

ISSN 1897-5577

IUS NOVUM

VOL. 15
NUMER 4
2021

PAŹDZIERNIK-GRUDZIEŃ

KWARTALNIK WYDZIAŁU PRAWA I ADMINISTRACJI
UCZELNI ŁAZARSKIEGO



ISSN 1897-5577
ONLINE ISSN 2545-0271

IUS NOVUM

VOL. 15
NUMER 4
2021

PAŹDZIERNIK–GRUDZIEŃ

DOI: 10.26399/IUSNOVUM.V15.4.2021

KWARTALNIK WYDZIAŁU PRAWA I ADMINISTRACJI
UCZELNI ŁAZARSKIEGO

WARSZAWA 2021

RADA NAUKOWA / ADVISORY BOARD

prof. dr hab. Maria Kruk-Jarosz, Uczelnia Łazarskiego (przewodnicząca)
prof. dr hab. Sylvie Bernigasud, l'Université Lumière Lyon 2 (Francja)
prof. dr hab. Vincent Correia, Université Paris-Sud, Université de Poitiers (Francja)
prof. dr hab. Bertil Cottier, Università della Svizzera Italiana w Lugano (Szwajcaria)
prof. dr hab. Regina Garcimartín Montero, Universidad de Zaragoza (Hiszpania)
prof. dr Juana María Gil Ruiz, Universidad de Granada (Hiszpania)
prof. dr hab. Stephan Hobe, Cologne University (Niemcy)
prof. dr hab. dr h.c. Brunon Hołyst, Wyższa Szkoła Menedżerska w Warszawie (Polska)
prof. dr hab. Michele Indelicato, Università degli Studi di Bari Aldo Moro (Włochy)
prof. dr hab. Hugues Kenfack, Université Toulouse 1 w Tuluzie (Francja)
dr hab. Anna Konert, Uczelnia Łazarskiego
prof. dr hab. ks. Franciszek Longchamps de Bérier, Uniwersytet Jagielloński
Prof. dr hab. Sofia Lykhova, Państwowy Uniwersytet Lotniczy w Kijowie (Ukraina)
prof. dr hab. Pablo Mendes de Leon, Leiden University (Holandia)
prof. dr hab. Marek Mozgawa, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie (Polska)
dr hab. Katarzyna Nazar, Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie (Polska)
prof. dr hab. Adam Olejniczak, Uniwersytet Adama Mickiewicza w Poznaniu
prof. dr Ferdinando Parente, Università degli Studi di Bari Aldo Moro (Włochy)
prof. dr hab. Grzegorz Rydlewski, Uniwersytet Warszawski
prof. dr hab. Vinai Kumar Singh, New Delhi, Indian Society of International Law (Indie)
prof. dr hab. Gintaras Švedas, Vilniaus Universitetas (Litwa)
prof. dr hab. Anita Ušacka, sędzia Międzynarodowego Trybunału Karnego w Hadze (Holandia)
dr Ewa Weigend, Instytut Prawa Karnego Max-Plancka we Freiburgu (Niemcy)

REDAKCJA / EDITORIAL BOARD

Redaktor Naczelny: prof. dr hab. Ryszard A. Stefański, Uczelnia Łazarskiego
Sekretarz: dr hab. Jacek Kosonoga, prof. Uczelni Łazarskiego

Członkowie / Members

prof. dr Juan Carlos Ferré Olivé, Dziekan Wydziału Prawa Uniwersytetu w Huelva (Hiszpania)
prof. dr Carmen Armendáriz León, Wydział Prawa Uniwersytetu Complutense w Madrycie (Hiszpania)

Redaktor językowy / Linguistic Editor
Agnieszka Toczko-Rak

Redaktorzy tematyczni / Thematic Editors

prawo karne i postępowanie – dr hab. Barbara Nita-Świątłowska, prof. Uniwersytetu Ekonomicznego w Krakowie
prawo cywilne – dr Helena Ciepła
prawo administracyjne – prof. dr hab. Stanisław Hoc
prawo konstytucyjne – dr hab. Jacek Zaleśny
prawo międzynarodowe – dr Dominika Harasimiuk
statystyka – dr Krystyna Bąk

Redaktor prowadzący / Executive Editor
dr Jacek Dąbrowski

Od 1 stycznia 2021 r. czasopismo wydawane jest wyłącznie w formie elektronicznej.

Pełne teksty artykułów w języku polskim wraz ze spisem treści i streszczeniami w językach polskim i angielskim są zamieszczone na stronie internetowej: <https://iusnovum.lazarski.pl/>

Czasopismo indeksowane w bazach:

Erih PLUS, BazHum, Index Copernicus, EBSCO, DOAJ, CEJSH, EDS, CEEAS, EZB, vLex, EuroPub, Ariant, Google Scholar

Copyright © by Uczelnia Łazarskiego, Warszawa 2021

ISSN 1897-5577, online ISSN 2545-0271

OFICyna WYDAWNICZA UCZELNI ŁAZARSKIEGO

02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43; tel. +48 22 54 35 450; www.lazarski.pl; wydawnictwo@lazarski.edu.pl

SPIS TREŚCI

ARTYKUŁY

<i>Krzysztof Ślebzak, Maciej Jakub Zieliński</i> Odpowiedzialność cywilna firm audytorskich – część 1.	5
<i>Blanka J. Stefańska</i> Zawiadamianie o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego i innego ośrodka odosobnienia.	31
<i>Patrycja Palichleb</i> Zmiany art. 190a k.k.	51
<i>Kamil Siwek</i> O wykorzystaniu derywacyjnej koncepcji wykładni prawa w rozwiązywaniu problemów prawa karnego.	73
<i>Monika Mirończuk</i> Przestępstwa z użyciem noża w Anglii i Walii.	105
<i>Joseph N. Mbadugha</i> Wykonalność porozumień arbitrażowych – wzajemne oddziaływanie rozdziałów 4 oraz 5 nigeryjskiej ustawy o arbitrażu i postępowaniu rozjemczym z 2004 roku.	121
<i>Rafał Drozdowski, Stephen Dewsbury, Andrzej Tukiendorf</i> Od liczby przestępstw niewykrytych do innych statystyk kryminalnych: obserwacje opolskiej policji z wykorzystaniem modeli bayesowskich.	136
Noty o Autorach.	147

CONTENTS

ARTICLES

<i>Krzysztof Ślebzak, Maciej Jakub Zieliński</i> Civil liability of audit firms – part I.	5
<i>Blanka J. Stefańska</i> Notification that a convict has been released from prison or another isolation facility.	31
<i>Patrycja Palichleb</i> Changes of the art. 190a of the P.C.	51
<i>Kamil Siwek</i> On use of the derivational concept of law interpretation in resolving criminal law issues	73
<i>Monika Mirończuk</i> Knife crime in England and Wales.	105
<i>Joseph N. Mbadugha</i> Enforceability of arbitration agreements – the interplay between sections 4 and 5 of Nigeria’s Arbitration and Conciliation Act, 2004.	121
<i>Rafał Drozdowski, Stephen Dewsbury, Andrzej Tukiendorf</i> From unsolved crime numbers to other forensic statistics: Opole Police Department’s observations using Bayesian modeling	136
Notes on the Authors	147

ODPOWIEDZIALNOŚĆ CYWILNA FIRM AUDYTORSKICH – CZĘŚĆ 1

KRZYSZTOF ŚLEBZAK*
MACIEJ JAKUB ZIELIŃSKI**

DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.27/k.slebak/m.j.zielinski

1. PRZEDMIOT OPRACOWANIA

Jednym z filarów polskiego prawa cywilnego jest odpowiedzialność odszkodowawcza, nakazująca – na określonych zasadach – naprawienie wyrządzonej szkody¹. Polski system prawny oparty jest zasadniczo na podziale odpowiedzialności cywilnej na odpowiedzialność wynikającą z umowy oraz odpowiedzialność wynikającą z czynu niedozwolonego, choć wyróżnia się także inne reżimy odpowiedzialności². W zakresie dotyczącym odpowiedzialności kontraktowej zastosowanie znajduje art. 471 i n. Ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny³; natomiast odpowiedzialność deliktowa uregulowana została w art. 415 i n. tejże ustawy. Oba reżimy odpowiedzialności różnią się od siebie istotnie, zarówno przesłankami, jak i trybem dochodzenia odszkodowania. Z tego względu wybór określonego reżimu odpowiedzialności ma istotne znaczenie dla zakresu ochrony poszkodowanego. Dotyczy to szeroko rozumianych stosunków cywilnych, w tym pomiędzy podmiotami gospodarczymi, w szczególności relacji pomiędzy firmami audytorskimi a podmiotami, na rzecz których świadczono są przez nie usługi. W ich przypadku podstawowym aktem prawnym jest Ustawa z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym⁴, aczkolwiek istotne unormowania znajdują się również w Ustawie z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości⁵, Ustawie z dnia 15 września

* prof. dr hab., Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, e-mail: slebzak@amu.edu.pl, ORCID: 0000-0002-5029-4241

** dr, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, e-mail: maciej.zielinski@amu.edu.pl, ORCID: 0000-0003-2250-6582

¹ A. Stelmachowski, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1969, s. 243.

² Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 10 czerwca 2016 r., IV CSK 647/15, <http://www.sn.pl>, w którym wyróżniono odpowiedzialność gwarancyjno-repartycyjną w ramach umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej. Szerzej zob. A. Śmieja, w: A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2018, s. 374 i n.

³ Dz.U. z 2020 r., poz. 1740 ze zm., dalej jako Kodeks cywilny lub k.c.

⁴ Dz.U. z 2020 r., poz. 1415, dalej jako u.b.r.

⁵ Dz.U. z 2021 r., poz. 217 ze zm., dalej jako u.o.r.

2000 r. – Kodeks spółek handlowych⁶ czy też regulacjach prawa unijnego, w tym zwłaszcza w Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) Nr 537/2014 z dnia 16 kwietnia 2014 r. w sprawie szczegółowych wymogów dotyczących ustawowych badań sprawozdań finansowych jednostek interesu publicznego, uchylającym decyzję Komisji 2005/909/WE⁷, oraz w Dyrektywie 2006/43/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 17 maja 2006 r. w sprawie ustawowych badań rocznych sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych, zmieniającej dyrektywy Rady 78/660/EWG i 83/349/EWG oraz uchylającej dyrektywę Rady 84/253/EWG⁸. Warto również wskazać na mające charakter *soft law* Zalecenie Komisji z dnia 5 czerwca 2008 r. dotyczące ograniczenia odpowiedzialności cywilnej biegłych rewidentów oraz firm audytorskich przeprowadzających ustawowe badanie sprawozdań finansowych⁹.

Na tle przedmiotowych regulacji w dotychczasowej dyskusji rozważana była kwestia charakteru odpowiedzialności cywilnej firm audytorskich i określenia, jaki reżim odpowiedzialności – deliktowy czy kontraktowy – należy odnosić do odpowiedzialności odszkodowawczej takich firm¹⁰. Takie postawienie problemu nie jest do końca uprawnione, gdyż problematyka wydaje się o wiele bardziej złożona. Podstawowe pytanie sprowadza się bowiem do tego, czy *de lege lata* mamy do czynienia z odrębnym i samodzielnym reżimem odpowiedzialności cywilnej biegłych rewidentów, a jeśli tak, to czy dopuszczalne jest stosowanie przepisów k.c. dotyczących odpowiedzialności deliktowej lub kontraktowej (w zależności od rodzaju przyjętej odpowiedzialności) oraz w jakim zakresie. Nie tyle chodzi więc o modyfikowanie cywilnych reżimów odpowiedzialności na potrzeby zrekonstruowania zasad odpowiedzialności firm audytorskich¹¹, co o zrekonstruowanie odrębnego reżimu odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez firmy audytorskie na gruncie u.b.r. na podstawie przepisów zawartych w tej ustawie, względnie opierając się na uzupełniającym zastosowaniu regulacji k.c. Dopiero brak możliwości rekonstrukcji takiego reżimu otwierałby możliwość bezpośredniego stosowania przepisów k.c. w analizowanym zakresie. Rozstrzygnięcie powyższej kwestii pozwala również na odniesienie się do innych szczegółowych zagadnień, jak na przykład: 1) czy ustawowe limity odpowiedzialności mają zastosowanie tylko do odpowiedzialności kontraktowej, czy też również do odpowiedzialności deliktowej wobec podmiotu, na rzecz którego firma audytorska świadczyła usługi; 2) czy ustawowe limity odpowiedzialności mają zastosowanie do roszczeń deliktowych zgłoszonych przez osoby trzecie; 3) czy ustawowe limity odpowiedzialności mają zastosowanie tylko do czynności badania, czy także do innych czynności rewizji finansowej (w szczególności przeglądów); 4) czy dopuszczalne jest ograniczenie zakresu odpowiedzialności w umowie stron (w odniesieniu do odpo-

⁶ Dz.U. z 2020 r., poz. 1526, dalej jako k.s.h.

⁷ Dz. Urz. UE serii L nr 158 z dnia 27 maja 2014 r., s. 77, dalej jako rozp. 537/2014.

⁸ Dz. Urz. UE serii L nr 157 z dnia 9 czerwca 2006 r., s. 87, dalej jako rozp. 2006/43.

⁹ Dz. Urz. UE serii L nr 162 z dnia 21 czerwca 2008 r., s. 39, dalej jako Zalecenie Komisji z 2008 r.

¹⁰ M. Wierzbowski (red.), A. Krysiak, M. Olewiński, J. Żelazek, *Odpowiedzialność biegłego rewidenta*, Warszawa 2017, s. 29–70.

¹¹ Taką perspektywę przyjęto w powyższym opracowaniu.

wiedzialności kontraktowej i deliktowej wobec badanej spółki) poza ustawowymi limitami odpowiedzialności; 5) czy każde naruszenie standardów zawodowych przez biegłego rewidenta jest wystarczające dla przypisania bezprawności działania, oraz 6) czy możliwe jest zastosowanie jednego limitu odpowiedzialności do badania dwóch sprawozdań finansowych, jeśli błąd popełniony w sprawozdaniu jednostkowym wystąpił również w sprawozdaniu skonsolidowanym. Wyjaśnieniu przedmiotowych kwestii służy niniejsze opracowanie.

2. PROBLEM ODRĘBNOŚCI CYWILNEJ ODPOWIEDZIALNOŚCI ODSZKODOWAWCZEJ FIRM AUDYTORSKICH

2.1. PRAWNE PODSTAWY ODPOWIEDZIALNOŚCI ODSZKODOWAWCZEJ FIRM AUDYTORSKICH ORAZ BIEGŁYCH REWIDENTÓW

Analiza aktów prawnych wskazanych powyżej prowadzi do wniosku, że kwestia odpowiedzialności firm audytorskich oraz biegłych rewidentów została uregulowana *expressis verbis* w art. 48 ust. 1 u.b.r. (art. 81 ust. 1 u.b.r. – w wypadku badania skonsolidowanego sprawozdania finansowego), art. 54 u.b.r. oraz art. 482 k.s.h. Są to właściwie trzy odrębne grupy regulacji, których wzajemna relacja wymaga wyjaśnienia. Z tych względów konieczne jest przytoczenie ich dokładnej treści. Zgodnie z art. 48 ust. 1 u.b.r.: „Odpowiedzialność wobec badanej jednostki za przeprowadzenie badania ponosi firma audytorska zawierająca umowę o przeprowadzenie badania”. Podobne brzmienie ma art. 81 ust. 1 u.b.r., który stanowi, że firma audytorska grupy odpowiada za badanie skonsolidowanego sprawozdania finansowego. Artykuł 54 u.b.r. składa się z trzech jednostek redakcyjnych. Ustęp 1 mówi o tym, że: „Firma audytorska ponosi odpowiedzialność za szkodę spowodowaną swoim działaniem lub zaniechaniem”. Z ust. 2 wynika, iż: „Kwota odszkodowania z tytułu odpowiedzialności firm audytorskich badających: 1) jednostki zainteresowania publicznego – nie może przekraczać mniejszej kwoty z dwóch: 20-krotności wynagrodzenia ustalonego w umowie wykonania czynności rewizji finansowej lub 12 000 000 zł; 2) jednostki inne niż jednostki zainteresowania publicznego – nie może przekraczać mniejszej kwoty z dwóch: 10-krotności wynagrodzenia ustalonego w umowie wykonania czynności rewizji finansowej lub 3 000 000 zł”. Ustęp 3 odnosi się natomiast do kwestii umyślnego naruszenia obowiązków zawodowych. Stwierdza się w nim bowiem, że: „Ograniczenie odpowiedzialności nie dotyczy przypadków umyślnego naruszenia obowiązków zawodowych przez biegłego rewidenta”. Dodatkowo warto również wskazać na obowiązek zawarcia przez firmę audytorską umowy ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej z tytułu wykonywania czynności rewizji finansowej (art. 53 ust. 1 u.b.r.) oraz innych usług niebędących czynnościami rewizji finansowej (art. 53 ust. 3 u.b.r.) oraz § 2 ust. 1 wydanego na podstawie art. 53 ust. 6 u.b.r. rozporządzenia Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 7 listopada 2017 r. w sprawie obowiązkowego ubezpieczenia odpowiedzialności cywilnej firmy

audytorskiej¹², z którego wynika, że ubezpieczeniem jest objęta odpowiedzialność cywilna firmy audytorskiej z tytułu wykonywania czynności rewizji finansowej oraz z tytułu świadczenia usług lub prowadzenia działalności, o których mowa w art. 47 ust. 2 u.b.r. za szkody będące następstwem działania lub zaniechania ubezpieczonego lub osoby, za którą ponosi on odpowiedzialność, w związku z prowadzoną działalnością zawodową. Jednocześnie w § 2 ust. 3 rozp. OC stwierdza się, że ubezpieczenie OC obejmuje wszystkie szkody w zakresie, o którym mowa w ust. 1 (...), bez możliwości umownego ograniczenia odpowiedzialności przez zakład ubezpieczeń. W art. 482 k.s.h. zostało zawarte ogólne unormowanie dotyczące szkody wyrządzonej spółce akcyjnej. Stanowi ono, że: „Kto przy badaniu sprawozdania finansowego spółki z winy swojej dopuścił do wyrządzenia spółce szkody, obowiązany jest do jej naprawienia”.

Już tylko pobieżna analiza przedmiotowych regulacji wskazuje, że nakładają się ich zakresy zastosowania i normowania, różnią się adresaci poszczególnych norm prawnych oraz odmiennie ukształtowane są zasady odpowiedzialności. Gdyby próbować na ich podstawie zrekonstruować pewien typ odpowiedzialności cywilnej firm audytorskich na wzór reżimów odpowiedzialności znanych z k.c., to można byłoby wstępnie stwierdzić, że powołane przepisy pozwalają zarówno na wyodrębnienie odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej, tyle że określone przesłanki tych rodzajów odpowiedzialności normowane są w szczególności w sposób. Do przesądzenia pozostaje, czy oba rodzaje odpowiedzialności oparte są na zasadzie winy, czy też mamy do czynienia z rodzajem odpowiedzialności na zasadzie ryzyka¹³ (w przypadku odpowiedzialności deliktowej) bądź analogicznej (w przypadku odpowiedzialności gwarancyjnej), na co przy odpowiedniej interpretacji mogłaby wskazywać treść art. 54 ust. 1 u.b.r. Odrębny problem związany jest z odpowiedzialnością firmy audytorskiej, jeżeli szkoda została wyrządzona przez biegłego rewidenta umyślnie, co z kolei nakazuje przeanalizowanie relacji pomiędzy tymi podmiotami.

Z powyższych względów w tym miejscu opracowania przyjmuje się wstępne założenie, że firma audytorska może odpowiadać za wyrządzoną szkodę zarówno w ramach odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej. Założenie to będzie podlegało weryfikacji zarówno pod kątem możliwości zrekonstruowania przesłanek takiej odpowiedzialności, jak i praktycznych możliwości dochodzenia roszczeń w takim reżimie w dalszej części opracowania. Rozstrzygnięcie tej kwestii w tym miejscu analizy nie jest możliwe z tego względu, że rekonstrukcja określonego typu (typów) odpowiedzialności firm audytorskich wymaga uprzedniego usystematyzowania zagadnień związanych z działalnością firm audytorskich, zakresem świadczonych przez nie usług oraz relacji firm audytorskich do biegłych rewidentów, wykonujących usługi w imieniu firm audytorskich, skoro odpowiedzialność firm audytorskich zostaje ograniczona jedynie w przypadku nieumyślnej winy biegłych rewidentów (art. 54 ust. 2 i 3 u.b.r.).

¹² Dz.U. z 2017 r., poz. 2074, dalej jako rozp. OC.

¹³ Tak zdają się sugerować M. Wierzbowski (red.), A. Krysiak, M. Olewiński, J. Żelazek, *Odpowiedzialność biegłego...*, op. cit., s. 57.

2.2. WYKONYWANIE ZAWODU PRZEZ BIEGŁEGO REWIDENTA A DZIAŁALNOŚĆ FIRMY AUDYTORSKIEJ (JEJ PRZEDMIOT) ORAZ RELACJA WOBEC PODMIOTÓW, NA RZECZ KTÓRYCH ŚWIADCZONE SĄ USŁUGI PRZEZ FIRMĘ AUDYTORSKA

Z punktu widzenia ustalenia zasad odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez firmę audytorską, w tym zwłaszcza w kontekście możliwości ewentualnego zwolnienia się od odpowiedzialności w związku z wykonywaniem przedmiotowych usług przez biegłego rewidenta, ważne znaczenie ma ustalenie relacji pomiędzy firmą audytorską a biegłym rewidentem. Artykuł 54 ust. 1 oraz art. 48 ust. 1 u.b.r. stanowią bowiem, że odpowiedzialność (za szkodę) ponosi „firma audytorska”, chociaż ograniczenie odpowiedzialności w art. 54 ust. 2 u.b.r. dotyczy wyłącznie przypadków winy nieumyślnej biegłego rewidenta (art. 54 ust. 3 u.b.r.).

Podstawowy problem sprowadza się jednak do tego, że „firma audytorska” jako taka nie może być podmiotem praw i obowiązków z cywilistycznego punktu widzenia. Zgodnie bowiem z definicją „firmy audytorskiej” jest nią jednostka (...) prowadząca działalność w jednej z następujących form:

- 1) działalności gospodarczej prowadzonej przez biegłego rewidenta we własnym imieniu i na własny rachunek;
- 2) spółki cywilnej, spółki jawnej lub spółki partnerskiej, w której większość głosów posiadają biegli rewidenci lub firmy audytorskie, zatwierdzone co najmniej w jednym państwie Unii Europejskiej; w spółkach, w których powołano zarząd, większość członków zarządu stanowią biegli rewidenci zatwierdzeni co najmniej w jednym państwie Unii Europejskiej; jeżeli zarząd składa się z nie więcej niż 2 osób, jedną z nich jest biegły rewident;
- 3) spółki komandytowej, w której komplementariuszami są wyłącznie biegli rewidenci lub firmy audytorskie zatwierdzeni co najmniej w jednym państwie Unii Europejskiej;
- 4) spółki kapitałowej lub spółdzielni, które spełniają następujące wymagania:
 - a) większość członków zarządu stanowią biegli rewidenci zatwierdzeni co najmniej w jednym państwie Unii Europejskiej; jeżeli zarząd składa się z nie więcej niż 2 osób, jedną z nich jest biegły rewident,
 - b) większość głosów na walnym zgromadzeniu posiadają biegli rewidenci lub firmy audytorskie zatwierdzeni co najmniej w jednym państwie Unii Europejskiej,
 - c) większość członków organów nadzorczych stanowią biegli rewidenci zatwierdzeni co najmniej w jednym państwie Unii Europejskiej;
- 5) spółdzielczego związku rewizyjnego, który spełnia następujące wymagania:
 - a) zatrudnia do badania biegłych rewidentów,
 - b) większość członków zarządu stanowią biegli rewidenci zatwierdzeni co najmniej w jednym państwie Unii Europejskiej; jeżeli zarząd składa się z nie więcej niż 2 osób, jedną z nich jest biegły rewident.

W tym świetle należałoby więc podkreślić, że odpowiedzialność za szkodę na zasadach wynikających z art. 48 oraz art. 54 u.b.r. może ponosić wyłącznie podmiot wskazany powyżej w punktach od 1 do 5, pod warunkiem, że zostanie wpisany na listę firm audytorskich w rozumieniu art. 57 ust. 1 u.b.r. Powyższe ustalenie ma

istotne znaczenie z punktu widzenia relacji, jaka powstaje pomiędzy firmą audytorską a biegłym rewidentem świadczącym określoną usługę. Zgodnie bowiem z art. 3 ust. 2 u.b.r. biegły rewident może wykonywać zawód jako:

- 1) osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą we własnym imieniu i na własny rachunek, o której mowa w art. 46 pkt 1, lub
- 2) wspólnik firmy audytorskiej, o której mowa w art. 46 pkt. 2–4, lub
- 3) osoba fizyczna pozostająca w stosunku pracy z firmą audytorską, o której mowa w art. 46, lub
- 4) osoba fizyczna, w tym osoba prowadząca działalność gospodarczą, inna niż osoba, o której mowa w art. 46 pkt 1, która zawarła umowę cywilnoprawną z firmą audytorską, o której mowa w art. 46.

Oznacza to, że odpowiedzialność za szkodę na zasadach wynikających z art. 48 oraz art. 54 u.b.r. będzie ponosiła albo osoba fizyczna prowadząca działalność gospodarczą we własnym imieniu i na własny rachunek, albo jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej, której ustawa nadaje zdolność prawną albo osoba prawna, o ile zostaną one wpisane na listę firm audytorskich. Warto zarazem wskazać, że biegły rewident, a zatem osoba fizyczna wpisana do rejestru biegłych rewidentów (art. 4 u.b.r.), zawsze wykonuje zawód w imieniu firmy audytorskiej, co wynika wprost z art. 3 ust. 3 u.b.r. Analogiczną regulację zawierał art. 3 ust. 3 Ustawy z dnia 7 maja 2009 r. o biegłych rewidentach i ich samorządzie, podmiotach uprawnionych do badania sprawozdań finansowych oraz o nadzorze publicznym¹⁴, przewidując, że w przypadkach, w których biegły rewident nie wykonuje zawodu jako osoba fizyczna prowadząca działalność we własnym imieniu i na własny rachunek, działa „w imieniu podmiotu uprawnionego do badania sprawozdań finansowych”. W praktyce oznacza to, że w relacji do podmiotów zewnętrznych, na rzecz których świadczona jest określona usługa, zawsze podmiotem praw i obowiązków jest podmiot wpisany na listę firm audytorskich (oczywiście w wypadku osób fizycznych prowadzących działalność gospodarczą będzie to jednocześnie biegły rewident), choć *de facto* usługę świadczy osoba fizyczna.

2.3. SYSTEMATYKA USTAWY O BIEGŁYCH REWIDENTACH W KONTEKŚCIE KSZTAŁTOWANIA ODPOWIEDZIALNOŚCI CYWILNEJ FIRM AUDYTORSKICH

2.3.1. Wpływ przedmiotu działalności firm audytorskich na konieczność zróżnicowania zasad odpowiedzialności z tytułu świadczonych usług

Zgodnie z art. 47 ust. 1 i 2 u.b.r. przedmiotem działalności firmy audytorskiej są:
1) wykonywanie czynności rewizji finansowej oraz 2) w przypadku firmy audytorskiej, o której mowa w art. 46 pkt. 1–4: a) usługowe prowadzenie ksiąg rachunkowych i podatkowych; b) doradztwo podatkowe; c) prowadzenie postępowania upadłościowego lub likwidacyjnego; d) działalność wydawnicza lub szkoleniowa w zakresie rachunkowości, rewizji finansowej i podatków; e) wykonywanie eks-

¹⁴ Dalej jako u.b.r. z 2009 r.

pertyz lub sporządzanie opinii ekonomiczno-finansowych; f) świadczenie usług doradztwa lub zarządzania, wymagających posiadania wiedzy z zakresu rachunkowości, rewizji finansowej, prawa podatkowego oraz organizacji i funkcjonowania przedsiębiorstw; g) świadczenie usług atestacyjnych innych niż czynności rewizji finansowej, niezastrzeżonych do wykonywania przez biegłych rewidentów; h) świadczenie usług pokrewnych, oraz i) świadczenie innych usług zastrzeżonych w odrębnych przepisach do wykonywania przez biegłych rewidentów.

Tylko pobieżna analiza przedmiotowej regulacji wskazywałaby, że mamy do czynienia z dwiema kategoriami usług. Pierwsza obejmuje usługi zastrzeżone wyłącznie dla biegłego rewidenta. Druga dotyczy pozostałych rodzajów usług dozwolonych, które związane są merytorycznie z szeroko rozumianą działalnością audytorską. Trzeba jednak w tym miejscu zaznaczyć, że do kategorii czynności rewizji finansowej ustawodawca zalicza usługi atestacyjne obejmujące badania, a także przeglądy sprawozdań finansowych i inne usługi atestacyjne określone przepisami prawa, zastrzeżone dla biegłego rewidenta (art. 2 pkt 7 u.b.r.). Z kolei z punktu widzenia zasad świadczenia poszczególnych usług istotne znaczenie posiada rozdział 6 u.b.r., który pozostając jedynym właściwie rozdziałem w całym akcie prawnym normującym merytoryczne wymagania dotyczące przedmiotu działalności firm audytorskich, pozwala z systematycznego punktu widzenia, na wyodrębnienie zasad świadczenia usług dla: 1) badań oraz 2) innych usług. W odniesieniu do innych usług niż badanie w ustawie o biegłych rewidentach znajduje się wyłącznie jeden przepis, to jest art. 73, który stanowi, że „świadczenie usług innych niż badanie odbywa się zgodnie z wymogami niezależności określonymi odpowiednio dla takich usług w zasadach etyki zawodowej oraz standardach wykonywania takich usług”. Tymczasem do badań stosuje się pozostałe regulacje rozdziału 6 u.b.r. oraz art. 2 pkt. 1, 2 i 3, w którym zdefiniowano pojęcie:

- 1) badania – jest to badanie ustawowe lub dobrowolne,
- 2) badania ustawowego – przez co należy rozumieć badanie rocznego skonsolidowanego sprawozdania finansowego grupy kapitałowej lub badanie rocznego sprawozdania finansowego, którego obowiązek przeprowadzania wynika z art. 64 Ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (tekst jedn.: Dz. U. z 2021 r., poz. 217 ze zm., dalej jako u.o.r.), przepisów innych ustaw lub przepisów prawa Unii Europejskiej, przeprowadzane zgodnie z krajowymi standardami badania;
- 3) badania dobrowolnego – przez co należy rozumieć badanie rocznego sprawozdania finansowego, które jest przeprowadzane na podstawie decyzji badanej jednostki, a nie na podstawie art. 64 u.o.r., a także badanie rocznego skonsolidowanego sprawozdania finansowego grupy kapitałowej przeprowadzane zgodnie ze standardami innymi niż krajowe standardy badania.

Powyższe prowadzi więc do wniosku, że w ustawie o biegłych rewidentach dochodzi w ramach kategorii „czynności rewizji finansowej” do istotnego rozróżnienia pomiędzy usługą badania a innymi czynnościami rewizji finansowej niebędących badaniem. Ma to ważne znaczenie dla ustalania zasad odpowiedzialności cywilnej za wyrządzoną szkodę zarówno *ex contractu*, jak i *ex delicto*, ponieważ w zależności od rodzaju usługi odrębnie zostały unormowane prawa i obowiązki

firm audytorskich, tak w umowie, jak i wynikające z przepisów powszechnie obowiązującego prawa. Inaczej również określa się zasady odpowiedzialności.

2.4. RELACJA ART. 54 UST. 1 U.B.R. DO ART. 48 UST. 1 U.B.R., ART. 81 UST. 1 U.B.R. ORAZ ART. 482 K.S.H. W KONTEKŚCIE REKONSTRUOWANIA REŻIMU ODPOWIEDZIALNOŚCI DELIKTOWEJ ORAZ KONTRAKTOWEJ, JAK RÓWNIEŻ STOSOWANIA PRZEPISÓW K.C.

Mając na względzie powyższe rozważania dotyczące przedmiotu działalności firm audytorskich, można byłoby więc stwierdzić, że art. 54 ust. 1 u.b.r. zawiera normę o charakterze bardzo ogólnym, w której wyraża się jako generalną zasadę odpowiedzialności firmy audytorskiej za szkodę wyrządzoną swoim działaniem lub zaniechaniem. Wyłącznie na podstawie treści tego przepisu nie sposób jest przesądzić ani o zasadzie odpowiedzialności, ani o reżimie, w którym ma być ona realizowana. W szczególności nie można zgodzić się ze stwierdzeniem, że z przepisu tego zdaje się wynikać odpowiedzialność absolutna¹⁵. Jak podkreśla się w doktrynie, ten model odpowiedzialności może być przyjęty tylko w sytuacjach ściśle określonych w hipotezach norm ustanawiających obowiązek odszkodowawczy¹⁶. Nie można go zatem domniemywać¹⁷, zaś z art. 54 ust. 1 u.b.r. nie wynika wprost, aby firma audytorska ponosiła odpowiedzialność bez możliwości zwolnienia się z niej, zwłaszcza w przypadku, gdy powstanie szkody nastąpiło wyłącznie z winy osób trzecich¹⁸. Podobnie rzecz się ma z odpowiedzialnością na zasadzie ryzyka, której istota polega na nałożeniu na dłużnika odpowiedzialności odszkodowawczej niezależnej od istnienia po jego stronie winy i bezprawności¹⁹. Drugą cechą odpowiedzialności na zasadzie ryzyka jest bowiem jej wyłączenie w ustawowo wymienionych przypadkach, określanych mianem okoliczności egzoneracyjnych²⁰, zaś tych art. 54 ust. 1 u.b.r. nie przewiduje. Ostatecznie możliwość przyjęcia odpowiedzialności na zasadzie ryzyka eliminuje treść art. 54 ust. 3 u.b.r.

¹⁵ Tak M. Wierzbowski (red.), A. Krysiak, M. Olewiński, J. Żelazek, *Odpowiedzialność biegłego...*, op. cit., s. 57.

¹⁶ Z. Gawlik, *Odpowiedzialność absolutna w polskim prawie odszkodowawczym*, w: S. Wójcicka (red.), *Prace cywilistyczne*, Warszawa 1990, s. 45, 51; M. Kaliński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, w: A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2018, s. 64.

¹⁷ Na zasadzie odpowiedzialności absolutnej ukształtowano: odpowiedzialność sprzedawcy za szkodę doznana przez kupującego wskutek wady rzeczy sprzedanej (art. 566 § 1 zd. 2 i art. 574 § 1 zd. 2 k.c.), odpowiedzialność z tytułu nieuzyskania świadczeń przewidzianych w umowach typu gwarancyjnego (m.in. art. 391–393 k.c.), odpowiedzialność prowadzącego cudzą sprawę wbrew wiadomej mu woli osoby, której sprawę prowadzi (art. 754 k.c.), odpowiedzialność za szkody łowieckie (art. 46 ust. 1 Ustawy z dnia 13 października 1995 r. – Prawo łowieckie, Dz.U. z 2020 r., poz. 1683), odpowiedzialność za szkody górnicze (art. 146 ust. 1 Ustawy z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze, Dz.U. z 2020 r., poz. 1064), odpowiedzialność za szkodę jądrową (art. 101 ust. 1 Ustawy z dnia 29 listopada 2000 r., Dz.U. z 2021 r., poz. 623).

¹⁸ Tak o istocie odpowiedzialności absolutnej: J. Rajski, *Odpowiedzialność międzynarodowa za szkody wyrządzone przez obiekty kosmiczne*, Warszawa 1974, s. 89.

¹⁹ M. Kaliński, *Odpowiedzialność odszkodowawcza...*, op. cit., s. 61.

²⁰ Ibidem.

Na gruncie tego przepisu wina osoby, za której działania i zaniechania firma audytorska odpowiada jak za własne, ma istotne znaczenie dla limitowania odszkodowania. W związku z tym odpowiedzialność firmy audytorskiej jest oparta na zasadzie winy.

Nie można również przyjąć, że powołany wyżej art. 54 ust. 1 u.b.r. odnosi się wyłącznie do odpowiedzialności kontraktowej bądź deliktowej, chociaż w kontekście porównawczym²¹ przypomina on – z punktu widzenia przyjętej redakcji językowej – klasyczną formułę, na której opiera się odpowiedzialność deliktowa. Brak w nim jednak wskazania na odpowiedzialność na zasadzie winy (jak w art. 415 k.c.) czy na konieczność bezprawności działania lub zaniechania (jak wprost stanowi art. 36 ust. 1 ustawy o komornikach sądowych). Z tych względów należy przyjąć, że jest to przepis, który w pierwszej kolejności powinien stanowić podstawę do rekonstruowania reżimu odpowiedzialności deliktowej, co zostanie dowiedzione w dalszej części opracowania. W odniesieniu natomiast do odpowiedzialności kontraktowej regulacja zawarta w art. 54 ust. 1 u.b.r. do pewnego stopnia koresponduje z unormowaniem objętym treścią art. 48 ust. 1 u.b.r. (analogicznie art. 81 ust. 1 u.b.r. przy badaniu skonsolidowanych sprawozdań finansowych), przy czym – w porównaniu z tą ostatnią – ma ona znacznie szerszy wymiar w aspekcie podmiotowym i przedmiotowym oraz konkretyzuje, za co odpowiada firma audytorska (tj. za szkodę spowodowaną swoim działaniem lub zaniechaniem). O ile jednak art. 48 ust. 1 u.b.r. (art. 81 ust. 1 u.b.r.) dotyczy problematyki związanej z odpowiedzialnością firmy audytorskiej jedynie w relacji zachodzącej między nią a jej kontrahentem (jednostką objętą badaniem, która jest stroną umowy o przeprowadzenie badania), o tyle w unormowaniu wynikającym z art. 54 ust. 1 u.b.r. chodzi o odpowiedzialność *erga omnes*, wobec nieoznaczonego z góry kręgu osób poszkodowanych działalnością firmy audytorskiej. Na podstawie zatem reguły przyjętej w art. 54 ust. 1 u.b.r. firma audytorska może zostać pociągnięta do odpowiedzialności przez każdy podmiot poszkodowany, o ile szkoda pozostaje w związku przyczynowo-skutkowym z działalnością firmy audytorskiej. Ponadto odpowiedzialność odszkodowawcza, której dotyczy art. 54 ust. 1 u.b.r., obejmuje nie tylko szkody wywołane wykonywaniem czynności badania, ale również innych czynności rewizji finansowej oraz czynności, których źródłem jest świadczenie innych usług, niebędących czynnościami rewizji finansowej, przez firmę audytorską. Na tej podstawie można zatem postawić tezę, że regulacja wyrażona w art. 54 ust. 1 u.b.r. ma charakter ogólny (*lex generalis*) względem unormowania przyjętego w art. 48 ust. 1 u.b.r. albo art. 81 ust. 1 u.b.r. (*lex specialis*), który dotyczy bezpośrednio odpowiedzialności za badanie jednostkowego sprawozdania finansowego albo skonsolidowanego sprawozdania finansowego wobec badanej jednostki. Należy zatem stwierdzić, że art. 48 ust. 1 u.b.r. oraz art. 81 ust. 1 u.b.r. konkretyzują rozumienie pojęcia „działania lub zaniechania” w ujęciu art. 52 ust. 1 u.b.r., gdyż będzie nim nieprzeprowadzenie bądź nienależyte przeprowadzenie badania jednostkowego bądź skonsolidowanego sprawozdania finansowego.

²¹ Por. art. 415 k.c., art. 36 ust. 1 Ustawy z dnia 22 marca 2018 r. o komornikach sądowych (Dz.U. z 2020 r., poz. 121 ze zm., dalej jako ustawa o komornikach), art. 49 Ustawy z dnia 14 lutego 1991 r. – Prawo o notariacie (Dz.U. z 2020 r., poz. 1192).

Z tych względów pełną normatywną podstawę odpowiedzialności kontraktowej firmy audytorskiej za szkodę wyrządzoną w związku z przeprowadzeniem badań stanowić będzie:

- 1) w przypadku sprawozdań jednostkowych: art. 54 u.b.r. w zw. z art. 48 ust. 1 u.b.r. oraz art. 3 ust. 3 u.b.r.;
- 2) natomiast w odniesieniu do skonsolidowanych sprawozdań finansowych – art. 54 u.b.r. w zw. z art. 81 ust. 1 u.b.r. oraz art. 3 ust. 3 u.b.r.

Z kolei podstawą odpowiedzialności deliktowej firmy audytorskiej zarówno w przypadku badania sprawozdań jednostkowych, jak i badania sprawozdań skonsolidowanych będzie art. 54 u.b.r. oraz art. 3 ust. 3 u.b.r. Na gruncie u.b.r. z 2009 r. należałoby natomiast wskazać na art. 51 u.b.r. z 2009 oraz art. 3 ust. 3 u.b.r. z 2009 r., które dotyczą zarówno odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej, z tym że w przypadku odpowiedzialności kontraktowej za badanie skonsolidowanego sprawozdania finansowego pełną normatywną podstawę odpowiedzialności stanowił art. 51 u.b.r. z 2009 r. w zw. z art. 61 ust. 1 u.b.r. z 2009 r. oraz art. 3 ust. 3 u.b.r. z 2009 r.

Jednocześnie należy również wstępnie przyjąć, że podstawowym kryterium ustalania zasad i przesłanek odpowiedzialności w odniesieniu do działalności firm audytorskich jest odpowiedzialność za badanie oraz za czynności rewizji finansowej niebędące badaniem, zastrzeżone dla biegłego rewidenta, która to odpowiedzialność może być rozważana zarówno w kontekście reżimu odpowiedzialności kontraktowej, jak i deliktowej.

W kontekście powyższych rozważań pozostaje również rozstrzygnięcie co do dopuszczalności stosowania na gruncie u.b.r. w zakresie dotyczącym odpowiedzialności za szkodę firm audytorskich przepisów k.c. Z systemowego punktu widzenia nie ma ku temu żadnych przeciwwskazań, ponieważ relacje pomiędzy firmą audytorską a podmiotami, na rzecz których świadczy ona usługi bądź pozostaje w określonej relacji społecznej, są stosunkami cywilnoprawnymi w rozumieniu art. 1 k.c. Również odpowiedzialność za szkodę unormowana w u.b.r. jest odpowiedzialnością cywilną. Z tego punktu widzenia uprawnione jest stosowanie przepisów k.c., ale tylko w sprawach nieunormowanych, co w praktyce będzie się sprowadzało do każdorazowego konstruowania zasad odpowiedzialności cywilnej firmy audytorskiej za wyrządzoną szkodę, także na podstawie regulacji k.c., o ile określona sprawa nie została inaczej unormowana w u.b.r. To z kolei pozwala, w zależności od rodzaju świadczonej usługi, na zrekonstruowanie odrębnego (samodzielnego) reżimu odpowiedzialności firm audytorskich. Uprzedzając w tym miejscu dalsze rozważania, co zostanie dowiedzione w kolejnych częściach, opieranie roszczeń na podstawie k.c. znajdowałby podstawę:

- 1) w przypadku odpowiedzialności kontraktowej – w treści art. 471 k.c. w zw. z art. 473 k.c.,
- 2) w przypadku odpowiedzialności deliktowej zarówno jednostki, na rzecz której czynności rewizji finansowej zostały wykonane, jak i wobec osób trzecich – w treści art. 415 k.c. w zw. z art. 429 k.c. lub w zw. z art. 430 k.c.,

tyle że w obu reżimach odpowiedzialności dochodzi do limitowania wysokości szkody na podstawie art. 54 ust. 2 i 3 u.b.r. (na gruncie u.b.r. z 2009 r., odpowiednio

art. 51 ust. 2 i 3), o ile ustawowe limity wysokości szkody, której naprawienia może żądać ta jednostka, nie zostały obniżone przez strony w drodze umowy.

3. ODPOWIEDZIALNOŚĆ FIRM AUDYTORSKICH ZA BADANIE SPRAWOZDAŃ FINANSOWYCH

3.1. PRAWNE PODSTAWY BADANIA SPRAWOZDAŃ FINANSOWYCH

W odniesieniu do badań sprawozdań finansowych, u.b.r. wskazuje na ustawowe oraz dobrowolne badanie (definicja została powołana powyżej). Prawną podstawą przeprowadzenia badań ustawowych, będących przedmiotem szczególnego zainteresowania w obrocie gospodarczym, jest umowa zawierana na podstawie i w trybie regulowanym w art. 66 u.o.r. Wyboru firmy audytorskiej do przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego dokonuje organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe jednostki, chyba że statut, umowa lub inne wiążące jednostkę przepisy prawa stanowią inaczej. Kierownik jednostki nie może dokonać takiego wyboru (art. 66 ust. 4 u.o.r.). Kierownik jednostki zawiera z firmą audytorską umowę o badanie sprawozdania finansowego w terminie umożliwiającym firmie audytorskiej udział w inwentaryzacji znaczących składników majątkowych. W wypadku badania ustawowego w rozumieniu art. 2 pkt 1 u.b.r. pierwsza umowa o badanie sprawozdania finansowego jest zawierana z firmą audytorską na okres nie krótszy niż dwa lata, z możliwością przedłużenia na kolejne co najmniej dwuletnie okresy. Koszty przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego ponosi badana jednostka (art. 66 ust. 5 u.o.r.). Za nieważne z mocy prawa uznaje się wszelkie klauzule umowne w umowach zawartych przez badaną jednostkę, które ograniczałyby możliwość wyboru firmy audytorskiej przez organ dokonujący wyboru firmy audytorskiej, na potrzeby przeprowadzenia badania ustawowego sprawozdań finansowych tej jednostki, do określonych kategorii lub wykazów firm audytorskich (art. 66 ust. 5a u.o.r.). Badania sprawozdania finansowego przeprowadzone z naruszeniem przepisów art. 69 ust. 6, 7 i 9, art. 70, art. 72 ust. 2, art. 135 ust. 2 i art. 136 u.b.r. oraz art. 4 i art. 5 oraz art. 17 ust. 1 akapit drugi i ust. 3 rozp. 537/2014 w przypadku badania ustawowego jednostki zainteresowania publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 9 u.b.r. są nieważne z mocy prawa.

Warto zarazem w tym miejscu zauważyć, że z punktu widzenia standardów zawodowych w zakresie dotyczącym warunków przeprowadzania badania znaczenie ma Krajowy Standard Badania 210 w brzmieniu Międzynarodowego Standardu Badania 210 „Uzgadnianie warunków zleceń badania”. W praktyce może to również oznaczać, że szczegółowe obowiązki między stronami umowy o badanie sprawozdania finansowego będą mogły być określone na podstawie przedmiotowego standardu, co z kolei będzie miało znaczenie dla ewentualnej odpowiedzialności kontraktowej wobec badanej jednostki.

Biorąc pod uwagę przepisy rozdziału 6 u.b.r. (poza jego art. 73), stwierdzić natomiast trzeba, że przedmiot umowy o badanie sprawozdania finansowego zostaje skonkretyzowany w art. 83 ust. 1 u.b.r., który stanowi, że w wyniku przeprowadzenia badania zgodnie z krajowymi standardami badania biegły rewident sporządza na piśmie sprawozdanie z badania. Elementy, jakie powinno posiadać

sprawozdanie z badania, normuje natomiast art. 83 ust. 3 u.b.r. Zawierać ma ono: 1) nazwę i siedzibę firmy audytorskiej, która przeprowadziła badanie; 2) nazwę jednostki, której sprawozdanie finansowe podlegało badaniu; 3) wskazanie, czy przedmiotem badania było roczne sprawozdanie finansowe badanej jednostki czy też roczne skonsolidowane sprawozdanie finansowe grupy kapitałowej; 4) wskazanie dnia bilansowego sprawozdania finansowego oraz okresów objętych sprawozdaniem finansowym podlegającym badaniu; 5) wskazanie zasad rachunkowości i sprawozdawczości finansowej zastosowanych przy sporządzeniu sprawozdania finansowego podlegającego badaniu; 6) opis zakresu badania, w tym wskazanie standardów badania, według których przeprowadzono badanie; 7) imię i nazwisko biegłego rewidenta, podpisującego sprawozdanie z badania oraz jego numer w rejestrze; 8) opinię biegłego rewidenta o tym, czy sprawozdanie finansowe przedstawia rzetelny i jasny obraz sytuacji majątkowej i finansowej oraz wyniku finansowego badanej jednostki zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami dotyczącymi rachunkowości i sprawozdawczości finansowej, a także przyjętymi zasadami (polityką) rachunkowości; 9) opinię biegłego rewidenta o tym, czy badane sprawozdanie finansowe jest zgodne co do formy i treści z przepisami prawa, statutem lub umową; 10) opinię, czy sprawozdanie z działalności zostało sporządzone zgodnie z przepisami oraz czy jest zgodne z informacjami zawartymi w rocznym sprawozdaniu finansowym; 11) oświadczenie o tym, czy w świetle wiedzy o jednostce i jej otoczeniu uzyskanej podczas badania stwierdzono istotne zniekształcenia w sprawozdaniu z działalności, oraz wskazanie, na czym polega każde takie istotne zniekształcenie; 12) opinię, czy emitent obowiązany do złożenia oświadczenia o stosowaniu ładu korporacyjnego zawarł w tym oświadczeniu informacje wymagane zgodnie z zakresem określonym w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 60 ust. 2 Ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o ofercie publicznej i warunkach wprowadzania instrumentów finansowych do zorganizowanego systemu obrotu oraz o spółkach publicznych²² lub regulaminach, o których mowa w art. 61 tej ustawy, a w odniesieniu do określonych informacji wskazanych w tych przepisach lub regulaminach – stwierdzenie, czy są one zgodne z mającymi zastosowanie przepisami oraz informacjami zawartymi w rocznym sprawozdaniu finansowym; 13) objaśnienia, w których biegły rewident odnosi się do spraw, na które zwrócił uwagę podczas badania, które nie powodują wydania opinii z zastrzeżeniami; 14) oświadczenie biegłego rewidenta o przypadkach istotnej niepewności w odniesieniu do zdarzeń lub uwarunkowań, które mogą rodzić zasadnicze wątpliwości co do zdolności jednostki do kontynuowania działalności; 15) stwierdzenie, że zakres badania nie obejmuje zapewnienia co do przyszłej rentowności badanej jednostki ani efektywności lub skuteczności prowadzenia spraw jednostki przez jej zarząd lub inny organ zarządzający obecnie lub w przyszłości; 16) informację o tym, czy jednostka, o której mowa w art. 49b ust. 1 Ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości, sporządziła oświadczenie na temat informacji niefinansowych, o którym mowa w tym przepisie, albo odrębne sprawozdanie na temat informacji niefinansowych, o którym mowa w art. 49b ust. 9 Ustawy z dnia 29 września

²² Dz.U. z 2020 r., poz. 2080, oraz z 2021 r., poz. 355, dalej jako u.o.p.

1994 r. o rachunkowości, a w przypadku jednostki korzystającej ze zwolnienia, o którym mowa w art. 49b ust. 11 tej ustawy – informacje, czy jednostka ta ujawniła w swoim sprawozdaniu z działalności nazwę i siedzibę jednostki dominującej wyższego szczebla, sporządzającej oświadczenie lub odrębne sprawozdanie grupy kapitałowej na temat informacji niefinansowych, które obejmie tę jednostkę i jej jednostki zależne każdego szczebla; 17) inne elementy, które biegły rewident uzna za konieczne, oraz 18) podpis biegłego rewidenta i datę sporządzenia sprawozdania z badania.

Opinia, w zakresie, o którym mowa w art. 83 ust. 3 pkt. 8 i 9 u.b.r., może być opinią bez zastrzeżeń, z zastrzeżeniami lub negatywną. W wypadku gdy biegły rewident nie jest w stanie wyrazić opinii o badanym sprawozdaniu finansowym, sprawozdanie z badania zawiera odmowę wydania opinii (art. 83 ust. 5 u.b.r.). W sprawozdaniu z badania należy ponadto zamieścić: 1) opinię, czy badane sprawozdanie finansowe zostało sporządzone na podstawie prawidłowo prowadzonych ksiąg rachunkowych; 2) uzasadnienie wydania opinii z zastrzeżeniami, wydania opinii negatywnej albo odmowy wydania opinii przez biegłego rewidenta, wraz z opisem skutków zniekształceń będących powodem wydania takiej opinii albo odmowy jej wydania; 3) informację o niedopełnieniu przez badaną jednostkę, do dnia sporządzenia sprawozdania z badania, obowiązku złożenia do właściwego rejestru sądowego, a w stosownych przypadkach także do ogłoszenia sprawozdania finansowego za rok lub lata poprzedzające rok obrotowy; 4) informację o stwierdzonym podczas badania istotnym naruszeniu prawa, statutu lub umowy spółki mającym wpływ na sprawozdanie finansowe; 5) informację, czy jednostka badana przestrzega obowiązujących regulacji ostrożnościowych, określonych w odrębnych przepisach, w szczególności czy: a) spółdzielcza kasa oszczędnościowo-kredytowa prawidłowo ustaliła współczynnik wypłacalności, b) bank lub podmiot prowadzący działalność maklerską prawidłowo ustaliły współczynniki kapitałowe, c) zakład ubezpieczeń lub zakład reasekuracji utworzyły rezerwy techniczno-ubezpieczeniowe dla celów rachunkowości w wysokości zapewniającej pełne wywiązywanie się z bieżących i przyszłych zobowiązań wynikających z zawartych umów ubezpieczenia lub umów reasekuracji, d) zakład ubezpieczeń na życie, w rozumieniu Ustawy z dnia 28 sierpnia 1997 r. o organizacji i funkcjonowaniu funduszy emerytalnych, prawidłowo wyliczył margines wypłacalności i posiada środki własne, o których mowa w art. 106j ust. 3 pkt 3 tej ustawy, w wysokości nie niższej niż margines wypłacalności i nie niższej niż kapitał gwarancyjny (art. 83 ust. 6 u.b.r.). Powyższe elementy wskazują zatem wyraźnie na obowiązki biegłego rewidenta, o czym będzie dokładnie mowa w pkt. 2.1. tego rozdziału.

3.2. ODPOWIEDZIALNOŚĆ KONTRAKTOWA ZA BADANIE JEDNOSTKOWYCH SPRAWOZDAŃ FINANSOWYCH WOBEC BADANEJ JEDNOSTKI

3.2.1. Prawne podstawy odpowiedzialności kontraktowej firmy audytorskiej oraz jej przesłanki

Biorąc pod uwagę wyżej wskazany przedmiot umowy o badanie sprawozdania finansowego, jak również przeprowadzone rozważania dotyczące relacji art. 54 u.b.r. do art. 48 ust. 1 u.b.r., uzasadnione jest przyjęcie, że podstawą odpowiedzialności kontraktowej firmy audytorskiej za szkodę wyrządzoną w związku z badaniem jednostkowego sprawozdania finansowego jest art. 54 u.b.r. w zw. z art. 48 ust. 1 u.b.r. oraz art. 3 ust. 3 u.b.r., zwłaszcza jeśli dodatkowo uwzględnić pozostałe ustawowe unormowania dotyczące przeprowadzania badania, które kształtują relację pomiędzy firmą audytorską (jako stroną umowy) a biegłym rewidentem (przeprowadzającym faktycznie badanie). Zgodnie bowiem z art. 66 ust. 1 u.b.r. do każdego badania firma audytorska wyznacza przynajmniej jednego kluczowego biegłego rewidenta, kierując się koniecznością zapewnienia wysokiej jakości badania oraz spełnienia wymogów w zakresie niezależności i kompetencji umożliwiających właściwe przeprowadzenie badania. Jednocześnie w art. 2 pkt 12 u.b.r. definiuje się pojęcie „kluczowego biegłego rewidenta”. Jest nim:

- 1) w przypadku badania sprawozdania finansowego – biegły rewident wyznaczony przez firmę audytorską jako w głównym stopniu odpowiedzialny za przeprowadzenie danego badania w imieniu firmy audytorskiej lub
- 2) w przypadku badania skonsolidowanego sprawozdania finansowego grupy kapitałowej – biegły rewident wyznaczony przez firmę audytorską jako w głównym stopniu odpowiedzialny za przeprowadzenie badania skonsolidowanego sprawozdania finansowego grupy kapitałowej w imieniu firmy audytorskiej na poziomie jednostki dominującej danej grupy kapitałowej oraz biegły rewident wyznaczony jako w głównym stopniu odpowiedzialny za przeprowadzenie badania skonsolidowanego sprawozdania finansowego grupy kapitałowej na poziomie istotnych jednostek zależnych objętych skonsolidowanym sprawozdaniem finansowym danej grupy kapitałowej, lub
- 3) biegły rewident podpisujący sprawozdanie z badania.

Oznacza to, że osoba, która podpisuje sprawozdanie z badania w rozumieniu art. 83 ust. 3 pkt 7 u.b.r., jest zawsze kluczowym biegłym rewidentem. Jeśli dodatkowo uwzględnić, że zgodnie z art. 3 ust. 3 u.b.r. biegły rewident zawsze wykonuje zawód w imieniu firmy audytorskiej, to należałoby przyjąć, że cywilna odpowiedzialność firmy audytorskiej za badanie jest *de facto* odpowiedzialnością za działania i zaniechania kluczowego biegłego rewidenta (biegłego rewidenta podpisującego sprawozdanie z badania) jak za własne działania i zaniechania. Z kolei biegły rewident odpowiedzialny jest za sporządzenie sprawozdania z badania jako rezultatu umowy o badanie. Wniosek taki wynika również z treści art. 48 ust. 1 w zw. z ust. 2 i 3 u.b.r., które zezwalając na powierzenie osobie fizycznej, osobie prawnej lub jednostce organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej wpisanej na listę, o której mowa w art. 57 ust. 1 u.b.r., zwanej dalej „podwykonawcą”,

wykonanie w jej imieniu i na jej rzecz niektórych czynności badania, nie zmieniają generalnej reguły wynikającej z art. 48 ust. 1 u.b.r. przesadzającego o wyłącznej odpowiedzialności firm audytorskich za przeprowadzenie badania, co obejmuje również odpowiedzialność odszkodowawczą. Odpowiedzialność firmy audytorskiej jest *de facto* odpowiedzialnością przypisywaną firmie audytorskiej jak za własne działania lub zaniechania za szkodę wyrządzoną przez biegłego rewidenta podpisującego sprawozdanie z badania.

Mając na względzie powyższe, przesłankami odpowiedzialności kontraktowej firm audytorskich za badanie jednostkowego sprawozdania finansowego są:

- 1) niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania;
- 2) zawinione niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania;
- 3) szkoda;
- 4) powstanie szkody jako normalnego następstwa zawinionego zachowania biegłego rewidenta, za które odpowiada firma audytorska jak za własne działania i zaniechania.

3.2.2. Niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania w przypadku badań jednostkowych sprawozdań finansowych

Pojęcie wykonania zobowiązania oznacza takie zachowania dłużnika, które polegają na spełnieniu wszystkich obowiązków spoczywających na nim, a wynikających z treści łączącego strony stosunku prawnego²³. W świetle rozważań zawartych powyżej w punkcie 3.1., można stwierdzić, że podstawowym zobowiązaniem firmy audytorskiej i biegłego rewidenta przeprowadzającego badanie jest: 1) przeprowadzenie badania zgodnie z krajowymi standardami badania (art. 83 ust. 1 u.b.r. oraz art. 2 pkt. 1 i 2 u.b.r.), oraz 2) sporządzenie sprawozdania z badania, zawierającego elementy, o których mowa w art. 83 ust. 3–6 u.b.r. Tym samym niewykonanie obowiązku może polegać na nieprzeprowadzeniu badania lub niesporządzeniu sprawozdania z badania. Z kolei nienależyte wykonanie obowiązku będzie polegało na przeprowadzeniu badania, ale niezgodnie (choćby w części) z krajowymi standardami badania, lub sporządzenie sprawozdania z badania niezawierającego wymaganych elementów, bądź też zawierającego wymagane elementy, tyle że w sposób błędny. Chodzi zwłaszcza o błędy w sprawozdaniu dotyczące opinii (kluczowego) biegłego rewidenta co do tego, czy:

- 1) sprawozdanie finansowe przedstawia rzetelny i jasny obraz sytuacji majątkowej i finansowej oraz wyniku finansowego badanej jednostki zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami dotyczącymi rachunkowości i sprawozdawczości finansowej, a także przyjętymi zasadami (polityką) rachunkowości (art. 83 ust. 3 pkt 8 u.b.r.);
- 2) sprawozdanie z działalności zostało sporządzone zgodnie z przepisami oraz czy jest zgodne z informacjami zawartymi w rocznym sprawozdaniu finansowym (art. 83 ust. 1 pkt 10 u.b.r.);

²³ Zob. szerzej: G. Tracz, *Pojęcie wykonania i niewykonania zobowiązań w polskim prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, nr 1, s. 174.

- 3) w świetle wiedzy o jednostce i jej otoczeniu uzyskanej podczas badania stwierdzono istotne zniekształcenia w sprawozdaniu z działalności, oraz wskazanie, na czym polega każde takie istotne zniekształcenie (art. 83 ust. 3 pkt 11 u.b.r.);
- 4) zostały zawarte objaśnienia, w których biegły rewident odnosi się do spraw, na które zwrócił uwagę podczas badania, które nie powodują wydania opinii z zastrzeżeniami (art. 83 ust. 3 pkt 13 u.b.r.);
- 5) wystąpiła istotna niepewność w odniesieniu do zdarzeń lub uwarunkowań, które mogą rodzić zasadnicze wątpliwości co do zdolności jednostki do kontynuowania działalności (art. 83 ust. 3 pkt 14 u.b.r.);
- 6) badane sprawozdanie finansowe zostało sporządzone na podstawie prawidłowo prowadzonych ksiąg rachunkowych (art. 83 ust. 6 pkt 1 u.b.r.);
- 7) zawarto uzasadnienie wydania opinii z zastrzeżeniami, wydania opinii negatywnej albo odmowy wydania opinii przez biegłego rewidenta, wraz z opisem skutków zniekształceń będących powodem wydania takiej opinii albo odmowy jej wydania (art. 83 ust. 6 pkt 2 u.b.r.).

W tym świetle szczególnego znaczenia nabiera okoliczność, że zgodnie z art. 83 ust. 5 u.b.r. opinia w zakresie, o którym mowa w jego ust. 3 pkt. 8 i 9 może być opinią bez z zastrzeżeń, z zastrzeżeniami lub negatywną. Biegły rewident może również nie być w stanie wyrazić opinii o badanym sprawozdaniu finansowym; wówczas sprawozdanie z badania zawiera odmowę wydania opinii.

Wiele regulacji, o których mowa powyżej, trudno jest wyjaśnić bez znajomości krajowych standardów badania, przez co należy rozumieć: a) międzynarodowe standardy badania przyjęte do prawa Unii Europejskiej w formie rozporządzeń²⁴ oraz b) standardy badania w zakresie nieuregulowanym przez prawo UE, przyjęte przez Krajową Radę Biegłych Rewidentów, zatwierdzone przez Radę Polskiej Agencji Nadzoru Audytowego (dalej jako Rada PANA) w zakresie, w jakim odnoszą się one do badań sprawozdań finansowych (art. 2 pkt 22 u.b.r.). Podstawowy problem sprowadza się do tego, że o ile rozporządzenia wydawane w ramach porządku prawnego Unii Europejskiej są bezpośrednio stosowane w polskim porządku prawnym i mają charakter źródeł prawa, o tyle krajowe standardy badania takim źródłem prawa nie są, a fakt ich zatwierdzenia przez Radę PANA nie prowadzi automatycznie do ich powszechnej jurydyzacji. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że obowiązek przeprowadzenia badań zgodnie z powyższymi standardami wynika również z dyrektywy 2006/43/WE, która w art. 26 ust. 1 stanowi, że państwa członkowskie wymagają od biegłych rewidentów i firm audytorskich prowadzenia badań ustawowych zgodnie z międzynarodowymi standardami badania przyjętymi przez Komisję, z tym że dopóki Komisja nie przyjmie międzynarodowego standardu badania obejmującego tę samą kwestię, dopóty mogą stosować krajowe standardy.

Biorąc pod uwagę, że *de lege lata* krajowe standardy badania zostały przyjęte przez Krajową Radę Biegłych Rewidentów, nakaz ich stosowania może być skierowany wyłącznie do biegłych rewidentów jako członków samorządu zawo-

²⁴ Dotychczas Komisja Europejska nie przyjęła do prawa UE żadnego międzynarodowego standardu badania w formie rozporządzenia.

dowego. Wówczas bowiem obowiązek ich stosowania może znajdować oparcie nie tyle w konstytucyjnym systemie źródeł powszechnie obowiązującego prawa, co w treści art. 17 Konstytucji RP, który stanowi, że samorzady zawodowe sprawują pieczę nad należyтым wykonywaniem tych zawodów w granicach interesu publicznego i dla jego ochrony. W tym celu mogą więc zobowiązać do stosowania krajowych standardów badania. Nie jest to jednak obowiązek powszechny, co ma znaczenie dla oceny możliwości zastosowania odpowiedzialności deliktowej. Tym samym obowiązek stosowania krajowych standardów badania w związku z przeprowadzaniem badania spoczywa wyłącznie na biegłym rewidentzie, tyle że z wyżej zaprezentowaną koncepcją odpowiedzialności kontraktowej, firma audytorska przyjmuje odpowiedzialność z tego tytułu jak za własne działania bądź zaniechania.

Z punktu widzenia brzmienia art. 83 ust. 1 u.b.r. samo naruszenie krajowych standardów badania, jakkolwiek stanowi naruszenie zobowiązania, to jednak *per se* nie będzie mogło stanowić jako samodzielna (wyłączna) przyczyna wystarczającej podstawy przypisania firmie audytorskiej odpowiedzialności cywilnej²⁵. Konieczne jest bowiem, aby w wyniku naruszenia krajowych standardów badania doszło do niewykonania bądź nienależytego wykonania obowiązku sporządzenia sprawozdania z opinii w rozumieniu art. 83 ust. 3–6 u.b.r. Umowa o badanie sprawozdania finansowego jest bowiem umową rezultatu, którego osiągnięcie wymaga starannego działania biegłego rewidenta, co wymaga stosowania przez niego krajowych standardów badania. Nie ma przy tym znaczenia liczba naruszeń krajowych standardów badania. Istotne jest, czy w ich wyniku doszło do naruszenia art. 83 ust. 3–6 u.b.r. Niezależnie od liczby potencjalnie naruszonych reguł wynikających z krajowych standardów badania, będzie to jedno naruszenie art. 83 ust. 3–6 u.b.r. i podstawa odpowiedzialności kontraktowej, do której się stosuje ustawowy limit odpowiedzialności określony w art. 54 ust. 2 u.b.r. lub limit określony w umowie przez strony. Samo z kolei naruszenie standardów badania, które nie prowadzi do naruszenia art. 83 ust. 3–6 u.b.r. w praktyce nie wyrządzi szkody, gdyż nie dojdzie do niewykonania bądź nienależytego wykonania obowiązku sporządzenia sprawozdania z badania.

Problematyka prawnej kwalifikacji standardów rewizji finansowej przedstawiała się podobnie na gruncie wcześniej obowiązującej u.b.r. z 2009 r. Odpowiednikiem krajowych standardów badania były wówczas Międzynarodowe Standardy Rewizji Finansowej oraz standardy równoważne, zaś obowiązek przeprowadzenia badania sprawozdań finansowych zgodnie z tymi standardami przez podmiot uprawniony wynikał z art. 97 ust. 1 pkt 3 u.b.r. z 2009 r. Podkreślenia wymaga jednak, że do czasu wejścia w życie Międzynarodowych Standardów Rewizji Finansowej, ogłoszonych w formie rozporządzeń Komisji Europejskiej, przez standardy rewizji finansowej rozumiało się krajowe standardy ustanowione przez Krajową Radę Biegłych Rewidentów, zatwierdzone przez Komisję Nadzoru Audytowego (art. 120 u.b.r. z 2009 r.). Również zatem w poprzednim stanie prawnym naruszenie standardu samo przez

²⁵ Naruszenie standardów może natomiast uzasadniać odpowiedzialność dyscyplinarną biegłego rewidenta (art. 139 ust. 2 pkt 1 u.b.r.).

się nie mogło uzasadniać odpowiedzialności podmiotu uprawnionego do badania sprawozdań finansowych. Konieczne było bowiem, aby w wyniku naruszenia standardów rewizji finansowej doszło do niewykonania bądź nienależytego wykonania obowiązku sporządzenia opinii lub raportu w rozumieniu art. 65 ust. 2–6 u.o.r. w brzmieniu obowiązującym przed 21 czerwca 2017 r.

Szczególnym przypadkiem, który może aktualizować odpowiedzialność kontraktową firmy audytorskiej wobec badanej jednostki, jest zalecenie przez biegłego rewidenta nieznajdujących uzasadnienia korekt w sprawozdaniu finansowym. Zgodnie z Krajowym Standardem Badania 450 w brzmieniu Międzynarodowego Standardu Badania 450 – „Ocena zniekształceń zidentyfikowanych podczas badania”, jeżeli biegły rewident zidentyfikuje zniekształcenia w sprawozdaniu finansowym, to obowiązany jest on zwrócić się do kierownika jednostki o dokonanie odpowiednich korekt w sprawozdaniu. Zalecenie takie nie jest wiążące dla kierownika jednostki, jednak w przypadku, gdy w ramach badania biegły rewident błędnie zidentyfikuje zniekształcenie, zaś kierownik badanej jednostki uwzględni zalecenie, wskutek czego opinia nie będzie odpowiadała wskazanym wyżej wymaganiom, firma audytorska – przy spełnieniu pozostałych przesłanek – może ponieść odpowiedzialność za wynikłą stąd szkodę²⁶.

3.2.3. Zawinione niewykonanie bądź nienależyte wykonanie zobowiązania

Z konstrukcyjnego punktu widzenia, samo naruszenie zobowiązania przez dłużnika nie jest jeszcze podstawą jego odpowiedzialności kontraktowej. Zasada winy jest bowiem naczelną zasadą reżimu odpowiedzialności kontraktowej, według której (w razie braku innych wskazań) kształtuje się odpowiedzialność dłużnika²⁷. Dla przypisania odpowiedzialności konieczne jest zatem, aby naruszenie zobowiązania było spowodowane okolicznościami, za które dłużnik (tu: firma audytorska) ponosi odpowiedzialność. Niewątpliwie takimi okolicznościami są działania lub zaniechania biegłego rewidenta wykonującego badanie sprawozdania finansowego. Chodzi jednak tylko o takie działania lub zaniechania, które świadczą o niedochowaniu należytej staranności przy wykonywaniu badania²⁸. Niezbędne jest zatem porównanie wzorca, jaki wyłania się z zasad wykonywania zawodu, w tym z krajowych standardów badania, z zachowaniem biegłego przy konkretnym badaniu.

²⁶ Jeżeli korekty takie spowodują, że sprawozdanie finansowe nie będzie odpowiadało wymaganiom wynikającym z u.o.r., w wyniku czego kierownik jednostki oraz członkowie rady nadzorczej lub innego organu nadzorującego jednostki poniosą odpowiedzialność odszkodowawczą, firma audytorska ponosić będzie deliktową odpowiedzialność regresową wobec tych osób.

²⁷ Wyrok Sądu Apelacyjnego w Szczecinie z dnia 9 maja 2013 r., I ACa 213/13, LEX nr 1381557.

²⁸ Tak na gruncie odpowiedzialności kontraktowej *in genere*: T. Pajor, *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982, s. 37; W. Czachórski, *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2002, s. 319; A. Rembeliński, w: J. Winiarz, *Kodeks cywilny z komentarzem. Tom 1*, Warszawa 1989, s. 474; W.J. Katner, w: S. Włodyka (red.), *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2011, s. 257.

Tak długo, jak nie będzie możliwe postawienie mu zarzutu, że – w świetle zasad wykonywania zawodu i krajowych standardów badania – powinien był zachować się inaczej, bądź że powinien był wykonywać dodatkowe czynności, tak długo niemożliwe będzie przypisanie firmie audytorskiej odpowiedzialności. Przykładowo, jeżeli zawarcie w sprawozdaniu z badania błędnej opinii co do oceny badanego sprawozdania finansowego jest wynikiem złożenia przez kierownika jednostki nieprawdziwych oświadczeń, których biegły nie mógł obiektywnie zweryfikować, mimo że przeprowadził w tym zakresie odpowiednie procedury badania, firma audytorska nie poniesie odpowiedzialności. Rozpatrując tę kwestię w kontekście standardów zawodowych, zastosowanie znajdzie Krajowy Standard Badania 580 w brzmieniu Międzynarodowego Standardu Badania 580 „Pisemne oświadczenia”. Należyta staranność osoby zawodowo wykonującej zobowiązanie – poza sytuacjami, w których umówiono się inaczej – jest rozumiana jako przeciętnie wymagana, a więc zachowująca ustaloną wzorcem średnią na wystarczającym poziomie, na tyle dobrym, aby prawidłowo wykonać czynności zawodowe²⁹. Odnotowania wymaga przy tym, że w świetle art. 83 ust. 3 u.b.r. ma on wyrazić: 1) opinię o tym, czy sprawozdanie finansowe przedstawia rzetelny i jasny obraz sytuacji majątkowej i finansowej oraz wyniku finansowego badanej jednostki zgodnie z mającymi zastosowanie przepisami dotyczącymi rachunkowości i sprawozdawczości finansowej, a także przyjętymi zasadami (polityką) rachunkowości, 2) opinię, czy badane sprawozdanie finansowe jest zgodne co do formy i treści z przepisami prawa, statutem lub umową, 3) opinię, czy sprawozdanie z działalności zostało sporządzone zgodnie z przepisami oraz czy jest zgodne z informacjami zawartymi w rocznym sprawozdaniu finansowym, względnie, czy 4) emitent obowiązany do złożenia oświadczenia o stosowaniu ładu korporacyjnego zawarł w tym oświadczeniu informacje wymagane zgodnie z zakresem określonym w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 60 ust. 2 u.o.p. lub regulaminach, o których mowa w art. 61 u.o.p. Co przy tym istotne, w art. 85 u.b.r. ustawodawca wprost dopuszcza istnienie „różnicy zdań” odnośnie do opinii. Wprawdzie przepis ten odnosi się wprost jedynie do przypadku, gdy badanie ustawowe jest przeprowadzane przez więcej niż jedną firmę audytorską, niemniej wyraźnie wskazuje, że różni biegli rewidenci mogą różnie oceniać poszczególne elementy badania. Nie każda zatem różnica zdań uzasadniająca wydanie różnych opinii może prowadzić do uznania, że doszło do zawinionego nienależytego wykonania zobowiązania.

Wydaje się, że w tym kontekście pomocne mogłoby być odwołanie się do orzecznictwa dotyczącego miernika staranności zawodowej radcy prawnego lub adwokata przy sporządzeniu opinii prawnej. Najbardziej reprezentatywny w tym zakresie wydaje się wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r., I CSK 330/11³⁰, w którym stwierdzono, że „staranność zawodowa adwokata może

²⁹ Zob. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 15 marca 2012 r., I CSK 330/11, OSNC 2012, nr 9, poz. 10.

³⁰ OSNC 2012, nr 9, poz. 109.

być uznana za niemieszczącą się w tym wzorcu tylko wtedy, gdy sporządzona przez niego opinia lub sposób postępowania w sprawie są oczywiście sprzeczne z przepisami mającymi zastosowanie albo z powszechnie aprobowanymi poglądami doktryny lub ustalonym orzecznictwem, znanym przed podjęciem czynności". Uwzględniając odmienność opinii sporządzanej przez biegłego rewidenta i opinii prawnej, uzasadnione wydaje się stwierdzenie, że staranność zawodowa biegłego rewidenta może być uznana za niemieszczącą się we wzorcu należytej staranności tylko wtedy, gdy w świetle dokumentacji badania (czy szerzej akt badania) oczywiście niemożliwe jest znalezienie uzasadnienia dla opinii o badanym sprawozdaniu finansowym wyrażonej w sporządzonym sprawozdaniu z badania. W świetle art. 84 u.b.r. akta badania mają bowiem umożliwić *biegłemu* rewidentowi niebiorącemu udziału w badaniu prześledzenie przebiegu badania i znalezienie uzasadnienia dla opinii o badanym sprawozdaniu finansowym wyrażonej w sprawozdaniu z badania. Tak długo zatem, jak w świetle akt badania możliwe było znalezienie uzasadnienia dla wyrażonej opinii, tak długo biegłemu rewidentowi nie sposób postawić zarzutu naruszenia wzorca staranności zawodowej.

3.2.4. Powstanie po stronie badanej jednostki szkody

W zakresie dotyczącym szkody miarodajne jest jej rozumienie przyjęte na gruncie prawa cywilnego. Za szkodę należy zatem uznać uszczerbek w dobrach poszkodowanego, polegający na różnicy między stanem tych dóbr, powstałym wskutek zdarzenia szkodzącego a stanem, jaki by istniał, gdyby nie zaszło to zdarzenie³¹. Może on przybrać postać utraty, zmniejszenia lub niepowiększenia aktywów³². W świetle art. 361 § 2 k.c. szkoda może występować w dwojakiej postaci, tj. straty, którą poniósł poszkodowany (łac. *damnum emergens* – strata rzeczywisła), albo utraty korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby szkody mu nie wyrządzono (łac. *lucrum cessans* – utracone korzyści). Pojęcie straty obejmuje zmniejszenie posiadanych aktywów, do którego dochodzi wskutek utraty, ubytku, zniszczenia lub zniweczenia elementów majątkowych, praw lub wierzytelności, które przysługiwały poszkodowanemu³³, albo ekspektatywy tych praw³⁴. Strata obejmuje również zobowiązania poszkodowanego, których powstanie lub zwiększenie stanowi skutek zdarzenia przypisywanemu podmiotowi zobowiązanemu do naprawienia szkody³⁵. Utracone korzyści mają natomiast charakter hipotetyczny, zaś ich ustalenie odbywa

³¹ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 11 lipca 1957 r., 2 CR 304/57, OSNCK 1958, nr 3, poz. 76; uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 22 listopada 1963 r., III PO 31/63, OSNCP 1964, nr 7–8, poz. 128, oraz uchwałę składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 6 lipca 1968 r., III PZP 26/68, OSNAPiUS 1969, nr 2, poz. 18.

³² M. Kaliński, w: A. Olejniczak (red.), *System...*, op. cit., s. 73.

³³ Zob. w szczególności wyrok Sądu Najwyższego z dnia 12 lutego 2015 r., IV CSK 235/14, LEX nr 1665353.

³⁴ Zob. uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2002 r., III CZP 73/02, OSNC 2003, nr 10, poz. 131.

³⁵ G. Kozieł, w: M. Załucki (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 2, Legalis 2020, Nb. 16 do art. 361.

się w drodze szacowania stanu majątkowego w takim stanie, jaki kształtowałby się, gdyby nie nastąpiło zdarzenie szkodzące³⁶. Ta postać szkody obejmuje następstwa w majątku poszkodowanego, co do których, oceniając rzecz rozsądnie, według doświadczenia życiowego, w okolicznościach danej sprawy, dałoby się przewidzieć, że wzbogaciłyby majątek poszkodowanego. W wypadku dochodzenia naprawienia szkody w postaci utraconych korzyści musi być ona przez żądającego odszkodowania wykazana z tak dużym prawdopodobieństwem, że praktycznie w świetle doświadczenia życiowego można przyjąć, że utrata korzyści rzeczywiście miała miejsce³⁷. Poza zakresem obowiązku odszkodowawczego pozostaje natomiast uszczerbek określany mianem szkody ewentualnej³⁸, przeciwstawianej utraconym korzyściom. Jakkolwiek w ramach obu tych postaci uszczerbku nie można wymagać dowodu absolutnej pewności, bowiem rozważania hipotetyczne są zawsze obciążone marginesem błędu, to jednak przy utracie korzyści osiągnięcie dochodu musi spełniać przesłankę wysokiego prawdopodobieństwa, zaś szkoda ewentualna wynika z utraty szansy występuje wtedy, gdy prawdopodobieństwo jej korzystnej realizacji było mniej niż wysoce prawdopodobne³⁹.

Z perspektywy przedmiotu opracowania warto wskazać, że w ramach utraconych korzyści obowiązkiem odszkodowawczym obejmowano w orzecznictwie przykładowo zaniedbania przez pełnomocnika procesowego podjęcia kroków zmierzających do realizacji roszczenia służącego poszkodowanemu⁴⁰. Czyniono to jednak w sytuacjach, gdy występował bardzo wysoki stopień prawdopodobieństwa uzyskania przez poszkodowanego określonych dochodów, co wymagało dowodu, iż w braku zdarzenia szkodzącego doszłoby do zasądzenia roszczenia⁴¹, choć, jak się wydaje, należałoby jeszcze wymagać dowodu realności jego ściągnięcia⁴². Z uwagi na porównywalność przypadków, do których odnoszą się przedmiotowe orzeczenia, z sytuacją związaną z badaniem sprawozdania finansowego, podobne podejście należałoby przyjąć przy ocenie szkody wywołanej następstwem wydania sprawozdania z jego badania.

³⁶ A. Szpunar, *Uwagi o odszkodowaniu za utracone korzyści*, w: S. Wójcik (red.), *Prace cywilistyczne. Księga pamiątkowa dla uczczenia 40-lecia pracy naukowej prof. Jana Winiarza*, Warszawa 1990, s. 292 i n.

³⁷ Zob. wyroki Sądu Najwyższego: z dnia 21 czerwca 2002 r., IV CKN 382/00, LEX nr 52543, oraz z dnia 22 marca 2019 r., IV CNP 43/17, LEX nr 2639461; a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 21 czerwca 2013 r., V ACa 201/13, LEX nr 1342264.

³⁸ T. Pajor, *Odpowiedzialność...*, op. cit., s. 152; M. Safjan, *Problematyka tzw. bezprawności względnej oraz związku przyczynowego na tle odpowiedzialności za niezgodne z prawem akty normatywne*, w: L. Ogiełto (red.), W. Popiołek (red.), M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005, s. 1331.

³⁹ M. Kaliński, w: A. Olejniczak (red.), *System...*, op. cit., s. 107.

⁴⁰ Zob. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 21 lutego 1962 r., 2 CR 314/61, OSP 1963, nr 3, poz. 139. Zob. także W. Siedlecki, *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 1962 r.*, III CR 8/62, „Państwo i Prawo” 1964, nr 7, s. 167–170.

⁴¹ A. Szpunar, *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 52.

⁴² M. Kaliński, w: A. Olejniczak (red.), *System...*, op. cit., s. 108.

3.2.5. Związek przyczynowy pomiędzy niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zobowiązania a powstaniem szkody

W odniesieniu do związku przyczynowego zastosowanie znajduje art. 361 k.c. W przeciwieństwie do przepisów statuujących odpowiedzialność za naruszenie dóbr osobistych, na gruncie których przyjmuje się, że odpowiedzialność tę ponoszą wszelkie podmioty, które w jakikolwiek sposób powodują czy przyczyniają się do naruszenia⁴³, przepis ten ustanawia zasadę tzw. adekwatnej przyczynowości. Zobowiązany do odszkodowania ponosi bowiem odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. W praktyce kwestia wykazania normalnego związku często jest problematyczna. W każdym przypadku należałoby zachować następujący *modus procedendi*: najpierw należy zbadać, czy w ogóle pomiędzy kolejnymi faktami istnieją obiektywne powiązania. W szczególności trzeba wyjaśnić, czy dany fakt (przyczyna) był koniecznym warunkiem wystąpienia drugiego z nich (skutku), czyli czy bez niego skutek by wystąpił. W omawianym zakresie stosujemy więc dwustopniowe rozumowanie, zwane testem *conditio sine qua non*⁴⁴. Tylko w razie pozytywnego stwierdzenia konieczne jest rozważenie, czy wspomniane powiązania można traktować jako „normalne”, tzn. typowe lub oczekiwane w zwykłej kolejności rzeczy, a więc niebędące rezultatem jakiegoś zupełnie wyjątkowego zbiegu okoliczności. Odpowiedź negatywna wyłącza związek przyczynowy i w konsekwencji odpowiedzialność odszkodowawczą⁴⁵. W świetle przeprowadzonych rozważań chodzi zatem o związek przyczynowy pomiędzy niewykonaniem bądź nienależytym wykonaniem zobowiązania a powstałą szkodą. Ponieważ zobowiązanie polega w istocie na sporządzeniu sprawozdania z badania, związek przyczynowy musi istnieć pomiędzy niesporządzeniem sprawozdania bądź nienależytym sporządzeniem sprawozdania a szkodą. W wypadku niesporządzenia sprawozdania z badania dość łatwo sobie wyobrazić szkodę w postaci: 1) konieczności poniesienia większych kosztów przeprowadzenia badania przez inną firmę audytorską, 2) kary za nieterminowe złożenie sprawozdania finansowego wraz ze sprawozdaniem z badania, o ile obowiązek ich złożenia do właściwego organu wynika z obowiązujących przepisów, 3) kosztów powstałych w wyniku wypowiedzenia umowy kredytowej, o ile przedłużenie finansowania przez podmioty zewnętrzne było uzależnione od przedstawienia sprawozdania z badania. Trudniejsza do oceny

⁴³ W świetle wyroku Sądu Najwyższego z dnia 30 września 2016 r., I CSK 598/15 (LEX nr 2151458), art. 24 § 1 k.c. nie ogranicza jego zastosowania do bezpośrednich sprawców naruszenia dóbr osobistych, ale obejmuje swoim zakresem wszelkie działania określonego podmiotu, które w jakikolwiek sposób powodują czy przyczyniają się do naruszenia dóbr osobistych poszkodowanego lub do pogłębienia naruszeń tych dóbr, dokonanych uprzednio przez inne podmioty.

⁴⁴ A. Koch, *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975, s. 72; por. idem, *Metodologiczne zagadnienia związku przyczynowego w prawie cywilnym*, Poznań 1975, s. 103; S. Garlicki, *Związek przyczynowy przy szkodzie na osobie*, „Nowe Prawo” 1957, nr 10, s. 31.

⁴⁵ T. Wiśniewski, w: J. Gudowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, wyd. 2, LEX 2018, Nb. 3 do art. 361 k.c.

jest natomiast sytuacja, w której biegły rewident wydaje nierzetelne (błędne) sprawozdanie z badania. Wówczas bowiem odpowiada on za szkodę tylko wtedy, gdy sprawozdanie to wpłynęło bezpośrednio na powstanie szkody, w tym zwłaszcza pozbawiło konkretnych korzyści. Jak wspomniano powyżej, nie jest natomiast szkodą sama utrata szansy, stanowiąca postać uszczerbku zwanego szkodą ewentualną. Przykładowo można wskazać na sytuację, w której biegły rewident błędnie wydaje opinię z zastrzeżeniami albo negatywną (mimo że powinien wydać opinię bez zastrzeżeń), bądź też błędnie zamieszcza informację o zagrożeniu kontynuacji działalności, wskutek czego badany podmiot traci możliwość finansowania bieżącej działalności ze środków zewnętrznych (np. kredytów) i dochodzi do zmniejszenia się obrotów, a w rezultacie zysku⁴⁶. W takim jednak przypadku należy wykazać, że gdyby opinia biegłego rewidenta była prawidłowa, to z wysokim prawdopodobieństwem doszłoby do pozyskania wspomnianego finansowania, co może być trudne, bowiem z rzadka podmioty oferujące takie finansowanie bazują jedynie na opinii do sprawozdania finansowego. Można się również zastanawiać nad szkodą w postaci zerwania kontaktów handlowych z badaną jednostką przez podmioty trzecie, których przyczyną była informacja o zagrożeniu kontynuacji działalności, o ile dowiedziony zostanie przez wierzyciela związek pomiędzy podjęciem decyzji o zaprzestaniu kontaktów handlowych a wydaną opinią. Wymagany będzie także dowód wskazujący na wysokie prawdopodobieństwo uzyskania określonych dochodów. W wielu przypadkach kwestia wykazania adekwatnego związku przyczynowego nie będzie oczywista i będzie wymagała przeprowadzenia postępowania dowodowego wymagającego skrupulatnej oceny wszystkich okoliczności sprawy oraz wiedzy specjalistycznej i powołania biegłego sądowego.

W praktyce nierzadko pojawia się również zagadnienie odpowiedzialności kilku osób za jedną szkodę. Wchodzą tu w grę różne możliwości, należy jednak ograniczyć się tylko do dwóch:

przyczynowości kumulatywnej (łącznej) oraz przyczynowości alternatywnej. Pierwsza dotyczy sytuacji, w której dana szkoda jest rezultatem łącznego działania (zachowania) kilku (co najmniej dwóch) osób, przy czym ich działania pozostają we wzajemnym powiązaniu przyczyn i skutków. Wówczas, chociaż do powstania szkody przyczyniło się kilka osób, zasadą jest, że w stosunku do poszkodowanego nie wyodrębnia się i nie różnicuje odpowiedzialności poszczególnych osób. Stopień przyczynienia się do powstania szkody może natomiast mieć znaczenie dla ich odpowiedzialności regresowej (np. art. 441 k.c.; por. też art. 376 k.c.). Dla przyjęcia współodpowiedzialności sprawców szkody niezbędne jest zawsze ustalenie, czy ich działania objęte bezwzględną kumulacją mogły w efekcie doprowadzić do szkody będącej źródłem dochodzonego roszczenia odszkodowawczego. Zgodnie z regułą przewidzianą w [art. 361 – przyp. Autorów] § 1 (...) [k.c. – przyp. Autorów] okolicz-

⁴⁶ Należy jednak podkreślić, że w wyroku z dnia 11 lutego 2003 r., I CKN 6/01 („Prawo Bankowe” 2003, nr 6, s. 15 i n.), Sąd Najwyższy uznał, że utrata zdolności kredytowej oraz wiarygodności wobec partnerów gospodarczych nie stanowią szkody, lecz mogą być jednym z ogniw w łańcuchu przyczynowo-skutkowym prowadzącym do powstania takiej szkody.

ność łącznego występowania przyczyn podlega ocenie z punktu widzenia normalności następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła. Niezbędne jest więc ustalenie, że jedynie w wyniku integracji poszczególnych przyczyn (współprzyczyn) doszło w zaistniałym normalnym porządku rzeczy do wywołania danego skutku. Inaczej przedstawia się ten problem w drugiej sytuacji, a więc wtedy, gdy szkoda jest następstwem odrębnych zachowań wielu osób, każde zaś z tych zachowań z osobna można byłoby uznać za dostateczną jej przyczynę. W takim wypadku związek przyczynowy należy stwierdzić co do zachowania każdego ze sprawców. W takiej sytuacji po stronie poszkodowanego dochodzi do zbiegu roszczeń odszkodowawczych, tak iż może on uzyskać odszkodowanie albo w całości od któregośkolwiek z nich, albo też od wszystkich lub tylko niektórych sprawców, ale zawsze stosunkowo, stosownie do swego uznania⁴⁷.

Powyższe rozróżnienie ma istotne znaczenie dla ustalenia odpowiedzialności firm audytorskich za badanie, gdyż zgodnie z art. 4a ust. 1 u.o.r. za działanie lub zaniechanie stanowiące naruszenie obowiązku sprowadzającego się do tego, że sprawozdanie finansowe, skonsolidowane sprawozdanie finansowe, sprawozdanie z działalności oraz sprawozdanie z działalności grupy kapitałowej spełniają wymagania przewidziane w ustawie, odpowiadają wobec spółki co do zasady kierownik jednostki oraz członkowie rady nadzorczej. W tym zakresie wyrażenie przez biegłego rewidenta opinii o tym, czy sprawozdanie finansowe zostało sporządzone zgodnie z przepisami (art. 83 ust. 1 pkt 10 u.b.r.), stanowi *de facto* ocenę tego, za co odpowiadają zarząd oraz rada nadzorcza. Można zatem powiedzieć, że odpowiedzialność biegłego rewidenta dotyczy wyłącznie błędnej oceny przedłożonego sprawozdania, a w dalszej kolejności wynikłej z tego szkody, a nie odpowiedzialności, że sprawozdanie finansowe zostało sporządzone niezgodnie z przepisami. Samo wydanie opinii będzie wprawdzie podlegać ocenie z punktu widzenia normalności następstwa szkody wskutek działania lub zaniechania biegłego rewidenta, jednak jedynie w wyniku ustalenia, że bez wydania opinii przez biegłego rewidenta nie doszłoby w normalnym porządku rzeczy do wywołania danego skutku, możliwe będzie przypisanie odpowiedzialności firmie audytorskiej, co wydaje się trudne.

BIBLIOGRAFIA

- Czachórski W., *Zobowiązania. Zarys wykładu*, Warszawa 2002.
- Garlicki S., *Związek przyczynowy przy szkodzie na osobie*, Nowe Prawo 1957, nr 10.
- Gawlik Z., *Odpowiedzialność absolutna w polskim prawie odszkodowawczym*, w: S. Wójcicka (red.), *Prace cywilistyczne*, Warszawa 1990.
- Gudowski K. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, wyd. 2, LEX 2018.
- Kaliński M., *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, w: A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2018.

⁴⁷ T. Wiśniewski, w: J. Gudowski (red.), *Kodeks...*, op. cit., Nb. 9 do art. 361 k.c.

- Koch A., *Metodologiczne zagadnienia związku przyczynowego w prawie cywilnym*, Poznań 1975.
- Koch A., *Związek przyczynowy jako podstawa odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie cywilnym*, Warszawa 1975.
- Pajor T., *Odpowiedzialność dłużnika za niewykonanie zobowiązania*, Warszawa 1982.
- Rajski J., *Odpowiedzialność międzynarodowa za szkody wyrządzone przez obiekty kosmiczne*, Warszawa 1974.
- Safjan M., *Problematyka tzw. bezprawności względnej oraz związku przyczynowego na tle odpowiedzialności za niezgodne z prawem akty normatywne*, w: L. Ogiegło (red.), W. Popiołek (red.), M. Szpunar (red.), *Rozprawy prawnicze. Księga pamiątkowa Profesora Maksymiliana Pazdana*, Kraków 2005.
- Siedlecki W., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 16 listopada 1962 r., III CR 8/62, „Państwo i Prawo” 1964, nr 7.*
- Stelmachowski A., *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1969.
- Szpunar A., *Ustalenie odszkodowania w prawie cywilnym*, Warszawa 1975.
- Szpunar A., *Uwagi o odszkodowaniu za utracone korzyści*, w: S. Wójcik (red.), *Prace cywilistyczne. Księga pamiątkowa dla uczczenia 40-lecia pracy naukowej prof. Jana Winiarza*, Warszawa 1990.
- Tracz G., *Pojęcie wykonania i niewykonania zobowiązań w polskim prawie cywilnym*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 2009, nr 1.
- Wierzbowski M. (red.), Krysiak A., Olewiński M., Żelazek, J., *Odpowiedzialność biegłego rewidenta*, Warszawa 2017.
- Winiarz J. (red.), *Kodeks cywilny z komentarzem. Tom 1*, Warszawa 1989.
- Włodyka S. (red.), *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2011.
- Załucki M. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, wyd. 2, Legalis 2020.

ODPOWIEDZIALNOŚĆ CYWILNA FIRM AUDYTORSKICH – CZĘŚĆ 1

Streszczenie

Artykuł dotyczy problematyki odpowiedzialności cywilnej firm audytorskich. Autorzy podejmują próbę zrekonstruowania reżimu odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną przez firmy audytorskie na gruncie Ustawy z dnia 11 maja 2017 r. o biegłych rewidentach, firmach audytorskich oraz nadzorze publicznym. Rozważania prowadzą do udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy *de lege lata* mamy do czynienia z odrębnym i samodzielny reżimem odpowiedzialności cywilnej firmy audytorskiej, a jeśli tak, to czy dopuszczalne jest stosowanie przepisów Kodeksu cywilnego dotyczących odpowiedzialności deliktowej lub kontraktowej oraz w jakim zakresie. Rozstrzygnięcie tej kwestii pozwala również na odniesienie się do innych szczegółowych zagadnień, m.in. do zakresu zastosowania ustawowych limitów odpowiedzialności czy kwalifikowania naruszenia standardów zawodowych przez biegłego rewidenta z punktu widzenia przesłanek odpowiedzialności. Pierwsza część opracowania dotyczy problemu odrębności cywilnej odpowiedzialności odszkodowawczej firm audytorskich oraz odpowiedzialności kontraktowej za badanie jednostkowych sprawozdań finansowych wobec badanej jednostki.

Słowa kluczowe: odpowiedzialność cywilna, odpowiedzialność odszkodowawcza, firma audytorska, biegli rewidenty

CIVIL LIABILITY OF AUDIT FIRMS – PART I

Summary

The study in question is about civil liability of audit firms. The authors attempt to reconstruct the liability regime for damage caused by audit firms under the Act of 11 May 2017 on statutory auditors, audit firms and public supervision. The considerations lead to an answer to the question whether under the law as it stands there is an independent regime of civil liability of audit firms, and if so, whether it is permissible to apply thereto the provisions of the Civil Code relating to torts and contractual liability and to what extent. Resolving this issue also allows for a reference to other specific issues relating, *inter alia*, to the scope of application of statutory limits of liability, or qualifying breach of professional standards by the statutory auditors from the point of view of the premises of liability. The first part of the study addresses the issue of the separate civil liability of audit firms and contractual liability for the audit of separate financial statements towards the audited entity.

Key words: civil liability, indemnity, audit firm, statutory auditors

Cytuj jako: Ślebzak K., Zieliński M.J., *Odpowiedzialność cywilna firm audytorskich – część 1*, „Ius Novum” 2021 (15) nr 4, s. 5–30. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.27/k.slebzak/m.j.zielinski

Cite as: Ślebzak K., Zieliński M.J. (2021) ‘Civil liability of audit firms – part I’. *Ius Novum* (Vol. 15) 4, 5–30. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.27/k.slebzak/m.j.zielinski

ZAWIADAMIANIE O OPUSZCZENIU PRZEZ SKAZANEGO ZAKŁADU KARNEGO I INNEGO OŚRODKA ODOSOBNIENIA

BLANKA J. STEFAŃSKA*

DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.28/b.j.stefanska

I. KSZTAŁTOWANIE SIĘ ZAWIADAMIANIA POKRZYWDZONEGO O OPUSZCZENIU PRZEZ SKAZANEGO ZAKŁADU KARNEGO

Kodeks karny wykonawczy pierwotnie nie przewidywał obowiązku zawiadomienia pokrzywdzonego o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego. Obowiązek ten został wprowadzony Ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw¹, na mocy której został dodany do tego kodeksu w rozdziale X o intytulacji „Kara pozbawienia wolności” oddział 13 zatytułowany „Informowanie pokrzywdzonego o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego”, a w nim został ulokowany art. 168a, przewidujący obowiązek zawiadomienia pokrzywdzonego o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego.

Wprowadzenie tego przepisu realizowało wynikający z art. 4 ust. 3 i 4 Decyzji ramowej Rady z dnia 15 marca 2001 r. w sprawie pozycji ofiar w postępowaniu karnym (2001/220/WSiSW)² obowiązek, by w przypadkach, gdy osoba oskarżona lub skazana za przestępstwo zostaje zwolniona, można było, gdy będzie to konieczne, a co najmniej w przypadkach, w których dla ofiar może powstać sytuacja zagrożenia, podjąć decyzje o zawiadomieniu o tym ofiar oraz zapewnić, by ofiary miały prawo do jego nieotrzymania, chyba że jego przekazanie jest obowiązkowe stosownie do warunków odnośnego postępowania karnego. Obecnie obowiązek ten wynika z art. 6 ust. 5 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 25 października 2012 r., ustanawiającej normy minimalne w zakresie praw, wsparcia i ochrony ofiar przestępstw oraz zastępującej decyzję ramową Rady 2001/220/WSiSW³, według

* dr, adiunkt, Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego, e-mail: blanka.stefanska@lazarski.pl, ORCID: 0000-0003-3146-6842

¹ Dz.U. z 2004 r., nr 93, poz. 889, cyt. dalej jako nowela z 2004 r.

² Dz. Urz. WE L 82/z.

³ Dz. Urz. L 315/57.

której należy zapewnić ofiarom możliwość uzyskania bez zbędnej zwłoki powiadomienia o tym, że osoba tymczasowo aresztowana, oskarżona lub skazana w związku z przestępstwami jej dotyczącymi została zwolniona lub zbiegła z miejsca zatrzymania oraz o wszelkich odpowiednich środkach wydanych w celu ich ochrony w wypadku zwolnienia lub uciezki sprawcy.

Pierwotnie na wniosek pokrzywdzonego sędzieja penitencjarny lub dyrektor zakładu karnego – zgodnie z ówczesnym art. 168a k.k.w. – był obowiązany niezwłocznie zawiadomić pokrzywdzonego, jego przedstawiciela ustawowego lub osobę, pod której stała pieczę pokrzywdzony pozostawał, o zwolnieniu skazanego z zakładu karnego po odbyciu kary, ucieczce skazanego z zakładu karnego, a także o wydaniu decyzji o udzieleniu skazanemu:

- 1) przepustki z zakładu karnego typu półotwartego (art. 91 pkt 7 k.k.w.) lub z zakładu karnego typu otwartego (art. 92 pkt 9 k.k.w.);
- 2) zezwolenia na widzenie bez dozoru, poza obrębem zakładu karnego, z osobą najbliższą lub osobą godną zaufania (art. 138 § 1 pkt 7 k.k.w.), zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego bez dozoru (art. 138 § 1 pkt 8 k.k.w.), zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego pod konwojem funkcjonariusza Służby Więziennej, osoby godnej zaufania lub samodzielnie, na czas nieprzekraczający 5 dni, w celu odwiedzenia poważnie chorego członka rodziny, uczestnictwa w pogrzebie członka rodziny oraz w innych wypadkach szczególnie ważnych dla skazanego (art. 141a § 1 k.k.w.) albo zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego, zwłaszcza w celu podejmowania starań o uzyskanie po zwolnieniu odpowiednich możliwości zamieszkania i pracy (art. 165 § 2 k.k.w.);
- 3) przerwy w wykonaniu kary;
- 4) warunkowego zwolnienia.

Obowiązek ten Ustawą z dnia 27 lipca 2005 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny, ustawy – Kodeks postępowania karnego i ustawy – Kodeks karny wykonawczy⁴ został rozszerzony o zawiadomienie przez sędziego penitencjarnego lub dyrektora zakładu karnego, jednostki Policji, właściwej dla miejsca pobytu skazanego w wypadku zwolnienia z zakładu karnego po odbyciu kary skazanego z zaburzeniami preferencji seksualnych odbywającego karę pozbawienia wolności za przestępstwo określone w art. 197–203 k.k., popełnione w związku z tymi zaburzeniami, a także w wypadku uciezki takiego skazanego z zakładu karnego (art.168a § 3 k.k.w.).

Ustawą tą zmieniono też art. 166 § 2 k.k.w., zobowiązując dyrektora zakładu karnego do zawiadamiania jednostki Policji, właściwej dla miejsca pobytu skazanego o zwolnieniu osoby skazanej za przestępstwo określone w art. 197–203 k.k., popełnione w związku z zaburzeniami preferencji seksualnych. Łatwo zauważyć, że taki obowiązek wynika też z art. 168a § 3 k.k.w. i podwójne regulowanie tego samego nie najlepiej świadczy o poziomie legislacji.

Ustawą z dnia 16 września 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw⁵ doprecyzowano, że jednostką Policji jest

⁴ Dz.U. z 2005 r., nr 163, poz. 1363.

⁵ Dz.U. z 2011 r., nr 240, poz. 1431, cyt. dalej jako nowela z 2011 r.

ta właściwa dla miejsca **stałego** pobytu skazanego (podkreśl. B.J.S.). Rozszerzono obowiązek zawiadomienia Policji na podstawie art. 168a § 3 k.k.w. na takie same wypadki opuszczenia zakładu karnego, jakie dotyczą pokrzywdzonego, oraz dookreślono, że ma to nastąpić niezwłocznie; obowiązkiem tym zostali objęci także skazani za przestępstwa popełnione w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa oraz skazanych odbywającego karę pozbawienia wolności orzeczoną za przestępstwo umyślne w wymiarze nie niższym niż 3 lata (art. 168a § 4 k.k.w.). Tę zmianę uzasadniano tym, że „ma na celu wzmocnienie ochrony społeczeństwa przed sprawcami szczególnie niebezpiecznych przestępstw, jakimi są przestępstwa popełnione w zorganizowanej grupie, jak również przestępstw o znacznym stopniu szkodliwości społecznej, o którym świadczy wysokość kary wymierzonej sprawcy. Niewątpliwie Policja, mając informacje o opuszczeniu przez takich skazanych zakładu karnego, będzie miała realną możliwość kontrolowania ich zachowania na wolności, czuwania nad przebiegiem procesu resocjalizacji, a także zapewnienia bezpieczeństwa pokrzywdzonym i innym osobom (świadkom), które mogą czuć się zagrożone na skutek przebywania na wolności wyżej wymienionych skazanych”⁶.

Rozszerzenie w art. 168a k.k.w. obowiązku informowania o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego nie tylko pokrzywdzonego, ale i jednostki Policji, spowodowało też zmianę tytułu oddziału 13 w rozdziale X przez wykreślenie słowa „pokrzywdzonego”, który tym samym przybrał tytuł: „Informowanie o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego”. Dodatkowo dodano normę, że jeżeli wobec skazanego wykonuje się kolejno kilka kar pozbawienia wolności, te wszystkie zawiadomienia wysyła się przez cały okres trwania pozbawienia wolności (art. 168a § 5 k.k.w.). Obowiązek zawiadamiania pokrzywdzonego został rozszerzony o zezwolenie na widzenie poza obrębem zakładu udzielone skazanemu odbywającemu karę aresztu wojskowego w dniu Święta Wojska Polskiego (art. 242 § 2 k.k.w.).

Ustawą z dnia 28 listopada 2014 r. o ochronie i pomocy dla pokrzywdzonego i świadka⁷ został rozszerzony obowiązek informowania także świadka o okolicznościach, o których jest zawiadamiany pokrzywdzony, ale tylko wtedy, gdy zachodzi uzasadniony wypadek (art. 168 § 6 k.k.w.).

Realizacji tego uprawnienia pokrzywdzonego służy obowiązek pouczenia go o prawie do złożenia takiego wniosku, który jest nałożony na sąd, kierujący orzeczeniem do wykonania (art. 168a § 2 k.k.w.) oraz nałożony nowelą z 2004 r. obowiązek przesyłania dyrektorowi zakładu karnego danych zawierających imię, nazwisko i adres pokrzywdzonego (art. 11 § 1 *in fine* k.p.k.). Nowelą z 2011 r. ten ostatni obowiązek został połączony z przesłaniem dyrektorowi zakładu karnego lub aresztu śledczego wniosku złożonego przez pokrzywdzonego (art. 168a § 2 k.k.w.). Jak podkreśla się w uzasadnieniu projektu tej noweli, „regulacja ta będzie stano-

⁶ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy nr 39610, s. 30, <http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/wgdruk/3961>, dostęp: 18.11.2021).

⁷ Dz.U. z 2015 r., poz. 21, cyt. dalej jako nowela z 2014 r.

wiła dodatkową ochronę pokrzywdzonego w toku postępowania wykonawczego. Jego dane osobowe nie będą bowiem przesyłane bez aktywności pokrzywdzonego w postaci złożenia wniosku w trybie art. 168a k.k.w. (...) Dopiero bowiem złożenie przez pokrzywdzonego wniosku, o którym mowa w art. 168a § 1 k.k.w., powinno uprawniać właściwy sąd do przesłania jego danych osobowych dyrektorowi jednostki penitencjarnej wraz z tym wnioskiem”⁸.

Jednocześnie nowelą z 2004 r. dodano do Kodeksu postępowania karnego przepis zobowiązujący do niezwłocznego zawiadomienia przez sąd lub prokuratora pokrzywdzonego, jego przedstawiciela ustawowego lub osobę, pod której stała pieczęć pokrzywdzony pozostaje, o uchyleniu, nieprzedłużeniu lub zmianie tymczasowego aresztowania na inny środek zapobiegawczy, chyba że pokrzywdzony oświadczy, iż z takiego uprawnienia rezygnuje (art. 253 § 3 k.p.k.). Nowelą z 2014 r. obowiązek ten został rozszerzony o ucieczkę oskarżonego tymczasowo aresztowanego z aresztu śledczego oraz do adresatów zawiadomienia został dodany świadek – podobnie jak w wypadku opuszczenia zakładu karnego przez skazanego – w uzasadnionych przypadkach (art. 253 § 4 k.p.k.).

Ustawą z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw⁹ został wprowadzony, na wniosek pokrzywdzonego, jego przedstawiciela ustawowego lub osoby, pod której stała pieczęć pozostaje pokrzywdzony, a także w wyjątkowych wypadkach świadka, obowiązek zawiadomienia przez upoważnionego sędziego niezwłocznie o opuszczeniu przez sprawcę zakładu psychiatrycznego (art. 205a k.k.w.)¹⁰.

II. RODZAJE ZAWIADOMIEŃ

Zawiadomienia o opuszczeniu zakładu karnego przez skazanego – na podstawie kryterium podmiotu zawiadamianego – można podzielić na: 1) zawiadomienie pokrzywdzonego; 2) zawiadomienie świadka; 3) zawiadomienie jednostki Policji.

Ze względu na rodzaj opuszczanej jednostki można wyróżnić: 1) zawiadomienie o zwolnieniu z zakładu karnego; 2) zawiadomienie o zwolnieniu z aresztu śledczego; 3) zawiadomienie o zwolnieniu z zakładu psychiatrycznego.

⁸ Uzasadnienie rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny wykonawczy oraz niektórych innych ustaw, druk sejmowy nr 39610, s. 9.

⁹ Dz.U. z 2016 r., poz. 437.

¹⁰ O uregulowanie tej kwestii wnosili Rzecznik Praw Obywatelskich w piśmie nr IX 5179.2015.MK z dnia 14 listopada 2015 r., skierowanym do Ministra Sprawiedliwości, w którym wskazał, że art. 4 ust. 3 cyt. Decyzji ramowej precyzuje prawo ofiary do bycia poinformowanym o uchyleniu środków izolacyjnych wobec sprawcy czynu, zwłaszcza w sytuacji, gdy sprawca stanowi zagrożenie dla pokrzywdzonego, a implementując ten przepis do polskiego porządku prawnego, pominięto pokrzywdzonych przez sprawców, wobec których został orzeczony środek zabezpieczający w postaci umieszczenia w zakładzie psychiatrycznym (art. 93g k.k.).

III. ZAWIADOMIENIE POKRZYWDZONEGO I ŚWIADKA O ZWOLNIENIU SKAZANEGO Z ZAKŁADU KARNEGO

Przesłanki zawiadomienia pokrzywdzonego oraz świadka są prawie tożsame, o czym świadczy odesłanie w art. 168a § 6 k.k.w., regulującym zawiadomienie świadka, do § 1 tego przepisu, w którym są określone warunki i tryb zawiadomienia pokrzywdzonego. Jedyną odmiennością jest ograniczenie takiej możliwości w stosunku do świadka do uzasadnionych wypadków, podczas gdy w stosunku do pokrzywdzonego jest to możliwe w każdej sprawie. W doktrynie negatywnie została oceniona możliwość zawiadamiania pokrzywdzonego o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego w każdej sprawie, wskazując, że generalnie unormowanie jest uzasadnione, ale powinno dotyczyć wyłącznie sprawców poważnie zagrażających porządkowi prawnemu lub konkretnym osobom, przy czym nie może być jedynym i najważniejszym warunkiem rodzaj popełnionego przestępstwa lub surowość wymienionej kary¹¹.

1. PODMIOT UPRAWNIONY DO OTRZYMANIA ZAWIADOMIENIA

O opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego zawiadamia się: a) pokrzywdzonego; b) jego przedstawiciela ustawowego; c) osobę, pod której stałą pieczęą pozostaje pokrzywdzony; d) świadka.

Chodzi o pokrzywdzonego w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k., według którego pokrzywdzonym jest osoba fizyczna lub prawna, której dobro prawne zostało bezpośrednio naruszone lub zagrożone przez przestępstwo¹². Nie chodzi tylko o takiego pokrzywdzonego, który został ustalony w postępowaniu przygotowawczym lub rozpoznawczym, ale także o ujawnionego w postępowaniu wykonawczym. Przemawia za tym to, iż: „Kraż pokrzywdzonych w rozumieniu art. 49 § 1 k.p.k. że – jak słusznie zauważył Sąd Najwyższy – ograniczony jest zespołem znamion czynu będącego przedmiotem postępowania oraz czynów współukaranych”¹³.

Pokrzywdzonym – zgodnie z art. 49 § 2 k.p.k. – może być także niemająca osobowości prawnej instytucja państwowa lub samorządowa, albo inna jednostka organizacyjna, której odrębne przepisy przyznają zdolność prawną.

¹¹ T. Szymanowski, *Zmiany prawa karnego wykonawczego (o potrzebie i zbędności nowelizacji przepisów)*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 2, s. 46 i n.

¹² Szerzej zob. R.A. Stefański, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1–166*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, t. I, Warszawa 2017, s. 680–703.

¹³ Uchwała SN z dnia 15 września 1999 r., I KZP 26/99, OSNKW 1999, nr 11–12, poz. 69 z glosami krytyczną J. Długozimy, „Gazeta Sądowa” 1999/2000, nr 12–1, s. 24–26, i aprobującą B. Mik, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, nr 2, s. 164–170 oraz uwagami aprobującymi S. Zabłockiego, *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Karne, „Palestra”* 1999, nr 11–12, s. 165–166 i R.A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 1999 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, nr 2, s. 88–91. Tak samo w uchwale SN z dnia 21 grudnia 1999 r., I KZP 43/99, LEX nr 585234.

Institucja, jednostka organizacyjna oraz osoba prawna – ze względu na *ratio legis* art. 168a § 1 k.k.w., którym jest wzmocnienie osób pokrzywdzonych przed sprawcą – są wyłączone z zakresu tego pojęcia.

Nie w każdym wypadku zawiadamia się przedstawiciela ustawowego pokrzywdzonego lub osobę, pod której stałą pieczę pozostaje pokrzywdzony, ale tylko wówczas, gdy osoby te są uprawnione do wykonywania jego praw. Przedstawiciel ustawowy lub osoba, pod której stałą pieczę pozostaje pokrzywdzony, wykonują jego prawa wtedy, gdy pokrzywdzonym jest małoletni albo ubezwłasnowolniony całkowicie lub częściowo (art. 51 § 2 k.p.k.). Jest to uzasadnione tym, że samodzielnie pokrzywdzony w procesie karnym może działać, jeżeli jest pełnoletni i ma pełną zdolność do czynności prawnych. Stąd też pokrzywdzony będący małoletnim albo ubezwłasnowolnionym musi być reprezentowany przez przedstawiciela ustawowego, tzn. tego, którego umocowanie opiera się na ustawie (art. 96 k.c.) albo opiekuna faktycznego, tj. przez osobę, pod której stałą pieczę pozostaje¹⁴.

Osoba, pod której stałą pieczę pozostaje pokrzywdzony, to ta, która faktycznie opiekuje się pokrzywdzonym. Ma to być pieczę stała, więc pełniona całościowo i niepodzielnie, a nie może mieć charakteru doraźnego lub przypadkowego¹⁵. Trafnie Sąd Najwyższy zauważył, że nie chodzi o okresowe spełnianie powtarzających się czynności należących do istoty pieczy w pewnych tylko okresach, lecz musi oznaczać całościowe i niepodzielne jej pełnienie. Sytuacja taka nie zachodzi, gdy spełnianie owej pieczy następuje tylko w pewnych okresach, i to z upoważnienia czy za zgodą innej osoby nie tylko zobowiązanej do tego orzeczeniem sądu, lecz także faktycznie tę pieczę sprawującej¹⁶.

Wykładnia językowa nie pozwala na sformułowanie wniosku, że zawiadamia się także osobę, pod której pieczę pozostaje pokrzywdzony, wykonującą prawa pokrzywdzonego ze względu na to, że jest osobą nieporadną, w szczególności ze względu na wiek lub stan zdrowia (art. 51 § 3 k.p.k.). W art. 168a § 1 k.k.w. osoba, którą zawiadamia się, jest określona *verba legis* jako „osoba, pod której **stałą** pieczę pokrzywdzony pozostaje” (podkreśl. B.J.S.) i taki sam zwrot zawarty jest w art. 51 § 2 k.p.k., a w § 3 tego przepisu jest ona określona jako „osoba, pod której pieczę pokrzywdzony pozostaje”. W art. 51 § 3 nie jest wymagane, w odróżnieniu od art. 51 § 2 k.p.k., by pokrzywdzony był pod stałą pieczę. Oznacza to, że opieka ma charakter sporadyczny. Może to więc być pieczę sprawowana np. czasowo, z uwagi

¹⁴ Uchwała SN z dnia 4 marca 1968 r., VI KZP 30/67, OSNKW 1968, nr 5, poz. 52; uchwała SN z dnia 17 grudnia 1970 r., VI KZP 43/68, OSNKW 1971, nr 7–8, poz. 101; wyrok SN z dnia 10 maja 1972 r., VI KR 57/72, OSN PG 1972, nr 12, poz. 199; uchwała łącz. Izb Karnej i Wojskowej SN z dnia 21 grudnia 1972 r., VI KZP 64/72, OSNKW 1973, nr 2–3, poz. 18; wyrok SN z dnia 12 marca 1986 r., III KR 28/86, OSNPG 1987, nr 2, poz. 7, z częściowo krytyczną glosą R.A. Stefańskiego, „Problemy Praworządności” 1988, nr 1, s. 67–71; postanowienie SN z dnia 28 listopada 2008 r., V KK 174/08, „Prokuratura i Prawo” – wkł. 2009, nr 7–8, poz. 17.

¹⁵ J. Mierzwińska-Lorencka, *Kilka słów o reprezentacji pokrzywdzonego dziecka w postępowaniu karnym*, w: *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa prof. E. Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska, Warszawa 2016, s. 259.

¹⁶ Postanowienie SN z dnia 27 maja 1997 r., V KKN 248/96, OSNKW 1997, nr 9–10, poz. 77, z glosą R. Kmiecika, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1998, nr 1, poz. 11.

na aktualny stan zdrowia pokrzywdzonego, gdy można rokować poprawę tego stanu w przyszłości. Działanie za pokrzywdzonego w takim wypadku nie wyłącza możliwości samodzielnego działania pokrzywdzonego; możliwe jest, że osoba, pod której pieczęą pokrzywdzony pozostaje, wykona tylko niektóre z uprawnień przysługujących pokrzywdzonemu, a inne uprawnienia pokrzywdzony będzie wykonywał osobiście, o ile z uwagi na ich charakter przy stopniu jego nieporadności jest to możliwe¹⁷.

Świadka – jak już sygnalizowano – zawiadamia się o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego – niezależnie za jakie przestępstwo został skazany, ale tylko w uzasadnionych przypadkach (art. 168a § 3 k.p.k.). Ocena tego należy każdorazowo do organu zawiadamiającego, któremu ustawodawca pozostawia duży margines swobody, formułując tak ocenne kryteria. Uzasadniony przypadek może zachodzić wtedy, gdy świadek obawia się, że skazany może się zemścić na nim za złożenie obciążających go zeznań, zwłaszcza gdy wypowiedział groźby pod jego adresem lub został skazany za przestępstwo z art. 245 k.p.k.

2. ORGANY ZAWIADAMIAJĄCE

Organami zawiadamiającymi są sędzia penitencjarny i dyrektor zakładu karnego. Ustawodawca nie wskazał, w jakich wypadkach ciąży taki obowiązek na sędzim penitencjarnym, a w jakich na dyrektorze zakładu karnego. Zależy to od tego, na jakiej podstawie skazany opuszcza zakład karny. Obowiązek ten obciąża sędziego penitencjarnego w wypadkach, gdy o opuszczeniu zakładu karnego przez skazanego orzeka sąd penitencjarny, a więc w razie udzielenia skazanemu przerwy w odbywaniu kary (art. 153 § 1 i 2 k.k.w.) i udzielenia warunkowego zwolnienia (art. 160 § 1–3 k.k.w.). W pozostałych wypadkach obowiązek ten ciąży na dyrektorze zakładu karnego, do którego kompetencji należy udzielenie pozwolenia na opuszczenie zakładu karnego. Wprawdzie za zgodą sędziego penitencjarnego (art. 139 § 6 i 6a k.k.w.) dyrektor zakładu karnego (art. 139 § 7 i art. 43 k.k.w.) decyduje o zezwoleniu na widzenie bez dozoru, poza obrębem zakładu karnego, z osobą najbliższą lub osobą godną zaufania (art. 138 § 1 pkt 7 k.k.w.) i zezwoleniu na opuszczenie zakładu karnego bez dozoru (art. 138 § 1 pkt 8 k.k.w.), przez skazanego odbywającego karę 25 lat pozbawienia wolności albo karę dożywotniego pozbawienia wolności, w zakładzie karnym typu zamkniętego oraz skazanego z zaburzeniami preferencji seksualnych odbywającego karę pozbawienia wolności w zakładzie karnym typu zamkniętego za przestępstwo określone w art. 197–203 k.k., popełnione w związku z tymi zaburzeniami (art. 139 § 1 pkt 6 i 6a k.k.w.), lecz nie zwalnia to z tego obowiązku dyrektora zakładu karnego, gdyż nadal pozostaje decydem¹⁸.

¹⁷ S. Szotucha, w: *Kodeks postępowania karnego Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2020, s. 194.

¹⁸ A. Kwieciński, *Obowiązek informowania pokrzywdzonego o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego – uwagi na tle stosowania art. 168a k.k.*, w: *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, red. L. Bogunia, t. XXVII, Wrocław 2011, s. 228.

3. ZAKRES ZAWIADOMIENIA

Przedmiotem zawiadomienia – zgodnie z art. 168a § 1 k.k.w. – jest informacja o: 1) zwolnieniu skazanego z zakładu karnego po odbyciu kary; 2) ucieczce skazanego z zakładu karnego; 3) wydaniu decyzji o udzieleniu skazanemu: a) przepustki z zakładu karnego typu półotwartego nie częściej niż raz na dwa miesiące, łącznie na okres nieprzekraczający 14 dni w roku (art. 91 pkt 7 k.k.w.) lub z zakładu karnego typu otwartego nie częściej niż raz w miesiącu, łącznie na okres nieprzekraczający 28 dni w roku (art. 92 pkt 9 k.k.w.), b) zezwolenia na widzenie bez dozoru, poza obrębem zakładu karnego, z osobą najbliższą lub osobą godną zaufania na okres nieprzekraczający jednorazowo 30 godzin (art. 138 § 1 pkt 7 k.k.w.), zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego bez dozoru, na okres nieprzekraczający jednorazowo 14 dni (art. 138 § 1 pkt 8 k.k.w.), zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego pod konwojem funkcjonariusza Służby Więziennej, osoby godnej zaufania lub samodzielnie, na czas nieprzekraczający 5 dni, w celu odwiedzenia poważnie chorego członka rodziny, uczestnictwa w pogrzebie członka rodziny oraz w innych wypadkach szczególnie ważnych dla skazanego (art. 141a § 1 k.k.w.) albo zezwolenia na opuszczenie zakładu karnego, łącznie na czas do 14 dni, zwłaszcza w celu podejmowania starań o uzyskanie po zwolnieniu odpowiednich możliwości zamieszkania i pracy (art. 165 § 2 k.k.w.), c) przerwy w wykonaniu kary, d) warunkowego zwolnienia.

W literaturze katalog ten ocenia się pozytywnie, stwierdzając, że obejmuje w zasadzie wszystkie sytuacje, które mogą doprowadzić do spotkania się pokrzywdzonego ze sprawcą poza jednostką penitencjarną. Zauważa się jednak, że z punktu widzenia pokrzywdzonego zasadne mogłoby być informowanie go o wypadkach zatrudnienia skazanego poza obrębem zakładu karnego bez konwojenta, na pojedynczych stanowiskach pracy, albo jego uczestnictwie w zajęciach terapeutycznych lub nauczaniu organizowanym poza jednostką penitencjarną, zwłaszcza pokrzywdzonych mieszkających w miejscowości, w której skazany jest umieszczony w zakładzie karnym¹⁹. Z uwagi na to, że w tych wypadkach skazany przebywa w ściśle określonych miejscach, jest małe prawdopodobieństwo zetknięcia się pokrzywdzonego ze skazanym i nie jest zasadna ta propozycja.

Trafnie natomiast proponuje się, by zawiadamiać pokrzywdzonego także o powrocie skazanego do zakładu karnego²⁰, bowiem pokrzywdzony, wiedząc o tym, byłby pozbawiony lęku, że może spotkać skazanego. Słusznie wskazuje się, że w wypadkach udzielenia skazanemu przerwy lub przepustki, pewien odsetek skazanych nie wraca do zakładu karnego w wyznaczonym czasie, a nadto jest oczywiste, jak istotne znaczenie dla pokrzywdzonego miałyby informacja o zatrzymaniu skazanego, który uciekł z zakładu karnego²¹. W wąskim zakresie postulat

¹⁹ Ibidem, s. 223.

²⁰ W. Sych, *Zmiana sytuacji pokrzywdzonego w stadium wykonawczym polskiego procesu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 2, s. 146; K. Postulski, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 805; S. Lelental, *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 967.

²¹ A. Kwieciński, *Obowiązek informowania...*, op. cit., s. 223–224.

ten realizuje § 149 ust. 2 i § 150 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 23 czerwca 2015 r. w sprawie czynności administracyjnych związanych z wykonywaniem tymczasowego aresztowania oraz kar i środków przymusu skutkujących pozbawieniem wolności oraz dokumentowania tych czynności²², który stanowi, że pokrzywdzonego oraz świadka zawiadamia się również o tym, że skazany w wyznaczonym terminie nie powrócił z przepustki.

4. POSTĘPOWANIE W PRZEDMIOCIE ZAWIADOMIENIA

4.1. WNIOSEK POKRZYWDZONEGO LUB ŚWIADKA

Warunkiem zawiadomienia pokrzywdzonego i osób wykonujących jego prawa, a także świadka, jest złożenie przez nich wniosku z takim żądaniem; ani sędzia penitencjarny, ani dyrektor zakładu karnego nie mogą tego uczynić z urzędu (arg. ex. art. 168a § 1 *in principio* k.k.w.). Wniosek nie musi obejmować wszystkich ustawowych wypadków zawiadamiania o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego, a może zawierać wskazanie przekazywania informacji o niektórych z nich²³. W wypadku gdy wniosek jest sformułowany ogólnie, tj. by zawiadamiać o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego, chodzi o każde opuszczenie określone w art. 168a § 1 k.k.w.

W doktrynie jako uprawnionego do złożenia wniosku wymienia się prokuratora, które to uprawnienie ma wypływać z pełnionej przez niego funkcji rzecznika interesu publicznego oraz z ogólnej legitymacji do składania wniosków w postępowaniu wykonawczym (art. 19 § 1 k.k.w.)²⁴. Nie jest to pogląd zasadny. Chodzi przecież o indywidualny interes pokrzywdzonego i do niego należy decyzja, czy chce skorzystać z tego uprawnienia. Przyznanie tego uprawnienia prokuratorowi byłoby zbyt daleko idącą ingerencją w jego sferę prywatną, a ponadto musiałoby być w ustawie wyraźnie mu przyznane, jak np. w art. 52 §1 *in fine* k.p.k. Wprawdzie prokurator jest rzecznikiem interesu publicznego i w związku z tym może działać również na korzyść i w interesie pokrzywdzonego, lecz występowanie przez niego w tym charakterze musi wynikać z konkretnego przepisu, a takiego brak. W wypadku gdy pokrzywdzonym jest osoba nieporadna, co mogłoby uzasadniać złożenie takiego wniosku przez prokuratora, ustawa wprost uprawnia do działania za niego opiekuna faktycznego (art. 52 § 3 k.p.k.) i to on może złożyć taki wniosek.

Wniosek może być zgłoszony na piśmie lub ustnie do protokołu; w razie jego ustnego zgłoszenia sporządza się protokół (art. 19 § 2 k.k.w.).

W wypadku odwołania warunkowego zwolnienia z odbycia reszty kary nie ma konieczności ponawiania tego wniosku, gdyż – jak słusznie twierdzi się w doktry-

²² Dz.U. z 2015 r., poz. 927 ze zm.

²³ K. Postulski, *Kodeks...*, op. cit., s. 894.

²⁴ J. Lachowski, *Pokrzywdzony w prawie karnym wykonawczym*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2006, nr 51, s. 64.

nie – jest to powrót do wykonywania reszty kary pozbawienia wolności, objętej uprzednim wnioskiem²⁵.

W ustawie nie został określony termin do złożenia wniosku. Jego brak oznacza, że może być wniesiony w każdym czasie aż do końca wykonywania kary wobec skazanego²⁶. Może to nastąpić w całym toku postępowania wykonawczego²⁷. W doktrynie słusznie przyjmuje się, że wniosek może być złożony także wtedy gdy skazany jest na wolności; może bowiem zostać odwołana przerwa (art. 156 §1 k.k.w.) lub warunkowe zwolnienie (art. 160 § 1–4 k.k.w.) i skazany powróci do zakładu karnego celem odbycia reszty kary i wówczas złożony wniosek jest skuteczny²⁸.

Z art. 168a § 1 k.k.w. wynika, że wniosek powinien być złożony do organu, na którym ciąży obowiązek zawiadomienia o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego, tj. do sędziego penitencjarnego lub dyrektora zakładu karnego²⁹. Ze względu na to, że pokrzywdzonego o tym uprawnieniu poucza sąd kierujący orzeczeniem do wykonania, uznaje się go za organ, do którego także można złożyć wniosek³⁰. Ponadto za taką interpretacją przemawia argument, że niejednokrotnie pokrzywdzony nie potrafi samodzielnie prawidłowo ustalić właściwego adresata takiego wniosku, nie wiedząc, w którym zakładzie karnym skazany odbywa karę, a to skomplikowałoby skorzystanie z tego uprawnienia przez pokrzywdzonego³¹. O możliwości złożenia wniosku do tego sądu przemawia też treść art. 11 § 2 k.k.w., w którym jest mowa o tym, że w wypadku gdy pokrzywdzony lub świadek złożył wniosek, sąd, kierując orzeczeniem do wykonania, przesyła dyrektorowi zakładu karnego ten wniosek oraz dane zawierające imię, nazwisko i adres pokrzywdzonego, a także dane zawierające imię, nazwisko i adres świadka. Skoro sąd ten przesyła wniosek, to znaczy, że został do niego złożony, a zatem ustawodawca traktował ten sąd jako ten, do którego może być wniesiony.

Nawet zakładając, że nie składa się wniosku do sądu kierującego wyrok do wykonania, to nie powoduje to żadnych negatywnych skutków dla pokrzywdzonego, bowiem – zgodnie z art. 118 § 3 k.p.k. w zw. z art. 1 § 2 k.k.w. – pismo w sprawie należącej, m.in. do właściwości sądu, skierowane do niewłaściwego organu, przekazuje się właściwemu organowi. Sąd kierujący orzeczeniem do wykonania jest zatem – także na podstawie tego przepisu – obowiązany przekazać wniosek sędziemu penitencjarnemu lub dyrektorowi zakładu karnego³². Zbyt daleko idąca jest sformułowana dyrektywa praktyczna, by niezależnie od tego, do jakiego organu został złożony wniosek, przekazywać go do sądu I instancji, który kierując

²⁵ A. Kwieciński, *Obowiązek informowania...*, op. cit., s. 224.

²⁶ W. Sych, *Zmiana sytuacji pokrzywdzonego*, op. cit., s. 144; S. Lelental, *Kodeks...*, op. cit., s. 696.

²⁷ K. Postulski, *Kodeks...*, op. cit., s. 804.

²⁸ A. Kwieciński, *Obowiązek informowania...*, op. cit., s. 226.

²⁹ M. Klejnowska, *Informowanie pokrzywdzonego o zwolnieniu oskarżonego (skazanego) z aresztu (zakładu karnego)*, „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 1, s. 123.

³⁰ W. Sych, *Zmiana sytuacji pokrzywdzonego...*, op. cit., s. 145.

³¹ A. Kwieciński, *Obowiązek informowania...*, op. cit., s. 226.

³² T. Kalisz, *Sędziowski nadzór penitencjarny. Polski model nadzoru i kontroli nad legalnością i prawidłowością wykonywania środków o charakterze izolacyjnym*, Wrocław 2010, s. 197.

orzeczenie do wykonania, powinien przekazywać odpowiednią wiadomość o złożonym wniosku organom zobowiązanym do bezpośredniego przekazania informacji pokrzywdzonemu³³. W doktrynie sugeruje się też, by złożenie wniosku było należycie udokumentowane w aktach sądowych oraz w aktach osobowych skazanego na podstawie zawiadomienia przez sąd dyrektora zakładu karnego, bo tylko wówczas organy te będą mogły wywiązać się z obowiązku zawiadomienia. Sędzia penitencjarny bowiem może mieć wiedzę o wniosku złożonym przez pokrzywdzonego wyłącznie na podstawie akt osobowych skazanego. Sąd, który kieruje orzeczenie do wykonania, nie ma bowiem możliwości zawiadomienia właściwego miejscowo sędziego lub sądu penitencjarnego. Ponadto rekomenduje się, by dyrektor zakładu karnego informował właściwego sędziego penitencjarnego o konieczności zawiadomienia pokrzywdzonego o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego, gdy jest na to wymagana zgoda sędziego penitencjarnego (art. 138 § 1 pkt 7 i 8 w zw. z art. 139 § 6 k.k.w.), a także gdy sąd penitencjarny rozpoznaje wniosek skazanego lub innego uprawnionego organu o udzielenie mu przerwy w odbywaniu kary lub o warunkowe przedterminowe zwolnienie³⁴.

Złożony wniosek – zgodnie z powszechnie przyjętą możliwością odwołałości czynności procesowych³⁵ – może być cofnięty przez pokrzywdzonego lub świadka³⁶.

4.2. POUCZENIE

O prawie do złożenia wniosku – zgodnie z art. 168a § 2 k.k.w. – poucza się pokrzywdzonego. Ze względu na wskazanie w tym przepisie pokrzywdzonego jako tego, którego poucza się, *prima vista* mogłoby wydawać się, że nie dokonuje się tej czynności w stosunku do jego przedstawiciela ustawowego lub osoby, pod której stałą pieczę pozostaje. Ze względu na to, że osoby te realizują uprawnienia pokrzywdzonego, poucza się je tylko wtedy, gdy pokrzywdzony jest małoletni albo ubezwłasnowolniony całkowicie lub częściowo (arg. ex. art. 51 § 2 k.p.k.). Poucza się jedną z tych osób oraz pomija pokrzywdzonego, ze względu na to, że nie jest uprawniony do samodzielnego podejmowania czynności procesowych. W piśmiennictwie uzasadnia się to jego stanem zdrowotnym lub wiekiem³⁷. Nietrafne jest powołanie się na stan zdrowia, bowiem w art. 51 § 2 k.p.k. chodzi o ubezwłasnowolnienie całkowite lub częściowe, a stan zdrowia może być przyczyną ubezwłasnowolnienia. Dopóki nie ma orzeczenia sądu o ubezwłasnowolnieniu, dopóty pokrzywdzony może sam wykonywać swoje prawa.

W art. 168a § 6 k.k.w., który dotyczy świadka, nie ma odesłania do § 2 tego przepisu, co oznacza, że nie ma obowiązku pouczenia świadka o prawie złożenia

³³ A. Kwieciński, *Obowiązek informowania...*, op. cit., s. 228–229.

³⁴ S. Lelental, *Kodeks...*, s. 696.

³⁵ I. Nowikowski, *Odwołalność czynności procesowych stron w polskim procesie karnym*, Lublin 2001, s. 53 i powołana tam literatura oraz judykatura.

³⁶ M. Klejnowska, *Informowanie pokrzywdzonego...*, op. cit., s. 123–124; A. Kwieciński, *Obowiązek informowania...*, op. cit., s. 227.

³⁷ M. Klejnowska, *Informowanie pokrzywdzonego...*, op. cit., s. 122–123.

nia wniosku, jednakże możliwe jest jego pouczenie. Organ prowadzący postępowanie bowiem powinien w miarę potrzeby udzielać uczestnikom postępowania informacji o ciąży obowiązków i o przysługujących im uprawnieniach także w wypadkach, gdy ustawa wyraźnie takiego obowiązku nie stanowi (art. 16 § 2 k.p.k. w zw. z art. 2 § 1 k.k.w.).

W wypadku kierowania do wykonania postanowienia o odwołaniu warunkowego zwolnienia nie poucza się ponownie pokrzywdzonego o uprawnieniu do złożenia takiego wniosku³⁸, gdyż – jak już sygnalizowano – dochodzi wówczas do powrotu do wykonania kary, która jest objęta wnioskiem o udzielenie informacji uprzednio złożonym i nieodwołanym przez pokrzywdzonego.

Pouczenia dokonuje sąd kierujący orzeczeniem do wykonania, a jest nim sąd, który rozpoznawał sprawę w pierwszej instancji (art. 242 § 4 w zw. z art. 3 k.k.w.)³⁹. W piśmiennictwie prezentuje się pogląd, że skoro w razie zarządzenia wykonania kary pozbawienia wolności warunkowe zawieszony z oddaniem skazanego pod dozór kuratora lub osoby godnej zaufania, stowarzyszenia, instytucji albo organizacji społecznej, do której działalności należą troska o wychowanie, zapobieganie demoralizacji lub pomoc skazanym (art. 73 § 1 k.k.), postanowienie o zarządzeniu wykonania tej kary wydaje sąd rejonowy właściwy według miejsca wykonywania dozoru, to i ten sąd jest właściwy do pouczenia pokrzywdzonego⁴⁰. Pogląd ten jest słuszny gdyż – zgodnie z art. 178 § 1 *in fine* k.k.w. – właściwym sądem do wykonania takiego orzeczenia jest sąd rejonowy, w którego okręgu dozór jest lub ma być wykonywany. W orzecznictwie zasadnie przyjmuje się, że: „Sąd rejonowy, w którego okręgu dozór był wykonywany i który zgodnie z art. 178 § 1 k.k.w. zarządził wykonanie warunkowo zawieszony kary pozbawienia wolności, jest także właściwy do wykonania tego orzeczenia, chociaż nie orzekał w sprawie w pierwszej instancji, a w tym do rozstrzygnięcia kwestii incydentalnych związanych z jego wykonaniem”⁴¹.

Ze względu na to, że w myśl § 391 ust. 2 rozporządzenia Ministra Sprawiedliwości z dnia 18 czerwca 2019 r. Regulamin urzędowania sądów powszechnych⁴² datę skierowania orzeczenia do wykonania stanowi data podpisania przez właściwą osobę funkcyjną, tj. prezesa sądu lub przewodniczącego wydziału albo upoważnionego sędziego zarządzenia o jego wykonaniu, przyjmuje się, że osoby te wykonują czynności związane ze skierowaniem orzeczenia do wykonania, a wobec tego na nich ciąży także obowiązek pouczenia pokrzywdzonego⁴³. Wydawać by się mogło, że pogląd ten jest nie do zaakceptowania, gdyż w art. 168a § 2 k.k.w. został zob-

³⁸ J. Lachowski, *Pokrzywdzony...*, op. cit., s. 64.

³⁹ M. Klejnowska, *Informowanie pokrzywdzonego...*, op. cit., s. 122; W. Sych, *Zmiana sytuacji...*, op. cit., s. 144; A. Kwieciński, *Obowiązek informowania...*, op. cit., s. 224.

⁴⁰ J. Lachowski, *Pokrzywdzony...*, op. cit., s. 63–64.

⁴¹ Uchwała SN z dnia 29 października 2002 r., I KZP 29/02, OSNK 2002, nr 11–12, poz. 91, z glosami: K. Postulskiego, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 2, s. 127–131; S. Paweli, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, nr 5, poz. 61 i uwagami R.A. Stefańskiego, *Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2002 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2003, nr 2, s. 140–142.

⁴² Dz.U. z 2019 r., poz. 1141.

⁴³ A. Kwieciński, *Obowiązek informowania...*, op. cit., s. 224–225.

wiązany do tego sąd, a nie prezes, a w związku z tym jest to czynność zastrzeżona dla sądu. Ponadto organem wykonującym orzeczenie nie jest prezes, a sąd (arg. ex. art. 11 § 1 k.k.w.). Jednakże słusznie w doktrynie zwraca się uwagę, że we wszystkich przypadkach, w których kodeks z powołaniem nazwy sądu wiąże czynności o charakterze administracyjno-technicznym, np. kierowanie do wykonania (art. 11 § 1 k.k.w.), przesyłanie (art. 56 § 1 k.k.w.), zawiadamianie (art. 12 k.k.w.), wzywanie (art. 44 § 1 k.k.w.), polecenie (art. 79 § 2 k.k.w.), zlecenie (art. 195a § 1 k.k.w.), przez sąd należy rozumieć nie organ orzekający w formie postanowienia, ale instytucję wskazaną w tych przepisach, czyli administrację sądową jako właściwą do wykonania określonych czynności biurowych⁴⁴.

Takie określenie podmiotu zobowiązanego do pouczenia przesądza formę pouczenia; jest to zarządzenie, skoro zgodnie z art. 18 § 2 k.k.w. w kwestiach niewymagających postanowienia prezes sądu lub upoważniony sędzia wydają zarządzenia. W piśmiennictwie wskazuje się, by w zarządzeniu zawrzeć treść art. 168a § 1 k.k.w., ze zrozumiałym dla pokrzywdzonego jego objaśnieniem oraz z gwarancją, że jego dane adresowe nie trafią do skazanego⁴⁵. Chodzi o to, aby pokrzywdzony nie obawiał się udostępnienia ich skazanemu, a przecież tylko z tego powodu mógłby nie chcieć korzystać z tego uprawnienia⁴⁶.

Treść art. 168a § 2 k.k.w. nie pozostawia wątpliwości, że pouczenie następuje w momencie kierowania wyroku do wykonania. W doktrynie kwestionuje się to rozwiązanie, proponując, aby zwrot „sąd, kierując” zastąpić zwrotem „sądem, który kieruje”⁴⁷, co umożliwiłoby bardziej elastyczne wykonywanie tej czynności. Zamiana taka nie jest potrzebna, gdyż moment kierowania wyroku do wykonania jest najodpowiedniejszym do pouczenia, gdyż jeszcze przed osadzeniem skazanego w zakładzie karnym pokrzywdzony uzyskuje informację o tym uprawnieniu i może złożyć wniosek, skutkujący zawiadomieniem go o opuszczeniu zakładu karnego przez skazanego nawet we wczesnej fazie odbywania kary.

4.3. FORMA ZAWIADOMIENIA

Zawiadomienia dokonuje się na piśmie. Na wniosek pokrzywdzonego lub świadka zawiadomienia dokonuje się telefaksem, telefonicznie lub pocztą elektroniczną. W wypadku uzasadnionych wątpliwości co do skuteczności powiadomienia dokonanego telefaksem, telefonicznie lub pocztą elektroniczną, przesyła się również informację pisemną (§ 149 ust. 3 i § 150 cyt. rozporządzenia z dnia 23 czerwca 2015 r.). Przesłanie zawiadomienia za pomocą urządzeń elektronicznych może być utrudnione. Sąd kierujący wyrok do wykonania przesyła dyrektorowi zakładu karnego wraz z wnioskiem dane składającego wniosek zawierające jego

⁴⁴ K. Postulski, *Glosa do postanowienia SN z dnia 11 stycznia 2006 r., I KZP 56/05, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 7–8, s. 251–258.*

⁴⁵ W. Sych, *Zmiana sytuacji pokrzywdzonego...*, op. cit., s. 144; K. Potulski, *Kodeks...*, op. cit., s. 805.

⁴⁶ K. Postulski, *Kodeks karny...*, op. cit., s. 805.

⁴⁷ S. Lelental, *Kodeks...*, op. cit., s. 696.

imię, nazwisko i adres, a nie ma wśród nich numeru telefaksu, telefonu lub adresu poczty elektronicznej. Ich brak może opóźnić dotarcie wiadomości do pokrzywdzonego lub świadka i prowadzić do paradoksalnych sytuacji, gdy zanim pismo z informacją dotrze do pokrzywdzonego, skazany powróci do zakładu w wypadku krótkoterminowej przepustki (art. 91 pkt 7 k.k.w., art. 92 pkt 9 k.k.w., art. 138 § 1 pkt 7 k.k.w.). Dlatego słusznie proponuje się rozszerzyć zakres informacji o dodatkowe dane pozwalające na jak najszybsze skontaktowanie się z pokrzywdzonym, w tym przy użyciu nowoczesnych środków komunikowania się⁴⁸.

4.4. TREŚĆ ZAWIADOMIENIA

Zawiadomienie pokrzywdzonego lub osoby wykonującej jego prawa oraz świadka następuje niezależnie od tego, czy ze strony skazanego grozi mu jakiegokolwiek zagrożenie. W piśmiennictwie proponuje się *de lege ferenda*, by decyzja o zawiadomieniu pokrzywdzonego była wydawana w uzasadnionych wypadkach, gdy istnieje realne niebezpieczeństwo dla życia, zdrowia, wolności lub mienia w znacznych rozmiarach pokrzywdzonego lub osoby dla niego najbliższej, oceniane m.in. przez pryzmat rodzaju i wagi popełnionego przestępstwa oraz przebiegu wykonania kary⁴⁹. Nie wydaje się słuszne wprowadzenie takiego ograniczenia. Nietrudno zauważyć, że zaproponowany warunek jest wzorowany na przesłance uzyskania statusu świadka anonimowanego (art. 184 § 1 k.p.k.), ale jest to zupełnie inna sytuacja. Pokrzywdzony najlepiej wie, czy obawia się spotkania ze skazanym, czy też nie; jest to przecież jego subiektywna ocena.

Wniosek oraz dokument zawierający dane pokrzywdzonego przesłane przez właściwy sąd włącza się do akt ewidencyjnych, a kserokopie tych dokumentów przekazuje się komórce organizacyjnej bezpośrednio odpowiedzialnej za prowadzenie oddziaływań penitencjarnych wobec skazanego (§ 148 cyt. rozporządzenia z dnia 23 czerwca 2015 r.).

Zawiadomienie pisemne oraz telefoniczne przekazuje się nie później niż pierwszego dnia roboczego po zaistnieniu zdarzenia stanowiącego podstawę do jego przesłania (art. 149 ust. 4 cyt. rozporządzenia z dnia 23 czerwca 2015 r.).

Z treści art. 168 § 1 k.k.w. wynika, że zawiadomienie jest kierowane w różnym czasie. Zależy jest to od przyczyny opuszczenia przez skazanego zakładu karnego. W razie zwolnienia skazanego z zakładu karnego oraz jego ucieczki, następuje to w momencie opuszczenia przez skazanego zakładu karnego. W przepisie tym jest mowa „o zwolnieniu skazanego z zakładu karnego”, którego to zwrotu nie można inaczej rozumieć jak jako opuszczenie przez niego zakładu karnego. Zawiadomienie o ucieczce z oczywistych względów można wysłać dopiero po jej dokonaniu. Takie uregulowanie tej kwestii prowadzi do tego, że pokrzywdzony uzyska taką informację wtedy gdy skazany jest już na wolności i może być zaskoczony jego przypadkowym spotkaniem.

⁴⁸ A. Kwieciński, *Obowiązek informowania...*, op. cit., s. 229.

⁴⁹ M. Klejnowska, *Informowanie pokrzywdzonego...*, op. cit., s. 124–130.

W wypadkach udzielenia przerwy w wykonaniu kary, warunkowego zwolnienia i czasowego opuszczenia zakładu karnego, zawiadomienia dokonuje się po wydaniu określonych decyzji.

Zawiadomienie ma być przekazane niezwłocznie, to znaczy bez zbędnej zwłoki, tak szybko jak jest to możliwe.

W literaturze zasadnie zwraca się uwagę, że zawiadomienia pokrzywdzonego o opuszczeniu zakładu karnego dają pokrzywdzonemu rzetelną informację, ale nie tworzą wyraźnych podstaw formalnych do zapewnienia ochrony pokrzywdzonemu⁵⁰.

IV. ZAWIADOMIENIE POKRZYWDZONEGO I ŚWIADKA O OPUSZCZENIU PRZEZ SPRAWCĘ ZAKŁADU PSYCHIATRYCZNEGO

Zbliżone warunki do tych, które przewidziane są dla zawiadomienia pokrzywdzonego o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego, muszą być spełnione dla zawiadomienia pokrzywdzonego i świadka, co do którego zachodzi uzasadniony wypadek o opuszczeniu przez sprawcę zakładu psychiatrycznego. Zawiadomienie takie jest kierowane na wniosek pokrzywdzonego lub świadka.

O prawie do złożenia wniosku poucza pokrzywdzonego sąd, kierując orzeczenie do wykonania (art. 205a § 2 k.k.w.). Z uwagi na to, że jest to czynność organizacyjno-administracyjna sądu, nie wymaga podjęcia decyzji procesowej, a przyjmuje postać zarządzenia. Pouczenia dokonuje się jednocześnie ze skierowaniem orzeczenia do wykonania (art. 11 § 1 k.k.w.).

O opuszczeniu zakładu psychiatrycznego zawiadamia się pokrzywdzonego, jego przedstawiciela ustawowego lub osobę, pod której stałą pieczę pozostaje pokrzywdzony, a także świadka, o ile zachodzi uzasadniony wypadek.

Jest ono – zgodnie z art. 205 §1 k.k.w. – przekazywane w wypadkach: 1) zwolnienia sprawcy z zakładu psychiatrycznego po uchyleniu lub zmianie środka zabezpieczającego; 2) ucieczki sprawcy z zakładu psychiatrycznego, 3) udzielenia zezwolenia na czasowy pobyt poza zakładem pod opieką członka rodziny lub osoby godnej zaufania (art. 204d § 1 k.k.w.).

Zawiadamia upoważniony sędzia (art. 205a§ 1 i 3 k.k.w.), bez względu na to, jaka była podstawa prawna orzeczenia wobec sprawcy środka zabezpieczającego w postaci pobytu w zakładzie psychiatrycznym (art. 93c pkt 1–3 i art. 93g k.k.)⁵¹. Zawiadomienie takie może przekazać także referendarz sądowy, bowiem nie chodzi o wydanie w tym przedmiocie postanowienia (art. 18a pkt 6 k.k.w.).

⁵⁰ Ibidem, s. 124–130.

⁵¹ K. Postulski, *Kodeks...*, op. cit., s. 984.

V. ZAWIADOMIENIE POLICJI

O opuszczeniu zakładu karnego zawiadamia się jednostkę Policji właściwą dla miejsca stałego pobytu skazanego w wypadkach, gdy chodzi o skazanego:

- 1) z zaburzeniami preferencji seksualnych odbywającego karę pozbawienia wolności za przestępstwa: zgwałcenia (art. 197 k.k.), seksualnego wykorzystania osoby niepełnosprawnej lub bezradnej (art. 198 k.k.), seksualnego wykorzystania stosunku zależności lub krytycznego położenia (art. 199 k.k.), seksualnego wykorzystania małoletniego (art. 200 k.k.), zakazanego nawiązania kontaktu z małoletnim (art. 200a k.k.), propagowania pedofilii (art. 200b k.k.), kazirodztwa (art. 201 k.k.) i publicznego prezentowania treści pornograficznych (art. 203 k.k.), popełnione w związku z tymi zaburzeniami (art. 168a § 3 k.k.w.),
- 2) za przestępstwo popełnione w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa oraz skazanego odbywającego karę pozbawienia wolności orzeczoną za przestępstwo umyślne w wymiarze nie niższym niż 3 lata (art. 168a § 4 k.k.w.).

Zawiadomienie to dotyczy: po pierwsze, wybranych przestępstw enumeratywnie wymienionych; po drugie, skazanych za jakiegokolwiek przestępstwo popełnione w zorganizowanej grupie albo związku mających na celu popełnienie przestępstwa albo skazanych za przestępstwo umyślne na karę co najmniej 3 lat pozbawienia wolności.

Z art. 168a § 3 i 4 k. k. w. nie wynika jaki jest cel zawiadamiania Policji o zwolnieniu skazanego i jakie czynności ma podejmować w stosunku do skazanego, ale trafnie w doktrynie uważa się, że chodzi o objęcie tych osób inwigilacją⁵². Inwigilacja i to przez czas nieokreślony, jest niedopuszczalna w demokratycznym państwie prawnym (art. 2 Konstytucji RP), a ponadto wobec skazanych warunkowo zwolnionych kontrola jest sprawowana przez kuratorów sądowych i dopuszczalna jest jedynie w okresie próby, a Policja co do tych osób nie ma takich uprawnień⁵³. Skazani, którzy odbyli karę, są więc w gorszej sytuacji od warunkowo zwolnionych.

Skoro już regulacja ta istnieje, słusznie uznaje się ją za ułomną, gdyż powinna zawierać przesłanki uzasadniające objęcie kontrolą skazanego, a decydujące znaczenie powinny mieć ocena resocjalizacji skazanego i prognoza kryminologiczna, a dyrektor zakładu karnego winien być zobowiązany zawiadomić jednostkę Policji w sytuacji, gdy istnieje duże prawdopodobieństwo popełnienia przez skazanego przestępstwa⁵⁴.

Policja natomiast, posiadając informacje o opuszczeniu przez takich skazanych zakładu karnego – jak podkreśla się w doktrynie – ma realną możliwość kontrolowania ich zachowania na wolności, czuwania nad przebiegiem procesu resocjalizacji, a także zapewnienia bezpieczeństwa pokrzywdzonym i świadkom,

⁵² S. Lelental, *Kodeks...*, op. cit., s. 697; K. Kaczmarczyk-Kłak, *Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego a adaptacja osób opuszczających jednostki penitencjarne*, „Administracja. Teoria – Dydaktyka – Praktyka. Studia i Artykuły” 2014, nr 4, s. 12–13.

⁵³ S. Lelental, *Kodeks...*, op. cit., s. 697.

⁵⁴ K. Kaczmarczyk-Kłak, *Ochrona bezpieczeństwa...*, op. cit., s. 18.

którzy mogą czuć się zagrożeni na skutek przebywania na wolności wymienionych skazanych⁵⁵.

Zawiadomienie jednostki Policji następuje z urzędu (art. 168a § 3 i 4 k.k.w.). Przesyła się do je do komendy powiatowej (rejonowej, miejskiej) Policji właściwej dla miejsca stałego pobytu skazanego, w razie potrzeby za pośrednictwem komendy wojewódzkiej (Stołecznej) Policji, z tym że można przesyłać je za pomocą środków komunikacji elektronicznej, w rozumieniu przepisów o świadczeniu usług drogą elektroniczną (§ 151 ust. 2 cyt. rozporządzenia z dnia 23 czerwca 2015 r.). W literaturze wskazuje się, że zawiadomienie nie powinno ograniczać się jedynie do danych dotyczących skazanego i terminu jego zwolnienia, a dyrektor zakładu karnego powinien przekazać Policji informację obejmującą dokonaną prognozę kryminologiczną odnoszącą się do skazanego⁵⁶.

VI. ZAWIADOMIENIE POKRZYWDZONEGO I ŚWIADKA O OPUSZCZENIU PRZEZ OSKARŻONEGO ARESZTU ŚLEDZEGO

Obowiązek zawiadomienia pokrzywdzonego i świadka o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego zostaje uzupełnione o obowiązek zawiadomienia pokrzywdzonego i świadka w uzasadnionym wypadku o opuszczeniu przez oskarżonego lub podejrzanego aresztu śledczego (art. 253 § 3 i 4 k.p.k.). Celem tej regulacji, tak samo jak poprzednich, jest ochrona pokrzywdzonego, zwłaszcza w kontekście respektowania jego bezpieczeństwa osobistego, skoro świadomość, że oskarżony przebywa w areszcie śledczym, może pokrzywdzonemu gwarantować swoisty komfort psychiczny wynikający ze skutecznego odizolowania od niego oskarżonego⁵⁷. Chodzi o uprzedzenie pokrzywdzonego o wyjściu na wolność oskarżonego, co wprawdzie nie gwarantuje pełnego bezpieczeństwa pokrzywdzonemu, jednakże ma on prawo wiedzieć, że oskarżony opuścił areszt śledczy, a zwłaszcza w sytuacji, gdy dopuścił się tego bezprawnie⁵⁸.

Zawiadamia się niezwłocznie pokrzywdzonego, jego przedstawiciela ustawowego lub osobę, pod której stałą pieczę pozostaje pokrzywdzony, a także świadka, ale tylko w uzasadnionych wypadkach o: 1) uchyleniu tymczasowego aresztowania, 2) jego nieprzedłużeniu, 3) zmianie tymczasowego aresztowania na inny środek zapobiegawczy, 4) ucieczce oskarżonego z aresztu śledczego. Przez nieprzedłużenie tymczasowego aresztowania rozumie się sytuację, gdy sąd odmówił jego przedłużenia lub nie występowało o jego przedłużenie, co spowodowało upłynię-

⁵⁵ K. Postulski, *Kodeks...*, op. cit., s. 805.

⁵⁶ K. Kaczmarczyk-Kłak, *Ochrona bezpieczeństwa...*, op. cit., s. 18.

⁵⁷ M. Klejnowska, *Informowanie pokrzywdzonego...*, op. cit., s. 110–111; J. Skorupka, w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2220, s. 620.

⁵⁸ D. Drajewicz, *Pokrzywdzony w znowelizowanym Kodeksie postępowania karnego*, „Monitor Prawniczy” 2015, nr 18, s. 966; W. Grzeszczyk, *Zmiany w prawie karnym wprowadzone ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r.*, „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 9, s. 71.

cie terminu, na który był zastosowany, a w konsekwencji zwolnienie tymczasowo aresztowanego z aresztu śledczego.

Zawiadomienia dokonuje się z urzędu; pokrzywdzony lub świadek nie muszą składać żadnego wniosku. Niemniej istotna jest wola pokrzywdzonego lub świadka, gdyż mogą oni oświadczyć, iż rezygnują z tego uprawnienia (art. 253 § 3 *in fine* k.p.k.). Ma to być wyraźne oświadczenie. Niedopuszczalne jest domniemywanie na podstawie zachowania się pokrzywdzonego, że zrezygnował ze swego uprawnienia w sytuacji, gdy nie przedstawił jednoznacznie swego stanowiska⁵⁹.

Zobowiązanymi do takiego zawiadomienia – zgodnie z art. 253 § 3 k.p.k. – są sąd lub prokurator. Wydawać by się mogło, że na sądzie taki obowiązek ciąży w postępowaniu jurysdykcyjnym, a na prokuratorze – w postępowaniu przygotowawczym. Przyjęcie takiej właściwości tych organów mogłoby doprowadzić do znacznego opóźnienia zawiadomienia o podjęciu decyzji negatywnej co do tymczasowego aresztowania. W związku z tym właściwość organu trzeba wiązać z wydaniem decyzji o uchyleniu tymczasowego aresztowania lub jego nieprzedłużeniu albo zmianie tymczasowego aresztowania na inny środek zapobiegawczy⁶⁰. W razie ucieczki oskarżonego powinien to uczynić organ, do którego dyspozycji pozostawał tymczasowo aresztowany.

BIBLIOGRAFIA

- Długozima J., *Glosa do uchwały SN z dnia 15 września 1999 r., I KZP 26/99, „Gazeta Sądowa” 1999/2000, nr 12–1.*
- Drajewicz D., *Pokrzywdzony w znowelizowanym Kodeksie postępowania karnego, „Monitor Prawniczy” 2015, nr 18.*
- Grzeszczyk W., *Zmiany w prawie karnym wprowadzone ustawą z dnia 16 kwietnia 2004 r., „Prokuratura i Prawo” 2004, nr 9.*
- Kaczmarczyk-Kłak K., *Ochrona bezpieczeństwa i porządku publicznego a adaptacja osób opuszczających jednostki penitencjarne, „Administracja. Teoria – Dydaktyka – Praktyka. Studia i Artykuły” 2014, nr 4.*
- Kalisz T., *Sędziowski nadzór penitencjarny. Polski model nadzoru i kontroli nad legalnością i prawidłowością wykonywania środków o charakterze izolacyjnym, Wrocław 2010.*
- Klejnowska M., *Informowanie pokrzywdzonego o zwolnieniu oskarżonego (skazanego) z aresztu (zakładu karnego), „Przegląd Sejmowy” 2005, nr 1.*
- Kmiecik R., *Glosa do postanowienia SN z dnia 27 maja 1997 r., V KKN 248/96, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 1998, nr 1.*
- Koper R., *Karnoprosesowy status pokrzywdzonego w aspekcie stosowania tymczasowego aresztowania, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 1.*

⁵⁹ M. Klejnowska, *Informowanie pokrzywdzonego...*, op. cit., s. 107.

⁶⁰ R. Koper, *Karnoprosesowy status pokrzywdzonego w aspekcie stosowania tymczasowego aresztowania, „Prokuratura i Prawo” 2019, nr 1, s. 24.*

- Kwieciński A., *Obowiązek informowania pokrzywdzonego o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego – uwagi na tle stosowania art. 168a k.k.*, w: *Nowa kodyfikacja prawa karnego*, red. L. Bogunia, t. XXVII, Wrocław 2011.
- Lachowski J., *Pokrzywdzony w prawie karnym wykonawczym*, „Przegląd Więziennictwa Polskiego” 2006, nr 51.
- Lelental S., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Mierzińska-Lorencka J., *Kilka słów o reprezentacji pokrzywdzonego dziecka w postępowaniu karnym*, w: *Prawo wobec problemów społecznych. Księga jubileuszowa prof. E. Zielińskiej*, red. B. Namysłowska-Gabrysiak, K. Syroka-Marczewska, A. Walczak-Żochowska, Warszawa 2016.
- Mik B., *Glosa do uchwały SN z dnia 15 września 1999 r.*, I KZP 26/99, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, nr 2.
- Nowikowski I., *Odwołalność czynności procesowych stron w polskim procesie karnym*, Lublin 2001.
- Pawela S., *Glosa do uchwały SN z dnia 29 października 2002 r.*, I KZP 29/02, „Orzecznictwo Sądów Polskich” 2003, nr 5.
- Postulski K., *Glosa do postanowienia SN z dnia 11 stycznia 2006 r.*, I KZP 56/05, „Przegląd Sądowy” 2006, nr 7–8.
- Postulski K., *Glosa do uchwały SN z dnia 29 października 2002 r.*, I KZP 29/02, „Prokuratura i Prawo” 2003, nr 2.
- Postulski K., *Kodeks karny wykonawczy. Komentarz*, Warszawa 2017.
- Skorupka J., w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz*, Warszawa 2020.
- Stefański R.A., w: *Kodeks postępowania karnego. Komentarz do art. 1–166*, red. R.A. Stefański, S. Zabłocki, t. I, Warszawa 2017.
- Stefański R.A., *Glosa do wyroku SN z dnia 12 marca 1986 r.*, III KR 28/86, „Problemy Praworządności” 1988, nr 1.
- Stefański R.A., *Przegląd uchwał Izby Karnej i Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 1999 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2000, nr 2.
- Stefański R.A., *Przegląd uchwał Izby Karnej oraz Wojskowej Sądu Najwyższego w zakresie prawa karnego procesowego za 2002 r.*, „Wojskowy Przegląd Prawniczy” 2003, nr 2.
- Sych W., *Zmiana sytuacji pokrzywdzonego w stadium wykonawczym polskiego procesu karnego*, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 2.
- Szołucha S., w: *Kodeks postępowania karnego Komentarz*, red. J. Skorupka, Warszawa 2020.
- Szymanowski T., *Zmiany prawa karnego wykonawczego (o potrzebie i zbędności nowelizacji przepisów)*, „Państwo i Prawo” 2012, nr 2.
- Zabłocki S., *Przegląd orzecznictwa Sądu Najwyższego – Izba Karno*, „Palestra” 1999, nr 11–12.

ZAWIADAMIANIE O OPUSZCZENIU PRZEZ SKAZANEGO ZAKŁADU KARNEGO I INNEGO OŚRODKA ODOSOBNIENIA

Streszczenie

Artykuł ma charakter naukowo-badawczy, a jego przedmiotem jest zawiadamanie pokrzywdzonego, świadka lub jednostki Policji o zwolnieniu skazanego z zakładu karnego, aresztu śledczego i zakładu psychiatrycznego. Podstawowym celem naukowym była ocena zasadności wprowadzania do Kodeksu karnego wykonawczego takiego obowiązku zawiadamiania i poprawności określenia przesłanek. Główną tezą badawczą było wykazanie, że zawiadomienia te spełniają istotną rolę w zakresie ochrony pokrzywdzonego i świadka oraz mają istotny

walor prewencyjny co do zawiadomienia jednostki Policji. Wyniki badania mają oryginalny charakter, gdyż dotyczą problematyki prawie nieporuszanej w literaturze. Badania tyczą się przede wszystkim problematyki krajowej, ale mogą być przydatne także w innych państwach, ze względu na to, że dotyczą oryginalnego środka. Artykuł ma istotne znaczenie dla nauki, gdyż zawiera pogłębioną analizę dogmatyczną, duży ładunek myśli teoretycznej, a także dla praktyki – wskazuje kierunki interpretacji przesłanek zawiadomienia i innych jego elementów, a tym samym może przyczynić się do jednolitego jego stosowania.

Słowa kluczowe: areszt śledczy, dyrektor zakładu karnego, pokrzywdzony, policja, sędzia penitencjarny, skazany, świadek, zakład karny, zawiadomienie, zwolnienie.

NOTIFICATION THAT A CONVICT HAS BEEN RELEASED FROM PRISON OR ANOTHER ISOLATION FACILITY

Summary

The article is of scientific, research-related nature and deals with the notification of a victim, a witness or a police station that a convict has been released from prison, a remand centre or a psychiatric hospital. The main scientific aim was to assess the justification for introducing such an obligation to Penalty Execution Code and appropriateness of determining its premises. The main research theses aim to show that the notification plays an important role in the protection of a victim and a witness and, in case of the notification of a police station, has a significant preventive value. The research findings are original in nature because they concern issues that are seldom discussed in literature. The research is nationwide but may be useful in other countries because it examines an original legal measure. The article is important to science because it contains a deepened dogmatic analysis and a big load of theoretical thought, as well as to the practice as it indicates directions of interpretation of notification premises and other elements of it, and thus can contribute to its uniform application.

Key words: remand centre, prison governor, victim, police, penitentiary court judge, convict, witness, prison, notification, release from prison

Cytuj jako: Stefańska B.J., *Zawiadamianie o opuszczeniu przez skazanego zakładu karnego i innego ośrodka odosobnienia*, „Ius Novum” 2021 (15) nr r, s. 31–50. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.28/b.j.stefanska

Cite as: Stefańska B.J. (2021) ‘Notification that a convict has been released from prison or another isolation facility’. *Ius Novum* (Vol. 15) 4, 31–50. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.28/b.j.stefanska

ZMIANY ART. 190A K.K.

PATRYCJA PALICHLĘB*

DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.29/p.palichleb

1. WSTĘP

Artykuł 190a wprowadzony został do polskiego Kodeksu karnego¹ w 2011 roku². Przepis ten, zbudowany z trzech paragrafów, odnosi się kolejno do zjawiska uporczywego nękania, zwanego także stalkingiem (§ 1), kradzieży tożsamości³ (§ 2), a także targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie wskutek doświadczenia ze strony sprawcy zachowań unormowanych w paragrafach poprzedzających (§ 3). Taka konstrukcja utrzymuje się niezmiennie od czasu wejścia w życie ustawy wprowadzającej art. 190a k.k. do polskiego systemu prawnego. Jak wskazano w uzasad-

* mgr, Szkoła Doktorska Nauk Społecznych UMCS, e-mail: patrycja.palichleb@poczta.umcs.lublin.pl, ORCID: 0000-0001-8462-6921

¹ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny, Dz.U. z 2020 r., poz. 1444 z późn. zm., zwana dalej: k.k.

² Uczyniono to Ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks karny, Dz.U. z 2011 r., nr 72, poz. 381. Akt ten, oprócz dodania do ustawy karnej art. 190a, zmodyfikował także treść art. 41a k.k., odnoszącego się do możliwości orzeczenia przez sąd – zgodnie z ówczesnym brzmieniem poddanym ponownej nowelizacji w 2015 roku – obowiązku powstrzymania się od przebywania w określonych środowiskach lub miejscach, zakazu kontaktowania się z określonymi osobami, zakazu zbliżania się do określonych osób, zakazu opuszczania określonego miejsca pobytu bez zgody sądu lub nakazu opuszczenia lokalu zajmowanego wspólnie z pokrzywdzonym. We wspomnianej ustawie z 2011 roku rozszerzono katalog przestępstw, za które orzec można było wskazany środek karny, dodając do przepisu także „inne przestępstwo przeciwko wolności”.

³ Pojęcie to używane jest przez niektórych przedstawicieli doktryny na określenie przestępstwa z art. 190a § 2 k.k., zob. np. M. Filar, M. Berent, w: J. Bojarski, M. Bojarski, P. Czarnecki, W. Filipkowski, O. Górniok, E.M. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E.W. Pływaczewski, W. Radecki, A. Sakowicz, Z. Siwik, B.J. Stefańska, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, M. Filar (red. nauk.), M. Berent, *Kodeks karny. Komentarz, wyd. V, Art. 190(a)*, Warszawa 2016, LEX, s. 1173; K. Nazar, *Uporczywe nękanie oraz kradzież tożsamości*, w: M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa przeciwko wolności*, Lublin 2020, s. 289 i n.; A. Lach, *Kradzież tożsamości*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 3, s. 29 i n. Spotkać się można także z określeniami takimi jak „przywłaszczenie tożsamości”, zob. np. A. Szelegiewicz, *Stalking i przywłaszczenie tożsamości w polskim prawie karnym – zagadnienia wybrane*, „Ius Novum” 2013, nr 3, s. 64 i n., czy też „podszywanie się pod inną osobę”, zob. np. R. Krajewski, *Przestępstwo nękania innej osoby lub podszywania się pod inną osobę*, „Przeгляд Sądowy” 2012, nr 5, s. 22 i n.

nieniu projektu ustawy, regulacja ta miała na celu „stworzenie instrumentu ochrony prawnej w reakcji na negatywne zjawisko społeczne zwane «stalkingiem»”. *Ratio legis* wprowadzenia do ustawy karnej art. 190a § 2 stanowić miał fakt, iż – jak czytamy w dokumencie – zjawiska takie jak zamieszczanie w Internecie zdjęć ofiar czy komentarzy ujawniających informacje na ich temat, zamawianie niechcianych towarów i usług na ich koszt, rozpowszechnianie informacji poprzez tworzone w imieniu pokrzywdzonych konta internetowe, stanowią częsty przejaw uporczywego nękania, zaś z uwagi na możliwość ich jednorazowego charakteru nie będą mieścić się w jego ramach⁴. Jeśli chodzi o kwalifikowany typ przestępstwa uporczywego nękania i kradzieży tożsamości (§ 3), w projekcie odniesiono się jedynie do kwestii wysokości ustawowego zagrożenia karą zaproponowanego przez projektodawcę⁵.

Warto w tym miejscu zauważyć, że już na etapie prac legislacyjnych podnieszone były wątpliwości dotyczące ustawowego ujęcia przestępstwa uporczywego nękania. M. Mozgawa w opinii dotyczącej omawianego projektu zwracał uwagę między innymi na pewne trudności, jakie łączyć się będą z wykładnią tego przepisu z uwagi na brak zdefiniowania w ustawie pojęcia „nękanie”. Wskazywał także na zbędność znamienia „uporczywie”, jak bowiem zauważał, wielokrotność zachowań sprawcy wynika z samej istoty nękania. Autor ten już wówczas postulował także zrezygnowanie z zawężenia kryminalizacji kradzieży tożsamości jedynie do zachowań podejmowanych w zamiarze bezpośrednim kierunkowym⁶. A. Sakowicz z kolei, choć w swojej opinii aprobująco odniósł się do konstrukcji art. 190a § 1 i 2 k.k., wyrażał wątpliwość co do zakresu sankcji karnej przewidzianej za wskazane przestępstwa. Jego zdaniem dolegliwość ta miała być zbyt surowa i ustawodawca powinien raczej dostosować ją do zagrożenia z art. 190 k.k., a zatem wyznaczyć karę grzywny, karę ograniczenia wolności oraz karę pozbawienia wolności do lat 2. W kwestii kary, jaka miała spotkać sprawcę przestępstwa z art. 190a § 3 k.k., wyrażono przekonanie, iż trzeba byłoby raczej dostosować ją do tej z artykułu 207 § 3 k.k., i co za tym idzie – podmiot czynu zabronionego powinien podlegać karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12⁷. Warto zauważyć, że

⁴ W uzasadnieniu projektu ustawy wprowadzającej omawianą normę art. 190a § 2 k.k. określany był jako „przywłaszczenie tożsamości”, zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, Druk nr 3553 dostępny na stronie internetowej Sejmu: [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/\\$file/3553.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/$file/3553.pdf), s. 10 (dostęp: 21.07.2021).

⁵ Stwierdzono, iż granice ustawowego zagrożenia karą określone zostały w taki a nie inny sposób „dla zapewnienia pełnej spójności z innymi rozwiązaniami kodeksowymi”, w tym art. 151 k.k. przewidującym odpowiedzialność karną za doprowadzenie do targnięcia się danej osoby na własne życie za pośrednictwem namowy lub udzielenia pomocy, w którym to przypadku sprawcy grozi kara pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5, *ibidem*, s. 11.

⁶ M. Mozgawa, *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk sejmowy nr 3553)*, [http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/0/C1257806003D0075C1257818003057E2/\\$file/i2243_10a.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/0/C1257806003D0075C1257818003057E2/$file/i2243_10a.pdf), s. 6–8 (dostęp: 21.07.2021).

⁷ A. Sakowicz, *Opinia prawna o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 3553)*, jedna z dwóch opinii umieszczonych na stronie internetowej <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3553> (dostęp: 21.07.2021). Podobnie w kwestii zagrożenia karą za typ czynu zabronionego z art. 190a § 3 k.k. wypowiadał się w swojej opinii M. Mozgawa, zob. M. Mozgawa, *Opinia...*, op. cit., s. 8–9.

w wyniku ostatniej nowelizacji przepisu z dnia 31 marca 2020 roku z postulatów przedstawionych przez wskazanych Autorów uwzględniono jedynie ten dotyczący zwiększenia sankcji za przestępstwo z art. 190a § 3 k.k. i dostosowania jej do tej przewidzianej za typ kwalifikowany znęcania się.

W uzasadnieniu projektu ustawy wprowadzającej art. 190a k.k. powoływano się na badania zainicjowane w 2009 roku przez Ministerstwo Sprawiedliwości, których celem było oszacowanie skali zjawiska stalkingu w naszym kraju⁸. Zgodnie z ich wynikami niemal co dziesiąty respondent przyznał, że padł ofiarą uporczywego nękania. Jako najczęstsze przykłady stalkingu wskazano zachowania polegające na „rozpowszechnianiu plotek i oszczerstw, nawiązywaniu kontaktu za pomocą osób trzecich, groźbach lub szantażu, częstych, głośnych, obscenicznych telefonach, groźbach pod adresem najbliższych, niechcianych listach, e-mailach lub SMS-ach, niechcianym robieniu zdjęć, niszczeniu rzeczy, niechcianym dotyku, upublicznianiu wizerunku ofiary i innych”⁹.

Według D. Woźniakowskiej-Fajst stalking

jest to uporczywe, powtarzalne zachowanie (lub różnego rodzaju zachowania) skierowane przeciwko konkretnej jednostce, które w nieuzasadniony sposób, rażąco narusza granice prywatności tej osoby lub w inny sposób zagraża jej dobrom osobistym. Skutkiem działania prześladowcy jest najczęściej wywołanie u nękaney osoby, osób jej najbliższych lub odpowiedzialnych za jej bezpieczeństwo uzasadnionego niepokoju i lęku¹⁰.

Autorka ta wskazuje jednocześnie, że spośród wielu tłumaczeń tego słowa pochodzącego z języka angielskiego (od *to stalk*) najbardziej precyzyjnym, jej zdaniem, jest „uporczywe nękanie”¹¹. Jeszcze przed wprowadzeniem art. 190a k.k. do polskiej ustawy karnej, A. Michalska-Warias i K. Nazar-Gutowska ogólnie definiowały stalking jako „nękanie, prześladowanie, naprzykrzanie się”. Autorki te wskazywały również na występujące w ramach tego zjawiska powtarzające się naruszenia granic, które to uwidaczniają się zarówno w życiu publicznym, jak i prywatnym, a także zaznaczały, iż stalking jest zachowaniem świadomym i zamierzonym przez sprawcę i może polegać na podejmowaniu wielu różnych

⁸ Mowa tutaj o badaniach opracowanych przez zespół pracowników Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości oraz Katedry Kryminologii i Polityki Kryminalnej Instytutu Profilaktyki Społecznej i Resocjalizacji UW pod kierunkiem A. Siemaszki, zob. A. Siemaszko (red.), B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w Polsce. Rozmiary – formy – skutki. Raport z badania nt. uporczywego nękania*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII. Co ciekawe, w ciągu pierwszego roku obowiązywania przepisów umieszczonych w art. 190a k.k. w powszechnych jednostkach prokuratury zarejestrowanych zostało około 5000 spraw o to przestępstwo, zob. szerzej: M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty zjawiska nękania*, „Themis Polska Nova” 2012, nr 2 (3), s. 15–54.

⁹ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, Druk nr 3553, s. 2.

¹⁰ D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne formy przemocy emocjonalnej. Studium kryminologiczne*, Warszawa 2019, s. 39–40.

¹¹ Ibidem, s. 37.

czynności, takich jak np. zbliżanie się do ofiary, śledzenie jej czy kierowanie pod jej adresem gróźb¹².

W odniesieniu do przyjętej konstrukcji art. 190a k.k. w doktrynie wyrażane były po wielokroć głosy krytyczne. Podnoszono chociażby, iż kradzież tożsamości i stalking stanowią odmienne zjawiska, podczas gdy polski ustawodawca „dokonał swoistej syntezy poprzez kryminalizację kradzieży tożsamości jako specyficznej odmiany stalkingu”¹³. Wskazywano także – w odniesieniu do „niefortunnego” usytuowania obu tych typów czynów zabronionych w jednym przepisie – że większość zachowań, co do których stosuje się kwalifikację z art. 190a § 2 k.k., nie jest formą stalkingu, lecz raczej dotyczy przywłaszczenia tożsamości związanego z dokonaniem oszustwa, najczęściej w postaci wyłudzenia kredytu lub pożyczki¹⁴. Niektórzy autorzy krytykowali również umiejscowienie w szczególności przestępstwa kradzieży tożsamości w rozdziale XXIII ustawy karnej zatytułowanym *Przestępstwa przeciwko wolności*. Dla przykładu, A. Lach wskazywał, że lepszym rozwiązaniem byłoby umieszczenie tego przepisu w rozdziale XXVII, obejmującym przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej¹⁵, natomiast K. Sowirka, postulując przeniesienie art. 190a § 2 k.k. do odrębnego artykułu, proponował włączenie go w obręb przestępstw przeciwko wiarygodności dokumentów, głównie z uwagi na cel wyrządzenia szkody, o którym mowa w przepisie¹⁶. Oprócz tego odnaleźć można w literaturze przedmiotu pogląd zwracający uwagę na niezasadność łączenia typu kwalifikowanego z art. 190a § 3 k.k. z kradzieżą tożsamości. A. Lach podnosi, że o ile zrozumiałe jest penalizowanie sytuacji targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie w wypadku stalkingu, który to rozciągnięty jest w czasie, a także istotnie narusza poczucie bezpieczeństwa danej osoby, o tyle trudno uznać, aby przypadki podjęcia zamachu samobójczego wskutek kradzieży tożsamości mogły być podobnie uzasadniane, a także aby postawienie sprawcy zarzutu z użyciem tej kwalifikacji było częste, również z uwagi na trudności dowodowe w tym względzie¹⁷.

¹² A. Michalska-Warias, K. Nazar-Gutowska, *Prawnokarne aspekty nękania w polskim prawie karnym*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2010, nr 14, s. 61.

¹³ K. Sowirka, *Przestępstwo „kradzieży tożsamości” w polskim prawie karnym*, „Ius Novum” 2013, nr 1, s. 76. O odmienności obu przestępstw zob. s. 76–78.

¹⁴ D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne formy...*, op. cit., s. 17–18. Do takich wniosków Autorka dochodzi na podstawie przeprowadzonego pilotażu badań.

¹⁵ A. Lach, *Kradzież tożsamości...*, op. cit., s. 32. Do tego poglądu zdaje się (przynajmniej po części) przychylić także M. Budyn-Kulik, stwierdzając, iż można byłoby ewentualnie rozważyć ulokowanie tego przepisu w rozdziale XXVII, zob. M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny*, LEX/el. 2011, Art. 190(a), t. 54.

¹⁶ K. Sowirka, *Przestępstwo „kradzieży tożsamości”...*, op. cit., s. 78. Autor ten podkreśla, że znamieńce celu wyrządzenia szkody użyte w przepisie przez ustawodawcę „wyraźnie wskazuje, że chodzi tu również o ochronę mienia, obrotu gospodarczego, wiarygodności dokumentów”.

¹⁷ A. Lach, *Kradzież tożsamości...*, op. cit., s. 39. Zdaniem tego Autora, podobnie jak wprowadzenie kwalifikowanej formy kradzieży tożsamości w postaci targnięcia się pokrzywdzonego na własne życie, można byłoby uzasadnić wprowadzenie typu kwalifikowanego kradzieży czy oszustwa, gdy pokrzywdzony dopuszcza się zamachu na własne życie wskutek utraty cennej dla niego rzeczy lub określonej sumy pieniędzy.

Biorąc pod uwagę konstrukcję art. 190a k.k., nie sposób nie zgodzić się z poglądem wskazującym na niezasadne umieszczenie przestępstwa kradzieży tożsamości w tym samym przepisie, który penalizuje uporczywe nękanie. Oprócz różniącego się w przypadku tych dwóch typów czynów zabronionych przedmiotu ochrony (w wypadku stalkingu wskazać można na wolność od strachu i prawo do spokojnej egzystencji¹⁸, czy też „prawo do życia w poczuciu bezpieczeństwa, tj. wolnego od jakiegokolwiek formy dręczenia, poniżenia, nękania lub poczucia zagrożenia”¹⁹, w przypadku kradzieży tożsamości na wizerunek, dobre imię, cześć lub godność – jako na przedmiot rodzajowy – oraz prawo do wizerunku konkretnej osoby – przedmiot indywidualny)²⁰, wspomnieć należy o dość istotnej odmienności, jeśli chodzi o sytuacje, w których oba te przepisy znaleźć mogą zastosowanie. Warto zauważyć, że w pewnych okolicznościach kradzież tożsamości występować może jako forma uporczywego nękania. Będzie miało to miejsce na przykład wtedy, gdy sprawca zakłada w imieniu określonej osoby konta internetowe na portalach społecznościowych czy też, przy wykorzystaniu danych osobowych pokrzywdzonego, notorycznie zamawia na jego adres rozmaite przesyłki, czym doprowadza do wystąpienia przynajmniej jednego ze skutków wymienionych w art. 190a § 1 k.k. Może jednak zdarzyć się i tak, że wykorzystanie danych osobowych jednostki będzie miało charakter jednorazowy i prowadzić będzie na przykład do oszustwa²¹. W związku z tym ustawodawca powinien był raczej stworzyć odrębny typ czynu zabronionego odnoszący się do drugiej ze wskazanych sytuacji i umieścić go albo – jak ma to miejsce obecnie – w rozdziale grupującym przestępstwa przeciwko wolności, albo rozważyć dodanie go do rozdziału XXXIII odnoszącego się do przestępstw przeciwko ochronie informacji.

Artykuł 190a k.k. poddany został nowelizacji tylko raz. Niedawna zmiana, dokonana w ustawie z dnia 31 marca 2020 roku o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw²², w dość istotny sposób zmodyfikowała jego brzmienie.

2. PIERWOTNE BRZMIENIE ART. 190A K.K.

W pierwotnej wersji art. 190a § 1 k.k., penalizujący tzw. stalking, odnosił się do zachowania sprawcy, który przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej wzbudzał u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub

¹⁸ Tak J. Lachowski, w: V. Konarska-Wrzosek (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. III, Warszawa 2020, t. 2, LEX, s. 950.

¹⁹ S. Hypś, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*. Wyd. 7, Warszawa 2021, Legalis 2021, Nb. 3. Zdaniem tego Autora za dobro chronione uznać można zatem wolność psychiczną człowieka, a także prawo do ochrony życia prywatnego i rodzinnego, co wynika z penalizowania przez ustawodawcę istotnego naruszenia prywatności.

²⁰ M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz do zmian...*, op. cit., t. 54 i 55. Autorka ta pisze także o tym, iż można byłoby zastanowić się nad przyjęciem, że indywidualny przedmiot ochrony stanowi w tym przypadku prawo do tożsamości.

²¹ Podobnie D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne formy...*, op. cit., s. 17–18.

²² Dz.U. z 2020 r., poz. 568 z późn. zm.

istotnie naruszał jej prywatność. Choć w doktrynie znaleźć można było przeciwników ujmowania w ramy prawne zjawiska stalkingu²³, zaś ustawodawcy nie udało się uniknąć pewnych niedoskonałości w jego unormowaniu, dodanie tego typu przestępstwa do Kodeksu karnego ocenić należy aprobująco²⁴.

Jak pokazują analizy przeprowadzane do tej pory przez różnych autorów, uporczywe nękanie stanowi dość istotny problem społeczny. Dla przykładu, badania zainicjowane przez Ministerstwo Sprawiedliwości przeprowadzone pod kierunkiem A. Siemaszki, o których była już mowa²⁵ wykazały, iż przeszło połowa pokrzywdzonych deklaruowała pojawienie się problemów natury emocjonalnej lub psychicznej w związku z ostatnią sytuacją nękania, natomiast dolegliwości fizyczne wystąpić miały w podobnej sytuacji u co czwartej badanej osoby²⁶. Co istotne, i na co wskazuje D. Woźniakowska-Fajst, osoby pokrzywdzone stalkingiem doświadczają na ogół tej formy przemocy na różne sposoby, ponosząc przy tym wielowymiarowe skutki mające nierzadko wpływ na całe ich życie²⁷.

Według woli ustawodawcy, zgodnie z brzmieniem przepisu uchwalonym w 2011 roku, sprawca dopuszczający się przestępstwa uporczywego nękania podlegał karze pozbawienia wolności do lat 3. Dla porównania, podmiot czynu zabronionego popełniający przestępstwo znęcania (art. 207 § 1 k.k.) podlegał karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5²⁸.

W literaturze przedmiotu nie brakowało zastrzeżeń co do sposobu unormowania w § 1 zjawiska uporczywego nękania. Wskazywano między innymi, że już interpretacja znamienia czasownikowego „nękanie”, które nie zostało w ustawie zdefiniowane, stanowi podstawową trudność, natomiast dookreślanie opisu czynności sprawczej słowem „uporczywie” było niepotrzebne²⁹. Zwracano także uwagę

²³ Zob. chociażby A. Michalska-Warias, K. Nazar-Gutowska, *Prawnokarne...*, op. cit.; M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz do zmian...*, op. cit., t. 2. Autorka ta w 2011 roku stwierdzała, że wprowadzenie tego przepisu do ustawy karnej jest raczej odpowiedzią na dyskusje społeczne niż reakcją na rzeczywistą potrzebę. Z kolei M. Filar i M. Berent zwracali uwagę na to, iż argumenty przeciwników wprowadzenia art. 190a k.k. oscyływały wokół dwóch głównych zagadnień – po pierwsze sfera, którą chronić ma nowy przepis, jest już chroniona w systemie, po drugie, znamiona teże regulacji są ocenne i nieostre, zob. M. Filar, M. Berent, w: M. Filar (red. nauk.), *Kodeks karny...*, op. cit., t. 1, s. 1174.

²⁴ Na temat racjonalizacji kryminalizacji uporczywego nękania zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne formy...*, op. cit., s. 283–290.

²⁵ Zob. przyp. 8.

²⁶ A. Siemaszko (red.), B. Gruszczyńska, M. Marczewski, P. Ostaszewski, D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking w Polsce...*, op. cit., s. 55–56.

²⁷ D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne formy...*, op. cit., s. 253. J. Skarżyńska-Sernaglia podaje, że „u 62% ofiar doświadczenie stalkingu wpłynęło negatywnie na ich życie i zdrowie, wywołując poczucie zagrożenia, niepokój, zaburzenia psychosomatyczne i problemy w relacjach interpersonalnych (skutki psychiczne i relacyjne), w tym: zaburzenia niepokoju (ataki paniki, fobie itp.) – u 49% ofiar, zaburzenia snu, zaburzenia odżywiania itp. – u 22% ofiar, zmiany lub trudności w kontaktach interpersonalnych – u 57% ofiar”. Szerzej zob. J. Skarżyńska-Sernaglia, *Stalking w Polsce – występowanie i charakterystyka zjawiska*, <http://psychologia.net.pl/artukul.php?level=415> (dostęp: 21.07.2021).

²⁸ Pod uwagę brany jest stan prawny z dnia wejścia w życie ustawy wprowadzającej art. 190a k.k. do systemu, a zatem 6 czerwca 2011 r.

²⁹ M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, *Prawnokarne...*, op. cit., s. 22–23. Zob. też: M. Mozgawa, *A Few Comments on the Feature of 'Persistent Harassment' in the Light of Article 190a Criminal Code*,

na fakt, iż ze względu na to, że przedmiotem czynności wykonawczej omawianego przestępstwa jest inna osoba lub osoba jej najbliższa, zgodnie z treścią art. 115 § 11 k.k. za osobę najbliższą nie można będzie uznawać np. niemieszkającej wspólnie z pokrzywdzonym narzeczonej³⁰. Ponadto zauważano, iż trudności nastęrczać może precyzyjne określenie, czym w istocie cechować się ma „istotne naruszenie prywatności”, o którym mowa w przepisie³¹. Pewne wątpliwości pojawiały się także w odniesieniu do określenia formy zamiaru, jakim charakteryzować się ma zachowanie sprawcy. Choć poza sporem jest, iż winno ono cechować się umyślnością, brakuje zgodności co do tego, czy w grę wchodzić może jedynie zamiar bezpośredni³², czy również zamiar ewentualny³³.

Przez niemal dekadę funkcjonowania omawianego przepisu doktryna i orzecznictwo sądowe wypracowały dosyć rozbudowaną wykładnię jego znamion. Pomimo tego do tej pory pomiędzy poglądami wyrażanymi przez różnych autorów dopatrzeć się można wielu punktów spornych. Niektórzy z nich zwracają uwagę na mankamenty regulacji³⁴, podkreślając konieczność przeformułowania przepisu penalizującego uporczywe nękanie³⁵.

Jeśli chodzi o art. 190a § 2 k.k., to początkowo regulował on problematykę kradzieży tożsamości, odnosząc się do takich pojęć, jak wizerunek³⁶ czy inne dane

„Ius Novum” 2020, nr 2, s. 77–81.

³⁰ M. Mozgawa, M. Budyn-Kulik, *Prawnokarne...*, op. cit., s. 23–24. Autorzy wskazali jednocześnie, iż „jeśli nawet dana osoba nie jest osobą najbliższą dla pokrzywdzonego, to i tak jest ona «inną osobą» dla samego sprawcy”.

³¹ Ibidem, s. 26–27. Szeroko na temat wykładni tego znamienia wypowiada się P. Furman, zob. idem, *Próba analizy konstrukcji ustawowej przestępstwa uporczywego nękania z art. 190a k.k. Zagadnienia wybrane*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, z. 3, s. 54–59.

³² Tak chociażby J. Lachowski, w: V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks...*, op. cit., t. 11, s. 953; M. Królikowski, A. Sakowicz, w: M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221. Tom I*, Warszawa 2017, Legalis, Nb. 35.

³³ W tym względzie szczególnie popularny wydaje się pogląd różnicujący możliwość zachowania się sprawcy z określoną formą zamiaru w odniesieniu do poszczególnych znamion. Jak wskazuje M. Mozgawa, należy uznać, że zamiarem bezpośrednim musi być objęta ta część znamion, do której odnosi się znamie uporczywości, natomiast znamie skutku może być objęte zamiarem zarówno bezpośrednim, jak i ewentualnym, M. Mozgawa, w: M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, t. 10, LEX/el. 2021. Do tego poglądu przychyliła się także D. Woźniakowska-Fajst. Autorka ta stwierdza, że z przeprowadzonych przez nią badań wynika, iż sprawcy twierdzą często, że nie zdawali sobie sprawy z tego, że ich zachowanie może budzić w ofierze lęk i przyznają, że nie takie były ich zamiary, zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne formy...*, op. cit., s. 119. Podobnie zróżnicowanie form zamiaru uznają także m.in. J. Kosonoga, zob. J. Kosonoga, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz. Wyd. 26*, t. 24, Legalis 2021, oraz A. Michalska-Warias, zob. A. Michalska-Warias, w: T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz, wyd. VII*, Warszawa 2016, t. 5, LEX, s. 536.

³⁴ Zob. np. M. Filar, M. Berent, w: M. Filar (red. nauk.), *Kodeks karny...*, op. cit., t. 1, s. 1174. Autorzy ci zwracają uwagę na fakt, iż odnaleźć można sytuacje, kiedy jedno ze znamion próbuje się interpretować drugim.

³⁵ Zob. np. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne formy...*, op. cit., s. 290; P. Furman, *Próba analizy konstrukcji ustawowej...*, op. cit., s. 77–78.

³⁶ Co do wykładni tego znamienia zob. szerzej np. M. Królikowski, A. Sakowicz, w: M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks...*, op. cit., Nb. 27; M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz do zmian...*, op. cit., t. 60–62.

osobowe³⁷. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu tej samej karze co za uporczywe nękanie, a zatem karze pozbawienia wolności do lat 3, podlegał sprawca, który podszywając się pod inną osobę, wykorzystywał jej wizerunek lub inne jej dane osobowe w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej.

Przepis ten także nie umknął krytyce niektórych autorów i co do sposobu ujęcia znamion we wskazany wyżej sposób wysuwano w doktrynie różne zastrzeżenia. M. Mozgawa podnosił, że posługiwanie się przez ustawodawcę sformułowaniem „w celu wyrządzenia jej szkody”, a zatem przesądzenie, iż sprawca działać ma z zamiarem bezpośrednim kierunkowym, stanowi zawężenie kryminalizacji, co do którego należy wyrazić wątpliwość³⁸. M. Budyn-Kulik z kolei wskazywała, że cel zachowania sprawcy powinien być pozostać poza zakresem znamion, zaś ustawodawca winien skupić się na opisie samego zachowania naruszającego swobodę dysponowania danymi osobowymi określonej jednostki³⁹. W literaturze podkreślano również, że z brzmienia omawianego przepisu wynika, iż sprawca ma działać w celu wyrządzenia szkody majątkowej lub osobistej tej samej osobie, której wizerunek lub inne dane osobowe wykorzystano. Jak zauważano, art. 190a § 2 k.k. w takim brzmieniu nie obejmuje tych wszystkich przypadków, gdy działanie sprawcy podejmowane jest tylko w celu ukrycia tożsamości lub wyrządzenia szkody osobie innej niż ta, której danych użyto⁴⁰. W związku z tym K. Sowirka wyraził postulat *de lege ferenda*, aby znamię to przybrało szerszą postać „wyrządzenia szkody majątkowej lub osobistej”⁴¹.

Pomimo niedoskonałego pod pewnymi względami brzmienia art. 190a § 2 k.k., dodanie go do systemu, podobnie jak wprowadzenie typu czynu zabronionego penalizującego uporczywe nękanie, ocenić należy aprobowano. Jak słusznie podkreśla A. Lach, zjawisko kradzieży tożsamości staje się coraz powszechniejsze, do czego przyczynia się rozwój techniczny, i z uwagi na to, że niektóre dane są trudne do zmiany lub nawet niezmiennie, nieść może ze sobą skutki odczuwane jeszcze przez wiele lat po bezprawnym wykorzystaniu tych danych⁴². Co warte uwagi, popełnienie tego przestępstwa może stanowić przygotowanie lub usiłowa-

³⁷ Co do wykładni tego znamienia zob. np. M. Królikowski, A. Sakowicz, w: M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks...*, op. cit., Nb. 28; M. Mozgawa, w: M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks...*, op. cit., t. 13.

³⁸ M. Mozgawa, w: J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym. System Prawa Karnego, tom 10*, Legalis 2016, s. 470, Nb. 224. Autor ten proponuje, aby *de lege ferenda* użyć w przepisie sformułowania „w zamiarze”.

³⁹ M. Budyn-Kulik, *Kodeks karny. Komentarz do zmian...*, op. cit., t. 69. Z poglądem tym nie zgodził się K. Sowirka, stwierdzając, iż tak szerokie ujęcie znamion zachwiałoby funkcją *ultima ratio* prawa karnego. Jak zaznaczył Autor, w podobnej sytuacji penalizowane mogłoby być jakiegokolwiek świadome podanie się za inną osobę; K. Sowirka, *Przestępstwo „kradzieży tożsamości”...*, op. cit., s. 71–72.

⁴⁰ A. Lach, *Kradzież tożsamości...*, op. cit., s. 33.

⁴¹ K. Sowirka, *Przestępstwo „kradzieży tożsamości”...*, op. cit., s. 73. Autor ten jednocześnie podkreślał, że za wykładnią utożsamiającą osobę, której wizerunek lub inne jej dane osobowe wykorzystano, z osobą, na której szkodę majątkową lub osobistą nakierowane jest działanie sprawcy, przemawia także specyfika czynów zabronionych umieszczonych w rozdziale *Przestępstwa przeciwko wolności*, zob. *ibidem*, s. 72.

⁴² A. Lach, *Kradzież tożsamości...*, op. cit., s. 30.

nie popełnienia przestępstwa oszustwa, a także łączyć się na przykład z przestępstwem zniesławienia, kiedy to sprawca podaje się za daną osobę i przedstawia informacje mające prowadzić do jej zdyskredytowania⁴³.

Kradzież tożsamości należy do przestępstw niekiedy bardzo intensywnie godzących w dobrostan psychiczny jednostki. Dotknięta nim osoba przeżywa na ogół niezwykle silne emocje związane nie tylko z samym faktem naruszenia jej dóbr prawnych poprzez na przykład wejście w posiadanie należących do niej danych osobowych czy wręcz posługiwanie się nimi, ale także te łączące się z obawą o potencjalne, niepożądane wykorzystanie tych danych. Dokonanie przestępstwa stypizowanego w art. 190a § 2 k.k. może, jak wiadomo, stanowić swoisty wstęp do popełnienia innego czynu zabronionego. O kwestii tej wypowiedział się także projektodawca, stwierdzając, iż „przywłaszczenie tożsamości” powinno znaleźć swoje miejsce w ustawie karnej z uwagi na fakt, iż jego kryminalizacja winna odbywać się na przedpolu skutku. W uzasadnieniu projektu ustawy nowelizującej Kodeks karny odniesiono się także do kwestii zamiaru sprawcy i wskazano, że jego forma (zamiar bezpośredni) wskazuje na cel działania podmiotu przestępstwa w postaci chęci wyrządzenia szkody o materialnym lub osobistym charakterze⁴⁴.

Ustawą z dnia 25 lutego 2011 roku wprowadzono także typ kwalifikowany odnoszący się tak do przestępstwa uporczywego nękania, jak i do przestępstwa kradzieży tożsamości. Zgodnie z treścią art. 190a § 3 k.k. w sytuacji, kiedy następstwem wskazanych w § 1 i 2 czynów zabronionych miało być targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, sprawca podlegał karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. W uzasadnieniu projektu stwierdzono, iż podobne ustawowe zagrożenie karą przewidziane zostało w celu zapewnienia spójności z innymi rozwiązaniami kodeksowymi, w szczególności zaś z art. 151 k.k., który to przepis przewiduje karę pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5 w sytuacji doprowadzenia namową lub przez udzielenie pomocy do targnięcia się człowieka na własne życie⁴⁵. Dla porównania, za kwalifikowaną postać znęcania, w wypadku której następstwem czynów zabronionych stypizowanych w art. 207 § 1 lub 2 k.k. miało być targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie, przewidziano karę pozbawienia wolności od lat 2 do 12 (art. 207 § 3 k.k.). W odniesieniu do takiego ukształtowania wymiaru kary wyrażano w literaturze głosy krytyczne wskazujące na dysharmonię pomiędzy art. 190a § 3 k.k. i przywołanymi przez projektodawcę przepisami. Zauważano, że trudno dopatrzeć się jakościowej różnicy pomiędzy targnięciem się pokrzywdzonego na własne życie w następstwie nękania i znęcania oraz postulowano zrównanie kar za oba te przestępstwa (kara pozbawienia wolności od lat 2 do 12)⁴⁶.

Dodanie do ustawy karnej przepisu odnoszącego się do kwalifikowanej formy uporczywego nękania ocenić należy pozytywnie. Zgodnie ze wspomnianymi już

⁴³ K. Sowirka, *Przestępstwo „kradzieży tożsamości”...*, op. cit., s. 77. Co ciekawe, Autor ten zwraca uwagę na to, że przestępstwo kradzieży tożsamości z uwagi na powszechny dostęp do Internetu często może dotyczyć nieletnich, zob. *ibidem*, s. 70–71.

⁴⁴ Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, Druk nr 3553, s. 10.

⁴⁵ *Ibidem*, s. 11.

⁴⁶ M. Mozgawa, *Opinia...*, op. cit., s. 8–9.

wynikami badań⁴⁷ zjawisko stalkingu wywiera niezwykle często bardzo negatywne skutki u osoby pokrzywdzonej. Wydaje się racjonalnym, iż ustawodawca zdecydował się (podobnie jak ma to miejsce w wypadku przestępstwa znęcania) na wyznaczenie innego zakresu dolegliwości przewidzianych dla sprawcy w sytuacji, kiedy w następstwie podejmowanych przez niego zachowań jednostka decyduje się na targnięcie się na własne życie⁴⁸. Podobnego zdania jest P. Furman. Autorka ta wskazuje, że można wyobrazić sobie sytuacje, w których w wyniku doświadczania przez daną osobę długotrwałego zastraszania i nękania dojdzie do konsekwencji opisanych w znamionach czynu zabronionego. W takich przypadkach, jak zaznacza, reakcja karna wydaje się konieczna⁴⁹. Na marginesie rozważań wskazać należy również na słuszność wyznaczonego przez ustawodawcę trybu ścigania przestępstwa z art. 190a § 3 k.k., które ścigane jest z urzędu, w odróżnieniu od przestępstw z § 1 i 2, ściganych na wniosek.

3. PROJEKT USTAWY O ZMIANIE USTAWY KODEKS KARNY ORAZ NIEKTÓRYCH INNYCH USTAW Z DNIA 14 MAJA 2019 ROKU

Dnia 14 maja 2019 roku do Sejmu wpłynął rządowy projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw⁵⁰. Oprócz zmian w ustawie karnej przewidywał on także modyfikację niektórych przepisów innych aktów prawnych, m.in. Prawa o ruchu drogowym⁵¹, Kodeksu wykroczeń⁵² czy Kodeksu karnego wykonawczego⁵³. Nowelizacja objąć miała także treść art. 190a k.k. Z uwagi na fakt, iż dnia 14 lipca 2020 roku, przed podpisaniem ustawy przez Prezydenta,

⁴⁷ Mowa o badaniach zainicjowanych przez Ministerstwo Sprawiedliwości, zob. przyp. 8.

⁴⁸ Podobnie też M. Mozgawa; M. Mozgawa, w: J. Warylewski (red.), *Przestępstwa...*, op. cit., s. 471, Nb. 226.

⁴⁹ P. Furman, *Próba analizy konstrukcji ustawowej...*, op. cit., s. 75.

⁵⁰ Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Druk nr 3451, Warszawa 14 maja 2019 r. dostępny na stronie internetowej Sejmu <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/996CE307123D03FEC12583FA0069E8F2/%24File/3451.pdf> (dostęp: 21.07.2021); przebieg procesu legislacyjnego dostępny na stronie internetowej: <https://www.sejm.gov.pl/sejm8.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=3451> (dostęp: 21.07.2021).

⁵¹ Ustawa z dnia 20 czerwca 1997 r. Prawo o ruchu drogowym, Dz.U. z 2018 r., poz. 1990 z późn. zm.; zmiany tekstu jednolitego ogłoszone w Dz.U. z 2018 r., poz. 2244 i 2322, oraz z 2019 r., poz. 53, 60, 730, 752 i 870 (obecnie: Dz.U. z 2021 r., poz. 450 z późn. zm.). Publikatory odnoszące się do aktów prawnych ujętych w planowanej nowelizacji wskazane zostały zgodnie z informacjami podanymi w projekcie wspomnianej ustawy.

⁵² Ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń, Dz.U. z 2019 r., poz. 821 (obecnie: Dz.U. z 2021 r., poz. 281 z późn. zm.).

⁵³ Ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny wykonawczy, Dz.U. z 2019 r., poz. 676 i 679 (obecnie: Dz.U. z 2021 r., poz. 53 z późn. zm.).

Trybunał Konstytucyjny orzekł⁵⁴ o jej niezgodności z Ustawą Zasadniczą⁵⁵, zaś pełne prześledzenie procesu legislacyjnego oraz odniesienie się do proponowanych zmian przekraczają ramy niniejszego opracowania, akt ten nie będzie przedmiotem pogłębionych rozważań⁵⁶. Dość wspomnieć jedynie o pewnych jego elementach obrazujących kierunek, w którym zmierzał ustawodawca.

Zgodnie z tekstem ustawy⁵⁷ przekształceniu ulec miał zarówno § 1, jak i § 2 artykułu 190a k.k. W przepisie typizującym uporczywe nękanie ustawodawca nie tylko zwiększył wymiar kary przewidzianej za ów czyn (sprawca podlegać miał karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5), ale także dodał do jego opisu nowe znamiona. W nowym ujęciu § 1, oprócz wzbudzenia w pokrzywdzonym uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia, penalizować miał także wywołanie u niego poczucia poniżenia lub udrczenia oraz naruszenie jego prywatności „w istotnym stopniu”. Zmiany dokonane w treści art. 190a § 2 k.k. odnosiły się natomiast do opisu sytuacji podszywania się pod inną osobę. Sprawca mający podlegać karze za kradzież tożsamości mógł nie tylko, jak do tej pory, wykorzystywać wizerunek innej osoby lub inne jej dane osobowe, ale także „inne dane, za pomocą których jest ona publicznie identyfikowana”. Oprócz tego art. 190a § 2 k.k. zmienił swój charakter poprzez modyfikację dokonaną w obrębie końcowej części przepisu. Po nowelizacji podmiot czynu zabronionego, który podszywając się pod inną osobę, wykorzystał jej wizerunek, inne jej dane osobowe lub inne dane, za pomocą których jest ona publicznie identyfikowana, aby spotkała go kara, miał jeszcze dodatkowo wyrządzić danej osobie szkodę majątkową lub osobistą. Nie wystarczało zatem, jak do tej pory, podjęcie zachowania w celu wyrządzenia szkody majątkowej lub osobistej, zaś konieczne stało się wywołanie określonego przez ustawodawcę skutku. Od samego początku funkcjonowania art. 190a w Kodeksie karnym przewidywano taki sam zakres ustawowego zagrożenia karą za przestępstwo uporczywego nękania i za przestępstwo kradzieży tożsamości. Nie zmieniło się to w ramach planowanej nowelizacji. Co za tym idzie – także w tym przypadku sprawca podlegać miał karze pozbawienia wolności od 3 miesięcy do lat 5.

⁵⁴ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 14 lipca 2020 r., sygn. akt Kp 1/19, „Monitor Polski” z 2020 r., poz. 647, OTK-A 2020, nr 36. Trybunał Konstytucyjny orzekł, iż wskazana ustawa z dnia 13 czerwca 2019 roku „jest w całości niezgodna z art. 7 w związku z art. 112 oraz z art. 119 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej”.

⁵⁵ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., Dz.U. z 1997 r., nr 78, poz. 483 z późn. zm.

⁵⁶ Na temat zmian w art. 190a k.k. dokonanych w ustawie z dnia 13 czerwca 2019 r. wypowiedziała się chociażby K. Nazar, zob. K. Nazar, *Uporczywe...*, w: M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa...*, op. cit., s. 322–324, 350–351.

⁵⁷ Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r. o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, [http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/3451_u/\\$file/3451_u.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/opinie8.nsf/nazwa/3451_u/$file/3451_u.pdf) (dostęp: 21.07.2021).

4. NOWELIZACJA ART. 190A K.K. Z DNIA 31 MARCA 2020 ROKU

Stosunkowo spore zmiany dokonane zostały w treści art. 190a k.k. poprzez uchwalenie Ustawy z dnia 31 marca 2020 r. o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw. Obok modyfikacji licznych norm pochodzących z różnych aktów prawnych, zawierała ona także nowelizację dwóch przepisów ustawy karnej, w tym art. 190a k.k.

Wspomniana wyżej ustawa, która weszła w życie z dniem ogłoszenia⁵⁸, dodała do przepisu penalizującego stalking nowe znamiona, a także zmodyfikowała wysokość ustawowego zagrożenia karą. Zgodnie z nowym brzmieniem art. 190a § 1 k.k. podmiot czynu zabronionego, który przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia, poniżenia lub udrczenia lub istotnie narusza jej prywatność, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8, nie zaś, jak miało to miejsce do tej pory, karze pozbawienia wolności do lat 3.

W wyniku autopoprawki do rządowego projektu Ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw (druk nr 299-A⁵⁹), odniesiono się do planowanych zmian w ustawie karnej. Co do modyfikacji art. 190a § 1 k.k. wskazano, iż doświadczenia łączące się ze stosowaniem tego przepisu pokazują, że niektóre charakterystyczne dla stalkingu efekty działania sprawcy nie są obejmowane przez dotychczasowy opis przestępstwa. Skutki te, w postaci odczuwanego poczucia poniżenia lub udrczenia, co zaznaczono w uzasadnieniu projektu, są natomiast bardzo dolegliwe dla ofiary. Poprzez dodanie do przepisu nowych znamion i poszerzenie zakresu jego oddziaływania, wzmocniona miała zostać prawnokarna ochrona osób pokrzywdzonych⁶⁰.

W ustawie z dnia 31 marca 2020 roku, zmieniającej brzmienie przepisu penalizującego uporczywe nękanie, dość znacznie zmodyfikowane zostało zagrożenie karne przewidziane za ten czyn. Kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8, zgodnie ze wskazaniami projektodawcy (odnoszącymi się także do zwiększonej sankcji za przestępstwa z art. 190a § 2 i 3 k.k.), przewidziana została z uwagi na

⁵⁸ Akt ten w art. 101 określił szczególne postanowienia co do daty wejścia w życie wyliczonych przez ustawodawcę przepisów.

⁵⁹ Autopoprawka do przekazanego w dniu 26 marca 2020 r. rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, Druk 299-A, Warszawa 27 marca 2020 r.; tekst dostępny na stronie internetowej Sejmu, <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/5EDFDA5A0BA099CBC1258538003A6786/%24File/299-A.pdf> (dostęp: 21.07.2021), przebieg procesu legislacyjnego znaleźć można pod adresem: <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=299> (dostęp: 21.07.2021).

⁶⁰ Uzasadnienie autopoprawki, s. 13.

duże różnice w – niejednokrotnie bardzo wysokim – stopniu społecznej szkodliwości zachowań wchodzących w skład uporczywego nękania. Podwyższenie ustawowego zagrożenia uzasadnione zostało, jak czytamy w autopoprawce, potrzebą „odzwierciedlenia granicami sankcji karnej zróżnicowanej karygodności zachowań sprawców takich przestępstw”, a także koniecznością wzmocnienia ochrony osób narażonych na uporczywe nękanie – również poprzez oddziaływanie ogólnoprewencyjne⁶¹. Dla przykładu, podobne zagrożenie karą przewidziane zostało – biorąc pod uwagę stan prawny z dnia wejścia w życie ustawy – za znęcanie się fizycznie lub psychicznie nad osobą nieporadną ze względu na jej wiek, stan psychiczny lub fizyczny (art. 207 § 1a k.k.), oszustwo (art. 286 § 1 k.k.), a także niektóre typy kwalifikowane, na przykład nieumyślne spowodzenie określonego zdarzenia zagrażającego życiu lub zdrowiu wielu osób albo mieniu w wielkich rozmiarach, którego następstwami są: śmierć człowieka lub ciężki uszczerbek na zdrowiu wielu osób (art. 163 § 4 k.k.).

W tym miejscu przeanalizować należy nowe pojęcia, które zgodnie z wolą ustawodawcy wprowadzone zostały do art. 190a § 1 k.k. „Poniżenie” definiowane może być jako „stan, w którym znajduje się człowiek poniżony”, a także „sytuacja, która kogoś poniża”⁶². „Poniżyć”, według znaczenia słownikowego, to tyle, co „upokorzyć kogoś”⁶³, upokorzenie zaś to „uczucie poniżenia, wstydu; też: to, co kogoś poniża, obraża”⁶⁴. „Udręczenie”, zgodnie z jego definicją, oznacza „to, co dręczy, trapi”⁶⁵. „Udręczyć” to natomiast „sprawić komuś cierpienie fizyczne lub psychiczne”⁶⁶. „Udręka” rozumiana może być jako „to, co kogoś dręczy i powoduje cierpienie”, a także, w drugim znaczeniu, „psychiczne cierpienie będące rezultatem czegoś, co dręczy”⁶⁷. Oba te pojęcia – poniżenie i udręczenie – kojarzą się z pewnego rodzaju prześladowaniem⁶⁸, niepokojeniem kogoś, gnębieniem.

Zmiana wprowadzona w brzmieniu art. 190a § 1 k.k. spotkała się zarówno z krytyką, jak i aprobatą niektórych autorów. Dla przykładu, M. Budyn-Kulik wskazała wiele argumentów mających przemawiać za tym, iż nowelizacja tego przepisu, choć była potrzebna, nie przybrała takiego kształtu, jaki powinna była przybrać. Zdaniem Autorki wprowadzone zmiany stwarzają nowe problemy

⁶¹ Ibidem, s. 14.

⁶² L. Drabik, A. Kubiak-Sokoł, E. Sobol, L. Wiśniakowska, *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2021, s. 702.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/upokorzenie;2533085.html> (dostęp: 21.07.2021).

⁶⁵ L. Drabik, A. Kubiak-Sokoł, E. Sobol, L. Wiśniakowska, *Słownik języka polskiego PWN...*, op. cit., s. 1079.

⁶⁶ *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/udreczyc;2532098.html> (dostęp: 21.07.2021).

⁶⁷ *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/udreka;2532100.html> (dostęp: 21.07.2021).

⁶⁸ „Prześladować” z kolei to tyle co „robić stale przykrości, szykany, wyrządzać krzywdy”, w drugim znaczeniu „nieustannie nagabywać o coś, niepokoić czymś”, w jeszcze innym „istnieć stale w czyjejś świadomości, zmuszać kogoś do nieustannego myślenia o czymś”, *Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/przesladowac;2511371.html> (dostęp: 21.07.2021).

zamiast niwelowania już istniejących⁶⁹. I tak podkreśliła ona, że z uwagi na to, iż wydaje się, że ustawodawca chciał włączyć w obręb typu czynu zabronionego zachowania związane z tzw. hejtem i uczynił to w ramach rozdziału obejmującego przestępstwa przeciwko wolności, charakter tego przestępstwa rozmywa się jeszcze bardziej. Lepszym zatem pomysłem – w wypadku podjęcia decyzji o penalizowaniu takich zjawisk – byłoby ewentualne stworzenie nowego, odrębnego przepisu i umieszczenie go na przykład w rozdziale XXVII k.k.⁷⁰ Pod rozwagę wzięta została także kwestia wykładni nowych znamion. Autorka ta zaznaczyła między innymi, iż wprowadzony przez ustawodawcę skutek w postaci wzbudzenia poczucia poniżenia zbyt daleko wykracza poza znaczenie słowa „nękanie”, ponadto, zgodnie z wynikami badań, wywołanie po stronie pokrzywdzonego takiego odczucia należy do rzadkości⁷¹. Zauważyła także, że ustawodawca, posługując się sformułowaniem „poczucie poniżenia”, wskazuje na jego subiektywny charakter, przy czym jednocześnie wymaga, aby poczucie to było uzasadnione okolicznościami, a zatem przybrało wymiar obiektywny⁷². Co do znamienia odnoszącego się do wzbudzenia poczucia udrczenia, według M. Budyn-Kulik jest ono zbędne, zawiera się bowiem w istocie nękania⁷³.

Swoje uwagi, odnoszące się wprawdzie do ustawy z dnia 13 czerwca 2019 roku uznanej przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodną z Konstytucją, wyraziła także K. Nazar. Z uwagi na fakt, iż zaproponowane w tym akcie prawnym brzmienie art. 190a § 1 k.k. zawierało znamiona poczucia poniżenia i udrczenia, zaprezentowane przez tę Autorkę poglądy zachowują w tej mierze swoją aktualność. Jak podkreśliła, osiągnięcie skutku w postaci poniżenia może być stosunkowo łatwo wywołane już przez jednorazowe zachowanie sprawcy, co nie zgadza się z charakterem „uporczywego nękania”. Aby można było zatem mówić o spowodowaniu wskazanego skutku, zachowań tego typu podejmowanych przez sprawcę musi być więcej albo muszą one współwystępować z innymi zachowaniami składającymi się na nękanie. W kwestii znamienia udrczenia K. Nazar stwierdziła, że już określenie „nękanie” zbieżne jest z pojęciem dręczenia i trudno wyobrazić sobie sytuację, w której uporczywe nękanie nie będzie prowadzić do udrczenia. Wyraziła ona także przekonanie, iż dodawanie do przepisu kolejnych nieostrych znamion skutku nie było potrzebne, natomiast można byłoby rozważyć rezygnację z określenia skutku w ramach przepisu i uczynić tym samym przestępstwo formalnym⁷⁴.

Do grona zwolenników zmian dokonanych w treści art. 190a § 1 k.k. zaliczyć można m.in. S. Hysia. Wskazał on, iż modyfikację tę uznać należy za słuszną z uwagi na zracjonalizowanie przestępstwa uporczywego nękania, jak bowiem

⁶⁹ M. Budyn-Kulik, *Nowe znamiona nękania z art. 190a § 1 Kodeksu karnego*, „Palestra” 2020, nr 9, s. 22.

⁷⁰ Ibidem, s. 23.

⁷¹ Ibidem, s. 28–29.

⁷² Ibidem, s. 29. Jak wskazuje Autorka, „Innymi słowy, użyte zostaje znamie z natury zobiektywizowane (poniżenie), które następnie ustawodawca subiektywizuje (poczucie poniżenia), by znowu je zobiektywizować (uzasadnione okolicznościami)”, s. 31.

⁷³ Ibidem, s. 31.

⁷⁴ K. Nazar, *Uporczywe...*, w: M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa...*, op. cit., s. 322–324.

wynikało z dotychczasowych badań, sprawcy stalkingu wywoływali po stronie pokrzywdzonych raczej poczucie udrczenia (umęczenia) lub poniżenia niż poczucie zagrożenia⁷⁵. K. Marek, chociaż zauważyła, że dokonana nowelizacja nie rozwiązała problemów związanych z interpretacją znamion art. 190a § 1 k.k., z aprobatą odniosła się do rozszerzenia tego przepisu o nowe znamiona. Jej zdaniem poprzednie brzmienie wskazanego typu czynu zabronionego nie uwzględniało wszystkich możliwych skutków działania sprawcy właściwych dla przestępstwa stalkingu⁷⁶. J. Kosonoga z kolei, pozytywnie oceniając rozszerzenie kryminalizacji dokonane poprzez modyfikację przepisu, zwrócił uwagę na fakt, iż wyobrazić można sobie takie sytuacje, w których sprawca nękania nie wzbudzi stanu zagrożenia, jednak spowoduje „równie uciążliwy dyskomfort psychiczny odpowiadający udrczeniu”⁷⁷. Autor ten, odnośnie do wprowadzenia znamienia poniżenia, wskazał na jego związek z godnością człowieka, która podlega konstytucyjnej ochronie⁷⁸.

Zmiany wprowadzone w art. 190a § 1 k.k. ocenić można dwojako. Z jednej strony rozszerzanie zakresu znamion w przepisach ustawy karnej zawsze jest kwestią do pewnego stopnia dyskusyjną. Wymaga ono bowiem każdorazowo odpowiedniego uzasadnienia, między innymi z uwagi na fakt, iż rozbudowywanie poszczególnych przepisów w skrajnych przypadkach prowadzić może na przykład do ich nadmiernej kazuistyki, a zbyt szerokie ujęcie znamion – do nieuzasadnionej penalizacji zjawisk, które rozmiar się będą z pierwotnym zamysłem ustawodawcy. Choć dodanym do przepisu pojęciom zarzucić można by było to, iż są one w pewnym sensie znaczeniowo do siebie podobne (skutek w postaci wzbudzenia w pokrzywdzonym poczucia poniżenia i udrczenia często – ale nie zawsze – występował będzie w tych samych sytuacjach), można także przyznać rację ustawodawcy co do tego, iż w niektórych przypadkach noszących cechy uporczywego nękania od chwili nowelizacji wykorzystywać będzie można art. 190a § 1 k.k., co do tej pory nie zawsze było możliwe. Innymi słowy, w pewnych okolicznościach, które rzeczywiście wskazują na zaistnienie nękania, przypisanie odpowiedzialności karnej z tego przepisu stanie się łatwiejsze. Przykładem takich zdarzeń mogą być przypadki stalkingu, jaki ma miejsce pomiędzy osobami małoletnimi⁷⁹. Choć zagadnienie nękania wśród młodzieży, łączące się często ze zjawiskiem tzw. *bullyingu*⁸⁰ przekracza ramy niniejszego opracowania, w tym miejscu należy zaznaczyć, iż

⁷⁵ S. Hypś, w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks...*, op. cit., Nb. 9.

⁷⁶ K. Marek, *Przestępstwo uporczywego nękania (stalkingu) w świetle nowelizacji Kodeksu karnego z 31 marca 2020 r.*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 50, s. 333.

⁷⁷ W tym miejscu warto nadmienić, iż w literaturze rozważano możliwość przyjęcia usiłowania uporczywego nękania w sytuacji, kiedy zachowanie sprawcy nie spowoduje skutku wskazanego w przepisie, zob. M. Mozgawa, w: J. Warylewski (red.), *Przestępstwa...*, op. cit., s. 463, Nb. 213.

⁷⁸ J. Kosonoga, w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks...*, op. cit., t. 19. Autor ten uznał dokonaną zmianę za zasadną szczególnie w kontekście znamienia udrczenia.

⁷⁹ Mowa tutaj, rzecz jasna, także o nękanii, jakie ma miejsce pomiędzy nieletnimi przy założeniu, że zarówno pokrzywdzony, jak i sprawca są osobami nieletnimi.

⁸⁰ O definicji *bullyingu*, określanym przez Autorkę mianem „mobbingu rówieśniczego”, pisze D. Woźniakowska-Fajst, zob. D. Woźniakowska-Fajst, *Stalking i inne formy...*, op. cit., s. 48–50.

przemoc, do jakiej dochodzi w środowisku młodych ludzi, mająca miejsce między innymi w szkołach czy grupach rówieśniczych, nosić może znamiona uporczywego nękania. Sytuacje, w których osoby małoletnie dopuszczają się dręczenia, prześladowania czy gnębienia innych małoletnich, niekiedy mogą być kwalifikowane jako przypadki złośliwego niepokojenia, a zatem wypełniać znamiona art. 107 Kodeksu wykroczeń. Będzie tak na przykład w sytuacji, kiedy dana osoba w celu dokuczenia drugiej złośliwie nie przekazuje jej istotnych informacji związanych z obowiązkami szkolnymi, czy też przekazuje jej informacje nieprawdziwe. W niektórych jednak przypadkach nękanie może przybrać bardziej drastyczną postać, przeradzając się w długotrwałe prześladowanie i zaszczucie innej osoby (niekoniecznie małoletniej). Może tak być na przykład w sytuacji, kiedy prześladowca, na skutek intryg i podburzania otoczenia, doprowadzi do wykluczenia jednostki z danej grupy, uporczywie dręcząc ją i upokarzając (często w obecności innych osób). Wywołuje w niej tym samym nie tyle poczucie zagrożenia, co poniżenia i udrczenia. Pomimo świadomości sprawcy co do powodowania u danej osoby określonych, negatywnych skutków, w nieustępliwy sposób kontynuuje on swoje poczynania, doprowadzając do powstania po stronie pokrzywdzonego różnych, nierzadko niezwykle ujemnych konsekwencji, przybierających postać na przykład zaburzeń równowagi psychicznej czy pojawienia się myśli samobójczych, przez co konieczne staje się poszukiwanie fachowej pomocy lekarza. W takich wypadkach nie zawsze jednak określone zachowanie (o czym była już mowa) prowadzić będzie do wzbudzenia poczucia zagrożenia lub istotnego naruszenia prywatności. W podobnych sytuacjach, pod rządami znowelizowanego art. 190a § 1 k.k., kiedy to działania sprawcy wzbudzają u prześladowanej jednostki poczucie poniżenia lub udrczenia, swoje zastosowanie znaleźć będzie mógł wspomniany przepis⁸¹. W tym miejscu przyznać trzeba, że – być może – stosowanie art. 190a § 1 k.k. w poprzednim brzmieniu w odniesieniu do takich stanów faktycznych byłoby możliwe także przy przyjęciu szerokiej wykładni występujących dotychczas w przepisie znamion i uznaniu na przykład, że podobne odczucia mieszczą się w zakresie znamienia poczucia zagrożenia.

Uporczywe nękanie stanowi zjawisko, które przybierać może różne formy, a także odbywać się z różnym stopniem intensywności. Różne mogą być także skutki, które wywołuje ono u osoby pokrzywdzonej. Zastanawiać może jednak fakt, iż zagrożenie karą przewidziane *de lege lata* za znęcanie w typie podstawowym (art. 207 § 1 k.k.) jest niższe niż to przewidziane za stalking. Choć zestawianie obu tych typów czynów zabronionych na płaszczyźnie abstrakcyjnej nie ma większego sensu, zaś truizmem będzie stwierdzenie, iż uporczywe nękanie nierzadko przybierać może postać niemal tak samo negatywną, trzeba chyba zaznaczyć, że trudno wytłumaczyć podobne zróżnicowanie w wymiarze kary przewidzianej za oba te przestępstwa⁸².

⁸¹ W wypadku nieletnich stosowana będzie, rzecz jasna, Ustawa z dnia 26 października 1982 r. o postępowaniu w sprawach nieletnich, Dz.U. z 2018 r., poz. 969.

⁸² Na marginesie rozważań należy wskazać na niezwykle skomplikowaną relację, jaka zachodzi między przepisami art. 190a § 1 k.k. i art. 207 § 1 k.k., co łączy się z zagadnieniem

Nowelizacja z dnia 31 marca 2020 roku zmodyfikowała także brzmienie art. 190a § 2 k.k. penalizującego kradzież tożsamości. Zmienione zostało nie tylko ustawowe zagrożenie karą, które dopasowano do kary grożącej sprawcy za obowiązujące w nowym kształcie przestępstwo uporczywego nękania (kara pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8), ale także zestaw znamion składających się na wskazany przepis.

Choć ustawodawca nie zrezygnował z ustalonego uprzednio sformułowania: „podszywając się pod inną osobę”, a także z występujących już określeń użytych w opisie czynu zabronionego, odnoszących się do wykorzystywania wizerunku konkretnej osoby oraz innych jej danych osobowych, do art. 190a § 2 k.k. dodane zostało znamię dotyczące innych danych, za pomocą których jednostka jest publicznie identyfikowana. Sprawca, aby jego zachowanie kwalifikować można było z tego przepisu, powinien działać „w celu” wyrządzenia szkody majątkowej lub osobistej, a zatem z zamiarem bezpośrednim kierunkowym. Co za tym idzie – nie posłuchano tych głosów doktryny, które przeciwne były takiemu rozwiązaniu.

Warto odwołać się do racji, które podczas nowelizacji przyświecały ustawodawcy. W uzasadnieniu projektu⁸³ wprowadzaną zmianę określono jako „nie-wielką, lecz bardzo istotną” i stwierdzono, iż uzupełnienie, jakie zaproponowano, odnosi się do rozwoju form aktywności ludzkiej związanych z postępem technologicznym. Za jedną z nich uznać można komunikowanie się za pośrednictwem systemów teleinformatycznych, a skutkiem dokonywanej modyfikacji ma być objęcie ochroną jednostek, które w swojej działalności artystycznej, literackiej lub publicystycznej korzystają z pseudonimów (nicków)⁸⁴. Wyciągnąć można z tego wnioski, że – zdaniem projektodawcy – na gruncie poprzedniego brzmienia art. 190a § 2 k.k., pseudonimy takie nie mieściły się w treści występujących w przepisie znamion, a zatem ich ochrona na jego podstawie nie była możliwa.

W odniesieniu do przedstawionego wyżej kształtu art. 190a § 2 k.k. w literaturze wskazuje się, iż nie do końca wiadomo, o jakie „inne dane” chodzi ustawodawcy, tym bardziej że dane te, jak głosi przepis, mają pozwolić na publiczną identyfikację osoby⁸⁵. Zwrócono również uwagę na pewne językowe niejasności

zbiegów między przepisami. W doktrynie wskazywano bowiem, że w zależności od konkretnej sytuacji pierwotnie w grę mogła wchodzić kumulatywna kwalifikacja lub też pomijalny zbieg przepisów, rozwiązywany na zasadzie konsumpcji, gdzie przepisem konsumującym był art. 207 § 1 k.k. Aktualnie, z uwagi na zagrożenie przewidziane w art. 190a § 1 k.k., druga z wymienionych sytuacji nie jest już możliwa.

⁸³ Mowa tutaj o uzasadnieniu Druku 299-A zawierającego autopoprawkę.

⁸⁴ Ibidem, s. 13–14.

⁸⁵ K. Nazar, *Uporczywe...*, w: M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa...*, op. cit., s. 350. Autorka ta wyrażała swoje uwagi na tle ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. uznanej przez Trybunał Konstytucyjny za niezgodną z Konstytucją, jednak we wskazanym zakresie – z uwagi na fakt, iż znamię to pojawia się także obecnie w treści art. 190a § 2 k.k. – pozostają one aktualne. Przychyliła się ona do opinii SN do projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, w której wskazano, iż wprowadzanie dodatkowej kategorii innych danych, za pomocą których osoba jest publicznie identyfikowana, przy obecności w przepisie znamienia danych osobowych, nie wydaje się dobrym rozwiązaniem, zob. ibidem, s. 350–351. Też: *Opinia do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 26 kwietnia 2019 r.*, s. 15, <https://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/>

związane z wykładnią tego znamienia⁸⁶, a także podkreślono, że zamiast wyliczenia, jakiego dokonał ustawodawca, lepiej byłoby posłużyć się sformułowaniem: „wszelkie dane umożliwiające identyfikację człowieka (osoby)” – co zapewniłoby ujęcie znamion w sposób syntetyczny – oraz wziąć pod rozwagę rezygnację z umieszczania w przepisie znamienia celu⁸⁷.

Ustawa z dnia 31 marca 2020 roku nowelizująca art. 190a k.k. zmieniła także ustawowe zagrożenie karą przewidziane za kwalifikowany typ przestępstwa uporczywego nękania i kradzieży tożsamości, polegający na targnięciu się pokrzywdzonego na własne życie, pozostawiając przy tym wszystkie znamiona przestępstwa stypizowanego w art. 190a § 3 k.k. w dotychczasowym brzmieniu. Od tego czasu sprawca tego typu przestępstwa podlega karze pozbawienia wolności od lat 2 do 12, nie zaś, jak do tej pory, karze pozbawienia wolności od roku do lat 10. Zaostrzenie wymiaru kary przewidzianej za ów występki – zgodnie z twierdzeniami przywołanymi w uzasadnieniu projektu – dokonane zostało z tych samych powodów, dla których zdecydowano się na podniesienie sankcji za typy czynów zabronionych z § 1 i 2⁸⁸. W wyniku wprowadzonej zmiany sprawcę przestępstwa z art. 190a § 3 k.k. czeka taka sama kara, jaką ustawodawca przewidział dla podmiotu czynu zabronionego dopuszczającego się kwalifikowanej formy znęcania, kiedy to następstwem zachowań określonych w § 1–2 art. 207 k.k. jest targnięcie się pokrzywdzonego na własne życie. Przychylnono się zatem do opinii wskazujących na konieczność ujednoczenia wymiaru kary za oba te przestępstwa, wyrażanych już od dawna przez niektórych autorów. W tym kontekście tym ciekawsze stają się motywy, jakimi ustawodawca kierował się przy różnicowaniu wymiaru kary obowiązującej za podstawowy typ uporczywego nękania oraz podstawowy typ znęcania, za pierwsze z tych przestępstw przewidując karę surowszą.

5. PODSUMOWANIE

Zmiany wprowadzone w brzmieniu art. 190a k.k. ocenić należy dwójako. Dostrzegając pewne niedoskonałości uchwalonej nowelizacji, jednocześnie wskazać można na pozytywne aspekty zmian dokonanych w treści art. 190a § 1 k.k., takie jak możliwość zastosowania go do stanów faktycznych, w których w istocie dochodzi do nękania wzbudzającego w pokrzywdzonym poczucie poniżenia czy udrczenia. Jeśli chodzi o art. 190a § 2 k.k., to wydaje się, że wymaga on dalszych prac zmierzających do uczynienia go bardziej czytelnym

AllItems/2019.04.26%20-%20021-112-19%20-%20Opinia%20SN%20-%20ustawa%20o%20zm.%20ustawy%20-%20K.k.%20oraz%20niekto%CC%81rych%20innych%20ustaw.pdf (dostęp: 21.07.2021).

⁸⁶ M. Budyn-Kulik, *Przestępstwo kradzieży tożsamości po zmianach wprowadzonych ustawą z 31 marca 2020 r. nowelizującej przepisy w sprawie COVID-19*, „Studia Prawnicze” 2020, nr 2, s. 31–32.

⁸⁷ Ibidem, s. 33.

⁸⁸ Uzasadnienie autopoprawki, s. 14.

i syntetycznym. Przyszłe judykaty podejmowane na gruncie nowego brzmienia przepisu, a także poglądy wyrażane przez różnych autorów przyczynić się mogą do sprecyzowania użytych przez ustawodawcę pojęć, w innym zaś wypadku – do podjęcia decyzji o ich przebudowaniu i znowelizowaniu, a zatem okazać się pomocne w ewentualnym ulepszaniu i dopracowywaniu komentowanych przepisów.

Przestępstwo uporczywego nękania, podobnie jak przestępstwo kradzieży tożsamości, zdaje się dość silnie wpisywać w świadomość prawną społeczeństwa. Na skutek przekazów medialnych, a także zainteresowania nim stosunkowo sporej liczby naukowców, coraz więcej mówi się o zjawiskach penalizowanych w omawianych przepisach, uwrażliwiając na nie coraz szersze grono osób. Próby nowelizacji art. 190a k.k. i pojawiająca się przy tej okazji krytyka wielu autorów oscylująca wokół tezy, iż modyfikacja przepisu nie rozwiązała związanych z nim problemów, uwypukliły pewne trudności, z jakimi doktryna mierzy się od dawna. Jak się zdaje, warto byłoby dokładniej przyjrzeć się uwagom wyrażonym w opiniach sporządzonych do projektu zmian Kodeksu karnego jeszcze przed wejściem w życie art. 190a. Można spodziewać się również, że w literaturze nadal pojawiać się będą propozycje odmiennego brzmienia wskazanej normy wysuwane przez kolejnych badaczy.

BIBLIOGRAFIA

- Autopoprawka do przekazanego w dniu 26 marca 2020 r. rządowego projektu ustawy o zmianie ustawy o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych oraz niektórych innych ustaw, Druk 299-A, Warszawa 27 marca 2020 r.; <https://orka.sejm.gov.pl/Druki9ka.nsf/0/5EDFDA5A0BA099CBC1258538003A-6786/%24File/299-A.pdf> (dostęp: 21.07.2021).
- Budyn-Kulik M., *Kodeks karny. Komentarz do zmian wprowadzonych ustawą z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny*, LEX/el. 2011, Art. 190(a).
- Budyn-Kulik M., *Nowe znamiona nękania z art. 190a § 1 Kodeksu karnego*, „Palestra” 2020, nr 9.
- Budyn-Kulik M., *Przestępstwo kradzieży tożsamości po zmianach wprowadzonych ustawą z 31 marca 2020 r. nowelizującej przepisy w sprawie COVID-19*, „Studia Prawnicze” 2020, nr 2.
- Drabik L., Kubiak-Sokół A., Sobol E., Wiśniakowska L., *Słownik języka polskiego PWN*, Warszawa 2021.
- Filar M., Berent M., w: J. Bojarski, M. Bojarski, P. Czarnecki, W. Filipkowski, O. Górniok, E.M. Guzik-Makaruk, S. Hoc, P. Hofmański, M. Kalitowski, M. Kulik, L.K. Paprzycki, E.W. Pływaczewski, W. Radecki, A. Sakowicz, Z. Siwik, B. J. Stefańska, R.A. Stefański, L. Tyszkiewicz, A. Wąsek, L. Wilk, M. Filar (red. nauk.), M. Berent, *Kodeks karny. Komentarz*, wyd. V, Art. 190(a), Warszawa 2016, LEX.
- Furman P., *Próba analizy konstrukcji ustawowej przestępstwa uporczywego nękania z art. 190a k.k. Zagadnienia wybrane*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2012, z. 3.
- Hypś S., w: A. Grześkowiak, K. Wiak (red.), *Kodeks karny. Komentarz*. Wyd. 7, Warszawa 2021, Legalis.

- Kosonoga J., w: R.A. Stefański (red.), *Kodeks karny. Komentarz*. Wyd. 26, Warszawa 2021, Legalis.
- Krajewski R., *Przestępstwo nękania innej osoby lub podszywania się pod inną osobę*, „Przegląd Sądowy” 2012, nr 5.
- Królikowski M., Sakowicz A., w: M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz do artykułów 117–221. Tom I*, Warszawa 2017, Legalis.
- Lach A., *Kradzież tożsamości*, „Prokuratura i Prawo” 2012, nr 3.
- Lachowski J., w: V. Konarska-Wrzošek (red.), *Kodeks karny. Komentarz, wyd. III*, Warszawa 2020, LEX.
- Marek K., *Przestępstwo uporczywego nękania (stalkingu) w świetle nowelizacji Kodeksu karnego z 31 marca 2020 r.*, „Studia Prawnoustrojowe” 2020, nr 50.
- Michalska-Warias A., w: T. Bojarski (red.), *Kodeks karny. Komentarz, wyd. VII*, Warszawa 2016, LEX.
- Michalska-Warias A., Nazar-Gutowska K., *Prawnokarne aspekty nękania w polskim prawie karnym*, „Studia Iuridica Lublinensia” 2010, nr 14.
- Mozgawa M., *A Few Comments on the Feature of ‘Persistent Harassment’ in the Light of Article 190a Criminal Code*, „Ius Novum” 2020, nr 2.
- Mozgawa M., *Opinia w sprawie projektu ustawy o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk sejmowy nr 3553)*, [http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/0/C1257806003D0075C1257818003057E-2/\\$file/i2243_10a.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/IEKSBAS.nsf/0/C1257806003D0075C1257818003057E-2/$file/i2243_10a.pdf) (dostęp: 21.07.2021).
- Mozgawa M., w: M. Budyn-Kulik, P. Kozłowska-Kalisz, M. Kulik, M. Mozgawa, *Kodeks karny. Komentarz aktualizowany*, LEX/el. 2021.
- Mozgawa M., w: J. Warylewski (red.), *Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym. System Prawa Karnego, tom 10*, Warszawa 2016, Legalis.
- Mozgawa M., Budyn-Kulik M., *Prawnokarne i kryminologiczne aspekty zjawiska nękania*, „Themis Polska Nova” 2012, nr 2 (3).
- Nazar K., *Uporczywe nękanie oraz kradzież tożsamości*, w: M. Mozgawa (red.), *Przestępstwa przeciwko wolności*, Lublin 2020.
- Opinia SN do projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw z dnia 26 kwietnia 2019 r.*, <https://www.sn.pl/aktualnosci/SiteAssets/Lists/Wydarzenia/AllItems/2019.04.26%20-%202021-112-19%20-%20Opinia%20SN%20-%20ustawa%20o%20zm.%20ustawy%20-%20K.k.%20oraz%20niekt%CC%81rych%20innych%20ustaw.pdf> (dostęp: 21.07.2021).
- Projekt ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw, Druk nr 3451, Warszawa 14 maja 2019 r. <https://orka.sejm.gov.pl/Druki8ka.nsf/0/996CE307123D-03FEC12583FA0069E8F2/%24File/3451.pdf> (dostęp: 21.07.2021).
- Przebieg procesu legislacyjnego <https://www.sejm.gov.pl/Sejm9.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=299> (dostęp: 21.07.2021).
- Sakowicz A., *Opinia prawna o zmianie ustawy – Kodeks karny (druk nr 3553)*, jedna z dwóch opinii umieszczonych na stronie internetowej <http://orka.sejm.gov.pl/rexdomk6.nsf/Opdodr?OpenPage&nr=3553> (dostęp: 21.07.2021).
- Siemaszko A. (red.), Gruszczyńska B., Marczewski M., Ostaszewski P., Woźniakowska-Fajst D., *Stalking w Polsce. Rozmiary – formy – skutki. Raport z badania nt. uporczywego nękania*, „Archiwum Kryminologii” 2010, t. XXXII.
- Skarżyńska-Sernaglia J., *Stalking w Polsce – występowanie i charakterystyka zjawiska*, <http://psychologia.net.pl/artikul.php?level=415> (dostęp: 21.07.2021).

- Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/przesladowac;2511371.html> (dostęp: 21.07.2021).
- Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/udreczyc;2532098.html> (dostęp: 21.07.2021).
- Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/udreka;2532100.html> (dostęp: 21.07.2021).
- Słownik języka polskiego PWN*, <https://sjp.pwn.pl/sjp/upokorzenie;2533085.html> (dostęp: 21.07.2021).
- Sowirka K., *Przestępstwo „kradzieży tożsamości” w polskim prawie karnym*, „Ius Novum” 2013, nr 1.
- Szelegiewicz A., *Stalking i przywłaszczenie tożsamości w polskim prawie karnym – zagadnienia wybrane*, „Ius Novum” 2013, nr 3.
- Uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy Kodeks karny, Druk nr 3553 [http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/\\$file/3553.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/Druki6ka.nsf/0/F4FC2FEB70502901C12577C9006023B2/$file/3553.pdf) (dostęp: 21.07.2021).
- Woźniakowska-Fajst D., *Stalking i inne formy przemocy emocjonalnej. Studium kryminologiczne*, Warszawa 2019.

ZMIANY ART. 190A K.K.

Streszczenie

Artykuł 190a k.k., penalizujący przestępstwo uporczywego nękania, a także kradzieży tożsamości, wprowadzony został do polskiego Kodeksu karnego w 2011 roku. Od tego czasu w doktrynie toczą się dyskusje nad tym, czy przepis ten spełnia swoją rolę. Podejmowane są także analizy jego konstrukcji i użytych w nim znamion. W tym opracowaniu przedstawiony został krótki zarys historii funkcjonowania art. 190a w polskiej ustawie karnej, ukazujący jego pierwotne brzmienie oraz prezentujący zmiany dokonane w nim ustawą z dnia 31 marca 2020 roku. To także próba oceny wprowadzonych zmian.

Słowa kluczowe: uporczywe nękanie, stalking, kradzież tożsamości, przywłaszczenie tożsamości, nowelizacja art. 190a k.k.

CHANGES OF THE ART. 190A OF THE P.C.

Summary

Article 190a, penalising the offense of persistent harassment and identity theft, was introduced into the Polish Penal Code in 2011. Since then, the doctrine has been discussing whether this provision fulfills its role and has been analysing its structure and its features. This article is a brief outline of the history of the functioning of Art. 190a of the Polish Penal Code, presenting its original wording, as well as amendments introduced by the Act of March 31, 2020. It is also an attempt of evaluation of introduced changes.

Key words: persistent harassment, stalking, identity theft, amendment of the Article 190a of the Polish Penal Code

Cytuj jako: Palichleb P., *Zmiany art. 190a k.k.*, „Ius Novum” 2021 (15) nr 4, s. 51–72. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.29/p.palichleb

Cite as: Palichleb P. (2021) ‘Changes of the art. 190a of the P.C.’ Ius Novum (Vol. 15) 4, 51–72. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.29/p.palichleb

O WYKORZYSTANIU DERYWACYJNEJ KONCEPCJI WYKŁADNI PRAWA W ROZWIĄZYWANIU PROBLEMÓW PRAWA KARNEGO

KAMIL SIWEK*

DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.30/k.siwek

Zasadniczym celem opracowania jest przedstawienie możliwości wykorzystania derywacyjnej koncepcji wykładni prawa w rozwiązywaniu wybranych problemów prawa karnego. Należy zaakcentować fakt, że w opracowaniu skupię się wyłącznie na tych problemach, które nie były dotąd podejmowane z wykorzystaniem wyznaczników reguł wykładni prawa fundowanych przez koncepcję derywacyjną. Odwołanie się do koncepcji derywacyjnej spowodowane jest faktem, że obecnie jest to jedyna w Polsce aktualna koncepcja wykładni o charakterze normatywnym¹, tym samym pozostaje najbardziej adekwatną koncepcją wykładni prawa wobec współczesnej praktyki interpretacyjnej i kluczowym narzędziem analizy karnistycznej.

* mgr, doktorant, Zakład Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet im. A. Mickiewicza w Poznaniu, e-mail: kamil.siwek@amu.edu.pl, ORCID: 0000-0001-6901-0061

¹ Jak wiadomo, wykładnia prawa może mieć dwojaki charakter: 1) opisowy (wtedy zajmuje się opisem zachowań się interpretatorów w określonym zakresie spraw na pewnym odcinku czasu), 2) normatywny (wtedy nie opisuje jej przebiegu, lecz skupia się na formułowaniu dyrektyw interpretacyjnych, które interpretator powinien przestrzegać, co z kolei umożliwia kontrolę poprawności danej interpretacji) Zob. W. Lang, *Teoria prawa*, Toruń 1972, s. 164-165; J. Wróblewski, *Właściwości, rola i zadania dyrektyw interpretacyjnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1961, z. 4, s. 94; nadto R. Sarkowicz, w: R. Sarkowicz, J. Stelmach *Teoria prawa*, Kraków 1998, s. 85; M. Zirk-Sadowski, *Problemy wyboru pomiędzy konkurującymi modelami wykładni prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, Tom 104, s. 165-166. Koncepcja derywacyjna z założenia została skonstruowana jako koncepcja normatywna. Zob. A. Choduń, *Koncepcja wykładni prawa Macieja Zielińskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, z. 4, s. 57; M. Zirk-Sadowski, *Problemy wyboru...*, op. cit., s. 166. W ogólnym prawoznawstwie podkreślono, że wprowadzone przez derywacyjną koncepcję wykładni prawa rozróżnienie pomiędzy przepisem centralnym a przepisami modyfikującymi „uczyniło z niej jedną z najbardziej wartościowych teorii interpretacji nie tylko w Polsce, ale i na świecie”. Zob. M. Matczak, *Imperium tekstu. Prawo jako postulowanie i urzeczywistnianie świata możliwego*, Warszawa 2019, s. 126. Uwaga ta nabiera zasadniczego znaczenia, ponieważ dla analiz prowadzonych w niniejszym opracowaniu szeroko zostanie wykorzystana właśnie technika rozczłonkowania norm w przepisach prawnych.

W pierwszej kolejności można wskazać, że derywacyjna koncepcja wykładni stwarza możliwość wyzwolenia się od żywionego zazwyczaj przez prawników przekonania, jakoby na gruncie prawa karnego niedopuszczalne było przyjęcie wyniku wykładni językowej na niekorzyść sprawcy czynu zabronionego, który nie mieści się w granicach tolerowanych przez wynik uzyskany wykładnią językową odwołującą się do ogólnego języka polskiego. Tymczasem zgodnie z podejściem derywacyjnym do wykładni, w ramach wykładni językowej, sięgać należy do: 1) języka prawnego (definicji legalnych), 2) języka prawniczego (języka orzecznictwa sądowego lub literatury prawniczej), 3) języka ogólnego². Odpowiednio do tych trzech języków należy wyróżnić trzy dyrektywy językowe: języka prawnego, języka prawniczego i ogólnego³. Każdy z tych języków może cechować odmienna składnia. Zatem wykładnia językowa składa się z trzech różnych języków i z trzech różnych dyrektyw językowych. Wydawać by się mogło, że takie w pełni racjonalne podejście do wykładni prawa, zyskało już prawo obywatelstwa w literaturze z zakresu prawa karnego. Ostatnio jednak wyrażono ogólną myśl, że wykładnia językowa przepisów karnych musi się koniecznie obracać wokół znaczenia występującego w ogólnym języku polskim i że z takim przypadkiem mamy do czynienia na gruncie znamienia „włamanie” występującym w art. 279 § 1 k.k.⁴. W swoim opracowaniu Jan Kluza dla poparcia swojego stanowiska sięga do wypowiedzi Ryszarda Andrzeja Stefańskiego⁵, całkowicie przemilcza jednak fakt, że nieco dalej, tenże autor (s. 497) pisze następująco: „W wykładni językowej pierwszeństwo mają reguły języka prawnego poprzez odwołanie się do definicji legalnych, a przy ich braku do wyrazów i wyrażań jednolicie rozumianych w nauce i orzecznictwie. Jest to uzasadnione tym, że w tekście prawnym używane są też nazwy, którym nadano całkowicie nowe znaczenie lub uregulowano znaczenie występujące w języku ogólnym, co wiąże się z tym, że w dotychczasowym słownictwie języka ogólnego brak jest odpowiedniego określenia lub znaczenie nazwy nie jest w nim określone wystarczająco.”. Przytoczona wypowiedź koresponduje z dery-

² Zob. M. Zieliński, *Osiemnaście mitów w myśleniu o wykładni prawa*, „Palestra” 2011, nr 3-4, s. 25. Zob. też B. Wojciechowski, *Wyważanie reguł wykładni jako element dyskrecjonalności sędziowskiej*, w: *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010 s. 171; A. Choduń, *Koncepcja wykładni prawa...*, op. cit., s. 61-62.

³ Takie wyróżnienie jednoznacznie przeprowadza J. Giezek, w: M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2015, s. 60, tyle że zamiast języka ogólnego, mowa tam o języku potocznym, co oczywiście w świetle koncepcji derywacyjnej nie może być tolerowane. Szeroko – odnośnie do braku podstawności posługiwania się w procesie wykładni prawa językiem potocznym – zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, s. 128-135.

⁴ Zob. J. Kluza, *Przestępstwo kradzieży z włamaniem w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego w odniesieniu do wykładni norm prawa karnego materialnego*, „Civitas et Lex” 2021, nr 1 (29). Zwracając uwagę na tytuł rzeczonoego opracowania nasuwa się uwaga, że nie istnieją czynności interpretacyjne, które miałyby polegać na „wykładni norm”, nawet gdyby miałyby w nich chodzić o normy prawa karnego. Co najwyżej mamy do czynienia z wykładnią przepisów prawnych, rozumianą jako ich przekład na normy postępowania wraz z ich percepcją.

⁵ Zob. R.A. Stefański, *Wykładnia przepisów prawa karnego*, w: *Źródła prawa karnego. System Prawa Karnego*, t. 2, red. T. Bojarski, Warszawa 2011, s. 476.

wacyjnym podejściem do wykładni językowej, w szczególności ze wskazaniem, że w razie braku definicji legalnej, w drugiej kolejności należy odwołać się do języka prawniczego, do języka ogólnego zaś dopiero w kolejności trzeciej – całkowicie niezależnie od tego, czy znaczenie prawnicze okazuje się niekorzystne dla sprawcy czynu zabronionego w porównaniu ze znaczeniem pochodzącym z języka ogólnego. Słowem, utrzymywanie, że w prawie karnym dopuszczalna jest tylko taka wykładnia, która w razie braku definicji legalnej musi się mieścić w granicach tolerowanych przez wynik uzyskany na gruncie języka ogólnego, nie znajduje żadnego uzasadnienia; nadto nie uwzględnia wieloletniej praktyki prawniczej (by ograniczyć się do karnistycznego znaczenia znamienia „posiada”, jednoznacznie przecież odbiegającego na niekorzyść sprawcy od znaczenia, które funduje język ogólny⁶). Trzeba przy tym zauważyć, że J. Kluza dowolnie przyjmuje, jakoby wedle stanowiska M. Zielińskiego pierwszeństwo znaczeniowe języka prawniczego odnosiło się jedynie do konkretnych przykładów (np. „list żelazny”, czyli wyrażenia nieprzekładalnego w sensowny sposób na język ogólny), w związku z czym „nie może ono mieć przełożenia na grunt prawa karnego materialnego”⁷. Należy z naciskiem podkreślić, że koncepcja derywacyjna tego rodzaju ograniczeń interpretatorowi nie narzuca. Rzecz jasna, nie ma to nic wspólnego z wykładnią rozszerzającą. Wykładnia oparta na języku prawniczym (dyrektywie języka prawniczego) mieści się przecież w wykładni językowej, tyle że jej wynik opiera się nie na języku ogólnym, ale na języku prawniczym (analogicznie jak wykładnia oparta na definicji legalnej jest wykładnią językową, tyle że opartą języku prawnym). W dalszym ciągu jest to jednak wykładnia językowa. Wykładnia odwołująca się do języka prawnego, prawniczego i ogólnego – wszystkie one są językowe (uwzględniają dyrektywy językowe). Co więcej, w określonych sytuacjach interpretacyjnych koncepcja derywacyjna dopuszcza – ze względów funkcjonalnych – przełamanie nawet jednoznacznego znaczenia językowego⁸. Znamiona typów czynów zabronionych z takiego przełamania

⁶ Bliżej zob. K. Siwek, *Błąd co do prawa a dyrektywa języka prawniczego*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 3, s. 88 i podana tam literatura.

⁷ Zob. J. Kluza, *Przestępstwo kradzieży z włamaniem...*, op. cit., s. 34.

⁸ Bliżej odnośnie do warunków takiego przełamania i jego ograniczeń – M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 301-302. Takie podejście do wykładni stanowi radykalne odejście od przekonania, że na gruncie prawa karnego granicę wykładni funkcjonalnej jest znaczenie leksykalne. W ten sposób – Sz. Majcher, *W kwestii tzw. prawotwórstwa sądowego (na przykładzie orzecznictwa SN w sprawach karnych)*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 2, s. 70, podobnie – A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1-52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 69: „Na gruncie prawa karnego dopuszczalny jest bowiem tylko taki wynik wykładni uzyskany z zastosowaniem innych metod, który mieści się jeszcze w zakresie tolerowanym przez wynik uzyskany za pomocą metody wykładni językowej”. W określonych przypadkach reguły językowe muszą ustąpić przed dyrektywami funkcjonalnymi, także gdyby miałyby chodzić o wykładnię na niekorzyść sprawcy. Takie też racjonalne podejście do wykładni manifestowane jest w niektórych wypowiedziach Sądu Najwyższego. Zob. T. Dukiet-Nagórska, w: *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2018, s. 74. Odmiennie, że przełamanie dopuszczalne jest jedynie w kierunku z korzystnym dla sprawcy, pisze P. Wiatrowski, *Dyrektywy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu najwyższego*, Warszawa 2013, s. 260.

generalnie nie są wyłączone⁹. W każdym razie nie ma przeszkód do przyjęcia takiego znaczenia, które wprawdzie odbiega od znaczenia pochodzącego z języka ogólnego, ale respektuje utarte znaczenie wypracowane w literaturze prawniczej lub ukształtowanym od lat orzecznictwo najwyższych organów sądowych. Taka wykładnia może dotyczyć ustawowych znamion i dawać wynik dla sprawcy niekorzystny (stanowiąc wykładnię rozszerzającą granice odpowiedzialności karnej na niekorzyść sprawcy)¹⁰. Zatem dyrektywa języka ogólnego nie ma pierwszeństwa ani gdy chodzi o chronologię, ani gdy chodzi o wagę tej dyrektywy. Oznacza to, że język ogólny nie jest granicą wykładni prawa karnego, bo może dojść do przełamania¹¹. Ale nawet i bez takiego przełamania język ogólny musi ustąpić znaczeniu pochodzącemu z języka prawniczego, także wtedy, gdyby wynik wykładni miał prowadzić do poszerzenia granic odpowiedzialności karnej.

Derywacyjna koncepcja wykładni prawa stwarza możliwości uporania się z problemem wzajemnego stosunku pomiędzy podstawowym typem czynu zabronionego a jego odmianami. Umożliwia także postawienie pytania o miejsce w prawie karnym reguły specjalności (*lex specialis derogat legi generali*), jako mechanizmu redukcyjnego wielość ocen w prawie karnym¹². Koncepcja derywacyjna stwarza

⁹ Dostrzegają to w pełni trafnie niektórzy przedstawiciele nauki o prawie karnym, gdy piszą, że wprawdzie „wykładnia językowa zajmuje nadrzędne miejsce wśród wszystkich rodzajów wykładni, ale przyjęcie jakiejś interpretacji wbrew wynikowi wykładni językowej możliwe jest tylko wyjątkowo”, a mianowicie wtedy, „gdy wynik wykładni językowej jest wprawdzie jasny i oczywisty, ale jednocześnie oczywiście absurdalny, np. w świetle wykładni celowościowej, systemowej lub aksjologii systemu prawa”. Zob. J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2020, s. 169. Zob. też K. Siwek, *Wykładnia znamienia «pogrzeb» na tle art. 195 § 2 k.k. jako przykład dopuszczalnego przełamania znaczenia językowego*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 9, s. 100-110, gdzie właśnie ze względów funkcjonalnych wysunięto postulat, aby w kontekście znamienia „pogrzeb” na tle art. 195 § 2 k.k. odejść od jego znaczenia fundowanego przez język ogólny. Inaczej pozbawione ochrony karnej jest niezakłócony przebieg uroczystości pogrzebowych niezwiązanych z faktycznych złożeniem zwłok do grobu.

¹⁰ Dodatkowo jeszcze przełamania zakazu wykładni homonimicznej. Taka sytuacja występuje na gruncie art. 193 k.k. w odniesieniu do znamienia „cudzy”. Bliżej zob. S. Żółtek, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2017, s. 400-401. Odnotować należy, że w postanowieniu z dnia 21 lipca 2011 r., I KZP 5/11, w kontekście wykładni znamienia „cudzy” na tle art. 193 k.k. sięgnięto właśnie do dyrektywy języka prawniczego (w tym do orzecznictwa SN pochodzącego jeszcze z okresu międzywojennego), z pominięciem języka ogólnego. Przyjęta przez SN wykładnia, gdyby ją porównywać ze znaczeniem określonym przez język ogólny, z pewnością jest mniej korzystna dla sprawcy, bo prowadzi do poszerzenia granic odpowiedzialności właściciela domu, mieszkania, lokalu bądź ogrodzonego terenu. Gdyby sięgać w interesującej materii do języka ogólnego, właściciel wskazanych miejsc, dopuszczający się wdarcia do nich albo tych miejsc nieopuszczający wbrew żądaniu osoby uprawnionej, nigdy nie ponosiłby odpowiedzialności karnej na podstawie art. 193 k.k.

¹¹ Także język prawniczy nie jest taką granicą. Przełamania może dotyczyć także języka prawnego, a więc znaczenia ustalonego za pomocą definicji legalnej, chyba że definicja została jednoznacznie językowo sformułowana. Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 302.

¹² Bliżej na ten temat zob. K. Siwek, *Kilka uwag o stosunku pomiędzy podstawowym typem czynu zabronionego a jego odmianami oraz o regule specjalności jako mechanizmie redukcyjnym wielość ocen w prawie karnym*, „Ius Novum” 2021, z. 3, s. 27-46.

również zupełnie unikalną możliwość nowego spojrzenia na te zagadnienia, które wciąż pozostają sporne w polskiej nauce o prawie karnym: 1) statusem normy sankcjonowanej, zwłaszcza pytaniem, czy norma ta jest właściwą normą prawa karnego, czy może wytworem normatywnym zlokalizowanym poza prawem karnym i wtedy prawo karne jest jedynie źródłem norm sankcjonujących zachowania sprzeczne z normą sankcjonowaną wyinterpretowaną z innej dyscypliny prawa; 2) charakterem prawnym tzw. kontratypów i ich właściwym umiejscowieniem w strukturze norm sprzężonych¹³; 3) wzajemnym stosunku do siebie ustawowej określoności i bezprawności w strukturze przestępstwa, w szczególności odpowiedzi na praktyczne pytanie, czy znamienność czynu i bezprawność stanowią dwa odrębne elementy karnoprawnego wartościowania.

Jest sprawą znaną, że w nauce o prawie karnym spotykamy ujęcie, które zakłada funkcjonalne sprzężenie wielu norm sankcjonujących z jedną tylko normą sankcjonowaną. Takie rozwiązanie uwidacznia się w odniesieniu do normatywnej konstrukcji zasadniczego typu czynu zabronionego i jego odmian. Wtedy wszystkie typy zabójstwa człowieka stanowią odwzorowanie jednej normy sankcjonowanej: nie zabijaj człowieka. Okoliczność, że w k.k. mamy typ zasadniczy zabójstwa i jego odmiany, nie dowodzi, że nastąpiła określona zmiana zakresu działania ogólnej normy „nie zabijaj”. Nie każdy bowiem przepis karny wprowadza normę sankcjonowaną. Jedna norma sankcjonowana może mieć odpowiednio kilka norm sankcjonujących¹⁴. Takie ujęcie w sposób plastyczny odzwierciedlają następujące słowa Andrzeja Zolla:

W rozgraniczeniu znamion na odnoszące się do sfery normy sankcjonowanej i sfery normy sankcjonującej (decydujących o bezprawności lub decydujących o karalności czynu) należy się upatrywać klucza do ustalenia kryterium podziału typów prze-

¹³ Bliżej na ten temat zob. K. Siwek, *Aspekt formalny kontratypu obrony koniecznej*, „Przegląd Sądowy” 2020, nr 5, s. 81-98. W dalszej części niniejszego opracowani będę korzystał z niektórych ustaleń sprecyzowanych w podanym opracowaniu. Co prawda opracowanie to stało się przedmiotem krytyki, zob. M. Iwański, M. Małecki, Sz. Tarapata, W. Zontek, *Dlaczego rozważania o „aspekcie formalnym kontratypu obrony koniecznej” są bezprzedmiotowe* (na marginesie artykułu Kamila Siwka), „Przegląd Sądowy” 2020, nr 12, s. 135-142, ale krytykę tę uważam za oczywiście nietrafną, bo opartą jedynie na spekulacjach i założeniach dowolnych, nierespektujących wyznaczników reguł derywacyjne koncepcji wykładni prawa. Szczegółowe ustosunkowanie się do zgłoszonej krytyki rezerwuję sobie do innego opracowania. W tym miejscu wypada odnotować, że do zarzutu, wedle którego zasady techniki prawodawczej – jako sprecyzowane w akcie podustawowym – nie mogą być istotnym układem odniesienia w sferze wykładni przepisów ustaw, w tym przepisów Kodeksu karnego, miałem sposobność już się ustosunkować. Zob. K. Siwek, *Kilka uwag...*, op. cit., s. 27-28, przyp. 3.

¹⁴ Zob. A. Zoll, *Recenzja pracy A. Spotowskiego pt. „Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw”*, (Warszawa 1976), „Państwo i Prawo” 1977, z. 5, s. 133; idem, w: *Kodeks karny...*, op. cit., s. 195. Krytycznie wobec tego ujęcia – zob. Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 65–66; idem, *Struktury normatywne zmodyfikowanych typów przestępstwa*, w: *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce*, red. J. Giezek, J. Brzezińska, Warszawa 2017, s. 21, przyp. 3; idem, *O stosunku między zmodyfikowanym typem czynu zabronionego pod groźbą kary a leżącą u jego podstaw normą sankcjonowaną*, „Ius Novum” 2010, nr 1, s. 17; idem, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego polskim prawem karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2012, s. 72–79 i podana tam literatura.

stępnych na typy zasadnicze i zmodyfikowane. Typy zmodyfikowane naruszają, podobnie jak typ zasadniczy, tę samą normę prawną. Różnica między nimi spowodowana jest przez znamiona decydujące o różnej karalności czynów realizujących typ zasadniczy i zmodyfikowany. Będą to znamiona, które nie są konstytutywne dla samej ujemnej oceny czynu (ustalenia jego społecznego niebezpieczeństwa – aspekt aksjologiczny), a jedynie będą istotne dla oceny stopnia tego niebezpieczeństwa¹⁵.

Wówczas kilka przepisów karnych może mieć wspólne znamiona decydujące o bezprawności. Ich realizacja oznacza przekroczenie jednej i tej samej normy sankcjonowanej¹⁶. Konsekwencją tego stanowiska jest uznanie, że typy zasadnicze i zmodyfikowane mają wspólne znamiona decydujące o bezprawności i znamię modyfikujące rzutuje jedynie na sferę karalności¹⁷. W tym ujęciu znamię modyfikujące nie jest ani składnikiem normy sankcjonowanej, ani „nośnikiem” bezprawności.

Podjęcie derywacyjne przyjmuje, że w tekstach polskich aktów prawnych prawodawca stosuje technikę rozczłonkowania norm w przepisach prawnych, oraz że prawodawca w tekstach aktów prawnych posługuje się dwoma rodzajami modyfikatorów. Jedne modyfikują inne przepisy centralne niepełne i nie wysłowiają samodzielnie żadnego wyrażenia normokształtnego (tworu normatywnego stanowiącego pomost pomiędzy przepisami prawnymi a normami), będącego następnie podstawą rekonstrukcji określonej normy prawnej. Drugie są przepisami modyfikującymi i jednocześnie samodzielnie wysłowiają własne wyrażenie normokształtne. W obszarze prawa karnego do pierwszej grupy należą m.in. przepisy o obronie koniecznej i kontratypowym stanie wyższej konieczności (art. 25 § 1 k.k. i art. 26 § 1 k.k.). Do drugiej grupy należą zmodyfikowane typy czynów zabronionych¹⁸.

W koncepcji derywacyjnej podkreśla się, że modyfikatorów należy poszukiwać m.in. w sąsiednich przepisach¹⁹. Przykładowo – dla art. 148 § 1 k.k. sąsiednimi przepisami są art. 148 § 2-4 k.k., art. 149 k.k., art. 150 k.k. Podkreśla się wobec tego, że przepisy art. 148 § 1 k.k. i art. 148 § 2 k.k. wyrażają własne normy sankcjonowane i sankcjonujące²⁰. Pierwszy z tych przepisów, jako odnoszący się do podsta-

¹⁵ Zob. A. Zoll, *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, t. XXIII, s. 88.

¹⁶ Ibidem, s. 89.

¹⁷ Podkreśla się, że podział czynów przestępnych na typy zasadnicze i typy zmodyfikowane za swoją podstawę ma relacje, w jakich pozostają do siebie hipotezy norm sankcjonujących. Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2011, s. 186.

¹⁸ Bliżej zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017, s. 118–119.

¹⁹ Ibidem, s. 289.

²⁰ Ibidem, s. 113. Występuje tutaj zjawisko nazwane w koncepcji derywacyjnej kondensacją norm w przepisach prawnych. Każdorazowo przepis typizujący części szczególnej k.k. (lub ustawy karnej pozakodeksowej) wysłowia dwie normy: sankcjonowaną i sankcjonującą. Taka prawidłowość rozciąga się na całej pełni na wszystkie przepisy typizujące zbrodnie i występki zabójstwa. Dlatego nieściśle jest przekonanie, według którego ustawodawca nie po to ustanowił uprzywilejowany typ zabójstwa pod wpływem afektu, aby wyrazić dwie różne normy sankcjonowane, pod które jednocześnie podpadałyby zabójstwa pod wpływem afektu, ale

wowego typu czynu zabronionego, jest przepisem centralnym, drugi – przepisem modyfikującym ten pierwszy jako odnoszący się do kwalifikowanego typu czynu zabronionego – niezależnie od tego, że samodzielnie wysłowia swoją normę jako przepis zrębowy centralny²¹. Oznacza to, że każdy przepis k.k. zakazujący zabicia człowieka (art. 148–150) wysłowia własną normę sankcjonowaną (i sankcjonującą), w związku z czym z pewnością nie jest tak, że u podstaw karnoprawnego zakazu zabicia człowieka znajduje się jedna wspólna norma sankcjonowana przy wielości norm sankcjonujących (przewidujących różnorodne ustawowe zagrożenia). Jest bowiem tak, że każdy z przepisów k.k. o zabójstwie samodzielnie wysłowia oddzielne wyrażenia normokształtne modyfikowane przez sąsiednie przepisy. Wówczas znamiona typu zmodyfikowanego odzwierciedlone są zawsze w typie zasadniczym, tyle że w postaci zanegowanej (zaprzeczonej)²².

Prowadzi to do wniosku, że każdy przepis typizujący części szczególnej k.k. lub ustawy pozakodeksowej zawierającej przepisy karne jest wypowiedzią normodawcy, która zawsze wysłowia normę sankcjonowaną (i sankcjonującą – tj. ich główne zręby²³). Jest tak dlatego, że każdy taki przepis jest przepisem zrębowym, bo zawsze wyraża co najmniej element zakazu/nakazu wespół z określeniem zachowania się. Jest więc tym przepisem, który w połączeniu z innymi przepisami (uzupełniającymi i modyfikującymi) stanowi podstawę rekonstrukcji wyrażenia normokształtnego, a w konsekwencji – jedno-jednoznacznej normy sankcjonowanej. Z pewnością takim przepisem jest art. 148 § 1 k.k.²⁴ Wyraża on bowiem wszystkie elementy normy sankcjonowanej zakazującej zabicia człowieka: zakaz określonego zachowanie się, adresata i okoliczności. Co więcej, takimi przepisami są wszystkie przepisy k.k. traktujące o zabójstwie (art. 148 § 1–4, art. 149 i art. 150). W rezultacie z każdego przepisu prawa karnego (typizującego) nie tylko może, ale powinna być dekodowana stosowana norma sankcjonowana, bezpośrednio zakazująca wykonania określonego czynu. Realnie biorąc, przepisy prawa karnego wprost taką normę wysłowiają²⁵. Można zatem powiedzieć, że wysłowianie wyra-

po to, aby wysłowić dwie normy sankcjonujące o rozłącznych zakresach zastosowania: z jednej strony normę obejmującą wyłącznie zabójstwo pod wpływem afektu, z drugiej natomiast – normę obejmującą wyłącznie pozostałe zabójstwa. Zob. J. Majewski, *Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe*, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017, s. 1123–1124.

²¹ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 113.

²² Tak trafnie L. Pohl, *Prawo karne...*, op. cit., s. 250.

²³ Stwierdza to wprost M. Zieliński w następujących słowach: „W najbliższym sąsiedztwie pozostają normy sankcjonujące i sankcjonowane w przepisach części szczególnej Kodeksu karnego, gdyż każdy przepis tego typu w tym samym zdaniu wysłowia obie te normy (tj. ich główne zręby)”. Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 32, przyp. 43. Wypada podkreślić, że takie ujęcie nie musi prowadzić do opowiedzenia się za pluralistycznym ujmowaniem bezprowaźności. Będzie o tym jeszcze mowa w dalszej części niniejszego opracowania.

²⁴ Jak wskazuje M. Zieliński, w art. 148 § 1 k.k. w sposób skondensowany formułuje dwie normy: sankcjonowaną (ustanawiającą zakaz zabijania) i sankcjonującą (nakazującą ukarania za zabójstwo). Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 107. Taka też prawidłowość rozciąga się na wszystkie przepisy szczegółowe Kodeksu karnego.

²⁵ Oznacza to, że stanowienia norm sankcjonowanych tylko w ustawie karnej nie można traktować w kategoriach wyjątku. W tym sensie prawo karne, za pomocą stanowionych

żeń normoszkatkłnych stanowiących podstawę rekonstrukcji norm sankcjonowanych i sankcjonujących jest stałą cechą prawa karnego²⁶. Tym samym w art. 148 § 1 k.k. wyraźnie wyrażona jest nie tylko powinność ukarania, ale także powinność „nie zabijaj człowieka”²⁷. Ogólnie rzecz biorąc, norma sankcjonowana nie jest jedynie wnioskowana z racji ustanowienia normy ją sankcjonującej²⁸, ale jest wprost wysłowiona w przepisach karnych wespół z normą ją sankcjonującą. Wypada zaznaczyć, że w przeważającej liczbie przypadków to ustawa karna okazuje się jedynym miejscem ustanowienia normy sankcjonowanej (w prawie karnym). Twierdzenie, że normy zakazujące (sankcjonowane) zasadniczo leżą poza systemem prawa karnego, który jedynie zaopatruje w normę sankcjonującą zachowania zakazane już gdzie indziej (poza obszarem prawa karnego), zmuszałoby do ustalenia, że normy pozakarnych dziedzin prawa są normami zakazującymi²⁹. To właśnie te normy mają się jakoby zajmować sankcjonowaniem określonych zachowań³⁰. Wypada dodać, że każdy opis czynu zawarty w przepisie karnym tworzy

zakazów, jest istotnym regulatorem życia społecznego. Odmienne – S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 255.

²⁶ Inaczej twierdzi A. Zoll, *O normie prawnej...*, op. cit., s. 73, zdaniem którego „możliwość dekodowania z przepisu karnego normy sankcjonującej jest dla prawa karnego czymś ubocznym, właściwością, która nie jest charakterystyczna dla tej gałęzi prawa”.

²⁷ Przeciwnie – A. Zoll, *O normie prawnej...*, op. cit., s. 71. W literaturze przedmiotu podkreśla się natomiast, że w art. 148 § 1 k.k. – na normatywnym poziomie odczytania tekstu prawnego – zawarta jest koniunkcja dwóch norm: „zakazuje się zabijać człowieka” (norma sankcjonowana) i „za zabójstwo należy ukarać” (norma sankcjonująca). Zob. Ł. Pohl, M. Zieliński, *W sprawie rzetelności wiedzy o wykładni*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, z. 1, s. 11. Oznaczać to musi, że przepisy karne są samodzielnym źródłem norm sankcjonowanych. Przepisy karne zawsze samoistnie wyrażają wszystkie syntaktyczne elementy normy sankcjonowanej. Twierdzenie to oczywiście nie idzie na przekór ustaleniu, że rozwiązania prawne pozakarnych dyscyplin prawa niejednokrotnie znacząco determinują wykładnię przepisów karnych (np. poprzez znamiona normatywne, odsyłające czy blankietowe).

²⁸ Wnioskowanie normy sankcjonowanej z normy sankcjonującej ma mieć postać reguły interferencji, ponieważ „to, co w systemie jest sankcjonowane, jest także zabronione”. Zob. W. Wróbel, *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, z. 3, s. 98.

²⁹ Oczywiście może tak być, że określony zakaz obowiązuje niezależnie od normy prawa karnego. Tak jest przecież z zakazami określonymi w prawie konfliktów zbrojnych czy prawa humanitarnego (np. zakaz zabójstwa określony w art. 3 pkt 1 lit. a Konwencji o ochronie ofiar wojny, podpisanej w Genewie dnia 12 sierpnia 1949 r., Dz.U. z 1956 r., nr 38, 171, zaopatrzony w karalność po myśli art. 123 k.k.). Nie przeczy to jednak generalnej zasadzie, że czyn zabroniony pod groźbą kary może nie naruszać żadnego zakazu czy nakazu wywodzonego z przepisów leżących poza prawem karnym.

³⁰ Wokół krytyki przekonania o sankcjonowaniu określonych zachowań przez pozakarne dziedziny prawa wysuwa się niekiedy twierdzenie, że gdyby tak w istocie było, to zakaz zabójstwa należałoby rekonstruować na podstawie rozwiązań przewidzianych w art. 415 k.c. Zob. T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach „wyłączających” bezprawność czynu*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 10, s. 29, w którym autor powołuje się w tym względzie na wypowiedź Z. Jędrzejewskiego. Tymczasem jest przecież tak, że pozyskana z przepisu art. 415 k.c. norma prawna nakazuje człowiekowi naprawienie wyrządzonej szkody. Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 112. O normie „nakazującej naprawić szkodę” w kontekście art. 415 k.c. pisał również Z. Ziemiński, w: S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, s. 150. Czyni tak również Z. Jędrzejewski akcentując, że funkcją art. 423 k.c. jest wyłączenie obowiązku naprawienia szkody. Zob. Z. Jędrzejewski, *Bezprawność jako element przestępności*

dyspozycję (zakres normowania) i hipotezę (zakres zastosowania) normy sankcjonowanej. W każdym przepisie typizującym jest wyrażony element zakazu współ z określeniem zachowania się, okoliczności i adresat normy. W tym sensie każdy przepis karny formułujący opis czynu jest syntaktycznie zupełny (do tego rodzaju przepisów nie odnosi się zjawisko rozczłonkowania syntaktycznego norm w przepisach prawnych). W przepisie typizującym nie dochodzi więc do rozdzielania elementów syntaktycznych normy³¹. Nie przeczy temu fakt, że elementy hipotezy normy sankcjonującej (a ściślej: wyrażenia normokształtnego) niejednokrotnie podlegają jeszcze modyfikacji przez modyfikatory w rekonstrukcyjnej fazie wykładni prawa (np. określenie okoliczności zakazu zabójstwa modyfikowane jest przez art. 25 § 1 k.k.).

Na tym tle nie ulega żadnym wątpliwości, że prawo karne odpowiada nie tylko na pytanie: co jest karalne?, ale także na pytanie: co jest zakazane (zabronione)? Należy podkreślić, że nie dotyczy to wyłącznie tych czynów, których zakazu wykonania nie da się wyprowadzić z regulacji pochodzących z pozakarnych dziedzin prawa (np. kazirodstwo, rozpowszechnianie pornografii, niezawiadomienie o zbrodni³²), ale dotyczy ogółu czynów zabronionych, w tym klasycznych typów czynów zabronionych (zabójstwo, kradzież, fałszowanie pieniędzy)³³. Prawo karne może przewidywać sankcję także dla tych zachowań, które nie są przedmiotem obowiązku prawnego w regulacjach należących do pozakarnych dziedzin prawa. Prawo karne może samoistnie formułować normę sankcjonowaną³⁴. Przyjęcie prze-

czynu, Warszawa 2009, s. 177. Dlatego nie ma słuszności w twierdzeniu, że „z normy art. 415 k.c. wnioskujemy normę nakazującą powstrzymanie się od wyrządzenia szkody” – tak K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 122. W efekcie art. 415 k.c. nie może stanowić rekonstrukcji prawnego zakazu zabójstwa, bo norma pozyskana z tego przepisu nikomu niczego nie zakazuje, skoro jest normą o charakterze nakazującym (zawiera formułę „obowiązany jest”). Gwoli rzetelności dokumentacyjnej należy jednak odnotować, że zgola odmienną opinię wyraża się w nauce prawa cywilnego, gdy twierdzi się, że art. 415 k.c. jest podstawą rekonstrukcji zakazu zachowywania się w sposób prowadzący do wyrządzeniu drugiemu szkody, następnie określenia zdarzenia obwarowanego sankcją oraz samej sankcji w postaci odpowiedzialności odszkodowawczej. Zob. E. Skowrońska-Bocian, *Prawo cywilne. Część ogólna. Zarys wykładu*, Warszawa 2005, s. 46.

³¹ Inaczej jest w odniesieniu do norm sankcjonujących. Chodzi o to, że „adresaci norm sankcjonujących wysłowionych w pojedynczych przepisach części szczególnej Kodeksu karnego nie są wymienieni w żadnym z tych przepisów. Żaden z tych przepisów nie wskazuje bowiem, kto ma ukarać za zabójstwo czy za rozbój, czy za spowodowanie niebezpieczeństwa powszechnego itp.”. Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 102. Stosowne modyfikatory dotyczące adresata normy sankcjonującej znajdują się w Kodeksie postępowania karnego. Zob. ibidem, s. 120.

³² Zob. W. Wróbel, *Struktura normatywna przepisu...*, op. cit., s. 100.

³³ Nieścisle wydaje się zatem twierdzenie, że podstawą do interpretacji normy sankcjonowanej i sankcjonującej stanowi „wiele przepisów” prawa karnego. Zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 108. Rzecz przecież w tym, że wszystkie przepisy prawa karnego są podstawą rekonstrukcji normy sankcjonującej i sankcjonowanej. Taka jest po prostu normatywna natura tych przepisów.

³⁴ W prawie karnym norma sankcjonująca jest zawsze normą o charakterze zakazującym. Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, op. cit., s. 66–68. Gdyby nawet uważać, że normy sankcjonowane mają niekiedy charakter nakazujący (np. nakaz alimentowania osób uprawnionych – tak m. in. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 72), to i tak kontratyp obrony koniecznej –

ciwnego stanowisko, według którego prawo karne zasadniczo nie odpowiada na pytanie, jakie zachowania są sprzeczne z normą sankcjonowaną, ale jedynie na pytanie, które zachowania sprzeczne z normą sankcjonowaną są karalne (zaopatrzone w normę sankcjonującą)³⁵, zmuszałoby przecież do uznania, że przepisy modyfikujące (modyfikatory), którymi wręcz naszpikowana jest część ogólna k.k., w rzeczywistości wcale nie modyfikują przepisów części szczególnej k.k., ale zajmują się modyfikacją jakichś innych przepisów, należące do innych dziedzin prawa, tych mianowicie, w których ustanowiono normę sankcjonowaną. Tym samym należałoby przyjmować, że przepisy Kodeksu karnego modyfikują np. przepisy Kodeksu cywilnego, bo to w nich właśnie wyrażono normę „nie zabijaj człowieka”. Takie ujęcie byłoby już jawnie niezgodne z normatywną funkcją modyfikatorów zawartych w części ogólnej k.k., które modyfikują wyłącznie przepisy karne³⁶. Nadto przyjęcie, że przepisy karne zasadniczo nie wysławiają norm sankcjonowanych, musiałoby przecież prowadzić do twierdzenia, że np. w art. 148 § 1 k.k. nie ma elementu zakazu wyrażonego wespół z określeniem zachowania się, czyli że przepis ten nie jest przepisem zrębowym dla stosownej normy sankcjonowanej³⁷. Jest to przecież założenie całkowicie sprzeczne z nieomal wszystkimi wyznacznikami reguł derywacyjnej wykładni prawa, podobnie jak przekonanie, że norma „nie zabijaj”, chociaż wynika z przepisu karnego, nie jest normą prawnokarną w ścisłym tego słowa znaczeniu, w związku z czym ten, kto zabija człowieka, narusza normę sankcjonowaną, a nie narusza normy prawa karnego, ponieważ swoim zachowaniem stwarza jedynie przesłanki do zaktualizowania się powin-

w odniesieniu do zabójstwa typu zasadniczego – należy sytuować wyłącznie w hipotezie normy sankcjonowanej (na płaszczyźnie bezprawności), skoro w świetle przytoczonej dalej niedwuznacznej wypowiedzi M. Zielińskiego, kontratyp ten ogranicza zasięg zakazu zabójstwa, czyli odnosi się do normy sankcjonowanej. Nawiasem mówiąc, nakaz alimentacji nie wynika z przepisów prawa karnego, bo to domena wyłącznie prawa cywilnego i rodzinnego. Prawo karne ustanawia jedynie zakaz niealimentowania.

³⁵ Tak – A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, s. 44; idem, *O normie prawnej...*, op. cit., s. 73. Słuszna wydaje się jednak uwaga T. Kaczmarka, że „ujmowanie norm sankcjonowanych jako niezależnych od ustawy karnej określałoby w istocie prawo karne jedynie jako swoisty aneks do pozostałych dziedzin prawa obowiązującego”. Zob. T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach...*, op. cit., s. 29. Przytoczoną uwagę T. Kaczmarka podzielił J. Warylewski, *Prawo karne...*, op. cit., s. 271.

³⁶ Zawarte zarówno w samym Kodeksie karnym, jak i w ustawach karnych dodatkowych, chyba że ustawy te wyraźnie wyłączają ich zastosowanie (art. 116 k.k.). Przepisy Kodeksu karnego nie są modyfikatorami, które mogą znajdować zastosowanie do modyfikacji norm sankcjonowanych rekonstruowanych z przepisów prawa cywilnego, w tym z art. 415 k.c. Dla takich przypadków normodawca ustanowił odrębne modyfikatory (art. 423 i 424 k.c.). Nie gra roli już to, czy przesłanki obrony koniecznej w k.k. mają też jakiś akcent podmiotowy. W konsekwencji prawość obrony koniecznej w obszarze prawa karnego nie wypływa z prawa cywilnego. Nic takiego nie wynika z faktu, że czyn zrealizowany w obronie koniecznej nie jest czynem niedozwolonym w ujęciu prawa cywilnego. Sądził tak S. Śliwiński, *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946, s. 149.

³⁷ Nie jest tak, że z art. 148 § 1 k.k. jedynie wnioskujemy o obowiązaniu normy „nie zabijaj człowieka”. Zob. A. Zoll, *O normie prawnej...*, op. cit., s. 74. Przepis ten wprost taką normę wyraża. Aby tę normę pozyskać, należy dokonać wykładni prawa, a nie wywnioskowywać jej obowiązanie z faktu ustanowienia normy sankcjonującej.

ności wyrażonej stanowiącej istotę normy prawa karnego³⁸. Może być kilka norm sankcjonowanych zakazujących wykonania tego samego czynu, np. zakaz zniszczenia cudzej rzeczy ruchomej może być wyprowadzony z art. 140 k.c. i art. 288 § 1 k.k. Otrzymujemy wtedy dwie normy sankcjonowane: normę sankcjonowaną w prawie cywilnym i normę sankcjonowaną w prawie karnym. Nie stanowi to niepożądanego nadmiaru wypowiedzi normodawcy (redundancja informacji normatywnej). Obie te normy pełnią bowiem odmienne funkcje normatywne i sprzężone są z odmiennymi normami je sankcjonującymi. W systemie prawa mogą więc istnieć dwie normy sankcjonowane i sankcjonujące identyczne zachowanie się człowieka, które będą rozrzucone w tekstach aktów prawnych należących do różnych gałęzi prawa. Norma sankcjonowana w prawie cywilnym i norma sankcjonowana w prawie karnym dla normodawcy są to normy zupełnie różne i normodawca liczy się z powieleniem zakazów płynących z prawa cywilnego i karnego³⁹. Co więcej, jest to świadomy zabieg ze strony prawodawcy. Świadczy o tym fakt podwójnego uregulowania instytucji obrony koniecznej w prawie cywilnym i karnym (art. 423 k.c. i art. 25 § 1 k.k.)⁴⁰. Jest to zasadniczy argument przeciwko monistycznemu ujęciu bezprawności.

Jak wspomniano, na gruncie koncepcji derywacyjnej przepisy art. 25 § 1 k.k. i art. 26 § 1 k.k. są przepisami modyfikującymi przepisy centralne niepełne (typi-

³⁸ Zob. idem, *Karalność i karygodność czynu...*, op. cit., s. 102. Należy odnotować, że A. Zoll sięga do słów K. Bindinga. Wypada jednak koniecznie zauważyć, że K. Binding tworzył w czasach, gdy nie znano pojęciowego rozróżnienia przepisu prawnego i normy prawnej, nie rozróżniano dwóch poziomów odczytania tekstu prawnego oraz nie było znane wprowadzone przez koncepcję derywacyjną zjawisko treściowego rozczłonkowania norm prawnych w przepisach prawnych.

³⁹ Jest zrozumiałe, że zakaz zaboru czy zniszczenia cudzej rzeczy ruchomej ma podwójny wymiar normatywny, ustanowiony w dwóch różnych przepisach, z których pozyskać można dwie różne normy sankcjonowane zakazujące wykonania tego rodzaju czynów. Zakazy te wynikają bowiem zarówno z art. 140 k.c., jak również z art. 278 § 1 k.k. i art. 288 § 1 k.k. W ogólnym prawoznawstwie jako szczególny przypadek pochodnej sytuacji w postaci uprawnienia wskazuje się wolność prawnie chronioną. Polega ona na tym, że „podmiotom nie-B (wszystkim albo niektórym) zakazane jest wykonywanie działań ingerujących w jakąś sferę zachowań podmiotu B”. Zob. S. Wronkowska, *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005, s. 166-167. Przypadkiem tego rodzaju uprawnienia jest wykonywanie prawa własności (art. 140 k.c.). W określonych granicach właściciel rzeczy może rzeczą swobodnie m. in. rozporządzać, posiadać rzeczy czy nawet ją zniszczyć. Ustawa zakazuje ingerencji innych osób w treść tak wykonywanego prawa własności. Zob. Z. Ziemiński, *Analiza pojęcia czynu*, Warszawa 1972, s. 169-170. Czyli zakaz zaboru i zniszczenia cudzej rzeczy mamy w prawie cywilnym. Ale na tym nie koniec. Nie ulega żadnym wątpliwości, zgodnie zresztą z założeniem o normatywności tekstu prawnego, że także w art. 278 § 1 k.k. i art. 288 § 1 k.k. bez trudu odnajdziemy operatory normatywne wyrażające wspomniane zakazy.

⁴⁰ Zasadność tego ustalenia potwierdza spojrzenie na instytucję stanu wyższej konieczności w prawie cywilnym i prawie karnym. Pozostając w podanym przykładzie zakazu zniszczenia cudzej rzeczy ruchomej na gruncie prawa cywilnego (art. 140 k.c.) jest odpowiednio modyfikowany przez art. 142 § 1 i 2 k.c., natomiast nakaz naprawienia wynikłej stąd szkody – przez art. 424 k.c. Na gruncie prawa karnego modyfikatorem art. 288 § 1 k.k. jest wyłącznie art. 26 § 1 k.k., a nie przepisy prawa cywilnego. W ten sposób otrzymujemy dwa modyfikatory modyfikujące dwie normy sankcjonowane zakotwiczone w różnych gałęziach prawa (cywilnego i karnego) i zakazujących wykonania identycznego czynu (zniszczenia cudzej rzeczy ruchomej).

zujące). Na gruncie derywacyjnej koncepcji wykładni prawa miejscem spotkania przepisu typizującego części szczególnej k.k. i kontrotypu jest wyrażenie normokształtne (niebędące jeszcze normą prawną, bo wieloznaczne)⁴¹. Następuje wtedy wzajemne dopasowanie typu z kontratypem (nie ma natomiast relacji bezpośredniej przepisy prawne – norma). Między przepisami a normami pośredniczy wyrażenie normokształtne. Na tym etapie wykładni przepis typizujący i kontratyp zostają ze sobą zespolone w jedną nierozzerwalną całość normatywną i z założenia kontratyp nigdy nie może znaleźć się w kolizji z przepisem typizującym czyn zabroniony. W efekcie przepis art. 148 § 1 k.k. nie określa w sposób pełny hipotezy odtworzonej zeń normy sankcjonowanej⁴². Precyzacją okoliczności zastosowania normy sankcjonowanej zakazującej zabicie człowieka odtworzonej z art. 148 § 1 k.k. zajmuje się też modyfikator określony w art. 25 § 1 k.k., który istotnie współkształtuje zakres zastosowania tej normy, skoro w ramach przepisów części ogólnej aktu normatywnego następuje „dopełnienie wzoru powinnego zachowania przez elementy zawarte w części ogólnej”⁴³. W prawoznawstwie ogólnym stanowczo podkreśla

⁴¹ „Po odnalezieniu modyfikatorów należy przeformułować wyrażenie normokształtne w sposób uwzględniający modyfikatory” – zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 289.

⁴² Za słuszne uważam odrzucenie wyróżniania tzw. norm kategorycznych na rzecz norm hipotetycznych, które zawsze mają zakres zastosowania (hipotezę). Bliżej zob. Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności...*, op. cit., s. 72–79 i tam powołana literatura. Takie stanowisko koresponduje z następującym niewątpliwie trafnym zapatrywaniem: „Pominięcie okoliczności, korespondujące z regułą interpretacyjną, pozwala *ex silentio* odtworzyć wszelkie okoliczności, a to z kolei dopuszcza możliwość zmodyfikowania tego powszechnego zakresu przez jakiś inny przepis, który ogranicza ów zakres. Taka rolę pełni np. przepis o obronie koniecznej w stosunku do zakazu zabójstwa (por. art. 148 § 1 i art. 22 § 1 k.k.). Zakazane jest więc zabijanie człowieka we wszelkich okolicznościach – poza okolicznościami stanu obrony koniecznej (itp.)”. Zob. M. Zieliński, w: S. Wronkowska, M. Zieliński, *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004, s. 279. Z tego płynie wskazówka, że przepisy części szczególnej k.k. nie precyzują w sposób pełny wszystkich treściowych elementów normy sankcjonowanej. W tej mierze rolę uzupełniającą pełnią przepisy modyfikujące części ogólnej k.k. Z tego względu nie można zasadnie twierdzić, że opis określonego zachowania sformułowany w przepisie części szczególnej k.k. jest opisem określonego typu czynu zabronionego. Jeśli opieramy się jedynie na informacjach pochodzących z przepisów części szczególnej k.k. na temat tego, co jest zakazane i karalne, to otrzymujemy w tym zakresie informację niepełną, a więc fałszywą. Dla pozyskania informacji prawdziwej, należy jeszcze koniecznie sięgnąć do modyfikatorów i je uwzględnić przy formułowaniu ostatecznego kształtu wyrażenia normokształtne. Oznacza to, że znamiona typów czynów zabronionych są rozproszone w k.k. i należy ich poszukiwać także wśród przepisów części ogólnej. Dlatego niesłusznie byłoby twierdzić, że np. zakaz zabójstwa (art. 148 § 1 k.k.) dotyczy każdego w każdym czasie, w każdym miejscu i w każdych okolicznościach. Tak jednak – K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 154. Tak może być jedynie na deskryptywnym poziomie odczytania tekstu prawnego. Na poziomie normatywnym odczytania tego tekstu, gdy norma sankcjonowana zakazująca zabicie człowieka uwzględnia już np. art. 25 § 1 k.k., wtedy zakaz zabójstwa nie ma zastosowania w okolicznościach stanu obrony koniecznej. Słowem, nie jest tak, że hipoteza (zakres zastosowania) normy odczytanej z art. 148 § 1 k.k. wiąże adresata tej normy w każdej sytuacji i że hipoteza nie jest określona w każdym przepisie. Tak jednak – K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 79.

⁴³ Zob. L. Leszczyński, *Zagadnienia teorii stosowania prawa*, Kraków 2003, s. 262. Jest sprawą dostatecznie znaną w ogólnym prawoznawstwie, że „wzór powinnego zachowania” wyrażają właśnie normy sankcjonowane. Zob. J. Jabłońska-Bonca, *Wstęp do nauk prawnych*, Poznań 1994, s. 46.

się, że bez uwzględnienia art. 25 § 1 k.k. nie da się w sposób adekwatny odtworzyć normy sankcjonowanej z art. 148 § 1 k.k.⁴⁴

Jak trafnie podkreśla Agnieszka Choduń:

W związku z tym, że – jak zauważył M. Zieliński – prawo jest „pisane” tekstami, a nie przepisami, oprócz rozcłódkowania syntaktycznego mamy jeszcze rozcłódkowanie treściowe, które wymaga od interpretatora odszukania dla interpretowanego przepisu przepisów modyfikujących (prawa krajowego i innego) jego treść. To odkrycie w doskonały sposób ukazuje relacje między przepisami: centralnym i modyfikującym, które według omawianej koncepcji są interpretowane wspólnie (na zasadzie zweryfikowania treści przepisu centralnego przez uwzględnienie treści przepisu go modyfikującego), a nie traktowane jako niezgodne ze sobą, czego konsekwencją byłaby konieczność wyboru jednego z nich⁴⁵.

Skończony proces poprawnej wykładni zawsze prowadzi do wzajemnego uzgodnienia przepisu centralnego niepełnego i jego modyfikatora. Tym samym pomiędzy określonym typem czynu zabronionego a przepisem o obronie koniecznej nigdy nie zachodzi żaden konflikt wywołujący problem wielości ocen tego samego czynu, który miałby być następnie likwidowany za pomocą konstrukcji eliminacyjnego zbiegu przepisów⁴⁶. W sprawach interpretacyjnych rozwiązanie

⁴⁴ Zob. J. Jabłońska-Bonca, *Wstęp do nauk...*, op. cit., s. 39–40: „Skonstruowanie pełnego zakresu zastosowania określonej normy wymaga z reguły korzystania z wielu przepisów prawnych. Przykładowo, przepis: «Kto zabija człowieka, podlega karze pozbawienia wolności na czas nie krótszy od lat 8 albo karze śmierci» (art. 148 § 1 k.k.) interpretowany bez powiązania z innymi przepisami kodeksu karnego może być rozumiany jako formułujący treść normy (hipoteza, dyspozycja, sankcja), która znajduje zastosowanie stale, to jest może sugerować, że zakaz zabójstwa pod groźbą kary dotyczy każdego człowieka i we wszystkich okolicznościach. Tak jednak nie jest. Zakres zastosowania jest w tym wypadku ograniczony przez wiele innych przepisów. Przepisu tego nie stosuje się (...) wobec osób dopuszczających się zabójstwa w obronie koniecznej (art. 22 § 1 kk (...)). Jak łatwo dostrzec, w przytoczonej wypowiedzi przepis o obronie koniecznej uważa się za ograniczający zakaz zabójstwa. Dotyczy więc normy sankcjonowanej, bo to ta norma jest normą zakazującą, nie dotyczy zaś wcale normy sankcjonującej, bo ta jest „zawsze normą nakazującą” – zob. W. Patryas, *Rozważania o normach prawnych*, Poznań 2001, s. 94.

⁴⁵ Zob. A. Choduń, *Koncepcja wykładni prawa...*, op. cit., s. 59.

⁴⁶ Przeciwnie – P.M. Dudek, M. Małecki, *Charakter prawny kontraktynu w świetle koncepcji zbiegu wartościowań tego samego typu*, „Państwo i Prawo” 2019, z. 3, s. 45–61. Takie stanowisko jest wyłącznie rezultatem nierozpoznania art. 25 § 1 k.k. jako przepisu modyfikującego i nie ma żadnego uzasadnienia nawet wówczas, gdyby przyjmować, że art. 25 § 1 k.k. znajduje swoje odniesienie wyłącznie na płaszczyźnie karalności (norm sankcjonujących). W dalszym ciągu byłby to przecież modyfikator, tyle że modyfikujący już nie normę sankcjonowaną, ale dopiero normę sankcjonującą. W żadnym razie nie byłby jednak przepisem samodzielnie wyśłowiającym określone wyrażenie normokształtne i w rezultacie normę prawną ustanawiającą stosowną klauzulę kolizyjną. Rzecz przecież w tym, że aby móc wysuwać prawomocne twierdzenie o tym, że art. 25 § 1 k.k. precyzuje rzeczoną klauzulę, w pierwszej kolejności należało wykazać, że jest to rozwiązanie prawne odwzorowujące określone wyrażenie normokształtne, z którego w procesie wykładni pozyskuje się normę prawną. Tego jednak w podanym artykule nie wykazano. Spostrzeżenie, że art. 25 § 1 k.k. jest jedynie modyfikatorem treściowym, wszystko już jedno, czy modyfikującym jedynie normę sankcjonowaną, czy (także) normę sankcjonującą, ujawnia fakt, że rzeczonemu uregulowaniu nie sposób traktować jako normy wyrażającej

przewidziane w art. 25 § 1 k.k. nie ma statusu przepisu centralnego i samodzielnie nie wyślowia żadnej normy prawnej (a ściślej: wyrażenia normokształtnego)⁴⁷. Jest to przepis, który w sposób skondensowany modyfikuje inne przepisy centralne niepełne (typizujące) i został zamieszczony w części ogólnej k.k. dla uzyskania maksymalnej skrótowości tekstu prawnego. Taka jest przecież główna przyczyna wydzielenia modyfikatorów w systematyce ustawy, w tym w Kodeksie karnym. Podkreśla to M. Zieliński, gdy w kontekście syntaktycznego schematu wyślowienia normy sankcjonowanej pisze o określeniu adresata lub okoliczności w innych przepisach (aniżeli te, w których scharakteryzowany został nakaz/zakaz wespół z określeniem zachowania się), gdy te same okoliczności powtarzają się w kilku normach⁴⁸. Uwzględnia to zasady techniki prawodawczej, ponieważ element uściślający przepisy prawa materialnego powtarzający się w większej liczbie przepisów szczegółowych umieszcza się wśród przepisów ogólnych danej ustawy. W razie uściślenia kilku przepisów, przepis uściślający jest przepisem sąsiednim w stosunku do przepisów uściślanych⁴⁹.

Wypada odnotować, że przytoczone wskazania prawodawcze w pełni respektuje budowa Kodeksu karnego i Kodeksu cywilnego. Modyfikator art. 25 § 1 k.k. znajduje się w części ogólnej k.k., ponieważ modyfikuje wiele przepisów typizujących części szczególnej k.k., z kolei art. 423 k.c. zlokalizowany jest w sąsiedztwie przepisów, które modyfikuje (art. 415 k.c. i art. 416 k.c.). Płynię z tego istotna wska-

dozwolenie czy normę usprawiedliwiającą naruszenie zakazu. Jest chyba oczywiste, że ani art. 25 § 1 k.k., ani art. 26 § 1 k.k. nie wyrażają niezbędnego elementu każdej normy prawnej, tj. elementu zakazu/nakazu. Z pewnością nie jest takim elementem formuła „nie popełnia przestępstwa” zamieszczona w art. 25 § 1 k.k., która na normatywnym poziomie odczytania tekstu prawnego znaczy po prostu „nie przekracza normy sankcjonowanej zakazującej wykonania czynu x”.

⁴⁷ Na tym tle krytycznie należy oceniać następującą wypowiedź: „Zwolennicy ujmowania tzw. sytuacji kontratypowych jako ewentualnego zawężenia zakresu zastosowania normy sankcjonującej *de facto* opowiadają się za posługiwaniem się w procesie interpretacji zasadami charakterystycznymi dla wykładni derywacyjnej. Polega ona, w dużym uproszczeniu, na uzyskaniu treści normy zupełnej, zdekodowanej w oparciu o całość systemu prawnego, powszechnie zrozumiałej i jednoznacznej. Ze względu na posługiwanie się metodą rozczłonkowania i kondensacji tekstu prawnego zwolennicy tego rodzaju wykładni uznają, że konieczne jest dekodowanie norm wyrażanych w przepisach centralnych o normy zawarte w przepisach modyfikujących przepisy centralne. Zatem przydając oko-licznościom takim jak obrona konieczna czy też stan wyższej konieczności samodzielne znaczenie normatywne, należy uwzględnić ich treść w procesie derywacji treści normy centralnej”. Zob. W. Zontek, *Modele wyłączenia odpowiedzialności karnej*, Kraków 2017, s. 92-93. Autor odwołuje się do publikacji B. Brożka, *Derywacyjna koncepcja wykładni z perspektywy logicznej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 1, s. 84 oraz 88. Rzecz jednak w tym, że ani B. Brożek w rzeczonym opracowaniu, ani tym bardziej twórca koncepcji derywacyjnej, nigdzie nie precyzuje twierdzenia, że niezbędne jest dekodowanie norm wyrażanych w przepisach centralnych „w oparciu o normy zawarte w przepisach modyfikujących przepisy centralne” tudzież, że normy te jakoby „przydają okolicznościom takim jak obrona konieczna czy stan wyższej konieczności samodzielne znaczenie normatywne”. W przytoczonej wypowiedzi kontratypom, w tym art. 25 § 1 k.k., dowolnie przypisano status norm.

⁴⁸ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 102.

⁴⁹ Bliżej zob. idem, w: S. Wronkowska, M. Zieliński, *Zasady techniki prawodawczej...*, op. cit., s. 71.

zówka interpretacyjna, aby nie traktować art. 423 k.c. jako rozwiązania prawnego likwidującego (czy blokującego) bezprawność wszelkich czynów popełnionych w warunkach obrony koniecznej, zwłaszcza tych interesujących prawo karne⁵⁰. Słowem, przepis art. 423 k.c. modyfikuje wyłącznie nakaz obowiązku naprawienia szkody. Niczego zaś nie modyfikuje w treści norm sankcjonowanych w prawie karnym, w tym nie oddziałuje na bezprawność czynów zabronionych pod groźbą kary. Przepis art. 423 k.c. jest po prostu elementem normy nakazującej naprawić szkodę, pozyskiwanej z centralnego niepełnego przepisu art. 415 k.c. Bez art. 423 k.c. nie da się zrekonstruować normy w sposób kompletny. Taki charakter prawny art. 423 k.c. dostrzegali już w latach siedemdziesiątych ubiegłego wieku Stefan Grzybowski, gdy pisał, że przepis art. 415 k.c. nie wyraża całości hipotezy i że „musimy sięgnąć do [...] różnych przesłanek odpowiedzialności (por. np. art. 361 § 1, art. 422, 423, 425 i 426).”⁵¹ Także Zygmunt Ziemiński podkreślał, że art. 415 k.c. nie jest przykładem przepisu, który jest tożsamy z normą prawną, ponieważ norma nakazująca naprawić szkodę „jest dookreślona dopiero przez art. 422, 423, 425 § 1, i 2, 426, a po części przez inne przepisy kodeksu cywilnego”⁵². Okazuje się, że art. 423 k.c. nie jest żadną normą zezwalającą czy usprawiedliwiającą wyrządzenie drugiemu szkody, ale że jest po prostu przepisem modyfikującym zakres nakazu naprawienia szkody (fragmentem normy sankcjonowanej w prawie cywilnym i nie ma żadnego odniesienia na regulacje karnoprawne). Tak samo w sferze prawa karnego należy traktować art. 25 § 1 k.k. Jako rozwiązanie prawne, które dookreśla zakaz zabójstwa, nigdy zaś odrębną normą zezwalającą (usprawiedliwiającą) przekroczenie normy sankcjonowanej, czy też przepisem pozostający w kolizji z przepisem typizującym, którą to kolizję należy usuwać w taki, czy inny sposób.

⁵⁰ W konsekwencji nie istnieją jakieś uniwersalne kontratypy (modyfikatory treściowe), likwidujące (blokujące) wszelką bezprawność określonego czynu. Z pewnością nie jest takim rozwiązaniem art. 27 ust. 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie finansów publicznych (tekst jedn. Dz. U. z 2021 r., poz. 289). Sądzi tak Sz. Tarapata, *Dobro prawne...*, op. cit., s. 393, gdy uważa, że powołany przepis „będzie również rodzic konsekwencji w sferze prawnokarnej”. Przepis znoszący odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych niczego nie modyfikuje w sferze prawa karnego, bo nie jest modyfikatorem treściowym sankcjonowanych wyrażań normkształtnych pozyskiwanych z niepełnych przepisów centralnych zamieszczonych w części szczególnej Kodeksu karnego. Słowem, art. 27 ust. 1 powołanej ustawy nie jest jakimś suplementem stanu wyższej konieczności określonego w art. 26 § 1 k.k. i ma zastosowanie tylko na gruncie tej ustawy. Brak przestępności zachowania zrealizowanego w warunkach art. 27 ust. 1 ustawy wynika nie z faktu, że przepis ten cokolwiek modyfikuje w sferze bezprawności na gruncie prawa karnego (a ściślej: w treści zakazów karnych), ale po prostu z faktu, że takie zachowanie nie realizuje znamion żadnego typu czynu zabronionego (czyn indyferentny prawnie na gruncie pozakarnych dyscyplin prawa nigdy nie jest czynem zakazanym na gruncie prawa karnego). Jest przy tym zrozumiałe, że art. 26 § 1 k.k. w ogóle nie ma zastosowania na gruncie ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, co wynika wprost z art. 116 k.k. (ustawa ta nie jest ustawą przewidującą odpowiedzialność karną).

⁵¹ Zob. S. Grzybowski, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1974, s. 55.

⁵² Zob. Z. Ziemiński, w: S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii...*, op. cit., s. 150.

W ten sposób pojawia się perspektywa do odrzucenia podziału kontraktypów na względne i bezwzględne (wszystkie kontraktypy są względne⁵³) oraz ustalenia, że w rzeczywistości w systemie prawa istnieją różne normy sankcjonowane, właściwe danej gałęzi prawa – normy sankcjonowane w prawie cywilnym, normy sankcjonowane w prawie karnym, które mają własne modyfikatory treściowe. Modyfikatory te funkcjonują jedynie w ramach tej gałęzi prawa, w których znajdują się przepisy precyzujące dany modyfikator. W żadnym razie modyfikatory te nie funkcjonują w odniesieniu do przepisów centralnych niepełnych, ulokowanych w przepisach innej gałęzi prawa.

Kontraktypy niczego nie modyfikują na płaszczyźnie karalności (w zakresie zastosowania normy sankcjonującej)⁵⁴. Byłaby to zresztą modyfikacja całkowicie zbędna, skoro niezrealizowanie normy sankcjonowanej przez jej adresata jest oczywistym prawarunkiem zastosowania normy sankcjonującej⁵⁵. Ten, kto zabija w obronie koniecznej, nie przekracza stosownej normy sankcjonowanej. Tym samym nie znajduje zastosowania norma sankcjonująca zabicie człowieka. Na treść normy sankcjonującej kontraktyp jednak bezpośrednio nie oddziałuje. Brak karalności jest po prostu konsekwencją uwzględnienia faktu, że zachowanie zrealizowane w warunkach obrony koniecznej jest zachowaniem legalnym (niezakazany, niezabroniony) i nie prowadzi do zaktualizowania się hipotezy normy sankcjonującej. W każdym razie, nie koresponduje z podejściem derywacyjnym ustalenie, że kontraktypy odwołują się do dozwoleń mocnego, które stanowi fundament dozwoleń do naruszenia normy, w związku z czym w sytuacji kontraktypowej dochodzi do przekroczenia normy⁵⁶.

⁵³ Bezwzględny charakter niektórych kontraktypów (np. obrony koniecznej) bierze się jego podwójnego uregulowania w prawie cywilnym i karnym; na gruncie danej gałęzi prawa kontraktyp ten jest kontraktypem względnym. Dopiero połączenie obu modyfikatorów daje kontraktyp bezwzględny.

⁵⁴ Wiadomo, że w literaturze z zakresu prawa karnego rozwiązanie przewidziane w art. 25 § 1 k.k. postrzegane bywa jako oddziałujące wyłącznie na płaszczyznę karalności. Zob. Ł. Pohl, *Prawo karne...*, op. cit., s. 61; nadto M. Bielski, *Koncepcja kontraktypów jako okoliczności wyłączających karalność czynu*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2009, nr 2, s. 25–50. Zob. też R. Zawlocki, *Przestępstwo i jego struktura*, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017, s. 123, gdzie podkreśla się, że kontraktypy sytuowane są w normie sankcjonującej i uchylają karalność danego bezprawnego zachowania.

⁵⁵ Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 33. Jest przecież sprawą dostatecznie uznaną w prawoznawstwie ogólnym, że w odróżnieniu od norm sankcjonowanych normy sankcjonujące „nakazują wyznaczonym organom państwa realizowanie określonych działań sankcjonujących w stosunku do adresatów norm pierwszego rodzaju, gdy adresat takiej normy zachował się w sposób niezgodny z nią wtedy, gdy znalazła ona zastosowanie”. Zob. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe...*, op. cit., s. 159. Jeżeli zatem określone zachowanie (zrealizowane w warunkach obrony koniecznej) w ogóle nie wiąże się z przekroczeniem stosownej normy sankcjonowanej (np. zakazującej zabicia człowieka), to siłą rzeczy zachowanie to nie podpada pod hipotezę (zakres zastosowania) normy ją sankcjonującej. Tym samym odpada zasadność sytuowania kontraktypu obrony koniecznej na płaszczyźnie karalności. Jest chyba oczywiste, że zachowanie niezabronione (niezakazane przez stosowną normę sankcjonowaną) nie może być karalne, chyba żeby poruszać się w systemie prawnym, w którym karalne jest zachowanie niezakazane.

⁵⁶ Tak jednak – Ł. Pohl, K. Burdziak, *Praktyka instytucji obrony koniecznej*, Warszawa 2018, s. 53.

W rezultacie ochrona życia człowieka nie ma pełnego zakresu⁵⁷. Generalnie rzecz biorąc, przepisy zawarte w rozdziale XIX k.k. nie chronią życia i zdrowia napastnika przed działaniami podejmowanymi w granicach obrony koniecznej. Wszak to norma sankcjonowana wyznacza zakres ochrony karnoprawnej⁵⁸. W obszarze prawa karnego zakaz zabicia człowieka nie jest zawsze aktualny. Norma sankcjonowana nie jest nastawiona na ochronę dobra zniszczonego w warunkach kontratypu (np. obrony koniecznej), ponieważ żaden typ czynu zabronionego nie jest zupełnie wolny od elementu oceny, wartościowania aksjologicznego ze strony prawodawcy. Zasadnicze znaczenie ma fakt, że to wartościowanie dochodzi do głosu na etapie rekonstrukcji normy, w rekonstrukcyjnej fazie wykładni prawa (w momencie połączenia sankcjonowanego wyrażenia normokształtnego i modyfikatora treściowego)⁵⁹. Na poziomie generalno-abstrakcyjnego opisu typu czynu zabronionego wysłowionego w treści normy sankcjonowanej nie istnieje równoległa ochrona dwóch kolidujących ze sobą dóbr prawnych (napastnika i stosującego obronę konieczną)⁶⁰. Taka ochrona co najwyżej może dochodzić do głosu na deskryptywnym poziomie odczytania tekstu prawnego (na poziomie przepisów), czyli tak naprawdę na fragmentach norm sankcjonowanych. Natomiast staranne rozróżnienie poziomu przepisów od poziomu norm prawnych i prowadzenie analizy karnistycznej na normach zrekonstruowanych wedle zasad, reguł i wskazówek derywacyjnej koncepcji wykładni prawa, czyni nieuprawnionym twierdzenie o istnieniu ochrony prawa karnego w odniesieniu do dóbr napastnika, które mogą doznać uszczerbku w wyniku podjęcia przez napadniętego obrony koniecznej.

W żadnym razie nie jest tak, że zachowanie objęte tzw. wtórną legalnością – na poziomie normy sankcjonowanej – niczym nie różni się od zachowania bezprawnego i karalnego⁶¹, w związku z czym np. zabójstwo dla zdobycia pieniędzy i zabicie człowieka w warunkach obrony koniecznej przedstawiają się tak samo⁶². Jest zrozumiałe, że poza kontratypem dobro podlega pełnej ochronie prawa karnego⁶³.

⁵⁷ Tak też T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach...*, op. cit., s. 33.

⁵⁸ Zob. S. Żółtek, *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego*, Warszawa 2017, s. 360.

⁵⁹ Trudno wobec tego zgodzić się z opinią K. Buchały, że o ile uogólniony charakter mają normy sankcjonowane, o tyle normy zezwalające na naruszenie zakazu w postaci kontratypów mają wymiar indywidualny i znoszą bezprawność „w określonych sytuacjach kolizyjnych” – zob. K. Buchała, *Prawo...*, op. cit., s. 190. Kontratyp obrony koniecznej może być uwzględniany do rekonstrukcji normy sankcjonowanej na poziomie *in abstracto*, bez odniesienia do konkretnego stanu faktycznego. Proces wykładni prawa można przecież prowadzić w oderwaniu od określonego stanu faktycznego. Kontratyp ma charakter tak samo ogólny, jak typ czynu zabronionego, skoro pierwszy jest fragmentem drugiego. Nie ma tutaj żadnej reguły i wyjątku.

⁶⁰ Przeciwnie – J. Warylewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 119.

⁶¹ Tak jednak K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 200; A. Zoll, w: *Kodeks karny...*, op. cit., s. 538.

⁶² Zob. A. Zoll, „Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy, w: *W kręgu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005, s. 433.

⁶³ Trzeba uznać, że takie ujęcie w żadnym razie nie prowadzi do zanegowania elementu konieczności obrony koniecznej. Ta konieczność jest przecież wprost wyrażona w normie sankcjonowanej, tyle że należy ją odczytywać z fragmentu normy wysłowionej w sposób

Ochrona ta w związku z realizacją znamion ma wtedy zawsze bezwzględny charakter i zaatakowanie chronionego dobra nie może już zostać usprawiedliwione przez kontratyp. Wykształcona w procesie wykładni prawa norma sankcjonowana ogniskuje jedynie zachowania o społecznie ujemnej ocenie. Zachowania o ocenie neutralnej lub dodatniej – w procesie wykładni prawa – w ogóle nie przedostają się w obręb normy zakazującej. To swoiste „przefiltrowanie” następuje w rekonstrukcyjnej fazie wykładni prawa przez uwzględnienie modyfikatorów, a nie w ramach już rozwiniętej normy sankcjonowanej w prawie karnym (typu czynu zabronionego). Kontratyp nie tyle usprawiedliwia przekroczenie normy sankcjonowanej, ile bezwarunkowo zamyka drogę do stwierdzenia jej przekroczenia. Na skutek tego kontratyp nie zmienia wartościowania zachowania opisanego przez normę sankcjonowaną, bo ten opis zawsze dotyczy jedynie zachowań społecznie nieakceptowalnych. Z istoty rzeczy działanie obronne podjęte w warunkach art. 25 § 1 k.k. nigdy nie będzie prowadziło do realizacji znamion typu czynu zabronionego. Zabicie napastnika w obronie koniecznej w ogóle nie realizuje znamion zbrodni zabójstwa, ponieważ zakaz zabójstwa nie rozciąga się na działanie w obronie koniecznej⁶⁴. Jeżeli zakaz zabicia człowieka wyrażony w art. 148 § 1 k.k. nie aktualizuje się wobec tego, kto w obronie koniecznej zabija człowieka, to nie może być tak, że zachowanie tego rodzaju realizuje znamiona zabójstwa typu zasadniczego⁶⁵. Jest to jedynie zabicie człowieka w sensie faktycznym, a nie prawnym. Stanowi zwykłą czynność psychofizyczną prowadząca do śmierci człowieka. Określenie „zabójstwo” jest nazwą prawną (por. art. 101 § 1 pkt 1 k.k., 105 § 2 k.k., art. 148 § 3 k.k.), bo jest określeniem języka prawnego i jest zarezerwowana wyłącz-

zanegowany, tego mianowicie, który ogranicza zakres zakazu. Jeżeli obrona nie była konieczna, to zachowanie powraca do sfery czynów zakazanych i karalnych. Nie ma wtedy zastosowania ten fragment normy sankcjonowanej, który został w tej normie odwzorowany za pomocą modyfikatora. Tym samym atak na dobro prawne pozbawione ochrony prawa karnego także musi się legitymować koniecznością. Inaczej – A. Zoll, *W sprawie kontratypów*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 4, s. 111. Dobro prawne (np. życie człowieka) pozbawione jest ochrony jedynie na odcinku danego kontratypu. Jest przecież faktem, że żadne dobro nie jest przez prawo karne chronione w sposób pełny. Życie człowieka nie jest tutaj żadnym wyjątkiem. Natomiast rozwiązanie przewidziane w art. 2 ust. 2 lit. a Konwencji Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, jest po prostu modyfikatorami modyfikatora określonego w art. 25 § 1 k.k., Modyfikator ten na poziomie normatywnym zawęża zakres modyfikacji wyznaczony przez modyfikator art. 25 § 1 k.k. i na określonym odcinku przywraca ochronę życia człowieka (napastnika) wprowadzając do prawa karnego warunek subsydiarności obrony koniecznej. O tych wszystkich modyfikacjach należy pamiętać i je uwzględniać w rekonstrukcyjnej fazie wykładni prawa. Taka multi-modyfikacja (modyfikacja modyfikatora przez inny modyfikator) na tle koncepcji derywacyjnej jest możliwa. Zob. przykłady podane przez M. Zielińskiego, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 114 i n. Modyfikator może przecież pochodzić z aktów prawnych stojących wyżej w hierarchii prawa, skoro finalny kształt normy może wynikać z połączenia wypowiedzi pochodzących z różnych aktów prawnych i różnych miejsc w hierarchii prawa. Bliżej zob. M. Matczak, *Dwupoziomość języka prawnego w derywacyjnej koncepcji wykładni i jej znaczenie dla współczesnych sporów w anglosaskiej teorii interpretacji prawniczej*, w: *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 131.

⁶⁴ Przeciwnie – A. Gubiński, *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1996, s. 95, gdzie wskazano, że zakaz zabójstwa „ogarnia i takie wypadki, gdy ktoś zabił napastnika w obronie koniecznej”.

⁶⁵ Przeciwnie – P. Kozłowska-Kalisz, w: *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2016, s. 166-167.

nie dla zachowań po-legających na zabiciu człowieka, które noszą wszelkie cechy czynu zabronionego (zakazanego). Z pewnością więc zabicie człowieka w obronie koniecznej w ogóle nie jest „zabójstwem” w rozumieniu k.k.⁶⁶ Nie ulega więc wątpliwości, że ten, kto wprawdzie zabija człowieka, ale nie czyni tego w sposób realizujący znamiona typu czynu zabronionego, ten nie jest sprawcą „zabójstwa” z perspektywy języka prawnego⁶⁷.

Taka jest po prostu konsekwencja uwzględnienia w procesie wykładni przepisu modyfikującego, jakim jest art. 25 § 1 k.k. Przepis ten rozgranicza zachowania zabronione od niezabronionych (czynów zakazanych w prawie karnym⁶⁸). Dlatego nie może być tak, aby określony czyn urzeczywistniał znamiona typu czynu zabronionego i jednocześnie nie był to czyn, którym przekroczone stosowną normę sankcjonowaną⁶⁹. Działanie w granicach kontratypu to nic innego, jak niezrealizowanie znamion typu. Trudno więc zgodzić się ze stanowiskiem, wedle którego funkcją kontratypów jest „wyłączenie możliwości reakcji karnej”, w związku z czym „nie wpływają one za ustalenie zakresu legalności”⁷⁰. Należy ustalać nie to, czy dane zachowanie realizuje znamiona typu i przesłanki kontratypu, ale wyłącznie to, czy zachowanie realizuje znamiona typu, czyli czy łączy się z przekroczeniem stosownej normy sankcjonowanej w prawie karnym.

Dla uzyskanie takiego rozwiązania wcale nie trzeba odwoływać się do niesprzeczności systemu prawnego wedle następującego spotykanego niekiedy rozumowania: *ex definitione* zachowanie dozwolone przez ustawę (np. zabójstwo w obronie koniecznej) nie może być jednocześnie sprzeczne z jej treścią (zakazane)⁷¹. Skoro zabicie człowieka w obronie koniecznej nie jest zakazane, to nie może być dozwolone. Generalnie rzecz biorąc, wokół kontratypu obrony koniecz-

⁶⁶ Nazwa prawna „zabójstwo” jest równoważna kodeksowemu zwrotowi „kto zabija człowieka”. Zob. M. Cieślak, *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 170.

⁶⁷ Określenia „zabójstwo” – w kontekście zabicia człowieka w warunkach art. 25 § 1 k.k. – używa jednak T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach „wyłączających”...*, s. 33. Zob. też W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 341; J. Majewski, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 53-116*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 945: „[...] zabójstwo popełnione w granicach obrony koniecznej [...]”.

⁶⁸ W połączeniu z art. 423 k.c. otrzymujemy wtedy czyn indyferentny prawnie (ale nieobojetny prawnie), co odzwierciedla bezwzględny charakter kontratypu obrony koniecznej. Inaczej jest np. w ramach stanu wyższej konieczności, ponieważ stan wyższej konieczności w prawie cywilnym ujęty jest wężiej od stanu wyższej konieczności w prawie karnym. To co niezabronione w prawie karnym, może rodzić odpowiedzialność cywilnoprawną. Nie można wtedy uważać, że zachowanie zrealizowane w warunkach kontratypowego stanu wyższej konieczności jest czynem indyferentnym prawnie.

⁶⁹ T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach „wyłączających”...*, op. cit., s. 26-27. Nie należy więc wprowadzać różnicy pomiędzy popełnieniem czynu zabronionego a realizacją jego znamion. Czyni tak J. Giezek, w: *Prawo karne materialne...*, op. cit., s. 83. Słowem, nie zachodzi nie tylko zasadnicza, ale jakakolwiek różnica między wypadkiem, kiedy czyn w ogóle nie wyczerpuje ustawowych znamion, a wypadkiem, kiedy zachodzi tzw. okoliczność wyłączająca bezprawność. Inaczej sądził I. Andrejew, *Podstawowe pojęcia nauki o przestępstwie*, Warszawa 1988, s. 144.

⁷⁰ Zob. Z. Jędrzejewski, *Funkcje i materialne podstawy rozróżnienia między kontratypami a okolicznościami znoszącymi zawinienie*, „Prawo w Działaniu. Sprawy karne” 2019, nr 39, s. 105.

⁷¹ Zob. T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach...*, op. cit., s. 27.

nej wysoce niefrasobliwe jest posługiwanie się określeniami „dozwoleń” czy „uprawnienie” do naruszenia dóbr napastnika⁷². Mocą stanowiących norm prawnych normodawca nikomu przecież nie nadaje żadnego uprawnienia czy dozwoleń na zachowanie kontratypowe⁷³. Nie można przecież stawiać znaku równości pomiędzy brakiem zakazu, a uprawnieniem czy dozwoleń⁷⁴.

Rekonstrukcja normy bez uwzględnienia modyfikatora prowadzi do pozyskania normy w sposób niepełny, a więc fałszywy. Jak już zaznaczono, uwzględnienie modyfikatora ma służyć do rekonstrukcji określonej normy sankcjonowanej, a nie do usprawiedliwienia przekroczenia tej normy. W rezultacie ustalenie bezpraw-

⁷² Taką jednak terminologią posługuje się T. Kaczmarek w następującym *passusie*: „(...) Działania osób, które podejmują dozwoloną obronę swoich chronionych prawem dóbr, co jest ich uprawnieniem, z tego właśnie powodu są także od samego początku pierwotnie legalne”. Zob. T. Kaczmarek, *O tzw. okolicznościach...*, op. cit., s. 27. Także w innym opracowaniu T. Kaczmarek podnosi, że kontratypy „to generalnie ujęte zezwolenia”. Zob. idem, *O kontratypach raz jeszcze*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 7, s. 94.

⁷³ Wypada zaznaczyć, że koncepcja derywacyjna jednoznacznie odrzuca konstrukcję normy pozwalającej i przyjmuje, że wypowiedzi wyrażające dozwoleń w ogóle nie są normami i eliminują uprzedni zakaz bądź modyfikują jego treść lub zakres. Zob. M. Zieliński, *Wykładnia prawa...*, op. cit., s. 21. W tym sensie dozwoleń sprowadza się do modyfikacji nakazu/zakazu. W rodzimej kulturze prawnej podkreśla się, że operowanie figurą normy pozwalającej „bierze się z mieszania przepisu prawnego z normą prawną”. Zob. Z. Ziemiński, *Problemy podstawowe problemy prawoznawstwa*, Warszawa 1980, s. 175 i jest współcześnie odrzucane przez teoretyków prawa. Zob. zwłaszcza A. Malinowski, *Prawna indyferencja czynu*, „Państwo i Prawo” 2012, z. 5, s. 50. Zabicie człowieka w obronie koniecznej jest zachowaniem indyferentnym prawnie i nie wymaga już dodatkowej regulacji w postaci normy pozwalającej. Tymczasem w dotychczasowych badaniach nad kontratypami (zob. zwłaszcza A. Zoll, *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982, *passim*) opierano się głównie na ustaleniach pochodzących z niemieckiej dogmatyki prawa karnego (E. Beling, M. Burgstaller, E. Dreher, W. Gallas, A. Kaufmann, M.E. Mayer, P. Noll, Eb. Schmidhäuser, H. Welzel), które jednak wyrosły w obcej kulturze prawnej na tle odmiennego systemu norm. To właśnie z tego obszaru pochodzi zdecydowana większość fundamentalnych ustaleń, w tym konstrukcja normy pozwalającej, dla której współcześnie nie ma jednak istotnego źródłowego uzasadnienia w nauce o wykładni prawa. Uważa się mianowicie, że kontratyp usprawiedliwia zrealizowanie znamion typu i prowadzi do wtórnego zalegalizowania czynu realizującego ustawowe znamiona typu czynu zabronionego, co następuje na podstawie odrębnej normy wyrażającej dozwoleń. Takie rozwiązanie zostało przejęte przez A. Zolla od H. Welzla (zob. A. Zoll, *Okoliczności wyłączające...*, op. cit., s. 50) i ma do dziś swoich zwolenników w literaturze polskiej – zob. M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2015, s. 253. Zob. też K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo...*, op. cit., s. 199. Również Ryszard Dębski aprobuje posługiwanie się w analizach karnistycznych formułą normy zezwalającej. Zob. R. Dębski, *Jeszcze o normie prawnokarnej*, w: *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara. Tom I*, red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak, Toruń 2014, s. 110. Trzeba jednak pamiętać, że koncepcja normy zezwalającej powstała w czasach, gdy nie dokonywano pojęciowego rozróżnienia przepisu prawnego od normy, dwóch poziomów odczytania tekstu prawnego oraz techniki rozczłonkowania treściowego norm w przepisach prawnych. Gdy się te założenia przyjmuje, dozwoleń fundowane przez kontratyp musi zostać zastąpione przez modyfikator treściowy.

⁷⁴ Przepisy przybierające postać zezwoleń, niewłaściwie określane „normą zezwalającą”, to w istocie przepisy stwierdzające brak normy nakazującej czy zakazującej (zob. Z. Ziemiński, *Teoria prawa*, Warszawa–Poznań 1977, s. 30), ponieważ „czyn jest dozwolony ze względu na normę czy normy danego systemu, jeśli czyn ten nie jest czynem zakazanym przez te normy” (zob. Z. Ziemiński, *Analiza pojęcia...*, op. cit., s. 162).

ności czynu przekraczającego normę sankcjonowaną (realizującego ustawowe znamiona typu czynu zabronionego) ma zawsze charakter definitywny⁷⁵. Jeżeli bowiem np. art. 25 § 1 k.k. jest składnikiem określonej normy sankcjonowanej w prawie karnym, to poprawnie zrekonstruowana norma kontratyp już uwzględnia i skupia jedynie zachowania nieodwołalnie bezprawne i społecznie nieakceptowalne⁷⁶. Zasadnicze znaczenie ma przecież fakt, że kontratyp obrony koniecznej nie może zostać wykorzystany do usunięcia bezprawności (czy być przeszkodą w jej ustaleniu) w odniesieniu do czynu przekraczającego określoną normę sankcjonowaną. Oznaczałoby to bowiem sięgnięcie po kontratyp po raz drugi. Raz przy rekonstrukcji normy sankcjonowanej, następnie przy wtórnym usprawiedliwieniu realizacji znamion *in concreto*. Takiego rozwiązania koncepcja derywacyjna jednak nie przewiduje⁷⁷. W każdym razie przekroczenie stosownej normy sankcjonowanej jest warunkiem koniecznym i wystarczającym do uznania bezprawności czynu⁷⁸. Kto normę przekracza, ten zawsze zachowuje się na trwałe sprzecznie z prawem. Bezprawność tego przekroczenia nie może już zostać zneutralizowana przez kontratyp. Funkcją kontratypów nie jest stworzenie przeszkody dla stwierdzenia bezprawności popełnionego czynu zabronionego, bo z chwilą przekroczenia normy sankcjonowanej w prawie karnym bezprawność jest już kwestią zamkniętą. Realizacja znamion i bezprawność nie leżą na różnych płaszczyznach. Oba te elementy sprzęgnięte są w normie sankcjonowanej. Jest przy tym zrozumiałe, że jakiegokolwiek ustalenia odnośnie do treści określonych zakazów karnych (norm sankcjonowanych w prawie karnym czy realizacji znamion typu czynu zabronionego) mogą być sensownie dokonywane jedynie na normatywnym poziomie odczytania tekstu prawnego (poziomie dyrektywnym, dyrektywalnym), nigdy zaś na poziomie deskryptywnym. Zakłada to przejście przez rekonstrukcyjną fazę wykładni, w której następuje uwzględnienie modyfikatorów treściowych. Na deskryptywnym poziomie tekstu prawnego niczego w kwestii bezprawności nie sposób stanowczo ustalić, już dlatego, że deskryptywny poziom odczytania tekstu prawnego zakłada wieloznaczność; jednoznaczność uzyskuje się dopiero na pozio-

⁷⁵ Jak wiadomo, w literaturze z zakresu prawa karnego wyrażane jest odmienne stanowisko, zgodnie z którym „urzeczywistnienie znamion typu określających czyn zabroniony stanowi z reguły czyn bezprawny, wyjątkowo nie”, wobec czego „stwierdzenie znamienności czynu stanowi «tymczasowe» ustalenie jego bezprawności”. Bliżej zob. R. Dębski, *Typ czynu zabronionego (typizacja)*, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017, s. 410–411 i podana tam literatura.

⁷⁶ Z tego punktu widzenia materialnokarnym warunkiem przestępności czynu jest m.in. ustalenie nie tego, czy adresat normy przekroczył normę sankcjonowaną w sposób bezprawny – tak Ł. Pohl, *Prawo karne...*, op. cit., s. 66–67 – ale tego, czy adresat normy normę tę przekroczył. Wyczerpuje to ocenę czynu pod kątem zgodności z opisem i bezprawności.

⁷⁷ Powstaje przy tym zasadnicze pytanie o to, na czym w ogóle miałyby polegać i w czym się przejawiać operacja polegająca na uwzględnieniu kontratypu przy rekonstrukcji normy, skoro działający w okolicznościach kontratypu i tak realizowałyby znamiona typu czynu zabronionego (przekraczał stosowną normę sankcjonowaną).

⁷⁸ W literaturze wyrażane jest jednak odmienne stanowisko – zob. zwłaszcza A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 39.

mie dyrektywnym (języka norm prawnych)⁷⁹. W interesującej materii pozbawione jakiegokolwiek sensu jest prowadzenie analiz karnistycznych na deskryptywnym poziomie odczytania tekstu prawnego, ponieważ przepisy prawne w ogóle nie są prawem⁸⁰. Koresponduje to z twierdzeniem, że „teksty prawne i zawarte w nich przepisy prawne rozumiane jako jednostki redakcyjne nie są składnikami systemu prawa jako systemu normatywnego”⁸¹.

Wszystko to otwiera perspektywę do postawienia pytania o zasadność wyodrębniania płaszczyzny określoności i bezprawności w prawie karnym. Wypada odnotować, że prawodawca nigdzie nie posługuje się określeniem „bezprawny czyn zabroniony”. Występują jedynie takie określenia, jak: „czyn zabroniony”, „czyn bezprawny” i „bezprawny zamach”⁸². Jest to zrozumiałe, ponieważ „czyn zabroniony” to inaczej „czyn zakazany” przez normę sankcjonowaną w prawie karnym, a ten jest zawsze bezprawny, ponieważ jego bezprawność w żadnym przypadku nie może zostać usunięta przez kontratyp. Ten został już przecież skonsumowany na etapie rekonstrukcji normy sankcjonowanej. Prowadzi to do odrzucenia koncepcji wyróżniania tzw. pierwotnej i wtórnej legalności czynu⁸³. Przypadki, które dziś obejmuje się wtórną legalnością, swoją legalność uzyskują na mocy przepisu modyfikującego jeszcze w rekonstrukcyjnej fazie wykładni prawa (na etapie przekształcania przepisów prawnych w normę sankcjonowaną), a więc

⁷⁹ Zob. M. Matczak, *Dwupoziomowość języka prawnego...*, op. cit., s. 130-131. Zob. też S. Wronkowska, w: A. Michalska, S. Wronkowska, *Zasady tworzenia prawa*, Poznań 1983, s. 6, gdzie wprost wskazano, że przepisy są wieloznaczne, natomiast jednoznaczne – normy prawne. W uzupełnieniu należy dodać, że analogicznie przebiega wykładnia cywilnoprawnych oświadczeń woli. Wykładnia ta polegać ma przecież na tym, że z wieloznacznego wyjściowego oświadczenia woli – w drodze jego wykładni – rekonstruuje się oświadczenie jednoznaczne. Zob. W. Patryas, *Rozważania o normach...*, op. cit., s. 63-64, przyp. 149.

⁸⁰ Jak wiadomo, prawem nie są ani akty normatywne, ani przepisy prawne – prawem są normy prawne wysłowione w przepisach (odtworzone z przepisów prawnych w procesie wykładni). Zob. S. Czepita, S. Wronkowska, M. Zieliński, *Założenia szkoły poznańsko-szczecińskiej w teorii prawa*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 2, s. 10. Podobnie pisze – M. Przetak, *Struktura tekstu prawnego na przykładzie kodeksu karnego*, Gdańsk 2015, s. 99: „Treść prawa wyrażają normy”.

⁸¹ Zob. W. Lang, *System prawa i porządek prawny*, w: *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008, s. 12, gdzie ponadto podkreślono, że teksty aktów prawnych stanowią jedynie autorytatywne źródło informacji o normach prawnych dekodowanych z przepisów prawnych.

⁸² Kodeks karny posługuje się jeszcze ogólnym określeniem „czyn”, i z kontekstu jego użycia wiadomo, że chodzi o „czyn zabroniony” (np. art. 11 § 1 i 2). Z kolei określenie „bezprawny zamach” oznacza, że chodzi o zachowanie zakazane przez jakąkolwiek normę sankcjonowaną, nie tylko o charakterze prawnokarnym).

⁸³ Wprawdzie próby takie podejmowano już w literaturze z zakresu prawa karnego (ostatnio J. Majewski, *Czy idea tak zwanej wtórnej legalności się broni?*, w: *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego* 2017, t. 43, s. 401-420), ale nigdy z pozycji derywacyjnej koncepcji wykładni prawa i jej wszystkich wyznaczników. Należy odnotować, że rzeczona koncepcja jako żywo przypomina znaną francuskiemu prawu karnemu koncepcję legalności bezpośredniej i legalności pośredniej, sformułowaną jeszcze w latach dwudziestych XX w. Legalność bezpośrednia ma miejsce wtedy, gdy określony czyn nie pokrywa się z obiektywną istotą przestępstwa. Z kolei legalność pośrednia ma miejsce wtedy, gdy czyn wprawdzie spełnia obiektywną istotę przestępstwa, ale jego bezprawność jest wyłączona z mocy szczególnych podstaw usprawiedliwiających. Zob. A. J. Szwarc, *Sport a prawo karne*, Poznań 1971, s. 75 i podane tam opracowanie P. Garraud, *Les sports et le droit pénal*, „Revue Internationale de Droit Pénal” 1924, nr 1.

nie na poziomie typu czynu zabronionego⁸⁴. Wtedy „wyłączenie” bezprawności określonych zachowań następuje przed ostatecznym zrekonstruowaniem normy sankcjonowanej i zachowanie zrealizowane w warunkach kontratyphu jest legalnie „pierwotnie”, podobnie jak zabieg leczniczy wykonany *lege artis* czy zachowanie podjęte w granicach ryzyka dnia codziennego.

Dłatego zgodność czynu z opisem oznacza brak kontratyphu i jest podstawą do definitywnego ustalenia przekroczenia normy sankcjonowanej. Wyodrębnianie i ostra separacja określoności czynu i jego bezprawności w strukturze przestępstwa, może mieć jakieś swoje racje wyłącznie na deskryptywnym poziomie wykładni prawa. Na normatywnym poziomie odczytania tekstu prawnego ustawowa określoność i bezprawność zlewają się w jednolitą całość. Na poziomie norm sankcjonowanych w prawie karnym można wtedy zasadnie mówić jedynie o „czynie zakazanym” zwanym w języku prawnym „czynem zabronionym”⁸⁵. Nie istnieje natomiast normatywna kategoria „bezprawny czyn zabroniony”. Jeśli bowiem dany czyn jest „zabroniony”, to wiadomo, że chodzi tylko o taki czyn, który ma cechę trwałej bezprawności⁸⁶. Nie da się natomiast wyodrębnić zachowania przekraczające normę sankcjonowaną w sposób niebezprawny. Przymiotnik „bezprawny” nie ma racji bytu na poziomie norm sankcjonowanych. W efekcie w prawie karnym nie jest tak, że „nie każda realizacja czynu zabronionego jest

⁸⁴ Na gruncie przyjmowanych w tym opracowaniu założeń nie jest podstawne zakresowe różnicowanie kontratyphów i okoliczności wyłączających bezprawność. Czyni tak jednak A. Zoll, *Kontratypy a okoliczności...*, s. 12–13. Na poziomie norm sankcjonowanych chodzi o to samo, obie te formuły prowadzą do tych samych rezultatów, mianowicie brakiem przekroczenia stosownej normy sankcjonowanej. Nic odmiennego nie wynika z faktu użycia w art. 213 § 1 k.k. wyrażenia „nie ma przestępstwa”, które ma świadczyć o tym, że chodzi o legalność o charakterze pierwotnym. Tak – A. Zoll, *Zapis dyskusji nt. „Charakter prawny kontratyphu” z dnia 9 lutego 2009 r. oraz 20 marca 2009 r. na zebraniu naukowym Katedry Prawa Karnego UJ*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2, s. 70. Uważna lektura art. 213 i art. 214 k.k. prowadzi bowiem do wniosku, że ten brak przestępstwa” (art. 214 *in princ.* k.k.) w równym stopniu odnosi się do sytuacji opisanych w art. 213 § 2 k.k., gdzie mowa jest całkiem wyraźnie o sytuacjach, w których sprawca „nie popełnia przestępstwa”, ponieważ art. 214 k.k. dotyczy całego art. 213 k.k. (*verba legis*: „z przyczyn określonych w art. 213”). *De lege lata* formuły „brak przestępstwa” i „nie popełnia przestępstwa” są zamienne zakresowo, bo znaczą dla prawodawcy to samo i tak też muszą być rozumiane na normatywnym poziomie odczytania tekstu prawnego. Użycie w art. 213 § 1 k.k. formuły „nie ma przestępstwa” jest jedynie odchyleniem stylistycznym.

⁸⁵ Nie jest błędem również przyjmowanie zakresowej znamienności pary nazw „czyn zabroniony” – „czyn bezprawny”. Ważne jest jedynie to, aby ze znaczeniem tych określeń wiązać przekroczenie normy sankcjonowanej w prawie karnym.

⁸⁶ Na tym tyle zasadnicze wątpliwości nasuwa ustalenie, że z użytej w art. 1 § 1 k.k. formuły „popełnia czyn zabroniony pod groźbą kary” może wyinterpretować aż cztery elementy definicji przestępstwa: czyn faktyczny, czyn zabroniony, czyn bezprawny i czyn karalny”. Tak – R. Zawłocki, *Przestępstwo i jego struktura*, w: *System prawa karnego...*, op. cit., s. 112. Z art. 1 § 1 k.k. wcale przecież nie wynika, że czyn ma być czynem zabronionym i bezprawnym. W przepisie tym wprost mowa jest jedynie o czynie, który jest zabroniony. Na poziomie normatywnym odczytania tekstu prawnego wspomniane zabronienie to właśnie bezprawność plus ustawowa określoność (zgodność z opisem wyrażonym w normie sankcjonowanej w prawie karnym). Oba te elementy stanowią nierozdzielalną całość. O bezprawności przepis art. 1 § 1 k.k. nie wspomina dlatego, bo bezprawność należy do istoty czynu zabronionego.

realizacją czynu bezprawnego⁸⁷. Realizacja wszystkich znamion określonego typu czynu zabronionego to przecież nic innego, jak przekroczenie zakazu określonego w normie sankcjonowanej (zgodność określonego zachowania z opisem typu czynu zabronionego zrekonstruowanego z uwzględnieniem modyfikatorów, w tym art. 25 § 1 k.k. i art. 26 § 1 k.k.). Zasadnicze znaczenie ma fakt, że poprawne odtworzenie normy sankcjonowanej zawsze kontratyp już uwzględnia (z formie zanegowanej, analogicznie jak zasadniczy typ czynu zabronionego uwzględnia typy zmodyfikowany). W konsekwencji ustawowe określenie „nie popełnia przestępstwa” użyte w art. 25 § 1, art. 26 § 1 oraz art. 27 § 1 k.k. – już na normatywnym poziomie odczytania tekstu prawnego – znaczy po prostu „nie przekracza zakazu wyrażonego w normie sankcjonowanej w prawie karnym” (nie realizuje znamion czynu zabronionego) zabicia, zmuszania, kradzieży, zniszczenia rzeczy itd. W praktyce stosowania prawa zastosowanie kontratypu sprowadzałoby się więc do ustalenia, czy oceniane zachowanie wypełnia znamiona typu (odzwierciedlające również kontratyp), czy tych znamion nie wypełnia. Nie stwierdza się natomiast działania sprawcy w warunkach kontratypu (nie ma czegoś takiego, jak znamiona typu i kontratypu, znamiona są zawsze jedno i te same – są znamionami typu). Dlatego art. 25 § 1 k.k. nie jest elementem kwalifikacji prawnej (przepisu tego nie należy powoływać w podstawie prawnej decyzji procesowej).

Prowadzi to do wniosku, że bezprawność w ogóle nie jest ani elementem karnoprawnej oceny czynu *in concreto*, ani też samodzielnym elementem struktury przestępstwa. W sferze prawa karnego należy posługiwać się po prostu jednolitą konstrukcją zakazu, nie zaś określoności i bezprawności jako dwóch elementów karnoprawnego wartościowania. Innymi słowy – czyn albo nie przekracza stosownej normy sankcjonowanej, albo ją przekracza i wtedy z założenia jest czynem zgodnym z ustawowym opisem typu i zarazem definitywnie bezprawnym. Takie ujęcie w zadowalający sposób rozwiązuje odwieczny problem obracający się wokół pytania, czy bezprawność ma charakter jednolity (monistyczny), czy może istnieją podstawy do wyróżniania bezprawności sektorowej, a więc karnej (kryminalnej), cywilnej itp. Zamiast pytać, czy czyn jest bezprawny w całym systemie prawa, należy pytać o to, czy czyn ten przekracza normę sankcjonowaną w prawie karnym, a więc że jest czynem zakazanym w prawie karnym. Pozytywna odpowiedź na to pytanie oznacza, że dany czyn jest zawsze czynem stale bezprawnym, bo bezprawność nie może już zostać zneutralizowana legalizującym działaniem kontratypu⁸⁸. Z tego punktu widzenia nie do utrzymania jest monistyczne ujęcie

⁸⁷ Zob. Ł. Pohl, *Struktura normy...*, op. cit., s. 200 i podana tam wypowiedź Z. Ziembys sprecyzowana w pracy *Analityczna teoria obowiązku. Studium z logiki deontycznej*, Warszawa 1983, s. 85.

⁸⁸ Ściśle biorąc, instytucja obrony koniecznej funkcjonująca w prawie karnym i cywilnym, nie dotyczy wcale dwóch różnych kategorii bezprawności, rzekomo powodowanych „odmiennością struktury bezprawia cywilnego i karnego oraz podstaw ich wyłączenia” tudzież odmiennością pojmowania „bezprawności” zamachu w prawie cywilnym i karnym. Bliżej Z. Jedrzejewski, *Obrona konieczna, agresywny i defensywny stan wyższej konieczności w prawie cywilnym i karnym – usprawiedliwienie (legalizacja) czynu zabronionego między wolnością a utilitaryzmem (proporcjonalnością, solidarnością)*, w: *Państwo Konstytucja Prawo. Księga pamiątkowa poświęcona Sędziemu Trybunału Konstytucyjnego Profesorowi Henrykowi*

bezprawności, natomiast gdy zakłada się pluralność bezprawności, to należałoby powiedzieć, że w istocie chodzi o normy mające za przedmiot obowiązki prawne wartościowane z punktu widzenia kilku norm sankcjonowanych, należących do różnych dyscyplin prawa.

Pod adresem ujęcie, wedle którego kontratyty w sposób zaprzeczony wchodzi w skład znamion typu czynu zabronionego podniesiono, że wtedy zbędny byłby art. 29 k.k. „we fragmencie, w którym mówi się o usprawiedliwionym błędnym przekonaniu co do tego, że zachodzi okoliczność wyłączająca bezprawność czynu”⁸⁹. Wypada jednak zwrócić uwagę na fakt, że nie można błędzić co do okoliczności zwalniających z odpowiedzialności karnej i odwzorowanych w normie sankcjonowanej w sposób zaprzeczony. Przedmiotem błędu co do znamion mogą być tylko takie okoliczności stanowiące znamię czynu zabronionego, których wystąpienie owocowałoby odpowiedzialnością karną, gdyby błędu nie było (błąd może dotyczyć cech czynu zakazanego w prawie karnym), nigdy zaś tych znamion, które od odpowiedzialności uwalniają i zostały włączone w treść normy sankcjonowanej za sprawą modyfikatora treściowego⁹⁰. Dlatego właśnie w prawie karnym mamy art. 29 k.k. obok art. 28 § 1 k.k.

Zarzuty podnoszone od lat w naszym piśmiennictwie pod adresem teorii negatywnych znamion nie mogą być przenoszone na technikę rozczłonkowania treściowego norm w przepisach prawnych i aplikacji tej techniki w sferze struktur normatywnych dekodowanych z przepisów prawa karnego. Techniki kodowania i rekonstrukcji norm w procesie wykładni o uniwersalnym zasięgu, wykraczającym poza prawo karne. W odniesieniu do twierdzenia, że art. 25 § 1 k.k. jest

Ciochowi, Warszawa 2019, s. 181–186. W rzeczywistości dotyczy różnych rodzajów norm sankcjonowanych (zakazujących, właściwych prawu karnemu oraz nakazującej naprawić szkodę, dla której fundamentem jest art. 415 k.c. modyfikowanej m. in. przez art. 423 k.c.). W jaki zaś zostanie rozwiązana sprawa uchylecia/zablokowania bezprawności przekroczenia normy sankcjonowanej (a ściślej: ograniczenia zakresu zakazu/nakazu wyrażonego w normie sankcjonowanej) w danej gałęzi prawa, determinować będzie jedynie zasięg działania stosownego modyfikatora treściowego. To wielość norm sankcjonowanych dotyczących tego samego zachowania się i sankcjonujących to samo zachowanie, jest podłożem istnienia w systemie prawa dwóch przepisów traktujących o obronie koniecznej.

⁸⁹ W ten sposób – Ł. Pohl, K. Burdziak, *Obraz i analiza wykładni sądowej przepisów Kodeksu karnego z 1997 r. o obronie koniecznej i przekroczeniu jej granic*, Warszawa 2017, s. 75. Podobnie – w odniesieniu do teorii znamion negatywnych – A. Wąsek, *Kodeks karny. Tom I. Komentarz*, Gdańsk 1999, s. 297; P. Daniluk, w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. A. Stefański, Warszawa 2015, s. 283.

⁹⁰ Po połączeniu art. 148 § 1 k.k. z art. 25 § 1 k.k. w rekonstrukcyjnej fazie wykładni prawa otrzymamy sankcjonowane wyrażenie normokształtne następującej treści: „Kto zabija człowieka, a nie działa odpierając bezpośredni, bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem”. Przedmiotem błędu z art. 28 § 1 k.k. mogą być tylko znamiona pozytywne, których realizacja prowadzi do odpowiedzialności karnej („Kto zabija człowieka”), nigdy zaś znamiona negatywne („a nie działa odpierając bezpośredni, bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem”). Usprawiedliwiony błąd co do znamion ma przecież prowadzić do uwolnienia od odpowiedzialności karnej. Nie może więc mieć za przedmiot tego fragmentu normy sankcjonowanej, który ze swej istoty zawsze prowadzi do uwolnienia od tej odpowiedzialności.

modyfikatorem zmieniającym zakres zastosowania stosownej normy sankcjonującej, za nieaktualny należy uważać zarzut podnoszony m. in. przez A. Zolla, jakoby:

Nie można normy zezwalającej na wyjątkowe przełamanie zakazu włączyć (ze znakiem przeciwnym) w treść normy zakazującej. Norma zakazująca i norma zezwalająca na przełamanie zakazu nie leżą na tej samej płaszczyźnie. Najpierw trzeba ustalić, że jakieś zachowanie realizuje wszystkie znamiona typu czynu zabronionego (naruszającego normę sankcjonowaną), żeby następnie sięgać po usprawiedliwienie tego naruszenia.

Rzecz przecież w tym, że w ujęciu derywacyjnym art. 25 § 1 k.k. nie zostaje włączony w treść normy zakazującej, bo w momencie uwzględnienia tego kontratypu takiej normy jeszcze nie ma, nie została ona zrekonstruowana. To uwzględnienie następuje na etapie przekształcania stosownego zbioru przepisów prawnych na normę sankcjonowaną (przechodzenia między dwoma poziomami odczytania tekstu prawnego)⁹¹. W tym momencie rozstrzygnięte zostaje też kolizja dóbr i norma sankcjonowana chroni tylko to dobro, które jest przedmiotem ochrony ze strony normy uwzględniającej kontratyp⁹². Treść normy sankcjonowanej (zakazującej) kontratyp już uwzględnia⁹³. Typ czynu zabronionego pod groźbą kary to kombinacja przepisu typizującego i kontratypu. Na poziomie normatywnym odczytania tekstu prawnego opis typu czynu zabronionego należy odczytywać łącznie z przepisem statuującym kontratyp oraz innymi uwzględnianymi modyfikatorami. Kontratypy można więc rozpatrywać już na płaszczyźnie generalno-abstrakcyjnej

⁹¹ Ten moment przejścia najbardziej różnicuje ujęcie kontratypów fundowane przez koncepcję derywacyjną z ujęciem proponowanym przez teorię negatywnych znamion, gdzie kontratypy stanowią zaprzeczenie już w pełni rozwiniętego typu czynu zabronionego (znamion ujętych pozytywnie). Ponadto teoria znamion negatywnych operowała na przepisach prawnych a nie normach. Trafnie podkreślił to W. Wróbel, *Konstrukcja kontratypu jako sposób uadekwatniania treści normy sankcjonowanej i sankcjonującej w procesie wykładni prawa karnego*, w: *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010, s. 383.

⁹² W tym sensie funkcją kontratypów nie jest rozwiązywanie kolizji przynajmniej dwóch różnych przedmiotów ochrony. Odmiennie – Sz. Tarapata, *Dobro prawne...*, op. cit., s. 394. Na normatywnym poziomie odczytania tekstu prawnego taka kolizja nigdy nie występuje.

⁹³ Dlatego też mylące jest samo wolterowskie określenie „kontratyp”, które przecież niedwuznacznie sugeruje, że adekwatny obraz typu czynu zabronionego może istnieć bez uwzględnienia modyfikatorów, w tym art. 25 § 1 k.k., który dopiero stosuje się dla zaprzeczenia (człon „kontra”) typowi (usprawiedliwienia zrealizowanie znamion typu). Człon „kontra” oznacza przecież, że do realizacji znamion doszło. Zob. A. Zoll, *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, w: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 10. Jednakże w ujęciu derywacyjnym kontratyp to nic innego, jak przepis modyfikujący stanowiący składnik typu, a nie jego zaprzeczenie czy podstawa usprawiedliwiająca realizację znamion. W niniejszym opracowaniu posługuję się pojęciem kontratypu, ponieważ zakorzeniło się ono w polskim prawie karnym, choć jednocześnie odnotować trzeba, że Twórca koncepcji derywacyjnej tym pojęciem się nie posługuje. Ważne jest, aby określenia „kontratyp” nie pojmować dosłownie, jako wytworu normatywnego zaprzeczającemu typowi.

(przy rekonstrukcji zakazu), a nie dopiero indywidualno-konkretnej, związanej z faktycznym czynem wypełniającym znamiona typu czynu zabronionego⁹⁴.

W ujęciu derywacyjnym w żadnym więc razie nie jest tak, że w pierw rekonstruuje się treść normy sankcjonowanej (zakres zakazu), by następnie naruszenie tego zakazu móc usprawiedliwić, sięgając po kontratyp⁹⁵. W każdym razie, kontratyp pozbawiony jest wszelkich odniesień do płaszczyzny karalności (normy sankcjonującej), ponieważ jest zawsze uwzględniany do derywacji (rekonstrukcji) normy sankcjonowanej (zakazu). Na tym wyczerpuje się jego normatywna funkcja. Kontratyp samodzielnie nie tworzy żadnego wzorca postępowania. Tworzy jedynie określony wycinek znamion typów czynów zabronionych (fragmentów norm sankcjonowanych w prawie karnym). Konsekwentne uwzględnienie powyższych ustaleń podaje w zasadniczą wątpliwość żywione przez karnistów przeświadczenie, że ustawowa określoność czynu i bezprawność to dwa różne elementy struktury przestępstwa, znajdujące się na różnych piętrach tej struktury⁹⁶. Sama bezprawność czynu nie jest następnym – po stwierdzeniu znamienności czynu – etapem jego karnoprawnej oceny⁹⁷. Na normatywnym poziomie odczytania tekstu prawnego nie mogą ze sobą współistnieć znamienność czynu i bezprawność, jako dwa odrębne elementy struktury przestępstwa. Gdyby tak było, to bezprawność jako element karnoprawnego wartościowania nie mogłaby zostać zneutralizowana przez kontratyp, bo ten został już skonsumowany na etapie rekonstrukcji zakazu karnego. Tym samym niebezpieczne przekroczenie normy sankcjonowanej i czyn zabroniony zgodny z prawem to przykłady *contradicto in adiecto*⁹⁸.

⁹⁴ Odmienne – R. Zawłocki, *Przestępstwo i jego struktura*, w: *System prawa karnego...*, op. cit., s. 122–123, przyp. 405.

⁹⁵ W żadnym więc razie obrona konieczna przewidziana w k.k. nie jest też żadnym zgeneralizowanym i uniwersalnym wzorcem usprawiedliwienia „dla wszelkiego rodzaju przestępczych naruszeń dóbr napastnika” – tak W. Zontek, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 510.

⁹⁶ Przestępstwem, pisze R. Dębski, „jest tylko taki czyn, który – obok spełnienia innych warunków – został przy pomocy znamion opisany w ustawie jako zagrożony karą kryminalną i jest bezprawny”. Zob. R. Dębski, *Typ czynu zabronionego...*, op. cit., s. 409.

⁹⁷ Taką dwuetapowość badania bezprawności akcentuje m.in. K. Buchała, *Prawo...*, op. cit., s. 191.

⁹⁸ Wypada odnotować, że Ł. Pohl przyjmuje, że rolą normy sankcjonowanej nie jest wyznaczanie kręgu zachowań bezprawnych, a jedynie zakazanych w prawie karnym, oraz że nie jest tak, iż zachowania zakazane w prawie karnym są już na tej podstawie zachowaniami bezprawnymi, zwalczając tym samym opozycyjne ujęcie prezentowane m.in. przez A. Zolla, przyjmującego podział znamion typu czynu zabronionego na znamiona decydujące o bezprawności czynu i znamiona decydujące o jego karalności, wobec czego znamie modyfikujące nie jest znamieniem decydującym o bezprawności czynu, ale kształtuje szczególną karalność czynu. Zob. Ł. Pohl, *Struktury normatywne zmodyfikowanych...*, op. cit., s. 23–25.

BIBLIOGRAFIA

- Bielski M., *Koncepcja kontratypów jako okoliczności wyłączających karalność czynu*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2009, nr 2.
- Brożek B., *Derywacyjna koncepcja wykładni z perspektywy logicznej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2006, z. 1.
- Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989.
- Buchała K., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997.
- Choduń A., *Koncepcja wykładni prawa Macieja Zielińskiego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2016, z. 4.
- Cieślak M., *Polska procedura karna. Podstawowe założenia teoretyczne*, Warszawa 1984.
- Czepita S., Wronkowska S., Zieliński M., *Założenia szkoły poznańsko-szczecińskiej w teorii prawa*, „Państwo i Prawo” 2013, z. 2 (3-16).
- Daniluk P., w: *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. A. Stefański, Warszawa 2015.
- Dębski R., *Jeszcze o normie prawnokarnej*, w: *Nauki penalne wobec szybkich przemian socjokulturowych. Księga jubileuszowa Profesora Mariana Filara. Tom I*, red. A. Adamski, J. Bojarski, P. Chrzczonowicz, M. Leciak, Toruń 2014.
- Dębski R., *Typ czynu zabronionego (typizacja)*, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017.
- Dudek P.M., Małecki M., *Charakter prawny kontratypu w świetle koncepcji zbiegu wartościowań tego samego typu*, „Państwo i Prawo” 2019, z. 3 (45-61).
- Dukiet-Nagórska T., w: *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet-Nagórska, Warszawa 2018.
- Giezek J., w: M. Bojarski, J. Giezek, Z. Sienkiewicz, *Prawo karne materialne. Część ogólna i szczególna*, Warszawa 2015.
- Grzybowski S., *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1974.
- Gubiński A., *Zasady prawa karnego*, Warszawa 1996.
- Iwański M., Małecki M., Tarapata Sz., Zontek W., *Dlaczego rozważania o „aspekcie formalnym kontratypu obrony koniecznej” są bezprzedmiotowe (na marginesie artykułu Kamila Siwka)*, „Przebieg Sądowy” 2020, nr 12 (135-142).
- Jabłońska-Bonca J., *Wstęp do nauk prawnych*, Poznań 1994.
- Jedrzejewski Z., *Bezprawność jako element przestępczości czynu*, Warszawa 2009.
- Jedrzejewski Z., *Bezprawność*, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017.
- Jedrzejewski Z., *Funkcje i materialne podstawy rozróżnienia między kontratypami a okolicznościami znoszącymi zawinienie*, „Prawo w Działaniu. Sprawy karne” 2019, nr 39 (99-124).
- Kaczmarek T., *O kontratypach raz jeszcze*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 7.
- Kaczmarek T., *O tzw. okolicznościach „wyłączających” bezprawność czynu*, „Państwo i Prawo” 2008, z. 10.
- Kluza J., *Przestępstwo kradzieży z włamaniem w świetle orzecznictwa Sądu Najwyższego w odniesieniu do wykładni norm prawa karnego materialnego*, „Civitas et Lex” 2021, nr 1 (27-40).
- Kozłowska-Kalisz P., w: *Prawo karne materialne. Część ogólna*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2016.
- Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, Warszawa 2015.
- Lang W., *Teoria prawa*, Toruń 1972.

- Lang W., *System prawa i porządek prawny*, w: *System prawny a porządek prawny*, red. O. Bogucki, S. Czepita, Szczecin 2008.
- Leszczyński L., *Zagadnienia teorii stosowania prawa*, Kraków 2003.
- Majcher Sz., *W kwestii tzw. prawotwórstwa sądowego (na przykładzie orzecznictwa SN w sprawach karnych)*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 2 (69–81).
- Majewski J., *Czy idea tak zwanej wtórnej legalności się broni?*, w: *Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego 2017*, t. 43 (401-420).
- Majewski J., *Zbieg przepisów ustawy. Zagadnienia węzłowe*, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017.
- Malinowski A., *Prawna indyferencja czynu*, „Państwo i Prawo” 2012, z. 5.
- Matczak M., *Dwupoziomowość języka prawnego w derywacyjnej koncepcji wykładni i jej znaczenie dla współczesnych sporów w anglosaskiej teorii interpretacji prawniczej*, w: *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010.
- Matczak M., *Imperium tekstu. Prawo jako postulowanie i urzeczywistnianie świata możliwego*, Warszawa 2019.
- Michalska A., Wronkowska S., *Zasady tworzenia prawa*, Poznań 1983.
- Patryas W., *Rozważania o normach prawnych*, Poznań 2001.
- Pohl Ł., *O stosunku między zmodyfikowanym typem czynu zabronionego pod groźbą kary a leżącą u jego podstaw normą sankcjonowaną*, „Ius Novum” 2010, nr 1 (7-22).
- Pohl Ł., Zieliński M., *W sprawie rzetelności wiedzy o wykładni*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2011, z. 1 (5–19).
- Pohl Ł., *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego polskim prawem karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2012.
- Pohl Ł., *Struktury normatywne zmodyfikowanych typów przestępstw*, w: *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce*, red. J. Giezek, J. Brzezińska, Warszawa 2017.
- Pohl Ł., Burdziak K., *Obraz i analiza wykładni sądowej przepisów Kodeksu karnego z 1997 r. o obronie koniecznej i przekroczeniu jej granic*, Warszawa 2017.
- Pohl Ł., Burdziak K., *Praktyka instytucji obrony koniecznej*, Warszawa 2018.
- Pohl Ł., *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019.
- Przetak M., *Struktura tekstu prawnego na przykładzie kodeksu karnego*, Gdańsk 2015.
- Sarkowicz R., w: R. Sarkowicz, J. Stelmach *Teoria prawa*, Kraków 1998.
- Siwiek K., *Błąd co do prawa a dyrektywa języka prawniczego*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 3 (86–97).
- Siwiek K., *Wykładnia znamienia «pogrzeb» na tle art. 195 § 2 k.k. jako przykład dopuszczalnego przelamania znaczenia językowego*, „Przegląd Sądowy” 2018, nr 9 (100–110).
- Siwiek K., *Aspekt formalny kontratypu obrony koniecznej*, „Przegląd Sądowy” 2020, nr 5.
- Siwiek K., *Kilka uwag o stosunku pomiędzy podstawowym typem czynu zabronionego a jego odmianami oraz o regule specjalności jako mechanizmie redukcyjnym wielość ocen w prawie karnym*, „Ius Novum” 2021, z. 3, s. 27-46.
- Skowrońska-Bocian E., *Prawo cywilne. Część ogólna. Zarys wykładu*, Warszawa 2005.
- Stefański R. A., *Wykładnia przepisów prawa karnego*, w: *Źródła prawa karnego. System Prawa Karnego*, t. 2, red. T. Bojarski, Warszawa 2011.
- Szwarc A. J., *Sport a prawo karne*, Poznań 1971.
- Śliwiński S., *Polskie prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 1946.
- Tarapata S., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016.
- Warylewski J., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, red. J. Majewski, Toruń 2008.

- Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2020.
- Wąsek A., *Kodeks karny. Tom I. Komentarz*, Gdańsk 1999.
- Wojciechowski B., *Wyważanie reguł wykładni jako element dyskrecjonalności sędziowskiej, w: W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010.
- Wronkowska S., *Podstawowe pojęcia prawa i prawoznawstwa*, Poznań 2005.
- Wronkowska S., Zieliński M., *Komentarz do zasad techniki prawodawczej*, Warszawa 2004.
- Wronkowska S., Ziemiński Z., *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.
- Wróbel W., *Struktura normatywna przepisu prawa karnego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1993, z. 3 (93-103).
- Wróbel W., *Konstrukcja kontratypu jako sposób uadekwatniania treści normy sankcjonowanej i sankcjonującej w procesie wykładni prawa karnego*, w: *W poszukiwaniu dobra wspólnego. Księga jubileuszowa Profesora Macieja Zielińskiego*, red. A. Choduń, S. Czepita, Szczecin 2010.
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2011.
- Wróblewski J., *Właściwości, rola i zadania dyrektyw interpretacyjnych*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 1961, z. 4 (93-111).
- Zawłocki R., *Przestępstwo i jego struktura*, w: *System prawa karnego. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2017.
- Zieliński M., *Osiemnaście mitów w myśleniu o wykładni prawa*, „Palestra” 2011, nr 3-4 (20-31).
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady – reguły – wskazówki*, Warszawa 2017.
- Ziemiński Z., *Analiza pojęcia czynu*, Warszawa 1972.
- Ziemiński Z., *Problemy podstawowe prawoznawstwa*, Warszawa 1980.
- Ziemiński Z., w: S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001.
- Zirk-Sadowski M., *Problemy wyboru pomiędzy konkurującymi modelami wykładni prawa*, „Przegląd Prawa i Administracji” 2016, Tom 104 (155-169).
- Zoll A., *Recenzja pracy A. Spotowskiego pt. „Pomijalny (pozorny) zbieg przepisów ustawy i przestępstw”*, (Warszawa 1976), „Państwo i Prawo” 1977, z. 5 (131-136).
- Zoll A., *Karalność i karygodność czynu jako odrębne elementy struktury przestępstwa*, w: *Teoretyczne problemy odpowiedzialności karnej w polskim oraz niemieckim prawie karnym. Materiały polsko-niemieckiego sympozjum prawa karnego*, red. T. Kaczmarek, Wrocław 1990 (101-112).
- Zoll A., *O normie prawnej z punktu widzenia prawa karnego*, „Krakowskie Studia Prawnicze” 1990, t. XXIII (69-95).
- Zoll A., *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu (Zagadnienia ogólne)*, Warszawa 1982.
- Zoll A., *„Pozaustawowe” okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną w świetle konstytucyjnej zasady podziału władzy*, w: *W kregu teorii i praktyki prawa karnego. Księga poświęcona pamięci Profesora Andrzeja Wąska*, Lublin 2005.
- Zoll A., *Kontratypy a okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, w: *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu*, red. J. Majewski, Toruń 2008.
- Zoll A., *W sprawie kontratypów*, „Państwo i Prawo” 2009, z. 4 (108-114).
- Zoll A., *Zapis dyskusji nt. „Charakter prawny kontratypu” z dnia 9 lutego 2009 r. oraz 20 marca 2009 r. na zebraniu naukowym Katedry Prawa Karnego UJ*, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2010, nr 2 (63-102).
- Zoll A., *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1-52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016.
- Zontek W., *Modele wyłączania odpowiedzialności karnej*, Kraków 2017.

Zontek W., w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017,

Żółtek S., *Znaczenie normatywne ustawowych znamion typu czynu zabronionego. Z zagadnień semantycznej strony zakazu karnego*, Warszawa 2017.

O WYKORZYSTANIU DERYWACYJNEJ KONCEPCJI WYKŁADNI PRAWA W ROZWIĄZYWANIU PROBLEMÓW PRAWA KARNEGO

Streszczenie

Zasadniczym celem opracowania jest przedstawienie możliwości wykorzystania derywacyjnej koncepcji wykładni prawa w rozwiązywaniu kilku wybranych istotnych problemów prawa karnego – na bazie przyjmowanych przez rzeczoną koncepcję dwupoziomowości tekstu prawnego oraz rozczłonkowania treściowym norm w przepisach prawnych. Na tym tle ustalono, że każdy przepis typizujący części szczególnej Kodeksu karnego zawsze wysłowia zręby normy sankcjonowanej i sankcjonującej, co oznacza, że prawo karne jest regulatorem życia społecznego i samoistnym źródłem norm sankcjonowanych (zakazujących). Nadto ustalono, że przepisy statuujące kontratypy w rzeczywistości są przepisami modyfikującymi i nie są podstawą rekonstrukcji określonej normy prawnej. Stanowią niezbędny składnik norm sankcjonowanych i modyfikują ich zakres zastosowania. W konsekwencji w obszarze prawa karnego ustalenie bezprawności czynu ma zawsze charakter definitywny, bo przekroczenie określonej normy sankcjonowanej implikuje bezprawność. Tym samym nie jest tak, że ustawowa określoność czynu i bezprawność to dwa różne elementy struktury przestępstwa, znajdujące się na różnych piętach tej struktury.

Słowa kluczowe: wykładnia prawa, norma sankcjonowana, bezprawność, kontratypy, określoność czynu zabronionego

ON USE OF THE DERIVATIONAL CONCEPT OF LAW INTERPRETATION IN RESOLVING CRIMINAL LAW ISSUES

Summary

The principal aim of the study is to present the possibility of using the derivational concept of interpretation of the law to solve several selected significant problems of criminal law – on the basis of the two levels of legal text adopted according to the concept in question and the substantive fragmentation of norms in legal regulations. Against this background, it has been established that every provision typifying the specific section of the Penal Code always expresses out the foundations of a sanctioned and sanctioning norm, which means that criminal law is a regulator of social life and an inherent source of sanctioned (forbidding) norms. Moreover, it has been established that the provisions defining justification in law are, in fact, modifying provisions and are not the basis for reconstructing a specific legal norm. They constitute an indispensable component of sanctioned norms and modify their scope of application. As a result, in the area of criminal law, the determination of the unlawfulness of an act is always of a definitive nature, because overstepping a specific sanctioned norm implies unlawfulness. Thus, it is not the case that the statutory definiteness of an act and its

unlawfulness are two different elements of the structure of an offence, located on different levels of that structure.

Key words: interpretation of the law, sanctioned norm, unlawfulness, justification in law, definiteness of a prohibited act

Cytuj jako: Siwek K., *O wykorzystaniu derywacyjnej koncepcji wykładni prawa w rozwiązywaniu problemów prawa karnego*, „Ius Novum” 2021 (15) nr 4, s. 73–104. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.30/k.siwek

Cite as: Siwek K. (2021) 'On use of the derivational concept of law interpretation in resolving criminal law issues'. *Ius Novum* (Vol. 15) 4, 73–104. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.30/k.siwek

PRZESTĘPSTWA Z UŻYCIEM NOŻA W ANGLII I WALII

MONIKA MIROŃCZUK*

DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.31/m.mironczuk

WSTĘP

Z punktu widzenia kryminologii przestępczość z użyciem noża w Anglii i Walii stanowi interesujące zagadnienie. Problematyka została uregulowana przez ustawodawcę brytyjskiego w latach pięćdziesiątych ubiegłego stulecia. W 1953 roku weszła w życie ustawa Prevention of Crime Act (PCA)¹. W praktyce PCA 1953 przyznawała policji szerokie uprawnienia, w tym prawo do podejmowania decyzji, czy posiadacz narzędzia może być pociągnięty do odpowiedzialności karnej, czy też nie². Wobec tak rozległych kompetencji funkcjonariuszy trzy lata po obowiązywaniu PCA 1953 sądy zaczęły krytykować brak jednoznacznego uregulowania rodzajów noży uznanych za nielegalne³. Sąd wyraził również swoje niezadowolenie ze wzrostu liczby przestępstw z użyciem przemocy wśród młodych ludzi⁴. Należy jednak wskazać, że realizacja rzetelnego procesu legislacyjnego w zakresie ustawodawstwa karnego jest możliwa tylko dzięki dodatkowym interdyscyplinarnym badaniom danego zjawiska, czego na tamym etapie zabrakło. Analiza zagadnienia powinna obejmować nie tylko rozmiary przestępczości, przyczyny przestępczości, ale również kwestie dotyczące profilu sprawcy i ofiary, miejsce zdarzenia oraz próbę odpowiedzi, jak do tego zjawiska doszło.

W polskim dorobku naukowym brakuje opracowań dotyczących omawianego zagadnienia, a dane statystyczne w porównaniu do brytyjskich są bardzo okrojone. Tymczasem warto przyjrzeć się tej tematyce, ponieważ problem jest uniwersalny⁵.

* mgr, uczestnik seminarium doktorskiego w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie, e-mail: mkmironczuk@gmail.com, ORCID 0000-0002-3985-3604

¹ Dalej jako PCA 1953.

² E. Williams, P. Squires, *Rethinking Knife Crime: Policing, Violence and Moral Panic?*, Basingstoke, 2021, s. 45 i 48.

³ Zgodnie z sekcją 1 (4) ustawy PCA: posiadanie broni ofensywnej w miejscu publicznym bez wymaganego zezwolenia stanowi przestępstwo. Broń ofensywna jest zdefiniowana jako każdy przedmiot wykonany lub przystosowany do użytku w celu spowodowania obrażeń.

⁴ E. Williams, P. Squires, *Rethinking Knife Crime...*, op. cit., s. 35.

⁵ L. Sampson, *Getting Real with Knives and Guns. Covering Laws, Gang Culture, Music & Social Media Influences, Prevention Strategies and Much More*, London, 2021, s. 10.

W odniesieniu do przedmiotu badań sformułowane zostały następujące problemy badawcze:

- Jakie są przyczyny wzrostu liczby przestępstw z użyciem noża?
- Jakie grupy społeczeństwa są w głównej mierze zagrożone przestępstwami z użyciem noża?
- Jak kształtuje się polityka kryminalna w odniesieniu do przeciwdziałania przestępstwom z użyciem noża?

POJĘCIA „NIEBEZPIECZNE NARZĘDZIE”, *KNIFE CRIME*

Istotne w odniesieniu do dalszych rozważań jest wyjaśnienie dwóch podstawowych pojęć, to jest: „niebezpiecznych narzędzi” oraz *knife crime*. Pierwszą definicję można znaleźć w ustawie PCA 1953. Zgodnie z sekcją 1(4): „za niebezpieczne narzędzie można uznać takie, które zostało wykonane lub przystosowane do użytku w celu wyrządzenia krzywdy osobie lub przeznaczone przez osobę posiadającą narzędzie przy sobie do takiego użytku”. Drugie pojęcie, *knife crime*, obejmuje przede wszystkim przestępstwa w związku z: posiadaniem noża lub posłużeniem się nim w celu zastraszenia lub wyrządzenia komuś krzywdy, a także posłużenie się nim z zamiarem popełnienia przestępstw konwencjonalnych: zabójstwa, usiłowania zabójstwa, dokonania czynnej napaści ze spowodowaniem lub zamiarem spowodowania uszczerbku na zdrowiu, przestępstwa przeciwko wolności seksualnej (w tym zgwałcenia) oraz kradzieży⁶. Należy jednak wskazać, że w Wielkiej Brytanii nie istnieje jednolity kodeks karny⁷. Przepisy penalizujące przestępstwa są rozproszone w licznych aktach prawnych: Restriction of Offensive Weapons Act 1959⁸, Criminal Justice Act 1988⁹, Offensive Weapons Act 1996¹⁰, Knives Act 1997¹¹, Violent Crime Reduction Act 2006¹². Wymienione ustawy zostały uzupełnione znowelizowanym aktem, który wszedł w życie 16 maja 2019 roku (Offensive Weapons Act 2019)¹³.

PRZESTĘPSTWA ZWIĄZANE Z POSIADANIEM NOŻA

Ustawodawca uzależnił karalność posiadania noża od dwóch czynników: rodzaju i okoliczności, w których dana osoba go posiada. W odniesieniu do pierwszego zagadnienia, lista noży została zawarta w sekcji 141 (4) CJA 1988. Z powyższej

⁶ Mayor of London, *The London Knife Crime Strategy*, London, 2017, s. 10.

⁷ Por. J. Cabaj, *Precedens jako element system kultury, common law*, „Ius Novum” 2008, nr 4, s. 145 i n.

⁸ Źródło: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/7-8/37/contents> (dostęp: 01.05.2021).

⁹ Źródło: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/33/contents> (dostęp: 01.05.2021), dalej jako CJA 1988.

¹⁰ Źródło: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/26/contents> (dostęp: 01.05.2021).

¹¹ Źródło: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/21/contents> (dostęp: 01.05.2021).

¹² Źródło: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/38/contents> (dostęp: 01.05.2021).

¹³ Źródło: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/17> (dostęp: 01.05.2021).

regulacji wyłączone są składane kieszonkowe noże z ostrzem co najwyżej trzycałowym (7,62 cm), do których należą przede wszystkim szwajcarskie oficerskie. Niemniej z orzecznictwa wynika, że tego typu narzędzie zostanie objęte regulacją, jeżeli charakterystyka noża wskazuje na złożoność procesu zamykania go. (Można tu przypomnieć wyroki w sprawach: *Sharma v. Director of Public Prosecutions* (2018) EWHC 3330¹⁴; *Harris v. Director of Public Prosecutions*, *Fehmi v. Director of Public Prosecutions* (1992) QBD)¹⁵.

Drugi czynnik mający wpływ na penalizację posiadania noża nawiązuje do okoliczności, w których znaleziono narzędzie przy sprawcy. Sekcja 139(1) CJA 1988 stanowi, że posiadanie narzędzia z ostrzem lub ostrym zakończeniem w miejscu publicznym lub na terenie szkoły jest traktowane jako przestępstwo. Idąc dalej, sekcja 139(7) definiuje pojęcie „miejsca publicznego” – są to drogi publiczne, zabudowania i inne miejsca, do których społeczeństwo miało dostęp w czasie popełniania przestępstwa¹⁶. Zgodnie z linią orzecniczą do takich miejsc zalicza się również te miejsca prywatne, których właściciele wyrazili zgodę na ich udostępnienie społeczeństwu¹⁷.

Przesłanki wyłączające penalizację omawianego czynu zostały zawarte w sekcji 139A (4). Osoba, która posiada nóż ze względów: zawodowych, edukacyjnych, religijnych lub jako dodatek do stroju ludowego, jest zwolniona z odpowiedzialności karnej. Istnieją jednak sytuacje, w których sąd nie uznaje, by powyższe powody były wystarczające. High Court of Justice nie przyjął linii obrony oskarżonego, który tłumaczył posiadanie przy sobie noża względami zawodowymi: 30 grudnia 2001 roku oskarżony faktycznie używał go w pracy do cięcia wykładziny. Następnego dnia wybrał się do supermarketu, zapominając o tym, że posiada przy sobie ostrze. Sąd podkreślił, że w tym przypadku zawód, jaki wykonywał oskarżony oraz chwila zapomnienia nie stanowią dobrego powodu (*good reason*) dla posiadania noża¹⁸.

Zdaniem sądu Court of Appeal posiadanie noża bez istotnego powodu jest niedopuszczalne, ponieważ stanowi zagrożenie dla publicznego bezpieczeństwa i publicznego porządku. Podanie powodu, dla którego dana osoba posiadała nóż, jest istotne, ale zdaniem sądu ten rodzaj przestępstwa powinien być w każdych okolicznościach traktowany z powagą. Sądy mają za zadanie rozpatrywać każdy przypadek indywidualnie, biorąc pod uwagę zwiększone prawdopodobieństwo wykorzystania narzędzia do zastraszenia drugiego człowieka. Brak ofiar nie powinien umniejszać powagi analizowanej sprawy. Sąd wskazał, że chęć posiadania noża jedynie do samoobrony może w wyniku poirytowania, wpływu alkoholu czy też złości doprowadzić posiadacza noża do chęci jego użycia¹⁹.

¹⁴ High Court of Justice Queen's Bench Division Administrative Court, 14 November 2018.

¹⁵ Court of Appeal, „The Journal of Criminal Law” 1999, vol. 63, iss. 1, s. 29 i 30.

¹⁶ M. Orlik, *Access All Areas?*, „New Law Journal” 2020, 29 July, iss. 7897, s. 23–24.

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ Wyrok w sprawie *R. Bayliss v. DPP* 2003 EWHC 245 (admin), <https://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2003/245.html> (dostęp: 10.11.2020).

¹⁹ Wyrok Court of Appeal w sprawie *R. v. Povey* z 2008 roku.

¹⁹ [https://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=ew/cases/EWCA/Crim/2008/1261.html&query=title\(R%20and%20Povey%20\)](https://www.bailii.org/cgi-bin/markup.cgi?doc=ew/cases/EWCA/Crim/2008/1261.html&query=title(R%20and%20Povey%20)) (dostęp: 10.11.2020).

W 2017 roku brytyjskie Ministerstwo Spraw Wewnętrznych (Home Office) rozpoczęło własne konsultacje na temat wprowadzenia nowych rozwiązań legislacyjnych. Postulowano dookreślenie już istniejących regulacji. Ustawa Offensive Weapons Act, która weszła w życie w 2019 roku, wprowadziła zmiany w odniesieniu do omawianego narzędzia. Katalog zabronionych noży został poszerzony o dwa rodzaje: noże grawitacyjne i sprężynowe (*gravity knives, flick knives*)²⁰. W tym akcie prawnym usankcjonowano dodatkowo posiadanie omawianego narzędzia na terenie innych jednostek edukacyjnych do których można zaliczyć jednostki uniwersyteckie²¹.

ANALIZA DANYCH STATYSTYCZNYCH

Rok 2007 okazał się przełomowym dla Anglii i Walii w kontekście uzyskiwania danych na temat przestępstw z użyciem noża. Państwo zostało zmuszone do przyjrzenia się bliżej problematyce ze względu na fakt, że znalazło się w grupie państw, które charakteryzował najwyższy poziom przestępczości²². W nawiązaniu do incydentów związanych z czynną napaścią lub groźbą karalną zgłoszonych we wszystkich krajach, w 40% przypadków, w których była mowa o użyciu narzędzia, sprawca posłużył się nożem²³. W rezultacie od 2008 roku w statystykach prowadzonych przez policję funkcjonują nowe kryteria, według których sporządza się raporty dotyczące *knife crime*, umożliwiające odczytanie, w jakim celu został użyty nóż.

Dla badań nad omawianą przestępczością dane, które można znaleźć w raportach krajowego urzędu statystycznego (Office for National Statistics), są szczególnie istotne²⁴. ONS prowadzi biuletyn kwartalny, w którym od 2010 roku zestawia dane policyjne dotyczące przestępczości z użyciem niebezpiecznego narzędzia z wyszczególnieniem procentowego wymiaru czynów zabronionych, w których sprawca posłużył się nożem²⁵.

Dodatkowym źródłem wiedzy na temat przestępstw z użyciem noża są raporty pochodzące ze szpitali oraz coroczne wywiady British Crime Survey, przeprowadzane z mieszkańcami Anglii i Walii, w których respondenci pytani są o rodzaje przestępstw, jakich doświadczyli w ostatnich 12 miesiącach²⁶. Raporty szpitalne, choć reprezentują pewną wartość dodaną, są jednak okrojone i nie rejestrują grupy osób, które chociaż przychodzą na ostry dyżur, to jednak nie są przyjmowane na

²⁰ N. Stone, *The Knife Crime Problem: Further Developments*, „Youth Justice” 2018, vol. 18, iss. 2, September, s. 188–196.

²¹ Definicja *further education* znajduje się w Further and Higher Education Act z 1992 roku, w artykule 91.

²² J.J.M. Van Dijk, R. Manchin, J.N. van Kesteren, G. Hideg, *The Burden of Crime in the EU: A Comparative Analysis of the European Survey of Crime and Safety (EU ICS 2005)*, Gallup Europe, Brussels, 2007, s. 45.

²³ Ibidem, s. 47.

²⁴ Dalej jako ONS.

²⁵ Źródło: <https://www.ons.gov.uk/aboutus/transparencyandgovernance/freedomofinformationfoi/knifecrime> (dostęp: 10.12.2020).

²⁶ Dalej jako BCS.

oddział. Statystyki są zatem jedynie dodatkiem do głównych źródeł. W odniesieniu do drugiego alternatywnego źródła zarzuca się, że BCS nie dociera do mieszkańców najuboższych terenów, osób bezdomnych i mieszkańców państwowych instytucji, co znacząco zniekształca obraz przestępczości. Ponadto ankieterzy pytają tylko tych, którzy wyrażają chęć wzięcia udziału w badaniu. Mając na uwadze powyższe, dokonana analiza statystyk opiera się na biuletynach ONS²⁷.

OFIARY I SPRAWCY

Przystępując do analizy zagadnienia dotyczącego ofiar i sprawców przestępstw z użyciem noża, należy zwrócić uwagę na fakt, że przedział czasowy został okrojony do lat 2015–2019, z powodu trudności z dostępem do danych. Materiałem badawczym uczyniono dane statystyczne pochodzące z zestawienia sporządzonego przez Thames Valley Police. Jest to jednostka, która kontroluje trzy największe hrabstwa (Buckinghamshire, Berkshire, Oxfordshire)²⁸. Do analizy został wybrany powyższy przedział czasowy, ponieważ od 2015 roku procedura zbierania danych do statystyk została ulepszona. Dzięki temu zabiegowi rejestruje się większą liczbę przestępstw²⁹. Oprócz liczby przestępstw, raport Thames Valley Police udostępnia również informacje na temat płci, wieku, pochodzenia etnicznego oraz obserwacje dotyczące tego, czy dana osoba została zarejestrowana tylko jako ofiara, czy może była notowana również jako sprawca. Z analizy danych wynika, że zarówno ofiary, jak i sprawcy przestępstw z użyciem noża to najczęściej mężczyźni. Stanowią oni odpowiednio 87,6% sprawców oraz 74,1% ofiar. Natomiast kobiety są prawie dwa razy częściej ofiarami niż sprawcami (odpowiednio 23,8% i 13,1%). Do ciekawych wniosków prowadzi analiza wieku sprawców i ofiar. Można zauważyć, że obie grupy to najczęściej osoby w młodym wieku, do 34. roku życia. Przeciętny sprawca jest jednak młodszy (29 lat) niż ofiara (33 lata). Zwraca uwagę również fakt, że w grupie sprawców aż 73% stanowiły osoby w wieku 10–34 lat, w tym 13,7% w grupie 10–15 lat oraz 25,7% w wieku 16–24 lata. Wskazuje to na bardzo młody wiek rozpoczęcia kariery przestępczej³⁰.

Z danych dotyczących pochodzenia etnicznego wynika, że biali północni Europejczycy stanowią grupę reprezentatywną zarówno dla ofiar (54,9%), jak i dla sprawców (59,6%). Na kolejnych miejscach w grupie sprawców znaleźli się: osoby czarnoskóre (18%) i Azjaci (9,8%). Najmniej sprawców pochodziło z Bliskiego Wschodu. Ze względu na duże braki danych dotyczących pochodzenia etnicznego

²⁷ *Crime in England and Wales: Year Ending March 2021, Statistical Bulletin*, Office for National Statistics, 22 July 2021, s. 12.

²⁸ L. Bailey, V. Harinam, B. Ariel, *Victims, Offenders, and Victim-offender Overlaps of Knife Crime: A Social Network Analysis Approach Using Police Records*, „PLoS ONE” 2020, vol. 15 (12), December 11, s. 5.

²⁹ *Crime in England and Wales: Year Ending September 2015, Statistical Bulletin*, Office for National Statistics, 21.04.2016, s. 106.

³⁰ L. Bailey, V. Harinam, B. Ariel, *Victims, Offenders...*, op. cit., s. 8.

ofiar – 23,9%, formułowanie daleko idących wniosków o profilu ofiar wydaje się ryzykowne³¹.

W omawianym przedziale czasowym powiązania sprawcy z ofiarą były zróżnicowane. W 2008 roku odnotowano, że w większości przypadków obydwie strony znały się, ale nie wiązały ich relacje rodzinne. Dekadę później odnotowano, że w zdecydowanej większości sprawca był osobą obcą³².

W toku przeprowadzanej analizy danych zwrócono uwagę na zjawisko przejmowania przez ofiary roli sprawcy (Victim – Offender – Overlap, V – OO), a dokładniej dana osoba w omawianym przedziale czasowym zdażyła zostać zarejestrowana zarówno jako ofiara, jak i jako przestępca³³. Odnotowano 610 takich przypadków. W zdecydowanej większości byli to mężczyźni (89%), a ich średnia wieku to 27 lat. Odnosi się to do 734 przestępstw z użyciem noża, co stanowi 7,4% wszystkich analizowanych przypadków. Natomiast kobiety stanowiły jedynie 11% przypadków, a ich średnia wieku to 29 lat. Pod względem etnicznym w grupie V – OO odnotowano najwięcej białych Europejczyków z Europy Północnej – 65,5%. Znacznie mniejszą grupę stanowili: osoby czarnoskóre (25,5%) oraz Azjaci (11,5%), chociaż biorąc pod uwagę ich udział w populacji ogólnej, który przykładowo w Oxfordshire wynosi mniej niż 8%, stanowią oni wyraźną nadreprezentację w grupie V – OO³⁴.

Konkludując, w świetle przedstawionych wyników można zauważyć, że wartości charakteryzujące grupy ofiar i sprawców są zbieżne. Niepokojące jest to, że są to osoby reprezentujące młodsze grupy wiekowe. Zauważalne zjawisko V – OO wskazuje na wymóg pogłębienia badań nad opisywanym zagadnieniem.

RODZAJE PRZESTĘPSTW Z UŻYCIEM NOŻA NA TERENIE ANGLII I WALII I W POLSCE

W niniejszym opracowaniu dokonano analizy danych statystycznych uzyskanych z ONS, dotyczących fenomenu przestępstw z użyciem noża i innych niebezpiecznych narzędzi. W badaniu wyszczególniono procentowy wymiar przestępstw z użyciem wyłącznie noża. Obszar prowadzonych badań zawężono do Anglii i Walii w przedziale czasowym: marzec 2015 – marzec 2020. Przyjęta cezura została podyktowana tym, że w latach 2015–2016 odnotowano wzrost popełnionych czynów zabronionych. Wreszcie 2019–2020 to ostatni okres, w którym dysponujemy danymi przed epidemią Covid-19, która zaburza obraz przestępczości. Wykres nr 1 dowodzi tendencji wzrostu ogólnej liczby przestępstw z użyciem noża lub innego niebezpiecznego narzędzia. Między minimalną a maksymalną liczbą ogólną występuje rozbieżność na poziomie 18 803 przypadków. W latach 2015–2016

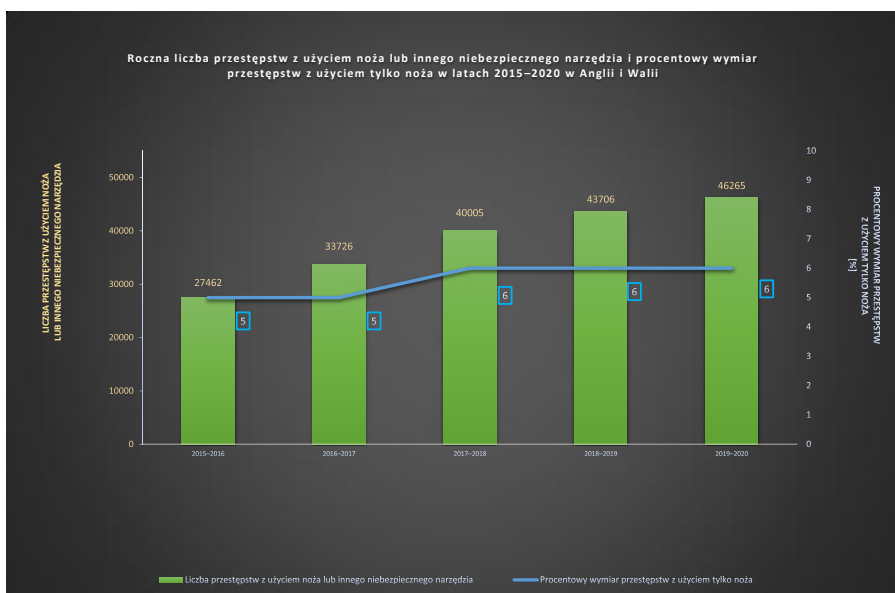
³¹ Źródło: https://www.met.police.uk/SysSiteAssets/foi-media/metropolitan-police/disclosure_2019/february_2019/information-rights-unit---ethnicity-of-perpetrators-and-victims-of-knife-crime-in-london-from-april-2008-to-november-2018 (dostęp: 11.12.2020).

³² G. Allen, E. Kirk-Wade, *Knife Crime in England and Wales*, House of Commons Library, Number SN 4304, 6 October 2020, s. 26.

³³ Dalej jako V – OO.

³⁴ L. Bailey, V. Harinam, B. Ariel, *Victims, Offenders...*, op. cit., s. 7 i 9.

odnotowano 27 462 przestępstw, a w 2019–2020 było ich aż 46 265. W odniesieniu do procentowego wymiaru przestępstw z użyciem noża, zauważalna jest tendencja utrzymywania się na tym samym poziomie (6%) od 2016–2017, co stanowiło 1% ięcej zarejestrowanych przypadków niż w okresie poprzedzającym. Niepokojący jest zarówno ogólny, jak i procentowy wzrost tego rodzaju zarejestrowanych przestępstw, ponieważ oznacza to, że zastosowane sposoby zwalczania zjawiska okazują się mało skuteczne, o czym będzie mowa w dalszej części rozważań. Wyżej wymienione wartości zaprezentowano również w formie wykresu.



Wykres 1. Roczna liczba przestępstw z użyciem noża lub innego niebezpiecznego narzędzia i procentowy wymiar przestępstw z użyciem tylko noża w latach 2015–2020 w Anglii i Walii

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych opublikowanych wraz z biuletynem Crime Survey for England and Wales z 2020 roku.

Na osi poziomej powyższego wykresu umieszczono poszczególne lata. Lewa oś pionowa, odnosząca się do liczby przestępstw z użyciem noża lub innego niebezpiecznego narzędzia, została zobrazowana przy pomocy słupków. Natomiast prawa oś pionowa przedstawia procentowy wymiar przestępstw z użyciem noża i jest zobrazowana przy pomocy linii.

Przechodząc do bardziej szczegółowej analizy struktury przestępczości w ramach omawianego zagadnienia, rozpatrzono dostępne na stronach ONS trzy rodzaje przestępstw: przeciwko życiu i zdrowiu, przeciwko obyczajności i przeciwko mieniu.

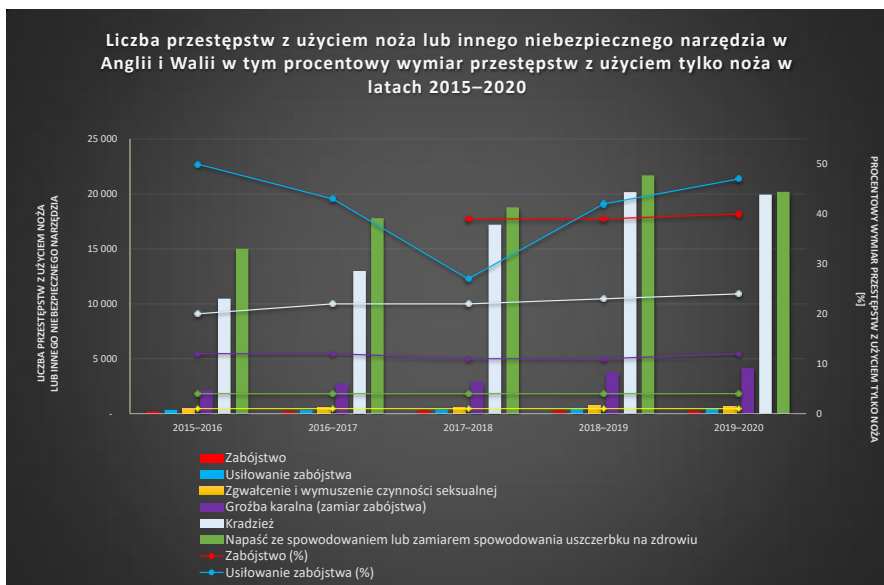
Rozpatrując przestępstwa z użyciem noża lub innego niebezpiecznego narzędzia wskazać należy, że do czynów zabronionych najczęściej popełnianych należą te, które są skierowane przeciwko zdrowiu i życiu a dokładniej: napaść ze spowo-

dowaniem lub z zamiarem spowodowania uszczerbku na zdrowiu. W omawianym przedziale czasowym znaczący wzrost odnotowano w latach 2018–2019. W odniesieniu do okresu 2015–2016 liczba powiększyła się z 15 015 do 20 172 przypadków. Drugą pod względem wielkości grupę stanowią czyny zabronione skierowane przeciwko mieniu. Wskaźnik dynamiki liczby rejestrowanych kradzieży charakteryzował się ciągłym wzrostem, do wartości 20 172 odnotowanych przypadków. W dalszej kolejności dane wskazują na groźbę karalną (groźbę zabicia) oraz w znikomym stopniu – zgwałcenie i wymuszenie czynności seksualnej, usiłowanie dokonania zabójstwa oraz same zabójstwa.

Inną dynamiką charakteryzuje się procentowy wymiar przestępstw z użyciem noża. W przyjętym przedziale czasowym przeważały czyny zabronione z kategorii przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu: zabójstwo, usiłowanie zabójstwa. Tendencja wzrostowa utrzymała się pomimo nagłego spadku w latach 2017–2018. W statystykach dotyczących poszczególnych przestępstw, gdzie sprawca posługuje się nożem, nieznanym jest procentowy wymiar zarejestrowanych zabójstw w odniesieniu do lat 2015–2016 i 2016–2017 z powodu trudności z dostępem do danych. Znana jest tylko ogólna liczba, gdzie sprawca użył noża albo innego niebezpiecznego przedmiotu. Mimo to warto przeanalizować dostępne informacje, ponieważ na podstawie kolejnych lat i danych zbiorczych można przedstawić kształtujący się obraz tego rodzaju przestępczości. Najwyższy wskaźnik procentowy zarejestrowanych przypadków usiłowania zabójstwa odnotowano w latach 2015–2016, ponieważ stanowił aż 50% wszystkich dokonanych zabójstw z użyciem noża lub innego niebezpiecznego narzędzia. Najniższe wartości można przypisać takim przestępstwom, jak: zgwałcenie i wymuszenie czynności seksualnej, napaść ze spowodowaniem lub zamiarem spowodowania uszczerbku na zdrowiu. Wskaźniki dynamiki utrzymywały się na zbliżonym poziomie (odpowiednio 1% i 4%).

Kończąc rozważania na temat struktury przestępczości, należy wskazać, że w przyjętym przedziale czasowym sprawca najczęściej posługiwał się nożem w przestępstwach przeciwko życiu i zdrowiu, a także w przestępstwach przeciwko mieniu.

Powyższą analizę można zobrazować również w formie wykresu. To na nim łatwo można zauważyć dynamikę badanych zmiennych.



Wykres 2. Liczba przestępstw z użyciem noża lub innego niebezpiecznego narzędzia w Anglii i Walii, w tym procentowy wymiar przestępstw z użyciem tylko noża w latach 2015–2020

Źródło: opracowanie własne na podstawie danych ONS.

Dokonanie próby porównania brytyjskich danych z polskimi jest bardzo utrudnione. W Polsce istnieją tylko fragmentaryczne analizy zjawiska, w postaci przebadanych wcześniej prób akt, dotyczące głównie przestępstw, wskutek których doszło do ciężkiego uszczerbku na zdrowiu lub zabójstwa. W jednej z prac analiza 103 spraw karnych doprowadziła do obserwacji, że spośród wszystkich użytych przedmiotów sprawca najczęściej wybierał nóż (64 przypadki). W 64% użycie tego narzędzia posłużyło *cum animo mortis*³⁵. W innym badaniu, obejmującym 50 kobiet skazanych za popełnienie czynu z art. 148 k.k., wskazano, że na przestrzeni 30 lat nóż kuchenny niezmiennie stanowi najczęściej używane narzędzie dokonania zabójstwa (57%)³⁶. Badania z 2019 roku, przeprowadzone na reprezentatywnej próbie 1155 nastolatków w wieku 11–17 lat dowodzą, że 32% z nich padło ofiarą przestępstw konwencjonalnych. Między 2012 a 2018 rokiem odsetek nastoletnich ofiar wzrósł o 5%. Co trzeci polski nastolatek doświadczył

³⁵ S. Łagodziński, *Sądowo-prokuratorska praktyka ścigania karnego przestępstwa zabójstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 11, s. 12.

³⁶ M. Łosińska, *Kobieta jako sprawczyni zabójstwa – analiza kryminologiczna i kryminalistyczna*, „Przegląd Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny” 2013, nr 1, s. 55; także: B. Hołyst, *Zabójstwo: studium kryminalistyczne i kryminologiczne*, Warszawa 1970, s. 53–55; Z. Majchrzyk, *Kiedy kobieta zabija. Motywy, osobowość, relacja sprawca – ofiara, strategie obronne*, Warszawa 2009, s. 211.

jakiejsz formy skrzywdzenia, z czego 6% zostało napadniętych przy użyciu niebezpiecznego narzędzia³⁷.

W latach 2013–2020 w Polsce dokonano łącznie 12 480 przestępstw z użyciem noża, co daje przeciętnie 1560 przestępstw rocznie. Najwięcej tego typu przestępstw odnotowano w 2013 roku (łącznie 1937), a od roku 2018 liczba uległa stabilizacji na poziomie 1300–1400 rocznie. Stosunkowo najczęściej nóż był używany w przestępstwach powodujących uszczerbek na zdrowiu (4972) oraz przy rozbojach i kradzieżach (4254). Na trzecim miejscu znalazły się zabójstwa (2328 łącznie, średnio 291 rocznie). Na uwagę zasługuje nagły wzrost liczby zabójstw z użyciem noża, z 297 w 2019 do 353 w 2020 roku, co stanowi najwyższą wartość w analizowanym przedziale czasowym. Warto dodać, że w okresie 2013–2019 liczba zabójstw z użyciem noża rzadko przekraczała 300 przypadków, a w niektórych latach była bliższa 260, tak więc poziom 353 zabójstw w 2020 roku okazał się rekordowy, co może wskazywać na niebezpieczny trend. Z danych wynika, że nóż nie jest w Polsce typowym narzędziem wykorzystywanym w trakcie bójek i pobić oraz zgwałceń. Biorąc pod uwagę proporcje przestępstw z użyciem noża w stosunku do ogólnej liczby przestępstw w danej kategorii, można stwierdzić, że w Polsce omawiany przedmiot najczęściej występuje jako narzędzie użyte w celu zabójstwa³⁸.

POWODY, DLA KTÓRYCH WZRASTA LICZBA PRZESTĘPSTW Z UŻYCIEM NOŻA W ANGLII

W większości najnowszych badań prowadzonych w kontekście posiadania noża wskazano, że głównymi powodami, dla których osoby decydują się na jego noszenie przy sobie, są: samoobrona i ogólna ochrona. Warto podkreślić, że chęć zapewnienia sobie poczucia bezpieczeństwa została odnotowana w pierwszych przeprowadzanych badaniach w danej materii z 2006 roku. Tak właśnie 85% badanych w ten sposób uzasadniało posiadanie noża. Na ten rodzaj motywacji wskazują w szczególności osoby, które w przeszłości stały się ofiarami przestępstwa³⁹. Dane odnoszą się do młodych osób. Problematyka jest jednak na tyle złożona, że trudno wskazać bezpieczeństwo jako jedyny powód, dla którego osoby posiadają przy sobie nóż. Obok głównego powodu mogą istnieć również poboczne, jak przykładowo: w celu zranienia lub pozbawienia życia, dokonania kradzieży lub zastraszenia innych⁴⁰.

Badania przeprowadzone wśród młodzieży w wieku 11–16 lat w Londynie w 2018 roku stanowią cenne źródło odpowiedzi na pytanie dotyczące powodów poruszania się po mieście z nożem. Łącznie 7832 osoby zgodziły się na udzielenie odpowiedzi policjantom, którzy zostali wyznaczeni do współpracy ze szkołami;

³⁷ A. Dankiewicz, *Przestępstwa konwencjonalne wśród polskich nastolatków. Wyniki ogólnopolskiej diagnozy skali i uwarunkowań krzywdzenia dzieci*, w: *Dziecko krzywdzone, Teoria, badania, praktyka*, „Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę” 2019, vol. 18, nr 3, s. 112.

³⁸ Informacje uzyskane od Komendy Głównej Policji w drodze wniosku o udostępnienie informacji publicznej (dane z 29 kwietnia 2021 roku).

³⁹ P. Barrington-King, *Knife Crime Select Committee Report*, Kent County Council, 2019, s. 19.

⁴⁰ Mayor of London, *The London Knife Crime Strategy*, Greater London Authority, 2017, s. 13.

25% młodych respondentów przyznało, że znają kogoś, kto nosi przy sobie nóż. Z analizy danych wynika, że młodzież decyduje się na posiadanie noża głównie z następujących powodów: 1) presji ze strony rówieśników, 2) przynależności do gangu, 3) bycia w przeszłości ofiarą. Z zebranych wypowiedzi wynika również, że połowa respondentów jest przekonana o słuszności posiadania noża ze względu na własne bezpieczeństwo. Badania z 2016 roku przeprowadzone wśród młodych ludzi wskazały, że to ze względu na przykre doświadczenia w przeszłości lub obawy przed dołączeniem do grupy ofiar nożowników, decydują się oni na posiadanie tego narzędzia⁴¹. Młodzi ludzie uważają, że strach jest powiązany z dwoma czynnikami. Pierwszy z nich nawiązuje do systemowego uchybienia w postaci zredukowanej liczby policjantów. Drugi powiązany jest z wyrażonymi obawami przed przestępczością. Do rozważań należy dołączyć również odrębne głosy, których było mniej, ale również wskazały na istotne powody, dla których młodzież decyduje się na noszenie noża. Należą do nich: chęć bycia postrzeganym przez innych jako modna osoba, silna lub wzbudzająca szacunek, nieskuteczność policji w zapewnianiu realnego poczucia bezpieczeństwa, a na końcu – osobiste złe samopoczucie⁴².

BRYTYJSKI PROGRAM PREWENCYJNY – WYBRANE ZAGADNIENIA

Brytyjska kryminologia regularnie weryfikuje wdrożone rozwiązania, usprawniając je lub proponując nowe. Ten rodzaj podejścia do problematyki nie wywodzi się jedynie ze statystyk, które są sposobem sprawdzenia efektywności rozwiązań, ale pochodzi również z otwartości na nowe praktyki, które oparte są na przekonaniu, że mogą wesprzeć już te istniejące⁴³. *Novum* stanowi projekt dotyczący wdrożenia noży pozbawionych ostrego zakończenia. W latach 2018–2019 zespół badaczy z Uniwersytetu w Leicester pod przewodnictwem Leisa Nicholasa-Drew (eksperta kryminalistyki) przeprowadził wstępne badania argumentujące wprowadzanie noży bez ostrego zakończenia i konsultuje obecnie wyniki z innymi ośrodkami badawczymi⁴⁴. Spośród rozwiązań, które znalazły zastosowanie w prewencji, na uwagę zasługują przede wszystkim liczne programy edukacyjne wdrażane w szkołach oraz metoda przeszukania typu *Stop-and-Search*.

⁴¹ P.R. Traynor, *Closing the Security Gap, Young People, 'Street Life' and Knife Crime*, The University of Leeds, School of Law, July 2016, s. 145.

⁴² N. Ramshaw, B. Charleton, P. Dawson, *Youth Voice Survey 2018*, MOPAC Evidence and Sight, s. 18.

⁴³ *Safeguarding Children and Young People in Education From Knife Crime*, Ofsted; *Working Together to Safeguard Children 2018*, HM Government; Mayor of London, *The London Knife Crime Strategy*, June 2017, s. 53.

⁴⁴ L.N. Drew, R. Armitage, R. Hillman, K.J. Sheridan, K.J. Farrugia (red.), *On a Knife Edge: A Preliminary Investigation of Clothing Damage Using Rounded-tip Knives*, „Science & Justice” 2020, vol. 60, no. 6, s. 503.

PROGRAMY EDUKACYJNE

W badaniach z 2018 roku grupa badanych młodych ludzi w wieku 11–16 lat przyznała, że są otwarci na różnego rodzaju programy edukacyjne dotyczące skutków przestępstw z użyciem noża i podkreślają, że rozwiązania powinny docierać do szkół, policji a także sprawców i ofiar⁴⁵. Szkoły podnoszą świadomość uczniów odnośnie do zagrożeń wynikających z posiadania noża poprzez organizowanie warsztatów, podczas których młodzież bierze udział w analizie studium przypadku. Celom edukacyjnym służą również organizowane w instytucjach zajmujących się przestępczością interaktywne przedstawienia grup teatralnych – obrazują problemy bliskie uczniom. Po odegraniu sceny, widzowie, pracownicy instytucji oraz aktorzy, którzy w dalszym ciągu pozostają w swoich rolach, omawiają to, co zobaczyli, wskazując, co mogliby zmienić w swoim zachowaniu. W kolejnej próbie przedstawienia tej samej sytuacji widzowie mają możliwość włączania się do akcji i upominania, jak dany aktor powinien postąpić⁴⁶. Obecnie, zwłaszcza w obliczu dłuższego zamykania szkół (pandemia), warsztaty organizowane są również w formie online i mogą wywrzeć późniejszy większy wpływ na uczniach niż codziennie poranne przeszukiwanie ich po pojawieniu się w szkole w celu znalezienia przy nich noża, albo sama obecność funkcjonariusza w gmachu.

METODA PRZESZUKANIA TYPU STOP-AND-SEARCH

Metoda przeszukania typu *Stop-and-Search* została zapoczątkowana w Stanach Zjednoczonych i znalazła się w centrum dyskusji wśród specjalistów z Anglii i Walii⁴⁷. Zgodnie z art. 60 ustawy Criminal Justice and Public Order 1994 policja jest uprawniona do zatrzymania osoby i przeszukania jej, na podstawie tylko jednej przesłanki: osoba podejrzana znajduje się na terenie legitymizującym do dokonania powyższej czynności. Policjanci są uprawnieni do sięgnięcia po omawiane rozwiązanie pod warunkiem, że istnieje realne zagrożenie popełnienia przestępstwa w danym miejscu.

Omawiana metoda napotyka jednak głosy sprzeciwu. Badania z 2001 roku wskazały, że spośród wszystkich zatrzymanych osób jedynie 7% miało przy sobie nóż, z czego 14% było aresztowanych za jego posiadanie. Znikoma zatem skuteczność rozszerzonych uprawnień policji nie przekonuje również obecnie różnych środowisk co do jej dalszej legitymizacji⁴⁸.

⁴⁵ N. Ramshaw, B. Charleton, P. Dawson, *Youth Voice...*, op. cit., s. 3.

⁴⁶ R. Grimshaw, M. Ford, *Young People, Violence, and Knives – Revisiting the Evidence and Policy Discussions*, „UK Justice Policy Review Focus, Centre for Crime and Justice Studies” 2009, iss. 3, s. 27.

⁴⁷ J. Massey, L.W. Sherman, T. Coupe, *Forecasting Knife Homicide Risk from Prior Knife Assaults in 4835 Local Areas of London, 2016–2018*, „Cambridge Journal of Evidence – Based Policing” 2019, April, s. 1.

⁴⁸ C. Eades, R. Grimshaw, A. Silestri, E. Solomon, *Knife Crime...*, op. cit., s. 28; B. Bradford, M. Tiratelli, *Does Stop and Search Reduce Crime?*, „UK Justice Policy Review FOCUS” 2019, iss. 4, February, Centre for Crime and Justice Studies.

Podsumowując, Wielka Brytania wydaje się skupiać swoje siły na mobilizacji większej liczby funkcjonariuszy, na metodzie przeszukiwania w miejscach, które cechuje wysoka możliwość popełnienia czynu zabronionego z użyciem noża. Restrykcje te nie powinny jednak przysłańać współistniejących metod, które powinny być ukierunkowane w stronę cyklicznej edukacji młodych ludzi i podejmowania prób zmniejszania różnic ekonomicznych wśród społeczeństwa, implikujących problematyczne relacje międzyludzkie. Metoda docierania z programem edukacyjnym nie jest kontrowersyjna. Kwestionowana jest jednak metoda *Stop-and-Search*, ponieważ stosowanie jej wiąże się z ryzykiem, że niewielka liczba wykrytych przestępców wiąże się jedynie z przypadkami dyskryminacji czarnoskórych i osób z grup mniejszościowych, którzy są najczęściej typowani do poddania się procedurze⁴⁹.

WNIOSKI

Wielka Brytania to państwo, które w sposób restrykcyjny reguluje posiadanie niebezpiecznego narzędzia jakim jest nóż. Jednak liczba osób decydujących się w Anglii na noszenie tego przedmiotu nie spada. U podłoża problemu niewątpliwie leży chęć zaspokojenia jednej z istotniejszych potrzeb z piramidy A. Masłowa: poczucia bezpieczeństwa. Kolejną przyczyną usprawiedliwiającą noszenie noża albo posłużenie się nożem jest bardzo zróżnicowana pod wieloma względami, w tym kulturowym, czy też wiekowym. Przyczyny posiadania noża są zróżnicowane, ale najczęściej wynikają one z agresji powodowanej m.in. z chęci zranienia lub pozbawienia życia, dokonania kradzieży, zastraszenia. Wśród młodzieży posiadanie noża jest próbą wzbudzenia szacunku wśród rówieśników. Niepokojące jest jednak to, że w tej grupie znajdują się młodzi ludzie, którzy uczęszczają do szkół. Z tego względu tak szczegółowo zostało uregulowane, jakiego rodzaju noży nie można posiadać w określonych miejscach. Do szczególnych miejsc zaliczono przede wszystkim instytucje edukacyjne. Nieustannie utrzymujący się odsetek ludzi, którzy noszą albo posługują się nożem, należy równolegle analizować w kontekście stosowanych środków prewencyjnych.

Na podstawie przeprowadzonych analiz można sformułować kilka wniosków: Brytyjczycy preferują rozwiązania, które wywodzą się bardziej z sytuacyjnej prewencji kryminalnej niż z kryminologii pozytywistycznej. Odwiedziny uczniów przez funkcjonariuszy policji spełniają swoją rolę, ale najważniejsze są wdrażane szkolenia, dzięki którym dociera się do miejsc, gdzie młodzi ludzie często uczą się, jak przetrwać wśród rówieśników, narzucających zasady funkcjonowania w grupie. Liczne dotacje dla stowarzyszeń, przebijających się z swoim przesłaniem zwłaszcza do młodych ludzi, są również istotne w zwalczaniu przestępczości. Należy ostrożnie wnioskować, że druga omówiona forma prewencji, metoda *Stop-and-Search*, jest kontrowersyjna. Trudno stanowczo stwierdzić, że powinno się zrezygnować z tego rodzaju przeszukiwania. Stosowanie tej metody w dzielnicach,

⁴⁹ Youth Select Committee, *Our Generation's Epidemic: Knife Crime*, 2019, s. 4.

w których jest bardzo wysoka przestępczość z użyciem noża, dla wielu może stać się powodem do rezygnacji z zakupu noża w celach obronnych.

Do licznych przestępstw z użyciem noża dochodzi ze względu na psychologiczny „efekt broni”. To zjawisko przedstawione w 1965 roku przez Leonarda Berkowitza zakłada, że łatwość dostępu do broni, kontakt z nią mogą doprowadzić do sytuacji, w której człowiek z łatwością popełni przestępstwo z jej użyciem. Taka decyzja może zostać podjęta nie tylko ze względu na obronę konieczną, ale również pod wpływem czynników wewnętrznych, takich jak zaburzenia emocjonalne, agresja⁵⁰. Skala zagrożenia użycia noża jest niepokojąca, a samo zjawisko na tyle uniwersalne, że anglosaskie próby rozwiązania problemu winny być obserwowane również przez polskie środowiska badawcze.

Swobodny dostęp do noża, niepokojące dane statystyczne i strach panujący wśród społeczeństwa brytyjskiego, które powinno czuć się jednym z najbezpieczniejszych na świecie ze względu na największą liczbę kamer CCTV (*closed circuite television*) skłaniają do wniosku, że warto przyglądać się kolejnym krokom, jakie zostaną podjęte w Wielkiej Brytanii⁵¹.

BIBLIOGRAFIA

- Allen G., Kirk-Wade E., *Knife Crime in England and Wales*, House of Commons Library, Number S4304, 6 October 2020.
- Allen G., Audickas L., Loft P., Bellis A., *Knife Crime in England and Wales, Briefing Paper*, SN 4304, House of Commons Library, 20 September 2019.
- Bailey L., Harinam V., Ariel B., *Victims, Offenders, and Victim-offender Overlaps of Knife Crime: A Social Network Analysis Approach Using Police Records*, „PLoS ONE” 2020, vol. 15 (12), December.
- Barrington-King P., *Knife Crime Select Committee Report*, October 2019, Kent County Council.
- Bradford B., Tiratelli M., *Does Stop and Search Reduce Crime?*, „UK Justice Policy Review FOCUS” 2019, iss. 4, Centre for Crime and Justice Studies, February.
- Berkowitz L., *The Concept of Aggressive Drive: Some Additional Considerations*, „Advances in Experimental Social Psychology” 1965, vol. 2, Wisconsin.
- Cabaj J., *Precedens jako element system kultury, common law*, „Ius Novum” 2008, nr 4.
- Dankiewicz A., *Przestępstwa konwencjonalne wśród polskich nastolatków. Wyniki ogólnopolskiej diagnozy skali i uwarunkowań krzywdzenia dzieci*, w: *Dziecko krzywdzone, Teoria, badania, praktyka*, „Fundacja Dajemy Dzieciom Siłę” 2019, vol. 18, nr 3.
- Drew L.N., Armitage R., Hillman R., Sheridan K.J., Farrugia K.J. (red.), *On a Knife Edge: A Preliminary Investigation of Clothing Damage Using Rounded-tip Knives*, „Science & Justice” 2020, vol. 60, no. 6.
- Eades C., Grimshaw R., Silvestri A., Solomon E., *'Knife Crime'. A Review of Evidence and Policy*, Centre for Crime and Justice Studies, King's College London, London, December 2007.

⁵⁰ L. Berkowitz, *The Concept of Aggressive Drive: Some Additional Considerations*, „Advances in Experimental Social Psychology” 1965, vol. 2, Wisconsin, s. 301–329.

⁵¹ J. McShane, *Knife Crime, Underworld UK*, Glasgow 2010, s. 2.

- Grimshaw R., Ford M., *Young People, Violence, and Knives – Revisiting the Evidence and Policy Discussions*, „UK Justice Policy Review Focus, Centre for Crime and Justice Studies” 2009, iss. 3.
- Hołyst B., *Zabójstwo: studium kryminalistyczne i kryminologiczne*, Warszawa 1970.
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/Eliz2/7-8/37/contents>
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/33/contents>
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1996/26/contents>
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1997/21/contents>
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2006/38/contents>
- <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2019/17>
- <https://www.local.gov.uk/sites/default/files/documents/The%20evidence%20base%20for%20tackling%20knife%20crime%20-%20Abigail%20McNeil.pdf>
- [https://www.baillii.org/cgibin/markup.cgi?doc=ew/cases/EWCA/Crim/2008/1261.html&query=title\(R%20and%20Povey%20\)](https://www.baillii.org/cgibin/markup.cgi?doc=ew/cases/EWCA/Crim/2008/1261.html&query=title(R%20and%20Povey%20))
- <https://www.ons.gov.uk/aboutus/transparencyandgovernance/freedomofinformationfoi/knifecrime>
- https://www.met.police.uk/SysSiteAssets/foi-media/metropolitan-police/disclosure_2019/february_2019/information-rights-unit---ethnicity-of-perpetrators-and-victims-of-knife-crime-in-london-from-april-2008-to-november-2018
- Łagodziński S., *Sądowo-prokuratorowska praktyka ścigania karnego przestępstwa zabójstwa*, „Prokuratura i Prawo” 2016, nr 11.
- Łosińska M., *Kobieta jako sprawczyni zabójstwa – analiza kryminologiczna i kryminalistyczna*, „Przeгляд Prawniczy Ekonomiczny i Społeczny” 2013, nr 1.
- Majchrzyk Z., *Kiedy kobieta zabija. Motywy, osobowość, relacja sprawca – ofiara, strategie obronne*, Warszawa 2009.
- Massey J., Sherman L.W., Coupe T., *Forecasting Knife Homicide Risk from Prior Knife Assaults in 4835 Local Areas of London, 2016–2018*, „Cambridge Journal of Evidence – Based Policing” 2019, April.
- Orlik M., *Access All Areas?*, „New Law Journal” 2020, 29 July, iss. 7897.
- Ramshaw N., Charleton B., Dawson P., *Youth Voice Survey 2018*, MOPAC Evidence and Sight.
- Sampson L., *Getting Real with Knives and Guns. Covering Laws, Gang Culture, Music & Social Media Influences, Prevention Strategies and Much More*, London, 2021.
- McShane J., *Knife Crime, Underworld UK*, Glasgow 2010.
- Traynor P.R., *Closing the Security Gap, Young People, ‘Street Life’ and Knife Crime*, The University of Leeds, School of Law, July 2016.
- Van Dijk J.J.M., Manchin R., van Kesteren J.N., Hideg G., *The Burden of Crime in the EU: A Comparative Analysis of the European Survey of Crime and Safety (EU ICS 2005)*, Gallup Europe, Brussels, 2007.
- Williams E., Squires P., *Rethinking Knife Crime: Policing, Violence and Moral Panic?*, Basingstoke, 2021.
- Wood R., *UK: The Reality Behind the ‘Knife Crime’ Debate, Race and Class*, London 2010.
- Youth Select Committee, *Our Generation’s Epidemic: Knife Crime*, 2019.
- www.baillii.org/ew/cases/EWHC/Admin/2003/245.html

PRZESTĘPSTWA Z UŻYCIEM NOŻA W ANGLII I WALII

Streszczenie

Niniejszy artykuł stanowi próbę syntezy przestępczości z użyciem noża w Anglii i Walii. Celem opracowania jest nie tylko przedstawienie zjawiska przez pryzmat istniejących regulacji, systemu prewencyjnego oraz badań wyjaśniających obecność zjawiska, ale również zachęcenie do przyjrzenia się bliżej zjawisku w Polsce. Przeprowadzone badania pozwoliły ustalić, że szacunkowe dane dotyczące polskiej rzeczywistości uzasadniają potrzebę pogłębienia wiedzy poprzez przyjrzenie się sposobom rozwiązywania problemu przez anglosaskie środowisko i ewentualnemu rozszerzeniu prowadzonych przez państwo statystyk.

Słowa kluczowe: przestępstwa z użyciem noża, anglosaskie rozwiązania, prawo Anglii i Walii, program prewencyjny, Stop-and-Search

KNIFE CRIME IN ENGLAND AND WALES

Summary

The article is an attempt to synthesise knife crime in England and Wales. The article aims not only to present the phenomenon through the prism of the regulations in force, the prevention system and the research explaining its occurrence but also to encourage readers to have a close look at the phenomenon in Poland. The research conducted made it possible to determine that scarce data concerning Polish reality justify the need to deepen this knowledge by examining the ways in which the problem is dealt with in the Anglo-Saxon environment and possibly by extending domestic statistics.

Key words: knife crime, Anglo-Saxon solutions, law in England and Wales, prevention programme, Stop-and-Search

Cytuj jako: Mirończuk M., *Przestępstwa z użyciem noża w Anglii i Walii*, „Ius Novum” 2021 (15) nr 4, s. 105–120. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.31/m.mironczuk

Cite as: Mirończuk M. (2021) ‘Knife crime in England and Wales’. *Ius Novum* (Vol. 15) 4, 105–120. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.31/m.mironczuk

ENFORCEABILITY OF ARBITRATION AGREEMENTS – THE INTERPLAY BETWEEN SECTIONS 4 AND 5 OF NIGERIA’S ARBITRATION AND CONCILIATION ACT, 2004

JOSEPH N. MBADUGHA *

DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.32/j.n.mbadugha

1. INTRODUCTION

A precursor to arbitration is an arbitration agreement. It may be in the form of a clause in a contract, treaty or other legal instrument or a separate agreement not forming part of any contract.¹ Just like litigation, arbitration cannot commence until a dispute within the parties’ contemplation arises and one of the parties thereto, particularly but not exclusively the injured party, refers the dispute to arbitration by issuing a notice of arbitration in accordance with the parties’ agreement, the applicable rules or law, and serving the notice on the other party.² Notice of arbitration is a condition precedent to exercise of jurisdiction by arbitral tribunal.³

The question of enforcing an arbitration agreement will not arise if the party who alleges that his right thereby is breached commences arbitration upon an accrual of a cause of action in the context of the agreement but rather if the party commences a suit in court in breach of the agreement. There is no remedy in terms of monetary damages for breach of an arbitration agreement by litigation but rather a party to the agreement who intends to arbitrate can, promptly and without taking any step

* Senior Advocate of Nigeria (SAN); Visiting Professor of International Arbitration, Lazarski University, Warsaw Poland; Principal McCarthy Mbadugha & Co. Barristers, Solicitors and Arbitrators, Lagos, Nigeria, mbadughaj@mccarthymbadugha.com, ORCID: 0000-0002-3267-9180

¹ J.N.M. Mbadugha, *Principles and Practice of Commercial Arbitration*, University of Lagos Press, Lagos 2015, p. 2 and 19, and the opinion, literature, and courts decisions therein referred.

² First schedule, Arbitration Rules, article 3(1), Arbitration and Conciliation Act CAP A.18 Laws of Federation of Nigeria 2004; Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 25th June 1999, *City Engineering Nigeria Ltd. v. Nigerian Airports Authority*. SC. 36/1993, [1999] 1 NWLR (Pt.625) 76.

³ Judgement of Nigeria’s Court of Appeal of 20th May 2020, *Indorama Eleme Petrochemicals Ltd. v. Cutra International Ltd.* CA/A/115/2019.LOR (20/05/2020) CA.

in proceedings, apply to the court before which the suit is pending for a stay of proceedings and reference to arbitration.

The scope of this article is limited to discussing the interplay between **sections 4 and 5 of the Arbitration and Conciliation Act**⁴ in enforcing arbitration agreements through stay of proceedings and whether one is an alternative to the other. What constitutes a step in proceedings or not is not within the scope of this article.

2. ENFORCEABILITY OF AN ARBITRATION AGREEMENT

An arbitration agreement is enforced when the contemplated dispute is referred to arbitration. However, a party to an arbitration agreement may decide to litigate the dispute and may as a result commence proceedings in court. Where this happens, if the other party wishes to arbitrate or have the dispute resolved by arbitration, the only remedy available to it, under Nigerian law, is to apply to the court in which the action is pending to stay proceedings in reference to arbitration; and the court may stay proceedings if the party meets the applicable requirements in respect thereof,⁵ provided the dispute is arbitrable and the arbitration agreement is valid.

3. INTERPLAY BETWEEN SECTIONS 4 AND 5 OF ACA

A mechanism for enforcement of an arbitration agreement in the context of its breach by litigation is stay of proceedings in favour of arbitration. Courts are statutorily cloaked with the power to stay proceedings commenced in breach of arbitration agreements provided that the arbitration agreement is valid, or not null and void, and a party to the agreement promptly applies to the court for a stay of proceedings and the party meets the requirement for such stay.

In Nigeria, the statutory power of the court to stay proceedings and refer the parties to arbitration in a suit commenced in breach of an arbitration agreement is sections 4 and 5 of the Arbitration and Conciliation Act.⁶ The existence of both **sections** has raised the question of whether one is an alternative to the other or supersedes or controls the other. While **sections 4(1) and (2) of the Act** provide that: (1) A court before which an action which is the subject of an arbitration agreement is brought shall, if any party so request not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, order a stay of proceedings and refer the parties to arbitration.

⁴ Laws of the Federation of Nigeria, CAP A.18, 2004.

⁵ J.N.M. Mbadugha, *Principles and Practice of Commercial Arbitration...*, p. 74; Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 20th May 1977, *Obi Obembe v. Wemabod Estates Ltd.* SC.466/1975.[1977] 5 S.C (Reprint Edition) 70 at 79–8, lines 20–15; Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 15th June 1990, *K.S.U.D.B. v. Fanz Construction Co. Ltd.* SC.45/1988 [1990] 4 NWLR (Pt.142) 1 at 28 paras C–D.

⁶ CAP. A18, Laws of the Federation of Nigeria, 2004.

- (2) Where an action referred to in subsection (1) of this section has been brought before a court, arbitral proceedings may nevertheless be commenced or continued, and an award may be made by the arbitral tribunal while the matter is pending before the court;

sections 5(1) and (2) of the same Act provide that:

- (1) If any party to an arbitration agreement commences any action in any court with respect to any matter which is the subject of an arbitration agreement any party to the arbitration agreement may, at any time after appearance and before delivering any pleadings or taking any other steps in the proceedings, apply to the court to stay the proceedings.
- (2) A court to which an application is made under subsection (1) of this section may, if it is satisfied –
- (a) that there is no sufficient reason why the matter should not be referred to arbitration in accordance with the arbitration agreement; and
 - (b) that the applicant was at the time when the action was commenced and still remains ready and willing to do all things necessary to the proper conduct of the arbitration, make an order staying the proceedings.

3.1 SECTION 5 SUPERSEDES SECTION 4

Sections 4 and 5 of ACA provide for the same type of remedy – stay of proceedings – to the same problem, breach of an arbitration agreement by litigation. It is fundamental to the construction of the provisions of any statute that if the subject matter construed concerns other sections of the same statute all the related provisions must be read considered and construed together as forming a composite whole.⁷ Considering and construing **sections 4 and 5 of ACA** together as forming a composite whole since they deal with the same subject matter shows that:

- a. while **section 4(1)** provides that “a court... shall if any party so requests not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute order a stay of proceedings...”, **section 5(1)** provides that “...any party to the arbitration agreement may, at any time after appearance and before delivering any pleadings or taking any other steps in the proceedings...” and “a court may...” The word “shall” in **section 4(1)** means it is mandatory⁸ while **section 5** by its use of the word “may” means its discretionary. Again, section 5 provides for taking any other step in proceedings while section 4 did not provide for this;
- b. both **sections** provide in their respective **sub-sections 1** two distinct times or period within which a party could apply for stay of proceedings. While **section 4(1)** provides for “not later than when submitting his first statement on sub-

⁷ Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 7th April 2000, Mobil Oil (Nigeria) PLC v. IAL 36, SC.106/1999. [2000] 6 NWLR (Pt.659) 146 at 168 paras D–E.

⁸ The word “shall” as used in section 4(1) of ACA has been judicially interpreted by the Nigerian Courts to mean mandatory: Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 22nd January 2010, Agip Nigeria Ltd. v. Agip Petroleum International. SC.351/2002.[2010]5 NWLR (Pt.1187) 348; Judgement of Nigeria’s Court of Appeal of 12th July 2013, Statoil (Nig) Ltd. v. NNPC. CA/L/758/2012. [2013]14 NWLR (Pt.1373) 1 at 29 paras D–G.

stance of the dispute”, **section 5(1)** provides for “after appearance and before delivering any pleadings or taking any other steps in proceedings”;

- c. **section 4(2) of the Act** which has no equivalent in its **section 5** provides that if any matter subject to arbitration is litigated, that arbitral proceedings may nonetheless be commenced or continued and an award may be rendered by the tribunal while the matter is pending before the court whilst **sections 5(2)(a) and (b) of the Act** contain provisions which are not provided in its **section 4**.

The above analysis demonstrates that there is a conflict between **sections 4(1) and 5(1) of the ACA**. Thus, the question of whether both **sections** could be applied alternatively or harmonized is not an option. The solution, therefore, lies in the accepted canon of construction that where there is a conflict between two provisions of any Act the later provision prevails over the former,⁹ or put differently, in **Nigeria**, it is trite law that where there is a conflict between two provisions of any Act the later provision prevails over the former. Thus, in **Afolayan v. Bamidele**,¹⁰ the Nigerian Court of Appeal held that:

What is more since schedule 4 is predicated on section 56 of the Decree and section 84 of the Decree comes later, in case of conflict between both sections of the Decree, by canon of interpretation ... the latter section prevails over the former.¹¹

It follows that in the circumstance **section 5(1) of ACA** prevails over and supercedes its **section 4(1)** and as a result **section 4(1)** is inapplicable. The Nigerian Court of Appeal confirmed this position in **Mbeledogu v Aneto**.¹² There, in considering and construing **sections 4(1) and 5(1) of ACA** together the Court of Appeal held that:

Sections 4(1) and 5(1) of the Arbitration and Conciliation Act 1990 do not prevent a party to an arbitration agreement from instituting an action in the court while the arbitration clause was yet to be enforced. All that is required is for the other party to the agreement to apply to the court under Section 5(1) of the Act for the action to be stayed by the court while the dispute is referred to the arbitration committee for settlement. Such application must be made to the court “any time after appearance and before delivering any pleadings or taking any other steps in the proceedings.” There is definitely a time limit within which the request for a stay of the proceedings must be made... When the respondent eventually commenced the present action against him, he did not avail himself of his right under Section 5(1) of the Arbitration

⁹ J.N.M. Mbadugha, *Principles and Practice of Commercial Arbitration...*, p. 82, paragraph 1.

¹⁰ Judgement of Nigeria’s Court of Appeal of 15th March 1999, CC/IL/EPA/1999.[1993]3 NWLR (Pt.595) 454.

¹¹ Judgement of Nigeria’s Court of Appeal of 15th March 1999, Afolayan v. Bamidele. CC/IL/EPA/1999.[1999] 3 NWLR (Pt.595) 454 at 463 para C.

¹² Judgement of Nigeria’s Court of Appeal of 7th June 1995. CA/E/171/91.[1996] 2 NWLR (Pt.429) 157.

and Conciliation Act 1990 by applying to the court as specified by that Act for the case to be stayed pending reference of their dispute to the arbitration committee.¹³

3.2. SECTION 5 OF ACA CONTROLS AND LIMITS SECTION 4

In communal reading, interpretation and application of all the sections of an enactment dealing with a subject matter it may be discovered that the meaning of a section may be controlled or limited by other individual **sections** or **sub-sections** in the same act.¹⁴ **Section 4 of ACA** hasn't any provision equivalent to **section 5(2) of the ACA**. In construing and considering **sections 4 and 5 of the ACA** together in **M.V. Panormos Bay v. Olam (Nig) PLC**,¹⁵ the Nigerian Court of Appeal held that **section 4 of the ACA** is controlled and limited by **section 5(2)** of the same **ACA**. In that case, the Appellant applied, inter alia, under **section 4 of ACA** for stay of proceedings and reference to arbitration in London. In dismissing the appeal and affirming the trial court's decision refusing to grant a stay of proceeding, the Court of Appeal held that:

then a finding by the learned trial judge that there is a valid, subsisting binding and irrevocable arbitration agreement between the parties and that the defendant had not taken any steps in the proceedings could not in any case have entitled the trial judge to order the parties herein to go for arbitration outside the jurisdiction of this country since sections 2 and 4 of the Arbitration and Conciliation Act are controlled and limited by S.5 (2) of the same Act.¹⁶ [emphasis added]

Therefore, **section 5(2) of the ACA** limits and controls **section 4** and its provisions must be met in any application, before a Nigerian Court, for a stay of proceedings and reference to arbitration.

3.3. VOID FOR BEING INCONSISTENT WITH SECTIONS 6(1) AND 6(6)(A) OF THE CONSTITUTION

The grant or otherwise of stay of proceedings pending arbitration is an exercise of courts' discretionary power.¹⁷ **Section 4(1) of ACA** provision that "a court ... **shall**, if any party so request not later than when submitting his first statement on the substance of the dispute, order a stay of proceedings and refer the parties to

¹³ Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 7th June 1995, Mbeledogu v. Aneto. CA/E/171/91. [1996]2 NWLR(Pt.429) 157 at 168–169 paras H–A.

¹⁴ Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 7th April 2000, Mobil Oil (Nigeria) PLC v. IAL 36 INC. SC.106/1999.[2000] LPELR – 1883 (SC) 1 at 24 para F.

¹⁵ Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 2nd July 2003, CA/L/243/2000.[2004] 5 NWLR (Pt.865) 1.

¹⁶ Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 2nd July 2003, M.V. Panormos Bay v. Olam Nig PLC.CA/L/243/2000.[2004] 5 NWLR (Pt.865) 1 at 14 para G.

¹⁷ Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 10th May 2021, Innoson Technical & Industrial Co. Ltd. v. Federal Radio Corporation of Nigeria. CA/E/129/2015. [2021]LPELR – 54620 (CA) 1 at 30 para B.

arbitration” means that it is mandatory by reason of the word “shall” therein.¹⁸ It does not allow the court to exercise its discretion thereunder. It fails to recognize inherent discretion of a court to grant or refuse an application made before it.¹⁹ Thus, it fetters the court’s judicial discretion.

Judicial discretion is a term applied to the unrestricted power of a court or a judge and means discretion bound by the rules and principles of law and not arbitrary, capricious or unrestrained. It is not the indulgence of judicial whim, but the exercise of judicial judgment based on facts and guided by law or the equitable decision of what is just and proper under the circumstances.²⁰

In making any pronouncement in the course of or after adjudication the judex or court is displaying nothing other than the power which every legal authority must of necessity have to decide controversies between subjects or between the government and subjects,²¹ and this power is judicial power.²² Thus, judicial discretion is one of the most important elements of judicial power,²³ and it is to this extent a judicial power or a form of or a part of judicial power. **Section 6(1) of the 1999 Constitution of the Federal Republic of Nigeria** (as amended) vested the judicial powers of the Federation in the courts to which the section relates, being courts establishment for the Federation. By fettering the court’s judicial discretion which is one of the most important elements of judicial power **section 4(1) of ACA** contradicts or is inconsistent with **section 6(1) of the 1999 Constitution**.

Also, **section 6(6) (a) of the 1999 Constitution of the Federal Republic of Nigeria** (as amended) provides that judicial powers vested in accordance with its provisions shall extend, notwithstanding anything to the contrary in the Constitution, to all inherent powers and sanctions of a court of law. An inherent power has to be inherent in the sense that it forms an essential and intrinsic element in the whole process of adjudication. It is innate in a court, and is not a subject of a specific grant by the Constitution or by legislation. As soon as a court is established, all its inherent powers adhere and attach to it. Inherent powers of the court are therefore those powers reasonably necessary for the administration of justice in the court.²⁴

It is that power which is itself essential to the very existence of the court as an institution and to its ability to function as an institution – namely an institution charged with the dispensation of justice such as the power to grant an adjourn-

¹⁸ Ibidem, No.8.

¹⁹ Prof. G.C. Nwakoby, *Arbitration and Conciliation Act CAP A18 Laws of The Federation of Nigeria – Call for Amendment*, “Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence” 2010, p. 2.

²⁰ Judgement of Nigeria’s Court of Appeal of 2nd December 1999, *Oladejo v. Adeyemi*. CA/I/193/95. [2000]. 3 NWLR (Pt.647) 25 at 41 paras F–G.

²¹ Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 6th February 2009, *Tanko v. State*. SC.53/2008. [2009] 4 NWLR (Pt.1131) 430 at 457 paras E–G.

²² Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 20th July 2018, *Centre for Oil Pollution Watch v. NNPC*. SC.319/2013. [2019]5 NWLR (Pt.1666) SC 518 at 564 paras D–G.

²³ F.G. McKean, *Some Aspects of Judicial Discretion*, “Dickson Law Review” October 1935 to May 1936, No. 40, p. 168.

²⁴ Judgement of the Court of Appeal of Nigeria of 29th April 1999, *Ogwuegbu v. Agomuo* CA/PH/EP/68/1999. [1999] 7 NWLR (Pt.609) 144 at 180 paras G–H.

ment, and so on, in the interest of justice.²⁵ Power to grant an adjournment being a discretionary power²⁶ is a testament that exercise of inherent power is ultimately an exercise of a court's discretion. The inherent power of courts is an almost pure expression of a court's exercise of discretion in that it gives courts the ability to do all things reasonably necessary for the administration of justice.²⁷

Given that exercise of inherent power is an exercise of judicial discretion and **section 6(6) (a) of the 1999 Constitution** extended judicial powers of the court to all inherent powers of the court, judicial discretion is, again, to this extent a judicial power or a part of judicial power. As a result, in this wise also, in fettering judicial discretion **section 4(1) of ACA** also whittles, limits and fetters the court's judicial power in respect thereof.

With respect to **section 4 (2) of the ACA**, in Nigeria, existence of an arbitration agreement does not oust the jurisdiction of Nigerian Courts to entertain a dispute subject to arbitration. To this extent, a court can grant or refuse to grant a stay of proceedings in favour of arbitration. If a court refuses to grant a stay of proceedings in reference to arbitration or no application is made to it in that regard, then that court has the jurisdiction to, and will, determine the dispute to finality and render its judgment therein.²⁸ Refusal to stay proceedings means that the right to arbitrate is lost and the arbitration agreement is brought to an end or may mean that an intended arbitration is ended in consequence whereof the court will determine the dispute as if there was no arbitration agreement *ab inito* between the parties,²⁹ except an appellate court reverses the decision.

Courts do not take up matters by themselves but rather parties refer matters to the courts. Judicial powers, though vested in the courts by the Constitution, are activated when parties refer their matters to the Court provided the subject matter is within the court's jurisdiction. Once the jurisdiction and judicial powers³⁰ of the court are activated, the provision of **section 4(2) of ACA** that an arbitral proceedings

²⁵ *Ibidem*, at 180 para F.

²⁶ Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 7th June 1971, *Odusote v.Odusote*. SC.318/1970.[1971] All N.L.R 219at 223; Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 25th January 1985, *University of Lagos v. Aigoro*. SC.32/1984.[1985]1 NWLR (Pt.1) 143 at 151, 156.

²⁷ J.C. Dobbins, *The Inherent and Supervisory Power*, "Georgia Law Review" 2019–2020, Vol. 54, p. 411 and 448.

²⁸ Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 20th May 1977, *Obi Obembe v. Wemabod Estates Ltd*. SC.466/1975. [1977] 5 S.C (Reprint Edition) 70 at 79–80 lines 20–15.

²⁹ Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 24th May 2013, *R.C. O & S Ltd v. Rainbow Ltd*. CA/OW/110/2010.[2014] 5 NWLR (Pt.1401) 516.

³⁰ Judicial power is the authority vested in courts and judges, by statute, to hear and decide cases, including the power to construe and apply the law when controversies arise over what has been done or not done, and to make binding judgments on them. See: A.G. Bryan, *Black's Law Dictionary*, 7th Edition [1999], West Group, p. 851. It has been judicially defined as "the power of the court to decide and pronounce a judgment and carry it into effect between persons or parties who bring a case before it for decision. It is therefore invested in the court for the purpose of determining cases and controversies before it": Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 20th July 2018, *Centre for Oil Pollution Watch v. N.N.P.C*. SC.319/2013. [2019]5 NWLR (Pt.1666) SC 518 at 564 paras D–G.

may be continued and an award may be rendered by the arbitral tribunal while the matter is pending in court – particularly where there is no stay of proceedings – amounts to limiting or whittling the judicial powers of the Nigerian Courts or conferring judicial powers on arbitral tribunals which it may exercise *pari passu* with or share with Nigerian Courts in a circumstance within the section's purview, and thus inconsistent with **sections 6(1) and 6(6)(a) of the 1999 Constitution**.

By virtue of **section 1(1)(3) of 1999 Constitution**,³¹ the Nigerian Constitution is supreme and its provisions have binding force on all authorities and persons throughout the Federal Republic of Nigeria; and if any other law is inconsistent with the provision of the Constitution, the Constitution prevails and that other law shall to the extent of the inconsistency be void. Therefore, **sections 4(1) and (2) of ACA** are void for being inconsistent with **sections 6(1) and 6(6)(a) of the 1999 Constitution**.

Nigerian Courts would disregard any statute that seeks to regulate and obliterate the judicial powers conferred on them by the express provisions of the Constitution. In **Njikonye v. MTN Nig Communication Ltd.**,³² the Nigerian Court of Appeal held that:

The courts would disregard any statute that seeks to regulate and obliterate their judicial powers conferred on them by the express provisions of the Constitution, the Supreme and grund norm of Nigeria. By virtue of the provisions of section 6 of the 1999 Constitution, the judicial powers vested in the various courts created by the Constitution are constantly unassailable. An enactment will therefore be considered opposed to the Constitutional provisions vesting judicial powers in a court if: it has provided for sharing the judicial powers with any other body other than the courts in which it is vested by the Constitution, purported to remove judicial powers vested in the court or redefined it in a way as to whittle it or limit the extent of the power vested or conferred on the court by the Constitution.³³

Therefore, **section 4(2) of ACA** may have intended a situation where the court granted a stay of proceedings, otherwise, any notion that **s. 4(2) of ACA** intends a parallel and simultaneous proceedings between Nigerian Courts and an arbitral tribunal in respect of the same subject matter and the same parties is grossly erroneous; and such interpretation makes **s.4(2) of ACA** inconsistent with **sections 6(1) and 6(6)(a) and (b) of the 1999 Constitution** and thus null and void by reason of **section1(1)(3)** of the same **Constitution**.

Again, **section 4(2) of ACA** means that the court would share its jurisdiction with an arbitral tribunal. Nigerian courts are enjoined once they assume jurisdiction to jeal-

³¹ Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999 (as amended) CAP. C23, Laws of the Federation of Nigeria, 2010.

³² Judgement of Court of Appeal of Nigeria of 10th May 2007, CA/A/123/2004.[2008] 9 NWLR (Pt.1092) 339 at 369 paras E–G.

³³ Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 10th May 2007, Njikonye v. MTN Nig Communication Ltd. CA/A/123/2004. [2008] 9 NWLR (Pt.1092) 339 at 369 paras E–G.

ously guard their jurisdiction and the Constitution of the Federal Republic of Nigeria.³⁴ In the context, to commence and continue with an arbitration while a suit is pending before a court in respect of the same subject matter and the same parties will amount to foisting a *fait accompli* on the court and as well an act of misconduct on the part of the arbitrator particularly if the arbitrator is aware of the pending suit. Thus, in **Indorama Eleme Petrochemicals Ltd. v. Cutra International Ltd.**,³⁵ the Nigerian Court of Appeal held that:

This clearly shows that both the arbitrator and the respondent were surely aware of the proceeding at the High Court challenging the arbitral proceeding. No party to any proceeding of a competent court is permitted under our law to treat the court with disdain and sabotage the due administration of justice. The arbitrator and the respondent being aware of the suit against them before the High Court are obligated to respect the court. This is apt because when there is an ongoing litigation, nothing, I mean nothing, must be done by the parties to foist a *fait accompli* on the court. From the foregoing therefore, it is my considered view and conclusion that the arbitrator's failure to defer to the court on the issue of jurisdiction... is a misconduct which has vitiated the arbitral award of 20th December, 2016.³⁶

It follows that **section 4 of the ACA** is not an alternative to **section 5** and **section 5** prevails over and supersedes it given that **section 4** is in conflict with **section 5**; it is controlled and limited by **section 5(2)**; its **sub-sections 1 and 2** – that is, **sections 4(1) and (2)** – are inconsistent with **sections 6(1) and 6(6)(a) of the 1999 Constitution of the Federal Republic of Nigeria** (as amended) and are to the extent of the inconsistency null and void by reason of **section 1(1)(3)** of the same **Constitution**. Therefore, where there is an arbitration agreement, **section 4 of ACA** does not provide an alternative means by which a party can apply for a stay from Nigerian courts. Thus, under Nigerian law, **section 4 of the ACA** is inapplicable; a party to a suit which its subject matter is subject to arbitration must, if it still wants to arbitrate, apply for a stay under **section 5 of ACA** and meet the requirements imposed by that section.

4. PROCEDURAL STEPS FOR ENFORCEMENT UNDER SECTION 5 OF ACA

As is shown above, stay of proceedings pending arbitration in Nigeria is governed by **section 5 of the ACA** despite the existence of section 4 of the **ACA**. Grant of stay of proceedings under **section 5 of ACA** is not as a matter of course. In order to

³⁴ Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 24th January 2014, Okorochoa v. PDP. SC.445/2012. [2014] 57 NSCQR 272.

³⁵ Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 20th May 2020, CA/A/115/2019.LOR (20/05/2020) CA.

³⁶ Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 20th May 2020, Indorama Eleme Petrochemicals Ltd v. Cutra International Ltd.CA/A/115/2019. LOR (20/05/2020) CA.

be successful, a party seeking to enforce an arbitration agreement under **section 5 of ACA** should take the following procedural steps:

- a. promptly, at an early stage of the proceedings, file a motion for stay of proceedings and reference to arbitration – any delay in making the application amounts to waiving the right to arbitrate³⁷;
- b. the party must not make any other application whatsoever or take any step in proceedings³⁸;
- c. the party must show by its affidavit evidence that it was at the time when the action was commenced and still remains ready and willing to do all things necessary for the proper conduct of the arbitration.³⁹ This will suffice if the party deposes to this in its affidavit in support of the application except this deposition is challenged or controverted through a counter affidavit by the Respondent(s). In this connection, in **Mekwunye v. Lotus Capital Ltd. & Ors**,⁴⁰ the Court of Appeal held thus:

In the instant case, just as in **UBA v. Trident Consulting Limited** (supra), at page 259 of the record of appeal, the Applicant/1st Respondent herein deposed at paragraph 8 of its application for stay as follows:

“The 1st Defendant/Applicant confirms its willingness to participate in arbitration proceedings in respect of any alleged dispute arising out of or pursuant to the **Telecoms Private Equity Investment Agreement**.” The above deposition was not countered by the Appellant in his Counter Affidavit found at pages 309 to 311 of the record of appeal. By the reasoning expressed in **UBA v. Trident Consulting Limited** (supra), the above deposition is not enough, the 1st Respondent is still required to present documentary evidence in support. Considering the circumstances of the instant case, I am unable to subscribe to the reasoning in the light of the express provisions of Section 5(2) of the Act. Contrariwise, it is my humble view that unless such deposition is controverted by the adverse party, a Court is at liberty to act upon deposition by an applicant that he is willing and ready to ensure that the arbitration is properly

³⁷ Failure to apply, or failure to apply promptly, for stay of proceedings and reference to arbitration amounts to waiver of the right to arbitrate and submission to the jurisdiction of the court: Judgement of Nigeria’s Court of Appeal of 7th December 2017, *Federal Ministry of Health v. Dascon*. CA/Y/22/2016. (Nig) Ltd. [2019] 3 NWLR (Pt.1658) 127 at 139–140 paras G–B; Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 20th May 1977, *Obi Obembe v. Wemabod Estates Ltd*. SC.466/1975. [1977] 5 SC (Reprint Edition) 70 at 80; Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 15th June 1990, *K.S.U.D. B. v. Fanz Construction Ltd*. SC.45/1988. [1990] 4 NWLR (Pt.142) 1. Nigerian courts tilt towards ensuring strict compliance with section 5(1) of the Act, particularly as to the time of the conduct that demonstrates the intention to submit to arbitration. In this regard, a party who intends to arbitrate the dispute is expected to apply for stay of proceedings after appearance, but before taking any other step in the proceedings: J.N.M. Mbadugha, *Principles and Practice of Commercial Arbitration...*, p. 84, paragraph 1.

³⁸ Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 20th May 1977, *Obi Obembe v. Wemabod Estates Ltd*. SC.466/1975. [1977] 5 S.C. (Reprint Edition) 70 at 79–80, Lines 20–15.

³⁹ Arbitration and Conciliation Act, CAP A.18 Laws of the Federation of Nigeria, p. 5 (2).

⁴⁰ Judgement of Nigeria’s Court of Appeal of 20th April 2018, *CA/L/1349/2016*, [2018] LPELR – 45546 (CA).

conducted, thereby fulfilling the requirement in Section 5(2)(b). I totally agree that the reasoning in **UBA v. Trident Consulting Limited (supra)** is only potent and tenable in instances where the Applicant's deposition in the Affidavit in support of the Application for stay is challenged and/or contradicted by the Respondent. In such cases, it will be necessary for the Applicant to provide further evidence in support of his deposition in that regard which is not the case in the instant appeal⁴¹;

- d. however, if the deposition, as stated above, is challenged the party should file a further affidavit in support of the application and therein show the steps he has taken or intends to take for the proper conduct of arbitration⁴²; and the party fulfils this condition by notifying the other party in writing of his intention of referring the matter to arbitration and by proposing therein an arbitrator or arbitrators for the arbitration.⁴³ Although a party will not lose anything if in his affidavit in support of the application for stay he deposes the steps he has taken or intends to take for proper conduct of the arbitration but rather it will obviate the need of, subsequently, filing a further affidavit in respect of this point.

5. CONCLUSION

In Nigeria, existence of an arbitration agreement does not oust the jurisdiction of Nigerian Courts to entertain a dispute subject to arbitration. To this extent, a court can grant or refuse to grant a stay of proceedings in favour of arbitration. By a necessary implication, this means that if a court before which a matter subject to arbitration is brought refused to stay proceedings that arbitration can no longer be commenced or continued in respect thereof or an award rendered therein. Refusal to stay proceedings in the circumstance means that the right to arbitrate is lost and brings the arbitration agreement to an end or may mean that the intended arbitration is ended, in consequence whereof the court will determine the dispute as if there was no arbitration agreement *ab initio* between the parties,⁴⁴ except an appellate court reverses the decision.

Courts do not take up matters by themselves but rather parties refer matters to the court. Judicial powers, though vested in the courts by the Constitution, are activated when parties refer their matters to the Court provided the subject matter is within the court's jurisdiction. Once the jurisdiction and judicial powers⁴⁵ of the court are activated, the provision of **section 4(2) of ACA** that an arbitral proceedings

⁴¹ Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 20th April 2018, *Mekwunye v. Lotus Capital Ltd & Ors.* CA/L/1349/2016. [2018] LPELR – 45546 (CA)66–67.

⁴² Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 2nd July 2003, *M.V Panormos Bay v. Olam Nig PLC.* CA/L/243/2000. [2004] 5 NWLR (Pt.865) 1 at 16.

⁴³ Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 15th March 2013, *UBA v. Trident Consulting Ltd.* CA/L/103/2010. [2013] 4 CLRN 119.

⁴⁴ Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 24th May, 2013, *R.C. O & S Ltd v. Rainbowed Ltd.* CA/OW/110/2010. [2014] 5 NWLR (Pt.1401) 516.

⁴⁵ *Ibidem*, No. 8.

may be continued and an award may be rendered by the arbitral tribunal while the matter is pending in court – particularly where there is no stay of proceedings – amounts to limiting or whittling the judicial powers of the Nigerian Courts or conferring judicial powers on arbitral tribunals which it may exercise *pari passu* with or share with Nigerian Courts in a circumstance within the section’s purview, and thus inconsistent with **sections 6(1) and 6(6)(a) of Nigeria’s 1999 Constitution**.

By virtue of **section 1(1)(3) of 1999 Constitution**, the Nigerian Constitution is supreme and its provisions have binding force on all authorities and persons throughout the Federal Republic of Nigeria; and if any other law is inconsistent with the provision of the Constitution, the Constitution prevails and that other law shall to the extent of the inconsistency be void. Therefore, **sections 4(1) and (2) of ACA** are void for being inconsistent with **sections 6(1) and 6(6)(a) of the 1999 Constitution**.

Section 4(1) of the ACA is in conflict with its **section 5(1)** and thus **section 5** prevails over and supersedes by reason of the accepted cannon of construction that where there is a conflict between two provisions of an Act the later provision prevails over the former; **section 4** has been judicially held to be limited and controlled by **section 5**⁴⁶ and to this extent **section 5** still supersedes **section 4**.

It follows that **section 4 of the ACA** is not an alternative to **section 5** and **section 5** prevails over and supersedes it given that **section 4** is in conflict with **section 5**; it is controlled and limited by **section 5(2)**; its **sub-sections 1 and 2** – that is, **sections 4(1) and (2)** – are inconsistent with **section 6(1) and 6(6)(a) of the 1999 Constitution of the Federal Republic of Nigeria** (as amended) and are to the extent of the inconsistency null and void by reason of **section 1(1)(3)** of the same **Constitution**. Therefore, **section 4 of the ACA** is inapplicable. As a result, the only option available to a party who intends to arbitrate in the face of breach of an arbitration agreement by litigation is to promptly apply under **section 5 of the ACA** for stay of proceedings and reference to arbitration and meet the requirements imposed by the section.

BIBLIOGRAPHY

- Bryan A.G., *Black’s Law Dictionary*, 7th Edition, West Group 1999.
- Dobbins J.C., *The Inherent and Supervisory Power*, “Georgia Law Review” 2019–2020, Vol. 54.
- Mbadugha J.N.M., *Principles and Practice of Commercial Arbitration*, University of Lagos Press, Lagos, Nigeria 2015.
- McKean F.G., *Some Aspects of Judicial Discretion*, “Dickson Law Review” October 1935 to May 2020, No. 40 (168).
- Nwakoby G.C., *Arbitration and Conciliation CAP A18. Laws of the Federation of Nigeria – Call for Amendment*, “Nnamdi Azikiwe Journal of International Law and Jurisprudence” 2010.

⁴⁶ *Ibidem*, No. 42.

LEGAL RESOLUTION

NIGERIAN LAW

- Arbitration and Conciliation Act. CAP A.18 Laws of the Federation of Nigeria 2004.
Arbitration Rules, Arbitration and Conciliation Act, CAP A.18 Laws of Federation of Nigeria, 2004.
Constitution of the Federal Republic of Nigeria, 1999 (as amended) CAP C.23 Laws of Federation of Nigeria, 2010.

CASE LAW

SUPREME COURT

- Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 22nd January 2010, Agip Nigeria Ltd. v. Agip Petroleum International. SC.351/2002. [2010]5 NWLR (Pt.1187) 348.
Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 20th July 2018, Centre for Oil Pollution Watch v. NNPC. SC.319/2013. [2019]5 NWLR (Pt.1666) SC 518 at 564 paras D–G.
Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 25th June 1999, City Engineering Nigeria Ltd. v. Nigerian Airports Authority. SC. 36/1993, [1999] 1 NWLR (Pt.625) 76.
Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 15th June 1990, K.S.U.D.B. v. Fanz Construction Co. Ltd. SC.45/1988 [1990] 4 NWLR (Pt.142) 1 at 28 paras C–D.
Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 7th April 2000, Mobil Oil (Nigeria) PLC v. IAL 36, SC.106/1999. [2000] 6 NWLR (Pt.659) 146 at 168 paras D–E.
Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 20th May 1977, Obi Obembe v. Wemabod Estates Ltd. SC.466/1975. [1977] 5 S.C (Reprint Edition) 70 at 79–8, lines 20–15.
Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 7th June 1971, Odusote v. Odusote. SC.318/1970. [1971] All N.L.R 219 at 223.
Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 24th January 2014, Okorochoa v. PDP. SC.445/2012. [2014] 57 NSCQR 272.
Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 6th February 2009, Tanko v. State. SC.53/2008. [2009] 4 NWLR (Pt.1131) 430 at 457 paras E–G.
Judgement of the Supreme Court of Nigeria of 25th January 1985, University of Lagos v. Aigoro. SC.32/1984. [1985]1 NWLR (Pt.1) 143 at 151, 156.

COURT OF APPEAL

- Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 15th March 1999, Afolayan v. Bamidele. CC/IL/EPA/1999. [1999] 3 NWLR (Pt.595) 454 at 463 para C.
Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 20th May 2020, Indorama Eleme Petrochemicals Ltd. v. Cutra International Ltd. CA/A/115/2019. LOR (20/05/2020) CA.
Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 10th May 2021, Innoson Technical & Industrial Co. Ltd. v. Federal Radio Corporation of Nigeria. CA/E/129/2015. [2021] LPELR – 54620 (CA) 1 at 30 para B.

- Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 29th April 1999, *Ogwuegbu v. Agomuo*. CA/PH/EP/68/1999, [1999] 7 NWLR (Pt.609) 144 at 180 paras G–H.
- Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 2nd December 1999, *Oladejo v. Adeyemi*. CA/I/193/95. [2000] 3 NWLR (Pt.647) 25 at 41 paras F–G.
- Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 7th June 1995, *Mbeledogu v. Aneto*. CA/E/171/91. [1996]2 NWLR (Pt.429) 157 at 168–169 paras H–A.
- Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 20th April 2018, *Mekwunye v. Lotus Capital Ltd. & Ors*. CA/L/1349/2016. [2018] LPELR – 45546 (CA)66–67.
- Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 2nd July 2003, *M.V. Panormos Bay v. Olam Nig PLC*. CA/L/243/2000. [2004] 5 NWLR (Pt.865) 1 at 14 para G.
- Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 10th May 2007, *Njikonye v. MTN Nig Communication Ltd*. CA/A/123/2004. [2008] 9 NWLR (Pt.1092) 339 at 369 paras E–G.
- Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 24th May 2013, *R.C. O & S Ltd. v. Rainbowned Ltd*. CA/OW/110/2010. [2014] 5 NWLR (Pt.1401) 516.
- Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 12th July 2013, *Statoil (Nig) Ltd. v. NNPC*. CA/L/758/2012. [2013]14 NWLR (Pt.1373) 1 at 29 paras D–G.
- Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 15th March 2013, *UBA v. Trident Consulting Ltd*. CA/L/103/2010. [2013] 4 CLRN 119.
- Judgement of Nigeria's Court of Appeal of 7th December 2017, *Federal Ministry of Health v. Dascon*. CA/Y/22/2016. (Nig) Ltd. [2019] 3 NWLR (Pt.1658) 127 at 139–140 paras G–B.
- Enforceability of Arbitration Agreements–The interplay between sections 4 and 5 of Nigeria's Arbitration and Conciliation Act, 2004.

ENFORCEABILITY OF ARBITRATION AGREEMENTS – THE INTERPLAY BETWEEN SECTIONS 4 AND 5 OF NIGERIA'S ARBITRATION AND CONCILIATION ACT, 2004

Summary

This article presents the enforceability of arbitration agreements – the interplay between sections 4 and 5 of Nigeria's Arbitration and Conciliation Act, 2004 (ACA). The following issues are discussed: whether given the unique and distinct but related provisions of sections 4 and 5 of ACA dealing with the same subject matter, they are in conflict, could be applied in the alternative or simultaneously or whether one supersedes the other or is inapplicable; whether section 4 of ACA amounts to limiting or controlling the constitutionally vested judicial powers of the courts or the courts sharing their judicial powers with arbitral tribunals and is therefore null and void by reason of sections 1(1)(3) of the Nigeria's 1999 Constitution; and the procedural steps for enforcement under section 5 of ACA.

Using the doctrinal research method *vis-a-vis* primary sources the author concludes that section 5 of ACA supersedes its section 4; section 4 is not an alternative to section 5; sections 4(1) and (2) of the ACA by whittling or limiting judicial powers of the courts are inconsistent with sections 6(1) and 6(6) (a) of the 1999 Constitution of the Federal Republic of Nigeria (as amended) and thus are null by reason of section 1(1) (3) of the same 1999 Constitution and in consequence inapplicable; that Nigerian courts disregard any statute that seeks to limit or whittle or regulate and obliterate the judicial powers conferred on them by the Constitution

or that has provided for sharing of their judicial powers with any other body other than the courts in which it is invested by the Constitution.

Key words: Arbitration, Enforceability of arbitration agreements, taking steps in proceedings, stay of proceedings, judicial discretion, judicial power, waiver of the right to arbitrate, sections 4 and 5 of Arbitration and Conciliation Act

WYKONALNOŚĆ POROZUMIEŃ ARBITRAŻOWYCH – WZAJEMNE ODDZIAŁYWANIE ROZDZIAŁÓW 4 ORAZ 5 NIGERYJSKIEJ USTAWY O ARBITRAŻU I POSTĘPOWANIU ROZJEMCZYM Z 2004 ROKU

Streszczenie

Niniejszy artykuł przedstawia kwestię wykonalności porozumień arbitrażowych – wzajemnego oddziaływania rozdziałów 4 i 5 nigeryjskiej Ustawy o Arbitrażu i Postępowaniu Rozjemczym z 2004 roku (ACA). Autor omawia następujące zagadnienia: czy w przypadku unikalnych i odmiennych, ale pokrewnych przepisów rozdziałów 4 i 5 ACA dotyczących tych samych zagadnień są one w sprzeczności, mogą być stosowane alternatywnie bądź równocześnie, czy też jeden przepis wypiera drugi lub jest niemożliwy do zastosowania; czy rozdział 4 ACA oznacza ograniczenie lub kontrolę władzy sądowiczej powierzonej sądom przez Konstytucję, czy też związku z tym dzielenie przez sądy władzy sądowiczej z trybunałami arbitrażowymi jest nieprawomocne na podstawie rozdziału 1(1)(3) tej samej Konstytucji Nigerii z 1999 roku; oraz kroki proceduralne w celu wdrożenia rozdziału 5 ACA.

Stosując metodę badań doktrynalnych dotyczących źródeł pierwotnych, autor wyciąga wnioski, że rozdział 5 ACA wypiera rozdział 4; rozdział 4 nie jest alternatywny w stosunku do rozdziału 5; rozdziały 4(1) i (2) ACA, uszczuplając lub ograniczając władzę sądowiczą sądów, pozostają w sprzeczności z rozdziałami 6(1) oraz 6(6) Konstytucji Federalnej Republiki Nigerii z 1999 roku (z późniejszymi zmianami), a zatem są nieprawomocne na podstawie rozdziału 1(1)(3) tej samej Konstytucji z 1999 roku i nie mogą mieć zastosowania; że nigeryjskie sądy nie uznają aktów prawnych, które mają na celu ograniczyć, uszczuplić lub regulować i skasować władzę sądowiczą przyznaną przez Konstytucję lub stanowią o dzieleniu władzy sądowiczej z jakimikolwiek ciałami innymi niż sądy, którym Konstytucja przyznała tę władzę.

Słowa kluczowe: arbitraż, wykonalność porozumień arbitrażowych, podejmowanie kroków w postępowaniu, zawieszenie postępowania, niezależność sędziowska, władza sądowicza, zrzeczenie się prawa do rozstrzygnięcia, rozdziały 4 i 5 nigeryjskiej Ustawy o Arbitrażu i Postępowaniu Rozjemczym

Cytuj jako: Mbadugha J.M., *Wykonalność porozumień arbitrażowych – wzajemne oddziaływanie rozdziałów 4 oraz 5 nigeryjskiej ustawy o arbitrażu i postępowaniu rozjemczym z 2004 roku*, „Ius Novum” 2021 (15) nr 4, s. 121–135. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.32/j.n.mbadugha

Cite as: Mbadugha J.M. (2021) ‘Enforceability of arbitration agreements – the interplay between sections 4 and 5 of Nigeria’s Arbitration and Conciliation Act, 2004’. *Ius Novum* (Vol. 15) 4, 121–135. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.32/j.n.mbadugha

FROM UNSOLVED CRIME NUMBERS TO OTHER FORENSIC STATISTICS: OPOLE POLICE DEPARTMENT'S OBSERVATIONS USING BAYESIAN MODELING

RAFAŁ DROZDOWSKI*, STEPHEN DEWSBURY**
ANDRZEJ TUKIENDORF***

DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.33/a.tukiendorf/r.drozdowski/s.dewsbury

1. BACKGROUND

Not all crimes are solved, and some crimes are not even detected. Such a reality for any police department, in any part of the world, is a challenging one. Moreover, the main function of the police, as empowered by the state, is to enforce the law in order to ensure the safety, the health, and the possessions of its citizens, and to prevent crime and civil disorder from breaking out. Therefore, statistical observations through Bayesian spatio-temporal modeling as regards to unsolved crime numbers and probability measurements from detected to undetected cases will prove useful in overcoming such challenges faced by the police department in Opole, Poland, and elsewhere for that matter.

It is important to note that from a motivated offender's point of view that the most suitable opportunity to commit an offense is one in which the perceived risk of detection is low, where committing the offense requires little anticipated effort, and also that when completing the offense the delivery of the desired reward is likely.¹ Hence, many violations of legal statutes and regulations remain undetected.² In fact it can be sensibly argued that individuals and firms commit violations in the hope of escaping detection. Fewer, if any violations would be committed if detection was perfect. Therefore, any improvements to detection rates from a lower level to

* Junior Inspector, Opole City Police Department, e-mail: rafal.drozdowski@op.policja.gov.pl

** Senior Lecturer, University of Opole, e-mail: sdewsbury@uni.opole.pl

*** Prof., PhD hab., Wrocław Medical University, e-mail: andrzej.tukiendorf@gmail.com, ORCID: 0000-0001-5278-989X

¹ D. Cornish, R. Clarke, *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, New York 1986.

² J. Feinstein, Detection Controlled Estimation, *The Journal of Law & Economics* 1990, 33 (1), pp. 233–276.

a higher level are a must for police departments in order to, not only improve crime detection, but also to function as a deterrent for those offenders and whatever their motivations may be. Such expectations are difficult to meet and it is impossible to determine with accuracy the amount of crime in any given jurisdiction at any particular time.³ But the failure to detect all violations substantially complicates the statistical analysis of illegitimate activities and regulatory noncompliance, because individuals whose violations remain undetected (and unrecorded in the data) are misclassified as compliant. Unfortunately, a large proportion of the crimes committed including serious delinquency go undetected by the police.⁴

Besides, figures from a plethora of crimes suggest clearance and detection rates have not improved. Even, according to the Bureau of Justice Statistics, in 2015 in the U.S., only 62% of murders and non-negligent homicides in the U.S. were cleared.⁵

It appears that most murders go unsolved in many U.S. cities, for example, in Columbus, Ohio, in 2017 the police only managed to clear 34% of the city's homicides.⁶

But it is not only the U.S. which experiences this kind of phenomena as regards to unsolved or undetected crimes. A large scale study conducted in Germany in the 1990s estimated that 50% of murders go undetected.⁷ Whereas, other shocking crimes such as sex offences or the killings of elderly people suggest that there is a lot of effort to be done in order to improve detection rates and solve crimes. For example, Neutze et al.⁸ show that 57% of the total sex offenders have never been detected by the criminal justice system, as well as that many of the homicides were committed against older people.⁹ But nor is this phenomena always related to such shocking crimes. For example, in the UK more than half of crimes on Scotland's railways go undetected (fortunately, the majority of crimes reported to the British Transport Police result in no injury coming to a victim, and tend to be theft, common assault or vandalism).¹⁰

³ M. Kumar, J. Borbor, *Urban Crime: A Sociological Study of Johat Town*, *IOSR Journal of Humanities and Social Science* 2018, 23 (4), pp. 53–59.

⁴ G. Sweeten, *Scaling Criminal Offending*, *Journal of Quantitative Criminology* 2012, 28 (3), pp. 533–557.

⁵ J. Gramlich, *Most Violent and Property Crimes in the U.S. Go Unsolved*, Pew Research Center, 2017, <https://www.pewresearch.org/fact-tank/2017/03/01/most-violent-and-property-crimes-in-the-u-s-go-unsolved/> (access: 04.12.2021).

⁶ Crime and Justice News, *Most murders go unsolved in many cities*, The Crime Report, John Jay College of Criminal Justice, 2017, <https://thecrimereport.org/2017/08/16/most-murders-go-unsolved-in-many-cities/> (access: 04.12.2021).

⁷ A. Baranowski et al., *The CSI-education Effect: Do Potential Criminals Benefit From Forensic TV Series?*, *International Journal of Law, Crime, and Justice* 2017, 52, pp. 86–97.

⁸ J. Neutze et al., *Undetected and Detected Child Sexual Abuse and Child Pornography Offenders*, *International Journal of Law and Psychiatry* 2012, 35 (3), pp. 168–175.

⁹ J. Hupp, *Crimes Against Older Adults: Perspectives of Student and Police Detectives*, A Thesis Submitted to the Faculty of Miami University in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Gerontological Studies Department of Sociology and Gerontology, Miami University, Oxford 2006, OH, USA.

¹⁰ C. McCall, *More Than Half of Crimes on Scotland's Railways Go Undetected*. *The Scotsman*, 2019, <https://www.scotsman.com/news/transport/more-halfcrimes-scotlands-railways-go-undetected-1414683> (access: 04.12.2021).

Directly, as regards financial matters, Crofts¹¹ claims that approximately 60% of gambling related crimes remain unsolved, while a historic example from California by Higgins¹² may help to put the importance of this issue into greater perspective when in 1974 the estimated costs of the crimes of early minor offenders, which included taking undetected crimes into account, revealed that the costs are about 11 times that of detected times, or approximately \$930 M.

It is hoped that the brand-new statistical observations herein will prove useful in overcoming similar challenges faced by the Police Department in Opole, Poland, and elsewhere.

2. AIM OF STUDY

In this study, we evaluated 2015–2019 spatio-temporal patterns of undetected territorial crime rates and their annual five-year growth rates (all categories combined) based on the reference population using hierarchical Bayesian modeling. Then we compared the combinations (“Types”) of these levels (below/above the mean, and negative/positive increments) with the odds of detected to undetected crime numbers. To look even more closely at the relations of undetected crimes, we extend the statistical analysis, additionally, with square area and crude rates of the reported crime statistics per reference population.

3. MATERIAL

The study region is Opole province <10 K km² is located in the southwestern part of Poland, populated by approximately <1 M inhabitants. By the way, Opole province is not recognizable as one of the elite political, economic or educational centers of Poland, and its role in the national perspective is not leading. However, in the recent years some key industrial investments were made in the region, especially in energy (a power plant construction), which has resulted in the employment of an additional external workforce (a few thousand people) of various nationalities.

Information on detected and undetected crime numbers in the region originates from the Opole Provincial Police Headquarters. Statistics Poland was our data source for demography characteristics of population. The basic crime offense data consisted of reported incidents of crime (all categories) reported to the police for 5 years spanning from January 1, 2015 to December 31, 2019 (Table 1).

¹¹ P. Crofts, *Researching the Link Between Gambling and Crime*, Paper presented at the Evaluation in Crime and Justice: Trends and Methods Conference convened by the Australian Institute of Criminology in conjunction with the Australian Bureau of Statistics and held in Canberra, 24–25 March 2003, University of Technology, Sydney 2003.

¹² T. Higgins, *The Crime Costs of California*, *Journal of Research in Crime and Delinquency* 1977, 14, pp. 195–205.

Table 1. Crime and demography in Opolskie province, Poland, in the years 2015–2019 (following the Opole Provincial Police Headquarters)

Year	2015	2016	2017	2018	2019
Crime	27.411	28.063	28.399	24.428	24.702
Population	996.011	993.036	990.069	986.506	982.626

(p>0.05)

All crime incidents were geocoded to a particular administrative unit (community) and then analyzed in the context of the undetected crime risk and its increment.

4. METHODS

Recognizing the similarity to epidemiological diseases, we first used spatial Bayesian modeling following Bailey¹³ as great practical and potential value in the risk analysis of crime. In turn, to build a spatio-temporal increment model, we propose the Bayesian approach suggested by Congdon.¹⁴

To study the possible background of the established crime variation, the univariate regressions were fitted by a WinBUGS software,¹⁵ which uses algorithms for a Markov Chain Monte Carlo (MCMC) simulation to generate dependent samples from the posterior distribution of the models. Due to its highly parameterized modeling, the models were run for “burn in” for 1,000 iterations and the subsequent 10,000 “production” samples. Here, the performance of MCMC simulation of the Gibbs sampler was diagnosed with the Gelman-Rubin statistic available within WinBUGS software.

In our work, the undetected crime rates and their five-year increments were plotted graphically in choropleth thematic maps. All data and statistical models can be provided upon request.

5. RESULTS

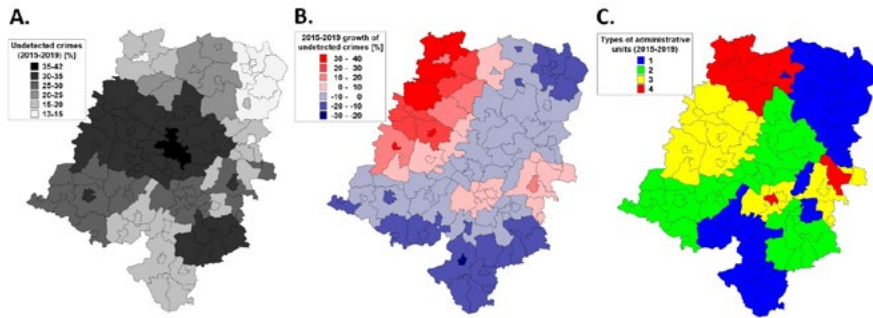
The established estimates of the Bayesian geostatistical models of undetected crime rates and their five-year growths (increments) in the form of local patterns of total crime at the community level for the Opolskie Province, Poland, over the time period 2015–2019 were plotted in Figure 1, Panels A & B, respectively.

¹³ T. Bailey, *An Introduction to Spatial and Spatio-Temporal Modelling of Small Area Disease Rates*, Short course presented at Faculdade de Ciências Médicas, UNICAMP, Campinas, Brazil, 8–10 April, 2008, School of Engineering, Computing and Mathematics, Exeter 2008, UK.

¹⁴ P. Congdon, *Applied Bayesian Modelling*, Chichester 2003, pp. 310–317.

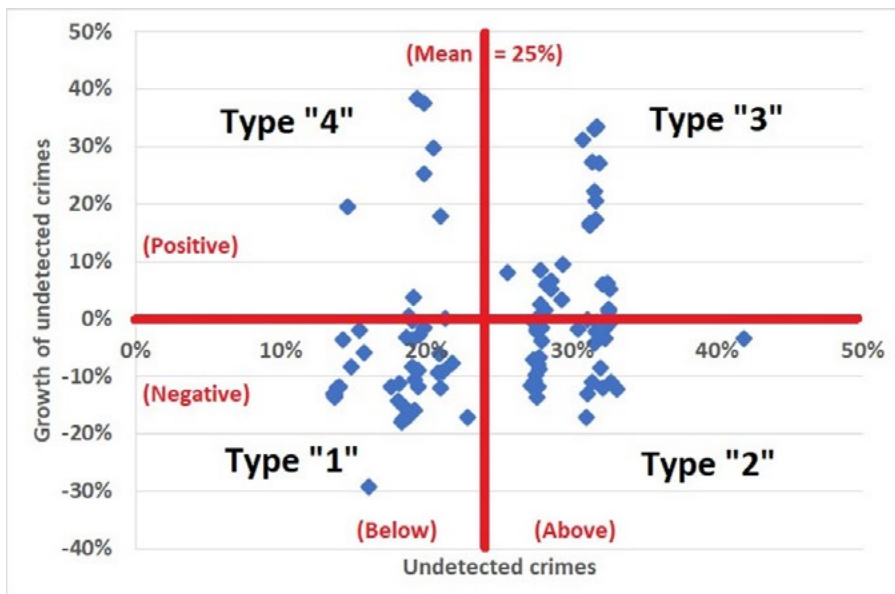
¹⁵ D. Spiegelhalter et al., *WinBUGS Version 1.4.3*, Medical Research Council-Biostatistics Unit, Cambridge 2004, UK.

Figure 1. Bayesian spatio-temporal models of undetected crime rates (Panel A), five-year increments (Panel B), and types of administrative units of crimes (Panel C) in Opolskie province, Poland in 2015–2019 (based on the Opole Provincial Police Headquarters crime statistics)



A graphical plot of the four types of administrative units based on these levels, i.e. below/above the mean of undetected crime rates ($=25\%$), and negative/positive increments is presented in Figure 2.

Figure 2. Types of administrative units following undetected crimes in Opolskie province (2015–2019)



Description:

Type "1" = administrative units with $<25\%$ of undetected crime rates and negative undetected crime rates" increment

Type "2" = those units with >25% of undetected crime rates and negative undetected crime rates' growth

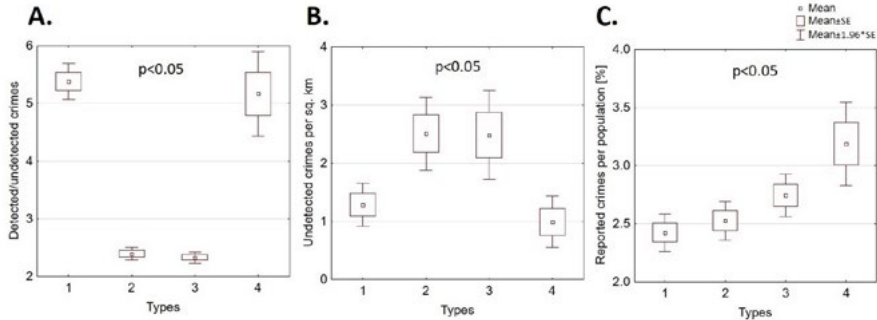
Type "3" = administrative units with >25% crime non-detectable and its positive increment

Type "4" = the remaining option.

For the four determined types of administrative units shown in Figure 2, the thematic map of the undetected crime patterns in Opolskie province (2015–2019) was created (Figure 1, Panel C).

Then, the means of the compared odds of detected to undetected crime numbers in distinguished quarters are shown in Figure 3, Panel A. Additionally, the unsolved crime numbers per square kilometer and reported crime statistics per reference population (crude rates) for determined types of administrative units are plotted in Figure 3, Panels B & C, respectively. Following a one-way analysis of variance, all the differences of means in the last three examples were statistically significant ($p < 0.05$).

Figure 3. Analysis of variance of (A) odds of detected to undetected crime numbers in distinguished quarters, (B) unsolved crime numbers per square kilometer, and (C) reported crime statistics per reference population in determined types of administrative units in Opolskie province (2015–2019)



Looking at the results presented in Figure 2, Panel A, interestingly is based on the unsolved crime numbers and reference population (the only numbers used in Bayesian spatio-temporal analysis), and displays that the odds of detected to undetected statistics can be predicted. The proportion of detected/undetected crime numbers >5 were typical for the negative increment of unsolved offenses, while the lowest clearance rate ≈ 2.5 was found in the types of administrative units with the positive tendency of undetected crime numbers. Analogously, the unsolved crime numbers per square kilometer were the highest (≈ 2.5) in Types "2" & "3", while the lowest (>1) in Types "1" & "4" (Figure 2, Panel B). However, no analogy with the increment statistics of undetected crimes was found with crude rates of crimes per reference population. The lowest rates of crime ($\approx 2.4\%$) were typical for administrative units with the lower average level of undetected crime numbers ($<25\%$) and its negative

increment (Type "1"), whereas the highest crude rate (=3.2%) were estimated within the communes with the lower average level of unsolved crime cases but with the higher non-detectable tendency (Type "4").

6. DISCUSSION

Despite the enormous development of science and technology in the field of criminology and forensics, we have still not reached a satisfactory level of crime detection. This progress is not being hampered by the main traditions and format of the technical proceedings, which are for example, the recording of people's accounts by interrogating them, or the recording of the appearance of the crime scene (i.e. inspection), all of which are most often based on how the law was managed in the previous century. The basic source for their improvement are methods and forms of police investigations which are constantly evolving.

Nevertheless, all operational activities generate personnel and material costs related to crime detection (in order to identify, arrest and indict the perpetrator of the crime), often requiring the involvement of a larger number of people to carry out a number of additional procedural and out-of-trial activities. From our own many years of experience, we can draw the conclusion that it is the higher financial costs, caused by the need for greater involvement of forces and resources in the detection process, that are the main reason for the increase in the percentage of crimes not being detected by the police.

Undoubtedly, criminals also benefit from technological and information progress and show great creativity in new methods and forms of crime. For example, the authors of the unprecedented statistical analysis comparing crime clearance rates from before and after the introduction of crime scene investigation (CSI), suggest that the forensic TV series may educate potential villains (the clearance rates of serious crimes have seriously dropped after the CSI-series were featured in TV programs). Certainly, other procedural and non-procedural reasons, including police corruption¹⁶ may be related to the increase in the percentage of crimes not detected by these services.

It seems, however, in the context of crime numbers, that the non-detectability of crimes is a big problem for maintaining public and social order, and by reviewing scientific reports on this subject - this problem can even be considered 'shameful' (in our opinion, more research needs to be focused on the so-called 'dark figure', including its regression modeling and statistical assessment of risk factors, rather than the analysis of associations with errors in crime detection). For this reason, we undertook in this study an assessment of this forensic phenomenon using adapted geostatistical methods. Interestingly, even by using simple population and geographic data, a lot of new light can be shed on the investigated regional crime levels.

Thus, by taking into account the absolute numbers of undetected crimes and reference populations, we learned that with Bayesian models, the ratios of actual crime

¹⁶ L. Jaitman, V. Anauati, The Dark Figure of Crime in Latin America and the Caribbean, *Journal of Economics, Race, and Policy* 2020, 3, pp. 76–95.

data detected to undetected can be assessed. See the Bayesian modeling (undetected crimes, reference populations) -> detected crimes/undetected crimes (see figure 3A).

From that above statistical relation it can be stated that the degree of crime detection is directly related to the reference population size (i.e. with the absolute numbers used in statistical modeling as the Poisson denominator). And if so, then the above result indicates an irregularity of police personnel in administrative units.

The present statistical result proves the great cognitive power of Bayesian modeling in forensic research and confirms its effectiveness, not only scientifically, but also practically. In the context of the estimated forensic indicators of the number of undetected crimes per unit of territorial area (Figure 3B), it is difficult to speak of its scientific significance for the time being (because we have not found similar incidences anywhere in the literature), however, they may be the subject of further research and assessment of their criminological objective significance.

We were also surprised by the latest result concerning the crude rates of crimes (in reference populations) after modeling the number of undetected crimes (Figure 3C). Although it would seem that the highest level of registered crime should concern the sub-regions with the highest percentage of undetected crimes and their annual increase, this suggestion turned out to be false in the light of the statistical results obtained by us. Our estimates indicate that the highest rates of crime are related to administrative units with a relatively lower level of undetected crimes, and with a higher annual increase. This result indicates the greater importance of temporal rather than territorial changes in the crime rates.

Additional information can be drawn from our analysis. Numerically, the size of the police personnel should be proportional to the number of inhabitants. Since the ratio of detected to undetected crimes does not correspond to the ratio of the reported crimes per population (compare graphs A and C in Figure 3), it can be concluded that there is an inadequate staffing of the reference populations.

Finally, the last and previous statistical results would not be possible without the use of advanced Bayesian modeling procedures, which require the cooperation of statisticians and policemen alike.

7. CONCLUSIONS

The use of Bayesian methods (despite the fact that they are statistically advanced, is simple in a computer application) allows for the unfolding of geostatistical data (regardless of the type) and new possibilities of scientific inference. In our study, we realized of the great cognitive value of undetected crime statistics in criminological analyzes. Thus, we argue that the degree of crime detection is directly related to the reference population size (i.e. with the absolute numbers), and such a result may indicate about an inconsistency of police personnel in administrative units. Then, the influence of the area of administrative territories on the undetected crime numbers may be evident (although not justified by us so far). Finally, for overall crime rates, fluctuations in time within territorial units themselves are more important than differences between them. All these statistical results are quite easy to achieve

with the current programming technique, nevertheless they require the cooperation of interested professional forensic and statistical bodies and further scientific explanations. Finally, it is worth emphasizing that Bayesian methods allow brand-new cognitive horizons to be opened in forensic research.

List of abbreviations

CSI – crime scene investigation

MCMC – Markov chain Monte Carlo

BIBLIOGRAPHY

- Bailey T., *An Introduction to Spatial and Spatio-Temporal Modelling of Small Area Disease Rates*, Short course presented at Faculdade de Ciências Médicas, UNICAMP, Campinas, Brazil, 8–10 April, 2008, School of Engineering, Computing and Mathematics, Exeter 2008, UK.
- Baranowski A., Burkhardt A., Czernik E., Hecht H., The CSI-education Effect: Do Potential Criminals Benefit From Forensic TV Series?, *International Journal of Law, Crime, and Justice* 2017, 52.
- Congdon P., *Applied Bayesian Modelling*, Chichester 2003.
- Cornish D., Clarke R., *The Reasoning Criminal: Rational Choice Perspectives on Offending*, New York 1986.
- Crime and Justice News, *Most murders go unsolved in many cities*, The Crime Report, John Jay College of Criminal Justice, 2017, <https://thecrimereport.org/2017/08/16/most-murders-go-unsolved-in-many-cities/>.
- Crofts P., *Researching the Link Between Gambling and Crime*, Paper presented at the Evaluation in Crime and Justice: Trends and Methods Conference convened by the Australian Institute of Criminology in conjunction with the Australian Bureau of Statistics and held in Canberra, 24–25 March 2003, University of Technology, Sydney 2003.
- Feinstein J., Detection Controlled Estimation, *The Journal of Law & Economics* 1990, 33 (1).
- Gramlich J., *Most Violent and Property Crimes in the U.S. Go Unsolved*, Pew Research Center, 2017, <https://www.pewresearch.org/facttank/2017/03/01/most-violent-and-property-crimes-in-the-u-s-go-unsolved/>.
- Higgins T., The Crime Costs of California, *Journal of Research in Crime and Delinquency* 1977, 14.
- Hupp J., *Crimes Against Older Adults: Perspectives of Student and Police Detectives*, A Thesis Submitted to the Faculty of Miami University in partial fulfillment of the requirements for the degree of Master of Gerontological Studies Department of Sociology and Gerontology, Miami University, Oxford 2006, OH, USA.
- Jaitman L., Anauati V., The Dark Figure of Crime in Latin America and the Caribbean, *Journal of Economics, Race, and Policy* 2020, 3.
- Kumar M., Borbor J., Urban Crime: A Sociological Study of Johat Town, *IOSR Journal of Humanities and Social Science* 2018, 23 (4).
- McCall C., *More Than Half of Crimes on Scotland's Railways Go Undetected*. *The Scotsman*, 2019, <https://www.scotsman.com/news/transport/more-halfcrimes-scotlands-railways-go-undetected-1414683>.

- Neutze J., Grundmann D., Scherner G. et al., Undetected and Detected Child Sexual Abuse and Child Pornography Offenders, *International Journal of Law and Psychiatry* 2012, 35 (3).
- Spiegelhalter D., Thomas A., Best N., Lunn D., *WinBUGS Version 1.4.3*, Medical Research Council-Biostatistics Unit, Cambridge 2004, UK.
- Sweeten G., Scaling Criminal Offending, *Journal of Quantitative Criminology* 2012, 28 (3).

FROM UNSOLVED CRIME NUMBERS TO OTHER FORENSIC STATISTICS: OPOLE POLICE DEPARTMENT'S OBSERVATIONS USING BAYESIAN MODELING

Summary

The non-detectability of crimes is a big problem for maintaining public order, and by reviewing scientific reports on this subject it seems that this problem can even be considered 'shameful'. For this reason, we undertook in this study an assessment of this forensic phenomenon adapting modern geostatistical methods. This study uses all reported incidences of crimes to the Opole Provincial Police Headquarters committed in the Opole region over a five year period 2015–2019. Spatio-temporal patterns of undetected crime rates were built. Their annual five-year growth rates are based on the reference population using hierarchical Bayesian modeling. The combinations of these levels were compared with the odds of detected to undetected crime numbers. The statistical analysis was extended with square area and crude rates of the reported crime statistics per reference population. We found that the degree of crime detection is directly related to the reference population size which may also suggest the validity of a detailed analysis in terms of adjusting the appropriate staffing of police personnel in administrative units. Furthermore, the influence of the area of administrative territories on the number of undetected crimes was also evident. Additionally, overall reported crime rates and the fluctuations in time within territorial units themselves implicated more important changes in criminal statistics than the differences between them and were established using unsolved crime statistics only. The use of Bayesian methods (despite the fact that they are statistically advanced, is simple in a computer application) allows for the unfolding of geostatistical data (regardless of the type) and new possibilities of scientific inference. All these statistical results are quite easy to achieve with the current programming technique, nevertheless they require the cooperation of interested professional forensic and statistical bodies and further scientific explanations. Finally, it is worth emphasizing that Bayesian methods allow brand-new cognitive horizons to be opened in forensic research.

Key words: undetected crimes, Bayesian modeling, crime mapping, forensic statistics

OD LICZBY PRZESTĘPSTW NIEWYKRYTYCH DO INNYCH STATYSTYK KRYMINALNYCH: OBSERWACJE OPOLSKIEJ POLICJI Z WYKORZYSTANIEM MODELI BAYESOWSKICH

Streszczenie

Niewykrywalność przestępstw jest dużym problemem w utrzymaniu porządku publicznego, a analizując doniesienia naukowe na ten temat wydaje się, że go można nawet uznać za „wstydlivy”. Z tego powodu w niniejszej pracy podjęliśmy się oceny niniejszego zjawiska kryminalistycznego, dostosowując nowoczesne metody geostatystyczne. W opracowaniu

wykorzystaliśmy wszystkie zgłoszone do Komendy Wojewódzkiej Policji w Opolu przestępstwa popełnione w województwie w okresie pięciu lat 2015–2019 i zbudowaliśmy modele przestrzenno-czasowe wskaźników niewykrytej przestępczości. Ich roczne pięcioletnie stopy wzrostu oparte są na populacji referencyjnej przy użyciu hierarchicznego modelowania bayesowskiego. Kombinacje tych poziomów porównaliśmy z prawdopodobieństwem liczby wykrytych i niewykrytych przestępstw. Analiza statystyczna została rozszerzona o powierzchnię kwadratową i surowe wskaźniki zgłoszonych statystyk przestępczości względem populacji referencyjnej. Stwierdziliśmy, że stopień wykrywalności przestępstw jest bezpośrednio związany z liczebnością populacji referencyjnej, co może również sugerować zasadność przeprowadzenia szczegółowej analizy w zakresie dostosowania odpowiedniej obsady personelu policji w jednostkach administracyjnych. Wyraźny był również wpływ powierzchni jednostek administracyjnych na liczbę niewykrytych przestępstw. Ponadto ogólne wskaźniki zgłaszanej przestępczości oraz wahania w czasie w obrębie samych jednostek terytorialnych implikowały istotniejsze zmiany statystyk kryminalistycznych, niż różnice pomiędzy nimi i zostały ustalone jedynie na podstawie liczby przestępstw niewykrytych. Zastosowanie metod bayesowskich (pomimo statystycznego zaawansowania, jednakże prostej aplikacji komputerowej) pozwala na analizę danych geostatystycznych (niezależnie od rodzaju) i nowe możliwości wnioskowania naukowego. Przy obecnej technice oprogramowania, wszystkie prezentowane wyniki statystyczne są dość łatwe do osiągnięcia, niemniej wymagają współpracy zainteresowanych profesjonalnych organów policyjnych i statystycznych oraz komplementarnych analiz naukowych. Na koniec warto podkreślić, że metody bayesowskie pozwalają na otwarcie zupełnie nowych horyzontów poznawczych w badaniach kryminalistycznych.

Słowa kluczowe: przestępstwa niewykryte, modelowanie bayesowskie, geografia przestępczości, statystyki kryminalistyczne

Cytuj jako: Tukiendorf A., Drozdowski R., Dewsbury S., *Od liczby przestępstw niewykrytych do innych statystyk kryminalnych: obserwacje opolskiej policji z wykorzystaniem modeli bayesowskich*, „Ius Novum” 2021 (15) nr 4, s. 136–146. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.33/a.tukiendorf/r.drozdowski/s.dewsbury

Cite as: Tukiendorf A., Drozdowski R., Dewsbury S. (2021) 'From unsolved crime numbers to other forensic statistics: Opole Police Department's observations using Bayesian modeling'. *Ius Novum* (Vol. 15) 4, 136–146. DOI: 10.26399/iusnovum.v15.4.2021.33/a.tukiendorf/r.drozdowski/s.dewsbury

NOTY O AUTORACH

Krzysztof Ślebzak	prof. dr hab., Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Maciej Jakub Zieliński	dr, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Blanka J. Stefańska	dr, adiunkt na Wydziale Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie
Patrycja Palichleb	mgr, Szkoła Doktorska Nauk Społecznych Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
Kamil Siwek	mgr, doktorant, Zakład Prawa Karnego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
Monika Mirończuk	mgr, uczestnik seminarium doktorskiego w Akademii Leona Koźmińskiego w Warszawie
Joseph N. Mbadugha	Senior Advocate of Nigeria (SAN); wizytujący profesor arbitrażu międzynarodowego, Uczelnia Łazarskiego w Warszawie, Dyrektor McCarthy Mbadugha & Co. Barristers, Solicitors and Arbitrators, Lagos, Nigeria
Andrzej Tukiendorf	prof. dr hab., Uniwersytet Medyczny we Wrocławiu
Rafał Drozdowski	młodszy inspektor, Komenda Miejska Policji w Opolu
Stephen Dewsbury	mgr, starszy wykładowca, Uniwersytet Opolski

NOTES ON THE AUTHORS

Krzysztof Ślebzak	Prof., PhD hab., Faculty of Law and Administration of the Adam Mickiewicz University in Poznan
Maciej Jakub Zieliński	PhD, Faculty of Law and Administration of the Adam Mickiewicz University in Poznan
Blanka J. Stefańska	PhD, Assistant Professor at the Faculty of Law and Administration of Lazarski University in Warsaw
Patrycja Palichleb	MA, Doctoral School of Social Sciences of the Maria Curie-Skłodowska University in Lublin
Kamil Siwek	MA, doctoral student at the Department of Criminal Law, Faculty of Law and Administration of the Adam Mickiewicz University in Poznan
Monika Mirończuk	MA, doctoral student at Kozminski University in Warsaw
Joseph N. Mbadugha	Senior Advocate of Nigeria (SAN), Visiting Professor of International Arbitration, Lazarski University in Warsaw, Principal McCarthy Mbadugha & Co. Barristers, Solicitors and Arbitrators, Lagos, Nigeria
Andrzej Tukiendorf	Prof., PhD hab., Wrocław Medical University
Rafał Drozdowski	Junior Inspector, Opole City Police Department
Stephen Dewsbury	MA, Senior Lecturer, University of Opole

INFORMACJA DLA AUTORÓW

1. W czasopiśmie mogą być publikowane prace dotyczące szeroko rozumianej problematyki prawnej, a także recenzje oraz sprawozdania z życia naukowego szkół wyższych. Warunkiem opublikowania jest pozytywna opinia recenzenta.
2. Materiał do Redakcji należy przekazać w jednym egzemplarzu znormalizowanego maszynopisu (30 wierszy na stronie, po 60 znaków w wierszu, ok. 1800 znaków na stronie) wraz z tekstem zapisanym na nośniku elektronicznym lub przesłanym na adres: wydawnictwo@lazarski.edu.pl
3. Przypisy należy umieszczać na dole strony, podając najpierw inicjały imienia, nazwisko autora, tytuł pracy (kursywa), miejsce i rok wydania, numer strony. W przypadku prac zbiorowych należy podać inicjał imienia i nazwisko redaktora naukowego z dopiskiem (red.).
4. Do artykułu należy dołączyć streszczenie, podając cel artykułu, zastosowaną metodę, wyniki pracy oraz wnioski. Streszczenie nie powinno przekraczać 20 wierszy maszynopisu. Jeżeli w streszczeniu występują specjalistyczne terminy albo zwroty naukowe lub techniczne, należy podać ich odpowiedniki w języku angielskim.
5. Artykuł nie powinien przekraczać 22 stron znormalizowanego maszynopisu, natomiast recenzja, komunikat naukowy i informacja – 12 stron.
6. Redakcja zastrzega sobie prawo dokonywania w nadesłanej pracy skrótów, zmiany tytułów, podtytułów oraz poprawek stylistycznych.
7. Szczegółowe wskazówki dla autorów opublikowane są na stronie internetowej Oficyny Wydawniczej Uczelni Łazarskiego, pod adresem <http://www.lazarski.pl/pl/badania-i-rozwoj/oficyna-wydawnicza/dla-autorow/>. Autorów artykułów obowiązuje składanie bibliografii.
8. Opracowanie należy podpisać pełnym imieniem i nazwiskiem, podać swój adres z numerem telefonu, faksu, e-mail, stopień lub tytuł naukowy, nazwę instytucji naukowej, w której autor jest zatrudniony.

ZASADY RECENZOWANIA OPRACOWAŃ PRZEZNACZONYCH DO PUBLIKACJI W „IUS NOVUM”

1. Wstępnej kwalifikacji artykułów do recenzji dokonują redaktorzy tematyczni.
2. Decyzje o skierowaniu opracowania do recenzji podejmuje redaktor naczelny, po sprawdzeniu warunków formalnych opracowania, tj. wskazania przez autora jednostki reprezentowanej (afiliacji) i danych koniecznych do korespondencji (adres do doręczeń, adres e-mailowy oraz numer telefonu), załączenia oświadczeń wszystkich współautorów o ich wkładzie do opracowania, załączenia streszczenia w języku polskim oraz słów kluczowych.
3. W recenzji uwzględnia się rodzaj opracowania (oryginalne, doświadczalne, przeglądowe, kazuistyczne, metodyczne), poziom naukowy, czy praca odpowiada tematowi określoneemu w tytule, czy spełnia wymogi pracy naukowej, czy zawiera istotne elementy nowości, prawidłowość terminologiczną, rzetelność wyników i wniosków, układ pracy, objętość, przydatność poznawczą, język oraz wnioski co do przyjęcia bez zmian lub po poprawach albo odrzucenia. Recenzja sporządzana jest w formie karty recenzenta.
4. Recenzje opracowują recenzenci stałi oraz powoływani *ad hoc*. Są to osoby posiadające znaczny dorobek naukowy w danej dyscyplinie naukowej. Lista recenzentów stałych jest publikowana na stronie internetowej, a w każdym numerze publikowany jest wykaz recenzentów, którzy recenzowali zamieszczone w nim artykuły i glosy.
5. Recenzje opracowuje dwóch niezależnych recenzentów.
6. Recenzenci nie są afiliowani przy tej samej placówce, z której pochodzą autorzy.
7. Recenzenci i autorzy nie znają swoich tożsamości.
8. Recenzenci do publikacji recenzowanego tekstu nie ujawniają informacji o jego recenzowaniu.
9. Recenzja jest sporządzana na piśmie według wzoru (karta recenzenta) i zawiera stwierdzenie o dopuszczeniu lub niedopuszczeniu artykułu do publikacji.
10. Recenzent przekazuje redakcji recenzję w postaci elektronicznej oraz w formie papierowej z odręcznym podpisem. Jest ona przechowywana w redakcji przez 2 lata.
11. Uwagi recenzenta są przekazywane autorowi recenzowanego tekstu, który ma obowiązek ustosunkować się do nich. Recenzent dokonuje powtórnej weryfikacji poprawionego tekstu.
12. W razie negatywnej oceny przez recenzenta poprawionego tekstu, decyzje o publikacji tekstu podejmuje redaktor naczelny po konsultacji z redaktorem tematycznym.

DODATKOWE INFORMACJE

W 2021 r. kwartalnik Ius Novum, po przejściu procedury weryfikacyjnej i uzyskaniu pozytywnej oceny parametrycznej, znalazł się na wykazie czasopism punktowanych Ministerstwa Edukacji i Nauki, a za publikację na jego łamach przyznano **100 punktów** (Komunikat Ministra Edukacji i Nauki z dnia 21 grudnia 2021 r. w sprawie wykazu czasopism naukowych i recenzowanych materiałów z konferencji międzynarodowych wraz z przypisaną liczbą punktów, poz. 30030).

ADDITIONAL INFORMATION

In 2021 the Ius Novum quarterly, following the verification procedure and obtaining a positive parametric grade, was placed on the list of journals scored by the Ministry of Education and Science with **100 points** awarded for a publication in the quarterly (the Communication of the Minister of Education and Science of 21 December 2021 about the list of scientific journals and reviewed materials from international conferences with assigned points for publication, entry number 30030).

LISTA STAŁYCH RECENZENTÓW / REGULAR REVIEWERS

1. Dr hab. Maciej Borski, Wydział Nauk Społecznych i Humanistycznych, Wyższa Szkoła Humanitas
2. Dr hab. Zbigniew Czarnik, WSPiA Rzeszowska Szkoła Wyższa w Rzeszowie
3. Prof. dr hab. Katarzyna Dudka, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Marii Curie-Skłodowskiej w Lublinie
4. Dr hab. Jolanta Jakubowska-Hara, Zakład Prawa Karnego Instytutu Nauk Prawnych Polskiej Akademii Nauk
5. Prof. dr hab. Jerzy Jaskiernia, Wydział Prawa, Administracji i Zarządzania Uniwersytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach
6. Dr hab. Katarzyna Kaczmarczyk-Kłak, Instytut Prawa i Administracji, Kujawsko-Pomorska Szkoła Wyższa w Bydgoszczy
7. Dr Dariusz Kala, Instytut Prawa i Administracji, Kujawsko-Pomorska Szkoła Wyższa w Bydgoszczy
8. Dr hab. Tomasz Kalisz, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego,
9. Dr hab. Czesław Kłak, Instytut Prawa i Administracji, Kujawsko-Pomorska Szkoła Wyższa w Bydgoszczy
10. Prof. dr hab. Violetta Konarska-Wrzosek, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
11. Dr hab. Radosław Koper, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego
12. Prof. dr hab. Zbigniew Kwiatkowski, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Opolskiego
13. Dr hab. Jerzy Lachowski, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
14. Dr Maria Jeż-Ludwichowska, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
15. Dr hab. Aneta Łazarska, Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie
16. Dr Eliza Maniewska, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Warszawski
17. Prof. dr hab. Mirosława Melezini, Wydział Nauk Społecznych i Humanistycznych, Państwowa Wyższa Szkoła Informatyki i Przedsiębiorczości w Łomży
18. Prof. dr hab. Hanna Paluszkiewicz, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Zielonogórskiego
19. Dr hab. Mateusz Pilich, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego
20. Dr hab. Piotr Rączka, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
21. Dr hab. Maciej Rogalski, Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie
22. Prof. dr hab. Jerzy Skorupka, Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego
23. Dr hab. Andrzej Sakowicz, Wydział Prawa Uniwersytetu w Białymstoku

24. Prof. dr hab. Jacek Sobczak, Instytut Nauk Prawnych Akademii Ekonomiczno-Humanistycznej w Warszawie
25. Dr hab. Sławomir Steinborn, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Gdańskiego
26. Dr Blanka Julita Stefańska, Wydział Prawa i Administracji Uczelni Łazarskiego w Warszawie
27. Prof. dr hab. Krzysztof Ślęzak, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu
28. Dr hab. Marek Świerczyński, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie
29. Dr Marta Roma Tużnik, Wydział Nauk Społecznych i Administracji Wyższej Szkoły Menedżerskiej w Warszawie
30. Dr hab. Monika Wałachowska, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Mikołaja Kopernika w Toruniu
31. Dr hab. Małgorzata Wasek-Wiaderek, Wydział Prawa i Administracji Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego im. Jana Pawła II
32. Prof. dr hab. Kazimierz Zgryzek, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Śląski w Katowicach
33. Dr hab. Sławomir Żółtek, Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Warszawskiego

LISTA RECENZENTÓW ZA 2021 R.

Maciej Borski
Tomasz Braun
Zbigniew Czarnik
Jacek A. Dąbrowski
Katarzyna Dudka
Dorota Dzienisiuk
Mirosław Granat
Aleksander Grebieniow
Dominika Harasimiuk
Jerzy Jaskiernia
Czesław Kłak
Violetta Konarska-Wrzosek
Zbigniew Kwiatkowski
Jerzy Lachowski
Aneta Łazarska
Maciej Małolepszy
Mirosława Melezini
Marek Mozgawa

Katarzyna Nazar
Anna Osmańska
Magdalena Rycak
Andrzej Sakowicz
Anna Sieradzka-Kośla
Jerzy Skorupka
Jacek Sobczak
Blanka J. Stefańska
Grażyna Szczygieł
Przemysław Szustakiewicz
Marta Roma Tużnik
Bartosz Wołodkiewicz
Mirosław Wyrzykowski
Małgorzata Zimna
Małgorzata Żoła
Sławomir Żółtek

ZASADY ETYCZNE OBOWIĄZUJĄCE W ODNIESIENIU DO PUBLIKACJI ZAMIESZCZANYCH W „IUS NOVUM”

Redakcja „Ius Novum” dba o utrzymanie wysokich standardów etycznych czasopisma. Artykuły przekazane do publikacji w „Ius Novum” są oceniane pod kątem rzetelności, spełniania standardów etycznych oraz wkładu w rozwój nauki.

Poniższe zasady zostały oparte na COPE's Best Practice Guidelines for Journal Editors.

ZASADY ETYCZNE DOTYCZĄCE REDAKCJI

Decyzje o publikacji

Redaktor naczelny stosuje się do aktualnego stanu prawnego w zakresie zniesławienia, naruszenia praw autorskich i plagiatu oraz ponosi odpowiedzialność za decyzje, które ze złożonych w Redakcji artykułów powinny zostać opublikowane.

Poufność

Żadnemu członkowi zespołu redakcyjnego oraz recenzentom nie wolno ujawniać informacji na temat złożonej pracy komukolwiek, kto nie jest upoważniony procedurą wydawniczą do ich otrzymania.

Ujawnienie i konflikt interesów

Nieopublikowane artykuły bądź ich fragmenty nie mogą być wykorzystane w badaniach własnych członków zespołu redakcyjnego bądź recenzentów bez wyraźnej pisemnej zgody autora.

ZASADY ETYCZNE DOTYCZĄCE AUTORÓW

Autorstwo pracy

Autorstwo powinno być ograniczone do osób, które znacząco przyczyniły się do pomysłu, projektu, wykonania lub interpretacji pracy. Jako współautorzy powinny być wymienione wszystkie osoby, które miały udział w powstaniu pracy.

Ujawnienie i konflikt interesów

Autor powinien ujawnić wszelkie źródła finansowania projektów w swojej pracy oraz wszelkie istotne konflikty interesów, które mogą wpłynąć na jej wyniki lub interpretację.

Oryginalność i plagiat

Autor przekazuje do redakcji wyłącznie oryginalną pracę. Powinien upewnić się, że nazwiska autorów cytowanych w pracy i/lub fragmenty prac cytowanych dzieł zostały w niej w prawidłowy sposób zacytowane lub wymienione.

Ghostwriting/guestauthorship

Ghostwriting/guestauthorship są przejawem nierzetelności naukowej i wszelkie wykryte przypadki będą demaskowane. Autor/ka składa oświadczenie, którego celem jest zapobieganie praktykom ghostwriting/guestauthorship.

ZASADY ETYCZNE DOTYCZĄCE RECENZENTÓW

Poufność

Wszystkie recenzowane prace są traktowane jak dokumenty poufne.

Anonimowość

Wszystkie recenzje wykonywane są anonimowo, a Redakcja nie udostępni danych autorów recenzentom.

Standardy obiektywności

Recenzje powinny być wykonane w sposób obiektywny i rzetelnie.

Ujawnienie i konflikt interesów

Informacje poufne lub pomysły nasuwające się w wyniku recenzji muszą być utrzymane w tajemnicy i nie mogą być wykorzystywane do innych celów. Recenzenci nie mogą recenzować prac, w stosunku do których występuje konflikt interesów wynikający z relacji z autorem.

**Wydawnictwo Uczelni Łazarskiego oferuje następujące nowe publikacje/
Lazarski University Press offers the following new publications:**

1. *Rynek pracy – ujęcie teoretyczne oraz instytucjonalne*, Piotr Stolarczyk, Warszawa 2021, ISBN 978-83-66723-27-6.
2. *Gospodarka budżetowa gmin na wybranych przykładach*, Jacek Sierak (red.), ISBN 978-83-66723-24-5, Warszawa 2021.
3. *Przeszło 70 lat Sojuszu Północnoatlantyckiego. Geneza, stan obecny i perspektywy*, Józef M. Fiszer (red.), Warszawa 2021, ISBN 978-83-66723-22-1.
4. *Prawne aspekty bezpieczeństwa transportu lotniczego*, Ewa Jasiuk, Kamil Sikora (red.), Warszawa 2021, ISBN 978-83-66723-10-8.
5. *Prospołeczność w życiu społeczno-gospodarczym w XXI wieku*, Martin Dahl, Ewelina Florczak (red.), Warszawa 2021, ISBN 978-83-66723-14-6.
6. *Rola prawa lotniczego w procesie budowy bezpieczeństwa transportu lotniczego*, Anna Konert (red.), Warszawa 2021, ISBN 978-83-66723-08-5.
7. *Prawne aspekty użytkowania bezzałogowych statków powietrznych*, Anna Konert (red.), Warszawa 2021, ISBN 978-83-66723-06-1.
8. *The Contemporary Discourse of Human Rights: Crossroads of Theory and Practice*, Margaryta Khvostova, Warszawa 2021, ISBN 978-83-66723-12-2.
9. *Business, Values, and EU's Response to Protests in Ukraine. Cases from 2003–2004, 2010, and 2013–2014*, Ostap Kushnir, Warszawa 2020, ISBN 978-83-66723-02-3.
10. *Zapomniany znawca Rosji. Wokół działalności i poglądów Tadeusza Gruzewskiego na monarchię rosyjską i sprawę polską*, Marek Gałęzowski, Warszawa 2020, ISBN 978-83-66723-03-0.
11. *Usługi społeczne na poziomie lokalnym – funkcje, zasady, finansowanie*, Michał Bitner, Andrzej Gałązka, Jacek Sierak, ISBN 978-83-64054-99-0.
12. *Just culture. Kultura sprawiedliwego traktowania. Między bezpieczeństwem a odpowiedzialnością*, Sidney Dekker, Warszawa 2018, dodruk 2020, ISBN 978-83-64054-19-8.

Pozostałe publikacje/Other publications:

1. Krystyna Regina Bąk (red.), *Statystyka wspomagana Excelem 2007*, Warszawa 2010.
2. Maria Biegiewicz-Steyer, *O powstańczych dniach trochę inaczej*, Warszawa 2018.
3. Wojciech Bieńkowski, Krzysztof Szczygielski, *Rozważania o rozwoju gospodarczym Polski*, Warszawa 2009.
4. Wojciech Bieńkowski, Adam K. Prokopowicz, Anna Dąbrowska, *The Transatlantic Trade and Investment Partnership. The 21st Century Agreement*, Warsaw 2015.
5. Remigiusz Bierzanek, *Przez wiek XX. Wspomnienia i refleksje*, Warszawa 2006.
6. Jacek Brdulak, Ewelina Florczak, *Uwarunkowania działalności przedsiębiorstw społecznych w Polsce*, Warszawa 2016.

4/2021

7. Piotr Brzeziński, Zbigniew Czarnik, Zuzanna Łaganowska, Arwid Mednis, Stanisław Piątek, Maciej Rogalski, Marlena Wach, *Nowela listopadowa prawa telekomunikacyjnego*, Warszawa 2014.
8. Hans Ephraïmson-Abt, Anna Konert, *New Progress and Challenges in The Air Law*, Warszawa 2014.
9. Janusz Filipczuk, *Adaptacyjność polskich przedsiębiorstw w warunkach transformacji systemowej*, wyd. II, Warszawa 2007.
10. Jerzy A. Gawinecki (red. nauk.), *Ekonometria w zadaniach*, praca zbiorowa, Warszawa 2008.
11. Jerzy A. Gawinecki, *Matematyka dla ekonomistów*, Warszawa 2010.
12. Grażyna Gierszewska, Jerzy Kisielnicki (red. nauk.), *Zarządzanie międzynarodowe. Konkurencyjność polskich przedsiębiorstw*, Warszawa 2010.
13. Tomasz G. Grosse (red. nauk.), *Między polityką a rynkiem. Kryzys Unii Europejskiej w analizie ekonomistów i politologów*, praca zbiorowa, Warszawa 2013.
14. Jan Grzymski, *Powrót do Europy – polski dyskurs. Wyznaczanie perspektywy krytycznej*, Warszawa 2016.
15. Marian Guzek, *Makroekonomia i polityka po neoliberalizmie. Eseje i polemiki*, Warszawa 2011.
16. Marian Guzek (red. nauk.), *Ekonomia i polityka w kryzysie. Kierunki zmian w teoriach*, praca zbiorowa, Warszawa 2012.
17. Marian Guzek, *Teorie ekonomii a instrumenty antykryzysowe*, Warszawa 2013.
18. Marian Guzek, *Kapitalizm na krawędzi*, Warszawa 2014.
19. Marian Guzek, *Doktryny ustrojowe. Od liberalizmu do libertarianizmu*, Warszawa 2015.
20. Marian Guzek, *Przyszłość kapitalizmu – cesjonalizm?*, Warszawa 2016.
21. Marian Guzek, *Świat zachodu po nieudanym wejściu w erę postindustrialną*, Warszawa 2018.
22. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Word 2007*, Warszawa 2009.
23. Anna Harasiewicz-Mordasewicz, *Excel 2007*, Warszawa 2010.
24. Dominika E. Harasimiuk, Marcin Olszówka, Andrzej Zinkiewicz (red. nauk.), *Prawo UE i porządek konstytucyjny państw członkowskich. Problem konkurencji i wzajemnych relacji*, Warszawa 2014.
25. Stanisław Hoc, *Prawo administracyjne gospodarcze. Wybrane zagadnienia*, Warszawa 2013.
26. „Ius Novum”, Ryszard A. Stefański (red. nacz.), kwartalnik, Uczelnia Łazarzskiego, numery: 1/2007, 2–3/2007, 4/2007, 1/2008, 2/2008, 3/2008, 4/2008, 1/2009, 2/2009, 3/2009, 4/2009, 1/2010, 2/2010, 3/2010, 4/2010, 1/2011, 2/2011, 3/2011, 4/2011, 1/2012, 2/2012, 3/2012, 4/2012, 1/2013, 2/2013, 3/2013, 4/2013, Numer specjalny 2014, 1/2014, 2/2014, 3/2014, 4/2014, 1/2015, 2/2015, 3/2015, 4/2015, 1/2016, 2/2016, 3/2016, 4/2016, 1/2017, 2/2017, 3/2017, 4/2017, 1/2018, 2/2018, 3/2018, 4/2018, 1/2019, 2/2019, 3/2019, 4/2019, 1/2020.
27. Andrzej Jagiełło, *Polityka akcyzowa w odniesieniu do wyrobów tytoniowych w Polsce w latach 2000–2010 i jej skutki ekonomiczne*, Warszawa 2012.
28. Sylwia Kaczyńska, Anna Konert, Katarzyna Łuczak, *Regulacje hiszpańskie na tle obowiązujących przepisów międzynarodowego i europejskiego prawa lotniczego*, Warszawa 2016.

29. Anna Konert (red.), *Aspekty prawne badania zdarzeń lotniczych w świetle Rozporządzenia 996/2010*, Warszawa 2013.
30. Anna Konert, *A European Vision for Air Passengers*, Warszawa 2014.
31. Anna Konert (red.), *Internacjonalizacja i europeizacja prawa lotniczego. Księga pamiątkowa ku czci Profesora Marka Żylicza*, Warszawa 2015.
32. Łukasz Konopielko, Michał Wołoszyn, Jacek Wytrębowski, *Handel elektroniczny. Ewolucja i perspektywy*, Warszawa 2016
33. Dariusz A. Kosior, Marek Postuła, Marek Rosiak (red.), *Doustne leki przeciwkrzepliwe. Od badań klinicznych do praktyki*, Warszawa 2013.
34. Dariusz A. Kosior, Marek Rosiak, Marek Postuła (red.), *Doustne leki przeciwplytkowe wleczeniu chorób układu sercowo-naczyniowego. Okiem kardiologa i farmakologa*, Warszawa 2014.
35. Jerzy Kowalski, *Państwo prawa. Demokratyczne państwo prawne. Antologia*, Warszawa 2008.
36. Stanisław Koziej, *Rozmowy o bezpieczeństwie. O bezpieczeństwie narodowym Polski w latach 2010–2015 w wywiadach i komentarzach Szefa Biura Bezpieczeństwa Narodowego*, Warszawa 2016.
37. Stanisław Koziej, *Rozważania o bezpieczeństwie. O bezpieczeństwie narodowym Polski w latach 2010–2015 w wystąpieniach i referatach Szefa Biura Bezpieczeństwa Narodowego*, Warszawa 2016.
38. Stanisław Koziej, *Studia o bezpieczeństwie. O bezpieczeństwie narodowym i międzynarodowym w latach 2010–2015 w publikacjach i analizach Szefa Biura Bezpieczeństwa Narodowego*, Warszawa 2017.
39. Rafał Krawczyk, *Islam jako system społeczno-gospodarczy*, Warszawa 2013.
40. Rafał Krawczyk, *Podstawy cywilizacji europejskiej*, Warszawa 2006.
41. Rafał Krawczyk, *Zachód jako system społeczno-gospodarczy*, Warszawa 2016.
42. Maria Kruk-Jarosz (red. nauk.), *System organów ochrony prawnej w Polsce. Podstawowe instytucje*, wyd. II zm. i popr., Warszawa 2008.
43. Maciej Krzak, *Kontrowersje wokół antycyklicznej polityki fiskalnej a niedawny kryzys globalny*, Warszawa 2012.
44. Michał Kuź, *Alexis de Tocqueville's Theory of Democracy and Revolutions*, Warsaw 2016.
45. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe w XXI wieku. Księga pamiątkowa profesor Renaty Szafarz*, Warszawa 2007.
46. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Prawo międzynarodowe – problemy i wyzwania. Księga pamiątkowa profesor Renaty Sonnenfeld-Tomporek*, Warszawa 2006.
47. Jerzy Menkes (red. nauk.), *Wybór kazusów z prawa międzynarodowego. Zagadnienia ogólne, zeszyt 1*, Warszawa 2008.
48. Aleksandra Meżykowska, *Interwencja humanitarna w świetle prawa międzynarodowego*, Warszawa 2008.
49. Mariusz Muszyński (red. nauk.), Dominika E. Harasimiuk, Małgorzata Kozak, *Unia Europejska. Instytucje, polityki, prawo*, Warszawa 2012.
50. „Myśl Ekonomiczna i Polityczna”, Józef M. Fiszer (red. naczej.), kwartalnik, Uczelnia Łazarskiego, numery: 1(28)2010, 2(29)2010, 3(30)2010, 4(31)2010, 1–2(32–33)2011, 3(34)2011, 4(35)2011, 1(36)2012, 2(37)2012, 3(38)2012, 4(39)2012, 1(40)2013, 2(41)2013, 3(42)2013, 4(43)2013, 1(44)2014, 2(45)2014, 3(46)2014,

- 4(47)2014, 1(48)2015, 2(49)2015, 3(50)2015, 4(51)2015, 1(52)2016, 2(53)2016, 3(54)2016, 4(55)2016, 1(56)2017, 2(57)2017, 3(58)2017, 4(59)2017, 1(60)2018, 2(61)2018, 3(62)2018, 4(63)2018, 1(64)2019, 2(65)2019, 3(66)2019, 4(67)2019.
51. Edward Nieznański, *Logika dla prawników*, Warszawa 2006.
 52. Marcin Olszówka, *Konstytucja PRL a system źródeł prawa wyznaniowego do roku 1989*, Warszawa 2016.
 53. Marcin Olszówka, *Wpływ Konstytucji RP z 1997 roku na system źródeł prawa wyznaniowego*, Warszawa 2016.
 54. Bartłomiej Opaliński, *Rola Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej w procesie stanowienia ustaw na tle praktyki ustrojowej Konstytucji III RP*, Warszawa 2014.
 55. Bartłomiej Opaliński (red. nauk.), *Prawo administracyjne w ujęciu interdyscyplinarnym*, Warszawa 2014.
 56. Bartłomiej Opaliński, Maciej Rogalski (red. nauk.), *Kontrola korespondencji. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2018.
 57. Bartłomiej Opaliński, Maciej Rogalski, Przemysław Szustakiewicz, *Służby specjalne w systemie administracyjnym Rzeczypospolitej Polskiej*, Warszawa 2016.
 58. Bartłomiej Opaliński, Przemysław Szustakiewicz, *Policja. Studium administracyjno-prawne*, Warszawa 2013.
 59. Bartłomiej Opaliński, Przemysław Szustakiewicz (red. nauk.), *Funkcjonowanie służb mundurowych i żołnierzy zawodowych w polskim systemie prawnym. Zagadnienia wybrane*, Warszawa 2015.
 60. Leokadia Oreziak, *Konkurencja podatkowa i harmonizacja podatków w ramach Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
 61. Leokadia Oreziak (red. nauk.), *Finansowanie rozwoju regionalnego w Polsce*, Warszawa 2008.
 62. Leokadia Oreziak, Dariusz K. Rosati (red. nauk.), *Kryzys finansów publicznych*, Warszawa 2013.
 63. Iryna Polets, *Merlin's Faces. From Medieval Literature to Film*, Warsaw 2018.
 64. Maciej Rogalski, *Odpowiedzialność karna a odpowiedzialność administracyjna w prawie telekomunikacyjnym, pocztowym i konkurencji*, Warszawa 2015.
 65. Maciej Rogalski, *Świadczenie usług telekomunikacyjnych*, Warszawa 2014.
 66. Maciej Rogalski (red. nauk.), *Wymiar wolności w prawie administracyjnym*, Warszawa 2018.
 67. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Gospodarka oparta na wiedzy. Aspekty międzynarodowe*, Warszawa 2007.
 68. Dariusz Rosati (red. nauk.), *Euro – ekonomia i polityka*, Warszawa 2009.
 69. Grzegorz Rydlewski, Przemysław Szustakiewicz, Katarzyna Golać, *Udzielanie informacji przez administrację publiczną – teoria i praktyka*, Warszawa 2012.
 70. Jacek Szymanderski, *Schyłek komunizmu i polskie przemiany w odbiorze społecznym*, Warszawa 2011.
 71. Jacek Sierak, Kamila Lubańska, Paweł Wielądek, Marcin Sienicki, Tetiana Kononenko, Ryma Alsharabi, Malwina Kupka, Bartłomiej Rutkowski, Bogdan Olesiński, Remigiusz Górniak, *Efekty wykorzystania dotacji unijnych w ramach Regionalnych Programów Operacyjnych w latach 2007–2013. Cz. 1: Województwa Polski Północnej, Zachodniej i Południowej*, Warszawa 2016.

72. Jacek Sierak, Anna Karasek, Angelika Kucyk, Oleksandr Kornijenko, Marcin Sienicki, Anna Godlewska, Agnieszka Boczkowska, Albina Łubian, *Efekty wykorzystania dotacji unijnych w ramach Regionalnych Programów Operacyjnych w latach 2007–2013. Cz. 2: Województwa Polski Wschodniej i Centralnej*, Warszawa 2016.
73. Karol Sławik, *Zagrożenia życia i zdrowia ludzkiego w Polsce. Aspekty prawno-kryminologiczne i medyczne*, Warszawa 2015.
74. Jerzy Wojtczak-Szyszkowski, *O obowiązkach osób świeckich i ich sprawach. Część szesnasta Dekretu przypisywanego Iwonowi z Chartres (tłum. z jęz. łac.)*, Warszawa 2009.
75. Janusz Żarnowski, *Współczesne systemy polityczne. Zarys problematyki*, Warszawa 2012

Oficyna Wydawnicza
Uczelni Łazarskiego
02-662 Warszawa, ul. Świeradowska 43
tel.: (22) 54 35 450
fax: (22) 54 35 392
e-mail: wydawnictwo@lazarski.edu.pl
www.lazarski.pl

