30.

⁴⁵ Art. 64 of the Constitution of Tunisia.

⁴⁶ Art. 75 (3) of act. XX. of 1949 on the Constitution of the Republic of Hungary, <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=94900020.TV&txtreferer=00000001.txt> [access: 13.09.2022].

⁴⁷ For instance please see: Gy. Koi, *A sarkalatos törvények kérdése az Alaptörvényben* [The issue of cardinal law in the new Fundamental Law], *Új Magyar Közigazgatás* 2011, No. 6–7, p. 2–9.

⁴⁸ Art. T), (4) of the Fundamental Law of Hungary.

⁴⁹ Jakab, *Sarkalatos...*, p. 96–102.

⁵⁰ N. Djuvara, *Între Orient și Occident. Țările române la începutul epocii moderne* [Between the east and the west. Modern Romanian constitutionalism], Humanitas, Bucharest 1995.

The other important experience of Romanian society was the revolution of 1989, which required exceptional care from the drafters of the new constitution, who considered organic law a potential long-term safeguard of the democratic transition. Moreover, the French constitutional development was traditionally monitored closely by Romanian scholars and politicians. Especially in the light of the concrete framework, this was probably also an important source of the Romanian model of qualified law.⁵¹

In Moldova, two special circumstances determined the priorities of the constitution-drafters. Firstly, Moldova followed the Romanian example in more respects; this likely meant an important inspiration for the implementation of qualified law.⁵² However, it will be detailed later that the organic laws in Moldova differ remarkably from their Romanian counterparts. Secondly, society has been divided deeply in Moldova, and the Romanian and Russian communities have held inherently different visions for the future of the country. Furthermore, the autonomous status of Gagauzia is special, which must be provided by an organic law.

As regards Croatia, the main motivation for the implementation came from outside the Central European region. The main principles of the Croatian Constitution, the catalogue of fundamental rights and the safeguards of their protection emanate from the German constitutional tradition,⁵³ while the organisational framework is based mainly on the French constitutional design.⁵⁴ Although the introduction of organic law and the establishment of a special subcategory of law are obvious examples of French influence, Croatian organic laws exist in a unicameral parliamentary system, while France applies a semi-presidential framework with bicameral legislation. It should also be noted that the original Croatian Constitution after independence stipulated a bicameral parliament, which was abolished in 1998. Apart from these external sources, historical reasons might also explain why organic law was considered a potential guarantee of inclusive legislation in Croatia. Similarly to Romania, the democratic transition was surrounded by violent

⁵¹ I. Deleanu, *Institutii si proceduri constitutionale* [Constitutional institutions and procedures], Beck C.H., Bucuresti 2006, p. 220.

⁵² T. Carnat, *Constitutional law*, State University of Chisinau, Chisinau 2005, p. 129–130.

⁵³ S. Baric, *The Transformative Role of the Constitutional Court of the Republic of Croatia: From the ex-Yu to the EU*. “Working Paper” 2016, No. 6, http://bib.irb.hr/datoteka/971606.constitutional_court_croatia.pdf [access: 13.09.2022].

⁵⁴ Z. Đurđević, M. Mataija, *The Constitution of Croatia in the perspective of European and global governance*, [in:] A. Albi, S. Bardutzky, *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, Springer, Berlin and Heidelberg 2019, p. 1155–1160.

incidents and the long war against Serbia, so this experience highlighted the potential safeguards of a stable constitutional order.

Montenegro reclaimed its full independence in 2006, and its constitution entered into force in 2007, just over a decade later than the other constitutions of the region. There are three levels of qualified legislation in Montenegro, but otherwise the relevant constitutional provisions are very similar to the Croatian concept of organic law. However, the Constitution of Montenegro does not delineate a separate category of organic law, only those fields of legislation on which certain forms of heightened parliamentary majority should be applied.

Georgia is the most eastern country of Europe where organic law exists. The historical background of the Georgian constitution was a bit similar to the Spanish example, but when this analogy is used, the important differences between the two countries should be also taken into account. The other country which may be comparable to Georgia is Moldova. The most important characteristic of Georgian society was its fragmentation: the tensions between the different political interest groups and the movements of the nationalities threatened the peaceful transition and the territorial integrity of the country. For a short period in 1992, there were violent incidents and for some months a temporary military government led the country. Besides this, South Ossetia and Abkhazia targeted full independence, or at least an extension of their autonomy. Because of these uncertainties, all relevant stakeholders expressed a willingness to enact the final constitution of the country and to conclude the transition peacefully. Organic law was seen as a proper instrument for these aims.⁵⁵

A cursory glance at the historical background demonstrates how the circumstances of democratic transition could entail the introduction of qualified law in these countries. When the local constitutional development includes such elements, which had a similar logic to the modern concept of qualified law, this increases the chance of the topic being discussed while drafting a constitution. Most of these points of reference may be found in recent history, but in certain cases arguments might be invoked from the Middle Ages, and these references also strengthen the legitimacy of the current qualified laws.

The concrete political environment of a democratic transition might be also relevant. When the risk of an armed conflict is considerable, the territorial integrity of the country is jeopardised or the final outcome of the political transition is uncertain, qualified law is a popular instrument for reinforcing the inclusivity of the legislative process. The higher parliamentary majority

⁵⁵ I. Aladashvili, *Guide to Georgian legal research*, GlobaLex 2005, <https://www.nyulawglobal.org/globalex/Georgia.html> [access: 13.09.2022].

required may force the interested stakeholders to negotiate regularly with each other, and as a consequence, the compromises grounded on these discussions may represent the interests of broader social layers. To set a concrete example: the transition was inherently peaceful in Hungary, but the final outcome of the first pluralistic parliamentary election was truly unforeseeable for all stakeholders, so each political party sought safeguards of oppositional rights.⁵⁶ In most of the cases, the influential points of reference came from outside the region; the relevant Western European models had the most obvious impact. In the meantime, the countries of the region also borrowed constitutional ideas from each other. The origin of Moldovan organic laws demonstrates this excellently.

5. Different procedural regimes: the margin of movement of national decision-makers

During the elaboration of a qualified law concept, one of the key issues is to identify those procedural safeguards which distinguish these statutes from the ordinary parliamentary legislative process. This is not only an important factor from the perspective of qualified law, but also an excellent instrument to prove that legal transplant should not mean an automatic, literal copy of foreign solutions in Central and Eastern Europe.

The countries of this region frequently copied foreign constitutional instruments, though they properly adapted them to the local circumstances. Despite the fact that only three external models guided the constitutional experts and politicians participating in the constitution-drafting process, different procedural regimes have been elaborated, since the concept of qualified law has been amended during each implementation. The migration of constitutional ideas and the harmonisation of the legal systems correlate with the margin of movement of the national decision-makers; therefore, despite the similar starting points, different solutions have been reached in each country.

As mentioned above, Hungary has introduced three different procedural regimes of qualified law during the last three decades; this is probably the

⁵⁶ I. Kukorelli: *Az MDF és az SZDSZ megállapodása utáni alkotmánymódosítás és következményei* [The constitutional amendment after the compromise of the MDF and the SZDSZ and its consequences], [in:] I. Kukorelli, K. Tóth, *A rendszerváltás államszervezeti kompromisszumai*, Antológia Kiadó, Lakitelek 2016, p. 5–185, https://library.hungaricana.hu/hu/view/RetorkiKonyvek_013/?pg=4&layout=s [access: 13.09.2022].

conclusion of the continuous political instrumentalisation of qualified law.⁵⁷ The procedural framework was inspired initially mostly by the Austrian example, according to which a two-thirds majority is required for a broad range of crucial legislative decisions. However, in Austria, qualified laws are distinguished from ordinary laws on two grounds. Firstly, the quorum for ordinary laws is one third of the members of the parliament, while for qualified laws it is half of the representatives.⁵⁸ Secondly, the required majority for legislation is two thirds of the votes cast instead of a simple majority. By contrast, in Hungary, the quorum is half of all deputies for both qualified and ordinary laws;⁵⁹ the difference always comprised the level of consent required. The subsequent Hungarian models of qualified law have been detailed elsewhere; here just one more element of the current cardinal law concept is highlighted, demonstrating well that its implementation goes hand in hand with at least an attempt at adaptation.

In almost all countries concerned, it is dubious whether the qualified and ordinary provisions might be incorporated into the same statute, and if this is permitted, how one should distinguish the two types of legislation? Hungary provided a new answer to this question: so-called cardinal clauses were added to each statute which includes at least one cardinal provision, and they are subject to the two-thirds legislative majority requirement. In practice, this means that the cardinal clause enumerates those provisions of the act which should be covered with a qualified parliamentary majority. Nevertheless, this classification may be reviewed by the Constitutional Court. This concept originates from the law of the European Union, since national laws should declare explicitly in a clause which legal instrument of the European Union a particular act serves to comply with.⁶⁰

Romania operates with an absolute majority system in a bicameral framework: the majority of all deputies and all senators must support a bill for it to be enacted.⁶¹ This procedural safeguard comes from the French Constitution, but the Romanian approach does not include the further safeguards which complement the absolute majority requirement in France. Amongst these guarantees, the most important is the mandatory a priori constitutional review of organic

⁵⁷ K. Tóth, *A kétharmados törvények* [The laws adopted with two-third majority], [in:] I. Kukorelli, *A rendszerváltozás...*, p. 187–253.

⁵⁸ Art. 31 and 44 (2) of the Federal Constitution of Austria.

⁵⁹ Art. 5 (5) of the Fundamental Law of Hungary.

⁶⁰ E. Bodnár, M. Módos, *A jogalkotás normatív kereteinek változásai az új jogalkotási törvény elfogadása óta* [The new normative framework of legislation since the adoption of the new act on law-making], "Kodifikáció" 2012, No. 1, p. 33–34.

⁶¹ Art. 74 (1) of the Constitution of Romania.

laws, but this element has not been borrowed by any of the Central or Eastern European countries.⁶² This can be explained by the fact that the primary competence of the French Constitutional Council is a priori constitutional reviews, but in most European countries, the German constitutional tradition was considered more attractive. In Africa, where the French influence was stronger and the local traditions played a less important role, mandatory a priori constitutional review has been transplanted by a huge number of countries.⁶³

Moldova relied mostly on the Romanian model when the procedural safeguards of organic law were outlined, but the absolute majority requirement should be interpreted in a unicameral system,⁶⁴ so its weight is remarkably less than in Romania. However, a special exception should be highlighted, which was probably inspired by certain elements of the French and Spanish systems. The organic law about the status of the Autonomous Community of Gagauzia should be adopted by at least a three-fifths majority in the parliament, instead of the generally applied absolute majority requirement for organic laws.⁶⁵ The French Constitutional Council was the first to identify a hierarchy between organic laws themselves: the organic law on public finances has been vested with a quasi-constitutional force.⁶⁶ A closer analogy from Spain might be mentioned, where only the organic laws on the statutes of autonomous communities should be subject to mandatory a priori constitutional review. This is not valid for the remaining Spanish organic laws.

Croatia combined the two-thirds and absolute majority models. The Constitution prescribes that the organic law on the rights of the national and ethnic minorities may be enacted or amended with a two-thirds majority of the parliamentarians,⁶⁷ while for other organic laws an absolute majority is sufficient.⁶⁸ Some similarities might be identified with the Austrian constitutional concept as well, apart from the fact that after the constitutional amendment in May 1990, the Hungarian Constitution stipulated a two-thirds majority of the deputies present for the amendment of qualified laws, apart from the act on the national flag and the national coat of arms, which was subject to a two-thirds majority of

⁶² B. Szentgáli-Tóth, *Organic laws and the principle of democracy in France and Spain*, "Pro Futuro - A jövő nemzetdékek joga" 2020, Vol. 9, No. 4, p. 62–74.

⁶³ J. Gitiri, B. Szentgáli-Tóth, *The organic laws in francophone Africa and the judicial branch: a contextual analysis*, "Speculum Juris" 2021, t. 35, No. 1, p. 107–117.

⁶⁴ Art. 74 (1) of the Constitution of Moldova.

⁶⁵ Art. 111 (7) of the Constitution of Moldova.

⁶⁶ No. 98-401, DC du 10 juin 1998.

⁶⁷ Art. 82 (1) of the Constitution of Croatia.

⁶⁸ Art. 82 (2) of the Constitution of Croatia.

all parliamentarians.⁶⁹ Moreover, the aforementioned distinction of the status of autonomous communities amongst organic laws may have had also an impact on the Croatian framework.

Montenegro established a procedural regime close to the Croatian approach, but with even more sophisticated content. Qualified laws have three different classes: most of them should be adopted by an absolute majority of the members of the parliament, while the act on the political rights and the properties of foreigners should be enacted with a two-thirds majority of the deputies. Finally, between these two categories, a third one was also established in the Constitution of Montenegro: the rights of the national minorities and the use of the Montenegrin armed forces abroad should be supported in the first vote by at least two thirds of the parliamentarians, while in the second vote, by at least a majority of all deputies.⁷⁰

Similarly to Romania, Georgia introduced an absolute majority system in a bicameral structure, but with additional safeguards.⁷¹ If the president submits a veto against an adopted organic law, the parliament may only uphold the earlier version with a three-fifths majority of the deputies.⁷² It is interesting that a similar solution exists only in Tunisia.⁷³ Moreover, the Georgian Constitution contains one further element, which might be worth considering in other countries as well. It is not always obvious how the two-thirds requirement should be calculated or what exactly should be understood by the phrase 'all deputies'. This may be problematic in the case of temporary vacancies due to the resignation or death of certain parliamentarians. In addition, the counting of abstentions is also questionable, as we have seen in the recent practice of the European Parliament.⁷⁴ The Constitution of Georgia expressly provides that a qualified majority should be calculated on the basis of the deputies on the current nominal list.⁷⁵ The calculation is therefore not based on the constitutionally prescribed number of the representatives, but on those seats which are actually filled at the given moment.

⁶⁹ Art. 75 (3) of act XX. from 1949 on the Constitution of the Republic of Hungary, <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=94900020.TV&txtreferer=000000001.txt> [access: 13.09.2022].

⁷⁰ Art. 91 of the Constitution of Montenegro.

⁷¹ Art. 66 (2) of the Constitution of Georgia.

⁷² Art. 68 (4) of the Constitution of Georgia.

⁷³ Art. 81 (5) of the Constitution of Tunisia.

⁷⁴ www.lawoforderblog.com/2018/03/4-things-most-people-get-wrong-about-abstentions/ [access: 13.09.2022].

⁷⁵ I. Aladashvili, *Guide to Georgian....*

The procedural rules of qualified law show a huge diversity across the Central and Eastern European region, and lead us to the conclusion that this legal instrument arrived from outside the region, but was adapted remarkably to the local demands. Most of the legal transplants in Central and Eastern Europe should be seen as attempts to elaborate a special form of well-functioning external constitutional solutions.

6. The scope of qualified law: the functions assigned to qualified legislation

Qualified legislation may be divided into two main groups: basic institutions of the state and fundamental rights. Qualified laws often cover a wide range of fundamental rights, for instance, freedom of assembly, freedom of association, freedom of expression and fundamental political rights. The regulatory framework of the main constitutional actors and the basic institutions of the state also fall within the circle of qualified law. When a country decides to implement qualified law, it should be determined which fields of legislation will be covered by this safeguard; it depends mostly on the function assigned to qualified laws. Five main theories are identifiable in the practice of the Hungarian Constitutional Court: qualified laws may prolong the constitution,⁷⁶ serve the stability of the constitution,⁷⁷ be considered inherently political instruments,⁷⁸ be seen as a strong safeguard for the protection of fundamental rights⁷⁹ and influence the separation of powers.⁸⁰ The scope of qualified law is determined by those functions which are attached to this concept during its implementation.

In Hungary in 1989, qualified law was considered such an instrument, extending the constitutional protection to what were considered the most important statutes. Following the constitutional revision in 1990, the political approach of qualified law prevailed. Instead of the overly general description of the scope of qualified law, similarly to Spain, the Constitution enumerated those fundamental rights which should be covered by qualified laws.

⁷⁶ Ruling of the Hungarian Constitutional Court, No. 1/1999, (II. 24), ABH 1999, 25.

⁷⁷ Ruling of the Hungarian Constitutional Court, No. 43/1992, (VII. 16), ABH 1992, 374.

⁷⁸ Ruling of the Hungarian Constitutional Court, No. 66/1997, (XII. 29), ABH 1997, 397.

⁷⁹ Ruling of the Hungarian Constitutional Court, No. 4/1993, (II. 12), ABH 1993, 48.

⁸⁰ Ruling of the Hungarian Constitutional Court, ABH 2001, 31/2001, (VII. 11) 258.

The Fundamental Law reconsidered the scope of qualified law: most of the fundamental rights were removed from the list of cardinal matters, while the institutional aspect remained dominant.⁸¹ Currently, the Fundamental Law classifies around 35 fields of legislation as cardinal, most of which concern the basic institutions of the state, such as the status, competences and functioning of the president of the republic,⁸² the parliament and its members,⁸³ the Constitutional Court,⁸⁴ the ombudsman and the vice-ombudsmen,⁸⁵ the judicial system⁸⁶ or the National Bank⁸⁷ as well as the detailed rules on the parliamentary⁸⁸ and municipal elections.⁸⁹ The Fundamental Law defines cardinal law as a general term⁹⁰ and prescribes in several provisions each cardinal field of legislation. This method for allocating qualified majorities is relatively close to the Austrian model.

Similarly to the Spanish solution,⁹¹ Art. 72 (3) of the Constitution of Romania enumerates most of the organic legislative matters, but several other constitutional provisions require a qualified majority for the regulation of certain issues. Each statute declares its character, regardless of whether it is a qualified or an ordinary law, but according to the Romanian Constitutional Court there may also be ordinary and organic provisions within the same act.⁹² The scope of Romanian organic law, especially in the institutional aspect, is remarkably broader than its Hungarian counterpart, but the required majority is lower in

⁸¹ B. Szentgáli-Tóth, *A sarkalatos törvényalkotás egyes alkotmányossági dimenziói: a sarkalatos törvényekkel kapcsolatos hazai alkotmánybírósági gyakorlat múltja, jelene, jövője* [Certain constitutional dimensions of the cardinal legislation: the past, present, and future of the Constitutional Court case law on qualified legislation], "Alkotmánybírósági Szemle" 2019, No. 1, p. 10–19.

⁸² Art. 12 (5) of the Fundamental Law of Hungary.

⁸³ Art. 2 (2), art. 4 (4) and (5) of the Fundamental Law of Hungary.

⁸⁴ Art. 24 (2) point g) and (3), (7) and (9) of the Fundamental Law of Hungary.

⁸⁵ Art. 30 (5) of the Fundamental Law of Hungary.

⁸⁶ Art. 25 (6) and (8), art. 26 (1) and (2) of the Fundamental Law of Hungary.

⁸⁷ Art. 41 (6) of the Fundamental Law of Hungary.

⁸⁸ Art. 2 (1) of the Fundamental Law of Hungary.

⁸⁹ Art. 35 (1) of the Fundamental Law of Hungary.

⁹⁰ Art. T) (4): „Cardinal Acts shall be Acts, the adoption and amendment of which requires the votes of two thirds of the Members of the National Assembly present.”

⁹¹ In this regard, the Romanian approach follows exceptionally the Spanish logic instead of the French one.

⁹² From the relevant Romanian practice please see: ruling of the Constitutional Court no. 88/2.06.1998, Official Gazette 207/3.06.1998; ruling of the Constitutional Court No. 442/10.06.10, Official Gazette 526/2015.07.15; ruling of the Constitutional Court No. 568/2015.09.15, Official Gazette 844/2015.11.12; ruling of the Constitutional Court of Romania, No. 622/2016.10.13, Official Gazette 60/20.01.2017.

Romania so its impact on the whole legal system is less significant. In Romania and Moldova, partly the civil,⁹³ and also the criminal⁹⁴ Code are considered organic laws. In Hungary, these acts are not covered by the qualified majority requirement, since it makes it more difficult to adapt these main codes to the frequently changing social demands.

As with Moldova, it should be noted that the real circle of organic laws may not be determined solely from the Constitution itself.⁹⁵ Similarly to Romania, Art. 72 (3) provides an extensive list of organic legislative fields, but other constitutional articles also stipulate qualified majority requirements for certain issues.⁹⁶ Apart from this, the parliament may also adopt organic laws on matters which are not classified by the Constitution as an organic legislative field, but for which the application of the stricter procedural regime may be justified.⁹⁷ This margin of movement of the parliament is not only a theoretic competence: on the ground of this authorisation, the parliament adopted organic laws on the public prosecutor, the organisation of the armed forces, the status of the judiciary, lawyers and the security forces, among others.⁹⁸ In reality, these characteristics of the Moldovan constitutional system mean that besides the Constitution, the Moldovan constitutional framework is based on organic laws. Unlike in all other countries, qualified laws are not exceptional; this is the ordinary way of legislation. Since Moldovan organic laws are applied broadly due to the aforementioned reasons, ordinary laws are remarkably fewer and less significant than in the other countries concerned. This background explains why the necessity of organic law has not been contested in Moldova; the priority of organic laws over ordinary laws is also beyond doubt. Organic law is considered only a safeguard; these norms are seen as the prolongation of the Constitution, while the procedural regime provides sufficient flexibility in case of attempted

⁹³ Art. 72 (2) point L) and P) of the Constitution of Romania; art. 72 (3) point H) and I) of the Constitution of Moldova.

⁹⁴ Art. 72 (3) point F) of the Constitution of Romania; art. 72 (3) point N) of the Constitution of Moldova.

⁹⁵ Carnat, *Constitutional...* p. 114–115; 129–130; art. 73 (3) point R) of Constitution of Moldova.

⁹⁶ Art. 72 (3) point P) of the Constitution of Moldova.

⁹⁷ Art. 72 (3) point R) of the Constitution of Moldova.

⁹⁸ Interview with Teodor Carnat, the member of the Judicial Council of Moldova and the professor of the State University of Moldova, Department of Constitutional Law [14.09.2017].

reforms.⁹⁹ In Moldova, only the substantial constitutionality of organic laws may be challenged; dogmatic debates on this topic are not typical.¹⁰⁰

Croatia and Montenegro represent a different model to Romania and Moldova; their constitutions do not include a complete list of the organic fields of legislation, but only some general clauses are provided from the scope of qualified law. For instance, the Croatian Constitution stipulates that 'laws (organic laws) which elaborate the constitutionally defined human rights and fundamental freedoms, the electoral system, the organisation, authority and operation of government bodies and the organisation and authority of local and regional self-government shall be passed by the Croatian Parliament by a majority vote of all representatives.'¹⁰¹

The reference to the constitutionally provided fundamental rights and freedoms and the organisation of governmental bodies make this list open-ended. It would be the task of the parliament, and on the final instance the Constitutional Court, to interpret which statutes or statutory provisions fall under organic law.

The Montenegrin Constitution also refers to the fundamental rights and freedoms provided by the Constitution, but the list of qualified legislative matters is longer and more detailed.¹⁰² This regulatory method is very close to the Hungarian solution applied during the 1989 constitutional revision: this is grounded on a very broad reference to fundamental rights and duties and on the exhaustive enumeration of institutional matters.

Last but not least, the Georgian model is again closer to the French and the current Hungarian solution: organic law and the subsequent safeguards are outlined by the Constitution.¹⁰³ Apart from this, the Constitution provides expressly, on a case-by-case basis, which acts should be adopted as organic. A special temporary rule was also drafted, stating that all organic laws should be passed no later than the end of the second year after the enactment of the Constitution.¹⁰⁴

As mentioned above, the two main types of qualified legislation are fundamental rights and the institutional aspect.¹⁰⁵ In Central and Eastern Europe, the institutional approach prevails, which is similar to the character of the French

⁹⁹ Interview with Rodica Secieru, the general secretary of the Constitutional Court of Moldova [Chisinau, 15.09.2017].

¹⁰⁰ For instance, ruling 2013/36. of the Constitutional Court of Moldova [05.12.2013.].

¹⁰¹ Art. 82 (1) of the Constitution of Croatia.

¹⁰² Art. 91 of the Constitution of Montenegro.

¹⁰³ Art. 66 (2) of the Constitution of Georgia.

¹⁰⁴ Art. 106 (3) of the Constitution of Georgia.

¹⁰⁵ Ruling of the Hungarian Constitutional Court, No. 1/1999, (II. 24), ABH 1999, 25.

organic laws. However, it is different from the French model in that qualified laws protect fundamental rights in two ways, as demonstrated below.

In almost all the constitutional systems concerned, the statutory rules on the functioning, organisation and relationships of the most important constitutional actors should be covered by the qualified majority requirement. Where qualified law exists – acts on the president of the republic,¹⁰⁶ the parliament,¹⁰⁷ the Constitutional Court,¹⁰⁸ the ombudsman,¹⁰⁹ the legislative¹¹⁰ and municipal¹¹¹ electoral systems and on referenda¹¹² – it is always subject to a higher level of legislative majority.

Regarding the protection of fundamental rights, some fundamental rights may be also found amongst the qualified subject matter, but it is more popular to confer qualified majority on the statutory framework of those institutions which are responsible for the protection of fundamental rights. In my view, this ambiguity may be interpreted as the two levels of qualified law's function of safeguarding fundamental rights. The direct level means that certain fundamental rights are covered by the qualified majority requirement, while the indirect aspect suggests that acts on the constitutional court, the ombudsman, the judicial system and the status of judges should be enacted with a qualified majority as a safeguard of independence.

The relevant Central and Eastern European constitutional systems operate only in a very narrow circle with qualified law as a direct instrument for protecting fundamental rights, except for Croatia and Montenegro, where according to the general clause the statutory rules on fundamental rights should be covered by organic laws. Nevertheless, freedom of religion¹¹³ and the right to citizenship is classified as a qualified field of legislation in most of the relevant constitutional frameworks.¹¹⁴ The requirement of a qualified majority does not only concern

¹⁰⁶ In the foregoing, these qualified legislative fields will be shown on the sample of the Constitution of Georgia. As regard the president of the republic, art. 70 (1) prescribes the organic legislative procedure.

¹⁰⁷ Art. 50 (5) of the Constitution of Georgia.

¹⁰⁸ Art. 83 (1), and art. 89. (1) of the Constitution of Georgia.

¹⁰⁹ Art. 43 (3) of the Constitution of Georgia.

¹¹⁰ Art. 4 (4) and art. 50. (5) of the Constitution of Georgia.

¹¹¹ Art. 2 (4) of the Constitution of Georgia.

¹¹² Art. 74 (1) and (3) of the Constitution of Georgia.

¹¹³ Art. XIX (3) of the Fundamental Law of Hungary; art. 73 (3) point S) of the Constitution of Romania; art. 72 (3) point K) of the Constitution of Moldova; art. 12 (3) of the Constitution of Georgia.

¹¹⁴ Art. G) (4) of the Fundamental Law of Hungary; art. 5 (1) of the Constitution of Romania; art. 17 (1) of the Constitution of Moldova.

the fundamental rights themselves, but also those institutions which safeguard the protection of these rights. Most of the relevant constitutions contain three such institutions amongst the qualified legislative subjects: the constitutional court, the ombudsman and the judicial system. In reality, the role of qualified laws is more complex with regard to the indirect protection of fundamental rights: for instance, the education system is also an organic field of legislation in Romania and Moldova.¹¹⁵

7. Conclusions

The aim of my study was to consider certain aspects of legal transplants in Central and Eastern Europe. For this purpose, I analysed a sample of qualified laws which spread across the region after the fall of the communist regimes, and which was introduced by numerous countries around 30 years ago. The popularity of this constitutional instrument in the region shows that the legal transplant was more than a mere copy of foreign models: they were adapted to the local circumstances. As a result, the outcome of the reception is diverse, with the influential models differing from country to country. It is also noteworthy that the constitutional traditions of the countries concerned had a remarkable impact on the concrete concept of qualified law, while in some countries the elements of more foreign models were likely combined. In certain cases, apart from the obvious impact of the Western European models, the Central and Eastern European countries also inspired each other: so legal transplant may also exist within the region, the new constitutional democracies borrowed constitutional ideas from each other.

If we focus on the alleged perspectives of qualified law in Central and Eastern Europe, despite the serious concerns regarding the distortive effect of this constitutional instrument, the advantages are usually considered stronger, and this concept will likely be used for the long term. However, several aspects of the ideal procedural regime and the scope of qualified law are still uncertain, so the current concepts of qualified law might be reconsidered in the near future. A recent constitutional drafting wave is not expected in the region at the moment, but in case of any constitutional reforms in the region, the French, Spanish and Austrian models will probably again be the most influential. As a concluding remark, it should be highlighted that neither of these implementations are based

¹¹⁵ Art. 73 (3) point N) of the Constitution of Romania; art. 72 (3) point K) of the Constitution of Moldova.

on a careful assessment of the existing models, so these solutions have not always been well-grounded. Therefore, in my view, it would be an important task for constitutional law research to analyse the safeguards potentially attached to qualified law, and to rumour what kind of consequences would be entailed by the introduction or the neglect of each model.

Bibliography

Constitutions

- The Constitution of Algeria [15.05.1996], https://www.constituteproject.org/constitution/Algeria_2016.pdf?lang=en.
- The Constitution of Angola [21.01.2010], https://www.constituteproject.org/constitution/Angola_2010.pdf.
- The Constitution of Benin [02.12.1990], https://www.constituteproject.org/constitution/Benin_1990.pdf?lang=en.
- The Constitution of Burkina Faso [02.06.1991], https://www.constituteproject.org/constitution/Burkina_Faso_2012.pdf?lang=en.
- The Constitution of Cape Verde [1980], https://www.constituteproject.org/constitution/Cape_Verde_1992.pdf?lang=en.
- The Constitution of Central African Republic [27.12.2004], https://www.constituteproject.org/constitution/Central_African_Republic_2010.pdf.
- The Constitution of Chad [1996], https://www.constituteproject.org/constitution/Chad_2005.pdf.
- The Constitution of Chile [21.10.1980], https://www.constituteproject.org/constitution/Chile_2015.pdf?lang=en.
- The Constitution of Colombia [04.07.1991], https://www.constituteproject.org/constitution/Colombia_2005.pdf.
- The Constitution of Croatia [22.12.1990], https://www.usud.hr/sites/default/files/dokumenti/The_consolidated_text_of_the_Constitution_of_the_Republic_of_Croatia_as_of_15_January_2014.pdf.
- The Constitution of Democratic Republic of Congo [18.02.2006], https://www.constituteproject.org/constitution/Democratic_Republic_of_the_Congo_2011.pdf?lang=en.
- The Constitution of Djibouti [1992], https://www.constituteproject.org/constitution/Djibouti_2010.pdf?lang=en.
- The Constitution of Dominican Republic [13.06.2015], https://www.constituteproject.org/constitution/Dominican_Republic_2015.pdf.

- The Constitution of Ecuador [28.09.2008], <https://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Ecuador/english08.html>.
- The Constitution of Equatorial Guinea [1991], https://www.constituteproject.org/constitution/Equatorial_Guinea_2012.pdf?lang=en.
- The Constitution of France [04.10.1958.], https://www.constituteproject.org/constitution/France_2008.pdf?lang=en.
- The Constitution of Gabon [1991], https://www.constituteproject.org/constitution/Gabon_2011.pdf?lang=en.
- The Constitution of Georgia [24.08.1995], <https://matsne.gov.ge/en/document/view/30346?publication=36>.
- The Constitution of Guinea [07.05.2010], https://www.constituteproject.org/constitution/Guinea_2010.pdf?lang=en.
- The Constitution of Ivory Coast [08.11.2016], <https://constitutionnet.org/sites/default/files/Cote%20D'Ivoire%20Constitution.pdf>.
- The Constitution of Madagascar [14.11.2010], https://www.constituteproject.org/constitution/Madagascar_2010.pdf.
- The Constitution of Mauritania [07.12.1991], https://www.constituteproject.org/constitution/Mauritania_2012.pdf.
- The Constitution of Moldova [29.07.1994], https://www.constituteproject.org/constitution/Moldova_2006.pdf.
- The Constitution of Montenegro [25.10.2007], <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/me/me004en.pdf>.
- The Constitution of Morocco [01.07.2011], https://www.constituteproject.org/constitution/Morocco_2011.pdf.
- The Constitution of Niger [31.10.2010], https://www.constituteproject.org/constitution/Niger_2010.pdf.
- The Constitution of Panama [1972], https://www.constituteproject.org/constitution/Panama_2004.pdf?lang=en.
- The Constitution of Peru [31.12.1993], https://www.constituteproject.org/constitution/Peru_2009.pdf?lang=en.
- The Constitution of Portugal [02.04.1976], https://www.constituteproject.org/constitution/Portugal_2005.pdf.
- The Constitution of Republic of Hungary [20.08.1949], <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=94900020.TV&txtreferer=00000001.txt>.
- The Constitution of Romania [08.12.1991], <https://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/en/ro/ro021en.pdf>.
- The Constitution of Senegal [07.01.2001], https://www.constituteproject.org/constitution/Senegal_2009.pdf?lang=en.

- The Constitution of Spain [07.12.1978], https://www.constituteproject.org/constitution/Spain_2011.pdf?lang=en.
- The Constitution of Togo [14.10.1992], https://www.constituteproject.org/constitution/Togo_2007.pdf?lang=en.
- The Constitution of Tunisia [26.01.2014], https://www.constituteproject.org/constitution/Tunisia_2014.pdf.
- The Constitution of Venezuela [20.12.1999], https://www.constituteproject.org/constitution/Venezuela_2009.pdf?lang=en.
- The Federal Constitution of Austria [1920], https://www.constituteproject.org/constitution/Austria_2009.pdf.
- The Fundamental Law of Hungary [25.04.2011], <https://net.jogtar.hu/jogszabaly?docid=a1100425.atv>.

Case Law

- Ruling of the Constitutional Council of France, No. 66-28, DC du 08.07.1966, (Rec., 15).
- Ruling of the Constitutional Tribunal of Spain, SJCC 76/1983, of 5 August 1983, LC 2.
- Ruling of the Constitutional Tribunal of Spain, 160/1987, of 27 October 1987, LC 2.
- Ruling of the Hungarian Constitutional Court, No. 4/1990, (III. 4) ABH. 1990, 28–30.
- Ruling of the Hungarian Constitutional Court, No. 43/1992, (VII. 16), ABH 1992, 374.
- Ruling of the Hungarian Constitutional Court, No. 4/1993, (II. 12), ABH 1993, 48.
- Ruling of the Hungarian Constitutional Court, No. 66/1997, (XII. 29), ABH 1997, 397.
- Ruling of the Constitutional Court of Romania, No. 88/2.06.1998, Official Gazette 207/3.06.1998.
- Ruling of the Constitutional Council of France, no 98-401, DC du 10 juin 1998.
- Ruling of the Hungarian Constitutional Court, No. 1/1999, (II. 24), ABH 1999, 25.
- Ruling of the Hungarian Constitutional Court, No. 31/2001, (VII. 11), ABH 2001, 258.
- Ruling of the Constitutional Tribunal of Spain, JCC no. 236/2007 of 7 November 2007.
- Ruling 2013/36 of the Constitutional Court of Moldova [05.12.2013].
- Ruling of the Constitutional Court of Romania, No. 442/10.06.10, Official Gazette 526/2015.07.15.

Ruling of the Constitutional Court of Romania, No. 568/2015.09.15, Official Gazette 844/2015.11.12.

Ruling of the Constitutional Court of Romania, No. 622/2016.10.13, Official Gazette 60/20.01.2017.

Scientific publications

Aladashvili I., *Guide to Georgian legal research*, GlobaLex, 2005, <https://www.nyulawglobal.org/globalex/Georgia.html> [access: 13.09.2022].

Avril P., Gicque J., *Droit parlementaire*, Dalloz, Paris 2014.

Baric S., *The Transformative Role of the Constitutional Court of the Republic of Croatia: From the ex-Yu to the EU*. “Working Paper” 2016, No. 6, http://bib.irb.hr/datoteka/971606.constitutional_court_croatia.pdf [access: 13.09.2022].

Blacher P., *Le Parlement en France*, “Broché” 2012, Vol. 21, p. 11–23.

Bodnár E., Módos M., *A jogalkotás normatív kereteinek változásai az új jogalkotási törvény elfogadása óta* [The new normative framework of legislation since the adoption of the new act on law-making], “Kodifikáció” 2012, no 1, p. 33–34.

Carnat T., *Constitutional law*, State University of Chisinau, Chisinau 2005.

Camby J. P., *Quarante ans de lois organiques*, “Revue de droit publique” 1998, No. 5–6, p. 1686–1698.

Chofre Sirvent J. F., *Significado y función de las leyes orgánicas* [The significance and function of organic law], Tecnos, Madrid 1994.

Choudry S. (ed.), *The Migration of Constitutional Ideas*, Cambridge University Press, Cambridge 2006, p. 1–35.

Conversi D., *The Smooth Transition*, “National Identities” 2002, No. 3, p. 223–244.

Deleanu I., *Instituti si proceduri constitutionale* [Constitutional institutions and procedures], Beck C.H., Bucuresti 2006.

Djuvara N., *Între Orient și Occident. Țările române la începutul epocii moderne* [Between the east and the west. Modern Romanian constitutionalism], Humanitas, Bucharest 1995.

Đurđević Z., Mataija M., *The Constitution of Croatia in the perspective of European and global governance*, [in:] A. Albi, S. Bardutzky, *National Constitutions in European and Global Governance: Democracy, Rights, the Rule of Law*, Springer, Berlin–Heidelberg 2019, p. 1155–1160.

Fombad C.M. (ed.), *Separation of Powers in African Constitutionalism. Stellenbosch Handbook in African Constitutional Law*, Oxford University Press, Oxford 2017.

- Gitiri J., Szentgáli-Tóth B., *The organic laws in francophone Africa and the judicial branch: a contextual analysis*, "Speculum Juris" 2021, Vol. 35, No. 1, p. 107–117.
- Horváth A., *A magyar történeti alkotmány tradíciói* [The traditions of the historical constitution], [in:] A. Téglási (ed.), *Történelmi tradíciók és az új Alkotmány* [Historical traditions and the new constitution], Országgyűlés Hivatala, Budapest 2011, p. 120–131.
- Husa J., *A New Introduction to Comparative Law*, Oregon Hart Publishing, Oxford and Portland 2015.
- Jakab A., Szilágyi E., *Sarkalatos törvények a magyar jogrendszerben* [Cardinal laws in the Hungarian legal system], "Új Magyar Közigazgatás" 2014, No. 3, p. 96–110.
- Kilényi G., *Az alkotmányozási folyamat és a kétharmados törvények* [The constitution-drafting process, and the qualified laws], "Jogtudományi Szemle" 1994, No. 5, p. 201–209.
- Kilényi G. (red.), *Az Alkotmány alapelvei* [The fundamental principles of the Constitution], ÉGSZI, Budapest 1989, Vol. 1, p. 18–32.
- Kilényi G., *Az alaptörvény stabilitását szolgáló garanciák a külföldi alkotmányokban és nálunk* [The safeguards for the stability of the constitution in Hungary and elsewhere], "Jogtudományi Közlöny" 1996, No. 3, p. 110–124.
- Koi Gy., *A sarkalatos törvények kérdése az Alaptörvényben* [The Issue of Cardinal Law in the New Fundamental Law], "Új Magyar Közigazgatás" 2011, No. 6–7, p. 2–9.
- Kukorelli I.: *Az MDF és az SZDSZ megállapodása utáni alkotmánymódosítás és következményei* [The constitutional amendment after the compromise of the MDF and the SZDSZ and its consequences], [in:] I. Kukorelli, K. Tóth, *A rendszerváltozás államszervezeti kompromisszumai*, Antológia Kiadó, Lakitelek 2016, https://library.hungaricana.hu/hu/view/Retorki-Konyvek_013/?pg=4&layout=s [access: 13.09.2022], p. 5–185.
- Küpper H., *Cardinal laws in the Hungarian legal system*, "MTA Law Working Papers" 2014, Vol. 46, p. 2–5.
- Leyland P., *The constitution of the United Kingdom: a contextual analysis*, Or. Hart Publishing, Oxford and Portland 2012.
- René D., *Les grands systemes de droit contemporains*, Dalloz, Paris 1964.
- Serramalera M. B., *La ley Organica ámbito material y posición en el sistema de fuentes*. Barcelona, "Atelier Libros Juridicos" 2004, p. 30–31.
- Szentgáli-Tóth B., *Organic laws and the principle of democracy in France and Spain*, "Pro Futuro – A jövő nemzedékek joga" 2020, Vol. 9, No. 4, p. 62–74.

- Szentgáli-Tóth B., *A sarkalatos törvényalkotás egyes alkotmányossági dimenziói: a sarkalatos törvényekkel kapcsolatos hazai alkotmánybírósági gyakorlat múltja, jelene, jövője* [Certain constitutional dimensions of the cardinal legislation: the past, present, and future of the Constitutional Court case law on qualified legislation], "Alkotmánybírósági Szemle", 2019, No. 1, p. 10–19.
- Tóth K., *A kétharmados törvények* [The laws adopted with two-third majority], [in:] I. Kukorelli, K. Tóth, *A rendszerváltozás államszervezeti kompromisszumai*, Antológia Kiadó, Lakitelek 2016, https://library.hungaricana.hu/hu/view/RetorkiKonyvek_013/?pg=4&layout=s [access: 13.09.2022].
- Troper M., Chagnollaude D. D. (ed.), *Traite international de droit constitutionnel*. Dalloz, Paris 2012, Vol. 1, No. 5.
- Troper M., *Constitutional Law*, [in:] G.A. Bermann, E. Picard (ed.), *Introduction to French Law*, Kluwer, Paris 2008.
- Watson A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edinburgh 1974.