

**Milena
Garwol**



**ZJAWISKO
PROWOKACJI
W PERSEKTYWIE
MATERIALNEGO
PRAWA KARNEGO**

**ZJAWISKO PROWOKACJI
W PERSPEKTYWIE MATERIALNEGO
PRAWA KARNEGO**

MILENA GARWOL

**Milena
Garwol**



**ZJAWISKO
PROWOKACJI
W PERSEKTYWIE
MATERIALNEGO
PRAWA KARNEGO**

Autorka
Milena Garwol

Recenzja naukowa
Dr Wojciech Białogłowski

Korekta redaktorska, skład i projekt okładki
Karol Łukomiak

© copyright by author & ArchaeGraph

ISBN: 978-83-68410-63-1

Wersja elektroniczna dostępna na stronie internetowej wydawcy:
www.archaeograph.pl

ARCHAEGRAPH
Wydawnictwo Naukowe

ŁÓDŹ 2026

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	7
----------------------------	---

Wstęp	13
--------------------	----

Rozdział 1

Prowokacja jako zachowanie zmierzające do wykreowania przestępstwa	15
---	----

1.1. Podstawowe założenia.....	15
--------------------------------	----

1.2. Prowokacja z art. 24 k.k.....	17
------------------------------------	----

1.3. Kwalifikacja prawna prowokacji z art. 24 k.k. - wstępna hipoteza.....	33
--	----

1.4. Wykładnia znamion przedmiotowych i podmiotowych prowokacji z art. 24 k.k.....	37
--	----

1.5. Prowokacja z art. 24 k.k. a formy stadialne.....	63
---	----

1.6. Prowokacja z art. 24 k.k. a formy niesprawczego współdziałania.....	69
--	----

1.7. Prowokacja z art. 24 k.k. a formy sprawczego współdziałania.....	75
---	----

1.8. Prowokacja z art. 24 k.k. a inne wzorce czynów zabronionych.....	80
---	----

1.9. Konsekwencje popełnienia prowokacji.....	86
---	----

1.10. Odpowiedzialność karna sprowokowanego.....	91
--	----

Rozdział 2

Konsekwencje popełnienia prowokacji przez funkcjonariusza publicznego	97
--	----

2.1. Pojęcie funkcjonariusza publicznego w polskim prawie karnym.....	99
---	----

2.2. Odpowiedzialność funkcjonariusza publicznego – kształt normy sankcjonowanej wynikającej z art. 231 § 1 k.k.....	101
--	-----

Prowokacja jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną	105
3.1. Wprowadzenie	105
3.2. Prowokacja obywatelska podjęta w celu zapobieżenia popełnienia przestępstwa przez sprowokowanego - działalność „łowców pedofilów”	106
3.4. Podstawy wyłączenia odpowiedzialności funkcjonariusza publicznego za nielegalną prowokację policyjną	108
3.4. Podstawy wyłączenia odpowiedzialności funkcjonariusza publicznego za nielegalną prowokację policyjną	115

Prowokacja jako wyzywające zachowanie	121
4.1. Wprowadzenie	121
4.2. Karnoprawnie istotne oddziaływanie – karnoprawnie istotna reakcja	121
4.3. Karnoprawnie obojętne oddziaływanie – karnoprawnie istotna reakcja na przykładzie przestępstw przeciwko czci i nietykalności cielesnej	139
4.4. Karnoprawnie istotne oddziaływanie – karnoprawnie obojętne reakcja – rozważania na kanwie prowokacji artystycznej	142
Podsumowanie	149
Bibliografia	153

WYKAZ SKRÓTÓW

AKTY PRAWNE

k.k. z 1932 r. – rozporządzenie Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 11 lipca 1932 r. – Kodeks karny (Dz. U. 1932, nr 60, poz. 571),

EKPC – Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności sporządzona w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., zmieniona następnie Protokołami nr 3, 5 i 8 oraz uzupełniona Protokołem nr 2 (Dz. U. 1993, nr 61, poz. 284),

k. c. – ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. 2025, poz. 1071 – tj.),

k. p. c. – ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (Dz. U. 2024, poz. 1568 – tj.),

k.k. z 1969 r. – ustawa z dnia 19 kwietnia 1969 r. Kodeks karny (Dz. U. 1969, nr 13, poz. 94),

k.w. – ustawa z dnia 20 maja 1971 r. Kodeks wykroczeń (Dz. U. 2025, poz. 734 – tj.),

k.p. – ustawa z dnia 26 czerwca 1974 r. Kodeks pracy (Dz. U. 2025, poz. 277 – tj.),

u.p.p. – ustawa z dnia 26 stycznia 1984 r. Prawo prasowe (Dz. U. 2018, poz. 1914 – tj.),

u.p. – ustawa z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji (Dz. U. 2025, poz. 636 – tj.),

u.p.a. – ustawa z dnia 4 lutego 1994 r. Prawo autorskie (Dz. U. 2025, poz. 24 – tj.),

u.z.l.l.d. – ustawa z dnia 5 grudnia 1996 r. o zawodach lekarza i lekarza dentysty (Dz. U. 2024 poz. 1287 – tj.),

Konstytucja RP – ustawa z dnia 2 kwietnia 1997 r. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. 1997, nr 78, poz. 483),

k.k., ustawa karna – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks karny (Dz. 2025, poz. 383 – tj.),

k.p.k. – ustawa z dnia 6 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego (Dz. U. 2025, poz. 46 – tj.),

u.o.z. – ustawa z dnia 21 sierpnia 1997 r. o ochronie zwierząt (Dz. U. 2023, poz. 1580 – tj.),

k.k.s. – ustawa z dnia 10 września 1999 r. Kodeks karny skarbowy (Dz. U. 2025, poz. 633 – tj.).

u.a.b.w. – ustawa z dnia 24 maja 2002 r. o Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego oraz Agencji Wywiadu (Dz. U. 2025, poz. 902 – tj.),

u.c.b.a. – ustawa z dnia 9 czerwca 2006 r. o Centralnym Biurze Antykorupcyjnym (Dz. U. 2025, poz. 712 – tj.),

nowelizacja k.k. z lutego 2011 r. – ustawa z dnia 25 lutego 2011 r. o zmianie ustawy Kodeks karny (Dz. U. 2011, nr 72, poz. 381),

nowelizacja k.p.k. z września 2013 r. – ustawa z dnia 27 września 2013 r. o zmianie ustawy Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2013, poz. 1247),

nowelizacja k.k. z lutego 2015 r. – ustawa z dnia 20 lutego 2015 r. o zmianie ustawy – Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2015, poz. 396),

nowelizacja k.k. z marca 2016 r. – ustawa z dnia 11 marca 2016 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. 2016, poz. 437),

u.k.a.s. – ustawa z dnia 16 listopada 2016 r. o Krajowej Administracji Skarbowej (Dz. U. 2025, poz. 1131– tj.),

StGB – Strafgesetzbuch (Kodeks karny niemiecki)

CZASOPISMA I PUBLIKATORY

Annales UMCS – Annales Universitatis Mariae Curie - Skłodowska

BSP – Białostockie Studia Prawnicze

CzPKiNP – Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych

Dz. U. – Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej

Kwartalnik KSSiP – Kwartalnik Krajowej Szkoły Sądownictwa i Pr.ratury

KZS – Krakowskie Zeszyty Sądowe

NKPK – Nowa Kodyfikacja Prawa Karnego

NP – Nowe Prawo

OSNK – Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna

OSNKW – Orzecznictwo Sądu Najwyższego Izba Karna i Wojskowa

OSNwSK – Orzecznictwo Sądu Najwyższego w Sprawach Karnych

OTK – Orzecznictwo Trybunału Konstytucyjnego

Pal. - Palestra

PiP – Państwo i Prawo

Prok. i Pr. – Pr.ratura i Prawo

Przeg. Konst. – Przegląd Konstytucyjny

Przeg. Leg. – Przegląd Legislacyjny

Przeg. Praw. i Adm. – Przegląd Prawa i Administracji

PS – Przegląd Sądowy

St. Prawn. – Studia Prawnicze

St. Prawn. – Ekonom. – Studia Prawniczo - Ekonomiczne

Stud. Iur. Lubl. – Studia Iuridica Lublinensia

Stud. Iur. Torun. – Studia Iuridica Toruniensia

WPP – Wojskowy Przegląd Prawniczy

Zesz. Prasozn. – Zeszyty Prasoznawcze

ZPBAS – Zeszyty Prawnicze Biura Analiz Sejmowych

POZOSTAŁE

ABW – Agencja Bezpieczeństwa Wewnętrznego

AW – Agencja Wywiadu

ETPC – Europejski Trybunał Praw Człowieka

KAS – Krajowa Administracja Skarbowa

SA – Sąd Apelacyjny

SN – Sąd Najwyższy

SO – Sąd Okręgowy

tj. – tekst jednolity

TK – Trybunał Konstytucyjny

wkł. - wkładka

WPROWADZENIE

W życiu zajmujących się pracą badawczą następuje moment, w którym pragną zwrócić uwagę na wcześniejsze osiągnięcia – czy to w celu weryfikacji podnoszonych wówczas tez bądź ich uzupełnienia. Również i taki impuls dotknął mnie. Po kilku latach od obrony rozprawy doktorskiej dotyczącej prawnokarnych aspektów prowokacji, co miało miejsce w styczniu 2021 r. na Uniwersytecie Jagiellońskim, postanowiłam nieco zmodyfikować jej treść. Nie chcąc zanudzać Czytelnika, rozważania ograniczyłam wyłącznie do karnomaterialnych perspektyw prowokacji, odwołując się do unormowań k.k. Rozprawa doktorska dotyczyła również płaszczyzny prawa procesowego to jednak powinna stanowić pole do oddzielnej publikacji (być może mojego autorstwa), zaś w niniejszym opracowaniu rozważania w kwestiach formalnych ograniczyłam do niezbędnego minimum. Pragnę podkreślić, że od zakończenia prac nad ówczesną, nieporównywalnie szerszą wersją monografii, nie ukazało się wiele prac w interesującej mnie tematyce, do których można by się odnieść, zwłaszcza polemicznie¹. Ten stan rzeczy przekonał mnie, by upublicznić wcześniejsze myśli w formule książkowej.

Chociaż ustawa karna nie posługuje się pojęciem „prowokacji” to niewątpliwie tematem przewodnim czynionych uwag będzie ta, o której mowa w art. 24 k.k., umieszczona w perspektywie elementów składających się na strukturę przestępstwa. Na potrzeby pracy przyjmuję, że „przestępstwo” stanowi strukturę pięcioelementową – czynu zabronionego, bezprawnego, karalnego, społecznie

¹ Opracowania naukowe, które pojawiły się na rynku wydawniczym po 2021 r. dotyczyły szczególnych problemów związanych z prowokacją, podżeganiem czy formami przestępczego współdziałania. Niewątpliwie bardziej atrakcyjne byłyby te, które dotyczą „jądra” problemu w teoretycznym lub dogmatycznym aspekcie. Czytelnika należy odesłać do intrygującego, chociaż niebezpośrednio związanego z moim tematem opracowania M. Nawrockiego, *Współsprawstwo konieczne*, PiP, nr 6/2021, s. 86 – 98.

szkodliwego i zawinionego². Zdając sobie sprawę, że posługiwanie się pojęciem „prowokacji kodeksowej” bądź nierzadko „prowokacji obywatelskiej” dla opisanie formy unormowanej w omawianym przepisie może rodzić uzasadnione wątpliwości, tak w drugim przypadku przyjęty zabieg ma znaczenie nie tylko erystyczne, ale i ułatwiające rozważania. Ma też = nawet przede wszystkim = odróżnić sposób działania jednostki niebędącej funkcjonariuszem publicznym od zachowania sprawcy powiązanego z aparatem państwa.

W pierwszej kolejności analizie zostaną poddane znamiona czynu zabronionego, z odwołaniem do literatury traktującej o podżeganiu, za czym przemawia sformułowanie „jak za podżeganie”³. Istotne będzie ustalenia dobra prawnego⁴ chronionego w cytowanym przepisie k.k. Kilka słów zostanie poświęcone stronie podmiotowej prowokacji z art. 24 k.k., gdzie uwidacznia się konflikt pomiędzy ochroną porządku prawnego i prawidłowym funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości a ochroną prowokowanego.

Kolejno zostanie przywołana kwestia wyłączenia przestępczości czynu. Podstawą przypisania odpowiedzialności karnej jest popełnienie przez sprawcę czynu zabronionego o znamionach określonych w ustawie (arg. z art. 115 § 1 k.k.). Zakładam, iż przepisy art. 25 – 31 k.k. mają zastosowanie do wyłączenia przestępczości kodeksowej prowokacji, stąd warto skupić się na wiodących problemach związanych z ich zastosowaniem.

Niemniej ważna jest ocena odpowiedzialności podmiotów nieinstytucjonalnych uzyskujących materiał dowodowy na potrzeby konkretnego postępowania, co najczęściej dotyczy oskarżonego oraz obrońcy. Inaczej wartościuje się zachowanie osoby podejmują obronę samodzielnie od postępowania sprawcy, zobowiązanego na podstawie art. 86 k.p.k. do działania wyłącznie na korzyść mandanta i przestrzegania etyki wykonywania swojego zawodu. Z kolei z perspektywy

² Próby uporządkowania dorobku piśmiennictwa podjął się S. Tarapata, *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016, s. 141 i n. prezentując także autorską koncepcję. Niemniej jednak powszechnie aprobowana jest ta pięcioelementowa, założona także na potrzeby monografii.

³ Podobnym sformułowaniem posłużono się w art. 22 § 1 k.k., który stanowi, że jeżeli czynu zabronionego tylko usiłowano dokonać, podmiot określony w art. 18 § 2 i 3 odpowiada jak za usiłowanie. P. Kardas, przytaczając poglądy innych przedstawicieli doktryny, wskazuje iż prowokacja stanowi przestępstwo *sui generis*, którego znamiona określone zostały a art. 24 k.k. i odpowiednim przepisie części szczególnej Kodeksu karnego. Z kolei przyimek „jak” ma określać ustawowe granice zagrożenia karą. Zob. tenże, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I*, red. A. Zoll, teza 4-5, Warszawa 2012, s. 434, podobnie Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 210 oraz P. Góralski, *Stosowanie środków zabezpieczających wobec sprawców czynów karalnych popełnianych w ramach poszczególnych form stadialnych i zjawiskowych*, NKPK nr 31/2014, s. 59.

⁴ Kwestia dobra prawnego będzie poruszana podczas badania przepisu art. 24 k.k. pod kątem zgodności z konstytucyjną zasadą proporcjonalności z art. 31 ust. 3.

działalności „informatorów” policyjnych, istotne będzie odwołanie do art. 304 § 1 k.p.k. stanowiącego o społecznym obowiązku zawiadomienia prokuratora lub Policji o popełnionym, w tym „sprowokowanym” czynie. Umieszczony w k.p.k. przepis stanowi podstawę do wywiedzenia normy o charakterze materialnoprawnym, której naruszenie może skutkować odpowiedzialnością za przestępstwo przeciwko wymiarowi sprawiedliwości.

Konieczne będzie omówienie kodeksowej prowokacji w kontekście form stadialnych oraz sprawczych i niesprawczych przestępnego współdziałania, w tym ich krzyżowania. Ważne i ważne są racje wyłączenia stosowania art. 22 i 23 k.k. wobec prowokatora, a także jego konsekwencje. Przedstawię także argumenty odnoszące się do dyrektyw wymiaru kary wobec prowokatora.

Z innej perspektywy pragnę omówić zakres konsekwencji penalnych ponoszonych przez prowokowanego. Na całokształt tych okoliczności będzie wpływać okoliczność popełnienia przestępstwa do którego nakłanianio, ale również należy rozważyć możliwość usprawiedliwienia zachowania sprowokowanego. Jeżeli odpowiedzialność nie zostanie wyłączona, interesująca okaże się analiza wymiaru kary, z uwzględnieniem niedawno obowiązujących dyrektyw⁵.

Poza ogólnymi zagadnieniami związanymi z art. 24 k.k. skupię się na wybranych aspektach dotyczących „prowokacji” w innych przepisach kodeksowych. Owo „prowokacyjne zachowanie” dostrzega się w brzmieniu art. 216 § 3 oraz art. 217 § 2 k.k. umożliwiającym nadzwyczajne złagodzenie kary wobec sprawcy, który odpowiedział na zaczepkę innej osoby. Przytoczone przepisy opisano w rozdziale XXVII k.k. typizującym przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Analizy wymagają kwestie związane z prowokowaniem sprawcy przez pokrzywdzonego i możliwością uniknięcia odpowiedzialności przez popełniającego „w odwecie” czyn zabroniony.

Dość ciekawie kształtuje się odpowiedzialność uczestników bójki unormowanej w art. 158 i 159 k.k., gdy sprawcy są zarówno atakującymi, jak i brońącymi się, dlatego warto zwrócić uwagę na problem tzw. sprowokowanej obrony koniecznej. Podobnie przedstawia się kwestia art. 148 § 4 penalizującego tzw. zabójstwo w afekcie, zaistniałe z powodu prowokacyjnego zachowania pokrzywdzonego.

Równie doniosła, zwłaszcza w praktyce wymiaru sprawiedliwości, jest problematyka odpowiedzialności pokrzywdzonych znęcaniem za przestępstwa

⁵ Mowa oczywiście o brzmieniu przepisu nadanym ustawą z dnia 7 lipca 2022 r. o zmianie ustawy - Kodeks karny oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. 2022, poz. 2260) obowiązującym od dnia 1 października 2023 r.

popelnione w odwecie na sprawcy, w tym możliwości zastosowania obrony koniecznej z art. 25 § 1 k.k. Co ważne, występki opisane w art. 207 k.k. są przestępstwami trwałymi, a dopiero jednostkowe zachowanie agresora wywołuje karnoprawnie istotną reakcję. Rodzi się więc pytanie o aktualność zamachu dopuszczającego działanie odpierającego oraz przekroczenie granic kontratypu. Podobny problem pojawia się przy stalkingu opisanym w art. 190a § 1 k.k. penalizującym nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej wzbudzające u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie naruszające jej prywatność. Warto zwrócić uwagę na relację przestępstwa z art. 190a § 1 k.k. oraz wykroczenia złośliwego niepokojenia z art. 107 k.w., która może wpływać na dopuszczalność i zasadność usprawiedliwienia czynu popełnionego na szkodę prowokującego, w zależności czy zrealizowano znamiona przestępstwa przeciwko wolności bądź wykroczenia przeciwko osobie.

Osobnym obszarem są nieopisane kodeksowo tzw. prowokacja dziennikarska oraz tzw. prowokacja artystyczna. Twierdzi się, że w obu przypadkach zachowania sprawcze są podejmowane w celu obrony szczególnych interesów – w pierwszym przypadku społecznego, kiedy dziennikarz wyjawia ważne informacje odnośnie do funkcjonowania państwa, w drugim realizuje wolność słowa. Pada w tym miejscu pytanie, czy realizowanie tych wartości może prowadzić do usprawiedliwienia popełnienia czynu zabronionego, bądź wcześniej – przemawia przeciwko realizacji jego znamion przedmiotowych.

Pracę wieńczyć będą postulaty *de lege ferenda*.

PROWOKACJA JAKO ZACHOWANIE ZMIERZAJĄCE DO WYKREOWANIA PRZESTĘPSTWA

1.1. Podstawowe założenia

Wyodrębniając rodzaje prowokacji stwierdzić należy, że może stanowić zachowanie zmierzające do wykreowania przestępstwa, a ściślej – zachowania wypełniającego znamiona czynu zabronionego. Naturalnie odpowiada to treści art. 24 k.k., zaś może zostać zainicjowane przez osobę prywatną bądź funkcjonariusza publicznego. W obu przypadkach stypizowane w przepisie zachowanie zostaje podjęte w celu wywołania w sferze osobistej prowokowanego konkretnej dolegliwości, jaką stanowi skierowanie przeciwko niemu postępowania karnego. Działalność osoby postronnej odróżnia się ze względu na społeczną rolę funkcjonariusza publicznego, zwłaszcza nałożony na niego obowiązek działania w granicach prawa. Do wspomnianej grupy zalicza się:

- nakłanianie przez sprawcę niebędącego przedstawicielem organów procesowych innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego oraz
- nakłanianie przez sprawcę będącego przedstawicielem organów procesowych innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego.

W innym aspekcie prowokacja kodeksowa może usprawiedliwiać popełnienie przestępstwa przez prowokatora, jeśli przyświeca mu cel ochrony społecznie istotnej wartości. Spojrzenie na problem z tej strony wymaga odwołania do okoliczności wyłączenia przestępności czynu określonych w rozdziale III Kodeksu karnego. W tej kategorii znaczenie będą miały następujące warianty:

- nakłaniania przez sprawcę, niebędącego przedstawicielem organów procesowych, innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego, przy czym podjęte zachowanie ma służyć zapobieżeniu popełnienia przez tę osobę przestępstwa,
- nakłaniania przez sprawcę będącego przedstawicielem organów procesowych innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego, przy czym podjęte zachowanie ma służyć zapobieżeniu popełnienia przez tę osobę przestępstwa,
- nakłaniania przez sprawcę niebędącego przedstawicielem organu procesowego innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego oraz uzyskania określonej wiedzy przydatnej dla procesu karnego dotyczącej zaistniałego wcześniej przestępstwa,
- nakłaniania przez sprawcę będącego przedstawicielem organu procesowego innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego oraz uzyskania określonej wiedzy przydatnej dla procesu karnego dotyczącej zaistniałego wcześniej przestępstwa.

W innym znaczeniu tytułowa prowokacja nie stanowi nakłaniania innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, ale wyzywające zachowanie spotykające się z reakcją sprowokowanego, najczęściej skutkującą popełnieniem czynu zabronionego. Trzeba więc rozważyć, czy sprowokowany może uniknąć odpowiedzialności, a jeśli tak - to z jakich przyczyn. Z drugiej strony prowokator podejmuje karalne zachowanie w ramach przysługujących mu praw i wolności, przykładowo artystycznej. Dla rozważań o charakterze materialnoprawnym mają znaczenie poniższe konfiguracje:

- karnoprawnie istotnego oddziaływania prowokującego na inną osobę, odmiennego od nakłaniania do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego, podjętego w celu wywołania u niej prawnokarnie istotnej reakcji,
- karnoprawnie obojętnego, lecz negatywnie ocenianego etycznie oddziaływania prowokującego na inną osobę, odmiennego od nakłaniania do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego, spotykającego się z prawnokarnie istotną reakcją,

- karnoprawnie istotnego oddziaływania prowokującego na inną osobę, odmiennego od nakłaniania do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego, spotykającego się z prawnokarnie obojętną reakcją sprowokowanego.

Poza te ramy, systematyzujące dalsze rozważania, „wymykają się” tzw. sprowokowane samobójstwo, gdzie czynność sprawcza „namawiania” pozostaje zbliżona do nakłaniania, jednak trudno by sprawca mający na celu wywołanie zamiaru podjęcia przez sprowokowanego działań samobójczych zmierzał do skierowania przeciwko niemu postępowania karnego. Można jedynie potocznie nazywać typ z art. 151 k.k. „samobójstwem sprowokowanym”, gdzie uwypukla się oddziaływanie sprawcy na sferę wolności pokrzywdzonego. Wyjście poza proponowane podziały dotyczy również tzw. prowokacji artystycznej polegającej na nakłanianiu innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu artystycznym, łącząca wątki z wszystkim wyodrębnionych grup prowokacji.

1.2. Prowokacja z art. 24 k.k.

1.2.1. Wprowadzenie

Omówienie treści normatywnej art. 24 k.k. należy zacząć od próby określenia, czy stanowi trzecią obok podżegania i pomocnictwa postać niesprawczą współdziałania, inną od opisanych w art. 18 § 1 k.k. postać sprawczą bądź byt samodzielny (*sui generis*). W tym celu należy krótko scharakteryzować kodeksowe formy opisane w art. 18. Czynione na ogólnym poziomie analizy pozostaną aktualne dla prowokacji z art. 24 k.k., w zależności od przyjętej następnie kwalifikacji. Rozważania zostaną ograniczone do powołania węzłowych kwestii o spornym charakterze, bez przytoczenia modelowych konstrukcji pozwalających na określenie granic odpowiedzialności prowokującego i sprowokowanego, chociażby w zakresie stosowania art. 21 § 2 k.k. względem *ekstraneusa*¹ bądź pociągnięcia do odpowiedzialności nieletniego sprawcy za przestępstwa wymienione w art. 10 § 2 k.k. Równie istotne okazują się wywoływanie przedmiotowych

¹ W doktrynie został wyrażony pogląd, iż art. 21 § 2 k.k. stanowi podstawę pociągnięcia do odpowiedzialności karnej *ekstraneusa* za popełnienie przestępstwa w sprawczej formie współdziałania, zaś w przypadku pomocnictwa czy podżegania przepis nie znajdzie zastosowania ze względu na to, że postacie niesprawcze są typami powszechnymi. Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 560 i n.; tenże, *Kilka uwag o sposobach rozstrzygnięcia sporów dotyczących przestępczego współdziałania w popelnieniu przestępstwa indywidualnego*, NKPK nr 43/2017, s. 201.

oraz podmiotowych czynu zabronionego, relacji prowokacji wobec form popełnienia przestępstwa (stadialnych, niesprawczych i sprawczych), jak również zakresu konsekwencji prawno-karnych ponoszonych przez obu sprawców czynów zabronionych.

1.2.2. Charakterystyka form sprawczych i niesprawczych na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r.

Kodeks karny przewiduje możliwość pociągnięcia do odpowiedzialności karnej więcej niż jednej osoby za współdziałanie w popełnieniu przestępstwa, tj. w sytuacji gdy uczestniczy w nim co najmniej kilka osób, a ich rola „w wypełnieniu istoty przestępstwa jest wyraźnie zróżnicowana”². W ustawie wyróżnia się sprawcze formy współdziałania nazywane sprawstwem *sensu stricto* oraz formy niesprawcze, które łącznie określa się sprawstwem *sensu largo*³, rozszerzające podmiotowo odpowiedzialność za popełnienie czynu zabronionego opisanego w ustawie karnej⁴. Do pierwszych zalicza się wymienione w art. 18 § 1 k.k. jednosprawstwo zwane sprawstwem pojedynczym („kto wykonuje czyn zabroniony sam”), współsprawstwo („wspólnie i w porozumieniu z inną osobą”), sprawstwo kierownicze („kto kieruje wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę”) oraz sprawstwo polecające („kto wykorzystując uzależnienie⁵ innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie takiego czynu”)⁶. Należy wskazać, że sprawstwo pojedyncze oraz współsprawstwo są zaliczane do form wykonawczych, natomiast sprawstwo kierownicze oraz polecające klasyfikują się jako niewykonawcze⁷.

W piśmiennictwie zaproponowano odmienny podział sprawczych form współdziałania na wykonawcze, do których zaliczono jednosprawstwo i współsprawstwo oraz niewykonawcze na które składają się sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające, podżeganie, pomocnictwo i prowokacja, przy czym podziały na formy sprawcze i niesprawcze oraz wykonawcze i niewykonawcze

² P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 29.

³ *Ibidem*, s. 548. Podobnie K. Wiak, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2017, s. 145.

⁴ M. Bryła, *Sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające*, Prok. i Pr. nr 1/2000, s. 69.

⁵ Rozumiane jako „podporządkowanie, podleganie komuś” - tak M. Klepner, *Sprawstwo polecające*, Prok. i Pr. nr 1/2002, s. 72.

⁶ Odmiennie o zasadności wyróżniania form sprawczy i niesprawczych P. Kardas, *Sprawstwo kierownicze i polecające – wykonawcze czy niewykonawcze postaci współsprawstwa*, PS nr 5/2006, s. 84 i n. wraz z powołaną tam literaturą.

⁷ A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 105 wraz z powołaną tam literaturą.

pozostają w stosunku krzyżowania⁸. Z kolei formami niesprawczymi są podżeganie unormowane w art. 18 § 2 k.k. („kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego”) oraz pomocnictwo z art. 18 § 3 k.k.⁹ realizowane zarówno przez działanie, jak i zaniechanie („kto w zamiarze, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, swoim zachowaniem ułatwia jego popełnienie, w szczególności dostarczając narzędzie, środek przewozu, udzielając rady lub informacji; odpowiada za pomocnictwo także ten, kto wbrew prawnemu, szczególnemu obowiązkowi niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego swoim zaniechaniem ułatwia innej osobie jego popełnienie”). Na podstawie ustawowego opisu postaci sprawczych i niesprawczych określa się ich cechy wspólne oraz różnice, służące scharakteryzowaniu prowokacji określonej w art. 24 k.k.

Omawiając elementy łączące postacie przestępczego współdziałania, należy podkreślić, iż obie kategorie dotyczą zasad i zakresu odpowiedzialności ponoszonej przez co najmniej dwie osoby za zdarzenie podlegające karnoprawnej ocenie, zasadniczo umożliwiając przypisanie wszystkim sprawcom popełnienia tożsamego pod względem ustawowego opisu czynu zabronionego. Zdarza się, iż aktywność bądź bierność (w przypadku pomocnictwa przez zaniechanie) jednego ze współdziałających ma miejsce jeszcze przed podjęciem działania bądź zaniechaniem innego uczestnika zwanego sprawcą bezpośrednim (wykonawczym). Przy współsprawstwie sukcesywnym (dopełniającym), każdy ze współdziałających realizuje część znamion, a suma ich zachowań tworzy jedno przestępstwo. Inaczej wygląda współsprawstwo równoległe polegające na tym, że wszyscy współdziałający w tożsamym czasie realizują komplet znamion typu objętego porozumieniem¹⁰ czy sprawstwo kierownicze, gdy kierujący akcją przestępczą wywiera w czasie czynu wpływ na sprawców bezpośrednich, wcielających w życie jego wiążące dyspozycje¹¹.

⁸ M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2018, s. 220. Warto wskazać, że autorzy posługują się pojęciem form zjawiskowych dla opisanego zawartości normatywnej art. 18 k.k.

⁹ Odmienne twierdzi A. Zoll, *Czy podżeganie i pomocnictwo są postaciami zjawiskowymi przestępstwa?*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarska*, red. J. Giezek, Kraków 2006, s. 726. Autor zasadnie wskazuje, że „podżeganie i pomocnictwo nie są postaciami zjawiskowymi tego przestępstwa które realizuje sprawca. Są to samodzielne formy sprawcze, ale innych przestępstw o opisie typu składającym się z charakterystyki formy uzupełnionej opisem tego typu, do którego popełnienia nakłaniano lub udzielono pomocy.” Tenże, *Sprawstwo bez wykonania czynu zabronionego*, RPEiS nr 2/2009, s. 177.

¹⁰ Różnice w rozumieniu struktury współsprawstwa i sposobie jego definiowania na przestrzeni lat szeroko opisuje P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 447 – 453.

¹¹ Według W. Ciesłaka rola kierownika może przejawiać się wielorako: w postaci kierowania *sensu stricto*, roli organizowania czynu zabronionego czy roli rozkazodawcy. Zob. <<Kierowanie wykonaniem czynu zabronionego>> jako istota sprawstwa kierowniczego, PiP nr 7/1992, s. 73 – 74.

W doktrynie pojawił się pogląd uznający sprawstwo polecające za rodzaj sprawstwa kierowniczego¹². Zauważa się podobieństwo pomiędzy obiema formami, jednakże wskazana teza wydaje się daleko idąca, choćby dlatego, że sprawca polecający wykorzystuje stosunek zależności wcześniej niż wykonawca podejmuje się własnej aktywności. Trudno zgodzić się z twierdzeniem, że „sprawca polecający aby zrealizować swój zamiar doprowadzenia do wykonania czynu musi panować na realizacją jego znamion przez wykonawcę, a zatem pełnić funkcję kierownika”¹³, gdyż taki warunek nie wynika z ustawy, a działalność sprawcy polecającego kończy się na wydaniu wiążącego „rozkazu”¹⁴. Nie przekonuje myśl, że pomiędzy sprawstwem polecającym a kierowniczym nie zachodzą różnice w zakresie odpowiedzialności karnej. Patrząc na problem z perspektywy czynników składających się na strukturę przestępstwa, zwłaszcza zasad odpowiedzialności za przestępcze współdziałanie, w obu przypadkach znajdują zastosowanie tożsame przepisy, głównie art. 20 – 23 k.k. Z drugiej strony na poziomie stosowania prawa będąc zachodzić odrębności, zwłaszcza przy ocenie stopnia szkodliwości czynu wedle wskazań art. 115 § 2 k.k. Dla rozróżnienia obu postaci kluczowy zdaje się argument, że sprawstwo polecające zyskuje „większy stopień precyzji”¹⁵. Nie należy wykluczyć, iż pozostaną one w konkretnej relacji, choćby w kumulatywnym zbiegu przepisów.

Kolejny element wspólny form wymienionych w art. 18 k.k. stanowi ich funkcja legitymizująca – bez ustawowego określenia znamion nie byłoby dopuszczalne pociągnięcie do odpowiedzialności współdziałającego, który nie zrealizował własnoręcznie elementów typu. Na marginesie trzeba zaznaczyć, że przypisanie sprawstwa w oparciu o nieopisane kodeksowo formy przestępczego współdziałania nie znajduje uzasadnienia¹⁶. Najdalej idącą i najistotniejszą prze-

¹² M. Bryła, *Sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające*, Prok. i Pr. nr 1/2000, s. 79. Tak również L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 98 – 99.

¹³ M. Klepner, *Sprawstwo polecające*, Prok. i Pr. nr 1/2002, s. 85.

¹⁴ Oczywiście nie chodzi wyłącznie o rozkaz w rozumieniu art. 115 § 18 k.k. (polecenie określonego działania lub zaniechania wydane służbowo żołnierzowi przez przełożonego lub uprawnionego żołnierza starszego stopniem) dotyczący stosunków panujących w wojsku, a raczej polecenie - nazywane zamiennie i przysłowiowo rozkazem. Brak wpływu sprawcy kierowniczego na przebieg akcji przestępczej podkreślał za J. Giezkim R. Dębski, *Jeszcze o tzw. sprawstwie niewykonawczym (kierowniczym i polecającym) w kodeksie karnym z 1997 r.*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006, s. 147.

¹⁵ T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2012, s. 212.

¹⁶ W prawie wykroczeń tę możliwość zdają się dopuszczać A. Marek, *Prawo wykroczeń*, Warszawa 2008, s. 61, T. Bojarski, *Polskie prawo wykroczeń*, Warszawa 2012, s. 103. Z kolei R. Dębski wskazał, że katalog form współdziałania przestępczego, w przeciwieństwie do koncepcji jednolitego sprawstwa, jest zamknięty. Zob. *O teoretycznych podstawach regulacji współdziałania przestępczego*

szkodą jest взгляд na konstytucyjną zasadę *nullum crimen sine lege*. Interpretując przepisy o charakterze represyjnym przykładą się dużą wagę do stosowania reguł wykładni językowej i systemowej, dlatego bezpodstawne byłoby nadawanie pojęciom prawnym odmiennych od językowych znaczeń bądź odbiegających od zawartych w tekście normatywnym definicji, tj. słowniczku ustawowym z art. 115 k.k.¹⁷. Tym bardziej nieuprawnione są próby kreowania rozszerzających i niekorzystnych podstaw odpowiedzialności karnej. Takie działania naruszają zarówno zasadę legalizmu z art. 7 Konstytucji RP, jak również godzą w trójpodział władzy (arg. z art. 10 Konstytucji RP).

Również w wymiarze procesowym warunkiem poniesienia przez sprawcę odpowiedzialności za przestępstwo, w innych niż jednosprawstwo przypadkach, jest przypisanie mu realizacji znamion konkretnego czynu zabronionego wraz ze stwierdzeniem, iż doszło do jego popełnienia wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, sprawca kierował popełnieniem czynu przez inną osobę czy wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie polecił jej jego wykonanie. Należy podkreślić, że treść art. 18 § 1 k.k. dopełnia opis zarzucanego (przypisanego) czynu zabronionego, zaś złożona kwalifikacja prawna zachowania musi łącznie zawierać art. 18 § 1 k.k. oraz przepis typizujący, choć brak ujęcia w kwalifikacji prawnej art. 18 k.k. nie stanowi rażącego naruszenia prawa¹⁸. Podobnie przedstawia się ocena podżegania lub pomocnictwa tworzących przestępstwa o oryginalnym zestawie znamion¹⁹, w których oprócz przepisu części szczególnej podaje się art. 18 § 2 k.k. lub art. 18 § 3 k.k.²⁰ Warto przypomnieć art. 4 k.p.k., zgodnie z którym organy prowadzące postępowanie karne są obowiązane badać oraz uwzględniać okoliczności przemawiające zarówno na korzyść, jak i na niekorzyść oskarżonego, co wiąże się z ustaleniem popełnienia przez sprawców przestępstwa w konfiguracjach wieloosobowych, w granicach ustawowego ujęcia znamion czynu zabronionego. Należy podkreślić, że braki dowodowe ujawnione na rozprawie będą nieść daleko idące i różnorodne skutki dla oskarżonego – niewykluczone byłoby przypisanie sprawcy odpowiedzialności za czyn w formie jednosprawstwa, przypisanie czynu

w kodeksie karnym z 1997 r., St. Prawn. – Ekonom. nr 58/1998, s. 105. Odmienny i słuszny pogląd wyraził M. Małecki, *Karalność współdziałania w popełnieniu wykroczenia*, PS nr 7-8/2018, s. 71 – 72.

¹⁷ O prymacie wykładni językowej w prawie karnym szerzej M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2018, s. 107 – 108.

¹⁸ Wyrok SN z dnia 15 listopada 2017 r., sygn. IV KK 182/17, LEX nr 2420333.

¹⁹ T. Kaczmarek, <<Ekstraneus>> jak współdziałający w popełnieniu przestępstwa indywidualnego – problemy sporne, [w:] *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, red. J. Giezek, J. Brzezińska, Warszawa 2017, s. 147.

²⁰ R. Stefański, *Czynność przedstawienia zarzutów*, Prok. i Pr. nr 7-8/2013, s. 20.

w zmienionej postaci lub kwalifikacji prawnej po pouczeniu w trybie art. 399 § 1 k.p.k. czy uniewinnienie wobec faktu, że czyn nie zawiera znamion czynu zabronionego, nakazane przez art. 414 § 1 k.p.k. Wagę „określoności czynu” podkreśla brzmienie art. 413 § 2 pkt 1 k.p.k. stanowiący, iż wyrok skazujący powinien zawierać dokładne określenie przypisanego oskarżonemu czynu oraz jego kwalifikację prawną. Natomiast przypisanie sprawcy popełnienia czynu o znamionach niewymienionych w ustawie, co po rozpoznaniu apelacji będzie skutkować wydaniem wyroku uniewinniającego na podstawie art. 440 k.p.k., bowiem utrzymanie orzeczenia w mocy byłoby rażąco niesprawiedliwe²¹.

Powracając do materialnoprawnych aspektów zagadnienia, odmiennościami form sprawczych i niesprawczych popełnienia są więzi łączące uczestniczących w inkryminowanym zdarzeniu sprawców, powstałe najpóźniej w czasie realizacji znamion czynu zabronionego, ich relacja do popełnionego czynu oraz możliwość przypisania umyślności bądź nieumyślności.

Tytułem przypomnienia, przesłankami przypisania odpowiedzialności za współsprawstwo są wejście uczestników w istotne dla przebiegu czynności sprawczej, zawarte w dowolnej formie porozumienie, zwykle o podziale zadań czy ról w planowanej akcji. Wymagana jest wzajemna akceptacja zachowań współdziałających, następująca najpóźniej w czasie realizacji czynności wykonawczej²². Drugą jest wspólne wypełnienie znamion czynu zabronionego określonego w porozumieniu – w innym wypadku, gdy któryś z uczestników wykroczy poza granice konsensusu, dojdzie po jego stronie do ekscesu, pozostającego poza zakresem odpowiedzialności pozostałych. Wypełnienie znamion innego typu niż objętego porozumieniem rodzi odpowiedzialność karną każdej z osób za sprawstwo pojedyncze faktycznie wykonanych czynów.

W orzecznictwie i piśmiennictwie powstał spór o to, czy przesłankę odpowiedzialności za współsprawstwo stanowi własnoręczna realizacja znamion przez wszystkie osoby zaangażowane w przestępną działalność. Zwolennicy teorii materialno - obiektywnej podnosili, że istotą współdziałania jest wkład w przestępstwo sprawcy, który nie wypełniał własnoręcznie znamion czynu zabronionego²³.

²¹ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 23 października 2007 r., sygn. II AKa 293/07, KZS 2008/3, poz. 53.

²² W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 2013, s. 261.

²³ A. Marek, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 211 wraz z powołanymi pracami A. Wąska i M. Cieślaka. Przedstawiona koncepcja jest ugruntowana w orzecznictwie sądów powszechnych i SN – zob. najnowszy wyrok SA w Lublinie z dnia 16 kwietnia 2019 r., sygn. II AKa 52/19, LEX nr 2719279; wyrok SA w Warszawie z dnia 17 stycznia 2019 r., sygn. II AKa 316/18, LEX nr 2634986, wyrok SN z dnia 5 lipca 2018 r., sygn. V KK 206/18, LEX nr 2521706; postanowienie SN z dnia 11 kwietnia 2014 r., sygn. V KK 408/13, LEX nr 1482487.

Kluczowym warunkiem pociągnięcia do represji okazywało się traktowanie po- pełnianego czynu za własny oraz uznanie, że udział sprawcy w zdarzeniu warun- kował zachowania pozostałych uczestników. Na gruncie powołanej koncepcji do- puszczało się przypisanie współsprawstwa kradzieży, gdy jeden ze współsprawców „stał na czatach”²⁴, podczas gdy drugi dokonywał zaboru cudzej rzeczy ruchomej w celu przywłaszczenia, jeżeli tak podzielili swoje zadania. Jednakże słusnie zauważa się, iż punktem wyjścia dla analiz dotyczących współdziałania pozos- taje przystąpienie do wykonania określonego w porozumieniu zachowania przez współdziałającego²⁵.

Odmienne wypowiadali się reprezentanci koncepcji formalno – obiektyw- nej, twierdzący, że osoba która własnoręcznie nie wykonuje znamion czynu za- bronionego objętego porozumieniem może odpowiadać jedynie jako pomocnik²⁶. Podstawowy zarzut stawiany przeciwnemu pogładowi jest uzasadniony dogma- tycznie, gdyż w ustawie istnieją odpowiednie podstawy pociągnięcia sprawcy do odpowiedzialności karnej. Nie bez znaczenia pozostaje także możliwość nadzwyc- zajnego złagodzenia kary wobec pomocnika na mocy art. 19 § 2 k.k. Z drugiej strony, przyjęcie tej koncepcji mogłoby prowadzić do „zastąpienia” współspraw- stwa pomocnictwem, skutkując postawieniem pytania o relacje form sprawczych i niesprawczych, głównie kwestię ich równorzędności, omówioną w dalszej części pracy²⁷.

Pomimo przedstawionych, opartych w treści przepisów argumentów wspie- rających teorię formalno – obiektywną, bardziej przekonuje pierwsza koncepcja, akceptowana obecnie w orzecznictwie. Po pierwsze odzwierciedla rzeczywisty

²⁴ Tak postanowienie SN z dnia 2 kwietnia 2012 r., sygn. II KK 82/12, LEX nr 1162705. Wska- zano w nim wprost, że „o wspólnym działaniu (a nie np. pomocnictwie) możemy mówić nie tylko wtedy, gdy każdy ze współsprawców realizuje część znamion czynu zabronionego, ale także wtedy, gdy współdziałający nie realizuje żadnego znamienia czasownikowego uzgodnionego czynu zabro- nionego, ale wykonane przez niego wcześniej lub w trakcie trwania czynu czynności stanowią istotny wkład we wspólne przedsięwzięcie”.

²⁵ D. Sokołowska, *Subiektywny i obiektywny komponent współsprawstwa jako przyczynke do rozwa- żań nad problemem rozgraniczania współsprawstwa i pomocnictwa*, Pal nr 11-12/2018, s. 24.

²⁶ Na gruncie k.k. z 1932 r. zwolennikami tej koncepcji byli S. Glazer, S. Śliwiński, Z. Papierkow- ski, S. Pławski i L. Tyszkiewicz – zob. A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, War- szawa 1977, s. 102 wraz z powołaną tam literaturą. Wspomniany autor zdawał się popierać właśnie ten pogląd w obowiązującym wówczas Kodeksie z 1969 r. – zob. *ibidem*, s. 119. W obecnym cza- sie zwolennikiem tej koncepcji pozostaje P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 546 i n.

²⁷ Warto wskazać na stanowczy i podtrzymany pogląd o równoważności form sprawczych i nie- sprawczych, co istotne, wyrażony przez przedstawiciela doktryny opowiadającego się za koncepcją formalno – obiektywną. Zob. P. Kardas, *Kilka uwag o sposobach rozstrzygnięcia sporów dotyczących sprawczego współdziałania w popełnieniu przestępstwa indywidualnego*, NKPK nr 43/2017, s. 208. Polemicznie w recenzji książki P. Kardasa, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za prze- stępne współdziałanie*, oprac. T. Kaczmarek, Prok. i Pr. nr 5/2002, s. 98 i n.

wkład każdego ze sprawców w przestępczą działalność, zwłaszcza zwiększającą stopień bezprawia okoliczność, że współdziałający weszli w porozumienie o wypełnieniu znamion czynu zabronionego. Ustalenie zakresu obowiązków bądź podziału korzyści wynikających z przestępstwa to kwestia wtórna - zawartego konsensusu, ukształtowanego dobrowolnie przez uczestników przestępstwa, w zależności od ich indywidualnych predyspozycji oraz posiadanych umiejętności²⁸. Ważniejsze jest to, że działalność kilku osób poparta wzajemną akceptacją zachowań składała się na jedno przestępstwo. Jeśli wszystkich sprawców połączyła realizacja elementów tożsamego typu, często powodująca wystąpienie przestępnego skutku, nie widać wystarczających argumentów, by różnicować ich odpowiedzialność karną, co mogłoby nawet godzić w zasadę równości określoną w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, nakazującą podobne traktowanie osób będących w podobnej sytuacji faktycznej, oznaczającej zarówno równość wobec prawa, jak i równość w prawie²⁹.

Należy rozważyć, czy aprobata przywołanego poglądu nie podważa podstaw wyróżniania w Kodeksie karnym sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego. Nietrudna do uzasadnienia okazuje się teza, że każda z postaci współdziałania w istocie stanowi współsprawstwo, skoro wkład niebezpośrednich sprawców w przestępstwo warunkuje jego popełnienie. Przeciwno powołanemu pogładowi można wysunąć dwa zasadnicze argumenty. Pierwszy ponownie dotyczy konstytucyjnej zasady *nullum crimen sine lege* – czym innym jakościowo będzie wydawanie stanowczego polecenia, kierowanie kimś w trakcie wypełniania znamienia czynnościowego czynu zabronionego bądź wspólne i objęte porozumieniem jego wykonywanie. Wyliczone czynności są różne, choć nie można wykluczyć, iż realizacja zachowania odpowiadającego opisowi sprawstwa niewykonawczego skutkuje jednocześnie wypełnieniem znamion przedmiotowych współsprawstwa³⁰. Zasadne jest również wartościowanie pozycji i wkładów sprawców w przestępstwo, gdyż zachowanie kierowniczego bądź polecającego nierzadko cechuje się wyższym stopniem społecznej szkodliwości niż to podjęte przez wykonawcę. Nie sposób zaprzeczyć, że gdyby nie działalność kierującego lub wydającego polecenie, do przestępstwa w ogóle by nie doszło bądź popełniono czyn w łagodniejszej postaci. Tę zależność widać przy współdziałaniu sukcesywnym zakładającym wykonywanie przez współsprawców czynu zabronionego w określonej kolejności,

²⁸ Powinnością organu procesowego będzie dokładne odtworzenie warunków porozumienia, ponieważ wyjście poza jego ramy stanowi eksces niektórych ze sprawców, nieprzypisywany pozostałym.

²⁹ L. Garlicki, *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2017, s. 113.

³⁰ Problem relacji pomiędzy formami sprawczymi a niesprawczymi zostanie omówiony w dalszych fragmentach opracowania.

natomiast polecenie wydane przed przystąpieniem do wykonania znamion przedmiotowych typu przez sprawcę bezpośredniego będzie inicjować zachowania pozostałych uczestników.

Więź łączącą współdziałających wyraźniej dostrzega się przy analizie sprawstwa kierowniczego istniejącego w k.k. z 1969 r. oraz sprawstwa polecającego istniejącego w obowiązującej ustawie. Wprowadzenie sprawstwa kierowniczego opierano na tym, że „takie ujęcie pozwoli na odpowiadającą rzeczywistości kwalifikację roli organizatora przestępstwa bez potrzeby sztucznego i niezgodnego ze społecznym poczuciem prawnym określenia osoby będącej kierownikiem akcji przestępczej mianem podżegacza czy pomocnika”³¹. Unormowanie miało służyć temu, by szefowie grup przestępczych nie byli „degradowani do roli pomocników, jeżeli fizycznie nie przyczynili się do wykonania przestępstwa, chociaż psychicznie byli jego „mózgiem i motorem”³². Sprawstwo polecające miało dotyczyć zakresu odpowiedzialności karnej wydającego ogólny rozkaz przestępny, gdyż rozkaz wydany poza służbą wojskową był kwalifikowany jako podżeganie³³.

Najważniejszą różnicę pomiędzy omawianymi postaciami stanowi to, że kierownik akcji przestępczej ma wpływ na pozostałych uczestników w czasie jej trwania, panując nad przebiegiem zdarzenia, a sprawcy bezpośredni wypełniają jego dyspozycje. Jak wskazał SN w postanowieniu z dnia 27 lutego 2014 r., sygn. V KK 7/14³⁴:

„pozycja sprawcy kierowniczego w żadnym stopniu nie musi się wiązać z zachowaniami negatywnymi wobec bezpośrednich wykonawców, takimi jak: zastraszenie, grożenie, czy też wywieranie bezpośredniego przymusu”.

Wydanie polecenia następuje na wcześniejszym niż realizacja znamion czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego etapie. Sprawca polecający nie bierze udziału w akcji przestępczej, w przeciwnym razie stałby się sprawcą kierowniczym, bowiem w pojęciu kierowania czymś zachowaniem łączy się wydawanie mu wiążących dyspozycji³⁵. Wniosek ma oparcie w przytaczanych definicjach

³¹ A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 60 za *Projekt kodeksu karnego*, Warszawa 1968, s. 100.

³² W. Wolter, *Problemy odpowiedzialności karnej według nowego ustawodawstwa karnego*, Warszawa 1969, s. 24.

³³ *Ibidem*, s. 73.

³⁴ KZS 2014, nr 6, poz. 18.

³⁵ O kryteriach rozgraniczenia sprawstwa kierowniczego od sprawstwa polecającego w oparciu o intensywność wpływu na przebieg akcji szerzej A. N. Preibisz, *Odgraniczenie sprawstwa kierowniczego od współdziałania przestępczego*, Prok. i Pr. nr 1/2003, s. 82 – 83. Z kolei na element panowania nad czynem wskazuje M. Szczepaniec, *Sprawstwo polecające a sprawstwo kierownicze – problemy z rozgraniczeniem*, Pal. 11 – 12/2007, s. 83 – 84.

językowych pojęć „kierować”, „wykorzystać” czy „polecenie”. Według *Słownika języka polskiego* „kierować” oznacza:

- „1) prowadzić, wysyłać kogoś, coś gdzieś, do kogoś, do czegoś,
- 2) zwracać, ustawiać coś w którąś stronę, jakąś stronę ku komuś, czemuś; nakierowywać, celować,
- 3) zwracać się, adresować coś do kogoś, czegoś,
- 4) **sterować czymś, regulować czynność, ruch czegoś za pomocą jakiegoś urządzenia, (podkr. M.G.),**
- 5) **zarządzać kimś, czymś, stać na czele czegoś, wskazywać komuś sposób postępowania, (podkr. M.G.),**
- 6) być przyczyną działania, postępowania, powodować³⁶. Z kolei „polecenie” to rzeczownik od słowa „polecić”, co oznacza „**czyjaś ustną lub pisemną wypowiedź nakazującą komuś niżej postawionemu w hierarchii wykonanie jakiejś czynności**” (podkr. M.G.) bądź „zaprotestowanie kogoś, zarekomendowanie, rekomendację”³⁷.

Pojęciu „wykorzystać” nadano następujące znaczenia:

- „1) **użyć (używać) czegoś dla osiągnięcia jakiegoś celu, pożytku, spożytkować (spożytkowywać) coś z zyskiem, zużytkować (zużytkowywać),**
- 2) **posłużyć się (posługiwać się) kim aby zrealizować własne cele, uzyskać (uzyskiwać) korzyść czymś kosztem (podkr. M.G.),**
- 3) (o mężczyźnie) **uwieść (uwodzić) kobietę, aby odbyć z nią stosunek płciowy i porzucić**³⁸.

Bezsprzecznie sprawcę kierowniczego z bezpośrednim bądź polecającego z bezpośrednim łączą faktyczne, czasem prawne relacje, istotne dla wykonania czynu zabronionego. Językowe znaczenie omówionych pojęć wspiera twierdzenie, iż sprawcy niewykonawczy traktują czyn jako własny, posiadając nad nim władzę³⁹, zaś wykonawcy realizują określone dyspozycje bądź polecenia sprawcy niewykonawczego.

Wskazana kwestia inaczej przedstawia się w kontekście form niesprawczych – nie istnieje konieczność, by podżegacza lub pomocnika łączyła jakakolwiek relacja ze sprawcą wykonawczym. Można nakłaniać określoną osobę do popełnienia/dokonania czynu zabronionego oraz być pomocnym w jego wykonaniu, nie mając z nią nic wspólnego. Nie stanowi warunkiem ponoszenia odpowiedzialności karnej za popełnienie przestępstwa powstanie czy uczynienie użytku z relacji łączącej współdziałających, zaś impuls pomocnika

³⁶ *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, tom 2, Warszawa 2003, s. 94.

³⁷ *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, tom 3, Warszawa 2003, s. 310.

³⁸ *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, tom 4, Warszawa 2003, s. 604.

³⁹ Tak również D. Tokarczyk, *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 5 lipca 2012 r., II AKa 100/12*, Pal nr 6/2017, s. 94.

bądź podżegacza inicjuje zachowanie sprawcy bezpośredniego, a w przypadku pomocnictwa psychicznego pozwala na wcielenie w życie powstałego planu.

Podżeganie oraz pomocnictwo zwykle kwalifikują się jako typy abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, popełnione na przedpolu naruszenia dobra⁴⁰. Rzeczywiście czyn pomocnika lub podżegacza („nakłanianie” lub „ułatwienie”) ma miejsce zanim sprawca bezpośredni przystąpi do realizacji własnego przestępnego zachowania, a każdy ze współdziałających popełnia własne przestępstwo. Z kolei sprawcy „niesprawczemu” przypisze się odpowiedzialność także wtedy, gdy osoba na którą oddziaływał nie podejmie się zachowania stanowiącego przedmiot podżegania lub pomocnictwa.

Warto podkreślić, że odpowiada za pomocnictwo także ten, kto wbrew prawnemu, szczególnemu obowiązkowi niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego swoim zaniechaniem ułatwia innej osobie jego popełnienie. Na pomocnika nałożono obowiązek gwaranta bezpieczeństwa dóbr chronionych prawem w związku z łączącą go relacją prawną z nośnikiem chronionej wartości, na której straży powinien stać, nie determinując powstania więzi ze sprawcą bezpośrednim.

Innym argumentem, choć zdający się pobocznym argumentem, jest semantycznym. Mówi się przecież o „podżeganiu do przestępstwa”, „pomocnictwie do przestępstwa”, a z drugiej strony współsprawstwie, sprawstwie kierowniczym czy polecającym konkretnego przestępstwa. Raczej nie powiemy, że „podżegano zabójstwo” czy „pomagano zabójstwu”, natomiast „współsprawstwo zabójstwa” bywa przedmiotem postępowań sądowych. Świadczy to wszystko o tym, że okolicznością łączącą „współdziałających sprawczo” jest jedno przestępstwo, zaś „współdziałający niesprawczo” nie są tak powiązani.

Ponadto pomocnictwo oraz podżeganie są popełnione jedynie umyślnie, przy czym podżeganie można popełnić tylko z zamiarem bezpośrednim. Bez wątplenia współdziałanie w formach sprawczych może być popełnione zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie, a stosunek psychiczny poszczególnych sprawców do czynu nie musi być tożsamy. Znajdzie zastosowanie zasada wyrażona w art. 20 k.k. według którego, każdy ze współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego odpowiada w granicach swojej umyślności lub nieumyślności niezależnie od odpowiedzialności pozostałych współdziałających.

⁴⁰ Szerzej o różnicach pomiędzy postaciami niesprawczymi i sprawczymi dotyczącymi stosunku niebezpieczeństwa dla dobra prawnego M. Bielski, *Sprawstwo zleceńodawcze w projekcie nowelizacji kodeksu karnego*, Prok. i Pr. nr 10/2006, s. 52.

W piśmiennictwie odnotowuje się stanowisko, że warunkiem odpowiedzialności za dokonanie czynu zabronionego jest realizacja kompletu znamion przez wykonawców – w innym wypadku kierujący, polecający czy współsprawcy, którzy wykonali własne czynności mogą odpowiadać za usiłowanie popełnienia czynu zabronionego, nawet gdy sprawcy bezpośredni w ogóle nie podejmą się realizacji znamion czynu zabronionego objętych poleceniem⁴¹. Twierdzi się, iż wydanie wiążącego inną osobę polecenia, kierowanie akcją przestępczą czy wykonanie własnej roli w porozumieniu z innymi osobami, pomimo braku dokonania czynu zabronionego przez właściwego sprawcę stanowi karalne ukończone usiłowanie⁴².

Powołana koncepcja nie została jednomyślnie zaaprobowana. Niektórzy przedstawiciele doktryny uważają, że „ustawodawca zrębowo wysłowił normę sankcjonowaną zakazującą tylko kierowania wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę, normę, którą przekraczał będzie ten kto będzie kierował wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę”⁴³. W przypadku sprawstwa polecającego, wydanie osobie uzależnionej stanowi dokonanie czynu zabronionego, gdyż nie zakłada się w żadnym stopniu jego skuteczności⁴⁴.

Powyższa argumentacja w istocie przeczy akcesoryjności odpowiedzialności karnej ponoszonej przez sprawców wykonawczego i nie wykonawczego, dlatego warto podjąć z nią polemikę. Chociaż rzeczywiście trudno doszukać się jej unormowania na poziomie ustawy, tak aprobata tego poglądu może prowadzić do daleko idących i niepożądanych skutków, zwłaszcza z perspektywy sprawcy polecającego. Jeśli uznać, iż warunkiem poniesienia przez sprawcę konsekwencji penalnych jest jedynie wydanie wiążącego polecenia, niemożliwe okazuje się popełnienie przestępstwa w formie stadialnej usiłowania. Trudno przyznać, by jego zachowanie bezpośrednio zmierzało do dokonania czynu zabronionego, gdyż wydanie polecenia stanowi jednocześnie jego dokonanie, a sprawstwo polecające byłoby wówczas przestępstwem jednochwilowym. Zatarcie granicy pomiędzy formami stadialnymi sprawstwa kierowniczego niesie konsekwencje w wymiarze kary za popełnione przestępstwo, skoro dokonany czyn cechuje się wyższym poziomem bezprawia niż popełniony w stadium usiłowania. Z drugiej strony brak aktywności wykonawcy nie stwarza na tyle doniosłego społecznie, o ile w ogóle realnego, niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, uzasadniającego przypisanie odpowiedzialności sprawcy niewykonawczego na ogólnych zasadach.

⁴¹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2010, s. 263.

⁴² *Ibidem*, s. 263.

⁴³ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 198. Podobnie M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2018, s. 226 - 228.

⁴⁴ Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 201.

Przedstawiony pogląd zmierza do odseparowania odpowiedzialności karnej współdziałających sprawców, co przypomina niesprawcze postaci przestępnego współdziałania i podważa istnienie form sprawczych *sensu stricto*. Łatwiej byłoby zgodzić się z tymi twierdzeniami oceniając zachowanie sprawcy kierowniczego, wpływającego na przebieg akcji w czasie jej trwania, wydającego innym uczestnikom wiążące dyspozycje – a więc zaistnienia zagrożenia dla prawnie chronionej wartości. W opisanej konfiguracji nierzadko dojdzie do usiłowania czynu zabronionego przy udziale dwóch lub więcej sprawców. Z kolei gdy postępowanie współdziałających dotyczy tożsamego zdarzenia, lecz część zaangażowanych osób nie wypełnia znamion przedmiotowych „własnoręcznie”, dlatego różnicowanie zakresu odpowiedzialności nie znajduje uzasadnienia. Z perspektywy oceny prawnej zachowania ważniejszy są wkład jednostki w przestępstwo i traktowanie czynu za własny.

Trzeci pogląd sprowadza się do uznania, że sprawstwo kierownicze bądź polecające (poleceniowe) „może mieć miejsce tylko wtedy, gdy popełnienie czynu zabronionego było co najmniej usiłowane przez osobę bądź osoby współdziałające ze sprawcą kierującym/polecającym”⁴⁵.

Weryfikując pierwszą i trzecią koncepcję (z racji odrzucenia drugiej) należy wywieść następujące wnioski. Pierwsza okazuje się korzystna dla sprawcy niewykonawczego, gdyż warunkiem poniesienia odpowiedzialności za dokonanie czynu zabronionego jest realizacja całości znamion przez wykonawców bezpośrednich – w innym razie od chwili wydania polecenia bądź podjęcia czynności kierowniczych dochodzi do usiłowania popełnienia przestępstwa „poleconego” lub „kierowanego”. Powstaje pytanie, czy wydanie polecenia bądź kierowanie inną osobą odpowiada opisowi postaci stadialnej z art. 13 § 1 k.k. Zgodnie z tym przepisem, odpowiada za usiłowanie, kto w zamiarze popełnienia czynu zabronionego swoim zachowaniem bezpośrednio zmierza do jego dokonania, które jednak nie następuje. Klucz do rozwiązania problemu stanowi wykładnia znamienia „bezpośredniego zmierzania”, tj. gdy zachowanie sprawcze przeszło z fazy najczęściej niekaralnego przygotowania (art. 15 § 2 k.k.) do zawsze karalnego usiłowania, natomiast zagrożenie dla dobra prawnego przekształciło się z abstrakcyjnego w realne⁴⁶.

⁴⁵ *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet – Nagórska, Warszawa 2018, s. 159 -160. Podobnie J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 449.

⁴⁶ Szerzej A. Zoll, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1 – 52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 281 i n. wraz z powołanym tam orzecznictwem.

Pierwszemu pogładowi można zarzucić, że z chwilą wydania polecenia lub dyspozycji sprawcom wykonawczym nie dochodzi do zagrożenia dla dóbr prawnych. Pomiedzy czynnościami sprawcy niewykonawczego (głównie dotyczy to sprawstwa polecającego) a wykonawcy zwykle istnieje odstęp czasowy, jak również nie zawsze dochodzi do wypełnienia elementów przedmiotowych czynu zabronionego, co w istocie rozszerza zakres odpowiedzialności przy braku zagrożenia dla chronionej wartości. Z drugiej strony trudno zgodzić się z tym, że niepodjęcie zachowania przez sprawcę wykonawczego przekreślałoby przypisanie odpowiedzialności sprawcy kierowniczemu/polecającemu za zachowanie nieakceptowane aksjologicznie. Uznając, iż zachowanie sprawcy polecającego bądź kierowniczego stanowiłoby przygotowanie do popełnienia przestępstwa, zazwyczaj pozostawałoby bezkarne wobec treści art. 16 § 2 k.k. Nie może ująć uwadze, iż w obu przypadkach dochodzi do oddziaływania przez sprawców niewykonawczych na bezpośrednich, przy wykorzystaniu łączącej ich relacji, zaś współdziałający niewykonawczy wypełnili w całości przynależne im zadania.

Bezspornie sterowanie kimś czy wykorzystanie istniejącej zależności wpływa na zawartość bezprawia współdziałającego „niewykonawczego”, podwyższając stopień karygodności czynu. Zgodnie bowiem z art. 115 § 2 k.k. przy ocenie stopnia społecznej szkodliwości czynu bierze się pod uwagę choćby sposób i okoliczności popełnienia czynu, postać zamiaru czy motywację sprawcy. Wydaje się, iż naganność zachowań współdziałających, którzy odgrywali ważną rolę w zdarzeniu, nie powinna pozostać bez znaczenia dla wymiaru prawnokarnych konsekwencji. Jednakże nie sposób wykluczyć, że sprawcy kierowniczy lub polecający unikną odpowiedzialności. Trudno uznać, że wydanie polecenia wykonania czynu zabronionego stanowi nakłanianie w rozumieniu art. 18 § 2 k.k., gdyż nie cechuje się podobną intensywnością oddziaływania i zawartością złej woli. Należy podkreślić, iż warunkiem odpowiedzialności podżegacza nie jest wykorzystanie stosunku zależności wobec podżeganego, a sprawców nie muszą łączyć jakiegokolwiek relacje. Co istotne, „rozkaz” to wypowiedź kategoryczna, z kolei „nakłanianie” stanowi „miękkie” wysłowienie woli podżegającego. Znamiona czasownikowe obu typów niosą inną treść normatywną, dlatego nie będzie dopuszczalne nadawanie im identycznego znaczenia⁴⁷, co w konsekwencji powoduje dekompletację znamion czynu zabronionego popełnionego przez sprawców kierowniczego lub polecającego.

⁴⁷ Nie można *a priori* wykluczyć, że na etapie postępowania karnego, w ramach tożsamości czynu dojdzie do zmiany jego kwalifikacji na zasadzie art. 399 § 1 k.p.k.

Patrząc na problem odmiennie, trudno uznać by w myśl art. 18 § 3 k.k. wydanie polecenia stanowiło ułatwienie popełnienia czynu, skoro nie polega na stworzeniu okoliczności umożliwiających jego realizację. Jednak w perspektywie sprawstwa kierowniczego, przytoczona argumentacja pozostaje aktualna – kierujący podejmuje działania w trakcie czynności sprawczej, zaś jego aktywność zwykle nie jest niesieniem pomocy w popełnieniu przestępstwa czy nakłanianiu do jego dokonania. Utwierdza to w przekonaniu, że usiłowanie sprawstwa w niewykonawczej postaci stanowi abstrakcyjne, lecz karalne zagrożenie dla wartości chronionych prawem.

Wbrew pozorom ostatnia koncepcja posiada punkty styczne z pierwszą, choć można ją odczytywać na różne sposoby. Uprawnione jest twierdzenie, że skoro wejście przez sprawców bezpośrednich w fazę usiłowania warunkuje wypełnienie wszystkich znamion (dokonanie) sprawstwa kierowniczego, na wcześniejszym etapie wykonania czynu zabronionego dochodzi do usiłowania sprawstwa kierowniczego/polecającego, trwającego nierzadko dłuższy czas. Z kolei odrzucenie poglądu o krzyżowaniu się form stadialnych i sprawczych prowadziłyby do wniosku o niekaralności zachowań sprawców niewykonawczych. Analizowane koncepcje zawierają sporne wątki, jednak pierwsza lepiej odzwierciedla poziom bezprawia zachowania współdziałającego, jednocześnie prowadząc do poniesienia przez sprawcę możliwie łagodnych konsekwencji.

Odnosząc się do wymiaru kary za popełnienie podżegania bądź pomocnictwa, przesłanką odpowiedzialności sprawców, niezależnie od przyjęcia skutkowego czy formalnego charakteru typu, nie jest wykonanie znamion czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego. Co istotne, nie musi rozpocząć realizacji zachowania objętego „nakłanianiem” czy „ułatwianiem”, jak również nieistotny jest jego stosunek psychiczny do czynu. Zastosowanie znajdzie art. 20 k.k. wyrażający zasadę indywidualizacji odpowiedzialności karnej, gdzie zachowanie podżegacza ma charakter umyślny z zamiarem bezpośrednim, a nakłaniany nierzadko realizuje znamiona nieumyślnego występk⁴⁸. Nieistotne dla karnoprawnej oceny pozostają takie przymioty jak wiek czy stan poczytalności, gdyż w świetle art. 21 § 1 k.k. okoliczności osobiste (niestanowiące znamion czynu zabronionego – arg. z art. 21 § 2 k.k.) wyłączające lub łagodzące albo zaostrzające odpowiedzialność karną, uwzględnia się tylko co do osoby, której dotyczą.

⁴⁸ Dobrze ilustruje to przykład podżegania do zabójstwa starszej kobiety, którą nakłaniano do zabicia męża, zaś ona spowodowała jego śmierć nieumyślnie – zob. W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 279.

W doktrynie wyróżnia się pozakodeksowe konstrukcje, takie jak właściwe podżeganie do przestępstwa nieumyślnego polegające na tym, że podżegacz umyślnie nakłania inną osobę do powzięcia nieostrożnego zachowania, prowadzącego do skutku opisanego w typie nieumyślnym⁴⁹. Inny twór stanowi nakłanianie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego charakteryzujące się brakiem zamiaru wywołania decyzji określonego zachowania⁵⁰. W pierwszej sytuacji dojdzie do realizacji znamion podżegania do umyślnego czynu zabronionego, gdyż sprawca działa z zamiarem nakłonienia innej osoby do jego popełnienia, a wykonanie przez ten podmiot elementów wzorca pozostaje irrelewantne dla odpowiedzialności podżegacza⁵¹. W drugim przykładzie niemożliwe będzie przypisanie odpowiedzialności sprawcy niewykonawczemu wobec nieumyślnego stosunku psychicznego do czynu. Powyższe zasady odnoszą się również do pomocnictwa charakteryzującego się umyślnością, popełnianego zarówno zamiarem bezpośrednim, jak i wynikowym. Przy rozstrzygnięciu o odpowiedzialności współdziałających *sensu stricto* zastosowanie znajdzie art. 21 § 2 k.k. stanowiący, że jeżeli okoliczność osobista dotycząca sprawcy, wpływająca chociażby tylko na wyższą karalność, stanowi znamię czynu zabronionego, współdziałający podlega odpowiedzialności karnej przewidzianej za ten czyn zabroniony, gdy o tej okoliczności wiedział, chociażby go nie dotyczyła. Świadomość sprawcy o przynależności współdziałającego, stanowiących przesłankę opisu czynu zabronionego, rodzi odpowiedzialność za przestępstwo indywidualne – właściwe lub niewłaściwe. Należy wskazać, że brak wiedzy (i uwarunkowanej przez nią świadomości) o cesze innego uczestnika przestępnej akcji nie daje podstaw dla pociągnięcia do odpowiedzialności *ekstraneusa* za przestępstwo indywidualne właściwe, natomiast przy przestępstwach indywidualnych niewłaściwych prowadzi do przypisania przestępstwa w typie podstawowym. W piśmiennictwie twierdzi się, art. 21 § 2 k.k. nie znajdzie zastosowania co do niesprawczych form przestępnego współdziałania, ponieważ podżegacz lub pomocnik popełniają własne, powszechne przestępstwo⁵².

⁴⁹ D. Tokarczyk, *Podżeganie w polskim prawie karny. Studium z zakresu teorii i praktyki prawa karnego*, Warszawa 2017, s. 322 wraz z powołaną tam literaturą.

⁵⁰ *Ibidem*, s. 323.

⁵¹ Tak zasadnie Ł. Pohl, *Właściwe podżeganie do przestępstwa nieumyślnego (Zagadnienia sporne)*, Prok. i Pr. 11/2004, s. 82.

⁵² P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 587 i n. Nieco polemicznie do tej koncepcji wypowiedział się Ł. Pilarczyk, *Analiza odpowiedzialności karnej <<extraneusa>> za przestępne współdziałanie w odniesieniu do podżegania i pomocnictwa*, Ius Novum, nr 4/2014, s. 78 – 95. Odmiennie J. Szymczyk, *Współdziałanie przy przestępstwach indywidualnych*, Prok. i Pr. nr 7 – 8/2003, s. 166.

Podsumowując, pomiędzy formami przestępnego współdziałania zachodzą podobieństwa oraz różnice dotyczące konstrukcji znamion typu oraz zasad odpowiedzialności za popełnienie przestępstwa. Można wywieść wnioski, że kluczowymi odmiennościami, oprócz opisu znamienia czynności wykonawczej, są relacje sprawców, ich stosunek względem dóbr chronionych prawem, sposób oddziaływania sprawcy niewykonawczego na sprawców wykonawczych czy kształt strony podmiotowej.

Na tym tle niejednoznacznie przedstawia się kwalifikacja prowokacji opisanej w art. 24 k.k., nieznaney k.k. z 1932 r.⁵³, a znanej k.k. z 1969 r.⁵⁴. Analizując ten złożony problem, należy zwrócić uwagę na konstrukcję elementów przedmiotowych oraz podmiotowych, powiązań z innymi przepisami kodeksowymi, ale również zważyć na płaszczyznę wymiaru kary. Takie spojrzenie pozwoli określić *clou* tytułowej figury i wyznaczyć granice odpowiedzialności karnej.

1.3. Kwalifikacja prawna prowokacji z art. 24 k.k. – wstępna hipoteza

Spór o podstawowy problem dotyczący prowokacji obywatelskiej pojawił się w piśmiennictwie, chociaż część przedstawicieli doktryny nie podjęła w tej materii rozważań⁵⁵. Niektórzy uznawali, że prowokator nie jest podżegaczem, bowiem sprawca nie obejmuje chęcią dokonania czynu zabronionego przez sprowokowanego, a jedynie skierowanie przeciwko niemu postępowania karnego, dlatego stanowi przestępstwo *sui generis*⁵⁶. O odseparowaniu podżegania od prowokacji miało świadczyć wyrażenie „jak za podżeganie”, aczkolwiek wywodzono, iż zasady ponoszenia odpowiedzialności przez obu sprawców są tożsame. Pojawiła się nieuzasadniona szerzej myśl, by pojęciem form niesprawczych, objąć także

⁵³ Zob. art. 26 k.k. z 1932 r. (podżegania dopuszcza się, kto inną osobę nakłania do popełnienia przestępstwa) oraz art. 27 (pomocnictwa dopuszcza się, kto do popełnienia przestępstwa udziela pomocy czynem lub słowem).

⁵⁴ Należy zwrócić uwagę, iż art. 21 § 3 k.k. nie zawierał opisu czynu jakim jest prowokacja, a jedynie wyłączał zastosowanie wobec prowokatora skutecznego oraz nieskutecznego czynnego żalu dotyczącego przestępstwa popełnionego przy współdziałaniu z innymi osobami. Warto podkreślić, iż z przytoczonego w pkt. 3.1 rozdziału III pracy uzasadnienia do Kodeksu karnego z 1997 r. wynika, iż ustawodawca uznał prowokację jako przestępstwo *sui generis*.

⁵⁵ M. Kulik, *Komentarz aktualizowany do art. 24 Kodeksu karnego*, red. M. Mozgawa, LEX 2018, teza 1. J. Lachowski, A. Marek, *Prawo karne. Zarys problematyki*, Warszawa 2018, s. 175 – 176. Autorzy nie wypowiadają się stanowczo odnośnie do kwalifikacji prowokacji, choć umiejscowienie opisu formy w rozdziale o pomocnictwie i podżeganium, sugeruje uznanie jej za niesprawczą postać przestępnego współdziałania.

⁵⁶ R. Stefański, *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2008, s. 206. Podobnie M. Filar, *Podstawy odpowiedzialności karnej w nowym kodeksie karnym*, Pał nr 11-12/1997, s. 15 i n, M. Królikowski, R. Zawłocki, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1 – 116*, Warszawa 2017, s. 494. A. Legutko – Kasica, *Prowokacja w prawie karnym*, PS nr 6/2016, s. 103 – 104.

przestępstwo stypizowane częściowo w art. 24 k.k.⁵⁷. Ponadto nie powinno się wykluczyć uznania prowokacji za typ kwalifikowany względem podżegania, ze względu na łączące je znamię czasownikowe „nakłaniania” albo odmienny i niezależny od opisanego zrębowo w art. 18 § 2 k.k. rodzaj podżegania w typie podstawowym. Jednakże dopiero odtworzenie zawartości normatywnej art. 24 k.k., zwłaszcza znamion przedmiotowych i podmiotowych, umożliwi jednoznacznie rozstrzygnięcie zarysowanej kwestii.

Prowokacja bezsprzecznie stanowi formę przestępnego współdziałania, o czym świadczy umieszczenie opisu znamion w części ogólnej Kodeksu karnego przed okolicznościami wyłączającymi odpowiedzialność karną. Za tą tezę przemawia również brzmienie art. 24 k.k. w zakresie jakim odmawia się stosowania wobec prowokatora art. 22 i 23 k.k. Trzeba wskazać, iż w art. 23 § 1 k.k. wyrażono wprost, że nie podlega karze **współdziałający (podkr. M.G.)**, który dobrowolnie zapobiegł dokonaniu czynu zabronionego.

Idąc dalej, warto zadać przewrotne pytanie, czy prowokacja z art. 24 k.k. jest odmianą sprawstwa niewykonawczego *sensu stricto*, polecającego lub kierowniczego bądź odmienną od pozostałych formę sprawczego współdziałania. Niesporne treść art. 18 § 1 k.k., a zwłaszcza redakcja znamion czasownikowych postaci w nich wymienionych, podważa to twierdzenie. Można poprzestać na uznaniu, że sprowokowany stanowi narzędzie w ręku prowokatora, by skierowano przeciwko niemu postępowanie karne, co przypomina opracowane w piśmiennictwie sprawstwo organizacyjne polegające na stworzeniu warunków sprzyjających popełnieniu przestępstwa⁵⁸. Wspomniany argument przemawiający za zakwalifikowaniem prowokacji do sprawstwa *sensu stricto* nie wydaje się wystarczający, zwłaszcza że dla wypełnienia elementów przedmiotowych typu relacja sprawców nie musi zaistnieć. Ponadto wkład prowokatora w czyn zabroniony wypełniany przez sprawcę bezpośredniego nie ma znaczenia dla ponoszonej przez sprowokowanego odpowiedzialności. Zachowaniem podlegającym ocenie jest jedynie nakłanianie do popełnienia czynu zabronionego, na przedpolu jego popełnienia przez sprawcę bezpośredniego, w określonym ustawowo zamiarze. Jeżeli weźmie się pod uwagę przesłanki odpowiedzialności za sprawcze postaci współdziałania, prowokacja z art. 24 k.k. do nich nie przystaje.

⁵⁷ L. Tyszkiewicz, [w:] *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, red. T. Dukiet – Nagórska, Warszawa 2018, s. 160. Warty odnotowania jest pogląd traktujący prowokację jako szczególną formę podżegania – zob. M. Królikowski, R. Zawłocki, *Prawo karne*, Warszawa 2018, s. 232 – 233.

⁵⁸ Krytycznie o koncepcji L. Tyszkiewicza dotyczącej zasadności wprowadzania do Kodeksu karnego sprawstwa organizacyjnego M. Marciniak, *Organizator przestępstwa w polskim prawie karnym*, Prok. i Pr nr 9/2004, s. 146 – 148 wraz z powołaną tam literaturą.

Niemalą łączy prowokację z zaczerpniętą z niemieckiej nauki konstrukcją sprawstwa pośredniego (*mittelbare Täterschaft*) polegającą na tym, że sprawca pośredni podejmuje się działania, w wyniku którego inna osoba realizuje znamiona czynu zabronionego „w warunkach niepozwalających na uznanie jej czynu za przestępstwo”⁵⁹, lecz w świetle art. 18 § 1 k.k. naruszającą zasadę *nullum crimen sine lege*⁶⁰. Dalece przypomina anglosaskie *entrapment* postrzegane jako okoliczność usprawiedliwiająca popełnienie przestępstwa, w sytuacji, gdy z inicjatywy organu władzy publicznej doszło do wykreowania przestępstwa i zatrzymania sprowokowanego sprawcy. Porównanie prowokacji do rozwiązań zagranicznych, pokazuje złożoność problemu, również w innej niż płaszczyzna znamion typu czynu zabronionego perspektywie, lecz wobec brzmienia przepisów ma wyłącznie teoretyczny wymiar. Ponadto dotyczy okoliczności wyłączenia odpowiedzialności karnej, pomijając kwestię opisu znamion typu. Pomimo niezasadności uznania prowokacji za sprawstwo *sensu stricto*, nie sposób wykluczyć, że prowokacja wraz z formami sprawczymi pozostaje w stosunku krzyżowania, tj. kumulatywnym zbiegu przepisów z art. 11 § 2 k.k.

Należy ponownie zaznaczyć, iż celem prowokatora jest skierowanie postępowania karnego przeciwko sprowokowanemu, z założenia prowadzące się do sterowania nim bądź traktowania przedmiotowo jeszcze przed dokonaniem czynu zabronionego. Uwzględniając znaczenia językowe pojęcia „prowokacji” rozumianej jako kuszenie, namawianie czy nawet nagabywanie do podjęcia naganego zachowania, zachowanie prowokującego ma prowadzić do powzięcia działań przez organ procesowy. Warto podkreślić, iż po jego stronie nie musi istnieć przekonanie, by czyn traktować jako własny, a wręcz przeciwnie – najważniejszym zamiarem sprawcy jest wywołanie negatywnych następstw w sferze prawnej sprowokowanego. Nie zagłębiając problemu strony podmiotowej, głównie kwestii obejmowania przez sprawcę chęcią popełnienia czynu zabronionego przez

⁵⁹ Szerzej K. Buchała, L. Kubicki, *Sprawstwo pośrednie w nauce prawa karnego i orzecznictwie sądowym*, St. Prawn. Nr 1-2/1988, s. 169 – 183. Zob. R. Schmidt, *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit. Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*, Grasberg bei Bremen 2018, s. 400. O tym, że sprawstwo pośrednie polega na „używaniu” jednego ze sprawców przez drugiego świadczy nawet swobodne tłumaczenie § 25 ust. 1 StGB, bowiem „durch einen anderen begeht” oznacza „popełnienie jeden przez drugiego”.

⁶⁰ Tak zasadnie D. Tokarczyk, *Sprawstwo pośrednie <<de lege ferenda>>*, PiP nr 5/2018, s. 100 – 101. Ponadto wysunięto propozycję normatywną, polegającą na dodaniu do Kodeksu art. 18 § 1a w brzmieniu: „odpowiada za sprawstwo także ten, kto popełnia czyn zabroniony, kierując zachowaniem innej osoby lub wykorzystując jej zachowanie”. Wykorzystanie czyjeś zachowanie może rzeczywiście nastąpić bez istnienia stosunku zależności, tak trudno wyodrębnić kierowanie czynem zabronionym, które nie stanowiłoby nad nim władztwa. Należy raczej rozważyć ukształtowanie zakresu karalności tej formy sprawczej, także w kontekście granic ustawowego zagrożenia karą.

inną osobę (dokonania przy podżeganiu z art. 18 § 2 k.k.), wypada odnotować, że oddziaływanie sprawcy najpierw dotyczy osoby wykonawcy bezpośredniego, a następnie odnosi się do innej wartości chronionej prawem.

W tym kontekście opieranie się na słownikowym znaczeniu pojęcia „prowokacji”, nie wydaje się uprawnione. Trzeba odróżniać kodeksową prowokację od zachowania wyzywającego, zwykłej zaczepki⁶¹, pamiętając, iż ustawodawca penalizuje czyny polegające na nakłanianiu innej osoby do dokonania czynu zabronionego, chcąc by je popełniono. Omawianie potocznego, odmiennego od opisanego w art. 24 k.k. znaczenia „prowokacji” musi nastąpić w kontekście analizy karnoprawnie istotnych zachowań o takim charakterze, co będzie przedmiotem następujących rozdziałów monografii.

Z perspektywy kwalifikacji prowokacji obywatelskiej omówienia wymaga treść normatywna art. 24 k.k. w zakresie jakim sprawca „odpowiada jak za podżeganie”. Nie pozbawiony racji jest argument, że przytaczany zwrot należy rozumieć szeroko⁶², obejmując nim zarówno zasady odpowiedzialności karnej, jak również konsekwencje penalne w związku z popełnieniem przestępstwa, w granicach przewidzianych za sprawstwo, o czym stanowi art. 19 § 1 k.k. Niezależnie od postulatu *de lege ferenda* dotyczącego usystematyzowania zasad odpowiedzialności za przestępcze współdziałanie, wydaje się, że gdyby miały kształtować się odmiennie niż wobec podżegacza, ustawodawca wskazałby to wyraźnie w ustawie. Dopuszczalne byłoby unormowanie, że wyłącznie wymiar kary za prowokację odpowiada warunkom wynikającym z konkretnego przepisu typizującego, poprzez posłużenie się formułą: „karę za prowokację wymierza się w granicach przewidzianych za sprawstwo”. Jednakże w ustawie karnej podobnego zwrotu nie zawarto, zatem na aprobatę zasługuje pogląd o konieczności stosowania identycznych reguł ponoszenia odpowiedzialności przez prowokatora i podżegacza. Powyższą tezę wspiera treść art. 24 k.k., ponieważ w obu przypadkach dochodzi do „nakłaniania” innej osoby do dokonania (lub popełnienia) czynu zabronionego. Nie widać zatem uzasadnionych powodów, by za tożsame zachowania traktować sprawców odmiennie.

Oba argumenty odnoszące się konstrukcji typu określonego zrębowo w art. 24 k.k., głównie części wspólnych znamion i tożsamych zasad ponoszenia odpowiedzialności karnej, przemawiałyby za zakwalifikowaniem prowokacji do katalogu niesprawczych form przestępczego współdziałania. Można wysunąć dalej

⁶¹ J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 458.

⁶² Z dystansem o tej koncepcji wypowiedział się R. Janiszowski – Downarowicz, *Granice dozwolonej prowokacji w polskim prawie karnym*, Prok. i Pr. nr 3/2009, s. 90.

idący wniosek, że prowokacja stanowi rodzaj podżegania, pozostając z tą formą w stosunku podrzędności. Bacząc na treść art. 24 k.k., problem wydaje się bardziej złożony, przede wszystkim wobec wskazanego w ustawie celu skierowania przeciwko innej osobie postępowania karnego przyświecającego prowokatorowi w chwili nakłaniania. Redakcja przepisu przeczyłaby uznaniu prowokacji za rodzaj podżegania, dając podstawy do traktowania jej jako typu kwalifikowanego w stosunku do podżegania, wzbogaconego o znamię strony podmiotowej, a nie jak zazwyczaj przedmiotowej⁶³. Wobec zarysowanych zagadnień, stanowcze sklasyfikowanie prowokacji na tym poziomie rozważań jest utrudnione, co nakazuje szczegółową analizę znamion wymienionych z art. 24 k.k.

1.4. Wykładnia znamion przedmiotowych i podmiotowych prowokacji z art. 24 k.k

1.4.1. Wprowadzenie

We wstępnej części nieco słów należy poświęcić wykładni czasownika „nakłania”⁶⁴ zawartego w art. 24 k.k., a następnie zostaną omówione kwestie związane z odpowiedzialnością za niesprawcze formy współdziałania. Kolejno warto przytoczyć poglądy o skutkowym bądź formalnym charakterze unormowanego w art. 18 § 2 k.k. podżegania, dzielącego znamię czasownikowe z prowokacją, które jest jedynym elementem wspólnym obu typów. Popęlenie pierwszego z wymienionych czynów zabronionych polega na „nakłanianiu innej osoby do popełnienia czynu zabronionego”, a drugiego na „nakłanianiu innej osoby do dokonania czynu zabronionego”. Z kolei ujęcie ich strony podmiotowej jest odmienne, lecz trudno wykluczyć istnienie punktów styčných pomiędzy charakterystyką tych elementów.

Niewątpliwie typ określony zrębowo w art. 24 k.k. jest powszechny, gdyż ustawodawca nie wskazał indywidualizujących cech sprawcy zdolnego do popełnienia prowokacji, posługując się w ustawie zaimkiem „kto”. Ponadto należy zaznaczyć, iż sprawca popełnia własne przestępstwo, zaś bez znaczenia dla jego odpowiedzialności pozostaje, czy wykonawczy podjęcie się realizacji znamion czynu zabronionego stanowiącego przedmiot nakłaniania. Nie rodzi sporów możliwość

⁶³ W. Wolter, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 34 – 35.

⁶⁴ Jako że prowokacja i podżeganie dzielą wspólne znamię czasownikowe, uwagi dotyczące elementu „nakłaniania” odnoszą się również do przestępstwa stypizowanego częściowo w art. 18 § 2 k.k.

podżegania do przestępstw indywidualnych, gdyż wykonanie znamienia czasownikowego tego przestępstwa odnosi się do konkretnego zachowania sprawczego, a nie osoby ponoszącej odpowiedzialność karną. Adresatem nakłaniania będzie jeden, najczęściej znany sprawcy podmiot⁶⁵, o czym świadczy znamię „inną osobę”. Zaproponowaną wykładnię wspiera również to, że prowokator działa w celu skierowania przeciwko tej osobie postępowania karnego („przeciwko niej”). Warto mieć na uwadze, iż gdyby sprawca swoim zachowaniem odnosił się do grupy osób mógłby odpowiadać za przestępstwa z rozdziału XXXII Kodeksu karnego, tj. publiczne nawoływanie do popełnienia występku lub przestępstwa skarbowego na podstawie art. 255 § 1 k.k. bądź publiczne nawoływanie do popełnienia zbrodni opisane w art. 255 § 2 k.k. Oba występkę chronią dobro prawne w postaci porządku publicznego, a ustawowe zagrożenie karą uregulowano swoiście, bez odwołania do granic ustanowionych w przepisie penalizującym występki, przestępstwo skarbowe czy zbrodnie⁶⁶. Można domniemywać, że granice karalności są uzasadnione niższym stopniem społecznej szkodliwości czynu *in abstracto*, gdyż „nawoływanie” cechuje się mniejszą intensywnością oddziaływania i trudno uznać, by było nienacechowane emocjonalnym stosunkiem sprawcy do czynu. Ponadto komunikat kierowany do grupy nie niesie za sobą takiego zagrożenia jak oddziaływanie podżegacza skierowane na osobę podżeganego, stanowiąc raczej wyraz niezadowolenia sprawcy z otaczającej go rzeczywistości aniżeli impuls do popełnienia przestępstwa bądź przestępstwa skarbowego.

Wbrew pojawiającym się w doktrynie poglądom⁶⁷, w ustawie nie zawarto zastrzeżenia, by „nakłanianie” następowało za pomocą słów kierowanych przez prowokatora do prowokowanego, chociaż pierwszym skojarzeniem jest kierowanie werbalnego komunikatu do drugiej osoby. Podobnych ograniczeń co do sposobu realizacji znamion nie zawarto w innych typach – ważne by adresat normy prawnej nie podejmował zachowań sprzecznych z jej treścią bądź podejmował aktywność w pożądanym kierunku. W opisie typu nierzadko są zawarte statyczne okoliczności modalne występujące w chwili wypełniania znamion przedmiotowych czynu (np. „szczególne okrucieństwo” wyrażone w art. 148 § 2 k.k., „osoba pełniąca funkcję publiczną” w art. 229 § 1 k.k.) wpływające na intensywność

⁶⁵ Krytycznie o podżeganiu nieznanego osoby P. Kardas, *Podżeganie i pomocnictwo <<ad incertam personam>>*. Uwagi o warunku indywidualizacji (oznaczoności) osoby bezpośredniego wykonawcy, [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Koloquium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2007, s. 120 – 148.

⁶⁶ Sprawca popełniający występki z art. 255 § 1 k.k. podlega grzywnie, karze ograniczenia wolności albo pozbawienia wolności do lat 2, zaś sprawca przestępstwa z art. 255 § 2 k.k. podlega karze pozbawienia wolności do lat 3.

⁶⁷ K. Burdziak, *Prowokacja. Analiza prawokarna*, Poznań 2018, s. 87 – 88.

postępowania bądź szczególne przymioty nośnika atakowanego dobra. Znamiona służą odróżnieniu typów zmodyfikowanych od zasadniczych, warunkując surowszą bądź łagodniejszą odpowiedzialność karną, zarówno dla przypisania sprawstwa zarzucanego czynu oraz wartościowania na poziomie wymiaru kary.

Niesporna pozostaje dopuszczalność „nakłaniania” inaczej niż w formie komunikatów słownych, także poprzez wysyłanie wiadomości niewerbalnych, takich jak gest lub list. Rozstrzygające będzie to, by treść wiadomości doszła do odbiorcy, ale również była dla niego zrozumiała. Ważne jest poczynienie przez organ procesowy ustaleń o relacjach łączących nakłaniającego i nakłanianego, szczególnie metod ich komunikacji. Gdyby adresat nie uzyskał sygnału dotyczącego popełnienia czynu zabronionego od prowokatora, należałoby rozważyć odpowiedzialność karna za usiłowanie prowokacji, przy spełnieniu przesłanek określonych w art. 13 § 1 lub 2 k.k. Przejawem niewerbalnego sposobu nakłaniania może być stworzenie warunków lub powzięcie czynności sprzyjających wykonaniu czynu przez prowokowanego, których rozeznanie zmotywuje go do powzięcia przestępnej decyzji, gdyż utwierdzenie innej osoby w zamiarze popełnienia przestępstwa stanowi tzw. pomocnictwo psychiczne, o którym mowa art. 18 § 3 k.k. Przykładowo można podać położenie łapówki na biurku funkcjonariusza publicznego, po to by przyjął tę korzyść majątkową czy umieszczenie cennej rzeczy w miejscu dostępnym dla sprawcy bezpośredniego celem zaboru.

1.4.2. Znamię „nakłania”

Wybrane słowniki języka polskiego zawierają niedokonaną („nakłaniać”) i dokonaną („nakłonić”) formę analizowanego czasownika, której nadano następujące znaczenia:

- nakłonić – nakłaniać – wpłynąć (wpływać) na czyjąś decyzję, namówić (namawiać), przekonać (przekonywać), zachęcić (zachęcać), skłonić (skłaniać)⁶⁸
- nakłonić – nakłaniać: 1. nagiąć, nachylić, przywieść = skłonić, naprowadzić, sprowadzić, zniewolić, namówić; 2. ku czemu = skłonić, przychylić⁶⁹

⁶⁸ *Uniwersalny słownik języka polskiego*, red. S. Dubisz, tom 2, Warszawa 2003, s. 800. Tak również, [w:] *Wielki słownik języka polskiego PWN <<h-n>>*, red. S. Dubisz, Warszawa 2018, s. 1044.

⁶⁹ *Słownik języka polskiego*, zeszyt 14, red. J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiecki, Warszawa 1902, s. 84.

- nakłaniać – nakłonić: naginać, nachylać, zniewalać, namawiać⁷⁰
- nakłaniać – nakłonić: namawiać kogoś do zrobienia czegoś, podjęcia jakiejś decyzji, dokonania wyboru itp.; skłaniać, zachęcać, przekonywać⁷¹.

Z kolei słowa bliskoznaczne do namawiać to:

1. nakłaniać, przekonywać, skłaniać, zachęcać,
2. kusić, nęcić, pchać, podjudzać, podżegać, popychać,
3. agitować, argumentować, perswadować⁷². W języku polskim można namawiać *kogoś do czegoś*, tzn. nakłaniać, kusić, zachęcać, agitować, rozwijać agitację, akcję agitatorską, prowadzić agitację, popularyzować propagować, lansować, reklamować, promować⁷³. Nakłaniać to także namawiać, przekonywać, skłaniać, kusić, agitować⁷⁴.

Z perspektywy prawa karnego najistotniejsze okazują się znaczenia wyrazów o pejoratywnym zabarwieniu, które dotyczą oddziaływania na konkretną osobę, zaś agitacja, popularyzacja, lansowanie, propagowanie, reklamowanie i promowanie odnoszą się do wielu, bliżej nieokreślonych osób. Wobec tego, „namawiać (namówić)” oznacza:

- namową skłonić kogoś do czegoś, podmówić, nakłonić⁷⁵,
- wpłynąć (wplywać) słowami na czyjąś decyzję, nakłonić (nakłaniać), zachęcić (zachęcać) kogoś do czegoś, przekonać (przekonywać), skłonić (skłaniać)⁷⁶,
- nakłaniać kogoś do zrobienia czegoś, dokonania jakiegoś wyboru itp., słownie wpływać na czyjeś decyzje⁷⁷.

Pozostałe wyrażenia bliskoznaczne słowu „nakłaniać” mają następujące konotacje językowe:

⁷⁰ *Słownik Ilustrowany języka polskiego*, wyd. 3, Warszawa 1929, s. 383.

⁷¹ *Słownik współczesnego języka polskiego. Tom 1 <<a – ówdzie>>*, red. E. Altman – Nagiel i in., Warszawa 1998, s. 557.

⁷² P. Żmigrodzki, *Słownik wyrazów bliskoznacznych*, Warszawa 2001, s. 216.

⁷³ *Słownik wyrazów bliskoznacznych*, red. D. Ludwiczak, A. Piskadłowa, E. Tarka – Huczek, Warszawa 2004, s. 113.

⁷⁴ W. Cienkowski, *Praktyczny słownik wyrazów bliskoznacznych*, Warszawa 2006, s. 146.

⁷⁵ *Słownik Ilustrowany języka polskiego*, wyd. 3, Warszawa 1929, s. 385.

⁷⁶ *Wielki słownik języka polskiego PWN <<h-n>>*, red. S. Dubisz, Warszawa 2018, s. 1058.

⁷⁷ *Słownik współczesnego języka polskiego. Tom 1 <<a – ówdzie>>*, red. E. Altman – Nagiel i in., Warszawa 1998, s. 560.

- ▶ nęcić:
 - wabić, manić, pociągać, kusić⁷⁸,
 - działać przyciągająco, pociągająco, zachęcać do czegoś; wabić, ma-
mić, kusić⁷⁹,
 - wabić, przywabiać, pociągać⁸⁰,
 - działać przyciągająco, wzbudzać silne zainteresowanie swoją atrak-
cyjnością, nakłaniać, zachęcać do czegoś przez wywarcie na nim in-
trygującego wrażenia, kusić, wabić, pociągać⁸¹;
- ▶ pchać:
 - pobudzać, zapalać, podburzać, np. do zemsty, do czynu⁸²,
 - skłonić (skłaniać) do czegoś, zmusić (zmuszać) do czegoś⁸³,
 - popychać, pobudzać⁸⁴,
 - pobudzać, skłaniać kogoś do czegoś⁸⁵;
- ▶ podjudzać (podjudzić):
 - pobudzać, podpuszczać, podburzać, podbuntowywać, podmawiać
do czegoś złego⁸⁶,
 - namówić (namawiać) do złych czynów, wzbudzić (wzbudzać) w kimś
gniew, złość; podburzyć (podburzać), podbuntować (podbuntowywać),
nabuntować (nabuntowywać); podżęgać, poduszczyć (poduszczać)⁸⁷,
 - judząc, zachęcając kogoś do zrobienia czegoś złego lub wystąpienia
przeciw komuś; podbuntowywać, podburzać⁸⁸
 - poduszczyć, podszczuć, podżęgnąć, podjurzyć, podmówić do czego
złego⁸⁹;

⁷⁸ *Słownik Ilustrowany języka polskiego*, wyd. 3, Warszawa 1929, s. 397.

⁷⁹ *Wielki słownik języka polskiego PWN <<h-n>>*, red. S. Dubisz, Warszawa 2018, s. 1142.

⁸⁰ *Słownik języka polskiego*, zeszyt 14, red. J. Karłowicz, A. Kryński, W. Niedźwiecki, Warszawa 1902, s. 246.

⁸¹ *Słownik współczesnego języka polskiego. Tom 1 <<a – ówdzie>>*, red. E. Altman – Nagiel i in., Warszawa 1998, s. 581.

⁸² *Słownik Ilustrowany języka polskiego*, wyd. 3, Warszawa 1929, s. 510.

⁸³ *Wielki słownik języka polskiego PWN <<o-q>>*, red. S. Dubisz, Warszawa 2018, s. 422.

⁸⁴ *Słownik języka polskiego. Tom IV P - Prożyszcze*, red. A. Kryński, W. Niedźwiedzki, Warszawa 1908, s. 100.

⁸⁵ *Słownik współczesnego języka polskiego. Tom 2 <<p – żyzny>>*, red. E. Altman – Nagiel i in., Warszawa 1998, s. 26.

⁸⁶ *Słownik Ilustrowany języka polskiego*, wyd. 3, Warszawa 1929, s. 554.

⁸⁷ *Wielki słownik języka polskiego PWN <<o-q>>*, red. S. Dubisz, Warszawa 2018, s. 579.

⁸⁸ *Słownik współczesnego języka polskiego. Tom 2 <<p – żyzny>>*, red. E. Altman – Nagiel i in., Warszawa 1998, s. 70.

⁸⁹ *Słownik języka polskiego. Tom IV P - Prożyszcze*, red. A. Kryński, W. Niedźwiedzki, Warszawa 1908, s. 360.

- ▶ podzegać:
 - pobudzać, poduszczać, podbuntowywać, podburzać, podmawiać, skłaniać do czegoś złego⁹⁰,
 - poduszczyć, podjuszyć, podjudzić, zagrzać, zapalić, podniecić, podbuntować, podburzyć, podbechtać, podkusić⁹¹
 - wzbudzać w kimś nienawiść do kogoś, namawiać kogoś do zrobienia czegoś złego, do wystąpienia przeciw komuś; podburzać, podjudzać, podpuszczać⁹²,
 - wzniecać w kimś wrogię uczucie wobec kogoś lub czegoś; namawiać do popełnienia przestępstwa⁹³;
- ▶ popychać (popchnąć)
 - skłaniać, zniewalać, namawiać⁹⁴,
 - skłonić (skłaniać), zmusić (zmuszać) kogoś do jakiegoś działania, do zrobienia czegoś⁹⁵,
 - pobudzić, skłonić, zniewolić, pokusić, zachęcić, skorcić, zagnęć, przynaglić, zmusić⁹⁶,
 - skłaniać, namawiać, zmuszać do czegoś⁹⁷;
- ▶ przekonywać (przekonać)
 - dowodząc słuszności, prawdziwości czegoś, zmienić (zmieniać) czyjś stosunek do czegoś lub do kogoś, spowodować (powodować), ze ktoś nabrał (nabiera) pewności, że coś jest prawdziwe lub słuszne⁹⁸,
 - dowodząc słuszności czegoś, zmieniać czyjś stosunek do kogoś lub czegoś⁹⁹

⁹⁰ *Słownik Ilustrowany języka polskiego*, wyd. 3, Warszawa 1929, s. 568.

⁹¹ *Słownik języka polskiego. Tom IV P - Prożyszcze*, red. A. Kryński, W. Niedźwiedzki, Warszawa 1908, s. 449.

⁹² *Wielki słownik języka polskiego PWN <<o-q>>*, red. S. Dubisz, Warszawa 2018, s. 625.

⁹³ *Słownik współczesnego języka polskiego. Tom 2 <<p - żyzny>>*, red. E. Altman – Nagiel i in., Warszawa 1998, s. 81.

⁹⁴ *Słownik Ilustrowany języka polskiego*, wyd. 3, Warszawa 1929, s. 592..

⁹⁵ *Wielki słownik języka polskiego PWN <<o-q>>*, red. S. Dubisz, Warszawa 2018, s. 720.

⁹⁶ *Słownik języka polskiego. Tom IV P - Prożyszcze*, red. A. Kryński, W. Niedźwiedzki, Warszawa 1908, s. 643.

⁹⁷ *Słownik współczesnego języka polskiego. Tom 2 <<p - żyzny>>*, red. E. Altman – Nagiel i in., Warszawa 1998, s. 105.

⁹⁸ *Wielki słownik języka polskiego PWN <<h-n>>*, red. S. Dubisz, Warszawa 2018, s. 1055.

⁹⁹ *Słownik współczesnego języka polskiego. Tom 2 <<p - żyzny>>*, red. E. Altman – Nagiel i in., Warszawa 1998, s. 175.

- ▶ skłaniać (skłonić):
 - wpłynąć (wplywać) na czyjąś decyzję, na czyjs wybór; namówić (namawiać), przekonać (przekonywać), nakłonić (nakłaniać), zachęcić (zachęcać)¹⁰⁰,
 - nakłonić, pociągnąć, zniewolić, znaglić, zmusić, nagiąć, namówić; zjednać, ująć, zrobić przychylnym¹⁰¹,
 - wywierać na kogoś nacisk, zmuszając go lub zachęcając do czegoś; namawiać, nakłaniać, zachęcać do czegoś¹⁰²;
- ▶ zachęcać (zachęcić):
 - wzbudzić (wzbudzać) w kimś chęć, ochotę na coś, dać (dawać) impuls do czegoś¹⁰³,
 - wzbudzić w kimś chęć, dodać ochoty, zagrzać, pobudzić, ośmielić, nakłonić, dodać serca, odwagi¹⁰⁴,
 - rozbudzić w kimś ochotę na coś, chęć do czegoś; nastawić kogoś do czegoś pozytywnie¹⁰⁵.

Analizując zagadnienie od strony semantycznej należy wywieść dwa wnioski. Po pierwsze, ujęcie znamienia czasownikowego z art. 24 k.k. nie przesądza o bezskutkowym lub skutkowym charakterze prowokacji. W kodeksie opisano znamiona czynności wykonawczej w trzeciej formie liczby pojedynczej czasu teraźniejszego, przykładowo (on/ona) „zabija”, „powoduje”, „wpływa”, „zeznaje”, „zabiera”, „doprowadza”. Ponadto w ustawie karnej znajdują się przepisy wskazujące następstwo czynu sprawcy, choćby w art. 155 k.k., art. 156 § 1 lub 2 k.k., art. 160 § 1 k.k. bądź art. 190 § 1 k.k. W innych przypadkach, niezawierających w opisie znamion przestępnego rezultatu, prawidłowe zakwalifikowanie typu uzależnia się od stwierdzenia, czy karalność dotyczy wyłącznie zachowania niemieszczącego się w granicach normy albo czy dla przypisania popełnienia czynu zabronionego wymagane jest ustalenie dodatkowych okoliczności, zwłaszcza powstania oderwanego od zachowania wykonawcy skutku. Pomocnym zabiegiem językowym okazuje się odmiana znamienia czasownikowego w czasie przeszłym, prowadząca zazwyczaj do kwalifikacji typu jako formalnego, np. „znęca” –

¹⁰⁰ *Wielki słownik języka polskiego PWN <<r-t>>*, red. S. Dubisz, Warszawa 2018, s. 391.

¹⁰¹ *Słownik języka polskiego. Tom V S - Ś*, red. W. Niedźwiedzki, Warszawa 1915, s. 150.

¹⁰² *Słownik współczesnego języka polskiego. Tom 2 <<p - żyzny>>*, red. E. Altman – Nagiel i in., Warszawa 1998, s. 316.

¹⁰³ *Wielki słownik języka polskiego PWN <<s-z>>*, red. S. Dubisz, Warszawa 2018, s. 609.

¹⁰⁴ *Słownik języka polskiego. Zeszyt 45*, red. W. Niedźwiedzki, Warszawa 1928, s. 34.

¹⁰⁵ *Słownik współczesnego języka polskiego. Tom 2 <<p - żyzny>>*, red. E. Altman – Nagiel i in., Warszawa 1998, s. 596.

„znęcał” w art. 207 § 1 i 2 k.k.¹⁰⁶, „prowadzi – prowadził” w art. 117 § 1 k.k.¹⁰⁷, „nawołuje” – „nawoływał”¹⁰⁸.

Trzeba zaznaczyć, że wykorzystanie tej metody wykładni nie będzie wystarczające. Niektóre czasowniki posiadają zarówno formy dokonane, jak i niedokonane, chociażby „doprowadza” – „doprowadzał” lub „doprowadził”, „powoduje” – „powodował” lub „spowodował”, „zeznaje” – „zeznał” lub „zeznawał”. Do wskazanej kategorii zalicza się słowo „nakłania”, polegające na „nakłanianiu” albo „nakłonieniu” kogoś do dokonania czynu zabronionego¹⁰⁹, zaś brzmienie przepisu nie przesądza jeszcze o charakterze przestępstwa. Warto nadmienić, iż pojawiła się koncepcja o domniemaniu skutkowego charakteru typu¹¹⁰, której zastosowanie w tym przypadku przecinałoby spór. Akceptacja wspomnianego stanowiska umożliwi na zgodne z zasadą proporcjonalności kształtowanie karalności, jednakże na polu form niesprawczych okazuje się nieprzydatna. Z brzmienia art. 18 § 2 k.k. nie wynika jednoznacznie skutek nakłaniania, gdyż ewentualnym następstwem działania podżegacza miałyby być wywołanie zamiaru dokonania czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego, przystąpienie przez niego do realizacji znamion czy nawet dokonanie przestępstwa. Dotychczas przyjmowane kryteria odpowiedzialności za podżeganie nie mają przecież podstaw ustawowych, lecz wynikają z dorobku orzecznictwa i doktryny, co też daje większą swobodę interpretacyjną.

Po wtóre, brzmienie czasownika „nakłaniać” świadczy o stronie podmiotowej typu. Nakłaniający działa intencjonalnie, dążąc do tego, aby nakłaniany postępował zgodnie z jego zamysłem. Czasownik „nakłaniać” wiąże się z negatywnym nastawieniem podżegacza, często uparcie sterującym procesami decyzyjnymi drugiej osoby. Dla porównania, w niektórych przepisach typizujących wskazuje się szczególnie zabarwiony stosunek psychiczny sprawcy do czynu, wyrażony poprzez użycie takich czasowników jak „znęca” w art. 207 § 1 k.k., „znieważa” w art. 196 k.k. lub „wdziera się” w art. 193 k.k., ograniczającymi karalność do zachowań popełnionych wyłącznie z zamiarem bezpośrednim. Trudno uznać,

¹⁰⁶ Przy czym przestępstwo z art. 207 § 3 k.k. jest znamienne skutkiem. Zob. J. Jodłowski, M. Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117 – 211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, s. 860.

¹⁰⁷ M. Szewczyk, M. Rams, *ibidem*, s. 42.

¹⁰⁸ Z. Cwiąkański, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 212 – 277d*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, s. 511.

¹⁰⁹ Podobnie D. Tokarczyk, *Podżeganie w polskim prawie karnym. Studium z zakresu teorii i praktyki prawa karnego*, Warszawa 2017, s. 257.

¹¹⁰ Taki pogląd, niepozbawiony racji zdaje się wyrażać SN w uchwale 7 sędziów z dnia 21 października 2003 r., sygn. I KZP 11/03, OSNKW 2003/11-12/89.

by „nakłanianie” do dokonania czynu zabronionego następowało „dla żartów”, a zachowanie sprawcy niewykonawczego stanowiło jedynie sugestią lub propozycję popełnienia czynu zabronionego, niepodlegającą karnoprawnemu wartościowaniu. Jeśli prowokator nakłania prowokowanego do określonego zachowania, ze swej istoty chce, by ono nastąpiło albo przynajmniej sprawca bezpośredni rozpoczął czynność wykonawczą ujętą w znamieniu czasownikowym – niekonięcznie powodującą zmiany w świecie zewnętrznym, o czym świadczy użyte w art. 24 k.k. znamie „popełnienia czynu zabronionego” zamiast „dokonania czynu zabronionego”, o którym mowa w art. 18 § 2 k.k.¹¹¹ Zawężenie penalizacji podżegania do czynów wykonanych jedynie w zamiarze bezpośrednim („chcąc aby dokonała czynu zabronionego”) wydaje się zbędne, skoro element strony podmiotowej wynika z interpretacji ujętego zrębowo art. 18 § 2 k.k.

1.4.3. Skutkowy lub formalny charakter prowokacji

Na przestrzeni lat pojawił się spór o skutkowy lub bezskutkowy charakter podżegania. Rozstrzygnięcie problemu ma zasadnicze znaczenie praktyczne, przede wszystkim stanowi podstawę przypisania sprawcy popełnienia czynu w formie stadialnej usiłowania bądź dokonania, dalej wpływając wymiar kary oraz inne konsekwencje popełnienia przestępstwa, choćby początek biegu terminu przedawnienia liczony od chwili nastąpienia skutku przy przestępstwach materialnych (arg. z art. 101 § 3 k.k.). Nie budzi wątpliwości, że rozstrzygając tę kwestię, w pierwszej kolejności powinno się opierać na regułach wykładni językowej, jednak nawiązywanie do argumentów systemowych może być pomocne dla korygowania nieścisłości ustawowych.

W świetle pierwszego nurtu, podżeganie to formalny typ czynu zabronionego, popełniony w momencie nakłaniania. Uzasadnienia najmniej korzystnej dla sprawcy, bowiem poszerzającej karalność interpretacji przepisu, doszukiwano się w abstrakcyjnym zagrożeniu zachowania sprawczego dla dóbr prawnych. Podkreślano, iż działanie podżegacza inicjuje popełnienie przestępstwa przez podżeganego, zaś bez aktywności sprawcy niewykonawczego nie doszłoby do wypełniającego znamiona czynu zabronionego zachowania wykonawcy¹¹². Podnoszono argumenty nawiązujące do struktury norm prawnych oraz konstrukcji typu. Twierdzono, iż wypełnienie znamion podżegania wiąże się z przekroczeniem właściwej dla niego normy prawnej, zaś nie będzie konieczne, by naruszenie

¹¹¹ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 128.

¹¹² Tak w szczególności A. Zoll, *Sprawstwo bez wykonania czynu zabronionego*, RPEiS nr 2/2009, s. 175.

zakazu przez podżegacza było uwarunkowane nieposzanowaniem innej normy prawnej przez sprawcę bezpośredniego¹¹³. Ponadto wskazywano, że zmiany w psychice człowieka stanowiącej rezultat działania sprawcy nie sposób oddzielić od zachowania sprawczego¹¹⁴, zachowanie sprawcy nie powoduje zagrożenia dla dobra prawnego stanowiącego istotę przestępstwa materialnego¹¹⁵, jak również uzasadnienia formalnego charakteru podżegania doszukiwano się w treści art. 22 k.k.¹¹⁶

W piśmiennictwie pojawił się pogląd, by za skutek podżegania uznawać dokonanie czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego, a nakłanianie do dokonania czynu zabronionego miało mieć charakter przestępstwa formalnego¹¹⁷. Powyższemu przeciwstawiono koncepcje o materialnym charakterze podżegania, chociaż różniące się w określeniu momentu wystąpienia następstwa czynności nakłaniania. Według pierwszego, niezbędny warunek pociągnięcia sprawcy niewykonawczego do odpowiedzialności karnej stanowi wypełnienie wszystkich znamion czynu zabronionego objętego nakłanianiem przez podżeganego. Wspomniana myśl, w istocie zakładająca akcesoryjność odpowiedzialności nakłaniającego nie przystaje do brzmienia art. 18 § 2 k.k., gdyż dokonanie przestępstwa przez sprawcę bezpośredniego nie należy do zespołu znamion podżegania, a aktywność podżegacza kończy się na wypełnianiu znamienia „nakłania”. Sposób odczytania przepisu wysunięty przez A. Wąska¹¹⁸ jest z pewnością najkorzystniejszy dla sprawcy i najlepiej ukazuje sens funkcji ochronnej prawa karnego, lecz stoi w sprzeczności z treścią przepisów. Kolejna, wykorzystywana w judykaturze¹¹⁹, propozycja interpretacji art. 18 § 2 k.k., opiera się na twierdzeniu, że podżeganie następuje wtedy, gdy u sprawcy bezpośredniego zostanie wywołana decyzja

¹¹³ Tak zdaje się twierdzić Ł. Pohl, *Prawo karne. Wykład części ogólnej*, Warszawa 2019, s. 202 - 204.

¹¹⁴ E. Hryniewicz, *Skutek w prawie karnym*, Prok. i Pr. nr 7 – 8/2013, s. 118 i n.

¹¹⁵ Na ten aspekt zwraca uwagę G. Cichońska, *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r., sygn. I KZP 11/03*, Prok. i Pr. na 4/2006, s. 176 - 177.

¹¹⁶ Tak A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie*, PiP nr 6/2000, s. 59.

¹¹⁷ R. Dębski, *O teoretycznych podstawach regulacji współdziałania przestępczego w kodeksie karnym z 1997 r.*, St. Prawn. – Ekonom. nr 58/1998, s. 124.

¹¹⁸ Na gruncie k.k. z 1969 r. twierdził tak A. Wąsek, *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkadzanie przestępstwu*, Warszawa 1974, s. 40 - 43.

¹¹⁹ W najnowszym orzecznictwie akceptuje się skutkowy charakter podżegania o czym świadczą przykładowo następujące orzeczenia – wyrok SA w Katowicach z dnia 7 kwietnia 2016 r., sygn. II AKa 60/16, LEX nr 2044311; wyrok SA w Katowicach z dnia 4 listopada 2015 r. w sprawie o sygn. II AKa 81/15; wyrok SA w Szczecinie z dnia 4 kwietnia 2019 r., sygn. II AKa 10/19, LEX nr 2719371.

realizacji czynności sprawczej czynu zabronionego, do którego był nakłoniony¹²⁰. Obie koncepcje łączy myśl, że podżegacz odpowiada za faktycznie wykonany czyn, zaś powstanie po stronie podżeganego zamiaru podjęcia odmiennego zachowania to eksces wykonawcy, nie wpływający na odpowiedzialność sprawcy niebezpośredniego.

Bardziej przekonująca wydaje się argumentacja o skutkowości podżegania, ponieważ nakłanianie drugiego człowieka, nawet do realizacji znamion poważnego czynu zabronionego, nie stanowi jeszcze zagrożenia dla dobra chronionego przepisem typizującym. Nie bez znaczenia pozostaje, iż potencjalne niebezpieczeństwo rodzi się dopiero z chwilą powzięcia przez sprawcę bezpośredniego zamiaru o wcieleniu przestępczego planu w życie, niekaralnego zgodnie z zasadą *cogitationis poenam nemo patitur*. W istocie potencjalne zagrożenie ziszcza się wtedy, gdy wykonawca przystąpi do realizacji znamienia czasownikowego, co nosi cechy przygotowania (jeśli jest karalne – arg. z art. 16 § 2 k.k.) lub usiłowania. Popierając tezę o materialnej właściwości podżegania, jego niebezpieczeństwa należałoby upatrywać nie tyle dla dobra prawnego opisanego w przepisie części szczególnej kodeksu, które w ogóle nie musi zostać zaatakowane przez sprawcę bezpośredniego, lecz w oddziaływaniu na jego procesy decyzyjne. Prowokator (podżegacz) zawsze narusza wolność psychiczną nakłanianego, w istocie czyniąc prowokowanego (podżeganego) pokrzywdzonym przestępstwem w myśl art. 49 § 1 k.p.k. Ukazanie tych aspektów problemu prowadziło do zakwalifikowania podżegania jako odrębnego typu przeciwko wolności umieszczonego w rozdziale XXIII k.k., a na gruncie procesowym przyznania przymiotu pokrzywdzonego sprawcy bezpośredniemu.

Z drugiej strony podany przykład pokazuje paradoks, gdyż dopuszcza się pociągnięcie nakłaniającego do odpowiedzialności w granicach ustawowego zagrożenia przewidzianego za sprawstwo za zachowanie na przedpolu popełnienia czynu zabronionego przez wykonawcę, jak również wtedy gdy nakłaniany nie przystąpi do jego realizacji. Trudno uzasadnić szeroki zakres karalności za podżeganie, zwłaszcza gdy porówna się je do postaci stadialnych, chociażby przygotowania opisanego w art. 16 § 1 k.k., które zachodzi tylko wtedy, gdy sprawca w celu popełnienia czynu zabronionego **podejmuje czynności mające stworzyć**

¹²⁰ Aprobująco o skutkowym charakterze podżegania na kanwie uchwały siedmiu Sędziów SN, sygn. I KZP 11/03 m.in. P. Kuziak, *Usiłowanie podżegania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r. I KZP11/03*, CzPKiNP nr 1/2005, s. 160 i n.; M. Ćwikło – Sikora, *Głosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2003 r.*, CzPKiNP nr 2/2004, s. 179 i n. Analizując art. 22 § 2 k.k. podobnie wypowiedział się M. Bielski, *Zasady wymiaru kary za podżeganie i pomocnictwo*, CzPKiNP nr 2/2006, s. 39 i n.

warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania (podkr. M.G.), w szczególności w tymże celu wchodzi w porozumienie z inną osobą, uzyskuje lub przysposabia środki, zbiera informacje lub sporządza plan działania. Nakłanianie innej osoby do dokonania/popełnienia czynu zabronionego nie tworzy jeszcze warunków do wypełnienia jego elementów. Ponadto karalność przygotowania, inaczej niż prowokacji (podżegania), ogranicza się do wypadków wyraźnie wskazanych w ustawie (arg. z art. 16 § 2 k.k.).

Należy odwołać się jeszcze do kodeksowych unormowań uzależniających odpowiedzialność sprawcy od czynników stojących po stronie innych osób. Określony skutek naruszenia norm prawnych jest najczęściej dostrzegalny, choćby śmierć człowieka, uszczerbek na zdrowiu, bezprawne przeniesienie prawa majątkowego. Z kolei rezultat działania podżegacza (prowokatora) dotyka sfery niematerialnej. Oczywiście dopuszcza się karalność zachowań powodujących skutki w psychice pokrzywdzonego, czego przykładem jest występki z art. 190 § 1 k.k. Jednakże przypisanie popełnienia czynu zabronionego zależy od kryteriów obiektywno – subiektywnych, tj. stwierdzeniu, że modelowy obywatel znajdujący się w sytuacji pokrzywdzonego poczułby się zagrożony zachowaniem sprawcy¹²¹.

Ponadto warto wskazać, iż na podstawie rozszerzającej podmiotowo zakres karalności klauzuli z art. 21 § 2 k.k. *ekstraneus* ponosi prawnokarne konsekwencje za popełnienie przestępstwa indywidualnego właściwego lub niewłaściwego we współdziałaniu z inną osobą. W myśl przepisu, „jeżeli okoliczność osobista dotycząca sprawcy, wpływająca chociażby tylko na wyższą karalność, **stanowi znamię czynu zabronionego (podkr. M.G.),** współdziałający podlega odpowiedzialności karnej przewidzianej za ten czyn zabroniony, **gdy o tej okoliczności wiedział, chociażby go nie dotyczyła (podkr. M.G.)**”. Dobry przykład ilustrujący tę problematykę stanowi wariant wypełnienia znamion czynu zabronionego w typie indywidualnym przez *inraneusa* o cesze indywidualizującej, dookreślającej znamię podmiotu zdolnego do popełnienia przestępstwa („funkcjonariusz publiczny”) wspólnie z *ekstraneusem*. Odpowiedzialność karna *inraneusa* bądź *ekstraneusa* popełniającego przestępstwo indywidualne pomimo uzyskania wiedzy o przesłance kwalifikującej jest oczywista, jednakże niewiedza o szczególnej okoliczności prowadzi do różnych konsekwencji – uwalnia *ekstraneusa* od odpowiedzialności karnej za przestępstwo indywidualne właściwe lub prowadzi do poniesienia

¹²¹ Tak SN w wyrokach z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. V KK 372/16, OSNKW 2017/9/51 oraz z dnia 29 marca 2017 r., sygn. IV KK 213/16, LEX nr 2566561.

odpowiedzialności na podstawie łagodniejszego przepisu, za przestępstwo w typie podstawowym.

Z perspektywy granic odpowiedzialności za prowokację bardziej interesującą będzie odwołanie do zasad obiektywnego przypisania, wartościowanych na poziomie empirycznym i normatywnym. Dokonanie przestępstwa materialnego z działania jest uwarunkowane obiektywną przewidywalnością wystąpienia konkretnej, oderwanej od bezprawnego zachowania zmiany w świecie zewnętrznym. Ustalając tę okoliczność zwykło się odwoływać do konstrukcji tzw. modelowego obywatela - przeciętnie wykształconej, dorosłej i zdolnej do pojmowania przedsiębranego działania osoby, posiadającej w chwili realizacji znamion przedmiotowych czynu tożsamą co sprawca wiedzę o istotnych dla wystąpienia skutku faktach¹²². Wypełniając znamiona przedmiotowe czynu zabronionego nie trzeba uświadamiać sobie dokładnie drogi prowadzącej do powstania skutku, a wystarczające będzie przewidzenie, że zainicjowane zachowanie prawdopodobnie wywoła niepożądany rezultat¹²³. Warto zwrócić uwagę, że na płaszczyźnie empirycznej pomiędzy wywołaniem zamiaru dokonania czynu zabronionego a nakłanianiem istnieje prosty i jednoelementowy przekaz informacyjny. Wobec tego, wymaga się od sprawcy przewidzenia całokształtu przebiegu prowadzącego do zaistnienia następstwa działania.

Przywołane kryteria dotyczące przestępstw powodujących fizyczną zmianę w świecie zewnętrznym nie w pełni przystają do relacji podżegacza względem podżeganego. Trudno wymagać od „modelowego” sprawcy niewykonawczego znajomości psychologicznych cech wykonawcy i jego reakcji na nakłanianie. Uzależnienie odpowiedzialności karnej za czyn zabroniony od trudnych do rozpoznania przyczyn jest w moim przekonaniu dalece kontrowersyjne. Nie sposób pominąć, że odporność podżeganych na sugestie czy ich predyspozycje psychiczne są różne, zaś osoba bardziej podatna na czynniki zewnętrzne łatwiej podejmie przestępną decyzję. W konsekwencji zakres odpowiedzialności sprawcy uzależnia się nie od jego zachowania, lecz nierozpoznawalnych obiektywnie właściwości przedmiotu oddziaływania. Nie przekonują argumenty, że sprawca przestępstwa materialnego nie przewiduje, czy określony w ustawie skutek przestępny zostanie osiągnięty. Na poziomie przypisania znamion przedmiotowych czynu zabronionego istotne

¹²² Szerzej M. Rodzynekiewicz, *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998, s. 116 – 121 oraz J. Giezek, *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994, s. 80 – 85. W nowszej literaturze powyższy „wzorzec optymalizacyjny” o kryteria społecznych oczekiwań wzbogaca K. Lipiński, *O dwóch odmianach wzorców osobowych w prawie karnym*, RPEiS nr 2/2018, s. 69 – 70.

¹²³ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 201 – 202.

są bowiem przesłanki obiektywne, odnoszące się właśnie do zasobu wiedzy modelowego obywatela. Przeciętnie wykształcony człowiek - a do takiego wzorca odnosi się ustalenia popełnienia czynu zabronionego na płaszczyźnie elementów przedmiotowych - znający prawa fizyki z powodzeniem przewiduje następstwa przedsięwziętego zachowania. W przypadku sfery psychologicznej jest to zdecydowanie bardziej utrudnione.

Prowadzony wywód sugeruje, by faktu wypełnienia znamienia „nakłania” nie oceniać na podstawie ściśle obiektywnych kryteriów, ale mieszanych zbliżonych do stosowanych przy kierowaniu gróźb karalnych. Należałoby odpowiedzieć na pytanie, czy przeciętny człowiek („modelowy obywatel”) dałby opór naciskowi i nie powziął decyzji bezprawnego zachowania, co na płaszczyźnie struktury przestępstwa kojarzy się raczej z przypisaniem winy niż realizacji elementów przedmiotowych typu. Przeciwno tej propozycji wysuwa się poważny argument, dopuszczający odpowiedzialność sprawcy za skutek hipotetyczny, lecz nie rzeczywisty. Jednakże jakiegokolwiek wątpliwości związane z wartościowaniem czynu sprawcy należy interpretować na jego korzyść, poprzestając na przypisaniu podżegania w formie udolnego usiłowania.

1.4.4. Pozostałe znamiona prowokacji

Objaśnienie wspólnego podżegania i prowokacji czasownika „nakłaniania”, wiąże się z przeprowadzeniem wykładni pozostałych znamion opisanych w art. 24 k.k. Wielokrotnie wskazywano różnicę pomiędzy „popełnieniem” czynu zabronionego a jego „dokonaniem”. Pierwsze oznacza realizację czynności wykonawczej, natomiast drugie stanowi wypełnienie wszystkich znamion przedmiotowych wzorca. Niespornie „popełnienie” przestępstwa formalnego utożsamia się z „dokonaniem”. Problem przedstawia się odmiennie przy wzorcach materialnych, gdyż dokonanie czynu zabronionego oznacza spowodowanie skutku opisanego w zespole ustawowych znamion, a popełnienie czynu przekształca się w dokonanie. Zawarte w Kodeksie karnym rozróżnienie znamion na „dokonanie czynu zabronionego” opisane w art. 18 § 2 k.k. oraz „popełnienie czynu zabronionego” z art. 24 k.k., przy identycznej czynności wykonawczej przez podżegacza lub prowokatora, nie wydaje się uzasadnione, ponadto powodując problemy interpretacyjne.

Nie budzi sporów konstrukcyjna dopuszczalność nakłaniania innej osoby do spowodowania określonego skutku, przykładowo zabicia człowieka. Z kolei w myśl koncepcji materialnego charakteru podżegania, następstwem działania

prowokatora jest wyłącznie wywołanie po stronie prowokowanego zamiaru realizacji czynu zabronionego. Nawiązując do struktury normy prawnej, jeśli nie zakazuje się sprawcy spowodowania przestępnego skutku wobec niemożliwości wpływania na przebieg kauzalny powodujący zmiany w świecie zewnętrznym, a jedynie podejmowania zachowań mogących nieść negatywne następstwa, trudno formułować zakaz nakłaniania innej osoby do spowodowania przez nią niepożądanego rezultatu. Należałoby rozważyć zmianę redakcyjną art. 18 § 2 k.k. polegającą na zastąpieniu pojęcia „dokonania” użytego w art. 18 § 2 k.k. zwrotem „popełnienia”, którym posłużono się w art. 24 k.k.¹²⁴. Przedstawionemu postulatowi można uczynić zarzut rozszerzenia granic karalności, gdyż odpowiedzialność „przesuwa się” na wcześniejsze stadium realizacji znamion, jednak za ujednoczeniem terminologii przemawia również wzgląd na chronione dobro prawne¹²⁵. Według dominującego poglądu abstrakcyjne niebezpieczeństwo dla wartości istnieje od powzięcia decyzji o przystąpieniu do wykonania znamion przedmiotowych przez sprawcę bezpośredniego, zaś modyfikacja przepisu współkształtującego zakres penalizacji spełniłaby funkcję prewencyjną, zapobiegając podejmowaniu przez prowokatora nagannego zachowania. Jednakże zasadność propozycji zostanie zweryfikowana po ustaleniu relacji pomiędzy prowokacją a podżeganiem, w następnych częściach pracy.

Akceptacja przyjmowanych zasad odpowiedzialności za przestępcze współdziałanie prowadzi do wniosku, iż wypełnienie wszystkich znamion prowokacji następuje gdy prowokator poprzez nakłanianie spowodował u sprawcy bezpośredniego decyzję popełnienia czynu zabronionego. W zakresie strony podmiotowej prowokacji z art. 24 k.k. znaczenie ma jej wielopłaszczyznowy charakter, odnoszący się do czynności wykonawczej, charakterystyki typu do którego następuje nakłanianie oraz celu przyświecającego prowokatorowi, tj. skierowania przeciwko sprowokowanemu postępowania karnego.

W pierwszej kolejności świadomość sprawcy warunkująca ocenę strony podmiotowej dotyczy czynności wykonawczej opisanej w przepisie typizującym¹²⁶. Ujmując tę materię najprościej, zabójca musi zdawać sobie sprawę¹²⁷, że jego zachowanie prowadzi do śmierci pokrzywdzonego, jednocześnie chce popełnić

¹²⁴ Znamieniem „popełnia” ustawodawca posłużył się w art. 26 k.k. z 1932 r., natomiast w art. 18 § 1 k.k. z 1969 r. zawarto słowo „dokonanie”.

¹²⁵ Oczywiście przy przyjęciu, że głównym dobrem prawnym chronionym przez podżeganie jest wartość określona w przepisie typizującym.

¹²⁶ J. Giezek, *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013, s. 131 i n.

¹²⁷ W aspekcie intelektualnym sprawca ma mieć świadomość konieczności bądź świadomość możliwości realizacji znamion czynu zabronionego.

czyn zabroniony bądź przewidując możliwość jego popełnienia godzić się na to (arg. z art. 9 § 1 k.k.). Prowokujący ma mieć świadomość, iż jego zabiegi stanowią nakłanianie innej osoby do konkretnej aktywności lub bierności, co w wypadku opisanym w art. 24 k.k. oznacza popełnienie czynu zabronionego w rozumieniu art. 115 § 1 k.k. Niemniej ważne jest rozstrzygnięcie, czy czynność „nakłaniania” następuje tylko z zamiarem bezpośrednim bądź dopuszczalne i wystarczające będzie przypisanie umyślności w zamiarze wynikowym. W ustawie nie zawężono zakresu odpowiedzialności jedynie do zabarwionego negatywnie nastawienia sprawcy do czynu, jednakże posłużenie się przez prawodawcę intencjonalnym pojęciem „nakłaniania” w istocie łączy się z ograniczeniem zakresu odpowiedzialności karnej. Czynność wykonawczą cechuje swoista uporczywość, stanowiąca impuls do podjęcia sprzecznego z prawem zachowania, zakładająca intencjonalność, odmiennie niż przy niezobowiązującym „zachęcaniu” lub „proponowaniu”. Odczytując znamię wymienione w art. 24 k.k. trudno nie zauważyć, że nakłanianie ma wykreować jakąś zależność czy wręcz przewagę sprawcy – prowokatora nad prowokowanym i stanowić przyczynę popełnienia czynu zabronionego. Proponowanego sposobu interpretacji nie powinno się utożsamiać ze „stosunkiem zależności” zawartym w opisie sprawstwa polecającego z art. 18 § 1 pkt 3 k.k., który ma istnieć przed rozpoczęciem wykonywania czynności sprawczej przez sprawcę bezpośredniego, gdyż sprawca niewykonawczy ma go wykorzystać, polecając innej osobie wykonanie czynu zabronionego.

Bezspornie nakłaniający powinien mieć rozeznanie co do treści ustawowych elementów typu stanowiącego przedmiot podżegania. Jednakże niełatwo wymagać od sprawcy przewidywania popełnienia przez inną osobę czynu zabronionego, a tym bardziej uświadamiania sobie czyjegoś stosunku psychicznego do wykonanego czynu. Na myśl przychodzi konstrukcja tzw. właściwego podżegania (prowokacji) do przestępstwa polegająca na nakłanianiu innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, podczas gdy sprawca bezpośredni własnym postępowaniem narusza reguły postępowania z dobrem prawnym, czym dopuszcza się nieumyślnego występku (arg. z art. 9 § 3 k.k. w zw. z art. 8 k.k.).

Należy zaakceptować pogląd o karalności zachowania na tożsamych z „właściwym podżeganiem” zasadach, zwłaszcza iż może dotyczyć niepożądanych wobec dobra prawnego następstw, przykładowo uszczerbku na zdrowiu w rozumieniu art. 157 § 1 k.k. W tym wariantcie prowokator umyślnie realizuje czynność „nakłaniania”, a zachowanie sprawcy bezpośredniego jest nieumyślne, jednak w myśl art. 20 k.k. każdy ze współdziałających popełnia własne przestępstwo, odpowiadając w granicach swojego zamiaru. W ustawie karnej nie ograniczono

opisu znamion do „nakłaniania do popełnienia/dokonania umyślnego czynu zabronionego”, lecz „czynu zabronionego”. Zgodnie z definicją z art. 115 § 1 k.k. czynem zabronionym jest zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej. Z kolei w myśl art. 8 k.k. zbrodnię można popełnić tylko umyślnie, zaś występki można popełnić także nieumyślnie, jeżeli ustawa tak stanowi. Powołany przepis świadczy o tym, że elementy strony podmiotowej są ujmowane w charakterystyce typu, spełniając przesłanki objaśnienia ze słowniczka ustawowego. Nie budzi wątpliwości, by w kwalifikacji prawnej zarzucanego czynu ujmować nie tylko art. 18 § 2 k.k. czy art. 24 k.k., łącznie z nim przepis szczególnie penalizujący zachowanie umyślne, ponieważ sprawca niebezpośredni działający z określonym nastawieniem, świadomy znaczenia „prowokowanego czynu zabronionego”, wywołuje błędne przekonanie skutkujące popełnieniem przez wykonawcę zachowania nieumyślnego.

W tym miejscu rozważy wymaga kwestię pozostawiania przez podżegacza w błędzie co do znamienia przedmiotowego czynu stanowiącego przedmiot nakłaniania, rodzącego odpowiedzialność za typ nieumyślny. W tym celu zmodyfikuję wykorzystywany w dydaktyce przykład strzelania do dzika, który okazał się człowiekiem. Odpowiedzialność sprawcy bezpośredniego za występki z art. 155 k.k. nie budzi wątpliwości, gdyż sprawca pozostawał w nieświadomości znamienia pozytywnego jakim jest „człowiek”. Inaczej prezentuje się odpowiedzialność podżegającego, którego chęcią było objęte popełnienie zabójstwa, lecz nie nieumyślne spowodowanie śmierci. Pomimo dostrzegalnego paradoksu w ukształtowaniu pozycji współdziałających, trudno zaaprobować koncepcję o podżeganiu do przestępstwa nieumyślnego, zaproponowaną niedawno w piśmiennictwie¹²⁸. Na poziomie wymiaru kary należały jednak uwzględnić wskazane okoliczności, poczytując je na korzyść sprawcy.

Nie sposób wykluczyć, że po stronie sprawcy niewykonawczego istnieje mylne przekonanie o stanowiącej element opisu czynu zabronionego przedmiotowej przesłance w postaci nieświadomości znamienia pozytywnego bądź urojeń znamienia negatywnego. Nakłanianie do popełnienia czynu zabronionego w typie kwalifikowanym jest konstrukcyjnie dopuszczalne. Bez wątplenia można prowokować do przywłaszczenia mienia o znacznej wartości (art. 284 § 1 k.k. w zw. z art. 294 § 1 k.k.), zabicia ze szczególnym okrucieństwem (art. 148 § 2 pkt

¹²⁸ D. Tokarczyk, *Podżeganie w polskim prawie karny. Studium z zakresu teorii i praktyki prawa karnego*, Warszawa 207, s. 344 i n. Interesujące rozważania o charakterze kryminalnopolitycznym zawarł A. Hołubowski, *Podżeganie do przestępstw karalnych jedynie w typie umyślnym*, Stud. Iur. Torun. nr 2/2015, s. 98 – 99.

1 k.k.) czy przerwania ciąży gdy dziecko poczęte osiągnęło zdolność do samodzielnego życia poza organizmem kobiety ciężarnej (art. 153 § 2 k.k.). Przytaczane warianty łączy odniesienie do okoliczności statycznych, występujących w czasie realizacji czynu, w przeciwieństwie do dynamicznych będących następstwem zachowania sprawcy bezpośredniego (art. 9 § 3 k.k.). Trudne do wyobrażenia będzie podżeganie do przestępstwa o umyślnie – nieumyślnego, skoro rezultat zachowania sprawcy wykonawczego nie jest przewidywalny, chociaż powinien zostać rozpoznany. Stanowi to klasyczny przykład ekscesu, zaś błąd dotyczący zastrzegającego odpowiedzialność elementu pozwala na przypisanie podżegania do przestępstwa w typie podstawowym wobec dekompletacji znamion określonych w kwalifikowanym.

Przy przestępstwach uprzywilejowanych zakres penalizacji uzależnia się od szczególnych okoliczności statycznych, najczęściej zasługującego na łagodniejszą ocenę sposobu wypełnienia znamienia czasownikowego bądź cech podmiotu zdanego do popełnienia przestępstwa. Spory rodzi możliwość pozostawiania przez prowokatora w błędzie co do znamienia ocenego¹²⁹, uzasadniającego odpowiedzialność karną w granicach ustawowego zagrożenia za typ zasadniczy. Komplikuje się to przy wartościowaniu jednoznacznie ujętych przesłanek przedmiotowych typu zmodyfikowanego (np. w art. 149 k.k.), ale także oznaczonych liczbowo (np. w art. 200 § 1 k.k.). Dla zachowania spójności systemowej, warto powrócić do problemu odpowiedzialności w razie zaistnienia mylnego przekonania co do elementu przedmiotowego zaczerpniętego z wzorca podstawowego. W razie zaistnienia tej okoliczności, sprawca ponosi konsekwencje za nakłanianie do popełnienia czynu w typie zasadniczym, co na kanwie podżegania do dzieciobójstwa skutkuje odpowiedzialnością za przestępstwo z art. 18 § 2 k.k. w zw. 148 § 1 k.k. Istotę zachowania sprawcy stanowi nakłanianie do „zabijania”, a niewiadomość cech podmiotu zdanego do popełnienia przestępstwa pozostaje wtórna. Inną przyczynę pozwalającą na akceptację stanowiska stanowi wzgląd na ochronę dobra prawnego w postaci życia nowo narodzonego dziecka.

To wszystko pozwala zakwestionować karalność tzw. niewłaściwego podżegania do przestępstwa nieumyślnego polegającego na nieumyślnym nakłanianiu innej osoby do realizacji znamion czynu nieumyślnego. Nie jest możliwe nieumyślne realizowanie znamienia czynności wykonawczej przez prowokatora,

¹²⁹ W nowszej literaturze zagadnienie podjął Ł. Pohl, *Błąd co do okoliczności stanowiącej znamię czynu zabronionego w polskim prawie karnym (zagadnienia ogólne)*, Poznań 2013, s. 84 i n. aprobując poglądy W. Woltera, *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973, s. 227 i n.

który nadto nie uświadamia sobie charakterystyki zachowania do którego ma nakłaniać. Jedyną podstawę umożliwiającą pociągnięcie „niewłaściwego prowokatora” do odpowiedzialności karnej dałaby szeroka konstrukcja współsprawstwa, jednakże w ustawie trudno znaleźć nieumyślne typy formalne. Z kolei w razie wypełnienia elementów typu skutkowego problematyczne byłoby przypisanie popełnienia czynu zabronionego „wspólnie i w porozumieniu” (art. 18 § 1 pkt 2 k.k.). Nie wydaje się, by współdziałających łączyło porozumienie o wykonaniu czynu zabronionego, wręcz przeciwnie – prowokator własnym zachowaniem pokazuje wyższość nad prowokowanym. Co więcej, do tej pory nie określono powszechnie akceptowanych zasad obiektywnego przypisania skutku we współdziałaniu¹³⁰, a każde wątpliwości należałoby interpretować na korzyść sprawcy, najczęściej uniewinniając od popełnienia zarzucanego czynu bądź umarzając postępowanie. Nakłanianie zarówno prowokatora lub podżegacza odnosi się zatem jedynie do umyślnych typów czynów zabronionych – podstawowych bądź kwalifikowanych przez okoliczność statyczną.

Oprócz tego, w czasie wypełniania znamienia czasownikowego sprawcy przyświeca cel skierowania przeciwko sprowokowanemu postępowania karnego¹³¹. Owo negatywne nastawienie musi istnieć w chwili popełnienia prowokacji, a jest oceniane na podstawie wszystkich okoliczności czynu¹³².

Istotny dla rekonstrukcji zawartości art. 24 k.k. okazuje się zwrot „postępowanie karne”. Pojęcie nie posiada definicji legalnej, zaś w doktrynie zauważa się następujące objaśnienia znamienia lub zamiennie używanego „procesu karnego”:

- 1) „złożonej instytucji prawa procesowego, w ramach której rozpoznawane są sprawy karne, przez co należy rozumieć wykrycie i ustalenie sprawcy czynu przestępnego oraz jego sprawcy, wyjaśnienie okoliczności sprawy, ustalanie konsekwencji prawnych czynu zabronionego, pociągnięcie sprawcy tego czynu do

¹³⁰ Na doniosłe konsekwencje materialnoprawnej i procesowe związane z brakiem ustalenia reguł przypisania skutku wskazuje W. Wróbel, *Kilka uwag o współsprawstwie przestępstw materialnych w perspektywie kryteriów obiektywnego przypisania skutku*, [w:] *Fiat iustitia pereat mundus. Księga jubileuszowa poświęcona Sędziemu Sądu Najwyższego Stanisławowi Zabłockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej*, red. P. Hofmański, współprac. P. Kardas, P. Wiliński, Warszawa 2014, s. 641 – 653.

¹³¹ Na obojętność woli prowokatora co do popełnienia przez prowokowanego czynu zabronionego wskazują M. Szczepański, *Strona podmiotowa prowokacji*, Prok. i Pr. nr 9/2011, s. 57 wraz z powołaną tam literaturą; J. Giezek, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, J. Giezek (red. nauk.), N. Kłaczyńska, G. Łabuda, Warszawa 2012, s. 191., Odmienne A. Sakowicz, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1 – 116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 493. Z kolei M. Królikowski i R. Zawłocki wskazują, że „prowokator to (...) podżegacz z dodatkowo zabarwionym zamiarem bezpośrednim – zob. *Prawo karne*, Warszawa 2018, s. 233.

¹³² Tak wyrok SN z dnia 6 stycznia 2004 r., sygn. IV KK 276/03, OSNwSK 2004, poz. 29; wyrok SA w Katowicach z dnia 7 lipca 2005 r., sygn. II AKa 213/05, KZS 2005, z. 12, poz. 40 oraz postanowienie SN z dnia 22 grudnia 2006 r., sygn. II KK 92/06, OSNwSK 2006/1/2576.

odpowiedzialności prawnej oraz ewentualne wykonanie kary i innych środków reakcji karnej albo środków zabezpieczających¹³³,

2) „zespołu prawnie uregulowanych czynności, których celem jest wykrycie przestępstwa i jego sprawcy, osądzenia do za to przestępstwo i ewentualnie wykonanie kary, środków karnych oraz środków zabezpieczających”¹³⁴,

3) „prawnie uregulowana działalność uczestników procesu zmierzająca do realizacji prawa karnego materialnego, zmierzająca do ustalenia odpowiedzialności określonej osoby za określony czyn”¹³⁵.

Warto odnotować, że w pozycji autorstwa K. Dudki i H. Paluszkiewicz odwołano się do szerszego pojęcia „prawa karnego procesowego” stanowiącego „zespół norm prawnych regulujących proces karny, uprawnienia i obowiązki jego uczestników, a także tryb i formy dokonywania czynności procesowych”¹³⁶. Zaprezentowane objaśnienia w znacznej mierze poprzestają na ukazaniu celów postępowania karnego, sposobu ich realizacji oraz statusu procesowego uczestników postępowania. Podkreślenia wymaga, że ogólne objaśnienia nie dotyczą aspektów temporalnych postępowania, co pozwala na szeroką interpretację zwrotu ustawowego. Niewątpliwie czynności prowadzące do wykrycia przestępstwa, zwłaszcza ustalenia sprawcy mogą nastąpić niezwłocznie po zaistnieniu inkryminowanego zdarzenia.

Dla zachowania spójności pomiędzy ustawami karną materialną a procesową należy odwołać się do właściwych przepisów k.p.k. normujących postępowanie przygotowawcze¹³⁷. Ustawodawca często wiąże powstanie skutków materialnych z dokonaniem określonej czynności procesowej, do których zalicza się wszczęcie postępowania karnego. Tę zależność widać na przykładzie przestępstw przeciwko obrotowi gospodarczemu, głównie rozwiązań z art. 296 § 5 k.k.¹³⁸, art. 297 § 3 k.k.¹³⁹ lub art. 298 § 2 k.k.¹⁴⁰. W świetle przepisów uwolnienie

¹³³ J. Skorupka, *Proces karny*, D. Gruszecka, K. Kremens, K. Nowicki, J. Skorupka (red.), Warszawa 2017, s. 26.

¹³⁴ S. Waltoś, P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016, s. 20.

¹³⁵ M. Kurowski, [w:] *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I. Art. 1 – 424*, B. Augustyniak, K. Eichstaedt, M. Kurowski, D. Świecki (red.), Warszawa 2018, s. 37 za M. Cieślakiem, *Polska procedura karna. Założenia teoretyczne*, Warszawa 1984, s. 9.

¹³⁶ K. Dudka, H. Paluszkiewicz, *Postępowanie karne*, Warszawa 2017, s. 21.

¹³⁷ Na możliwość odstąpienia od wykładni systemowej na rzecz funkcjonalnej wskazuje M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002, s. 202 i n. Z kolei T. Dukiet – Nagórska wskazała, że prawidłowa wykładnia pozajęzykowa przepisów prawnokarnych powinna służyć realizacji wartości konstytucyjnych. Zob. *Znaczenie zasady proporcjonalności dla wykładni przepisów prawnokarnych*, [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet – Nagórska, Warszawa 2010, s. 170 i n.

¹³⁸ Nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie naprawił w całości wyrządzoną szkodę.

¹³⁹ Nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zapobiegł wykorzystaniu wsparcia finansowego lub instrumentu płatniczego, określonych w § 1, zrezygnował z dotacji lub zamówienia publicznego albo zaspokoił roszczenia pokrzywdzonego.

¹⁴⁰ Nie podlega karze, kto przed wszczęciem postępowania karnego dobrowolnie zapobiegł wypłacie odszkodowania.

jednostki od odpowiedzialności karnej uzależnia się samooskarżenia w określonym czasie. Przyjmuje się, iż granicą czasową skorzystania z przywileju niekaralności jest zgłoszenie się do organu procesowego przed wszczęciem postępowania w fazie *in rem*. Za tym sposobem argumentacji przemawiają racje językowe oraz funkcjonalne. Ponadto rozciągnięcie w czasie przyznanego uprawnienia trudno uznać za uzasadnione, jeśli pomimo posiadania wiedzy o przestępstwie, zainteresowany nie podejmuje kroków by wszczęte postępowanie zostało umorzone. Jednocześnie nie sposób zaaprobować poglądu, aby na sprawcy spoczywał obowiązek wynikający z art. 304 § 1 k.p.k. mówiący o tym, iż każdy dowiedziawszy się o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu ma społeczny obowiązek zawiadomić prokuratora lub Policję. Przeciwno temu przemawia treść art. 74 § 1 k.p.k., w zakresie jakim oskarżony nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść.

Powracając do treści art. 24 k.k. należy odwołać się do art. 313 §1 k.p.k. normującego czynność procesową przedstawienia zarzutów popełnienia przestępstwa, prowadzącą do „przejścia” postępowania przygotowawczego z fazy *in rem* w fazę *in personam*, skoro w ustawie karnej posłużono się zwrotem „przeciwko niemu postępowania karnego”. Zgodnie z powołanym przepisem, jeżeli dane istniejące w chwili wszczęcia śledztwa (lub dochodzenia na podstawie art. 325a § 2 k.p.k. – przyp. M.G.) lub zebrane w jego toku uzasadniają dostatecznie podejrzenie, że czyn popełniła określona osoba, sporządza się postanowienie o przedstawieniu zarzutów, ogłasza je niezwłocznie podejrzanemu i przesłuchuje się go, chyba że ogłoszenie postanowienia lub przesłuchanie podejrzanego nie jest możliwe z powodu jego ukrywania się lub nieobecności w kraju. Ponadto w art. 314 k.p.k. traktującym o przesłankach zmiany oraz uzupełnienia zarzutów karnych odwołano się do warunków wymienionych w art. 313 § 1 k.p.k.

Z treści przytoczonych przepisów wynika, że przedstawienie podejrzanemu zarzutu popełnienia przestępstwa składa się z trzech następujących po sobie czynności – sporządzenia postanowienia, ogłoszenia decyzji przez organ procesowy oraz przesłuchania podejrzanego, zaś niedopełnienie którejkolwiek nie powoduje skutków prawnych¹⁴¹. Z kolei okoliczność „dostatecznego podejrzenia popełnienia przestępstwa przez określoną osobę”, uprawniająca i zarazem zobowiązująca organ do podjęcia określonych obowiązków, jest wysoce ocena. Modyfikacja statusu procesowego osoby podejrzanego zależy od przyjętej taktyki procesowej, nieznaney uczestnikom postępowania. Nie wpływa jednak na okres

¹⁴¹ R. Stefański, *Czynności przedstawienia zarzutów*, Prok. i Pr. nr 7 – 8/2013, s. 20 i n.

przysługującego jednostce prawa do obrony, aktualnego od powzięcia pierwszej czynności nakierowanej na jej ściganie, co przełamuje pierwszeństwo wykładni językowej nad systemową¹⁴².

Jeśliby aprobować twierdzenie o przyświecającej prowokatorowi chęci skierowania przeciwko sprowokowanemu postępowania karnego w fazie *in personam* – o czym świadczy wyrażenie „przeciwko niej”, dla przypisania umyślności trzeba by wymagać od sprawcy nie tylko znajomości odpowiednich unormowań kodeksowych, ale również uświadamiania możliwości postawienia zarzutów popełnienia przestępstwa w konkretnych realiach, co jest praktycznie niemożliwe do wykazania. Ścisła wykładnia art. 24 k.k., choć korzystna dla sprawcy niewykonalnego, w rzeczywistości czyni przepis pustym.

Krytyka powyższego sposobu wykładni nakazuje zaproponowanie własnego rozwiązania. Istotne dla odtworzenia sensu prowokacji wydaje się, by prowokator obejmował umyślnością podjęcie jakiegokolwiek czynności nakierowanej na ściganie sprowokowanego, przy czym nie musi to nastąpić w ściśle określonej formie prawnej. Rezultatu zachowania prowokatora nie stanowi wszczęcie postępowania przeciwko sprowokowanemu, lecz wywołanie zamiaru popełnienia przez tę osobę czynu zabronionego, doprecyzowując – rozpoczęcia wykonywania znamion przedmiotowych typu, w ustawowo ujętym celu. Zawężenie karalności prowokacji do spowodowania wszczęcia przeciwko innej osobie postępowania karnego rodziłby poważne wątpliwości dogmatyczne czy wręcz aksjologiczne, jeśli odpowiedzialność karną uzależniano by od czynników na które sprawca nie ma żadnego wpływu.

Oprócz wskazania argumentów materialnoprawnych, w ustawie procesowej zawarto instrumenty pozwalające na dokonanie określonych czynności jeszcze przed formalnym wszczęciem postępowania. Wyjątkami od zasady legalizmu wyrażonej w art. 10 § 1 k.p.k., służącymi do uproszczenia i przyspieszenia postępowania, są czynności sprawdzające opisane w art. 307 k.p.k. oraz postępowanie w niezbędnym zakresie, o którym mowa w art. 308 k.p.k. Oba ukształtowano elastycznie, umożliwiając uzyskanie wiarygodnych informacji o przestępstwie przed formalnym wszczęciem postępowania. Organ procesowy gromadzi wówczas dowody, utrwalając oświadczenia świadków w notatce urzędowej, zwykle ograniczając się do przeprowadzenia czynności z których nie sporządza się

¹⁴² P. Wiatrowski, *Dyrektywy interpretacyjne systemowej wykładni przepisów prawa karnego materialnego w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, CzPKiNP nr 2/2009, s. 177 wraz z powołaną tam literaturą i orzecznictwem.

protokołu¹⁴³. Przeprowadzenie czynności prowadzi do wyznaczenia kręgu osób podejrzanych o popełnienie przestępstwa, w tym ustalenia tożsamości sprowokowanego. Podejmowanie kroków przeciwko konkretnemu sprawcy powoduje istotne niedogodności w jego sferze osobistej, często ograniczające prawa i wolności, choćby ubiegania się o funkcje publiczne. Cel przyświecający prowokatorowi w chwili nakłaniania, a dotyczący skierowania postępowania karnego przeciwko sprawcy bezpośredniemu, ziszcza się z chwilą przeprowadzona pierwszej czynności nakierowanej na ściganie prowokowanego (choćby rozpytania), która nie musi zostać przeprowadzona w ujętej ustawowo formie, za czym przemawiają wyjątki z art. 307 i 308 k.p.k. Wydaje się zatem, iż zespół znamion „w celu skierowania przeciwko niemu postępowania karnego” należy interpretować nie jako zamiar wszczęcia wobec prowokowanego postępowania w fazie *in personam*, ale wywołania przekonania, że popełnił czyn zabroniony opisany w ustawie karnej, stanowiący przedmiot czynności wykonawczej nakłaniania.

Należy podkreślić, że bezprawność zachowania prowokatora nie tkwi w niezależnym od jego woli sposobie wypełniania obowiązków służbowych przez funkcjonariuszy publicznych, ale w nakłanianiu wywołującym u innej osoby decyzję rozpoczęcia wypełniania znamion czynu zabronionego. Przy przyjęciu tych założeń zmiana statusu procesowego sprawcy bezpośredniego z osoby podejrzanej na podejrzanego nie ma znaczenia dla odpowiedzialności karnej prowokatora. Proponowany sposób interpretacji zwrotu „przeciwko niemu postępowania karnego” odpowiada treści prawa do obrony przysługującego osobie podejrzanej, zarówno przed ingerencją władzy publicznej w prywatność jednostki na podstawie art. 74 k.p.k., art. 183 § 1 k.p.k. lub art. 189 § 3 k.p.k. oraz do odpięcia argumentów świadczących o popełnieniu przestępstwa w oparciu o art. 87 § 2 k.p.k.

Nie wydaje się nadużyciem twierdzenie, że chęć prowokatora w czasie nakłaniania do popełnienia czynu zabronionego, dotyka przede wszystkim wywołania podejrzeń popełnienia przestępstwa, w następstwie których zostaną przeprowadzone czynności pozwalające na ustalenie udziału sprowokowanego w przestępstwie. Prowokator nie musi własnoręcznie, ani za pomocą innych osób skierować postępowania przeciwko wykonawcy czynu. W innym wypadku ustawodawca posłużyłby się czasownikiem „kieruje” w miejsce „nakłania”. Taka zmiana normatywna zamykałaby pole do dyskusji o charakterze prowokacji, tworząc osobny

¹⁴³ Stanowi o tym art. 307 § 2 k.p.k. zgodnie z którym w postępowaniu sprawdzającym nie przeprowadza się dowodu z opinii biegłego ani czynności wymagających spisania protokołu, z wyjątkiem przyjęcia ustnego zawiadomienia o przestępstwie lub wniosku o ściganie oraz czynności określonej w § 3.

typ czynu zabronionego, zbliżony do art. 235 k.k. Zgodnie z powołanym przepisem kierowanie **ścigania** (podkr. M.G.) przeciwko osobie ma następować w wyliczony w dyspozycji przepisu sposób - przez „tworzenie fałszywych dowodów” lub „inne podstępne zabiegi”. Nie poruszając szerzej problemu relacji pomiędzy art. 24 k.k. a art. 235 k.k., można zauważyć, iż sprawca występkę przeciwko wymiarowi sprawiedliwości ma podjąć czynności służące ściganiu innej osoby, niezależnie od tego, czy wcześniej w ogóle dojdzie do popełnienia czynu zabronionego. Dla odmiany najistotniejsze dla przypisania odpowiedzialności za popełnienie prowokacji jest ustalenie, że nakłaniającemu przyświecał cel skierowania postępowania karnego przeciwko sprowokowanemu.

Podsumowując, rozważania odnośnie do wykładni znamion dzielą się na trzy obszary - „nakłaniania”, „do popełnienia czynu zabronionego” oraz „skierowania przeciwko (sprowokowanemu) postępowania karnego”. Pierwszy nawiązuje do strony przedmiotowej, zaś pozostałe dotyczą psychicznego stosunku psychicznego sprawcy do popełnionego czynu. Zachowanie spójności pomiędzy interpretacją elementów podżegania i prowokacji nakazuje, by jednakowe przesłanki opisu wzorca odczytywano tożsamo. Zaakceptowałam skutkowy charakter podżegania, którego dokonanie następuje z chwilą wywołania w psychice sprawcy wykonawczego decyzji podjęcia czynu zabronionego. Świadomością prowokatora, a precyzując – zamiarem bezpośrednim, objęto nie tylko czynność „nakłaniania”, ale również popełnienie czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego. Taki wniosek wynika z interpretacji znamienia czynnościowego, gdyż trudno do czegoś nakłaniać nie chcąc by to nastąpiło. Dodatkowy argument przemawiający za tym sposobem wykładni wynika ze zwrotu „skierowania przeciwko niemu postępowania karnego”, zaś podstawę prowadzenia czynności procesowych wobec konkretnej osoby stanowi podejrzenie popełnienia przez nią przestępstwa. Sprawca ma być świadomy ustawowej charakterystyki znamion czynu do którego prowokuje, zaś nakłanianie do zachowania niewypełniającego elementów typu, zwłaszcza znamion przedmiotowych, nie rodzi odpowiedzialności karnej. Kolejnym warunkiem przypisania prowokacji jest cel skierowania przeciwko sprowokowanemu postępowania karnego, oznaczający nie tyle postawienie sprawcy wykonawczemu zarzutów popełnienia przestępstwa, lecz odnoszący się do wywołania przekonania o popełnieniu przez sprowokowanego przestępstwa.

Zupełnie na marginesie warto dostrzec, iż przypisanie przestępstwa prowokacji może rodzić trudności procesowe, zwłaszcza natury dowodowej. Jakkolwiek przypisanie skutku nie powinno generować większych problemów, zważywszy że tożsame kryteria są odnoszone do podżegania, jednakże rekonstrukcja strony

podmiotowej powoduje komplikacje. Organ procesowy powinien zważyć na okoliczności czynu występujące w chwili realizacji czynności wykonawczej, o przedmiotowo – podmiotowej właściwości¹⁴⁴. Na kanwie prowokacji najbardziej wartościowe okazują się ustalenia w zakresie intensywności i uporczywości oddziaływania prowokatora na procesy decyzyjne prowokowanego, co przesądza o realizacji znamienia „nakłaniania”, jak również warunkuje ocenę społecznej szkodliwości czynu na mocy art. 115 § 2 k.k. Jeszcze trudniejsze będzie udowodnienie celu skierowania postępowania karnego przeciwko innej osobie. Wydaje się, iż właściwym środkiem dowodowym pozwalającym na wartościowanie stosunku psychicznego sprawcy do czynu są depozycje procesowe uczestników postępowania, głównie wyjaśnienia oskarżonego, jeśli zostaną uznane za wiarygodne zgodnie ze wskazaniami art. 7 k.p.k. Pozostałe aspekty, przykładowo zachowanie przed i po powzięciu czynności wykonawczej, pełnią raczej funkcję służebną, najczęściej uprawdopodobniając zamiar bezpośredni prowokatora. Oczywiście jest, iż na organach procesowych ciąży obowiązek skrupulatnej oceny zgromadzonego materiału dowodowego, zaś niedostatki umożliwią stronie podniesienie zarzutu apelacyjnego błędu w ustaleniach faktycznych mającego wpływ na treść orzeczenie (art. 438 pkt 3 k.p.k.)¹⁴⁵, którego trafność skutkuje zmianą wyroku poprzez uniewinnienie oskarżonego (art. 458 k.p.k. w związku z art. 414 § 1 k.p.k.).

Należy zadać pytanie o zasadność zmian w ustawie karnej, które odzwierciedlałyby istotę prowokacji, także w oparciu o aspekty aksjologiczne i funkcje prawa karnego, zwłaszcza tę ochronną. Rozważenia wymaga propozycja zmiany normatywnej polegającej na zastąpieniu znamienia „nakłaniania” przez czasownik „doprowadza”, który jest jednym z szerszych zwrotów z użytych w kodeksie, charakteryzującym wzorce materialne. Mogłoby się wydawać, iż posłużenie się w ustawie niedookreślonym pojęciem prowadziłoby do ograniczenia penalizacji, w niektórych wypadkach prowadząc do uwolnienia sprawcy od odpowiedzialności karnej ze względu na dekompletację znamion czynu zabronionego. Jednakże pojęcie „doprowadza” zawiera czynności odnoszące się do oddziaływania na psychikę innej osoby, inne niż nakłanianie (dla przykładu w postaci przymusu), jak również wykonanie elementów przedmiotowych czynu zabronionego mogłoby

¹⁴⁴ T. Kaczmarek, *O elementach wyznaczających treść społecznej szkodliwości czynu i jej stopień (eksponacja problemów spornych)*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska – Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska – Flieger, Lublin 2011, s. 144 – 145.

¹⁴⁵ Przykładowo należy wymienić następujące orzeczenia – postanowienie SN z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. IV KK 168/10, OSNwSK 2010/1/2357; postanowienie SN z dnia 29 marca 2007 r., sygn. IV KK 32/07, OSNwSK 2007/1/751 oraz wyrok SN z dnia 4 kwietnia 2011 r., sygn. III KK 280/10, LEX nr 811897.

zakładać użycie siły fizycznej wobec prowokowanego. Pomimo tego, uzasadnienie rozszerzenia karalności tkwi nie tylko w wąskim ujęciu znamienia czynności wykonawczej, powodującym trudności dowodowe w procesie karnym, ale również uznaniu prowokacji za czyn naganny i wymagający właściwej reakcji, która obecnie nie następuje, a to wobec dekompletacji znamion czynu zabronionego. Warto podkreślić, że prowokacja stanowi próbę eliminacji jednostki ze społeczeństwa, a w konsekwencji może prowadzić do naruszenia wartości chronionej przez wykonawcę bezpośredniego. Szersza penalizacja spełnia cele i funkcje kryminalizacji, odpowiadając konstytucyjnemu wymogowi proporcjonalności.

Przeprowadzone rozważania pozwalają na odtworzenie treści normy sankcjonowanej wynikającej z art. 24 k.k., której adresatem jest osoba każda, która ukończyła 17 rok życia i podlega odpowiedzialności karnej. Najkrócej ujmując, zakazuje się sprawcy nakłaniania innej osoby do popełnienia czynu zabronionego stypizowanego jako zbrodnia lub występki, mogącego doprowadzić do powstania decyzji o wypełnieniu znamion określonego przez prowokatora czynu zabronionego, podejmowanego w celu skierowania przeciwko prowokowanemu czynności organów procesowych ustalających jego udział w inkryminowanym zdarzeniu.

W art. 24 k.k. ustawodawca odwołał się wyłącznie do „postępowania karnego” prowadzonego wedle przepisów k.p.k. Jednakże istnieje katalog innych postępowań o represyjnym charakterze, przykładowo dyscyplinarne, służbowe oraz w sprawie nieletniego, w których odpowiednie zastosowanie znajdują przepisy k.p.k. Wspólnym celem wymienionych czynności jest nie tyle ukaranie sprawcy, ale przede wszystkim ograniczenie w wykonywaniu zawodu o społecznej doniosłości. Wydaje się, iż uzależnianie odpowiedzialności prowokatora od reżimu ponoszenia konsekwencji przez prowokowanego, bądź zdolności ponoszenia odpowiedzialności karnej nie będzie właściwe, jeśli zachowanie sprawcy wypełnia tożsame znamię czynności wykonawczej. Podkreślić należy, że w ustawie karnej odwołano się do innych niż postępowanie karne pojęć, głównie w rozdziale XXX Kodeksu karnego, chociażby w art. 233 § 1, wedle którego odpowiedzialności karnej podlega każdy kto, składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w **innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy (podkr. M.G.)**, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę. Co więcej, w art. 234 k.k. penalizuje się fałszywe oskarżanie innej osoby przed organem powołanym do ścigania lub orzekania w sprawach o przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wykroczenie, wykroczenie skarbowe lub przewinienie dyscyplinarne, czym zagwarantowano szeroką ochronę dobra w postaci wymiaru

sprawiedliwości. Dla zachowania spójności systemowej, urzeczywistnienia zagrożenia ze strony prowokującego sprawcy oraz poszanowania sfery prowokowanego, należałoby uzupełnić katalog postępowań o wymienione w art. 234 k.k., gdyż odnoszą się wprost do odpowiedzialności represyjnej ponoszonej przez jednostkę.

1.5. Prowokacja z art. 24 k.k. a formy stadialne

Podsumowując ustalenia dotyczące materialnego charakteru prowokacji oraz zakwalifikowania jako typu naruszenia dobra, należy przeanalizować jej relacje z postaciami stadialnymi usiłowania unormowanymi w art. 13 § 1 k.k. i art. 13 § 2 k.k. oraz przygotowania z art. 16 § 1 k.k. Zacząć trzeba od przytoczenia argumentów z uchwały SN z dnia 11 marca 2003 r., sygn. I KZP 11/03¹⁴⁶, w której rozwiano wątpliwości dotyczące charakteru podżegania. Wskazano, że podżeganie stanowi wzorzec skutkowy oraz może zostać popełnione w formie usiłowania. Podniesiono, iż usiłowanie zachodzi wtedy, gdy „usiłujący bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach określonych w części szczególnej Kodeksu karnego, jak i wtedy, gdy bezskutecznie nakłania do czynu o znamionach podżegania”, czym zaaprobowano karalność konstrukcji tzw. łańcuszkowego podżegania. Niezależnie od dokonywanej interpretacji, stosowanie przepisów o formach stadialnych przy przestępstwach materialnych ma uzasadnienie w brzmieniu art. 13 § 1 k.k. Brak wystąpienia w świecie zewnętrznym zmiany opisanej w zespole znamion przedmiotowych stanowi jeden z trzech warunków pociągnięcia sprawy do odpowiedzialności za penalizowane w granicach zagrożenia za sprawstwo usiłowanie (arg. z art. 14 § 1 k.k.). Oprócz braku realizacji wszystkich elementów czynu zabronionego, usiłujący w zamiarze popełnienia przestępstwa zmierza do jego dokonania. Obrany kierunek wykładni nie spotkał się z powszechną akceptacją, czego wyrazem jest chociażby wyrok SN z dnia 28 listopada 2006 r., sygn. III KK 156/06¹⁴⁷.

Przenosząc rozważania na grunt prowokacji obywatelskiej, dzielącej znamię czasownikowe z postacią współdziałania wymienioną w art. 18 § 2 k.k., prowokator usiłuje dokonać swojego czynu zabronionego od chwili rozpoczęcia realizacji znamienia czynności wykonawczej „nakłaniania” aż do wywołania u sprowokowanego decyzji popełnienia czynu zabronionego. Z chwilą powzięcia przestępnego zamiaru przez wykonawcę wypełniony zostaje komplet znamion postaci z art. 24 k.k. Dla przypisania odpowiedzialności za usiłowanie prowokacji

¹⁴⁶ OSNKW 2003/11-12/89.

¹⁴⁷ OSNwSK 2006/1/2264.

konieczne jest wykazanie, że prowokujący nakłaniał sprowokowanego w celu skierowania przeciwko niemu postępowania karnego. Spełnienie wymienionych przesłanek pozwala na wyciągnięcie konsekwencji wobec sprawcy w związku z usiłowaniem popełnienia przestępstwa prowokacji.

Interesująco kształtuje się odpowiedzialność karna w razie powzięcia przez sprawcę bezpośredniego decyzji o popełnieniu innego czynu zabronionego niż ten, do którego był nakłaniany. Wywołanie odmiennego niż zamierzony przez sprawcę skutku traktuję na równi z niewywołaniem po stronie prowokowanego zamiaru popełnienia czynu zabronionego, pomimo bezpośredniego ku temu zmierzania. Trudno bowiem nie zauważyć faktu „nakłaniania” sprowokowanego do popełnienia sprzecznego z normą sankcjonowaną zachowania, w określonym w ustawie karnej celu. Przepisanie odpowiedzialności za „nieświadomą prowokację”, a taką jest spowodowanie decyzji popełnienia innego czynu zabronionego, może nastąpić jedynie w oparciu o konstrukcję opisaną zrębowo art. 13 § 1 k.k., w powiązaniu z przepisem szczególnym określającym przedmiot czynności wykonawczej prowokatora. Nie stoi temu na przeszkodzie art. 20 k.k., gdyż eksces współdziałającego nie wpływa na zakres odpowiedzialności sprawcy niewykonawczego.

Złożona jest problematyka usiłowania nieudolnego prowokacji. W myśl art. 13 § 2 k.k. ukaranie za popełnienie usiłowania w tej postaci, oprócz spełnienia przesłanek z art. 13 § 1 k.k. uzależnia się od spełnienia przynajmniej jednej z dwóch enumeratywnie wymienionych okoliczności, tj. nieuświadomienia sobie przez sprawcę, że dokonanie jest niemożliwe ze względu na brak przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego lub ze względu na użycie środka nienadającego się do popełnienia czynu zabronionego. Usiłujący pozostaje w błędzie co do okoliczności popełnienia przestępnego czynu, polegającej na urojeniu znamienia pozytywnego bądź nieświadomości negatywnego¹⁴⁸.

Trudno wyobrazić sobie pozostawanie przez prowokatora w błędzie co do środka nadającego się do popełnienia czynu zabronionego. Nakłanianie jako czynność werbalna lub niewerbalna to kierowany do prowokowanego przekaz, w istocie środek do osiągnięcia celu zamierzonego przez sprawcę niewykonawczego. Prowokator oddziałując na psychikę innej osoby nie pozostaje w mylnym przekonaniu o użytych przez siebie środkach, a co najwyżej jest niepewny urzeczywistnienia powziętego zamiaru, zaś bezskuteczność nakłaniania tkwi w jego właściwościach¹⁴⁹, co uzasadnia przypisanie usiłowania udolnego opisanego w art. 13 § 1 k.k.

¹⁴⁸ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 226.

¹⁴⁹ *Ibidem*, s. 240.

Dla wypełnienia dyspozycji art. 24 k.k. sprawca nie musi posługiwać się szczególnym przedmiotem (środkiem) służącym do nakłonienia innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, a wystarczające będzie ustalenie wystąpienia rezultatu powiązanego przyczynowo z zachowaniem sprawczym. Usiłowanie za pomocą środków nieprzydatnych zachodzi wówczas, gdy „sprawca (...) wybiera środki, które ze względu na swoje cechy fizyczne nie są przydatne do wywołania skutków przestępnych objętych zamiarem sprawcy”¹⁵⁰. Dalece przypomina to ukraińską konstrukcję usiłowania za pomocą środków „niecnych”, gdzie sprawca posługuje się środkami niemogącymi obiektywnie doprowadzić do wystąpienia skutku¹⁵¹.

Równie znacząca okazuje się kwestia nieświadomości prowokatora o przedmiocie czynności wykonawczej, w myśl art. 13 § 2 k.k. drugiej przesłanki uzasadniającej odpowiedzialność za usiłowanie nieudolne. Uznanie prowokacji za typ naruszenia dobra prawnego – wolności psychicznej w ujęciu negatywnym, której dysponentem jest prowokowany, ogranicza pole rozważań do urojenia znamienia pozytywnego - cechy osobistej prowokowanego stanowiącej przesłankę opisu typu, zarówno typu indywidualnego właściwego bądź niewłaściwego¹⁵². Przykładem ilustrującym nieudolne usiłowanie prowokacji będzie nakłanianie do przyjęcia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy w związku z pełnioną przez nakłanianego funkcją publiczną, w celu skierowania przeciwko niemu postępowania karnego (art. 24 k.k. w zw. z art. 228 § 1 k.k.¹⁵³), gdy prowokowany nie zalicza się do podmiotów wymienionych w art. 115 § 19 k.k., zaś prowokator pozostaje w błędnym przekonaniu, że styka się z osobą pełniącą funkcję publiczną. Dochodzi wówczas do ataku na wolność od negatywnego wpływu na procesy decyzyjne prowokowanego, pośrednio godzenia w prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych lub samorządu terytorialnego, przy negatywnym nastawieniu sprawcy do czynu. Podobnie można zakwalifikować

¹⁵⁰ Szerzej A. Wróbel, *Instytucja usiłowania, czynnego żalu oraz dobrowolnego odstąpienia od popełnienia przestępstwa w prawie karnym Ukrainy*, CzPKiNP nr 4/2016, s. 132.

¹⁵¹ *Ibidem*, s. 132.

¹⁵² Przyjęte założenie czyni zbędną dyskusję o subiektywnej bądź obiektywnej wykładni art. 13 § 2 k.k., w zakresie znamienia „braku przedmiotu nadającego się do popełnienia na nim czynu zabronionego”, dlatego że prowokator zawsze oddziałuje na konkretną osobę, pozostając w błędzie co do jej cech osobistych. Należy jedynie zaznaczyć, że powyższa problematyka stanowiła przedmiot uchwały 7 sędziów SN z dnia 19 stycznia 2017 r. w sprawie o sygn. I KZP 16/16, OSNKW 2017/3/12. Orzeczenie wywołało żywą dyskusję w piśmiennictwie, pogłębiając zachodzące spory, jednak nie sposób przytoczyć argumentacji podnoszonej przed przedstawicieli doktryny.

¹⁵³ Zasadnie twierdzi M. Surkont, że prowokacja do przestępstwa łapowniczego mogłaby polegać „na umyślnym stwarzaniu sytuacji i warunków wywołujących żądanie łapówki lub na udzieleniu jej w celu późniejszego ujawnienia osoby przyjmującej łapówkę”. Zob. *Z zagadnień odpowiedzialności za łapownictwo w kodeksie karnym z 1997 r.*, PS nr 5/1998, s. 34.

nakłanianie do popełnienia czynu zabronionego osoby, która wcześniej powzięła zamiar bezprawnego zachowania czy w chwili realizacji znamienia czasownikowego prowokacji popełniła już czyn zabroniony i wszczęto przeciwko niej postępowanie karne. W powyższych przypadkach z przyczyn obiektywnych nakłanianie nie doprowadzi do wywołania w sferze prowokowanego decyzji przyjęcia określonej korzyści w związku z pełnioną funkcją publiczną, gdyż takiej nie pełni. *Ekstraneus* nie odpowie za występki z art. 229 § 1 k.k., skoro nie posiada cechy warunkującej karalność określonego w przepisie wzorca zachowania.

Wymienione warianty łączy brak spowodowania zagrożenia dla dobra prawnego ze strony prowokatora, ale również ukazują różnicę w zakresie konsekwencji ponoszonych za popełnienie któregoś z przestępstw korupcyjnych. Z jednej strony sprawca popełniający przestępstwo z art. 24 k.k. w zw. z art. 228 § 1 k.k. o niższym stopniu karygodności odpowie za usiłowanie nieudolne, podczas gdy niebędący osobą pełniącą funkcję publiczną nie spotka się z prawnokarną reakcją za przestępstwo z art. 229 § 1 k.k., gdyż nie posiada wymienionych w przepisie cech indywidualizujących. Budzi wątpliwości przypisanie drugiemu sprawcy popełnienia przestępstwa określonego w art. 286 § 1 k.k. w razie przyjęcia korzyści majątkowej, również z powodu dekompletacji znamion przedmiotowych „wyzyskania błędu lub niezdolności do należytego pojmowania przedsiębranego działania”. Opiswane zachowanie pozostałoby bezkarne, a przyjmujący korzyść poniósłby jedynie odpowiedzialność cywilną na zasadach określonych w art. 411 pkt 1 k.c., ponieważ udzielający świadczenia nie pozostawał zobowiązany, a przyjmujący określoną wartość pieniężną stał się bezpodstawnie wzbogacony. Przyjmujący pieniądze mógł również wyrządzić szkodę za którą odpowie na podstawie art. 415 k.c., ponosząc odpowiedzialność tylko za normalne następstwa działania lub zaniechania, z którego szkoda wynikła w granicach strat, które poszkodowany poniósł, oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono (arg. z art. 361 § 1 i 2 k.k.). Powyższe porównanie potwierdza tezę, że karalność usiłowania nieudolnego uzasadnia się nie tyle w oparciu o faktyczne zagrożenie dla istotnych prawnie wartości, lecz w zamiarze sprawcy i braku społecznej akceptacji dla rodzących poczucie niesprawiedliwości zachowań.

Rozważania o relacjach przygotowania i prowokacji trzeba rozpocząć od przypomnienia istoty najdalszej od dokonania karalnej formy stadialnej. W myśl art. 16 § 1 k.k. przygotowanie tylko wtedy, gdy sprawca w celu popełnienia czynu zabronionego podejmuje czynności mające stworzyć warunki do przedsięwzięcia czynu zmierzającego bezpośrednio do jego dokonania. Na wcześniejszym od usiłowania etapie realizacji znamion czynu zabronionego dochodzi do

abstrakcyjnego zagrożenia dobra, które może przekształcić się w zagrożenie konkretne lub naruszenie. Zakładając, iż z chwilą rozpoczęcia „nakłaniania” prowokator popełnia własny czyn, a wartość chroniona przepisem szczególnym znajduje się w niebezpieczeństwie, uzasadnienie konstrukcji przygotowania do prowokacji okazuje się wątpliwe, pomimo że z brzmienia przepisów nie wynika, by zachodziły przeszkody w krzyżowaniu się postaci stadialnych i współdziałania. O braku powiązań przepisów art. 16 § 1 k.k. oraz art. 24 k.k. świadczy wykładnia czasownika „nakłania”. Kodeksowa prowokacja to przestępstwo jednochwilowe, zaś rozpoczęcie czynności wykonawczej skutkuje wyczerpaniem dyspozycji z art. 13 § 1 k.k. w zakresie „bezpośredniego zmiierzania”. Z kolei wywołanie zamiaru popełnienia czynu zabronionego stanowi oderwany od zachowania sprawczego karnoprawnie istotny rezultat, wiążący się z dokonaniem czynu zabronionego. Warto zaznaczyć, że czynności przygotowawcze mają być konkretne, tworząc rzeczywiste warunki pozwalające na popełnienie przestępstwa w przyszłości. Przy prowokacji sprowadzałyby się do zaaranżowania spotkania albo zaplanowania rozmowy, podczas których prowokator mógłby nakłaniać prowokowanego do bezprawnego zachowania, co w istocie odzwierciedla niekaralny zamiar popełnienia przestępstwa. Wspomniany przykład ukazuje „subsydiarność” wcześniejszej fazy popełnienia przestępstwa, wyłączając karalność czynności przygotowawczych.

Powyższe rozważania odnosiły się do popełnienia prowokacji w formie stadialnej, a więc tożsamego ontologicznie czynu. Należy jeszcze podjąć materię zbiegu przestępstw, ograniczając rozważania do przypadków, w których ten sam sprawca w odstępie czasowym wypełni znamiona prowokacji z art. 24 k.k. (usiłując lub dokonując czyn) oraz własnoręcznie popełni przestępstwo do którego popełnienia prowokował. Zarysowany problem wiąże się z omówieniem zagadnienia czynów (przestępstw) współukaranych uprzednio i następczo¹⁵⁴, zaczerpniętego z konstrukcji zbiegu przestępstw. Wprawdzie konstrukcja rodzi

¹⁵⁴ Istnieje niezgodność w zakresie poprawności odwoływania się do pojęcia „czynów współukaranych”, „przestępstw współukaranych” lub „czynności współukaranych” wynikająca z nieścisłości przyjmowanych w doktrynie kryteriów pozwalających na przyjęcie „współukarania” oraz braku kompleksowego opracowania tej materii. Odpowiednim rozwiązaniem zdaje się posługiwanie zwrotem „czyny współukarane”, skoro na poziomie prawnokarnej oceny pod kątem wypełniania znamion obu wzorców dochodzi do nieujęcia w kwalifikacji jednego z przepisu. Co ważne, w opisie czynu przypisanego sprawcy w wyroku skazującym zwykło się umieszczać opis znamion odpowiadający treści pominiętego przepisu – szerzej o walorach tej koncepcji A. Marek, P. Gensikowski, *Konstrukcja czynów współukaranych i jej implikacje praktyczne*, Prok. i Pr. nr 10/2004, s. 17 i n. wraz z powołaną tam literaturą, podobnie w nowszym piśmiennictwie M. Borodziuk, *Czyny współukarane w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, Prok. i Pr. nr 2/2019, s. 25 wraz z powołaną tam literaturą i orzecznictwem. Odmiennie S. Steinborn, *Prawomocność części orzeczenia w procesie karnym*, Warszawa 2011, s. 266 – 269.

niemałe kontrowersje w judykaturze¹⁵⁵, tak nierzadko stanowi przydatne narzędzie ułatwiające prawnokarne wartościowanie konsekwencji karnych, bez konieczności przyjmowania realnego zbiegu przestępstw i wymierzania kary łącznej na mocy art. 85 k.k.

Najczęściej wskazywanymi kryteriami przyjęcia czynów współukarananych są:

- „1. integralne powiązanie czynu podlegającego karnoprawnej ocenie z uznanym za współukarany następco lub uprzednio,
2. porównanie stopnia społecznej szkodliwości obu czynów, przy czym „czyn główny” musi znacznie przewyższać poziomem naganności czyn współukarany (pomijany),
3. tożsamość przedmiotu zamachu obu czynów oraz tożsamość pokrzywdzonego, przy czym wskazany warunek nie jest konieczny do zastosowania mechanizmu współukarania”¹⁵⁶.

Wyliczone przesłanki zakładają dokonywanie ocen w ramach konkretnych stanów faktycznych. W ogólnym zarysie warto podkreślić, że relacja bezprawnych zachowań polega na tym, że jedno stanowi narzędzie do osiągnięcia dalej idącego celu bądź wiąże się ze skorzystaniem z owoców wcześniej popełnionego¹⁵⁷. Analizie zostaną poddane warianty dotyczące popełnienia prowokacji, a następnie „czynu głównego”, gdyż trudno nakłaniać do zaistniałego zachowania. Kluczowe okazują się poniższe konfiguracje, w których prowokacja stanowi czyn główny, a własnoręczne popełnienie czynu zabronionego przez prowokatora jest zachowaniem następczym:

1. dokonania prowokacji – dokonania czynu stanowiącego przedmiot nakłaniania,
2. dokonania prowokacji – usiłowania czynu stanowiącego przedmiot nakłaniania,
3. dokonania prowokacji – przygotowania do czynu stanowiącego przedmiot nakłaniania,

¹⁵⁵ W judykaturze powstała poważna wątpliwość odnośnie do procesowych konsekwencji rozstrzygnięcia czynów współukarananych. Powstały trzy odmienne koncepcje – uniewinnienia od współukaranego czynu, umorzenia co do niego postępowania czy wreszcie zawarcia w opisie czynu głównego znamion odpowiadających opisowi czynu współukaranego, lecz skazania za jedno przestępstwo na podstawie przepisu szczególnego przewidującego wyższe granice ustawowego zagrożenia. Szeroko tę kwestię omówił K. Janczukowicz, *Rozstrzygnięcie procesowe w przypadku przyjęcia przez sąd czynu współukaranego (linia orzecznicza)*, LEX/el. 2015.

¹⁵⁶ P. Kardas, [w:] *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, red. L. K. Paprzycki, Warszawa 2016, s. 1162. Warto wskazać uchwałę SN z dnia 25 lutego 2002 r., sygn. I KZP 1/02, OSNKW 2002/5-6/35 oraz nowszy wyrok SA w Gdańsku z dnia 7 maja 2018 r., sygn. II AKA 450/17, LEX nr 2680335.

¹⁵⁷ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 562.

4. usiłowania prowokacji – dokonania czynu stanowiącego przedmiot nakłaniania,
5. usiłowania prowokacji – usiłowania czynu stanowiącego przedmiot nakłaniania,
6. usiłowania prowokacji – przygotowania do czynu stanowiącego przedmiot nakłaniania.

Powołując się na wskazane kryteria, przyjmując każdorazowo istnienie integralnego związku pomiędzy ocenianymi zachowaniami, trudno mówić o pozostawaniu w pomijalnym zbiegu czynów wymienionych w pkt 1, 2, 4 oraz 5. Przeszkodą ku „współukaraniu” jest poziom społecznej szkodliwości, który w przypadku nakłaniania innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, w cechującym się wysoką nagannością celu, nie przewyższa poziomu karygodności późniejszego zachowania. Z aksjologicznego punktu widzenia trudno pominąć okoliczność wcielania w życie planu sprawcy, który miał być wykonany za pomocą zachowania innej osoby. Bardziej interesująca okazuje się ocena relacji prowokacji z przygotowaniem do popełnienia czynu zabronionego do którego nakłaniano sprawcę bezpośredniego, o ile w ogóle karalne są czynności przygotowawcze (warianty 3 i 6). Wskazane sytuacje otwierają drogę do przeprowadzenia dokładniejszych analiz - nie w oparciu o ustawowe zagrożenie karą, lecz kwantyfikatory wymienione w art. 115 § 2 k.k.¹⁵⁸ - gdyż dopiero wszechstronne rozważanie okoliczności sprawy pozwoli wykazać zasadność umniejszenia odpowiedzialności karnej sprawcy.

1.6. Prowokacja z art. 24 k.k. a formy niesprawczego współdziałania

Niemniej istotne od powiązań prowokacji z postaciami stadialnymi jest jej współistnienie z formami niesprawczymi, tj. podżeganiem z art. 18 § 2 k.k. i pomocnictwem z art. 18 § 3 k.k. Na początku należy odpowiedzieć na postawione pytanie o kwalifikację postaci współdziałania, następnie określając stosunki łączące postaci zwłaszcza w kontekście pozostawania przez nie w kumulatywnym zbiegu przepisów z art. 11 § 2 k.k.

Analiza zawartości normatywnej art. 24 k.k. potwierdza postawioną hipotezę, iż prowokacja to twór prawny najbardziej zbliżony do podżegania, gdyż obie formy dzielą znamię czasownikowe „nakłania”, jak również stanowią wzorce

¹⁵⁸ Szerzej D. Zając, *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29 sierpnia 2013 r. (II AKz 338/13)*, PS nr 9/2014, s. 121 – 122.

skutkowe popełnione na przedpolu naruszenia dobra prawnego przez sprawcę wykonawczego. Ponadto zakres odpowiedzialności karnej prowokatora bądź podżegacza uzależnia się od tożsamyh warunków – każdy sprawca popełnienia własny czyn zabroniony. Cechy wspólne obu postaci dotyczą kwestii podstawowych – konstrukcji typu, zasad odpowiedzialności za przestępcze współdziałanie oraz opisu znamienia czasownikowego. Powyższe wnioski skłaniają do uznania prowokacji za trzecią obok podżegania i pomocnictwa formę niesprawczego współdziałania. Co więcej, w dychotomicznym podziale postaci nie znajduje uzasadnienia tworzenie dodatkowych kategorii.

Nie przekonują argumenty, że prowokacja stanowi przestępstwo *sui generis* ze względu na odmienny zespół znamion („dokonanie czynu zabronionego” przy podżeganiu i „popełnienie czynu zabronionego” przy prowokacji) oraz inaczej ukształtowaną stronę podmiotową wzorca¹⁵⁹. Jeśli porówna się uznawane za niesprawcze podżeganie i pomocnictwo, odnajdzie się pomiędzy nimi więcej odrębności niż przy prowokacji oraz podżeganiu. Brzmienie przepisów wskazuje, że pierwsze z wymienionych form różni wiele, począwszy od znamienia czasownikowego „nakłania” lub „ułatwia” opisującego jedynie przykładowo czynność sprawczą, uzależnienie karalności zachowania pomocnika od powzięcia zamiaru w którejkolwiek postaci (art. 9 § 1 k.k.), możliwości pociągnięcia pomocnika do odpowiedzialności za zaniechanie gdy ciążył na nim prawny, szczególny obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego¹⁶⁰ oraz wymiaru kary, zwłaszcza samoistnej podstawy nadzwyczajnego złagodzenia wyrażonej w art. 19 § 2 k.k. Trzeba zauważyć, że pomocnictwo sprowadza się do czynności rzeczywiście ułatwiających innej osobie popełnienie czynu zabronionego, zaś podżeganie służy wywarceniu wpływu na sprawcę bezpośredniego poprzez ingerencję w jego procesy decyzyjne. Powiązanie obu konstrukcji odzwierciedla tzw. pomocnictwo psychiczne, popełnione gdy pomocnik utwierdza osobę w przestępnym zamiarze. Pomimo różnic, w piśmiennictwie zgodnie zalicza się je do form niesprawczyh, twierdząc iż stanowią typy abstrakcyjnego zagrożenia. Można domniemywać, iż spory o miejsce prowokacji w katalogu postaci opisujących przestępne współdziałanie wynikają z późniejszego unormowania tej postaci, nieznaney w k.k. z 1932 r.

¹⁵⁹ A. Sakowicz, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz. Art. 1 – 31*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2015, s. 475.

¹⁶⁰ Reguły nie stosuje się przy wartościowaniu czynu podżegacza, który popełnia przestępstwo wyłącznie przez działanie.

Określenie charakteru prowokacji nastąpi w oparciu o wykazanie powiązań z najbliższym jej podżeganiem, a nadto dostrzeżone rozbieżności w konstrukcji typów. Interpretacja przepisów prowadzi do wniosku, iż zestaw ustawowych znamion wymienionych w art. 24 k.k. jest szerszy niż podżeganie, gdyż stosunek psychiczny prowokatora podlega ocenie nie tylko w kontekście nastawienia do realizacji przez sprawcę bezpośredniego czynu zabronionego (dokonania czy popełnienia), ale również w celu skierowania przeciwko niemu postępowania karnego. Ukształtowanie opisu prowokacji bezsprzecznie rzutuje na wyższy stopień społecznej szkodliwości czynu *in abstracto*, zauważalny przez ustawodawcę, skoro wyłączono możliwość złagodzenia odpowiedzialności karnej sprawcy na podstawie art. 22 i art. 23 k.k.

Na marginesie, w projekcie Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Karnego przy Ministrze Sprawiedliwości, obradującej w kadencji w latach 2009 – 2015, pojawiła się propozycja unormowania odpowiedzialności karnej za prowokację. Zgodnie z art. 24 k.k. prowokator odpowiadałby jak za podżeganie połączone z obietnicą udzielenia korzyści majątkowej lub osobistej albo jej obietnicy nakłanianemu za dokonanie czynu zabronionego (art. 19 § 2 k.k.), w granicach zagrożenia przewidzianych za sprawstwo. Z kolei w świetle projektowanego art. 19 § 1 k.k. sąd miał wymierzyć karę za podżeganie lub pomocnictwo od dolnej granicy ustawowego zagrożenia do wysokości nieprzekraczającej dwóch trzecich górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianej za sprawstwo¹⁶¹.

Wydaje się, iż wzbogacona o znamię strony podmiotowej prowokacja pozostaje w stosunku nadrzędności względem podżegania, co prowadziłyby do pominięcia w kwalifikacji prawnej czynu art. 18 § 2 k.k. Warto odnotować pogląd P. Kardasa, podważającego za M. Cieślakiem zasadność posługiwania się określeniem zbiegu przepisów na rzecz określenia „zbieg kwalifikacji prawnych”¹⁶². Autor podkreślił, że pojęcie „przepisu” jest niesatysfakcjonujące, bowiem zawsze zajdzie potrzeba przeprowadzenia zabiegów konkretyzujących, wynikająca z „rozbiecia znamion czynu zabronionego i określenia ich w kilku przepisach”¹⁶³. Założenia o kolizji norm odtworzonych na podstawie przepisów prawa, zawierających wszystkie elementy opisujące nakaz bądź zakaz zachowania, ułatwiają rozwiązanie problemu, nie rodząc potrzeby odwołania się do innych, celowościowych argumentów, lepiej oddając zawartość kryminalną zachowania sprawczego. Koncepcja

¹⁶¹ Przyczyny proponowanych zmian opisał A. Zoll, *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, PiP nr 11/2012, s. 8.

¹⁶² P. Kardas, *Zbieg przepisów ustawy w prawie karnym. Analiza teoretyczna*, Warszawa 2011, s. 246 – 253.

¹⁶³ *Ibidem*, s. 252 – 253.

powinna znaleźć zastosowanie w razie krzyżowania się znamion typów, w których strony podmiotowej nie określono zawężająco, a wypełnienie znamienia opisującego stosunek psychiczny sprawcy do czynu może nastąpić w którykolwiek ze sposobów wskazanych w art. 9 § 1 bądź art. 9 § 2 k.k. Jednakże jeśli w przepisie normującym prowokację precyzyjnie wskazano przesłankę strony podmiotowej („cel skierowania przeciwko prowokowanemu postępowania karnego”), dla dalszych analiz wystarczające będzie omówienie mechanizmu zbiegu przepisów.

Rzeczywiście konkurencję dwóch lub więcej przepisów, których dyspozycję wypełnia tożsame zachowanie sprawcze, ustala się zwykle według powiązań znamion przedmiotowych zawartych w opisach czynów zabronionych. Przy braku pozostawiania tych przesłanek w stosunku krzyżowania, trudno mówić o kumulacji w rozumieniu art. 11 § 2 k.k. Następnie zważa się na różnice w ukształtowaniu strony podmiotowej typów, wtórne wobec zaistnienia zmian w otaczającym świecie, a jeśli będzie to niewystarczające - pozostałe kryteria, zwykle tożsamości dobra lub pokrzywdzonego¹⁶⁴. Interesująco przedstawia się zbieg typów odmiennie opisujących umyślność, co następuje w przypadku kolizji tych o kierunkowej stronie podmiotowej z popełnionymi w obu postaciach zamiaru. Wydaje się, iż w kwalifikacji prawnej powinny zostać zawarte wszystkie przepisy typizujące, gdyż stosunek psychiczny sprawcy do inaczej zredagowanych znamion przedmiotowych opisano ściśle. Trudno także uzasadnić nieujęcie w kwalifikacji (oraz wysłownieniu przypisanego po przeprowadzeniu postępowania karnego czynu) elementów rzutujących na stopień bezprawia, społecznej szkodliwości czy wymiar kary.

Przekładając powyższe ustalenia na grunt procesowy, w zawartym w wyroku opisie przypisanego czynu powinien się znaleźć komplet okoliczności odpowiadających ustawowej charakterystyce typów wypełnionych przez sprawcę, również opisanych w art. 18 § 2 k.k.¹⁶⁵. Trudno zapomnieć, iż czynność nakłaniania innej osoby odnosi się do dokonania (art. 18 § 2 k.k.) bądź popełnienia (art. 24 k.k.) czynu zabronionego. Pozostawiając na uboczu postulaty o ujednoczeniu terminologii kodeksowej, warto rozstrzygnąć kwestię zbiegu kumulatywnego art. 18 § 2 k.k. i art. 24 k.k. W istocie jedyny wariant, w którym mogłoby dojść do „połączenia przepisów” stanowi nakłanianie innej osoby do dokonania czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego. Bez wątplenia dokonanie stanowi dalsze stadium realizacji znamion przedmiotowych czynu zabronionego, dlatego uzasadnione jest twierdzenie, że sprawca chcąc,

¹⁶⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2010, s. 296.

¹⁶⁵ Tak szczegółowo wyrok SN z dnia 22 marca 2012 r., sygn. IV KK 375/11, OSNKW 2012/7/78.

by inna osoba wypełniła wszystkie elementy czynu zabronionego obejmuje zamiarem rozpoczęcie ich realizacji. Dla odzwierciedlenia zawartości kryminalnej ocenianego zachowania wystarczające okazywałoby się przypisanie przestępstwa prowokacji, zaś pominięcie przepisu art. 18 § 2 k.k. następowałoby na zasadzie milczącej subsydiarności. Choć z perspektywy logicznej wnioskowanie jest nie-naganne, tak przy rozstrzygnięciu konkurencji norm nie wydaje się uprawnione ze względów funkcjonalnych. Nie ujmując w kwalifikacji art. 18 § 2 k.k. nie dostrzega się dążenia prowokatora do wywołania dalszego skutku w psychice wykonawcy. Kumulatywna kwalifikacja przepisów., tj. dokonania czynu zabronionego zaczerpniętego z art. 18 § 2 k.k. wraz z „celem skierowania przeciwko niemu postępowania karnego” z art. 24 k.k. odpowiada opisowi zachowania sprawczego.

Powracając do zastąpienia w art. 18 § 2 k.k. znamienia „dokonania” na „popelnienia”, problem obrazuje następujący kasus. Zakładam, że podżegacz nakłania inną osobę do popelnienia zabójstwa, nie chcąc skierować przeciwko niej postępowania karnego, zaś zachowanie sprawcy bezpośredniego ma polegać na „nastraszeniu” pokrzywdzonego niebezpiecznym narzędziem poprzez przyłożenie pistoletu do skroni. Nakłaniający wyklucza, by zachowanie nakłanianego wiązało się ze spowodowaniem innych uszczerbków na zdrowiu atakowanego, natomiast pomiędzy współdziałającymi nie istnieje stosunek zależności, uzasadniający odpowiedzialność za sprawstwo polecające. W tej, mogłoby się wydawać błąej sprawie trudno uznać, by doszło do podżegania do zabójstwa kwalifikowanego z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k.. Można rozważać, iż zachodziłyby przesłanki do przypisania odpowiedzialność za współsprawstwo do usiłowania zabójstwa (art. 18 § 1 zd. 2 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k.), jednak ocena zachowania nakłaniającego będzie zależeć od realizacji znamion czynu zabronionego przez wykonawcę. Właściwą kwalifikację prawną zachowania stanowi podżeganie do grózb karalnych (art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 190 § 1 k.k.), gdyż „straszenie” niebezpiecznym narzędziem to bezsprzecznie groźba rodząca uzasadnioną obawę spełnienia. Nie wydaje się, by ocena postępowania podżegacza odzwierciedlała zawartość bezprawia, bowiem jego intencją było sprowadzenie zagrożenia dla życia drugiego człowieka, za pośrednictwem czynu popelnionego przez sprawcę bezpośredniego, pośrednio wywołanie uczucia strachu w pokrzywdzonym. Nowelizacja art. 18 § 2 k.k. miałaby silne podłoże aksjologiczne, jak również stanowiła podstawę przypisania popelnienia czynu odpowiadającego faktycznym intencjom sprawcy. Ponadto lepiej uzasadniałaby kryminalizację niesprawczych form przestępnego współdziałania w oparciu o zagrożenie dla chronionego dobra. Przyjęcie proponowanej koncepcji miałoby walor praktyczny, gdyż nieudowodnienie celu

skierowania przeciwko innej osobie postępowania karnego, pomimo nakłaniania do popełnienia czynu zabronionego, nie prowadziły do uwolnienia od odpowiedzialności. W obecnym stanie prawnym nie zawsze dojdzie do przypisania odpowiedzialności *quasi – podżegaczowi* wobec dekompletacji znamion, skoro dokonanie czynu zabronionego nie jest tożsame z jego popełnieniem¹⁶⁶.

Wniosek odnoszący się do znamienia „popełnienia czynu zabronionego” zawartego w art. 24 k.k., nie prowadzi do modyfikacji twierdzeń o przedmiocie ochrony przestępstwem prowokacji. Należy zauważyć, że zachowanie sprawcze bezpośrednio dotyka wolności psychicznej prowokowanego, a w razie ziszczenia się jego intencji - prowadzenia przeciwko niemu czynności procesowych, w tym nawet ograniczenia wolności fizycznej. Narażenie na niebezpieczeństwo bądź naruszenie dobra opisanego w przepisie szczególnym nie następuje w wyniku aktywności prowokatora, lecz prowokowanego, a odpowiedzialność pierwszego współdziałającego nie zależy od wykonania znamion przez sprawcę bezpośredniego. Wydaje się, iż zmiana przepisu potwierdzałaby słuszność ukształtowania granic ustawowego zagrożenia za podżeganie w powiązaniu z przewidzianymi za sprawstwo aniżeli prowadziła do objęcia ochroną wartości chronionej przepisem części szczególnej k.k. O tym można by mówić wtedy, gdyby prowokacja dotyczyła doprowadzenia innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego. Mogłoby się to wiązać z własnoręczną realizacją znamienia czynnościowego przez prowokatora we współsprawstwie z prowokowanym bądź w oparciu o szeroką konstrukcję obiektywnego przypisania skutku. Jednakże zmiana w opisie przesłanki przedmiotowej z art. 24 k.k. pozbawiałaby prowokację cech postaci niesprawczej, zbliżając ją do form sprawczych współdziałania albo zakwalifikowania do innej kategorii przestępstw (choćaby przeciwko wolności), aczkolwiek w obowiązującym stanie prawnym rozważania mają charakter czysto teoretyczny.

Równie ważną kwestią na styku relacji poszczególnych form niesprawczych pozostaje tzw. prowokacyjna pomoc. Przywołane pojęcie ma różnorodne znaczenia¹⁶⁷, zaś na potrzeby pracy będę rozumieć je dwojako – jako ułatwienie innej

¹⁶⁶ Warto zaznaczyć, iż wartościując zachowanie sprawcze należy zważać na zasady intertemporalne, zwłaszcza wynikającą z art. 4 § 1 k.k., stanowiącego że jeżeli w czasie orzekania obowiązuje ustawa inna niż w czasie popełnienia przestępstwa, stosuje się ustawę nową, jednakże należy stosować ustawę obowiązującą poprzednio, jeżeli jest względniejsza dla sprawcy. Nawet w oderwaniu od realiów konkretnej sprawy, ustawa rozszerzająca zakres penalizacji będzie dla sprawcy niekorzystna, co nakazuje stosowanie aktu normatywnego we wcześniejszym brzmieniu.

¹⁶⁷ Przykładowo P. Kardas za A. Wąskiem rozumie prowokacyjną pomoc stanowiącą „takie ułatwienie innej osobie popełnienia czynu zabronionego, którego celem jest skierowanie przeciwko tej osobie postępowania karnego (zob. *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1 – 52*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2016, s. 528. Podobnie M. Kulik, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2019, s. 95.

osobie popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego oraz zbliżone do psychicznego pomocnictwa utwierdzenie sprawcy bezpośredniego w podjętej decyzji popełnienia czynu zabronionego, także w celu skierowania przeciwko niemu postępowania karnego. W obu konfiguracjach dochodzi do wypełnienia znamion pomocnictwa, zwłaszcza że utwierdzenie w przekonaniu mieści się w znamieniu „ułatwienia” opisanego w art. 18 § 3 k.k. Podobnie jak przy zbiegu art. 18 § 2 k.k. oraz art. 24 k.k. problematyczne okazuje się określenie powiązań strony podmiotowej postaci, wpływających na kwalifikację prawną zarzucanego czynu. Przyjęcie założenia, że opis prowokacji wzbogacono o aspekt strony podmiotowej nakazuje kumulację obu przepisów w oparciu o art. 11 § 2 k.k. Z pozoru przy pomocnictwie problem przedstawia się inaczej, gdyż stosunek psychiczny określono szeroko, posługując się zwrotem „kto w zamiarze”, zaś sprecyzowany cel przyświecający pomocnikowi zawierałby się w ustawowym opisie umyślności. Jednakże trudno nie zauważyć, że zamiar pomocnika dotyczy dokonania czynu zabronionego przez inną osobę, lecz nie skierowania przeciwko niej postępowania karnego. Wydaje się, iż wypełnienie znamion czasownikowych czynu zabronionego może nastąpić przy zaistnieniu obu postaci zamiaru opisanych w art. 18 § 3 k.k. oraz art. 24 k.k., co uzasadniałoby przyjęcie kumulatywnej kwalifikacji na podstawie art. 11 § 2 k.k.

1.7. Prowokacja z art. 24 k.k. a formy sprawczego współdziałania

Rozważania w tym przedmiocie rozpoczną od omówienia kwestii równorzędności form sprawczych i niesprawczych przestępnego współdziałania, a następnie możliwości krzyżowania postaci niesprawczych ze sprawczymi stypizowanymi w art. 18 § 1 k.k., istotnego dla przyjęcia kumulatywnego zbiegu przepisów określonego w art. 11 § 2 k.k. w każdym z przypadków. Warto również poruszyć problem pozostawiania prowokacji z popełnionym następnie przez prowokatora czynem zabronionym w realnym zbiegu przestępstw. Dla celów rozważań wyodrębnią się następujące warianty:

1. jednoczynowej realizacji znamion prowokacji oraz innej formy sprawczej – współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego lub sprawstwa polecającego przez samego prowokatora,
2. popełnienia prowokacji w formie sprawczej przestępnego współdziałania przez inną niż prowokator osobę, tj. sprawstwo kierownicze lub sprawstwo polecające prowokacji,

3. popełnienia prowokacji oraz późniejszą realizację przez prowokatora znamion czynu zabronionego do którego nakłaniał, w kontekście pomijalnego zbiegu przestępstw.

Odnosząc się do pierwszego zagadnienia, w literaturze istnieją przeciwstawne poglądy o równorzędności form przestępnego współdziałania. Popierający pogląd o ich identycznym statusie normatywnym wywodzą, że każda postać ma indywidualny zestaw znamion, składający się ze zrębowego przepisu części ogólnej ustawy karnej oraz przepisu typizującego, zaś w obu przypadkach zagrożenie karą odpowiada granicom przewidzianym za sprawstwo¹⁶⁸. Z drugiej strony podnoszono, że formy sprawcze są nadrzędne wobec niesprawczych ze względu na wyższą zawartość bezprawia¹⁶⁹.

Zauważając zasadność argumentacji obu stron sporu, wydaje się, iż najistotniejsza dla rozstrzygnięcia podnoszonej kwestii jest dopuszczalność przypisania popełnienia czynu zabronionego w formie sprawczej zamiast niesprawczej współdziałania bądź odwrotnie. Odpowiedź na postawione pytanie jest ważna nie tylko z teoretycznego punktu widzenia, ale niesie istotne implikacje praktyczne. Przykład stanowi możliwość pozostawiania w zbiegu jednoczynowym przepisów zrębowych, co w postępowaniu sądowym wpłynie na zmianę kwalifikacji prawnej w granicach skargi oskarżycielskiej, po uprzednim pouczeniu na zasadzie art. 399 § 1 k.p.k. Niemniejsze znaczenie ma pozostawianie form w pomijalnym zbiegu przestępstw.

Intuicyjnie rozstrzygnięcie zbiegu kumulatywnego zależy od powiązań elementów przedmiotowych typów, przede wszystkim elementów czasownikowych. Drugorzędny problem stanowi to, czy zachowanie sprawcy przeistoczyło się z usiłowania w dokonanie, skoro faktycznie została wypełniona część znamion typu oraz stworzono zagrożenie dla dobra prawnego, lecz we wcześniejszym stadium realizacji czynu zabronionego. Powyższe założenie dotyczy zarówno następstwa prowokacji polegającego na wywołaniu u sprawcy wykonawczego decyzji realizacji bezprawnego zachowania, jak również wykonania czynu przez jednego ze współsprawców bądź sprawcę wykonawczego.

¹⁶⁸ P. Kardas, *Problem zbiegu przepisów ustawy karnej a różne postaci współdziałania*, Prok. i Pr. nr 7 – 8/2005, s. 116 i n.; tenże, *Kilka uwag o sposobach rozstrzygnięcia sporów dotyczących sprawczego współdziałania w popelnieniu przestępstwa indywidualnego*, NKPN nr 43/2017, s. 224 – 225; A. Z o l i, *Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępnego w projekcie kodeksu karnego*, PiP nr 6/1996, s. 35 i n.

¹⁶⁹ W nowszej literaturze nierówność form sprawczych i niesprawczych w zakresie karygodności akcentuje M. Kulik, *Z problematyki zakazu <<reformationis in peius>>*, BSP nr 1/2018, s. 107. W podobnym tonie wypowiada się K. Lipiński, *Strona podmiotowa pomocnictwa do czynu zabronionego znamiennego wyłącznie zamiarem bezpośrednim*, CzPKiNP nr 2/2017, s. 43.

Oceniając odpowiedzialność karną za zachowanie popełnione w formie sprawczej bądź niesprawczej, powinno się ustalić okoliczność wykonania czynu odpowiadającego opisowi typu, ze względu na wynikające z zasady akcesoryjności uzależnienie przypisania odpowiedzialności za przestępstwo w postaci sprawczej od wykonania czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego. W innym razie otwarta pozostaje możliwość przypisania usiłowania sprawstwa polecającego, kierowniczego bądź współsprawstwa.

Nie odnosząc się do modelowych koncepcji rozstrzygnięcia odpowiedzialności za współdziałanie, należy rozważyć poszczególne warianty faktyczne. Najprostsze, gdyż łączące pierwsze dwa nurty jest ukształtowanie powiązań prowokacji ze współsprawstwem, popełnianym przez sprawców w tożsamym czasie. Poza sporem pozostaje konstrukcyjna dopuszczalność wspólnego i porozumieniu nakłaniania innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego, co wyczerpywałoby łącznie dyspozycję art. 18 § 1 zd. 1 k.k. oraz 24 k.k. Jednakże warunkiem poniesienia odpowiedzialności przez wszystkie osoby uczestniczące w przestępstwie będzie ustalenie umyślnego wypełnienia znamion przedmiotowych, ponadto zawężonego do kierunkowej formy zamiaru. Organ procesowy byłby zobowiązany do zbadania treści porozumienia, ale również stosunków osobistych sprawców bądź sposobu ich komunikowania się. Gdyby wynik postępowania dowodowego nie dał podstaw do przypisania współdziałającym umyślności ujętej art. 24 k.k., trzeba by rozważyć odpowiedzialność za współsprawstwo podżegania. Doszłoby zatem do ekscesu współsprawcy i poniesienia prawnokarnych konsekwencji w granicach jego umyślności niezależnie od odpowiedzialności pozostałych (arg. z art. 20 k.k.).

Złożenie przedstawia się powiązanie sprawstwa kierowniczego z formą opisaną w art. 24 k.k. Przyjęło się twierdzić, że kierujący akcją przestępczą poprzez wydawanie innym osobom wiążących instrukcji ma wpływ na przebieg zdarzenia, przy czym może nakazać pozostałym współsprawcom własnoręczne wypełnianie znamion czynu zabronionego. Z kolei prowokator zmierza do wywołania w psychice innej osoby zamiaru popełnienia przestępstwa jeszcze przed podjęciem czynności charakteryzującej karalny typ. Rozważenia wymaga, czy nakłanianie mogłoby jednocześnie stanowić kierowanie bezprawnych zachowaniem. Wydaje się, iż nastąpiłoby to, gdyby w komunikacji o cechach nakłaniania pojawiły się jednocześnie wiążące wskazówki dotyczące wykonania czynu, gdyż „sprawstwo kryje w sobie czynności polegające na nakłanianiu innej osoby do określonego zachowania”¹⁷⁰. Dopełnienie kwalifikacji prawnej o art. 24 k.k. zależy od wypeł-

¹⁷⁰ P. Kardas, *Problem zbiegu przepisów ustawy karnej a różne postaci współdziałania*, Prok. i Pr. nr 7-8/2005, s. 119.

nienia unormowanej swoiście dla prowokacji przesłanki podmiotowej, tj. celu skierowania przeciwko nakłanianemu postępowania karnego. Całościowo ujęta kwalifikacja prawna oddawałaby zawartość naganności postępowania sprawcy, rzutu na wymiar kary, a pierwotnie ocenę karygodności czynu.

Ostatni wariant dotyczy jednoczynowej realizacji znamion prowokacji oraz sprawstwa polecającego, które są najbardziej zbliżone. Opisana w art. 18 § 1 zd. 4 k.k. postać polega na tym, że sprawca wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie czynu zabronionego. W katerycznym poleceniu zawiera się element nakłaniania, a wręcz można podnosić, że zawartość bezprawia tkwiąca w „rozkazie” przewyższa stopień naganności czynności opisanej w art. 18 § 2 k.k. Co istotne, wykorzystanie stosunku zależności łączącego sprawcę polecającego z bezpośrednim stanowi dodatkowe znamię czynu zabronionego świadczące o konsumpcji art. 18 § 2 k.k. przez art. 18 § 1 pkt 4 k.k. Jednakże brak poczynienia ustaleń odnośnie do relacji współdziałających umożliwia przypisanie sprawcy niewykonawczemu odpowiedzialności za podżeganie. Wobec tego, uzasadnione jest twierdzenie o braku równorzędności form przestępnego współdziałania. Powyższa teza traci na aktualności podczas określania powiązań sprawstwa kierowniczego z prowokacją, która zawiera dodatkową przesłankę „celu skierowania przeciwko niej (osobie prowokowanej – przyp. M.G.) postępowania karnego”. Aspekt strony podmiotowej bezsprzecznie wpływa na wartościowanie tożsamego ontologicznie zachowania, zwiększając stopień bezprawia i uzasadnia połączenie przepisów w zbiegu kumulatywnym na mocy art. 11 § 2 k.k.

W powyższych konfiguracjach przyjąłam, iż pomiędzy przepisami istnieje zbieg kumulatywny, którego konsekwencje uwidaczniają się na poziomie wymiaru kary. Zgodnie z art. 11 § 3 k.k. sąd wymierza karę na podstawie przepisu przewidującego karę najsurowszą, co nie stoi na przeszkodzie orzeczeniu innych środków przewidzianych w ustawie na podstawie wszystkich zbiegających się przepisów, zaś ustawowe zagrożenie karą za każdy ze zbiegających się czynów ukształtowano w granicach przewidzianych za sprawstwo pojedyncze. Zatem należałoby indywidualnie rozważyć, który przepis lepiej oddaje naganność zachowania, przypuszczając, iż ściśle określony cel przyświecający sprawcy odnoszący się do spowodowania negatywnych następstw u innej osoby będzie przemawiał za wymierzeniem kary w oparciu o art. 24 k.k.

Omawiając przykłady udziału osoby trzeciej w wypełnianiu znamion prowokacji z art. 24 k.k., oprócz współsprawstwa prowokacji wyróżnię dwa warianty, tj. kierowania prowokatorem w nakłanianiu innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko prowokowanemu postępowania

karnego (sprawstwo kierownicze prowokacji) oraz wykorzystanie uzależnienia prowokatora od siebie polecając mu nakłanianie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko prowokowanemu postępowania karnego (sprawstwo polecające prowokacji).

W pierwszym przypadku wyobrażalne byłoby sterowanie zachowaniem prowokatora, chociażby przez wskazanie okoliczności, w których miałby „nakłaniać” do popełnienia czynu zabronionego, panując nad przebiegiem wykonywanej pod jego dyktando czynności. Z drugiej strony wątpliwości rodzi określenie strony podmiotowej inkryminowanego zachowania, gdyż nie sposób przyjąć, by sprawca niewykonawczy wpływał na przyświecający „właściwemu prowokatorowi” zamiar, zwłaszcza cel skierowania przeciwko prowokowanemu postępowania karnego. Trudno wymagać od sprawcy kierowniczego by obejmował umyślnością świadomość znaczenia czynu wykonywanego przez innego sprawcę. Jednak nie sposób wykluczyć, by właśnie sprawcy kierowniczemu przyświecał cel skierowania postępowania karnego przeciwko innej osobie, czym wypełniłby znamiona przestępstwa z art. 18 § 1 zd. 3 k.k. w związku z art. 24 k.k. w związku z przepisem typizującym. Owa „kaskadowa prowokacja” okazuje się zjawiskiem niezwykle interesującym, bowiem zostaje realizowana za pośrednictwem prowokatora, lecz w zamiarze powziętym przez kierującego. Można zadać pytanie o kwalifikację zachowania nakłaniającego, któremu nie przyświecałby cel skierowania przeciwko innej osobie postępowania karnego. Biorąc pod uwagę treść powoływanego wielokrotnie art. 20 k.k. dopuszczalne byłoby przypisanie popełnienia przestępstwa w formie podżegania, pod warunkiem spełnienia kryteriów z art. 18 § 2 k.k., co stanowiłoby łagodzący odpowiedzialność eksces po stronie współdziałającego. Jeśli nie udowodniono by wypełnienia przez prowokatora (podżegacza) kompletu znamion formy niesprawczej, dopuszczalne byłoby uznanie, że kierujący zrealizował swoje zachowanie sprawcze w stadialnej formie usiłowania, bowiem rozpoczął wypełnianie czynności wykonawczej (kierowania) nie osiągając celu, często z przyczyn niezależnych¹⁷¹. Zachowując spójność z wcześniejszymi wywodami, należałoby założyć, iż dokonanie czynu zabronionego w formie sprawstwa kierowniczego następuje z chwilą wypełnienia znamion przedmiotowych wzorca z art. 24 k.k., tj. w razie wywołania przez prowokatora u innej osoby decyzji o wypełnieniu znamion czynu zabronionego. Podobnie należy spojrzeć na sprawstwo

¹⁷¹ Odmienne twierdzi A. Liszewska, odróżniająca niekaralne usiłowanie kierowania czynem zabronionym od usiłowania dokonania czynu zabronionego w formie sprawstwa kierowniczego, podlegającego karnoprawnemu wartościowaniu na ogólnych zasadach. Zob. *Z problematyki kodeksowej regulacji współdziałania przestępnego*, PiP nr 7/2013, s. 90.

polecające, gdyż dopuszczalny jest wariant, w którym sprawca polecający wykorzystuje nadrzędność wobec prowokatora wydając mu polecenie nakłonienia innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, w celu skierowania przeciwko prowokowanemu postępowania karnego. Wobec podobieństwa konstrukcyjnego sprawstwa polecającego z kierowniczym, czy jak się twierdzi – cienkiej granicy dzielącej te postaci współdziałania - aktualne pozostają pozostałe uwagi czynione na kanwie sprawstwa kierowniczego.

W aspekcie dotyczącym powiązania prowokacji z późniejszym wykonaniem znamion czynu zabronionego do którego nakłaniano prowokowanego, odwołując się do poczynionych w pkt 6 ustaleń, można wywieść ogólną zasadę o możliwości ich pozostawiania w realnym zbiegu przestępstw. Po pierwsze, pomiędzy zachowaniami rzadko będzie istniał związek funkcjonalny pozwalający na twierdzenie, że prowokacja jest narzędziem lub warunkiem wypełnienia przez prowokatora czynu zabronionego stanowiącego przedmiot nakłaniania. Ponadto oba zachowania cechują się wysokim stopniem karygodności, zwłaszcza że prowokator wobec bezskuteczności wcześniejszego działania własnoręcznie wcieli przestępczy plan w życie, godząc w dobro chronione przepisem typizującym. Atak na więcej niż jedną wartość powinien spotkać się z odpowiednią reakcją, którą gwarantuje wymiarzenie kary łącznej na mocy art. 85 i następnych Kodeksu karnego.

1.8. Prowokacja z art. 24 k.k. a inne wzorce czynów zabronionych

1.8.1. Wprowadzenie

Omówienie współistnienia prowokacji z pozostałymi formami popełnienia przestępstwa prowadzi od ustalenia powiązań postaci z art. 24 k.k. i innych przepisów typizujących, przy czym rozważania zostaną ograniczone do ujętych w rozdziale XXIII kodeksu („przestępstwa przeciwko wolności”) oraz rozdziale XXX („przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości”). Unormowaną w art. 24 k.k. formę przestępczego współdziałania najwięcej łączy ze wskazanymi typami czynów zabronionych, ze względu na przedmiot ochrony bezpośredniej lub pośredniej.

Warto podkreślić, że ustalenie powiązań prowokacji z występami wymienionymi w ustawie karnej stanowi zadanie skomplikowane, porównywalne do określenia zależności pomiędzy pozostałymi postaciami przestępczego współdziałania. Wszystkie formy opisane w art. 18 k.k. odnoszą się do konkretnego typu, natomiast przestępstwa z rozdziałów XXIII oraz XXX zawierają własny

komplet znamion. W tej części pracy zbadam związki pomiędzy przesłankami wyrażonymi w zrębowo unormowanym art. 24 k.k. a przepisem szczególnym będzie wystarczające.

1.8.2. Prowokacja z art. 24 k.k. a przestępstwa przeciwko wolności

W moim przekonaniu związki prowokacji z typami godzącymi w wolność psychiczną człowieka są najściślejsze, zwłaszcza dotyczy to występów z art. 190 § 1 k.k., art. 190a § 1 k.k. oraz art. 191 § 1 k.k.¹⁷², przy czym odniosę się wyłącznie do jednoczynowego wyczerpywania znamion określonych w powołanych przepisach. Należy sądzić, że prowokacja z art. 24 k.k. będzie pozostawać w realnym zbiegu z którymkolwiek z wymienionych przestępstw, również w relacji współukarania, rozstrzyganej w oparciu o uniwersalne kryteria.

Analizę należałoby rozpocząć od odtworzenia zawartości normatywnej art. 190 § 1 k.k. jako najogólniej opisanego zachowania skierowanego przeciwko wolności psychicznej. Tytułem przypomnienia, odpowiedzialności karnej podlega każdy, kto grozi innej osobie popełnieniem przestępstwa na jej szkodę lub szkodę osoby najbliższej, jeżeli groźba wzbudza w zagrożonym uzasadnioną obawę, że będzie spełniona. Zarówno przestępstwo prowokacji oraz opisany występek chronią swobodę pokrzywdzonego od ingerencji w jego sferę mentalną, choć przestępstwo z art. 190 § 1 k.k. odnosi się do takich wartości jak „poczucie bezpieczeństwa, rozumianego jako wolność od strachu i obawy o naruszenie innych jego - lub osób mu najbliższych – dóbr”¹⁷³. Wykładnia znamion czasownikowych obu wzorców prowadzi do wniosku, iż nie pozostają w relacji krzyżowania. Pojęcie „grożenia” oznacza „zapowiadanie czegoś złego” bądź „stwarzanie stanu niebezpieczeństwa lub bycie niebezpiecznym”, które w kontekście opisu przestępstwa z art. 190 § 1 k.k. dotyczy wyłącznie popełnienia przestępstwa szkodzącego pokrzywdzonemu lub osobie jemu najbliższej¹⁷⁴. Jeżeli porównać czynność „grożenia” z „nakłanianiem” to zrealizowanie przesłanek art. 190 § 1 k.k. wymaga bezpośredniego oraz stanowczego oddziaływania na psychikę pokrzywdzonego, wywołując obawę spełnienia groźby. Taka interpretacja bardziej przypomina polecenie wydane sprawcy bezpośrednio aniżeli wysublimowane w środkach przekazu nakłanianie, będące wyrazem zgubnej w skutkach perswazji.

¹⁷² Szerzej o relacjach pomiędzy przepisami w wyroku SA w Lublinie z dnia 25 czerwca 2014 r. w sprawie o sygn. II AKa 124/14, Legalis nr 1062354.

¹⁷³ Tak SN w postanowieniu z dnia 15 lutego 2007 r., sygn. IV KK 273/06, OSNwSK 2007/1/444.

¹⁷⁴ N. Kłaczyńska, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, J. Giezek (red.), D. Gruszecka, N. Kłaczyńska, G. Łabuda, A. Muszyńska, T. Razowski, Warszawa 2014, s. 465.

Zauważam różnicę w ukształtowaniu strony podmiotowej obu wzorców, istotnej okoliczności wyznaczającej granice tożsamości czynu¹⁷⁵. Nie sposób pominąć, że groźący dąży do wywołania strachu w odczuciach pokrzywdzonego, ograniczającego lub wyłączającego możliwość racjonalnego postępowania. Z drugiej strony prowokator poprzez nakłanianie ma wpłynąć na procesy decyzyjne innej osoby i wywołać zamiar popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego. Przeciwnie określony stosunek psychiczny sprawcy do czynu, dotyczący odmiennie unormowanych elementów opisu typu, nie wystąpi przy jednoczesnej realizacji przesłanek wynikających z obu przepisów. Zadaniem organu procesowego będzie poczynienie ustaleń faktycznych wpływających na prawidłowość przyjmowanej kwalifikacji prawnej, ale również tryb postępowania, gdyż zgodnie z art. 190 § 2 k.k. analizowany występki ściga się na wniosek pokrzywdzonego.

Zgodnie z art. 190a § 1 k.k. penalizuje się uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej, jeśli wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność. Posłużenie się przez ustawodawcę pojęciem „nękania” podobnego w warstwie językowej do „znęcania”, wymaga ustalenia więcej niż jednorazowego godzenia w dobro prawne, co skutkuje zaliczeniem występkę do grupy przestępstw trwałych¹⁷⁶. Kolejnym argumentem wspierającym tę tezę jest zawarty w przepisie przysłówki „uporczywie”, oznaczający „nieustanne oraz istotne naruszanie prywatności innej osoby oraz na wzbudzeniu w pokrzywdzonym uzasadnionego okolicznościami poczucia zagrożenia”¹⁷⁷. Z kolei kodeksowa prowokacja to przestępstwo jednochwilowe, które zasadniczo mogłoby stanowić element występkę z art. 190a § 1 k.k. Trudno zaprzeczyć, aby nakłanianie do zachowania sprawczego nosiło cechy nękania, lecz karalne zachowanie pozostaje ukierunkowane na osiągnięcie odmiennych rezultatów. Istotą stalkingu stanowi wzbudzenie w pokrzywdzonym poczucia zagrożenia, ograniczającego zdolność do podejmowania właściwych decyzji, zaś prowokację charakteryzuje dążenie do powstania w psychice prowokowanego zamiaru przestępczego. Wybór właściwej kwalifikacji prawnej zarzucanego czynu będzie zależał od wyniku postępowania dowodowego, natomiast poczynione uwagi o realnym zbiegu przestępstw pozostają aktualne.

¹⁷⁵ Tak wyrok SA w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2009 r., sygn. II AKa 405/08, LEX nr 519653; wyrok SA w Katowicach z dnia 15 stycznia 2009 r., II AKa 321/08, KZS 2009, z. 7-8, poz. 81.

¹⁷⁶ Tak wyrok SA we Wrocławiu z dnia 19 lutego 2014, sygn. II AKa 18/14, KZS 2014 nr 7-8, poz. 98.

¹⁷⁷ Postanowienie SN z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. III KK 417/13, KZS 2014 nr 6, poz. 26.

Prowokacja z art. 24 k.k. wykazuje najwięcej związków z typem opisanym w art. 191 § 1 k.k. penalizującym stosowanie przemocy wobec osoby lub groźby bezprawnej w celu zmuszenia innej osoby do określonego działania, zaniechania lub znoszenia. Ustawa karna enumeratywnie wymienia sposoby postępowania sprawcy dążącego do osiągnięcia opisanego w przepisie zamiaru, zaś inne naganne czynności pozostają prawnie obojętne. Bezspornie w art. 191 § 1 k.k. chroni się wolność psychiczną człowieka, a precyzyjniej rzecz ujmując, swobodę wyboru postępowania¹⁷⁸. Jeśli założy się, że przemoc bądź groźba bezprawna służą zmuszeniu do konkretnej aktywności bądź bierności, należałoby rozważyć, czy mogą stanowić odmianę znamienia czynności wykonawczej przestępstwa z art. 24 k.k.

Nie zachodzą przeszkody, aby nakłanianie do popełnienia czynu zabronionego następowało nie za pomocą wysłania do prowokowanego komunikatu werbalnego, lecz przy użyciu siły fizycznej odpowiadającym pojęciu „przemocy na osobie”, godzącym w integralność cielesną człowieka. Interesująco przedstawia się stosowanie groźby bezprawnej zdefiniowanej w art. 115 § 12 k.k., będącej zarówno groźbą o której mowa w art. 190 k.k., jak i groźbą spowodowania postępowania karnego lub innego postępowania, w którym może zostać nałożona administracyjna kara pieniężna, jak również rozgłoszenia wiadomości uwłaczającej czci zagrożonego lub jego osoby najbliższej. Z brzmienia przepisu wynikałoby, iż przedmiotem oddziaływania sprawcy jest wyłącznie pokrzywdzony, a występki z art. 191 § 1 k.k. nie chroni nawet pośrednio wartości wywodzonych z przepisów szczególnych, w przeciwieństwie do prowokacji. Z drugiej strony trudno kwestionować, iż stosowanie groźby cechuje się wyższym od nakłaniania stopniem naganności, pochłaniając zawartość bezprawia tej czynności wykonawczej. Wskazane faktory odnoszące się do dóbr prawnych oraz kształtu znamion przedmiotowych uzasadniałyby pozostawianie art. 24 k.k. w kumulacji z art. 191 § 1 k.k. Potwierdza to wynik wykładni elementów strony podmiotowej – może zaistnieć sytuacja, w której odpowiadające znamieniu „nakłaniania” stosowanie groźby bezprawnej lub przemocy na osobie, spowoduje skutek w postaci wywołania w pokrzywdzonym zamiaru popełnienia czynu zabronionego, również w celu skierowania przeciwko niemu postępowania karnego. Złożona kwalifikacja prawna odpowiadałaby naganności zachowania sprawczego, przy czym ze względu na konstrukcję prowokacji powiązanej z konkretnym czynem zabronionym, należało by w niej uwzględnić przepis części szczególnej, określający przedmiot nakłaniania. Powyższe twierdzenie rodzi pytanie o możliwości zastosowania reguł

¹⁷⁸ Wyrok SA we Wrocławiu z dnia 31 maja 2016 r., sygn. II AKa 124/16, Legalis nr 1470176.

wyłączenia wielości ocen, tj. konsumpcji lub subsydiarności. Przeciwno temu rozwiązaniu przemawiałyby różnorodność dóbr chronionych przez prowokację oraz kształt znamion strony podmiotowej, cechującej się w istocie „podwójną kierunkowością”, niezależnie od granic ustawowego zagrożenia wynikającego z łączących się w przestępstwo typów – wtórnych wobec rozstrzygnięcia stosunków logicznych pomiędzy opisami wzorców. W przypisywanym sprawcy w wyroku czynnie powinny znaleźć odzwierciedlenie elementy zaczerpnięte ze wszystkich przepisów typizujących, tworzące łącznie nowy byt prawny. Podnieść należy, iż związki prowokacji z innymi występkami określonymi w kodeksie nie są znaczące, chociaż element „prowokowania” wpływa na zakres odpowiedzialności na różnych poziomach karnoprawnego wartościowania.

1.8.3. Prowokacja z art. 24 k.k. a przestępstwa przeciwko wymiarowi sprawiedliwości

Ujęty w opisie kodeksowej prowokacji cel skierowania przeciwko prowokowanemu postępowania karnego nakazuje wskazanie istniejących pomiędzy przestępstwem z art. 24 k.k. a występkami wymienionymi w rozdziale XXX Kodeksu powizań.

Z perspektywy kumulacji norm najdalej idące powiązania prowokacji uważa się z przestępstwem bezskutkowym z art. 235 k.k.¹⁷⁹, który stanowi że odpowiedzialności karnej podlega każdy, kto przez tworzenie fałszywych dowodów lub inne podstępne zabiegi, kieruje przeciwko określonej osobie ściganie o przestępstwo, w tym i przestępstwo skarbowe, wykroczenie, wykroczenie skarbowe lub przewinienie dyscyplinarne albo w toku postępowania zabiegi takie przedsięwzięje.

Wydaje się, że nakłanianie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego stanowi jeden ze sposobów wypełnienia znamienia czasownikowego występkę z art. 235 k.k. mieszcząc się w nieostrych pojęciu „podstępnego zabiegu”, zaś kierowanie ścigania karnego przeciwko prowokowanemu to dalej idący niż określony w art. 24 k.k. cel, co nie prowadziło do przyjęcia kumulatywnego zbiegu przepisów w myśl art. 11 § 2 k.k. Ponadto redakcja przepisu sugeruje, że sprawca bezprawnym postępowaniem bezpośrednio ingeruje jedynie w prawidłowe funkcjonowanie wymiaru sprawiedliwości, wykorzystując wymienione w ustawie środki, ale nie godząc w wolność psychiczną prowokowanego. Warto

¹⁷⁹ Szerzej W. Wróbel, A. Wojtaszczyk, W. Zontek, [w:] *System Prawa Karnego. tom 8. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, red. L. Gardocki, Warszawa 2015, s. 700 – 701.

podkreślić, iż odpowiedzialność prowokatora ogranicza się wyłącznie do wywołania u prowokowanego zamiaru popełnienia czynu zabronionego, a dla wypełnienia przesłanek formy niesprawczej „kierowanie” ścigania przeciwko sprawcy wykonawczemu jest nieistotne. Podejmowanie podstępnych kroków mających na celu ściganie prowokowanego, chociażby poprzez złożenie zawiadomienia do organu procesowego o zaistnieniu niepopełnionego przestępstwa (art. 234 k.k.), często nastąpi po dokonaniu prowokacji, zaś oba przestępstwa pozostaną ze sobą w realnym zbiegu, chyba że znajdą podstawy do przyjęcia konstrukcji czynów współukaranych.

Nie należy jednak wykluczyć jednoczynowego wypełnienia dyspozycji art. 24 k.k. i art. 235 k.k. w razie uprzedniego przygotowania akcji przez prowokatora, z której przebiegiem zapoznaje się funkcjonariusz publiczny. Przykładowo będzie to nakłanianie prowokowanego do popełnienia czynu zabronionego, następujące przed komisariatem Policji, z powołaniem okoliczności domniemanego przestępstwa. Dochodzi wówczas do naruszenia dobra prowokowanego oraz prawidłowego funkcjonowania aparatu państwa, wymagającego „włączenia” do kwalifikacji prawnej powstałego przestępstwa wszystkich przepisów typizujących, połączonych „klamrą” art. 11 § 2 k.k. Podobnej ocenie podlega utrwalanie zdarzenia przez prowokatora bez zgody interlokutora, wyczerpujące dyspozycję art. 267 § 3 k.k.¹⁸⁰, ze względu na atak różnych wartości, wyłączający zastosowanie reguły konsumpcji bądź subsydiarności. Dodatkowo znaczenia nabiera prawo do obrony, przysługujące jednostce od momentu powzięcia przez organ procesowy pierwszej czynności zmierzającej do ustalenia jej odpowiedzialności karnej¹⁸¹, niezależnie od przyznanego statusu procesowego osoby podejrzanej¹⁸². Nierzadkim sposobem uniknięcia konsekwencji przez sprawcę będzie podjęcie czynności powodujących skierowanie ścigania karnego przeciwko osobie trzeciej¹⁸³, wiążące

¹⁸⁰ Postanowienie SN z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. II KK 265/15, LEX nr 2365149.

¹⁸¹ S. Steinborn, M. Wąsek – Wiaderek, *Moment uzyskania statusu bierniej strony postępowania karnego z perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej*, [w:] *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rogacka – Rzewnicka, H. Gajewska – Kaczkowska, B. T. Bienkowska, s. 434 i n., P. Nowak, *Definicja podejrzanego i oskarżonego a konstytucyjne prawo do obrony*, CzPKiNP nr 4/2016, s. 64 – 70.

¹⁸² W. Wróbel, *Konstytucyjne prawo do obrony w perspektywie prawa karnego materialnego*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska - Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010, s. 225.

¹⁸³ Nie poruszając problemu odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych zeznań przez sprawcę czynu zabronionego, warto zwrócić uwagę na kontrowersyjne unormowanie art. 233 § 1a k.k. w sposób oczywisty ograniczający konstytucyjne gwarancje jednostki. Podobne poglądy wyrażono w nowszym piśmiennictwie - M. J. Szewczyk zauważa, że penalizacja zachowania sprawcy czynu zabronionego nie mającego statusu podejrzanego prowadzi do dwukrotnej odpowiedzialności za to

się z wypełnieniem elementów różnych czynów zabronionych, w tym prowokacji z art. 24 k.k.

Omawiane prawo ma konstytucyjne zakorzenie (art. 42 ust. 3), jednakże nie ma bezwzględnego charakteru, za czym przemawia treść art. 74 § 2 k.p.k., nakazującego osobie podejrzaną poddanie się określonym czynnościom. Należy zwrócić uwagę na jego inny wymiar, umożliwiający zainteresowanemu podejmowanie różnych aktywności pozwalających na uwolnienie od represji. Skomplikowane będzie wyczerpujące wyliczenie komponentów wypełniających zawartość normatywną art. 6 k.p.k., co zwykle następuje w konkretnych realiach. Należy zaaprobować tezę, że nieprzekraczalną granicę korzystania przez podejrzanego z uprawnień obronnych stanowi realizacja znamion czynu zabronionego¹⁸⁴, zwłaszcza że wedle art. 74 § 1 k.p.k. nie ma obowiązku dowodzenia swej niewinności ani obowiązku dostarczania dowodów na swoją niekorzyść, zaś na oskarżycielu spoczywa obowiązek wykazania sprawstwa oskarżonego. Jednakże zachowania wykraczające poza ramy prawne, głównie przepisy k.p.k., rodzą zasadność poniesienia odpowiedzialności na ogólnych zasadach. Wniosek pozostaje aktualny w razie wyczerpania tożsamym czynem elementów dwóch lub więcej przepisów karnych, zwiększających poziom społecznej szkodliwości konkretnego zachowania.

1.9. Konsekwencje popełnienia prowokacji

Popełnienie prowokacji zasadniczo wiąże się z zastosowaniem jakiegoś środka reakcji karnej. Tytułem przypomnienia, ustawowe zagrożenie za prowokację powiązane z granicami wskazanymi w przepisie typizującym, opisującym zachowanie do którego popełnienia nakłaniał sprawca. Tym sposobem zdeterminowano możliwości z których może korzystać sąd, przykładowo nadzwyczajnego złagodzenia kary (art. 60 § 6 k.k.), warunkowego umorzenia postępowania (art. 67 § 1 k.k.) czy wymierzenia tzw. kary mieszanej na mocy art. 37a k.k. Dla poczynienia ustaleń ogólnej natury, istotniejsze okazują się przesłanki społecznej szkodliwości czynu wymienione w art. 115 § 2 k.k. oraz dyrektywy z art. 53 § 1 k.k.

samo zachowanie (zob. *Zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy z obawy przed odpowiedzialnością karłą grożącą sprawcy lub jego najbliższemu* (art. 233 § 1a k.k.), Prok. i Pr. nr 9/2018, s. 148; zaś A. Jezusek zwraca uwagę na praktyczne naruszenie zasady równości wobec prawa (zob. *Możliwość dezinformowania przez świadka a organów postępowania w świetle prawa do obrony, zasady równości wobec prawa i zasady praworządności a realizacja znamion występku z art. 233 § 1a k.k.*, CzPKiNP nr 4/2016, s. 139).

¹⁸⁴ Tak wyroki SN z dnia 20 marca 2018 r., sygn. II KK 357/17, LEX nr 2472500 oraz z dnia 26 marca 2015 r., sygn. V KK 329/14, LEX nr 1666919.

Zanim przedstawię wątpliwości związane z interpretacją powołanych przepisów wspomnę o dwóch problemach pojawiających się przy wartościowaniu czynu prowokatora, a mianowicie wyłączenia możliwości zastosowania wobec prowokatora art. 22 i 23 k.k., dających podstawę złagodzenia odpowiedzialności podlegacza lub pomocnika oraz czynnego żalu przy współdziałaniu.

Uniemożliwienie umniejszenia odpowiedzialności prowokatora na płaszczyźnie przypisania przestępstwa bądź wymiaru kary ma uzasadnienie aksjologiczne. Za decyzją ustawodawcy przemawiają dwa zasadnicze powody – ładunek społecznej szkodliwości prowokacji *in abstracto* oraz istotny udział prowokatora w całości przestępnego zdarzenia, zwłaszcza jego inicjującą całokształt przestępstwa rolę. Kształt znamion strony przedmiotowej, ale jeszcze bardziej strony podmiotowej, świadczy o wysokiej naganności tej postaci współdziałania. Ustawodawca założył, że udział sprawcy wywołującego nie kończy się „nakłanianiu” wyrażonym art. 24 k.k. Niejednokrotnie prowokator urzeczywistni cel skierowania przeciwko prowokowanemu postępowania karnego, chociażby składając fałszywe zawiadomienie o możliwości popełnienia przestępstwa. Nie sposób wywodzić, iż czerpanie korzyści z nieetycznego zachowania mogłoby zostać usprawiedliwione. Ponadto argumenty wspierające wyłączenie stosowania art. 22 i 23 k.k. mają walor pragmatyczny, bowiem jeśli cel sprawcy tkwi w wyeliminowaniu kogoś ze społeczeństwa, to podejmowanie prób zapobieżenia dokonaniu czynu zabronionego przez wykonawcę prawdopodobnie zapewne nie nastąpi. Wręcz przeciwnie – w interesie sprawcy leży wówczas popełnienie przez prowokowanego czynu zabronionego, uzasadniające zastosowanie mechanizmów penalnych – środków zapobiegawczych w postępowaniu przygotowawczym oraz kar bądź środków karnych wymierzanych w wyroku.

Z innej strony patrząc, wobec prowokującego popełniającego działającego w stanie całkowitej bądź ograniczonej poczytalności mogą znaleźć zastosowanie środki zabezpieczające. Odczytując art. 93b § 1 k.k. warunkujący stosowanie wyliczonych w art. 93a k.k. mechanizmów reakcji, zwraca uwagę na ich ostateczny charakter¹⁸⁵. Z kolei przesłanka konieczności wiąże się z udowodnieniem, iż ingerencja w sferę osobistą sprawcy umożliwi mu oprzeć się popełnieniu czynu zabronionego. Warto podkreślić, że ocena prawna abstrakcyjnie ujętych przesłanek, poprzedzona przeprowadzeniem w sprawie dowodu z opinii biegłego (art. 193 § 1 k.p.k.), nakazuje sądowi daleką idącą ostrożność, zwłaszcza że wykonywanie środków następuje bez zgody oskarżonego. Przyjmując, że prowokacja stanowi

¹⁸⁵ A. Barczak – Oplustil, [w:] *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, red. W. Wróbel, Kraków 2015, s. 671.

przestępstwo abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, trudno wywodzić, iż prowokator spowodował niebezpieczeństwo dla dóbr, uzasadniające orzekanie o środkach wymienionych w rozdziale X ustawy karnej. Jeżeli twierdzi się, że w art. 24 k.k. określono zrębowo typ naruszenia dobra prawnego godzącego w wolność psychiczną człowieka, rozstrzygnięcie w tej materii wydaje się właściwie uzasadnione. Wydaje się, iż stosowanie środków zabezpieczających powinno odzworowywać kryteria przyjmowane przy orzekaniu o odpowiedzialności sprawców występów z rozdziału XXIII k.k., gdyż obie grupy wzorców są podobne, zaś łączy je ochrona tożsamej wartości.

Powracając do społecznej szkodliwości czynu, której przesłanki zostały unormowane w art. 115 § 2 k.k.¹⁸⁶, trzeba określić znaczenie poszczególnych czynników tworzących w myśl art. 1 § 2 k.k. materialny element przestępstwa¹⁸⁷. Należy zwrócić uwagę na rodzaj i charakter naruszonego dobra, sposób i okoliczności popełnienia czynu, postać zamiaru oraz motywację sprawcy.

Najbardziej zbliżonymi elementami odnoszącymi się do aspektów psychologicznych przestępstwa są wkomponowane w opis typu zamiar oraz stanowiąca wyraz procesów wolicjonalnych motywacja. Wstępnie zakładam, że „motywacja” to stosunek psychiczny, oznaczający „przemyślane dążenie sprawcy do osiągnięcia określonego stanu”¹⁸⁸, kojarzący się z zamiarem bezpośrednim. W tym kontekście uprawnione jest twierdzenie, że stanowi kwalifikowaną formę umyślności opisanej w art. 9 § 1 k.k., co na gruncie kodeksowym widać chociażby w art. 148 § 2 pkt 3 k.k. w wyrażeniu „w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie”¹⁸⁹. Identyczny wniosek wywodzi się z art. 24 k.k., w którym „cel skierowania przeciwko niej (prowokowanemu – przyp. M.G.) postępowania karnego” mógłby stanowić zarówno motywację prowokatora, jak również element strony podmiotowej. Z drugiej strony motywacja tkwi w innych okolicznościach

¹⁸⁶ M. Nawrocki, *Błędy ustawodawcy w Kodeksie karnym*, PS nr 2/2017, s. 110 wraz z powołaną tam literaturą.

¹⁸⁷ Interesujące uwagi co do sposobu stopniowania karygodności czynu *in concreto* przedstawił D. Zajac, *Stopień społecznej szkodliwości czynu jako okoliczność rzutująca na wymiar kary*, PiP nr 11/2017, s. 59 – 61.

¹⁸⁸ Szerzej R. Zawłocki, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1 – 116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 1388.

¹⁸⁹ Na kanwie art. 148 § 2 pkt 3 k.k. pojawiło się dość kontrowersyjne twierdzenie, że przestępstwo w wyniku motywacji zasługującej na szczególne potępienie może być popełnione także w zamiarze wynikowym - tak wyrok SA w Gdańsku z dnia 10 grudnia 2015 r., sygn. II AKa 370/15, LEX nr 2031188 oraz wyrok SA we Wrocławiu z dnia 20 listopada 2013 r., sygn. II AKa 357/13, LEX nr 1403006. Główny argument przeciwko tej koncepcji wynika z kształtu wzorca, przede wszystkim jego kwalifikowany przez okoliczność statyczną charakter. Podnosząc widelki zagrożenia karą, ustawodawca dał wyraz swojej negatywnej ocenie aksjologicznej podjętych zachowań. Trudno również uzasadnić „potępienie” w sytuacji, gdy sprawca nie postępuje w sposób przemyślany.

stanu faktycznego, niezwiązanych z ustawowym ujęciem znamion, wykraczając poza opis typu, np. zasługująca na krytyczną ocenę motywacja ekonomiczna¹⁹⁰, czy dążenie do wyeliminowania z rywalizacji rynkowej kluczowego przeciwnika, zwiększające stopień naganności zachowania sprawczego. Organ procesowy ma obowiązek zważyć nie tylko na wynikający z art. 24 k.k. cel skierowania postępowania karnego przeciwko prowokowanemu, stanowiący kluczową przesłankę przypisania sprawcy odpowiedzialności za zarzucany czyn, ale nadto poczynić dalsze ustalenia faktyczne, z których wnioskuje się o motywacji działania prowokatora. Na gruncie procesowym mogą służyć temu wszelkie środki dowodowe, przykładowo zeznania świadków powołanych na okoliczność ustalenia przebiegu relacji sprawcy i pokrzywdzonego, co powinno zostać zaznaczone w uzasadnieniu orzeczenia (arg. z art. 424 § 1 pkt 1 k.p.k.).

Wykazanie różnic w sposobie interpretacji pojęcia „motywacja” nakazuje podjęcie rozważań dotyczących „postaci zamiaru”, rodząc pytanie o zasadność uwzględniania formy umyślności opisanej w art. 24 k.k. w czynnikach kształtujących stopień społecznej szkodliwości. Posłużenie się w art. 115 § 2 k.k. przytaczanym zwrotem powoduje obowiązek oceny zawartości karygodności, wtedy gdy przypisywany czyn zabroniony może być popełniony w zamiarze bezpośrednim bądź wynikowym. Przy prowokacji cechującej się wąskim i kierunkowym ujęciem zamiaru, trudno odnaleźć przestrzeń na dokonywanie wartościowania w materialnym kontekście, zaś element strony podmiotowej stanowiący komponent zespołu znamion typu zawiera się w pojęciu „motywacji”.

Pomijając aspekty związane ze stosunkiem psychicznym sprawcy do czynu, powróć do analizy przesłanek o przedmiotowym charakterze, takich jak rodzaj i charakter naruszonego dobra oraz sposób i okoliczności popełnienia czynu. Wydaje się, iż atak sprawcy na sferę wolności psychicznej prowokowanego wymaga stanowczej reakcji, przejawiającej się w ustalaniu stopnia karygodności czynu. Istotne zdaje się uzależnienie oceny tego czynnika współkształtującego strukturę przestępstwa od znamion czynu zabronionego stanowiącego przedmiot nakłaniania. Nie sposób pominąć, że prowokacja odnosi się do różnych zachowań, uznanych przez ustawodawcę za szkodliwe w zróżnicowanym stopniu. Czym innym jakościowo jest nakłanianie do zabójstwa drugiego człowieka (art. 24 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k.) niż prowokowanie naruszenia nietykalności cielesnej innej osoby (art. 24 k.k. w zw. z art. 217 § 1 k.k.). Chociaż w obu przypadkach prowokator godzi w wolność prowokowanego, tak w zależności od

¹⁹⁰ Tak wyrok SA w Szczecinie z dnia 26 kwietnia 2017 r., sygn. II AKa 191/16, LEX nr 2295144.

przedmiotu nakłaniania pozostawia sprowokowanemu różny stopień swobody w podjęciu decyzji o popełnieniu czynu zabronionego. Pośrednio wiąże się to z urzeczywistnieniem ochrony wartości określonych w przepisie szczególnym stanowiącym przedmiot nakłaniania, w razie wykonania elementów typu przez sprawcę bezpośredniego. W przeciwieństwie do jednoznacznie określonych znamion strony podmiotowej prowokacji, przy ocenie elementów przedmiotowych istnieje szerokie pole do różnicowania sytuacji sprawców. Wszechstronna ocena występujących w sprawie okoliczności, przede wszystkim godzenia w bezpośredni przedmiot ochrony, tj. wolności od ingerencji psychicznej innej osób, a pośrednio w inne dobra prawne, odda całokształt naganności zachowania, rzutującego na wymiar kary.

Pozostałe czynniki wyznaczające stopień społecznej szkodliwości, takie jak sposób i okoliczności popełnienia czynu, odnoszą się do rzeczywistości w czasie i miejscu zachowania sprawcy. Katalog tych czynników nie jest zamknięty, jednak trzeba zważać na istotne z perspektywy znamion typu¹⁹¹. Pomimo twierdzenia, że prowokacja to przestępstwo jednochwilowe, które dokonuje się w momencie powstania w psychice wykonawcy zamiaru popełnienia czynu zabronionego, słowo „nakłaniania” wiąże się z intensywnością bądź nawet uporem w dążeniu do osiągnięcia obranego celu. Należałoby więc dokonać ustaleń odnoszących się do środków wyrazu prowokatora, łączących sprawców relacji czy stopnia przebiegłości wobec prowokowanego, wykraczających poza sposób postępowania wynikający z wypełnienia czynności wykonawczej formy z art. 24 k.k. Nie mniej ważne okazuje się ustalenie przesłanek dotyczących nośnika dobra (*de facto* osoby), na które oddziałuje prowokujący. Szczególnej uwagi wymaga wykazanie cech osobowościowych prowokowanego, gdyż na poziomie wymiaru kary¹⁹², będzie miało znaczenie to, czy „wykorzystano” osobę bardziej podatną na oddziaływanie innych, znajdującą się w trudnym położeniu życiowym czy pozostającą zależnością wobec współdziałającego, co często wywołujące decyzję nagannego zachowania. Na tle przepisów typizujących prowokacja wykazuje połączenie okoliczności kształtujących postawę sprawcy w czasie czynu z odnoszonymi do sfery prowokowanego, uzasadnione treścią znamion wyrażonych w art. 24 k.k. i jego skutkowym charakterem.

¹⁹¹ Tak wyrok SN z dnia 9 maja 2013 r., sygn. IV KK 403/12, LEX nr 1312369; wyrok SA w Gdańsku z dnia 10 maja 2017 r., sygn. II AKa 98/17, LEX nr 2362581.

¹⁹² Co istotne, przesłanki dotyczące osoby pokrzywdzonego, a mające wpływ na wymiar kary wskazano dosyć wąsko art. 53 § 2 k.k. Do wspomnianego katalogu należą popełnienie przestępstwa na szkodę osoby nieporadnej ze względu na wiek lub stan zdrowia oraz zachowanie się pokrzywdzonego.

Wskazanie elementów wpływających na poziom karygodności prowokacji obywatelskiej nakazuje rozważenie znaczenia dyrektyw wymiaru kary wyrażonych w znowelizowanym art. 53 § 1 k.k. – celów w zakresie społecznego oddziaływania, a także zapobiegawczych, które kara ma osiągnąć w stosunku do skazanego. W praktyce sądowej sprawy o przestępstwo pomocnictwa lub podżegania należą do rzadkości, a zdają się nie być postrzegane jako wysoce naganne. Wydaje się, że w ogólnym odczuciu rola sprawcy niewykonawczego jest służebna wobec zachowania sprowokowanego (podżeganego). Ważne wydaje się ukazanie rzeczywistego „wkładu” pomocnika lub prowokatora w zdarzenie przestępne, inicjujący je charakter nakłaniania, obiektywne umożliwienie wykonania czynu zabronionego przez pomocnika czy dążenie do powstania negatywnych następstw w sferze prowokowanego. Równie istotne będzie uwypuklenie granic ustawowego zagrożenia karą za popełnienie przestępstwa w postaci niesprawczej, kształtujących się na tożsamym co sprawstwo poziomie, podważających twierdzenia o niskim łądunku karygodności *in abstracto* form niewykonawczych z art. 18 § 2 k.k, art. 18 § 3 k.k. oraz art. 24 k.k. Ukazanie aksjologicznego uzasadnienia karalności prowokacji ma unaocznic jej negatywny wydzźwięk, uzasadniający dostosowanie reakcji prawnokarnej do celów zapobiegawczych.

Wobec przenikania się niektórych przesłanek wymienionych w art. 53 § 2 k.k. oraz art. 115 § 2 k.k, rozważenia wymaga ocena postawy sprawcy przed i po popełnieniu czynu, zwłaszcza uprzednia karalność, sposób życia przed zdarzeniem, próby naprawienia szkody lub zadośćuczynienia społecznemu poczuciu sprawiedliwości czy relacje z prowokowanym. Podtrzymując twierdzenie o pokrzywdzeniu nakłanianego, pożądane będzie powzięcie czynności służących rozwiązaniu konfliktu stron postępowania, gdyż wedle art. 53 § 3 k.k. na sędzię ciąży obowiązek wzięcia pod uwagę pozytywnych wyników przeprowadzonej mediacji albo ugody osiągniętej w postępowaniu przed sądem lub prokuratorem.

1.10. Odpowiedzialność karna sprowokowanego

Jeszcze inne zagadnienie stanowi zakres odpowiedzialności karnej sprowokowanego, który w wyniku nakłonienia przez prowokatora podejmie decyzję o popełnieniu czynu zabronionego określonego przez sprawcę niebezpośredniego i wcieli ów plan w życie. Zaznaczenia wymaga, iż na wcześniejszym etapie popełnienia czynu zabronionego, tj. w chwili realizacji znamienia czasownikowego „nakłaniania” przez prowokatora zachodzi wątpliwość, czy prowokowany może odeprzeć bezprawny i bezpośredni zamach na jego dobra (arg. z ar. 25 § 1 k.k.)

bądź uchylić grożące tym wartościom niebezpieczeństwo (art. 26 § 1 k.k. lub art. 26 § 2 k.k.). Kolejnym obszarem oceny jest to, czy uprzednie prowokowanie wpływa na osąd zachowania sprawcy bezpośredniego, odpowiadającego opisowi czynu zabronionego, do którego został nakłoniony. Rozstrzygnięcie tych problemów może nastąpić na trzech płaszczyznach struktury przestępstwa - bezprawności, winy oraz społecznej szkodliwości, w tym także w kontekście okoliczności umniejszających lub wyłączających odpowiedzialność karną, uwzględniających rolę prowokatora w przestępstwie.

Najistotniejszymi, lecz wąsko ujmowanymi¹⁹³ przesłankami usprawiedliwiającymi popełnienie czynu zabronionego są okoliczności wyłączające bezprawność, do których zalicza się obronę konieczną unormowaną w art. 25 § 1 k.k. oraz stan wyższej konieczności z art. 26 § 1 k.k. Ich cechą wspólną stanowi umożliwienie znajdującym się w czasie i miejscu zaistniałego dla dóbr niebezpieczeństwa – atakowanemu bądź osobie trzeciej - zainicjowanie spełniającej znamiona czynu zabronionego reakcji, przy zachowaniu proporcjonalności środków potrzebnych do osiągnięcia pożądanego efektu¹⁹⁴.

Omawiając pierwszy wymiar odpowiedzialności sprowokowanego trzeba zadać pytanie, czy może odeprzeć bezprawny i bezpośredni zamach na własną wolność, wynikający z nakłaniania do popełnienia czynu zabronionego. Na tak postawione pytanie należy odpowiedzieć twierdząco, zważywszy na szeroki kształt przesłanek obrony koniecznej z art. 25 § 1 k.k. Ustawa karna nie rozróżnia, czy atak na dobro prawne musi mieć wymiar fizyczny bądź psychiczny, pozwalając na powzięcie przez broniącego się skutecznych środków obrony. Z kolei w czasie wypełniania znamion czynu zabronionego do którego sprawca bezpośredni został sprowokowany, jego pozycja okazuje się zupełnie odmienna. W tym wypadku to sprowokowany, decydując o popełnieniu przestępstwa, choćby nawet nieświadomie godzi się z naruszeniem jego wolności, aktualizując uprawnienie innej osoby do odparcia zamachu. Nie poruszając problemu powoływania się przez osobę wywołującą zagrożenie na okoliczność usprawiedliwiająca, wyłączenie odpowiedzialności sprawcy wykonawczego jest w tym wypadku wysoce dyskusyjne.

¹⁹³ Przyjmuje się, iż każda okoliczność wyłączająca przestępczość czynu powinna być opisana w ustawie. Uzasadnieniem koncepcji jest взгляд na przysługującą napastnikowi czy powodującemu niebezpieczeństwo ochron dóbr, ale również chęć przestrzegania konstytucyjnej zasady proporcjonalności. Szerzej o wątpliwym charakterze „kontratypów ustawowych” wypowiedział się Z. Jędrzejewski, [w:] *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 148 i n.

¹⁹⁴ E. Plebanek, *O obronie koniecznej i innych kontratypach w świetle zasady proporcjonalności*, CzP-KiNP nr 1/2006, s. 74 i n.

Inaczej przedstawia się kwestia przypisania prowokowanemu winy w czasie czynu, rozumianej jako zarzut niezgodnego z normą zachowania się, zakładający wolność woli dojrzałej moralnie i zdolnej do ponoszenia konsekwencji własnych czynów jednostki. Powszechnie twierdzi się, iż art. 1 § 3 k.k. wyraża tzw. otwartą klauzulę winy, wartościowaną także w oparciu o czynniki wykraczające poza ramy temporalne czynu, co widać na kanwie konstrukcji tzw. zawinienia na przedpolu. Wydaje się, iż jakiegokolwiek próby uszeregowania tych okoliczności byłyby nieskuteczne. Ustawodawca musiałby przewidzieć wszystkie warianty, w których nie byłoby dopuszczalne pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej. Z brzmienia przepisu wynika, że pojęcie „winy” ma być odnoszone do konkretnej osoby stojącej pod zarzutem popełnienia przestępstwa. Inny argument przeciwko tej koncepcji stanowi wzgląd na wartości konstytucyjne, zwłaszcza zasadę poszanowania godności ludzkiej wyrażoną w art. 30¹⁹⁵.

Oprócz okoliczności znoszących przestępczość czynu wymienionych w części ogólnej kodeksu, tj. w art. 26 § 2 k.k., art. 27 § 1 k.k., art. 28 § 1 k.k., art. 29 k.k., art. 30 k.k. oraz art. 31 § 1 k.k., wskazuje się inne czynniki kształtujące winę w znaczeniu karnomaterialnym, obejmowane zbiorczym terminem „anormalnej sytuacji motywacyjnej”. W piśmiennictwie przykładowo mówi się o działaniu na rozkaz (praktycznie nieograniczonym w stosunkach panujących w wojsku), działaniu pod wpływem strachu, wzburzenia lub obawy przed odpowiedzialnością karną czy działaniu w warunkach stanu wyższej konieczności i kolizji obowiązków¹⁹⁶. Wymienione czynniki dotyczą sfery przeżyć sprawcy, głównie motywów działania bądź zaniechania w niepożądanym społecznie i dynamicznym stanie rzeczy. Nadto osoba znajdującą się w nadzwyczajnych okolicznościach, świadoma okoliczności otaczającego świata, nie może podjąć właściwego wyboru postępowania, chroniącego dobra od negatywnych następstw naruszenia norm prawnych. Wobec pozostawania w tak trudnej sytuacji, nie sposób czynić zarzutu odmiennego zachowania się, które zawsze godziłoby w doniosłą prawnie wartość. W nowszej literaturze wskazano inne okoliczności usprawiedliwiająca (tzw. ekskulpanty), pozostające poza zachowaniem sprawczym, chociażby umorzenie kompensacyjne czy przedawnienie karalności¹⁹⁷. Nie oceniając słuszności rozszerzenia katalogu czynników kształtujących winę, wyraźnie zarysowuje się nowa tendencja w pojmowaniu tej ważnej konstrukcji prawa materialnego.

¹⁹⁵ M. Małecki, *Przypisanie winy. Podstawy teorii ekskulpantów*, Kraków 2019, s. 168.

¹⁹⁶ W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 398 – 402.

¹⁹⁷ M. Małecki, *Przypisanie winy. Podstawy teorii ekskulpantów*, Kraków 2019, s. 222 – 225.

Jednakże przymioty prowokowanego oddziałują na tradycyjne rozumienie pojęcia „winy” i w tym kontekście będą poruszane.

Uwypuklając wolną wolę jednostki, stanowiącą podstawę współczesnego systemu prawa karnego, trudno wymienić uniwersalne czynniki wpływające na przypisanie winy prowokowanemu, które nie dotykałyby ograniczonej lub wyłączonej poczytalności (art. 31 § 1 lub 2 k.k.). Prawidłowo funkcjonująca w społeczeństwie osoba posiada zdolność rozpoznania i rozumienia znaczenia własnego postępowania, szczególnie jego negatywnych następstw, pozwalającą na powstrzymanie się od wykonywania czynu zabronionego. W przypadku prowokacji, której celem jest skierowanie przeciwko prowokowanemu postępowania karnego, problem przedstawia się odmiennie. Nie mogą ująć uwadze okoliczności dotyczące zachowania prowokatora, ale również sposób wyrażania komunikatu skierowanego do odbiorcy, mogący zakładać element groźby bezprawnej, któremu obiektywnie nie sposób się oprzeć. Należy zatem zróżnicować sytuację, w której sprawca bezpośredni godzi w dobro osoby trzeciej od naruszania wartości prowokatora. Wydaje się, że łatwiej usprawiedliwić bezprawną ingerencję w sferę nakłaniającego, wzbudzającą negatywne emocje prowokowanego, które uzewnętrzniły się w świecie zewnętrznym. Udział prowokatora w zdarzeniu można pojmować jako samoprzyczynienie się, zaś sprzeczne z normami prawnymi włączenie w relację pomiędzy współdziałającym a osobą trzecią rodzi poważne zastrzeżenia etyczne, nakazujące stosowanie reakcji karnej. Z kolei gdy ustali się, iż zachowanie sprawcy bezpośredniego miało spełnić przestępne założenia prowokatora, stopień karygodności obu czynów ulegnie podwyższeniu.

Z drugiej strony, zważając na funkcję ochronną prawa karnego, czym bardziej szkodliwy *in abstracto* będzie czyn zabroniony, do którego sprawca został nakłoniony, tym trudniejsze do uzasadnienia będzie usprawiedliwienie popełnienia przestępstwa. Wskazana zależność, choć dotycząca zasad wymiaru kary, wynika wprost z niektórych przepisów ustawy karnej, przykładowo art. 216 § 2 k.k. oraz art. 217 § 2 k.k., stanowiących samoistne podstawy nadzwyczajnego złagodzenia kary oraz odstąpienia od jej wymierzenia. Trudno nie zwrócić uwagi, iż jedynie w określonych przypadkach przewidziano dopuszczalność umniejszenia odpowiedzialności karnej na podstawie cech zachowania pokrzywdzonego. W pozostałych przypadkach ustawodawca nie zdecydował się na podobne rozwiązanie, co pewnie zostało podyktowane chęcią zagwarantowania możliwie kompleksowej ochrony istotniejszym niż nietykalność cielesna oraz cześć osobista dobrom.

Prowokacja często bywa porównywana do zastawiania na kogoś pułapki lub wystawiania na próbę, na gruncie art. 24 k.k. wyrażających się w celu skierowania

przeciwko prowokowanemu postępowania karnego, najczęściej po przeprowadzeniu przez organy procesowe przygotowanej wcześniej akcji ujęcia sprawcy. Złapanie kogoś „na gorącym uczynku” popełnienia „sprowokowanego przestępstwa” nie spotka się z pozytywnym odzewem, aczkolwiek nie wpływa na przypisanie winy. Sprowokowany jest nieświadomy kierowania przeciwko niemu czynności, zaś jego procesy decyzyjne nie zostały w żaden sposób zakłócone. W tych warunkach trudno zaakceptować uniknięcie przez sprawcę odpowiedzialności karnej przy możliwości alternatywnego zachowania się.

Na tle okoliczności wyłączających karalność oraz winę, interesująco przedstawia się ocena stopnia społecznej szkodliwości. Poziom karygodności czynu jest oceniany wyłącznie w oparciu o wymienione w art. 115 § 2 k.k. kryteria, w połączeniu z elementami zawartymi w typie czynu zabronionego¹⁹⁸. Na etapie wartościowania nie mają znaczenia inne przesłanki, zwłaszcza cechy osobiste sprawcy czy zachowania wykraczające poza ramy czynu zabronionego, a rzutujące na wymiar kary. Porównując społeczną szkodliwość do pozostałych aspektów kształtujących strukturę przestępstwa, jest oceniana w oparciu o przesłanki istniejące w czasie czynu, także określające właściwości pokrzywdzonego. Z kolei przypisanie winy za popełnione zło bądź zaniechanie ukarania może nastąpić w świetle okoliczności powstałych przed zachowaniem sprawczym w razie tzw. zawinienia na przedpolu czynu lub czynnego żalu w trakcie bądź następstwie realizacji znamion typu. Z perspektywy art. 1 § 2 k.k. wpływ osób trzecich na sprawcę pozostaje poza zakresem rozważań.

Podsumowując, odpowiednią płaszczyznę usprawiedliwienia zachowania sprowokowanego stanowi wina¹⁹⁹. Przypisując odpowiedzialność powinno się zwracać uwagę na intensywność oddziaływania prowokatora na psychikę prowokowanego, cechy czynu zabronionego, do którego popełnienia nakłaniano sprawcę bezpośredniego, sposób wyrażania komunikatu kierowanego do wykonawcy, możliwość oparcia się negatywnemu wpływowi na procesy decyzyjne, jak również badać osobiste właściwości sprawcy bezpośredniego. Dopiero wtedy będzie można powiedzieć, że wymiar kary odpowiada dyrektywom ustawowym.

¹⁹⁸ R. Zawłocki, *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007, s. 210 i n.

¹⁹⁹ Podobnie na kanwie prowokacji policyjnej wypowiedzieli się P. Kładoczny, A. Pietryka, *Prowokacja policyjna a wyłączenie odpowiedzialności prowokowanego w świetle orzecznictwa strasburskiego – postulaty pod adresem polskiej regulacji*, *Przeg. Leg.* Nr 2/2013, s. 22. Szczególnie uzasadnione jest usprawiedliwienie sprawczego zachowania podjętego pod wpływem przymusu, często odpowiadającego nakłanianiu w rozumieniu art. 24 k.k. O odpowiedzialności bezpośredniego wykonawcy szerzej M. Kowalewska – Łukuć, *Sprawstwo polecające a przymus psychiczny*, *PS* nr 5/2019, s. 53 i n. wraz z powołaną tam literaturą.

KONSEKWENCJE POPEŁNIENIA PROWOKACJI PRZEZ FUNKCJONARIUSZA PUBLICZNEGO

Na drugim biegunie rozważać odniosę się do zagadnienia odpowiedzialności karnej funkcjonariusza publicznego za nakłanianie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego, nazywane czynną prowokacją policyjną, opisaną w aktach prawnych regulujących ustrój służb państwowych uprawnionych do przeprowadzenia czynności operacyjno - rozpoznawczych¹. Bezspornie wykonywanie kompetencji przez przedstawicieli władzy publicznej, odpowiadające ustawowym warunkom i celom, przykładowo zapobieżenia, wykrycia, ustalenia sprawców, a także uzyskania i utrwalenia dowodów, ściganych z oskarżenia publicznego, umyślnych przestępstw wymienionych szczegółowo i enumeratywnie² w ustawie (np. art. 19 ust. 1 u.p.), nie jest sprzeczne z prawem³. Rodzi to też istotne konsekwencje procesowe, przerzucając ciężar

¹ Przykładowo wręczenie korzyści majątkowej, o którym mowa w art. 19a ust. 1 u.p. może odpowiadać czynności nakłaniania do popełnienia czynu zabronionego, co istotne, w celu skierowania przeciwko prowokowanemu postępowania karnego. Trudno wykluczyć, by przekroczenie uprawnień przez funkcjonariusza publicznego nie wiązało się z wypełnieniem znamion postaci niesprawczej z art. 24 k.k.

² Wyrok SA w Poznaniu z dnia 7 lipca 2017 r., sygn. II AKa 63/17, LEX nr 2402504. Warunkami legalności prowokacji policyjnej są powzięcie przez organ wiarygodnej informacji o przestępstwie, w tym jego sprawcy, określony ustawowo sposób działania funkcjonariuszy publicznych oraz kontrola działań funkcjonariuszy publicznych. Podkreśla się, że zorganizowana akcja nie może zostać nakierowana na osobę, co do której nie istnieje podejrzenie popełnienia przestępstwa - szerzej m.in. M. Kołodziejczak, A. Sobiech, *Prawnie dopuszczalne postaci prowokacji*, PiP nr 11/2010, s. 38 – 39; P. Pająk, *Kilka uwag o istocie i konstytucyjności prowokacji policyjnej*, CzPKiNP nr 1/2009, s. 163. Z kolei na konieczność doboru metody prowokacji w oparciu o cechy osobiste prowokowanego wskazuje J. Mąka, *Instytucja prowokacji w praktyce działania służb policyjnych*, Prok. i Pr. nr 1 – 2/2010, s. 158 - 159.

³ Interesujący okazuje się charakter art. 144a u.p., stanowiącego że nie popełnia przestępstwa kto będąc do tego uprawnionym wykonuje czynności określone w art. 19a, a także kto wykonuje czynności określone w art. 19b ust. 1 (niejawne nadzorowanie). Przepis przypomina okoliczności kontratypowe, dlatego zostanie przeanalizowany w następnym rozdziale. Warta uwagi jest ocena odpowiedzialności funkcjonariusza, który mimo niedochowania wymogów prawnych realizuje niejawne czynności w jednym z określonych w ustawie celów.

wykazania bezprawności czynności procesowej na broniącą się w postępowaniu stronę, ale również stojący na straży gwarancji jednostki sąd⁴.

Na marginesie, odmiennymi zagadnieniami są zgodność z Konstytucją RP przepisów normujących przesłanki wkraczania organów procesowych w sferę jednostki oraz stosowanie niejawnych środków pozyskiwania materiału dowodowego w danych realiach. Jednak trudno kwestionować, by przeprowadzenie czynności odbywało się z poszanowaniem konstytucyjnej zasady proporcjonalności z art. 31 ust. 3⁵.

W tym kontekście warto przeanalizować dwie najistotniejsze kwestie związane z represją ponoszona przez funkcjonariusza za niezgodne z prawem wykonywanie przysługujących mu uprawnień⁶, skutkujące wypełnieniem znamion występku z art. 231 § 1 k.k., pozostającego z prowokacją kodeksową w kumulatywnej kwalifikacji prawnej określonej w art. 11 § 2 k.k. Po pierwsze, należy odtworzyć zawartość normatywną pojęcia „funkcjonariusz publiczny”, określającego podmiot zdolny do popełnienia przestępstwa przeciwko działalności instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, a następnie wskazać elementy wyznaczające treść normy sankcjonowanej wywodzonej z art. 231 § 1 k.k. Opisany typ jest materialny, skutkujący wystąpieniem niebezpieczeństwa powstania szkody w interesie publicznym lub prywatnym⁷. W analizowanej sytuacji zwykle

⁴ Właściwe byłoby obligatoryjne ustanawianie obrońcy z urzędu przez sąd w razie gdyby materiał dowodowy do sprawy zgromadzono w sposób niejawni.

⁵ O konstytucyjnych uwarunkowaniach przeprowadzenia kontroli operacyjnej, w szczególności katalogu przestępstw, których wykrycie może nastąpić w wyniku niejawnych czynności w ostatnim czasie wypowiedział się Z. Niemczyk, *Nowy kształt kontroli operacyjnej po zmianach ustawy o Policji i Kodeksu postępowania karnego*, Kwartalnik KSSiP nr 2/2017, s. 6 - 8.

⁶ Niezasadne wydaje się pociąganie do odpowiedzialności karnej funkcjonariusza publicznego, który popełnia czyn zabroniony poza zakresem wykonywanych obowiązków. Przede wszystkim sprawca nie narusza dobra prawnego jakim jest prawidłowe funkcjonowanie instytucji państwowych oraz samorządu terytorialnego, a ponadto nie narusza uprawnień, które mu nie przysługują, jak nie może dopełnić nieciążących na nim obowiązków. Konsekwentnie trzeba stwierdzić, że w opisanej sytuacji funkcjonariuszowi nie będzie przysługiwać szczególna ochrona prawna przewidziana w art. 231a k.k.

⁷ Tak przede wszystkim uchwała SN 7 sędziów z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 24/12, OSNKW 2013/2/12; postanowienie SN z dnia 16 kwietnia 2014 r. II KK 96/13, LEX nr 1482379; postanowienie SN z dnia 14 listopada 2017 r., sygn. V KK 219/17, OSNK2018/2/18; jak również wyrok SA we Wrocławiu z dnia 25 lutego 2016 r., sygn. II AKa 331/15, LEX nr 2023603. Pogląd o skutkowym charakterze występku z art. 231 § 1 k.k. nie był powszechnie akceptowany w doktrynie, zaś przebieg sporu doktrynalnego prezentuje szerzej M. Bielski, akceptujący większościowy pogląd. Zob. *Kontrowersje w zakresie materialnego bądź formalnego charakteru przestępstwa nadużycia władzy (art. 231 § 1 k.k.)*, PS nr 9/2011, s. 73 – 81. Odmiennie M. Małecki, *Interpretacja art. 231 § 1 k.k. Rzecz o uzasadnieniu i konsekwencjach uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 24 stycznia 2013 r. (I KZP 24/12)*, CzPKiNP nr 1/2014, s. 110 – 119. Bardziej przekonują argumenty odwołujące się do konstrukcji wzorca oraz wykładni językowej świadczące o materialnym charakterze występku, pomimo że ustanowienie wzorca formalnego zapewniłoby szerszą ochronę dobra.

dojdzie do powstania realnego stanu zagrożenia dla chronionych wartości, zwłaszcza prowokowanego przeciw któremu prowadzone jest postępowanie karne.

2.1. Pojęcie funkcjonariusza publicznego w polskim prawie karnym

Pojęcie „funkcjonariusza publicznego” zostało wyczerpująco zdefiniowane w art. 115 § 13 k.k.⁸, zawierającym wyliczenie konstytucyjnych i ustawowych organów władzy publicznej w dwojaki sposób - poprzez wskazanie sprawowanej funkcji (np. sędzia, prokurator) albo wskazanie przynależności do konkretnego sektora administracji publicznej (np. pracownicy organów państwowych i samorządowych), gdyż ustawodawca może swobodnie kształtować strukturę organów państwa. Cechę wspólną odpowiadających karnie podmiotów stanowi sprawowanie władzy publicznej w sferze *imperium*, polegające na wkraczaniu w wolność jednostek, gdyż z kręgu podmiotów wyłączono osoby pełniące czynności usługowe.

Z perspektywy prowokacji popełnionej przed wszczęciem postępowania, kluczowy zdaje się pkt 7 przytaczanego przepisu, mówiący że „funkcjonariuszem publicznym” jest „funkcjonariusz organu powołanego do ochrony bezpieczeństwa publicznego (co nie musi stanowić głównego zadania organu władzy publicznej⁹) albo funkcjonariusz Służby Więziennej”.

Zestawiając sformułowanie z ustawami regulującymi ustrój służb okazuje się, iż wyłącznie policjanci są funkcjonariuszami publicznymi w rozumieniu kodeksowym¹⁰, wtedy gdy realizują zadania związane z ochroną bezpieczeństwa publicznego i w drodze mianowania nawiązali stosunek służbowy¹¹. Paradoksalnie trudniejsze będzie określenie pozycji funkcjonariuszy ABW oraz AW, ponieważ ustawodawca normując uprawnienia i obowiązki osób sprawujących służbę w obu instytucjach nie posłużył się zwrotem „bezpieczeństwa publicznego”, lecz „bezpieczeństwa (i międzynarodowej pozycji) Rzeczypospolitej Polskiej”¹², „bezpieczeństwa wewnętrznego państwa”¹³, jednakże mieszczących się w generalnej klauzuli „bezpieczeństwa publicznego”. Poprzestanie na literalnej wykładni art. 115 § 13 pkt 7 k.k. prowadziłoby do nieakceptowalnych rezultatów

⁸ Tak SN w wyroku z dnia 8 maja 2015 r., sygn. III KK 423/14, LEX nr 1710370.

⁹ J. Majewski, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 53 - 116*, red. A. Zoll, Warszawa 2016, s. 1018.

¹⁰ T. Kanty, *Funkcjonariusz publiczny i funkcja publiczna w polskim prawie karnym*, Gdańsk 2017, s. 136.

¹¹ *Ibidem*, s. 136.

¹² Zob. art. 6 ust. 1 pkt 1 i 2 u.a.b.w.

¹³ Zob. art. 5 ust. 1 pkt 1 u.a.b.w

wyłączających odpowiedzialność funkcjonariuszy uprawnionych do znacznego – porównywalnego do policjantów - ingerowania w prawo do prywatności, dlatego nie istnieją powody do różnicowania pozycji prawnej różnych grup funkcjonariuszy publicznych¹⁴.

Mniej kontrowersji budzi pozycja prawna pracowników wykonujących zadania służbowe w urzędach skarbowych lub celno - skarbowych, którzy również mogą podejmować czynności operacyjno – rozpoznawcze. Podstawę do uznania ich za „funkcjonariuszy publicznych” stanowi art. 115 § 13 pkt 3 k.k., bowiem wedle odesłania do art. 53 § 37 k.k.s. są „funkcjonariuszami finansowego organu postępowania przygotowawczego”, jak również biorą udział w czynnościach postępowania przygotowawczego na podstawie art. 118 § 3 k.k.s. W słowniczku ustawowym zawartym w k.k.s. jako organ finansowy postępowania przygotowawczego wymieniono naczelnika urzędu skarbowego, naczelnika urzędu celno-skarbowego oraz Szefa KAS. Jednakże wykonywanie obowiązków przez pracowników tych organów na podstawie upoważnienia wydanego w granicach kompetencji przełożonego oraz odpowiedniej formie prawnej powoduje że uprawniony staje się organem władzy publicznej, ponoszącym odpowiedzialność w imieniu i na rachunek swojego mocodawcy¹⁵. Tę zależność zauważył ustawodawca, posługując się w art. 115 § 13 pkt 3 k.k. szerokim pojęciem „funkcjonariusza finansowego organu postępowania przygotowawczego” zamiast „finansowego organu postępowania przygotowawczego”.

Spornie przedstawia się status funkcjonariuszy CBA, które w świetle art. 1 § 1 u.c.b.a. jest służbą specjalną do spraw zwalczania korupcji w życiu publicznym i gospodarczym, w szczególności w instytucjach państwowych i samorządowych, a także zwalczania działalności godzącej w interesy ekonomiczne państwa. Służbę umieszczono poza strukturą administracji rządowej oraz samorządowej, jednakże wyposażono w szereg uprawnień o charakterze śledczym, w tym do stosowania środków ingerencji w prywatność jednostki, wskazanych w art. 14 u.c.b.a. W akcie prawnym nie zawarto klauzuli „bezpieczeństwa publicznego”, zaś w myśl art. 53 § 38 k.k.s. CBA jest niefinansowym organem postępowania przygotowawczego w sprawach o przestępstwa lub wykroczenia karnoskarbowe. Podobnie jak w przypadku funkcjonariuszy ABW i AŹ, z uwagi na przyznane uprawnienia z obszaru ogólnie pojętego bezpieczeństwa finansowego państwa, zawierającego

¹⁴ Funkcjonariuszy ABW i AŹ do grona funkcjonariuszy publicznych zalicza R. Hałas, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. Grześkowiak, K. Wiak, Warszawa 2017, s. 753. Odmienne T. Kanty, *Funkcjonariusz publiczny i funkcja publiczna w polskim prawie karnym*, Gdańsk 2017, s. 136 – 137; *Ibidem*, s. 136.

¹⁵ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2018, s. 186.

się w klauzuli „bezpieczeństwa publicznego”, te osoby zalicza się do grona „funkcjonariuszy publicznych”, o których mowa w art. 115 § 13 pkt 7 k.k.

Warto nadmienić, iż wedle art. 21 § 2 k.k. na tożsamy z funkcjonariuszem publicznych zasadach ponosi odpowiedzialność osoba trzecia, nieposiadająca cechy podmiotu zdolnego do popełnienia przestępstwa, jeśli wiedziała o istnieniu okoliczności osobistej dotyczącej współdziałającego, stanowiącej znamię czynu zabronionego. *Extraneus* odpowiada za popełnienie czynu zabronionego wspólnie z *intraneusem*, gdy wykonywał czynności w ramach przysługujących ostatniemu kompetencji, naruszających wolność osób trzecich. Wydaje się, iż brak umocowania do przeprowadzenia czynności operacyjno – rozpoznawczych nie skutkuje poniesieniem odpowiedzialności za występki z art. 231 k.k. przez *extraneusa*, jeśli *intraneus* nie przekroczy nieprzysługujących mu uprawnień ani nie uchybi nieciążącym na nim obowiązkom. Nie oznacza to, że współdziałający mogą uniknąć odpowiedzialności karnej, zaś wówczas można rozważyć odpowiedzialność za inne przestępstwa, przykładowo przeciwko wolności lub ochronie informacji, lub pod kątem wypełnienia elementów sprawstwa polecającego lub kierowniczego, zważywszy na podporządkowanie panujące w służbach państwowych.

2.2. Odpowiedzialność funkcjonariusza publicznego – kształt normy sankcjonowanej wynikającej z art. 231 § 1 k.k.

Opisując znamiona blankietowego występkę z art. 231 § 1 k.k. wypada odnieść się do podstawowego problemu - pozanormatywnych oraz normatywnych źródeł uprawnień i obowiązków funkcjonariuszy publicznych, wpływających na poszanowanie konstytucyjnej zasady określoności czynu (art. 42 ust. 1 Konstytucji RP), wpływających na sferę praw i wolności sprawcy czynu zabronionego.

Podejmowane zagadnienie wciąż powoduje kontrowersje, zwłaszcza w orzecznictwie sądowym i TK. Część judykatury uznaje za dopuszczalne kształtowanie zakresu odpowiedzialności karnej w oparciu o pozanormatywne elementy, argumentując, iż „konstytucyjny standard stawiający wyższe wymagania ustawodawcy w sferze prawa represyjnego, nie wymaga (...) absolutnej jasności czy komunikatywności wyrażenia zakazu lub nakazu prawnego”¹⁶. Przekonuje pogląd o konieczności przestrzegania reguł postępowania z dobrem prawnym przez funkcjonariusza publicznego, także niewynikających wprost z przepisów prawa¹⁷. W przeciwnym nurcie podkreślano, że rozstrzygającą kwestią jest ustalenie zakresu

¹⁶ Wyrok TK z dnia 9 czerwca 2010 r., sygn.. SK 52/08, OTK-A 2010/5/50.

¹⁷ Postanowienie SN z dnia 29 lipca 2009 r., sygn. I KZP 8/09, OSNKW 2009/8/61.

uprawnień bądź obowiązków funkcjonariusza¹⁸ oraz zwracano uwagę na charakter prawa karnego jako środka ostatecznego oraz niedopuszczalność wykładni na niekorzyść sprawcy¹⁹.

Na aprobatę zasługują argumenty drugiej strony, ze względu na ich konstytucyjne podstawy. Wszystkie organy władzy publicznej działają **na podstawie i w granicach prawa** (podkr. M.G.), co wynika z zasady legalizmu wyrażonej w art. 7 Konstytucji RP, przy czym nie tylko powszechnie obowiązującego, ale również wewnętrznego obowiązującego w danej jednostce organizacyjnej, przykładowo regulaminach czy instrukcjach²⁰. Oprócz kluczowego znaczenia normatywnego zasady określoności czynu z art. 42 ust. 1 Konstytucji RP, kolejny aksjologicznie uzasadniony argument stanowi взгляд na wywodzoną z art. 2 zasadę lojalności państwa wobec jednostki. Podmiot ponoszący odpowiedzialność karną powinien mieć możliwość zapoznania się z tym, jakie zachowania są prawnie irrelevantne, a które zagrożone karą. Precyzyjne określenie granic działalności funkcjonariuszy publicznych niesie istotne implikacje dla osób podlegających władzy państwowej. Usprawiedliwienie ingerencji w wolność jednostki w oparciu o pozanormatywne źródła uprawnień nie pozwoli pokrzywdzonemu na ochronę zagrożonych zachowaniem funkcjonariusza dóbr, przykładowo obrony koniecznej z art. 25 §1 k.k. Jedyną podstawą uwalniającą od odpowiedzialności karnej jest wówczas art. 29 k.k. normujący kontratyp błędu co do okoliczności wyłączającej bezprawność lub winę.

Trudno zakwestionować, że ogólne reguły ostrożności, wpływające na zakres odpowiedzialności funkcjonariusza, mają ustawowe bądź nawet konstytucyjne podstawy. Przykładami są art. 31 ust. 3 Konstytucji RP (oraz inne przepisy dyrektywne zawarte w rozdziale dotyczącym praw i wolności jednostki), art. 221 k.p.k. (godziny przeszukania pomieszczeń), art. 223 k.p.k. (sposób przeszukiwania osoby), czy wreszcie art. 14 ust. 3 u.p. (obowiązek respektowania godności ludzkiej oraz przestrzegania i ochrony praw człowieka).

Akceptacja skutkowego charakteru występku z art. 231 § 1 k.k. rodzi konieczność ukazania powiązania przyczynowego pomiędzy przestępnym rezultatem a naruszeniem konkretnej reguły postępowania z dobrem prawnym, która miała chronić przed powstaniem skutku. Istotnym, gdyż urzeczywistniającym funkcję gwarancyjną prawa karnego rozwiązaniem, jest wskazanie w opisie

¹⁸ Wyrok SN z dnia 23 kwietnia 1977 r., sygn. VI KRN 70/77, OSNKW 1977/6/63.

¹⁹ Wyrok SN z dnia 29 maja 2012 r., sygn. II KK 106/12, OSNKW 2012/10/107. Podobnie W. Zontek, *Sposoby wyznaczania zakresu treści normy sankcjonowanej. Uwagi na marginesie uchwały SN z 26 marca 2009 r., sygn. akt I KZP 35/08 (cz. 1)*, Pal. Nr 11 – 12/2009, s. 36 – 38.

²⁰ L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2017, s. 304.

przypisanego czynu niedopełnionego obowiązku bądź nadużytego uprawnienia, z odwołaniem do konkretnych unormowań²¹, wynikających z powszechnie obowiązujących aktów prawnych.

Aprobata tezy o wyłącznie normatywnych źródłach uprawnień lub obowiązków przysługujących podmiotowi przestępstwa w art. 231 § 1 k.k. musi być uściślona. Najważniejszy element odtworzenia treści normy sankcjonowanej stanowi określenie powiązań poszczególnych przepisów²² regulujących funkcjonowanie służb państwowych, ujmowanych tradycyjnie w dwie grupy - przepisów materialnych określających przesłanki dopuszczalności przeprowadzenia czynności operacyjno – rozpoznawczych oraz formalnych, kreujących tryb oraz procedurę ich zainicjowania oraz sposobu realizacji, zwłaszcza konieczności uzyskiwania zgód uprzednich albo następczych przez określone organy nadrzędne lub sąd²³.

Z pozoru słuszne podnosi się, że naruszenie warunków proceduralnych umożliwiających zainicjowanie czynności lub późniejsze uchybienie mieszczącym się w granicach kompetencji organu powinnościom, nie skutkuje przypisaniem odpowiedzialności za występki z art. 231 § 1 k.k. lecz elastycznie ukształtowanej represji dyscyplinarnej lub służbowej²⁴, natomiast materialnoprawna dopuszczalność rozpoczętych działań „uzdrawiałaby” wcześniejsze uchybienia procesowe.

Trudno nie zwrócić uwagi na specyficzny charakter czynności operacyjno – rozpoznawczych, z zasady naruszających wolność jednostki oraz wewnętrzną jawność postępowania karnego, i tak dalece ograniczoną w postępowaniu przygotowawczym. Szczególna ingerencja w ważne społecznie wartości musi mieć wyraźne umocowanie, ale przede wszystkim nieprzekraczalne granice. Określona sekwencja czynności zmierzających do inwigilacji jednostki – dopiero gdy inne środki okażą się bezskuteczne lub nieprzydatne²⁵ (arg. z art. 19 ust. 1 u.p.), przeniesienie

²¹ O obowiązku ustalenia źródła uprawnień lub obowiązków funkcjonariusza szerzej M. Bielski, *Odpowiedzialność karna sędziego za przestępstwo urzędnicze niedopełnienia prawnego obowiązku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu*, PS nr 6/2007, s. 37 i n.

²² Zasadnie o wypełnianiu treścią przepisu blankietowego wyłącznie w oparciu o unormowania zawarte w aktach prawa powszechnie obowiązującego szerzej J. Długosz, *Ustawowa wyłączność i określoność w prawie karnym*, Warszawa 2016, s. 242 wraz z powołaną tam literaturą.

²³ Zob. art. 27 u.a.b.w, art. 17 u.c.b.a oraz art. 118 u.k.a.s.

²⁴ R. Giętowski, *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, Gdańsk 2013, s. 92 i n. wraz z powołaną tam literaturą; P. Czarniecki, *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013, s. 110 -111.

²⁵ Na zawężający sposób odczytywania przesłanek z art. 19 ust. 1 i n. u.p. zwraca uwagę R. Kmieciak, zasadnie wskazując na różny próg wymagań ciężących na organach procesowych, których spełnienie uzależnia dopuszczalność czynności operacyjno - rozpoznawczych. Zob. *O restryktywnym ujęciu przesłanek <<prowokacji policyjnej>> - polemicznie*, Prok. i Pr. nr 3/2014, s. 10 i n. wraz z powołaną tam literaturą, w szczególności pracami D. Szumiło – Kulczyckiej. Przestrzeganie materialnoprawnych warunków opisanych w ustawach ma znaczenie dla odczytania treści normy sankcjonowanej wywodzonej z art. 231 § 1 k.k.

szeregu kompetencji na organy nadrzędne lub niezależne oraz ograniczony okres stosowania kontroli operacyjnej - służą zapewnieniu niezbędnego minimum ochrony prawnej, zapobiegając niebezpieczeństwu wyrządzenia szkody w interesie prywatnym. Powyższe dotyczy również czynności następujących po przeprowadzeniu kontroli operacyjnej, szczególnie w zakresie danych zbędnych dla postępowania. Ograniczenie odpowiedzialności funkcjonariusza do wyciągnięcia prawnych konsekwencji wyłącznie za naruszenie prawa materialnego otworzyłoby furtkę do nadużyć w inicjowaniu czynności pozaprosesowych. Trzeba zatem niezwykle rygorystycznie oceniać wszelkie naruszenia upoważnionych funkcjonariuszy organu procesowego na każdym etapie czynności operacyjno - rozpoznawczych. Co istotne, powołanie się przez sprawcę na okoliczność pozostawania w usprawiedliwionym błędzie co do prawa (art. 30 k.k.) będzie skomplikowane, gdyż właśnie na nim ciąży szczególna powinność jego znajomości oraz świadomość poniesienia skutków nieprzestrzegania obowiązujących standardów.

PROWOKACJA JAKO OKOLICZNOŚĆ WYŁĄCZAJĄCA ODPOWIEDZIALNOŚĆ KARNA

3.1. Wprowadzenie

Omówienie kwestii związanych z odpowiedzialnością funkcjonariuszy publicznych za postępowanie sprzeczne z prawem prowadzi do analizy zjawiska prowokacji na nieco innym biegunie - płaszczyźnie okoliczności wyłączających przestępczość. Zdarza się, iż nakłanianie do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko prowokowanemu postępowania karnego bywa zrealizowane w pozytywnie ocenianym zamiarze. Przykładami są działania „łowców pedofilów”¹ czy dziennikarzy – pierwsze podejmowane dla ochrony małoletnich przed godzącymi w ich sferę seksualną przestępstwami, zaś drugie mają ujawnić informacje o nieprawidłowościach w funkcjonowaniu władzy publicznej.

Pierwszorządnie wyznaczone powinny zostać granice odpowiedzialności funkcjonariuszy publicznych za uchybiające prawu wykonywanie uprawnień albo obowiązków służbowych, pod kątem wypełnienia znamion występku z art. 231 § 1 k.k., pomimo przeprowadzenia czynności w celu zapobieżenia przestępstwa bądź uzyskania jego dowodów i ustalenia sprawcy. Kluczowe będzie odwołanie się do art. 144a u.p.² oraz kodeksowych okoliczności wyłączających bezprawność oraz winę.

¹ Problem odpowiedzialności karnej „łowców pedofilów” nie był szeroko komentowany w doktrynie, a jedynie R. Sosik szerzej podejmuje tę kwestię. Zob. *Problematyka stosowania prowokacji w celu ujawnienia przestępstw o charakterze pedofilskim*, Stud. Iur. Lubl. Nr 4/2017, s. 127 – 148.

² Tożsame treściowo rozwiązania zawarto w art. 32 u.a.b.w., art. 21 u.c.b.a. oraz art. 121 u.k.a.s.

3.2. Prowokacja obywatelska podjęta w celu zapobieżenia popełnienia przestępstwa przez sprowokowanego - działalność „łowców pedofilów”

Bez wątplenia coraz częściej mówi się o próbach „złapania” domniemanych pedofilów, przez osoby niebędące funkcjonariuszami publicznymi. Podkreśla się, że takie działania służą zapewnieniu porządku publicznego, zwłaszcza ochronie małoletnich przez popełnianymi na ich szkodę przestępstwami seksualnymi. Popularny sposób prowokowania to podszywanie się przez sprawcę pod małoletniego, prowadzenie rozmowy z prowokowanym oraz umówienie spotkania, na którym ma dojść do obywatelskiego ujęcia. Łowca pozbawia inną osobę wolności, czym wyczerpuje znamiona wzorca z art. 189 § 1 k.k., a następnie przekazuje zatrzymanego organom procesowym, czasem obecnym i kontrolującym przebieg zdarzenia.

Zachowanie prowokującego realizuje znamiona występkę z art. 24 k.k. w zw. z art. 200 § 1 k.k.³, stanowiąc typowy wręcz przykład prowokacji obywatelskiej, popełnionej w warunkach usprawiedliwienia. Znaczenie mają dwie instytucje prawnomaterialne – stanu wyższej konieczności unormowanego w art. 26 § 1 lub 2 k.k. oraz obywatelskiego zatrzymania opisanego w art. 243 k.p.k., jednakże noszącego cechy okoliczności wyłączającej bezprawność⁴, w ramach którego dopuszcza się użycie siły fizycznej⁵.

W myśl art. 26 § 1 k.k. nie popełnia przestępstwa, kto działa w celu uchylenia bezpośredniego niebezpieczeństwa grożącego jakimkolwiek dobru chronionemu prawem, jeżeli niebezpieczeństwa nie można inaczej uniknąć, a dobro poświęcone przedstawia wartość niższą od dobra ratowanego, bądź zgodnie z art. 26 § 2 k.k. działając w tożsamy warunkach, poświęca dobro nieprzedstawiające wartości oczywiście wyższej od dobra ratowanego. Z brzmienia przepisów wynika, że okoliczności uwalniające od odpowiedzialności mają subsydiarny charakter, a sprawca powinien wykazać zasadność zainicjowania działań obronnych oraz społeczną istotność pozostających w kolizji dóbr.

Warto rozważyć, czy przeprowadzenie prowokacyjnej akcji pozostaje bezprawne bądź zachodzą podstawy do wyłączenia przestępności zabronionego zachowania. Na drugie pytanie należałoby odpowiedzieć przecząco, bowiem

³ R. Sosik, *Problematyka stosowania prowokacji w celu ujawnienia przestępstw o charakterze pedofilskim*, Stud. Iur. Lubl. Nr 4/2017, s. 142.

⁴ Wyrok SA w Szczecinie z dnia 10 września 2015 r., sygn. II AKa 137/15, LEX nr 1927739.

⁵ Wyrok SA w Poznaniu z dnia 20 września 2012 r., sygn. XVI K 62/12, LEX nr 1237538.

w chwili zetknięcia się prowokatora ze sprowokowanym nie powstaje jakiegokolwiek niebezpieczeństwo dla wolności seksualnej małoletniego, którego stanowiłoby cel działań ochronnych prowokatora.

Trzeba zaznaczyć, że ustawodawca dopuszcza uwolnienie jednostki od represji, gdy niebezpieczeństwo grożące dobru miało charakter bezpośredni. Zagrożenie pochodzące od człowieka, w tym przypadku domniemanego pedofila, pojawia się dopiero z chwilą rozpoczęcia wypełniania przez niego elementów czynu zabronionego, co w istocie sprowadza się do usiłowania występku pedofilskiego. Trudno zaakceptować pogląd o spełnieniu podstawowej przesłanki wyrażonej w przepisach art. 26 k.k., jaką jest „bezpośrednie niebezpieczeństwo”, nierodzącej obowiązku wagi dóbr pozostających w kolizji. Nie sposób argumentować, iż w czasie czynu prowokator błędzi co do okoliczności kontratypowych albo wyłączających winę wymienionych w art. 29 k.k., a jego mylne interpretowanie zjawisk zewnętrznych jest nieuniknione i wybacalne⁶, skoro świadomie dąży do ujęcia innej osoby, wiedząc iż nie istnieje nawet abstrakcyjne niebezpieczeństwo naruszenia wolności seksualnej małoletniego.

Podobnie przedstawia się możliwość usprawiedliwienia zachowania prowokatora w oparciu o art. 243 § 1 k.p.k. normujący instytucję tzw. zatrzymania obywatelskiego, jedną z form zatrzymania pozaprosesowego⁷. Pozwala się ująć osobę na gorącym uczynku przestępstwa lub w pościgu podjętym bezpośrednio po popełnieniu przestępstwa, a ponadto jeżeli zachodzi obawa ukrycia się tej osoby lub nie można ustalić jej tożsamości. Instytucja ma subsydiarny charakter wobec kompetencji organów procesowych⁸, dlatego powinna znaleźć zastosowanie w razie konieczności. Warunkiem ujęcia sprawcy czynu zabronionego jest rozpoczęcie realizacji znamion czynu zabronionego, sprowadzające się w istocie do usiłowania, natomiast wcześniejszą interwencję prowokatora należy odczytywać jako eksces ekstensywny, niewyłączający bezprawności występku z art. 189 § 1 k.k.

Skomplikowane wydaje się uwolnienie sprawcy od poniesienia odpowiedzialności ze względu na niemożliwość uczynienia zarzutu powzięcia innego zachowania w czasie czynu. Prowokujący zazwyczaj zaplanował akcję przestępną skierowaną przeciwko osobie trzeciej, która nie zawsze przejawia skłonności

⁶ Tak wyrok SA we Wrocławiu z dnia 10 lipca 2019 r., sygn. II AKa 105/19, LEX nr 2726876; wyrok SN z dnia 24 stycznia 2018 r., sygn. III KK 253/17, OSNKW 2018; 8/5/39; postanowienie SN z dnia 11 października 2016 r., sygn. V KK 117/16, LEX nr 2135555.

⁷ Tak Ł. Cora, *O pojęciu pozaprosesowego zatrzymania osoby*, PiP nr 3/2008, s. 74. Z kolei R. Stefański uznaje je za zatrzymanie procesowe, zob. *Zatrzymanie według nowego kodeksu postępowania karnego*, Prok. i Pr. nr 10/1997, s. 37.

⁸ R. Stefański, *ibidem*, s. 38.

pedofilskie. Równie dobrze mógł złożyć zawiadomienie do organów procesowych o popełnieniu przestępstwa przez inną osobę, do czego zobowiązuje art. 304 § 1 k.p.k. Wypełniając znamiona czynu zabronionego we współdziałaniu z funkcjonariuszem publicznym, w razie przekroczenia przez drugiego uprawnień, będzie pozostawał w usprawiedliwionej nieświadomości bezprawności swojego działania w rozumieniu art. 30 k.k. Wystąpienie tej okoliczności uniemożliwi winy za bezprawne zachowanie wobec wyrażonej w art. 20 k.k. zasady indywidualizacji odpowiedzialności karnej.

Stwierdzenie przestępczości zachowania prowokującego wiąże się z oceną stopnia społecznej szkodliwości czynu, dokonywaną zgodnie ze wskazaniem art. 115 § 2 k.k., a następnie w kontekście dyrektyw wymiaru kary określonych w art. 53 § 1 k.k. Okoliczności kształtujące konsekwencje represyjne wykraczają poza czynność sprawczą, przykładowo relację współdziałających. W tym przypadku ustala się, czy nakłaniający kierował czynność do nieznanego osoby bądź wszedł w posiadanie wiarygodnych informacji o skłonnościach prowokowanego. Co istotne, to na sprawcy będzie spoczywała powinność udowodnienia, że „wybierając” prowokowanego kierował się obiektywnymi kryteriami, a jego zachowanie zostało poprzedzone dostatecznym rozeznanie u ujmowanym. Przerzucenie ciężaru dowodu okoliczności łągodzących odpowiedzialność wynika z przekonania, że nikt nie powinien czerpać korzyści z własnego bezprawia. Dalej należy ustalić, czy prowokujący zainicjował interwencję nakierowaną na ściganie domniemanego pedofila, chociażby poprzez składanie zawiadomień o możliwości popełnienia przestępstwa oraz reakcję organu procesowego na aktywność denuncjującego. Nie sposób zapomnieć o ładunku karygodności czynów pedofilskich, godzących w sferę życia intymnego najmłodszych. Zaniechania po stronie zobowiązanych do powzięcia czynności organów prowadzą do poczucia bezsilności, wywołującego niepożądane reakcje, nawet zakłócające procesy decyzyjne sprawców, umniejszając winę – choć zgodnie z art. 1 § 3 k.k. - wartościowaną w czasie czynu. W indywidualnym przypadku trzeba będzie nadać odpowiednią wagę wskazaniom z art. 53 k.k.

3.3. Prowokacja procesowa podjęta w celu uzyskania wiedzy przydatnej dla procesu karnego o zaistniałym przestępstwie – problematyka prowokacji dziennikarskiej

Istotną rolę we współczesnych społeczeństwach pełnią media, określane jako „czwarta władza”. Ich szczególna funkcja przejawia się w formalnym

określeniu statusu podmiotów prasowych oraz dziennikarzy⁹, którzy w myśl art. 10 ust. 1 u.p.a. mają służyć społeczeństwu i państwu oraz działać zgodnie z etyką zawodową i zasadami współżycia społecznego, w granicach określonych przepisami prawa. Akcentuje się znaczenie działalności dziennikarskiej, czemu dano wyraz w art. 43 u.p.a. penalizującym używanie przemocy lub groźby bezprawnej w celu zmuszenia dziennikarza do opublikowania lub zaniechania opublikowania materiału prasowego albo do podjęcia lub zaniechania interwencji prasowej.

Często wykorzystywanym instrumentem służącym wykrywaniu nieprawidłowości życia publicznego, stanowiącym odmianę tzw. interwencji prasowej, jest zorganizowana akcja zwana „prowokacją dziennikarską”, polegająca na manipulowaniu zachowaniem piastuna funkcji publicznej i wywołaniu określonej reakcji (przykładowo wręczaniu przyjętej w wyniku prowokacji łapówki), a następnie utrwaleniu oraz upublicznieniu zgromadzonych materiałów. W trakcie podjętej ingerencji w wolność osoby trzeciej dochodzi do wypełnienia znamion czynu zabronionego bądź naruszenia dóbr osobistych wymienionych w art. 23 k.c., chociażby dobrego imienia prowokowanego.¹⁰

Pojęcie „prowokacji dziennikarskiej” pojawia się zwykle w kontekście okoliczności wyłączających odpowiedzialność karną. W literaturze dostrzega się wagę działalności przedstawicieli tej grupy zawodowej - częstokroć skutecznie wypełniającej kompetencje władzy publicznej w zakresie wykrywania przestępstw. Jednakże prowadzący „śledztwo” dziennikarz nie jest zobowiązany do przestrzegania przepisów k.p.k., a także nie ponosi odpowiedzialności karnej z art. 231 k.k. w razie wyrządzenia szkody dla interesu prywatnego lub publicznego, uzyskując dla redakcji istotne profity ekonomiczne, chociażby dzięki wzrostowi nakładu czasopisma. Z tych względów poszukuje się granic wolności słowa, na różnych płaszczyznach struktury przestępstwa.

Należy zaznaczyć, iż zwrot „prowokacja dziennikarska” może być rozumiany wąsko, nie tylko jako zorganizowany proces manipulacji¹¹ bądź okoliczność usprawiedliwiająca popełnienie czynu zabronionego, ale jako odmiana prowokacji

⁹ Którymi zgodnie z art. 7 ust. 2 pkt 5 u.p.p. są osoby zajmujące się redagowaniem, tworzeniem lub przygotowywaniem materiałów prasowych, pozostające w stosunku pracy z redakcją albo zajmująca się taką działalnością na rzecz i z upoważnienia redakcji.

¹⁰ W nowszym orzecznictwie sądów cywilnych zwraca się uwagę na szeroką ochronę dóbr osobistych, nadając jej prymat nad wolnością prasy, której zadaniem jest rzetelne relacjonowanie zdarzeń – zob. wyroki SA w Warszawie z dnia 21 listopada 2018 r., sygn. I ACa 1102/17, LEX nr 2606455; z dnia 24 maja 2018 r., sygn. VI ACa 2010/16, LEX nr 2574666 oraz z dnia 21 maja 2018 r., sygn. I ACa 164/18, LEX nr 2516032.

¹¹ Warto zaznaczyć, iż manipulowanie inną osobą nie musi wiązać się z wypełnieniem znamion prowokacji z art. 24 k.k. bądź podżegania z art. 18 § 2 k.k., ale innego przestępstwa (np. art. 216 § 1 k.k.) Jednakże zamiysł organizującego akcję dziennikarza bywa negatywnie oceniany, a dotyczy

opisanej w art. 24 k.k. Zdarza się, że dziennikarz działając „pod przykrywką” nakłania inną osobę do popełnienia czynu zabronionego, chcąc skierować przeciwko niej postępowanie karne. Ma to jeszcze ograniczać możliwości w sprawowaniu czy ubieganiu się o konkretne stanowiska publiczne, co służy dążeniu do przywrócenia właściwych standardów w instytucjach publicznych. Szerzej zostanie przeanalizowane ostatnie zagadnienie, w nawiązaniu do okoliczności wyłączających przestępność czynu, tj. „prowokacji dziennikarskiej” w drugim znaczeniu.

Granice wolności prasy są mają umocowanie konstytucyjne i konwencyjne. Z treści zasady ustrojowej wyrażonej w art. 14 oraz art. 54 ust. 1 Konstytucja RP, jak również art. 10 ust. 1 EKPC wynika szczególny charakter wolności słowa, zwłaszcza dziennikarskiej. W judykaturze podkreśla się kluczową funkcję mediów w kształtowaniu rzeczywistości społecznej¹², realizowaną także za pomocą dosadnych środków wyrazu, w tym prowokacji¹³. Z ochrony prawnej korzysta jedynie dziennikarz przestrzegający prawa, głównie zasad wynikających z art. 12 ust. 1 pkt 1 u.p.p., w myśl którego ciąży na nim obowiązek zachowania szczególnej staranności i rzetelności przy zbieraniu i wykorzystaniu materiałów prasowych, zwłaszcza sprawdzenia zgodność z prawdą uzyskanych wiadomości lub podania ich źródła. Tę zasadę potwierdza się w wewnętrznych aktach prawnych obowiązujących dziennikarzy, przykładowo Kodeksie Etyki Dziennikarzy (Dziennikarski Kodeks Obyczajowy)¹⁴. Z kolei wedle art. 12 ust. 1 pkt 2 u.p.p. ma chronić dobra osobiste, a ponadto interesy działających w dobrej wierze informatorów i innych osób, które okazują mu zaufanie. W orzecznictwie ETPC pojawia się tendencja do stawiania dziennikarzom wyższych wymogów, a to wobec zjawiska tzw. tabloidyacji mediów¹⁵.

choćby zdyskredytowania innej osoby w oczach opinii publicznej. Wydaje się, iż jest równie naganny co cel prowokatora, którym jest skierowanie przeciwko sprowokowanemu postępowania karnego. Można założyć, iż rozważania czynione w tym punkcie pracy mają walor uniwersalny i mogą odnosić się do wszystkich rodzajów „prowokacji dziennikarskiej” polegającej na popełnieniu czynu zabronionego.

¹² W tym tonie wypowiedział się TK w wyroku z dnia 12 maja 2008 r., sygn. SK 43/05, OTK-A 2008/4/57 oraz wyroku z dnia 30 października 2006 r., sygn. P 10/06, OTK-A 2006/9/128. Podobnie wywodził ETPC w najnowszym orzecznictwie – zob. wyroki z dnia 7 marca 2019 r. w sprawie *Sallusti przeciwko Wlochom*, skarga nr 22350/13, LEX nr 2628539; z dnia 4 grudnia 2018 r. w sprawie *Magyar Jeti ZRT przeciwko Węgrom*, skarga nr 11257/16, LEX nr 2594706; z dnia 7 listopada 2017 r. w sprawie *Einarsson przeciwko Norwegii*, skarga nr 24705/13, LEX nr 2592225.

¹³ Wyrok ETPC z dnia 3 listopada 2015 r. w sprawie *Stankiewicz i inni przeciwko Polsce*, skarga nr 48053/11, LEX nr 1821210.

¹⁴ Według pkt I tego aktu „niedozwolone jest manipulowanie faktami. Komentarz własny czy hipotezy autora powinny być wyraźnie oddzielone od informacji. W sytuacjach konfliktowych obowiązuje szczególna staranność w dotarciu do źródeł informacji wszystkich stron sporu. W razie trudności dotarcia do jednej ze stron sporu obowiązuje stwierdzenie, iż są to dane częściowe.” (<http://www.dziennikarzerp.pl/wp-content/uploads/2010/06/kodeks.pdf> - dostęp 31.12.2019 r.).

¹⁵ Szerzej I. C. Kamiński, *Uprawnienia i obowiązki dziennikarskie w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, [w:] *Status prawny dziennikarza*, red. W. Lis, Warszawa 2014, s. 100 – 103.

Istotny zdaje się charakter cytowanych przepisów u.p.p. i ich znaczenie dla rekonstrukcji normy wywodzonej z art. 24 k.k., wobec szczególnych powinności dziennikarskich, zestawiając je z wyłączającym bezprawność art. 213 § 2 pkt 2 k.k., według którego nie popełnia przestępstwa zniesławienia (art. 212 § 1 lub 2 k.k.) kto publicznie podnosi lub rozgłasza prawdziwy zarzut służący obronie społecznie uzasadnionego interesu. Powołana okoliczność odnosi się jedynie do cechy wypowiedzi, natomiast przepisy u.p.p. określają sposób postępowania dziennikarza względem wartości chronionych prawem, w istocie nie różniąc się od reguł ostrożności naruszanych przez sprawcę przestępstwa skutkowego lub przepisów umożliwiających przeprowadzenie tzw. prowokacji policyjnej. Jesliby staranny sposób działania dziennikarza usprawiedliwiał popełnienie czynu zabronionego wobec wtórnej legalności, w u.p.p. istniałby zbliżony do art. 213 § 2 k.k. instrument prawny spełniający tę funkcję.

Zakładam, iż prawidłowe wykonywanie obowiązków uniemożliwi pociągnięcie dziennikarza do odpowiedzialności karnej za przestępstwo prowokacji ze względu na dekompletację czynu zabronionego stypizowanego częściowo w art. 24 k.k. Taki sposób interpretacji pozwalałby na uwolnienie sprawcy od ponoszenia odpowiedzialności za faktyczne, przeprowadzane bez wyraźnego upoważnienia ustawowego czynności. Przyjęcie tego poglądu nie wydaje się trafne, ze względu na ogólne ujęcie przepisów u.p.p., stanowiących *de facto* dyrektywy, którymi powinni kierować się dziennikarze wykonując swoje zadania. Warunkiem odpowiedzialności za przestępstwo materialne jest stwierdzenie naruszenia przez sprawcę konkretnej reguły postępowania z dobrem prawnym, której przestrzeganie zapobiegłoby wystąpieniu negatywnego rezultatu, rozpoznawalnej *ex ante* przez modelowego obywatela znajdującego się w pozycji sprawcy. Przy wartościowaniu zachowania sprawcy byłoby to utrudnione, gdyż standard postępowania dziennikarza ustalano by z perspektywy *ex post*. Trudno zatem wskazać jakie zachowania mieszczą się w granicach normy sankcjonowanej wynikającej z art. 24 k.k. i przepisu szczególnego, dlatego należy poszukiwać rozwiązania na innej płaszczyźnie struktury przestępstwa, pozwalając na elastyczne i odpowiadające kodeksowej aksjologii zakreślenie granic represji karnej.

Poruszając materię okoliczności wyłączających przestępny charakter prowokacji dziennikarskiej odnotowuję zbliżone argumentacyjnie nurty poglądów¹⁶

¹⁶ Zauważa się pogląd „mieszany” dopuszczający wyłączenie odpowiedzialności karnej w oparciu o stan wyższej konieczności lub znikomy stopień społecznej szkodliwości, w zależności od realiów konkretnej sprawy – zob. M. Kołodziejczak, A. Sobiech, *Prawnie dopuszczalne postacie prowokacji*, PiP nr 11/2010, s. 46.

uzasadniająca uwolnienie sprawcy od odpowiedzialności karnej. Pierwszy opiera się na konstrukcji pozaustawowego kontrotypu „prowokacji dziennikarskiej”¹⁷, drugi odwołuje do kodeksowego unormowania stanu wyższej konieczności¹⁸, zaś trzeci traktuje o znikomym stopniu społecznej szkodliwości¹⁹. Natomiast w czwartym kwestionuje się usprawiedliwienie popełnionego czynu, skoro dziennikarze (często nie posiadający odpowiednich kwalifikacji) uzurpują sobie wykonywanie nieprzyszypanych im zadań²⁰.

Dziennikarze, oprócz wykonywania działalności zarobkowej, zwracają uwagę na nieprawidłowe wykonywanie zadań publicznych przez osoby piastujące określone funkcje, przede wszystkim wybrane w demokratycznych wyborach. Bez inicjatywy mediów wiele faktów z życia publicznego nie byłoby znanych. Nierzadko aktywność dziennikarska daje organom procesowym impuls do wszczęcia postępowania karnego, a w konsekwencji ustalenia tożsamości osób popełniających przestępstwa i pociągnięcia ich do odpowiedzialności.

Podkreślenie pozytywnego znaczenia działalności dziennikarskiej nie wiąże się automatycznie z akceptacją wątpliwych etycznie zachowań, ale nie może zostać niezauważone w procesie rozstrzygnięcia o prawach i wolnościach jednostki. Należy zaakcentować, że prawnokarna ochrona wypełniającego znamiona kodeksowej prowokacji dziennikarza aktualizuje się wtedy, gdy jego zachowanie stanowiło jedyną drogę do osiągnięcia pożądanego społecznie celu – wobec obowiązków unormowanych w u.p.p. - w tym wypadku ujawnienia wykrytych nieprawidłowości. Ostateczność postępowania sprawcy odczytuje się na podstawie wzorca „modelowego dziennikarza”, uzyskującego wiarygodne informacje o konkretnych, negatywnie ocenianych zdarzeniach czy cechach prowokowanego - w innym razie sprawca ponosi odpowiedzialność na ogólnych zasadach. Odrzucić trzeba tezę

¹⁷ Tak zdaje się M. Seremak, *Problem odpowiedzialności za <<prowokację dziennikarską>>*, Przeg. Praw. i Adm. Tom XLIII/2000, s. 208 – 209, chociaż w dalej wskazuje na podobieństwo prowokacji dziennikarskiej do stanu wyższej konieczności, a także odnosi się do społecznej szkodliwości.

¹⁸ M. du Vall, *Prowokacja dziennikarska*, Zesz. Prasozn. Nr 3-4/2005, s. 58.

¹⁹ Tak S. Waltoś, *Karnoprosesowa problematyka sprawozdawczości prasowej w Polsce*, [w:] *Relacje o przestępstwach i procesach karnych w prasie codziennej w Niemczech i w Polsce*, red. D. Dölling, K.H. Gössel, S. Waltoś, Kraków 1997, s. 31; a ponadto aprobujący to stanowisko M. Kuźma, *Udział mediów w procesie karny*, [w:] *Jawność procesu karnego*, red. J. Skorupka, Warszawa 2012, s. 394.

²⁰ W tym tonie wypowiadają się m.in. M. Kędzierska, <<Śledztwo dziennikarskie>> - *wybrane zagadnienia*, Prok. i Pr. 4/2007, s. 53; J. Kulesza zdecydowanie sprzeciwiający się koncepcji kontrotypu „prowokacji dziennikarskiej” – zob. *Prowokacja dziennikarska – kontratyp czy mit?*, PiP nr 2/2010, s. 29, *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 11 września 2014 r.*, sygn. VIII Ka 291/14, Prok. i Pr. nr 3/2016, s. 184 i n., K. Burdziak, *Prowokacja. Analiza prawnokarna*, Poznań 2018, s. 234 – 236 oraz E. Czarny – Drożdziejko, *Przestępstwa prasowe*, Warszawa 2013, s. 109.

o niedopuszczalności wyłączenia odpowiedzialności karnej sprawcy, a podjąć próby odnalezienia właściwej ku temu podstawy na trzech pozostałych obszarach – pozaustawowego kontratywu, stanu wyższej konieczności oraz karygodności.

W świetle przywoływanych argumentów, wynikających z zasad legalizmu z art. 7 i trójpodziału władzy z art. 10 Konstytucji RP oraz przysługującej istotnym dobrom ochrony prawnej, nieprzekonywająca okazuje się pierwsza koncepcja. Aprobata pozanormatywnych instrumentów wyłączających bezprawność²¹, istniejących w piśmiennictwie i orzecznictwie, nie zwalania od precyzyjnego określenia znamion okoliczności - zarówno normujących przesłanki podjęcia obrony dobra oraz sposobu jej wykonywania²² - istotnych z perspektywy funkcji ochronnej oraz gwarancyjnej prawa karnego. Można przypuszczać, że próba określenia sztywnych granic tzw. prowokacji dziennikarskiej, różniącej się od unormowań z art. 25 – 31 k.k., cechowałaby się arbitralnością, a jej kształt zależałby od przyjmowanych indywidualnie kryteriów aksjologicznych. Ponadto interes społeczny stanowiący przyczynę unormowania tej okoliczności bywa rozmaicie postrzegany. W obecnych warunkach życia publicznego dostrzegalne są podziały społeczne, u podstaw których leżą istotne różnice światopoglądowe. Naturalnie ów pluralizm to zjawisko wartościowe, lecz utrudniające tworzenie nowych mechanizmów prawnych.

Zważając na zakres odpowiedzialności dziennikarza w kontekście ustawowo ujętych odmian stanu wyższej konieczności, można przyjąć pogląd o niedopuszczalności ich stosowania, uznając wynikające z u.p.p. powinności za szczególne obowiązki ochrony dobra, nawet z narażeniem się sprawcy czynu zabronionego na niebezpieczeństwo osobiste w rozumieniu art. 26 § 4 k.k. Ta propozycja może budzić zastrzeżenia, gdyż od dziennikarza nie wymaga się tak dalekiego poświęcenia, ponadto bez podstawy prawnej²³. Powołany przepis jest adresowany do osób wykonujących czynności związane z ryzykiem dla doniosłych wartości, wpisanym w istotę danej profesji - przykładowo strażaka, lekarza lub ratownika medycznego - lecz nie do dziennikarza, pomimo że jego praca przynosi niemałe efekty.

Interesującym rozwiązaniem jest ocena zachowania dziennikarza pod kątem spełnienia przesłanek opisanych w art. 26 § 1 lub 2 k.k. Znaczenie mają cel

²¹ Tak konsekwentnie J. Warylewski, *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017, s. 317 i n., zauważający trudności we wskazywaniu podstawy prawnej umożliwiającej wydanie orzeczenia stwierdzającego niepopelnienie przez sprawcę przestępstwa (*ibidem*, s. 319), co daje dodatkowy argument przeciwko tej koncepcji.

²² K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995, s. 204.

²³ Na prawny charakter obowiązku słusznie zwraca uwagę M. Kulik, *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017, s.; 103 i n. Wynika on również z poszczególnych ustaw, chociażby z art. 30 u.z.l.l.d.

uchylenia niebezpieczeństwa oraz niemożliwość jego uniknięcia w inny sposób, a następnie rozstrzygnięcie proporcji pozostających w kolizji wartości. Pierwszą przeszkodę stanowi określenie dobra prawnego chronionego przez sprawcę - „interesu społecznego”, które jest pojęciem abstrakcyjnym i wartościowanym z perspektywy *ex post*. Działający w ramach stanu wyższej konieczności powinien mieć świadomość okoliczności istniejących w chwili niebezpieczeństwa, zwłaszcza wartości pozostających w kolizji dóbr. Wobec niedookreślonego charakteru „interesu społecznego”, przejawiającego się w informowaniu opinii publicznej o uchybieniach w instytucjach publicznych, dziennikarz nie zawsze rozpoznaje wszystkie okoliczności sytuacji, w której przyszło mu ratować określone wartości, co wyklucza stosowanie art. 26 k.k.

Należy poddać wątpliwości, czy prowokacja będąca nakłanianiem innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego, w ogóle stanowi narzędzie służące uchyleniu niebezpieczeństwa dla dobra. Warto zaakcentować, że główny zamiar dziennikarza stanowi ukazanie nieprawidłowości w funkcjonowaniu instytucji, które następnie ma prowadzić do naprawienia skutków wykrytych zdarzeń przez właściwe podmioty, najczęściej organy nadrzędne. Przyjmując, iż charakter zagrożenia dla dobra spełniałby znamię „bezpośredniości”, sprawca samodzielnie nie uchyła występującego niebezpieczeństwa.

Wobec nieprzydatności koncepcji pozaustawowego kontratypu „prowokacji dziennikarskiej” oraz stanu wyższej konieczności właściwą płaszczyzną dokonywania ocen zachowania wykonawcy jest społeczna szkodliwość, co brzmi paradoksalnie, gdyż aktywność dziennikarza została podjęta w społecznie uzasadnionym celu. Uwzględniając treść art. 115 § 2 k.k., odzwierciedlającego założenia kompleksowej teorii karygodności, dochodzi się do wniosku, że przesłanki wyznaczające *in concreto* jej poziom, nawiązują do przesłanek przedmiotowych i podmiotowych ocenianego zachowania. Rozumiejąc prowokację jako przestępstwo godzące w wolność psychiczną prowokowanego, postępowanie naruszające tę wartość cechuje się wyższym niż znikomy stopniem społecznej szkodliwości, stanowiąc przestępstwo w myśl art. 1 § 3 k.k. Ów „interes społeczny” mieści się w szerokim pojęciu „okoliczności czynu”, i w tym przypadku spełni funkcję czynnika uwalniającego od odpowiedzialności. Istnieje ryzyko dokonania odmiennej oceny przez organ procesowy, a w konsekwencji uznania zachowania za przestępne i wymierzenia środków prawnokarnej reakcji, chociaż w materialnej warstwie struktury przestępstwa można dokonywać najbardziej elastycznych dogmatycznie wartościowań.

3.4. Podstawy wyłączenia odpowiedzialności funkcjonariusza publicznego za nielegalną prowokację policyjną

Wypełnienie przez funkcjonariusza publicznego znamion występku z art. 231 § 1 k.k. w związku z przeprowadzaniem czynności operacyjno - rozpoznawczych nakazuje rozważenie usprawiedliwienia przestępnego zachowania. W tym kontekście interesujące okazują się dwa zagadnienia – charakteru prawnego art. 144a u.p. oraz jego odpowiednikach zawartych w innych aktach prawnych. Rozważę też dopuszczalność wyłączenia przestępności czynu w oparciu kodeksowe okoliczności.

Wedle art. 144a u.p. nie popełnia przestępstwa, kto będąc do tego uprawnionym, wykonuje czynności określone w art. 19a ust. 1 i 2 (zakup kontrolowany – przyp. M.G.), a także kto wykonuje czynności określone w art. 19b ust. 1 (niejawne nadzorowanie – przyp. M.G.). Powołany przepis dalece przypomina ustawowe okoliczności usprawiedliwiające popełnienie przestępstwa, przy czym dotyczy płaszczyzny bezprawności²⁴. W literaturze pojawiła się odmienna myśl kwestionująca potrzebę istnienia przepisu ze względu na szeroki kształt okoliczności usprawiedliwiających przestępność czynu²⁵.

Pomimo atrakcyjnej argumentacji drugiego poglądu i uchybień w redakcji art. 144a u.p., na aprobatę zasługuje pierwsza teza, uznająca rozwiązanie normatywne za okoliczność wyłączającą bezprawny charakter czynu zabronionego. Przemawia za tym wykładnia systemowa, bowiem ustawodawca posługując się tożsamym zwrotem językowym w różnych aktach normatywnych dążył do nadania im identycznego znaczenia. Jednakże w rozdziale III Kodeksu karnego ustawodawca niekonsekwentnie używa pojęcia „nie popełnia przestępstwa”, normującego zarówno okoliczności wyłączające bezprawność bądź winę czynu (arg. z art. 26 k.k.), zaś różnicowanie sytuacji sprawców następuje w oparciu o kryteria aksjologiczne, najczęściej wagę pozostających w kolizji dóbr. Z kolei w zakresie wadliwego sformułowania przepisu, jego treść może sugerować, że usprawiedliwione będzie każde naruszenie prawa w czasie przeprowadzania czynności pozaprocesowych, również przekroczenie uprawnień przysługujących funkcjonariuszowi publicznemu bądź nadużycie obowiązków wypełniające elementy wzorca z art. 231 § 1 k.k.

Proponowany sposób interpretacji nie znajduje uzasadnienia, zarówno w warstwie językowej, a ponadto funkcjonalnej. W dalszej części przepisu wskazano, iż nie

²⁴ M. Szczepański, *Strona podmiotowa prowokacji*, Prok. i Pr. nr 9/2011, s.64; R. Lizak, *Kontrolowane przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej*, WPP nr 1/2011, s. 35.

²⁵ K. Burdziak, *Prowokacja. Analiza prawnokarna*, Poznań 2018, s. 172 i n.

popelnia przestępstwa „kto będąc do tego **uprawnionym**” (podkr. M.G.) wykonuje wymienione czynności operacyjno – rozpoznawcze. W ustawie szczegółowo i relatywnie wąsko - w porównaniu do unormowań kodeksowych - ukształtowano odpowiedzialność funkcjonariuszy realizujących uprawnienia do stosowania środków pozaprocesowych, niewypełniających znamion występku art. 231 § 1 k.k. Może wystąpić sytuacja, w której prawidłowe wykonywanie kompetencji przez organy procesowe będzie skutkowało realizacją czynów zabronionych, nieprzewidzianych ze względu na dynamizm zaistniałej sytuacji. Wydaje się, iż zachowanie należytej staranności sprawców przemawia za usprawiedliwieniem popełnienia przestępstwa na płaszczyźnie bezprawności. Jednakże zbyt szerokie rozumienie przepisu prowadziłoby do niepożądanych konsekwencji i otwierało funkcjonariuszom furtkę do naruszeń. W przepisie nie zawarto zastrzeżenia akcentującego subsydiarny charakter art. 144a u.p., lecz umocowanie do przeprowadzenia czynności pozaprocesowych nie zwalnia z przestrzegania podstawowych zasad poszanowania godności oraz proporcjonalności przedsięwziętych do celu środków.

Na tle art. 144a u.p. niejednoznacznie przedstawia się odpowiedzialność osoby zaangażowanej przez organ procesowy do wykonywania określonych w art. 19a ust. 1 i 2 czynności (w art. 19b ust. 1 u.p. nie ograniczono dyspozycji przepisu do podmiotów uprawnionych), nieposiadającej przymiotu funkcjonariusza publicznego. Owym „pomocnikom” służb nie przysługują uprawnienia do przeprowadzenia czynności pozaprocesowych, dlatego powinny ponosić pełne konsekwencje popełnionych czynów. Jednakże wniosek wynikający z brzmienia przepisu jest trudny do zaakceptowania. Proponowana interpretacja prowadziłaby do paradoksalnych i nieakceptowalnych z perspektywy zasady równości rezultatów, skoro zobowiązany do postępowania w zgodzie z przepisami prawnymi uniknąłby odpowiedzialności karnej, podczas gdy inny współdziałający, na którym nie ciążyą szczególne powinności, odpowiadałby na ogólnych zasadach. Wyłączenie odpowiedzialności *ekstraneusa* w oparciu o art. 144a u.p., inaczej niż w przypadku przypisania odpowiedzialności za przestępstwo popełnione wspólnie z *intraneusem* na mocy art. 21 § 2 k.k., uwalnia sprawcę od karnoprawnych konsekwencji, dlatego dopuszczalne zdaje się odejście od językowej wykładni przepisu na rzecz funkcjonalnej.

Podsumowując, w art. 144a u.p. unormowano szczególną okoliczność wyłączającą bezprawność popełnionego w trakcie czynności operacyjno - rozpoznawczych czynu zabronionego, nieodpowiadającego opisowi typu z art. 231 § 1 k.k. Warunek jego zastosowania stanowi zgodne z prawem wykonywanie uprawnień przez organ procesowy, spełniające formalne i materialne przesłanki ustawowe,

wspólne wszystkim współdziałającym.

Poruszając zagadnienie usprawiedliwienia popełnienia czynu zabronionego przez funkcjonariusza publicznego na podstawie przepisów rozdziału III ustawy karnej, ponownie zwrócę uwagę na możliwość działania przez sprawcę w stanach wyższej konieczności - wyłączających bezprawność (art. 26 § 1 k.k.) bądź winę (art. 26 § 2 k.k.), różniących się proporcją dóbr pozostających w kolizji²⁶. Uniknięcie odpowiedzialności karnej przez funkcjonariusza nie opiera się na odparciu bezpośredniego i bezprawnego zamachu wynikającego z zachowania poddawanego kontroli operacyjnej, odpowiadającego opisowi obrony koniecznej, które faktycznie mogłoby wystąpić w razie przedsięwziętych przez organy procesowe działań prewencyjnych. Przeprowadzenie czynności operacyjno - rozpoznawczych to środek ostateczny, wymagający wstępnego rozpoznania tożsamości i cech osoby zagrażającej porządkowi prawnemu, po uzyskaniu informacji o możliwości popełnienia przez nią przestępstwa. Spełniający warunki z art. 25 § 1 k.k. zamach zachodzi z chwilą rozpoczęcia wykonania znamienia czasownikowego czynu zabronionego, sprowadzającego się do wkroczenia w fazę usiłowania, a wcześniejsze zachowania funkcjonariuszy publicznych stanowiłyby eksces ekstensywny, nieuzasadniający obrony. Z kolei w czasie istniejącego zagrożenia ze strony poddawanego kontroli operacyjnej obowiązkiem przeprowadzających czynności jest faktyczna i proporcjonalna ochrona pozostających w niebezpieczeństwie wartości, następująca przy wykorzystaniu zwykłych środków przymusu bezpośredniego. Trudno uznać, by funkcjonariusz publiczny naruszający przesłanki zainicjowania czynności niejawnych, skutecznie powołał się na obronę konieczną, choć nie sposób tego wykluczyć.

Odpowiednimi, gdyż szerzej ukształtowanymi i odpowiadającymi ryzyku prowadzenia czynności pozaprocesowych okolicznościami, są stany wyższej konieczności. Kwestia usprawiedliwienia popełnienia czynu zabronionego przez funkcjonariusza publicznego w oparciu o art. 26 § 1 lub § 2 k.k. była przedmiotem analiz dogmatycznych, zwłaszcza po wydaniu przez TK wyroku z dnia 30 września 2008 r. o sygn. K 44/07²⁷. Poczynione ustalenia odnoszą się do czynności pozaprocesowych, ze względu na ich charakter *ultima ratio*, następnie zestawiając z przesłankami wymienionymi w kodeksie oraz w niezbędnym stopniu nawiązując do tzw. zawinionego stanu wyższej konieczności,

²⁶ Szerzej o rozumieniu zasady proporcjonalności dóbr i jej konsekwencjach L. Wilk, *Aksjologiczne problemy stanu wyższej konieczności*, PiP nr 11/2008, s. 44 i n. wraz powołaną tam literaturą.

²⁷ Dz. U. 2008, nr 177, poz. 1095.

jeśli działanie sprawcy uzasadniałoby uchylenie niebezpieczeństwa istniejącego dla dobra prawnego.

W piśmiennictwie pojawiły się przeciwstawne koncepcje dotyczące możliwości powołania się przez sprawcę występku z art. 231 § 1 k.k. na działanie w ramach stanu wyższej konieczności²⁸, przy czym dopuszczający tę możliwość zwracali uwagę na jej szczególny charakter dotyczący zagrożenia istotnych wartości konstytucyjnych²⁹. Wydaje się, że przeważa teza przecząca wyłączeniu przestępności sprawczego zachowania, za którą przemawiają dwa istotne argumenty aksjologiczne. Podkreśla się, iż na organach państwowych ciąży obowiązek przestrzegania przepisów prawa, zwłaszcza Konstytucji RP (szczególnie art. 2, 7 oraz 31 ust. 3)³⁰, a uprawnienia władzy publicznej powinny mieć wyraźną podstawę normatywną – w przeciwnym razie umożliwiono by podejmowanie niekorzystnych dla jednostek działań, umniejszających ochronę indywidualnego interesu³¹. Akcentowano również zbyt ogólny charakter art. 26 k.k.³² Oba aspekty mają znaczenie dla oceny przesłanek umożliwiających przeprowadzenie czynności procesowych, przejawiającej się w sformalizowanym trybie uzyskiwania zgody na rozpoczęcie kontroli operacyjnej bądź zakupu kontrolowanego, ale również proporcjonalności ingerencji w wolność osobistą.

Zestawiając powyższe założenia o kształcie odpowiedzialności karnej funkcjonariusza z treścią art. 26 k.k., trudno odnaleźć argumenty przemawiające za jego zastosowaniem. Z treści przepisu wynika, iż w chwili wykonania czynu zabronionego przez chroniącego dobro, wartość ma pozostawać w bezpośrednim oraz niemożliwym do uniknięcia niebezpieczeństwie. Wyrażenie subsydiarnego charakteru okoliczności usprawiedliwiających, uwzględnianego przy wartościowaniu czynności sprawczej, skłania do wniosku o „podwójnej subsydiarności” stanu wyższej konieczności, tj. w razie uchybienia prawu przez funkcjonariusza prowadzącego czynności operacyjno – rozpoznawcze oraz obowiązku wykazania przesłanek usprawiedliwiających popełnienie czynu zabronionego. Trudno również twierdzić, że w chwili uchylania zagrożenia zachodzi niebezpieczeństwo

²⁸ P. Daniluk, skłaniający się do twierdzenia o niemożliwości zastosowania instytucji z art. 26 k.k. do wyłączenia odpowiedzialności karnej funkcjonariuszy publicznych, zawarł przegląd stanowisk w tej kwestii. Zob. *Stan wyższej konieczności jako podstawa legalności działań funkcjonariuszy organów władzy publicznej*, WPP nr 1/2007, s. 41 – 52 wraz z powołaną tam literaturą.

²⁹ Szczególnie K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 265 i n.

³⁰ J. Kulesza, *Czy państwo może mordować swoich obywateli? Zestrzelenie samolotu typu <<renga-de>> w świetle prawa karnego – zarys problemu*, CzPKiNP nr 3/2009, s. 18 – 19.

³¹ M. Iwański, *Uprawienie do zastrzelenia cywilnego statku powietrznego (kilka uwag w kwestii zgodności art. 122 a Prawa Lotniczego z Konstytucją RP)*, WPP nr 1/2008, s. 85.

³² J. Lachowski, *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005, s. 48 i n.

uzasadniają obronę pozostającej w kolizji wartości. Najogólniej ujmując, cel czynności pozaprocessowych dotyczy zapobiegania oraz wykrywania (w tym ustalania tożsamości sprawców oraz utrwalenia dowodów – arg. z art. 19 ust. 1 u.p.) przestępstw. W pierwszym wariantcie zagrożenie wobec dobra płynące ze strony osoby poddawanej prowokacji ma wyłącznie charakter potencjalny, zaś w drugim kontekście niebezpieczeństwo zostało zniwelowane bądź straciło na aktualności. Na osobach wypełniających obowiązki zawodowe w strukturach służb państwowych spoczywa prawny obowiązek zapobiegania lub wykrywania przestępstw, stanowiący ich zwykłą kompetencję, lecz nie wyższą wartość pozwalającą na naruszenie pozostałych, głównie jednostkowych dóbr prawnych. Nawet pobieżna analiza warunków z art. 26 k.k. stawia pod znakiem zapytania wyłączenie przestępności występku z art. 231 § 1 k.k.

Podobnie oceniam pozycję sprawcy działającego w tzw. zwinionym stanie wyższej konieczności, polegającym na wywołaniu niebezpieczeństwa dla chronionego dobra, a następnie uchyleniu stworzonego zagrożenia³³. Wspomniana konstrukcja, dość rzadko omawiana w doktrynie i orzecznictwie, wysuwa na pierwszy plan ochronę pozostającej w kolizji wartości, zwracając mniejszą uwagę na wartość naruszonych przez sprawcę, z wyłączeniem umyślnie wywołanego niebezpieczeństwa³⁴. Zważywszy na to, iż występki opisany w art. 231 § 1 k.k. cechuje się umyślnością, nie zachodzą podstawy do usprawiedliwienia popełnienia czynu zabronionego w oparciu o tę pozakodeksową konstrukcję. Trudno dostrzec, by sprawca nadużył uprawnień nieumyślnie albo mógłby pozostawać w nieświadomości bezprawności czynu, wobec charakteru wykonywanych obowiązków zawodowych – co najwyżej nieusprawiedliwionej, ponosząc odpowiedzialność na ogólnych zasadach, przy możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary w myśl art. 30 k.k.

³³ Szerzej na gruncie k.k. z 1969 r. L. Gardocki, *Sprowokowana obrona konieczna i zwiniony stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Stud. Prawn. nr 1 – 2/1988, s. 270.

³⁴ *Ibidem*, s. 270.

PROWOKACJA JAKO WYZYWAJĄCE ZACHOWANIE

4.1. Wprowadzenie

W ostatnim rozdziale monografii, tytułowa „prowokacja” zostanie przedstawiona jako przejaw wyzywającego zachowania, innego niż odpowiadające opisowi wynikającemu z art. 24 k.k., podjętego w zamiarze wywołania reakcji innej osoby. Nienależyte zachowanie pokrzywdzonego nierzadko stanowi czynnik współkształtujący odpowiedzialność reagującego na nie sprawcy, który popełnił czyn zabroniony. Warto więc poszukać podstaw umniejszenia represji karnej, w kontekście poczynionych ustaleń o naturze człowieka. W poniższych wariantach pojawia się ingerencja w wolność innej osoby, dotycząca płaszczyzny okoliczności usprawiedliwiających popełnienie przestępstwa, na różnych poziomach jego struktury.

4.2. Karnoprawnie istotne oddziaływanie – karnoprawnie istotna reakcja

Przyczynienie się prowokatora można rozpatrywać przynajmniej na trzech płaszczyznach – wypełnienia znamion przedmiotowych typu (w kontekście negatywnych przesłanek obiektywnego przypisania skutku), granic bezprawności czynu zabronionego (na przykładzie obrony koniecznej w razie popełnienia przez sprawcę czynu przeciwko życiu i zdrowiu, wolności oraz rodzinie) oraz odpowiedzialności karnej na podstawie łagodniejszego przepisu (na kanwie występkę z art. 148 § 4 k.k.). Na wybranych przykładach, najbardziej kojarzących się z omawianym zjawiskiem, najłatwiej odnaleźć kryteria wpływające na zakres konsekwencji prawno Karnych.

4.2.1. Prowokacja jako negatywna przesłanka obiektywnego przypisania skutku

Obiektywne przypisanie skutku, choć stanowiące pozaustawowy instrument karnoprawnego wartościowania, zyskuje na znaczeniu w doktrynie i orzecznictwie, zwłaszcza SN. Dostrzega się jego praktyczne znaczenie, funkcję legitymującą i korygującą¹, słusznie wzbogacając o elementy normatywne o kryminalnopolitycznym oraz subiektywizującym² znaczeniu. Rozstrzyganie odnośnie do realizacji znamion przedmiotowych typu, oparte wyłącznie na analizie czysto kauzalnych przebiegów, bywa niesatysfakcjonujące, wcale nierzadko sprzecznie z zasadą ponoszenia konsekwencji za własny czyn sprawcy, jak również z elementarnym poczuciem sprawiedliwości, zwłaszcza gdy istotne okoliczności zdarzenia nie były sprawcy znane³. W piśmiennictwie zauważa się wagę kryteriów korygujących, podkreślając znaczenie tzw. negatywnych przesłanek obiektywnego przypisania skutku⁴, lecz poprzestając na dostrzeżeniu potrzeby ich opracowania w polskiej dogmatyce⁵. Bez wątplenia „mogą się aktualizować dopiero w sytuacji podjęcia się określonego zachowania (lub zachowań) innej niż potencjalny sprawca osoby

¹ M. Bielski, *O potrzebie teoretycznej, dogmatycznej i kryminalnopolitycznej refleksji nad negatywnymi przesłankami obiektywnego przypisania skutku przestępnego*, [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016, s. 244 – 245. Wydaje się, że konstrukcja negatywnych przesłanek odpowiada funkcji korygującej.

² Zwraca na to uwagę P. Kardas, *W poszukiwaniu tzw. negatywnych przesłanek obiektywnego przypisania*, [w:] *Obiektywne i subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016, s. 188.

³ Przedstawia to akademicki przykład, w którym sprawca uderzający pokrzywdzonego w nos nie wiedział o jego chorobie, tj. hemofilii, a atakowany wykrwawił się. Przyjmuje się, że modelowy obywatel znajdujący się w sytuacji atakującego nie przewidziałby negatywnych następstw postępowania, dlatego przypisuje się mu odpowiedzialności za przestępstwo skutkowe.

⁴ Takim pojęciem posłużył się za C. Roxinem M. Bielski, *Obiektywne przypisanie skutku przestępnego w przypadku kolizji odpowiedzialności za skutek*, PiP nr 10/2005, tenże *Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012, s. 524 – 526. Odmienne nazewnictwo postuluje R. Dębski, uznający za właściwe posługiwanie się pojęciami „kryteria oceny zbiegu (kumulacji) niebezpiecznych zachowań lub „przesłanki przypisania skutku w warunkach konkurencji wadliwych zachowań”. Zob. *O tzw. negatywnych przesłankach obiektywnego przypisania*, [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016, s. 214.

⁵ Często służy temu odwołanie do literatury anglosaskiej w kontekście *intervening cause*. Przykładowo D. Gruszecka podkreśla przenikanie się płaszczyzny pozytywnych i negatywnych przesłanek w orzecznictwie SN Stanów Zjednoczonych, zob. *Kilka uwag o strukturze i użyteczności współczesnego modelu obiektywnego z perspektywy konstrukcji jego kryteriów negatywnych*, [w:] *Obiektywne i subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016, s. 301 i n; podobnie problem ukazuje S. Tarapata, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym*, Kraków 2019, s. 368 – 379.

(lub osób)⁶. W razie istniejącego dla dobra niebezpieczeństwa spowodowanego działaniem sił przyrody lub zwierzęcia, uwypuklenia doznają okoliczności wyłączające bezprawność lub winę, zwykle stan wyższej konieczności unormowany w art. 26 k.k.

Różnie określa się okoliczności dekompletujące wypełnienie znamion typu, często tożsame w swej istocie, aczkolwiek różnorodnie określane. Kwestię tę opisują T. Kaczmarek i J. Giezek, nawiązując do dorobku C. Roxina, zwracając uwagę na akceptowane powszechnie autonomię ofiary, włączenie do cudzego zakresu odpowiedzialności, zasadę podziału pracy w zespole współdziałających, zasadę współdziałania przy umyślnym samonarażeniu się, przejęcie na siebie ryzyka stworzonego przez inną osobę⁷, M. Królikowski zwraca uwagę na szczególne kwalifikacje osoby trzeciej⁸ oraz M. Bielski kolizję odpowiedzialności za skutek, w wypadku bezprawnych zachowań wszystkich uczestników zdarzenia w dynamicznym układzie sytuacyjnym, z uwzględnieniem stopnia naruszenia reguł przez każdego⁹.

Z perspektywy wpływu wyzywającego zachowania się pokrzywdzonego na granice odpowiedzialności sprowokowanego sprawcy, najistotniejsza zdaje się autonomia ofiary, a precyzyjniej rzecz ujmując, narażenie się pokrzywdzonego na niebezpieczeństwo. W literaturze zgodnie twierdzi się, że okoliczność przekreślającą przypisanie skutku stanowi jedynie świadome i dobrowolne naruszenie reguł ostrożności¹⁰, co niewątpliwie cechuje prowokujące zachowanie.

Pozostawiając zarysowane wątpliwości, należy ustalić znaczenie samonarażenia się dla powstania karnoprawnie istotnego rezultatu. Dla porównania, w Kodeksie cywilnym wprost określono skutki niestarannego zachowania się

⁶ S. Tarapata, *ibidem*, s. 380. Podobnie M. Bielski, *Obiektywne przypisanie skutku przestępnego w przypadku kolizji odpowiedzialności za skutek*, PiP nr 10/2005, s. 81.

⁷ J. Giezek, T. Kaczmarek, *Przeciwko ustawowej regulacji kryteriów obiektywnego przypisania skutku*, PiP nr 5/2013, s. 87.

⁸ M. Królikowski, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz. Art. 1 – 31*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 115.

⁹ M. Bielski, *Obiektywne przypisanie skutku przestępnego w przypadku kolizji odpowiedzialności za skutek*, PiP nr 10/2005, s. 81 – 82. Nieco inaczej J. Giezek, podnoszący że zachowanie pokrzywdzonego nie musi nosić cech sprzeczności z prawem, ale ważne by było nadmiernie ryzykowne, zob., [w:] *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, red. R. Dębski, Warszawa 2013, s. 481. Ze względu na przyjętą formułę pracy, należy zawęzić analizy do karnoprawnie istotnego oddziaływania pokrzywdzonego, przy czym może nosić cechy przestępstwa bądź wykroczenia.

¹⁰ Warto odnotować dalej idący pogląd M. Małeckiego, akcentującego konieczność oceny zachowania się pokrzywdzonego w kontekście struktury przestępstwa, szczególnie winy. Zob. *Zbiegi i kolizje przypisania skutku*, [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016, s. 344 i akceptującego tę myśl S. Tarapatę, *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym*, Kraków 2019, s. 397.

poszkodowanego, wyrażone w art. 362 k.c., w myśl którego jeżeli poszkodowany przyczynił się do powstania lub zwiększenia szkody, obowiązek jej naprawienia ulega odpowiedniemu zmniejszeniu stosownie do okoliczności, a zwłaszcza do stopnia **winy (podkr. M.G.)** obu stron. W postępowaniu sądowym ustala się stopień przyczynienia, zwykle na podstawie opinii biegłego. Powołane rozwiązanie jest pragmatyczne i odpowiada zasadom współżycia społecznego, ale nie mogłoby stanowić podstawy dla karnoprawnej oceny zachowania wykonawcy. Na podstawowym poziomie wartościowania nie zwykło się stopniować istotności wywołanego postępowaniem stron niebezpieczeństwa. Rozstrzygnięcie o przypisaniu czynu odpowiedzialności karnej ma jednoznaczny charakter – stwierdza się, że doszło do wypełnienia jego znamion bądź nie. Niewątpliwie na pozostałych płaszczyznach struktury przestępstwa waży się poszczególne aspekty wpływające na zakres bezprawności, społecznej szkodliwości czynu oraz wymiaru kary. Jednak ani doktryna ani piśmiennictwo cywilistyczne nie wypracowały „struktury deliktu”, wzorowanej na strukturze przestępstwa, zaś niezbędnymi warunkami ponoszenia odpowiedzialności deliktowej są szkoda, zachowanie powodujące szkodę i adekwatny związek przyczynowy je łączący. Wynikająca z treści art. 415 k.c. zasada winy dookreśla przesłanki dochodzenia roszczeń, stanowiąc jedyną płaszczyznę normatywną, na której ustala się przyczynienie pokrzywdzonego, w przeciwieństwie do szerszych możliwości istniejących w prawie karnym.

Uwzględniając różnice pomiędzy tymi reżimami, przeszkodę w przypisaniu odpowiedzialności za wykonanie czynu zabronionego należały interpretować wąsko. Wydaje się, że mogłoby ją stanowić tylko wyłączone („stuprocentowe”) i własne narażenie się pokrzywdzonego na uszczerbek (lub pozostających w jego dyspozycji dóbr), niemożliwe do uniknięcia dla modelowego sprawcy. Zestawiając wypracowany standard z obiektywnie wyzywającym zachowaniem pokrzywdzonego, odwołanie do konstrukcji negatywnych przesłanek nie jest celowe. „Roztropny” sprawca odczytuje sposób postępowania pokrzywdzonego, zwłaszcza jego naganne właściwości, a jako dojrzały i panujący nad własnymi reakcjami, posiada zdolność skutecznego przeciwstawienia się oddziaływaniu innej osoby, pomimo istotnego napięcia psychicznego. Autodeterminacja wynikająca z człowieczeństwa wykazuje dalekie powiązania z płaszczyzną czynu, zaś w innych aspektach struktury przestępstwa istnieje dostatecznie elastyczne instrumentarium pozwalające na usprawiedliwienie zachowania sprawcy.

4.2.2. Prowokacja jako okoliczność wyłączająca bezprawność czynu zabronionego

4.2.2.1. Przedmiot rozważań

Poczynione wyżej uwagi mogłyby sugerować, że wina stanowi właściwą płaszczyznę wartościowania wyzywającego zachowania. Przyjęte założenie można obalić, zaś inną przyczynę rozważań może stanowić zagadnienie obrony koniecznej, kształtującej płaszczyznę bezprawności. Szczególnie ważny jest problem tzw. sprowokowanej obrony koniecznej, najczęściej polegającej na wypełnianym znamiona czynu zabronionego ataku na pozostające w dyspozycji broniącego się dobra prawne, spotykające z jego reakcją, przy czym prowokujący „pod płaszczykiem” obrony chce wyrządzić krzywdę atakowanemu¹¹. Ze względu na element podmiotowy, w piśmiennictwie wyróżniono drugą formę tzw. sprowokowanej obrony koniecznej, stanowiącą wyzywające zachowanie prowokującego, który godzi w dobra prawne, nie dążąc do ich naruszenia¹². Opisana kwestia zwykle uwidacznia się przy ocenie znamion któregoś z przestępstw bójki opisanych w art. 158 k.k., o specyficznych na tle pozostałych konstrukcji kodeksowych cechach, gdyż każdy z uczestników zdarzenia jednocześnie atakuje i broni się przed atakiem. Przypisanie odpowiedzialności za popełnienie występku następuje także wtedy, gdy sprawca nie podjął się fizycznego zamachu na dobro prawne, ale zagroził bijących się do walki czy któremuś pomagał¹³.

¹¹ M. Mozgawa, *Obrona konieczna w polskim prawie karnym (zagadnienia podstawowe)*, Annales UMCS, vol. LX,2/2013, s. 182. Podana definicja wydaje się odpowiadać pojęciu „prowokacji celowej” zaproponowanej przez L. Gardockiego, zob. *Sprowokowana obrona konieczna i zawiniony stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Stud. Prawn. nr 1 – 2/1988, s. 265, lecz zaznaczono, iż prowokujące zachowanie nie musi nosić cech bezprawności. Wobec przyjętych założeń, prowokujące zachowanie będzie wypełniało znamiona czynu zabronionego.

¹² Tak L. Gardocki za S. Śliwińskim – zob. *Sprowokowana obrona konieczna i zawiniony stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Stud. Prawn. nr 1 – 2/1988, s. 263.

¹³ W orzecznictwie coraz częściej odchodzi się od szerokiego rozumienia znamienia „udziału w bójce”, skutkującego akceptacją odpowiedzialności karnej także osób przebywających w miejscu zdarzenia. W dalszym ciągu podnosi się, że sprawca nie musi zadawać ciosów innym osobom (pokrzywdzonemu przy pobiciu), ale powinien przewidywać skutki pobicia – przykładowo wyrok SN z dnia 5 lipca 2018 r., sygn. V KK 228/18, LEX nr 2515955; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 30 maja 2019 r., sygn. II AKa 119/19, LEX nr 2718326; wyrok SN z dnia 6 czerwca 2019 r., sygn. IV KK 33/18, LEX nr 2691521. Należy podzielić pogląd K. Lipińskiego, traktującego że warunkiem wypełnienia znamion któregośkolwiek z wzorców konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo jest wywołanie stanu zagrożenia zachowaniem sprawcy, które w istocie może nastąpić jedynie przy czynnym udziale sprawcy w przestępstwie – zob. *O kryteriach przypisania biernego udziału w bójce lub pobiciu*, Pal. nr 7-8/2017, s. 58 – 61.

Warunki zastosowania obrony koniecznej będą kształtować się odmiennie w razie popełnienia przez prowokującego występku trwałego znęcania się z art. 207 § 1 k.k. lub stalkingu z art. 190a § 1 k.k.¹⁴, którego rolę w przestępnym zdarzeniu, w przeciwieństwie do biorących udział w bójce - daje się jednoznacznie ustalić¹⁵. Kluczową kwestię stanowi dopuszczalność odparcia przez pierwotnie atakującego skierowanego przeciwko jego dobrom zamachu, a w razie potrzeby określenia warunków skorzystania przez drugiego sprawcę z prawnokarnej ochrony. Następnie zostaną omówione szczegółowe problemy pojawiające się na kanwie omawianych zagadnień.

4.2.2.2. Tzw. sprowokowana obrona konieczna na kanwie odpowiedzialności za bójkę

Przybliżając problem tzw. sprowokowanej obrony koniecznej, należy zwrócić uwagę na dwa najważniejsze czynniki kształtujące granice kontratytu. Pierwszy stanowi określenie przesłanek uzasadniających odparcie zamachu, ale równie ważny okazuje się wpływ czynnika podmiotowego na możliwość zastosowania środków obronnych. W omawianym kontekście dotyczy to zarówno pierwotnie atakującego oraz sprowokowanego, reagującego na naganne zachowanie drugiej osoby. Wszelkie rozważania powinny być czynione w oparciu o brzmienie art. 25 § 1 k.k., w myśl którego nie popełnia przestępstwa, kto w obronie koniecznej odpira bezpośredni, bezprawny zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem, a zachowanie wypełnia znamiona czynu zabronionego¹⁶.

Wydaje się, że przeważa (szczególnie w judykaturze) teza o niedopuszczalności korzystania przez prowokatora z obrony koniecznej, nawiązująca się do aspektów aksjologicznych – niedopuszczalności czynienia użytku z popełnionego

¹⁴ K. Banasik słusznie podkreśla, że możliwe jest jednoczynowe popełnienie stalkingu, zaliczanego do katalogu przestępstw trwałych *sensu largo*. Trzeba zauważyć, że cytowany pogląd dotyczy wyłącznie występku z art. 190a § 2 k.k., lecz nie art. 190a § 1 k.k., w którym zawężono karalność do „uporczywego” nękania, wymagającego podjęcia przez sprawcę więcej niż jednego zachowania, zob. *Przestępstwa trwałe i delikty trwałe*, Prok. i Pr. nr 7-8/2013, s. 104 – 105.

¹⁵ W kontekście wyzywającego zachowania warto omówić istniejące w judykaturze zjawisko tzw. wzajemnego znęcania się.

¹⁶ Odmiennie M. Małecki, P. M. Dudek, *Charakter prawny kontratytu w świetle koncepcji zbiegu wartościowań tego samego czynu*, PiP nr 3/2019, s. 50 i n. Przedstawiona argumentacja jest niewątpliwie interesująca, lecz trudno zgodzić się ze stawianymi tezami. Mając na względzie charakter okoliczności kontratypowych, przede wszystkim funkcję usprawiedliwienia popełnionego czynu zabronionego, należy pamiętać, że podstawę uznania konkretnego zachowania za przestępstwo stanowi ustalenie, że realizuje elementy wzorca. Z tej przyczyny mechanizm obrony koniecznej będzie rozumiany w tradycyjny sposób.

bezprawia¹⁷. Istnieje również mniej radykalna tendencja dopuszczająca stosowanie działań obronnych przez prowokującego, ze względu na znaczenie zasady proporcjonalności, kształtującej granice okoliczności usprawiedliwiających¹⁸. W obu nurtach zwracano uwagę na rolę pierwotnie atakującego, stawiając na drugim planie atakowanego. Wydaje się, iż czynione rozważania miały charakter ogólny, oderwany od brzmienia przepisu, lecz odnoszący się do czynnika słuszności.

Rozstrzygając zagadnienie warto przyjąć odmienną perspektywę, tj. standardu postępowania modelowego broniącego się, rozważając znaczenie sekwencji zachowań uczestników zdarzenia. Powszechnie twierdzi się, że istnienie bezpośredniego i bezprawnego zamachu jest uwarunkowane czynnikami przedmiotowymi (obiektywnymi) – dla spełnienia przesłanek zamachu z art. 25 § 1 k.k. nie mają znaczenia okoliczności podmiotowe, w szczególności spowodowanie przez atakującego zagrożenia w sposób nieumyślny lub w stanie niepoczytalności. Przyczynę uzasadniającą odparcie zamachu stanowi wystąpienie konkretnego i dynamicznie rozwijającego się niebezpieczeństwa dla chronionej wartości¹⁹, wynikającego z na-

¹⁷ Przywołany pogląd był akceptowany w starszej doktrynie przez A. Krukowskiego, *Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*, Warszawa 1965, s. 99 – 100; W. Woltera, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 175 i n. podkreślającego, że „nie ma obrony koniecznej wobec obrony koniecznej”; K. Buchałą, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 255 i n. Obecnie akceptuje go powołujący się na starsze orzecznictwo P. Iwaniuk, *Obrona konieczna podczas bójki i pobicia na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Ius Novum nr 1/2011, s. 30. Odmiennie wypowiedział się A. Marek, *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979, s. 75 nawiązując do M. Cieślaka i J. Waszczyńskiego, przy czym w późniejszych pracach pogląd został podtrzymany – zob. *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008, s. 82 i n. Pierwszy nurt istnieje w nowszej judykaturze, czego przykładami są następujące orzeczenia – wyrok SA w Szczecinie z dnia 8 lutego 2018 r., sygn. II AKa 4/18, LEX nr 2493544, wyrok SA w Białymstoku z dnia 27 marca 2018 r., sygn. II AKa 16/18, LEX nr 2531892 oraz szczegółowo wyrok SA w Krakowie z dnia 22 listopada 2011 r., sygn. II AKa 199/11, KZS 2011/12/30, postanowienie SN z dnia 5 grudnia 2017 r., sygn. III KK 386/17 czy wcześniejsze postanowienie SN z dnia 16 listopada 2009 r., sygn. IV KK 105/09, OSNwSK 2009/1/2257, w którym podkreślano, że prawo nie może ustępować przed bezprawiem.

¹⁸ Powyższy argument, co prawda nie w kontekście spowodowanej obrony koniecznej, szczególnie wypukła J. Kulesza nawiązujący do poglądów E. Plebanek – zob. *Niekonstytucyjność obrony koniecznej (art. 25 k.k.) z 8.12.2017 r.*, PiP nr 7/2019, s. 8 i n. z powołaną tam literaturą. Podobnie zdaje się K. Burdziak, *Prowokacja. Analiza prawno-karna*, Poznań 2018, s. 134 – 137.

¹⁹ Warto odnotować interesujący pogląd K. Burdziaka, który poddaje wątpliwości wymóg zawarcia w art. 25 § 1 k.k. przesłanki bezpośredniości, którą daje się wyodrębnić ze znamienia „obrona konieczna”. Zob. *Bezpośredniość zamachu, czyli kilka słów na temat obrony koniecznej w polskim prawie karnym*, PS nr 1/2018, s. 60. Nie podejmując polemiki, poprawna wydaje się teza, że znamie „obrony koniecznej” odnosi się nie do opisu zaistniałego zagrożenia dla wartości, lecz sposobu obrony dobra, odzwierciedlającego zasadę proporcjonalności – zob. A. Zoll, W. Wróbel, *Polskie prawo karne*, Kraków 2013, s. 358, podobnie A. Marek, wyróżniający dwa aspekty obrony koniecznej – zewnętrzny odnoszący się do podjęcia obrony oraz wewnętrzny dotyczący jej sposobu – zob. *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008, s. 90 i n. W starszej literaturze szerzej A. Krukowski, *Węzłowe problemy obrony koniecznej na tle art. 22 nowego kodeksu karnego*, Pal. nr 1/1971, s. 47 – 48.

ruszenia porządku prawnego. Ponadto słusznie twierdzi się, iż atakujący powinien liczyć się z odwetem atakowanego, który ma prawo skutecznie reagować na negatywne zjawiska, ponosząc ryzyko szkodliwych następstw własnych czynów²⁰.

Dla sprowokowanego, z chwilą ziszczenia się przesłanek uzasadniających odparcie zamachu, aktualizuje się uprawnienie do zareagowania na wywołane zagrożenie. Warunek konieczny odparcia zamachu stanowi świadomość jego istnienia oraz wola obrony chronionej wartości²¹, co pozwala na racjonalną ocenę zaistniałej sytuacji, zwłaszcza zastosowanie współmiernych środków służących unicestwieniu niebezpieczeństwa, przy poszanowaniu przysługujących napastnikowi praw²².

Określenie elementu podmiotowego w kontratybie obrony koniecznej ogranicza się wyłącznie do świadomości zaistnienia bezprawnego i bezpośredniego zamachu dla jakiegokolwiek dobra chronionego prawem oraz sposobu ochrony zaatakowanej wartości. W myśl art. 25 § 1 k.k. zainicjowanie działań obronnych nie zależy od czynników po stronie atakującego, zwłaszcza motywacji wyrządzenia krzywdy. Stawianie broniącemu się wymogu rozeznania intencji napastnika jest niemożliwe do spełnienia, zwłaszcza gdy znajduje się w nadzwyczajnej sytuacji, do jakiej zalicza się zamach. W tym wypadku uzależnienie odpowiedzialności od czynników psychologicznych pozostaje w sprzeczności z podstawową funkcją obrony koniecznej, którą jest uratowanie pozostającego w kolizji dobra.

Przyjęte założenie rodzi pytanie o zasadność rozróżnienia sprowokowanej obrony koniecznej celowej oraz niecelowej, jeśli czynnik mentalny atakującego pozostaje poza zakresem odpowiedzialności sprowokowanego. Co więcej, potwierdza się teza o dopuszczalności odparcia zamachu w razie wystąpienia jedynie obiektywnych ku temu przyczyn. Należy podnieść, iż reakcja sprowokowanego musi spełniać warunki stawiane modelowemu broniącemu się. Uwzględniając treść przepisów kodeksowych, dopóki podjęta obrona będzie mieścić się

²⁰ Tak wyrok SA w Lublinie z dnia 18 sierpnia 2009 r., sygn.. II AKa 99/09, OSA 210/7/10 – 14.

²¹ Szerzej W. Zontek, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1 – 116*, red. M. Królikowski, R. Zawłocki, Warszawa 2017, s. 527 – 528.

²² Warto odnotować niskowe stanowisko J. Majewskiego, podkreślającego możliwość zastosowania obrony koniecznej przez osobę pozostającą w nieświadomości zaistnienia zamachu. Na przykładzie pomocy starszej kobiecie przed atakiem złodzieja polegającej na przypadkowym rzuceniu w niego kamieniem, trudno uzasadnić przestępczość czynu broniącego się, skoro naganny skutek w mieniu pokrzywdzonej nie nastąpił. Z drugiej strony, jak wskazano wcześniej, uświadomienie przez broniącego się zagrożenia dla dobra umożliwia dobór właściwych środków ochrony, spełniających jej cel i ograniczającej zagrożenie dla dóbr napastnika. Umożliwienie stosowania obrony koniecznej na podstawie kryteriów obiektywnych mogłoby być nadużywane przez „broniących się”. Zob. *Czy znamię podmiotowe (subiektywne) jest jedną z cech konstytutywnych kontratyby?*, [w:] *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008, s. 39 i n.

w granicach „współmierności”²³, czyn odpierającego atak nie będzie bezprawny. Gdyby sprowokowany dopuścił się ekscesu intensywnego lub ekstensywnego, prowokujący ponownie mógłby chronić pozostających w jego dyspozycji wartości, proporcjonalnie do zaistniałego niebezpieczeństwa.

Przyjętemu pogładowi łatwo postawić zarzut nieuwzględnienia istotnych okoliczności leżących po stronie prowokatora, zwłaszcza nagannej postawy wobec sprowokowanego. Przywołany argument, pozornie niepozbawiony racji, jest niesłuszny. Pomimo podtrzymania negatywnej oceny prowokowania, opartej o argumenty aksjologiczne, każda obrona konieczna ma określone granice, odpowiadające stopniowi zagrożenia dóbr pozostających w kolizji. Podkreślenia wymaga, iż uprzednie zachowanie pierwotnego sprawcy nie pozbawia go prawa do obrony, wynikającego z konstytucyjnej zasady godności. W prawie karnym istnieją instrumenty pozwalające na usprawiedliwienie popełnienia czynu zabronionego lub umniejszające odpowiedzialności sprowokowanego, zarówno w płaszczyźnie przypisania, jak i wymiaru kary. Pierwsze wynika z treści art. 25 § 3 k.k., stanowiącego że nie podlega karze, kto przekracza granice obrony koniecznej pod wpływem strachu lub wzburzenia usprawiedliwionych okolicznościami zamachu, do których przystaje wyzywające zachowanie się pokrzywdzonego. Inny przykład łagodzący odpowiedzialność wynika z art. 25 § 2 k.k., w zakresie jakim sąd może nadzwyczajnie złagodzić karę lub nawet odstąpić od jej wymierzenia, w razie przekroczenia granic obrony koniecznej. Gdyby nie znaleziono powodów dla łagodniejszej oceny zachowania sprawczego na wskazanych podstawach, istnieje możliwość sięgnięcia do ogólnych i elastycznych unormowań z art. 115 § 2 k.k. oraz art. 53 k.k.

Odnosząc ustalenia do typów bójki stypizowanych w przepisach art. 158 k.k., pomijając problematyczną kwestię przypisywania skutku²⁴, ich kształt na tle przestępstw przeciwko życiu i zdrowiu jest odmienny - to tworzy specyficzne, stanowiące w istocie relikty odpowiedzialności grupowej. W orzecznictwie podnosi się, że poprzez dobrowolny udział w przestępstwie każdy uczestnik wyraża zgodę na naruszenie dóbr pozostających w jego dyspozycji, nawet zdrowia

²³ W nowszym piśmiennictwie szeroki sceptycyzm wobec akcesoryjnego charakteru obrony koniecznej wyraził T. Kaczmarek nawiązujący do poglądów A. Zolla – zob. *O kontratypach raz jeszcze*, PiP nr 7/2009, s. 93 i n.

²⁴ Szerzej o kryteriach przypisania skutku przestępnego w przypadku bójki i pobicia w oparciu o dorobek orzecznictwa wypowiedziała się A. Nowosad, *Problematyka skutku i związku przyczynowego przy przestępstwie udziału w bójce lub pobiciu typu podstawowego*, PS nr 1/2011, s. 82 i n. oraz *Związek przyczynowy w kwalifikowanej bójce lub pobiciu*, Prok. i Pr. nr 11/2011, s. 85 i n.

i życia, pomimo świadomości grożącego niebezpieczeństwa²⁵. Podkreślana przez sądy akceptacja wzajemnych, naruszających porządek prawny zachowań współdziałających w występku, odróżnia tę formę od ogólnie ujętej tzw. sprowokowanej obrony koniecznej, wobec nieświadomości intencji pierwotnie atakującego przez broniącego, przy reakcji nakierowanej na ochronę dobra.

Uwzględniając dorobek judykatury, należy rozstrzygnąć, czy zakwestionowanie dopuszczalności odpięcia bezprawnego i bezpośredniego zamachu na dobro prawne uczestnika bójki jest uprawnione. Podzielenie tezy o ograniczonej możliwości korzystania przez sprawców z obrony koniecznej nie powinno się wiązać z nieograniczoną aprobatą na wyrządzenie im krzywdy. Odwołując się do przykładów ekstremalnych trudno uznać, by biorący udział w bójkę przewidywał i godził się na śmierć bądź ciężki uszczerbek na zdrowiu, wręcz przeciwnie – dąży do uniknięcia negatywnych dla siebie następstw²⁶. Paradoksalnie z okoliczności czynnego odpięcia zamachu wynika dezaprobatą dla naruszania wartości uczestnika bójki. Uzasadnione byłoby umożliwienie odparcia zamachu w razie przekroczenia poziomu istniejącego i akceptowanego przez wszystkich niebezpieczeństwa przez któregoś z uczestniczących w przestępstwie sprawców. Zwykle polega to na dążeniu lub wywołaniu dalej idących skutków, chociażby ciężkiego uszczerbku na zdrowiu. Zachowanie „aktywniejszego agresora” wypełnia wówczas znamiona usiłowania typu kwalifikowanego przez następstwo opisanego w art. 158 § 2 k.k. lub art. 158 § 3 k.k., wiążąc się z poniesieniem surowszej odpowiedzialności karnej przez ogół bijących się²⁷, nawet za zachowania od nich niezależne²⁸.

²⁵ Zob. przykładowo wyrok SA we Wrocławiu z dnia 27 lutego 2013 r., sygn. II AKa 38/13, LEX nr 1299047; wyrok SA w Krakowie z dnia 26 marca 2013 r., sygn. II AKa 27/13, KZS 2013/6/80; wyrok SA w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2016 r., sygn. II AKa 191/16, LEX nr 2171312; wyrok SA w Warszawie z dnia 16 listopada 2017 r., sygn. II AKa 302/17, LEX nr 2418152.

²⁶ Tak zasadnie zdaje się wypowiadać SA w Krakowie w wyroku z dnia 12 grudnia 2017 r. sprawie o sygn. II AKa 167/17, LEX nr 2566563.

²⁷ W orzecznictwie wskazuje się, że ciężki uszczerbek na zdrowiu lub śmierć określone odpowiednio w art. 158 § 2 k.k. oraz art. 158 § 3 k.k. mogą być przypisane sprawcy wtedy, gdy pozostaje w związku przyczynowym z samą bójką, która stanowi dynamiczne i powodujące istotne dla dóbr prawnych zagrożenie – zob. postanowienia SN z dnia 28 lipca 2010 r., sygn. II KK 27/10, LEX nr 619606; z dnia 14 stycznia 2016 r., sygn. V KK 359/15, LEX nr 1963396; z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. IV KK 285/16, LEX nr 2254801; wyrok SA w Katowicach z dnia 4 lipca 2017 r., sygn. II AKa 147/17; LEX nr 2382778. Jednakże zwraca się uwagę na możliwość przypisania sprawcy przestępstwa z art. 148 § 1 k.k. zamiast art. 158 § 3 k.k. w razie ustalenia umyślności po stronie jednego z uczestników odnoszonej do skutku śmiertelnego – zob. wyrok SA w Katowicach z dnia 6 lipca 2017 r., sygn. II AKa 204/17, LEX nr 2343427.

²⁸ Na możliwość przypisania przestępstwa w typie kwalifikowanym w sytuacji gdy pokrzywdzony uciekający z miejsca zdarzenia poślizgnie się i dozna uszczerbku wskazuje szerzej A. Nowosad, *Związek przyczynowy w kwalifikowanej bójkę lub pobiciu*, Prok. i Pr. nr 11/2011, s. 83 i n.

Zmodyfikowanie granic obrony koniecznej rodzi istotne skutki materialnoprawne oraz procesowe. Pojawia się problem „rozciągnięcia” przedmiotowego oraz podmiotowego obrony koniecznej, w kontekście wyłączenia odpowiedzialności odpierającego zamach za całość przestępnego zachowania, jak również odpowiedzialność innych uczestników. Wkroczenie przez jednego ze sprawców w „fazę ekscesu” nie uchyła odpowiedzialności za wcześniejszy udział w bójce, stanowiącej zbiór jednostkowych czynów, wywołujących łącznie stan konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo. Poprzez unormowanie kwalifikowanych wzorców ustawodawca wyodrębnia poziom zagrożenia dla chronionych wartości, różnicując nie tylko zakres karalności poszczególnych zachowań, ale również dopuszczając odmienną ocenę sprawstwa bójki w typie podstawowym oraz zmodyfikowanym przez następstwo, zwłaszcza przy wieloosobowych konfiguracjach, gdy nie jest możliwe panowanie nad całym przebiegiem akcji. Tożsamo należy wartościować zachowanie sprawcy broniącego się przed nadmiernym atakiem drugiego uczestnika, zaś odparcie zamachu powinno zostać ograniczone do godzenia w dobra napastnika. Obrona konieczna jest ujęta szeroko, co pozwala na powzięcie działania przez osobę trzecią, także innego uczestnika bójki, jeśli zauważy grożące niebezpieczeństwo dla współdziałającego. W aspekcie praktycznym niemałe trudności rodzi mylne przekonanie o istnieniu warunków do odparcia zamachu, jednakże powinien znaleźć zastosowanie art. 29 k.k. umożliwiający usprawiedliwienie popełnienia czynu zabronionego w razie zaistnienia błędu co do kontratypu, jeśli był usprawiedliwiony, pozostający w sferze ocen prawnych, w oparciu o zobiektywizowane kryteria.

Poczynione uwagi nie uchybiają akceptowanej koncepcji, że zaprzestanie udziału w bójce zakomunikowane pozostałym uczestnikom uzasadni zastosowanie obrony koniecznej na ogólnych zasadach wynikających z art. 25 § 1 k.k., podobnie jak podjęcie się przez osobę trzecią funkcji likwidatora bójki (interwenienta). Te wnioski odnoszą się do pokrzywdzonego pobiciem, zaatakowanego przez co najmniej dwóch napastników, gdy odpiera bezprawny i bezpośredni zamach na pozostające w jego dyspozycji dobra.

4.2.2.3. Obrona konieczna na przykładzie stalkingu i znęcania

Problem granic obrony koniecznej przedstawia się interesująco w razie popełnienia stalkingu art. 190a § 1 k.k. bądź odmian znęcania psychicznego opisanych w typach z art. 207 k.k. Realizacja czynności wykonawczej polega na godzeniu w pokrzywdzonego bez użycia przemocy fizycznej. Występki chronią

różne dobra prawne – odpowiednio wolność psychiczną oraz prawidłowe funkcjonowanie rodziny, lecz łączy je powtarzalność różnorodnych zachowań składająca się na jedno przestępstwo²⁹ oraz szczególnie negatywne nastawienie sprawcy do całości czynu³⁰, interpretowane z brzmienia znamion czasownikowych „znęca” lub „znęca się”.

Stosowanie naruszających nietykalność cielesną środków zmierzających do odparcia bezprawnego i bezpośredniego zamachu ze strony prowokującego wydaje się nieintuicyjne, zważywszy że bezpośredni stan niebezpieczeństwa uzasadniający obronę trwa przez nieokreślony czas, a co najistotniejsze – cechuje się różną intensywnością. Patrząc na zawartość normatywną art. 25 § 1 k.k., zwłaszcza przesłanki zastosowania kontratypu, należy określić warunki wyłączenia przepiękności czynu zabronionego popełnionego przez sprowokowanego, zwracając uwagę na najważniejsze kwestie dogmatyczne.

W piśmiennictwie twierdzi się, że wypełnienie znamion występku z art. 207 § 1 k.k. w myśl którego odpowiedzialności podlega każdy, kto znęca się fizycznie lub psychicznie nad osobą najbliższą lub nad inną osobą pozostającą w stałym lub przemijającym stosunku zależności, wiąże się z wykorzystaniem przewagi sprawcy nad pokrzywdzonym³¹, ukształtowanej w oparciu o relacje stron, podobnie jak współdziałających przy sprawstwie polecającym. Zadawane przez sprawcę cierpienia przekraczają zwykłą miarę wynikającą z naruszenia nietykalności cielesnej, poniżenia czy obrażania, cechując się długotrwałością oraz intensywnością. Prowokujący sposób postępowania wykonawcy, zwłaszcza upór w oddziaływaniu na pokrzywdzonego, powoduje zmiany w stanie zdrowia psychicznego atakowanego,

²⁹ Tak szczegółowo wyrok SA w Białymstoku z dnia 11 września 2014 r., sygn. II AKa 121/14, LEX nr 1602862; wyrok SA w Szczecinie z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. II AKa 119/13, wyrok SA w Szczecinie z dnia 10 lipca 2013 r., sygn. II AKa 119/13 czy wyrok SA w Lublinie z dnia 27 marca 2012 r., sygn. II AKa 13/12, LEX nr 1210833. Warto odnotować koncepcję umożliwiającą pociągnięcie sprawy do odpowiedzialności w razie jednoczynowego wypełnienia znamion, lecz cechującego się nadmierną dolegliwością dla pokrzywdzonego – zob. często przywoływany w literaturze wyrok SN z dnia 27 lutego 2002 r., sygn. II KKN 17/00, OSNKW 2002/7-8/55.

³⁰ W orzecznictwie zyskuje popularność pogląd, traktujący o tym, że występki z art. 207 § 1 k.k. można w obu postaciach zamiaru - czego przykładem są orzeczenia SN - postanowienie z dnia 23 maja 2017 r. w sprawie o sygn. III KK 157/17, LEX nr 2329441 czy wyrok z dnia 18 marca 2015 r., sygn. III KK 432/14, LEX nr 1663408. Nie ujmując niczego prezentowanym poglądom, których uwzględnienie poszerzyłoby ochronę pokrzywdzonych, trudno je zaakceptować. Należy opowiedzieć się za przeciwnym nurtem, w którym akcentuje się szczególnie negatywne nastawienie sprawcy do znamion czynu, świadczące o kierunkowym zamiarze, interpretowane w oparciu o znamie „znęca się” – podobnie wyrok SA w Lublinie z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 277/12, LEX nr 1246775 oraz postanowienie SN z dnia 20 lutego 2019 r., sygn. II KK 201/18, LEX nr 2633611.

³¹ Szerzej J. Jodłowski, M. Szewczyk, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Komentarz do art. 117–211a*, red. W. Wróbel, A. Zoll, Warszawa 2017, s. 866 wraz z powołanym tam orzecznictwem.

który wyrządza krzywdę atakującemu, wypełniając własnym zachowaniem elementy karalnego zachowania, co paradoksalne - także znęcania się z art. 207 k.k.

Powstaje pytanie o dopuszczalność odparcia zamachu przez sprowokowanego, uznając iż działał w granicach obrony koniecznej (art. 25 § 1 k.k.). Zarysowany problem nie jest rozstrzygany jednolicie w orzecznictwie, a popularnością cieszył się pogląd o niemożliwości przypisania pierwotnie atakującemu przestępstwa z art. 207 § 1 k.k., w przypadku gdy pokrzywdzony odpowiedział na zachowanie sprawcy³². Konstrukcja tzw. wzajemnego znęcania się, upraszczająca proces wartościowania, prowadzi do wzajemnej kompensacji krzywd (znanej prawu cywilnemu). Przeciwno temu przemawiają dwa zasadnicze argumenty – prowadzi się do usprawiedliwienia popełnionego przez atakującego występkę, nie uwzględniając poziomu zaistniałego bezprawia, a w konsekwencji uniemożliwia atakowanemu obronę przynależnych mu dóbr prawnych. Każdy ma prawo bronić pozostające w jego dyspozycji wartości, takie jak zdrowie, życie, wolność czy nietykalność cielesna. Z perspektywy ocen społecznych powinno się odróżniać atakującego od atakowanego, zwłaszcza że jedna strona inicjuje zdarzenie. Nie przekonują argumenty, by brać pod uwagę stosunki łączące osoby pozostające w interakcji. Zwykle się twierdzić, że czym bardziej skomplikowane relacje sprawcy i pokrzywdzonego, tym łatwiej usprawiedliwić popełniony czyn. Na etapie przypisania popełnienia czynu zabronionego nie powinny mieć znaczenia czynniki subiektywne i podlegające swobodnej ocenie organu procesowe, takie jak relacje pokrzywdzonego i sprawcy. Przyjmowane spojrzenie pomija realizację znamion typu, wysuwając na pierwszy plan irrelevantne z tej perspektywy okoliczności. Nie sposób zgodzić się z uzależnianiem poziomu ochrony prawnej pokrzywdzonego od jego przymiotów osobistych, jeśli tożsame dobra cechuje tożsama wartość. Zachowanie się pokrzywdzonego rzutuje na inne płaszczyzny ocen, przykładowo granice obrony koniecznej, społeczną szkodliwość czynu bądź wymiar kary. W nowszym orzecznictwie zasadnie nie kwestionuje się prawa pokrzywdzonego do obrony³³.

Jednakże stosowanie środków obronnych może rodzić istotne trudności praktyczne. Problematyczna okazuje się kwestia odpowiedzialności broniącego się, reagującego na zachowanie znęcającego się, w okresie mniej dolegliwego

³² Tak przykładowo wyrok SN z dnia 11 lutego 2003 r., sygn. IV KKN 312/99, LEX nr 77436; wyrok SA we Wrocławiu z dnia 25 kwietnia 2012 r., sygn. II AKa 405/11, LEX nr 1162855; wyrok SA w Gdańsku z dnia 23 stycznia 2013 r., sygn. II AKa 468/12, LEX nr 1280025.

³³ Tak w nowszym orzecznictwie wyrok SA w Gdańsku z dnia 19 października 2017 r., sygn. II AKa 304/17, LEX nr 2463477 oraz wyrok SA w Szczecinie z dnia 3 marca 2016 r., sygn. II AKa 1/16, LEX nr 2025618.

oddziaływania. Zaprzestanie wykonania znamion typu wyznacza granice tożsamoego czynu, zaś późniejsze działanie obronne stanowiłoby ekces ekstensywny, nieuzasadniający działania w ramach obrony koniecznej. Odpierający atak nie rzadko pozostaje w usprawiedliwionym błędzie co do istnienia okoliczności kontratypowej, co nie pozwala na przypisanie mu winy (arg. z art. 29 k.k.). Z drugiej strony, niższa aktywność wykonawcy nie musi oznaczać zaprzestania wykonywania znamion występku z art. 207 § 1 k.k., a przeciwnie – bywa poczytywana jako przerwa w celu „nabrania sił” do dalszego znęcania się, zaś wówczas reakcja sprowokowanego byłaby usprawiedliwiona. Na organie procesowym ciąży obowiązek poczynienia ustaleń faktycznych pozwalających na ocenę interakcji biorących w zdarzeniu osób, zwłaszcza długotrwałości oraz intensywności znęcania, ale paradoksalnie stosunku psychicznego do czynu - wyraźne ujawnienie pokrzywdzonemu zamiaru zakończenia bezprawnej aktywności nie pozwoli na powzięcie obrony. Nie należy wykluczyć, że znajdzie zastosowanie art. 25 § 3 k.k., jeśli znęcanie się nad pokrzywdzonym prowadzi do poczucia uzasadnionego strachu. Gdyby nie zachodziły podstawy do wyłączenia przestępności czynu, okoliczności zdarzenia, muszą być uwzględniane na poziomie wartościowania karygodności (arg. z art. 115 § 2 k.k.) oraz wymiaru kary (arg. z art. 53 § 1 k.k.).

Przestępstwa stalkingu opisane w art. 190a § 1 k.k. oraz art. 190a § 2 k.k.³⁴ zostały wprowadzone do k.k. nowelizacją z lutego 2011 r.. Karalność uporczywego nękania miała służyć szerszej ochronie prywatności, wynikającej z większych potrzeb społecznych³⁵. Wedle art. 190a § 1 k.k., odpowiedzialności karnej podlega każdy, kto przez uporczywe nękanie innej osoby lub osoby jej najbliższej wzbudza u niej uzasadnione okolicznościami poczucie zagrożenia lub istotnie narusza jej prywatność. Subiektywne odczucia pokrzywdzonego należy odnosić do mechanizmów obiektywizujących, odpowiadając na pytanie „jaki towarzyszyłby przeciętnemu człowiekowi, o ile oczywiście działania sprawcy nie zmaterializowały się w konkretnym skutku”³⁶. W przeciwieństwie do znęcania, popełnienie czynu zabronionego opisanego w art. 190a § 1 k.k. wiąże się z wystąpieniem skutku, jednak opis czynności wykonawczych typów jest zbliżony. Ponadto w granicach

³⁴ W świetle cytowanego przepisu odpowiedzialności karnej podlega ten, kto podszywając się pod inną osobę, wykorzystuje jej wizerunek lub inne jej dane osobowe w celu wyrządzenia jej szkody majątkowej lub osobistej. W opisie znamion wzorca trudno doszukać się elementu wyzywającego zachowania się, dlatego omówiony zostanie jedynie występki z art. 190a § 1 k.k.

³⁵ Szerzej w nawiązaniu do projektu nowelizacji k.k. z lutego 2011 r. J. Długosz, *O zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu*, [w:] *Tożsamość polskiego prawa karnego*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk - Grocka, B. Orłowska - Zielińska, Olsztyn 2011, s. 249.

³⁶ Wyrok SN z dnia 29 marca 2017 r., sygn. IV KK 413/16, OSNKW 2017/8/44.

trwałego i cechującego się zamiarem bezpośrednim kierunkowym występku³⁷ mieszczą się różnorodne, naganne zachowania sprawcy, często samodzielnie realizujące znamiona karalnego czynu (przykładowo znieważenia z art. 216 § 1 k.k.), chociaż motywacja sprawcy nie zawsze będzie oceniana negatywnie z perspektywy aksjologicznej³⁸. Ze względu na określenie podmiotów ponoszących odpowiedzialność za popełnienie indywidualnego występku, wzorzec unormowany w rozdziale XXIII Kodeksu karnego stanowi przejaw kryminalizacji zastępczej w razie zaistnienia przeszkód do przypisania występku przeciwko rodzinie i opiece³⁹. Wobec przyjętych założeń, poczynione rozważania natury ogólnej, szczególnie w kontekście obrony koniecznej, pozostają aktualne.

Wyzywające zachowanie się pokrzywdzonego niekoniecznie nosi cechy stalkingu. Odpowiednikiem art. 190a § 1 k.k. jest art. 107 k.w. zawarty w rozdziale XII wymieniającym wykroczenia przeciwko osobie. Wedle przywołanego przepisu karze ograniczenia wolności, grzywny do 1500 złotych albo karze nagany podlega ten, kto w celu dokuczenia innej osobie złośliwie wprowadza ją w błąd lub w inny sposób złośliwie niepokoi. Brzmienie przepisów ukazuje cienką granicę pomiędzy przestępstwem a wykroczeniem, zaś opisy czynów zabronionych dzieli różnica w określeniu strony podmiotowej – celu dokuczenia przy wykroczeniu bądź wzbudzenia uzasadnionego poczucia zagrożenia lub istotnego naruszenia prywatności przy przestępstwie. Te elementy nierzadko będą występować łącznie prowadząc do przyjęcia idealnego zbiegu przestępstwa z wykroczeniem, rozstrzyganego na podstawie art. 10 § 1 k.w. Nawiązując do rozważań o spowodowanej obronie koniecznej, trudno uzależniać możliwość zastosowania środków obronnych w oparciu o czynniki subiektywne leżące po stronie atakującego, nieznane broniącemu się. Również kwalifikacja prawna zachowania prowokującego (jako przestępstwa lub wykroczenia) nie powinna mieć znaczenia dla przyznania pokrzywdzonemu uprawnienia do obrony. Podkreślenia wymaga, że istotą okoliczności wyłączonej przestępność czynu opisanej w art. 25 § 1 k.k. jest to, by zaistniał bezprawny i bezpośredni zamach na jakiegokolwiek dobro chronione prawem, niezależnie nawet czy atakujący wypełnia znamiona czynu zabronionego.

³⁷ Szerzej P. Furman, *Próba analizy konstrukcji ustawowej przestępstwa uporczywego nękania z art. 190a k.k. Zagadnienia wybrane*, CzPKiNP nr 3/2012, s. 65 i n.

³⁸ Zwraca na to uwagę A. Golonka, przytaczając przykład nieszczęśliwej fascynacji. Zob. *Uporczywe nękanie jako nowy typ czynu zabronionego*, PiP nr 1/2012, s. 91 oraz SN w wyroku z dnia 12 grudnia 2013 r. w sprawie o sygn. III KK 417/13, LEX nr 1415121.

³⁹ Wydaje się, że pomiędzy normą wynikającą z art. 207 § 1 k.k. a art. 190a § 1 k.k. zachodzi stosunek krzyżowania, jednakże występki znęcania, chroniący nie tylko wolność człowieka, ale również prawidłowe relacje rodzinne skonstruowane drugą wzorcem. Pomocniczym argumentem przemawiającym za tą tezą jest ustawowe zagrożenie karną pozbawienia wolności – odpowiednio do lat 5 oraz 3.

Z przyczyn czysto aksjologicznych trudno uzasadnić ograniczenie prawa do obrony koniecznej osobie, która zmagą się z nagannym oddziaływaniem sprawcy, jednakże działania obronne powinny odpowiadać wymogowi proporcjonalności.

4.2.3. Prowokacja jako okoliczność umniejszająca odpowiedzialność karną na przykładzie tzw. zabójstwa w afekcie

Potocznie rozumianej „prowokacji” można doszukiwać się w brzmieniu art. 148 § 4 k.k.⁴⁰ W myśl przepisu łagodniejszą odpowiedzialności karną ponosi osoba, która zabija człowieka pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami, zaś owo „wzburzenie” zostało wywołane nagannych (prowokującym) zachowaniem pokrzywdzonego. Uprzywilejowany typ zabójstwa doczekał się omówienia w starszym piśmiennictwie i orzecznictwie, zwłaszcza wydanym na gruncie k.k. z 1969 r.⁴¹, lecz warto zaakcentować problemy związane z treścią znamienia „silne wzburzenie usprawiedliwione okolicznościami” oraz możliwością przypisania winy.

Nierozstrzygniętym zagadnieniem pozostaje interpretacja znamienia „silnego wzburzenia”, w kontekście fizjologicznego⁴² źródła powstania bądź usprawiedliwienia – wyłącznie w oparciu o obiektywne i niezawinione przez sprawcę czynniki⁴³ lub tkwiące także w psychice zabójcy⁴⁴. Dla wypełnienia znamion czynu zabronionego musi zaistnieć związek pomiędzy gwałtownym zachowaniem się

⁴⁰ Przykładowo wyrok SN z dnia 6 kwietnia 1981 r., sygn. I KR 30/81, LEX nr 17318, wyrok SN z dnia 30 listopada 1972 r., sygn. I KR 243/72, OSNKW 1973/6/78.

⁴¹ Przykładowo należy wskazać najistotniejsze prace K. Buchały, *Niektóre problemy zabójstwa pod wpływem silnego afektu*, Pal. nr 10 – 11/ 1987; S. Cory, *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia w prawie i psychologii*, NP nr 7-8/1973 czy M. Tarnawskiego, *Wikrymologiczne aspekty zabójstwa pod wpływem silnego wzburzenia*, NP nr 7-8/1981; tenże, *Z problematyki motywacji sprawcy zabójstwa pod wpływem silnego wzburzenia*, RPEiS nr 2/1981.

⁴² Wskazany pogląd zdaje się dominować w orzecznictwie - szerzej SA we Wrocławiu w wyroku z dnia 9 maja 2012 r., sygn. II AKa 113/12, KZS 2012/11/77, SA w Gdańsku w wyroku z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 417/12, LEX nr 1239877, SA w Katowicach w wyroku z dnia 3 kwietnia 2014 r., sygn. II AKa 63/14 oraz wyroku z dnia 27 października 2017 r., sygn. II AKa 350/17, LEX nr 2441578 czy SA w Białymstoku w najnowszym wyroku z dnia 18 lipca 2019 r. w sprawie o sygn. II AKa 119/19, LEX nr 2766154.

⁴³ Przykładowo postanowienie SN z dnia 7 marca 2008 r., sygn. V KK 355/07, Prok.i Pr.-wkł. 2008/9/5; wyrok SA w Lublinie z dnia 11 sierpnia 2009 r., sygn. II AKa 123/09, LEX nr 523981, wyrok SA w Katowicach z dnia 23 maja 2013 r., sygn. II AKa 127/13, LEX nr 1331013; wyrok SA w Rzeszowie z dnia 13 lutego 2014 r., sygn. II AKa 4/14, KZS 2014/7-8/95.

⁴⁴ Wydaje się, że zwolennikami tej koncepcji byli S. Cora, *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia w prawie i psychologii*, NP nr 7-8/1973, s. 1033 oraz J. Pobocho, *Aspekty psychiatryczne, psychologiczne i prawne stanu silnego wzburzenia*, Pal. nr 7-8/1993, s. 36 i n. W nowszym orzecznictwie podobny pogląd wyraził SA we Wrocławiu w wyrokach z dnia 8 maja 2013 r. II AKa 125/13, LEX nr 1331163 oraz z dnia 27 czerwca 2013 r., sygn. II AKa 186/13, LEX nr 1362986.

pokrzywdzonego a stanem silnego wzburzenia⁴⁵. Co istotne, zabójstwo w uprzywilejowanej postaci przypisuje się wtedy, gdy nagle wywołany i nadzwyczajny stan emocjonalny wzięł górę nad intelektem⁴⁶, zaś w świetle ocen etycznie - moralnych zachowanie sprawcy jest nie tylko obiektywnie usprawiedliwione, ale także wybacalne⁴⁷.

W omawianym przypadku są istotne dwie, różnorodne kwestie – podstaw usprawiedliwiania reakcji sprowokowanego oraz konieczności ustalania stanu faktycznego na podstawie opinii biegłych psychiatrów. Przyczynę sporów stanowią związki znamion przedmiotowych czynu z art. 148 § 4 k.k. oraz kryjących się pod nimi aspektów psychologicznych, przykładowo „silnego wzburzenia”. Bezsprzecznie sprawca działający pod wpływem negatywnych oraz intensywne doznań postępuje mniej racjonalnie, natomiast usprawiedliwienia popełnionego zachowania często poszukuje się na płaszczyźnie winy, gdy dochodzi do zakłócenia czynności psychicznych w rozumieniu art. 31 k.k.⁴⁸, czy wręcz ograniczenia poczytalności (art. 31 § 2 k.k.). Dwoisty charakter elementów natury podmiotowej powodował aksjologiczne wątpliwości co do umniejszenia represji zabójcy, zwłaszcza że wykonawca naruszył życie człowieka. Przyjmowało się, że kwalifikacja zachowania sprawcy na podstawie art. 148 § 4 k.k. jest uprzywilejowaniem „dalej idącym” pochlaniającym „uprzywilejowanie słabsze”⁴⁹, gdyż wysokość ustawowego zagrożenia za popełnienie występku kształtuje się niżej niż zbrodni. Rzeczywiście „zabójca w afekcie” podlega karze pozbawienia wolności od 1 r. do 10 lat, natomiast zabijający w stanie ograniczonej odpowiedzialności, jeśli zastosuje się nadzwyczajne złagodzenie kary - od 2 lat i 8 miesięcy do 7 lat i 11 miesięcy (arg. z art. 60 § 6 pkt 2 k.k.).

⁴⁵ Tak zasadnie wyrok SA w Gdańsku z dnia 16 lipca 2013 r., sygn. II AKa 187/13, LEX nr 1388782. SA w Krakowie w wyroku z dnia 17 maja 2016 r., sygn. II AKa 60/16, KZS 2016/7-8/75 podkreślał, iż „usprawiedliwienie silnego wzburzenia sprawcy zabójstwa wymaga istnienia współmierności między czynem i krzywdą, którą sprawca odczuł, ma więc rozsądna proporcja między krzywdą i popełnioną zbrodnią”. Podobnie J. Brzezińska, *Rozważania o znamionach psychologicznych w kontekście motywacji zabójstw uprzywilejowanych*, Ius Novum nr 1/2014, s. 96 i n. oraz W. Król, *Silne wzburzenie w rozumieniu art. 148 § 4 k.k.*, Prok. i Pr. nr 9/2009, s. 55 i n.

⁴⁶ Przykładowo wyrok SA w Szczecinie z dnia 4 października 2006 r., sygn. II AKa 127/06, LEX nr 283389; wyrok SA w Gdańsku z dnia 9 września 2009 r., sygn. II AKa 149/09, KZS 2011/5/72.

⁴⁷ Przykładowo wyrok SA w Warszawie z dnia 5 września 2006 r., sygn. II AKa 220/06, KZS 2007/11/32; wyrok SA w Łodzi z dnia 27 marca 2007 r., sygn. II AKa 38/07, KZS 2008/5/88, wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 maja 2012 r., sygn. II AKa 47/12, LEX nr 1164211.

⁴⁸ J. Witkowska, *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia*, NKPK nr 13/2003, s. 207.

⁴⁹ Szerzej B. Ziajka, *Stan silnego wzburzenia i jego wpływ na wymiar kary*, NKPK nr 11/2002, s. 129 i n. cytujący M. Cieślaka, ale również wyrażających zbliżone poglądy W. Woltera oraz K. Daszkiewicz, opowiadających się za rozłącznym stosowaniem art. 148 § 4 k.k. oraz art. 31 § 2 k.k.

Dostrzegając korzyści wynikające z łagodniejszej oceny zachowania, trudno nie odnieść się do brzmienia przepisu typizującego, jak również odrębności w ujęciu przesłanek z art. 148 § 4 k.k. oraz wyłączenia lub ograniczenia poczytalności z art. 31 § 1 k.k. lub art. 31 § 2 k.k.⁵⁰, które mogą pozostawać w stosunku krzyżowania. Należy zauważyć, iż „silne wzburzenie” przemawiające za uprzywilejowaną kwalifikacją prawną musi być „usprawiedliwione okolicznościami”, przede wszystkim po stronie pokrzywdzonego, głównie intensywnością i dokuczliwością oddziaływania na sprowokowanego. Wyrażona ustawowo limitacja wskazuje na konieczność wartościowania w oparciu o obiektywne kryteria⁵¹, tj. uznania, że każdy dojrzały człowiek w tożsamej co sprawca sytuacji, dopuściłby się zarzucanego czynu. Przypisywanie odpowiedzialności w oparciu o konstrukcje modelowe nie jest w prawie karnym niczym nowym, co widać chociażby przy obiektywnym przypisaniu skutku. Trudno uznać, iż ustalenie okoliczności „silnego wzburzenia” musiałoby nastąpić po zasięgnięciu przez opinii biegłych psychiatrów⁵², gdyż jest kategorią ściśle prawną⁵³ - podlegającym stopniowaniu znamieniem przedmiotowym typu. Również stan silnego wzburzenia nie powoduje automatycznie zakłócenia czynności psychicznych, uniemożliwiającego rozpoznanie znaczenia czynu lub pokierowania postępowaniem przez sprawcę, wprowadzie działającego pod wpływem emocji, lecz dostrzegającego następstwa przedsięwziętego zachowania. Z drugiej strony, ze względu na osobiste przymioty popełniającego czyn zabroniony w nadzwyczajnych okolicznościach może dojść do całkowitego wyłączenia poczytalności, niezależnie od oceny prawnej czynu.

Przywołane argumenty potwierdzają założenie, iż opis znamion przedmiotowych typu oraz wina stanowią niezależne i odrębne płaszczyzny struktury przestępstwa, współkształtowane odpowiednio przez czynniki obiektywne i subiektywne. W praktyce skutkuje to złożoną kwalifikacją prawną, składającą się z przepisu typizującego oraz okoliczności wyłączającej przestępczość czynu⁵⁴, ale „tylko wówczas, kiedy silne wzburzenie wywołane zostało okolicznościami

⁵⁰ *Ibidem*, s. 136 i n.

⁵¹ Tak zasadnie wyrok SA w Katowicach z dnia 23 maja 2013 r., sygn. II AKa 127/13, LEX nr 1331013.

⁵² W tym tonie zdaje się wypowiadać J. Witkowska, *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia*, NKPK nr 13/2003, s. 207 i n. wraz z powołanym tam orzecznictwem.

⁵³ Szerzej postanowienia SN z dnia 14 stycznia 2016 r., sygn. V KK 361/15, KZS 2017/2/21 oraz z dnia 4 stycznia 2017 r., sygn. III KK 391/16, LEX nr 2255321, jak również wyrok SA w Lublinie z dnia 7 marca 2018 r., sygn. II AKa 29/18, LEX nr 2478493.

⁵⁴ Zwraca na to uwagę A. Golonka, *Stan silnego wzburzenia jako znamię zabójstwa typu uprzywilejowanego czy okoliczność wpływająca na zmniejszenie poczytalności sprawcy przestępstwa?*, Pal. nr 3 – 4/2014, s. 75. Podobnie wyrok SA w Katowicach z dnia 14 stycznia 2005 r., sygn. II AKa 109/05, KZS 2005/7-8/115.

innymi od tych, które spowodowały stan ograniczonej poczytalności w stopniu znacznym⁵⁵, która stanowi stan patologiczny ludzkiego organizmu⁵⁶. Konstrukcyjne wyodrębnienie obu aspektów, wiąże się z „dwustopniową koniecznością” poczynienia ustaleń w sprawie karnej i ich wyjaśnienia w uzasadnieniu decyzji procesowej.

4.3. Karnoprawnie obojętne oddziaływanie – karnoprawnie istotna reakcja na przykładzie przestępstw przeciwko czci i nietykalności cielesnej

Słowa „prowokacja”⁵⁷ oraz „retorsja” kojarzą się też z unormowaniami zawartymi w art. 216 § 3 k.k. oraz art. 217 § 2 k.k., tj. samoistnymi podstawami nadzwyczajnego złagodzenia kary w razie popełnienia występku znieważenia bądź naruszenia nietykalności cielesnej, jeśli zostały wywołane wyzywającym zachowaniem się pokrzywdzonego.

Przyjmuje się, iż „wyzywające” zachowanie w rozumieniu 216 § 3 k.k. (art. 217 § 2 k.k.), poprzedzające retorsję sprawcy, to „nie tylko znieważenie lub naruszenie nietykalności cielesnej bezpośrednio poprzedzające zniewagę, ale i wszelkie działanie pokrzywdzonego i to także w przeszłości, jeżeli było skierowane do znieważanego i pozostawało w związku przyczynowym z jego zachowaniem polegającym na znieważeniu oskarżyciela”⁵⁸, zaś jego charakter ocenia się w kontekście „ogólnie przyjętych i akceptowanych społecznie norm zachowania i systemów wartości i nie wystarcza, iż jedynie sprawca odbierze je jako subiektywnie wyzywające”⁵⁹. Z ustawy wynika „sprzężenie zwrotne” podstaw odpowiedzialności karnej, gdyż art. 216 § 3 k.k. znajduje zastosowanie w razie

⁵⁵ Postanowienie SN z dnia 7 marca 2008 r., sygn. V KK 355/07, OSP 2010/9/85.

⁵⁶ Wyrok SA w Krakowie z dnia 20 października 2009 r., sygn. II AKa 182/09, KZS 2009/12/60.

⁵⁷ Z dystansem do posługiwania się w omawianym kontekście pojęciem „prowokacji” podchodzi J. Giezek, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, komentarz do art. 24 k.k., red. J. Giezek, LEX 2014, teza 1. Podobny pogląd wyrażono w orzecznictwie – zob. wyrok SA w Krakowie z dnia 21 września 2000 r., sygn. II AKa 152/00, KZS 2000/10/30, Prok.i Pr. - wkł. 2001/2/20 – bez uzasadnienia oraz wyrok SA w Krakowie z dnia 1 lipca 2004 r., sygn. II AKa 128/04, KZS 2004/7-8/47, Prok.i Pr. - wkł. 2005/3/11 – bez uzasadnienia. Jednakże ze względu na wielość znaczeń pojęcia „prowokacja”, nie wydaje się nieuzasadnione odstępianie od posługiwania tym zwrotem w omawianym kontekście. Trudno również odnaleźć inne słowo w języku polskim, które można by zastąpić tytułowym określeniem pracy.

⁵⁸ Wyrok SO w Tarnowie z dnia 30 stycznia 2004 r., sygn. II Ka 582/03, KZS 2004/2/6.

⁵⁹ M. Filar, *Pokrzywdzony (ofiara przestępstwa) w polskim prawie karnym materialnym*, CzPKiNP nr 2/2002, s. 25.

popęnienia jakiegokolwiek występku stypizowanego w art. 216 k.k. bądź opisanego w art. 217 § 1 k.k., podobnie jak art. 217 § 2 k.k.⁶⁰

Granicą złagodzenia odpowiedzialności sprowokowanego jest wówczas popełnienie przez pokrzywdzonego czynu zabronionego przeciwko czci lub nietykalności cielesnej opisanego w art. 216 § 1 k.k., art. 216 § 2 k.k. bądź art. 217 § 1 k.k., na które następnie zareagowano. Należy zaznaczyć, że przytaczane przepisy funkcjonują dwutorowo, zaś zachowanie pokrzywdzonego wypełniające znamiona innego, cechującego się wyższym stopniem karygodności wzorca, pozwoliłoby na wyłączenie bezprawności czynu na mocy art. 25 § 1 k.k. Z kolei gdy działanie prowokującego nie okaże się wyzywające dla modelowego odbiorcy, sprowokowany będzie ponosić odpowiedzialność na ogólnych zasadach.

Umnieszenie konsekwencji ponoszonych przez sprawcę ma zakorzenie aksjologiczne, jak również opiera się na obiektywnych kryteriach – pozostawiania zachowań w związku przyczynowym oraz wartościowaniu aktywności prowokującego w kontekście przyjmowanych powszechnie wzorców postępowania. Usprawiedliwienia zachowania sprowokowanego doszukiwano się w kompensacji wzajemnych krzywd sprawców czynów zabronionych⁶¹ bądź „wyręczenia organu państwowego w jego kompetencjach”⁶², gdy uszczerbku doznają dobra o zbliżonej wartości⁶³. Z perspektywy ocen społecznych podejmowane przez prowokatora i sprowokowanego działania są uznawane za podobnie niepożądane, natomiast szczególne unormowania ukazują rolę prawa karnego jako środka ostatecznego – w tym wypadku wtórnego wobec ochrony dóbr osobistych wyliczonych w art. 23 k.c., wraz z szeroko ujętym katalogiem roszczeń przysługujących poszkodowanemu na mocy art. 24 § 2 k.c. Omawiane rozwiązania uwidaczniają prymat funkcji kompensacyjnej nad represyjną, przejawiającej się w możliwości orzekania nawiązki na rzecz pokrzywdzonego, Polskiego Czerwonego Krzyża albo na inny cel społeczny wskazany przez pokrzywdzonego (arg. z art. 216 § 4 k.k.).

Należy zadać podstawowe pytanie o sens penalizacji opisanej kategorii zachowań, skoro wystarczająca dla zadośćuczynienia doznanych szkód wydaje się droga cywilna. Trudno zapomnieć, że zachowanie sprawcze, pomimo prowokującego

⁶⁰ Taki wniosek wynika również z wykładni art. 213 k.k. SN w wyroku z dnia 17 stycznia 2018 r., sygn. III KK 247/17, LEX nr 2449282 wskazał, że okoliczności wyłączające bezprawność znieśławienia nie usprawiedliwiają popełnienia występku z art. 216 § 1 k.k.

⁶¹ W najnowszej literaturze problem szerzej porusza J. Raglewski, *[w:] Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz. Tom I. Część II*, red. W. Wróbel, A. Zoll, teza 30, Warszawa 2017 wraz z powołaną tam literaturą.

⁶² I. Zgoliński, *W kwestii <<granic>> występku znieważenia z art. 216 Kodeksu karnego*, *Ius Novum* nr 2/2013, s. 53.

⁶³ Podobnie wyrok SN z dnia 17 czerwca 1971 r., sygn. Rw 612/71, OSNKW 1971/10/159.

oddziaływania pokrzywdzonego, godzi w dobra o niematerialnym charakterze, takie jak cześć oraz nietykalność cielesną. Wobec pozostałych wartości nie są szczególnie doniosłe – o czym świadczy ustawowe zagrożenie karą czy prywatnoskargowy tryb ścigania, jednakże ich aksjologiczne i konstytucyjne zakorzenienie uzasadnia karalność.

Poruszając kwestię umniejszenia odpowiedzialności sprowokowanego, należy rozważyć, czy samoistność nadzwyczajnego złagodzenia kary za popełniony w warunkach prowokacji występki stanowi rozwiązanie spełniające przypisane mu funkcje i odpowiada poczuciu sprawiedliwości. Można wstępnie uznać, iż proporcjonalne do wywołanego przez prowokatora zagrożenia zachowanie sprowokowanego nie nosiłoby cech sprzeczności z prawem, usprawiedliwionej przy spełnieniu przesłanek określonych w art. 25 § 1 k.k.

Po pierwsze, naganna odpowiedź na prowokację nie musi nastąpić niezwłocznie po oddziaływaniu prowokatora, lecz również w późniejszym czasie, zaś zamach pierwotnie pokrzywdzonego nie odpowiada cesze „bezpośredniości” w rozumieniu art. 25 § 1 k.k. Niezależnie od tego, uwolnienie jednostki od odpowiedzialności nie znajduje dostatecznych podstaw, zaś wymiar kary jest właściwą płaszczyzną wartościowania. Pomimo negatywnego wydzwięku, wyzywające zachowanie prowokatora często nie wypełni znamion jakiegokolwiek występkę, natomiast retorsja sprawcy spełnia przesłanki opisane w art. 216 k.k. czy art. 217 § 1 k.k.

Ukształtowanie pozycji sprowokowanego odzwierciedla aksjologiczne założenia Kodeksu karnego. Ustawodawca nie pozostaje obojętny na zachowania sprawców, jeśli zostały popełnione w nadzwyczajnych okolicznościach. Na szeroką, spełniającą warunek proporcjonalności ochronę, zasługują reagujący na bezprawne oddziaływanie osób trzecich, czego najlepszym przykładem jest obrońa konieczna z art. 25 § 1 k.k. Ponadto ingerencja w wartościowanie występkę sprowokowanego na poziomie wymiaru kary odpowiada modelowemu obrazowi jednostki ponoszącej odpowiedzialność karną - dojrzałej, świadomej konsekwencji własnych czynów oraz należycie rozpoznającej ich wagę, podejmującej właściwe decyzje, nawet w niesprzyjających okolicznościach. Racjonalnie myślący człowiek ma możliwość przeciwstawienia się nagannemu czynowi prowokatora, godzącemu w mniej istotne społecznie dobra, powstrzymując od noszącej cechy przestępności odpowiedzi na wyzywający atak. Z obserwacji relacji społecznych wynika, że częstym sposobem rozwiązywania problemów jest znieważające odnoszenie się innych osób lub naruszanie ich nietykalności cielesnej. Uprzednia znajomość sprawców pozostających w konflikcie nakazuje wręcz przewidywanie

wzajemnych reakcji, zwykle niewypływające na niemożliwość przypisania winy. Odpowiednią płaszczyzną wartościowania, pozwalającą na ograniczenie odpowiedzialności sprawcy będzie wymiar kary, najlepiej uwzględniający okoliczność naruszenia dóbr prowokatora przez sprowokowanego, nieobojętny na przyczynienie się inicjatora do zaistniałej sytuacji.

W świetle art. 115 § 2 k.k. zadaniem organu procesowego będzie rozważenie okoliczności sytuacji, w której znaleźli się pokrzywdzony i sprawca, ale także łączących ich wcześniej relacji, zwłaszcza że pomiędzy wyzywającym zachowaniem a retorsją nie musi istnieć tożsamość czasowa. Analiza wymienionych przesłanek pozwoli na zastosowanie art. 216 § 3 k.k. bądź art. 217 § 2 k.k., przy czym samoistny charakter omawianych instytucji nie zwalnia z oceny zachowania w kontekście dyrektyw wymiaru kary wskazanych w art. 53 k.k., choć pominięcie tego elementu w uzasadnieniu wyroku stanowiłoby dla sądu istotne ułatwienie.

4.4. Karnoprawnie istotne oddziaływanie – karnoprawnie obojętna reakcja – rozważania na kanwie prowokacji artystycznej

Ostatnim zagadnieniem jest tzw. prowokacja artystyczna. W pierwszym aspekcie dotyka dopuszczalności oraz podstaw wyłączenia odpowiedzialności sprawcy wypełniającego znamiona czynu zabronionego podczas wykonywanej działalności twórczej, zarówno w trakcie tworzenia bądź rozpowszechniania „utworu”⁶⁴. W innym stanowi nakłanianie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu artystycznym, co przypomina odmienny od obywatelskiej rodzaj prowokacji, przy czym służy urzeczywistnieniu wolności słowa jednostki. W tym wariancie zakłada się, że celem prowokującego nie jest skierowanie przeciwko prowokowanemu postępowania karnego, ale wywołanie niestandardowej reakcji u odbiorców przekazu.

⁶⁴ Na niedookreślony przedmiot prowokacji artystycznej - „dzieła” lub „utworu” zwraca uwagę T. Gardocka, *Czy w polskim prawie karnym jest potrzebny kontratyp sztuki?*, Pal. nr 1-2/2015, s. 26. Z podanych niżej przyczyn zasadne będzie posługiwanie się pojęciem „utworu” w znaczeniu nadanym przez w art. 1 ust. 1 u.p.a., oznaczającym każdy przejaw działalności twórczej o indywidualnym charakterze, ustalony w jakiegokolwiek postaci, niezależnie od wartości, przeznaczenia i sposobu wyrażenia. Nadto wedle art. 1 ust. 2 ustawy „w szczególności przedmiotem prawa autorskiego są utwory: 1) wyrażone słowem, symbolami matematycznymi, znakami graficznymi (literackie, publicystyczne, naukowe, kartograficzne oraz programy komputerowe); 2) plastyczne; 3) fotograficzne; 4) lutnicze; 5) wzornictwa przemysłowego; 6) architektoniczne, architektoniczno-urbanistyczne i urbanistyczne; 7) muzyczne i słowno-muzyczne; 8) sceniczne, sceniczno-muzyczne, choreograficzne i pantomimiczne; 9) audiowizualne (w tym filmowe).

Ochrona twórczości ludzkiej⁶⁵ ma zakorzenie konstytucyjne, wynikające z art. 73, jak również konwencyjne, wynikające z prawa do wyrażania opinii unormowanego w art. 10 ust. 1 EKPC, choć jej poziom wydaje się niższy niż w przypadku wypowiedzi o charakterze politycznym⁶⁶. Co istotne, wolność przysługuje jednostce niezależnie od wartości wytworu wyobraźni⁶⁷. Pomimo istotnego znaczenia kultury w życiu człowieka, swoboda działalności twórczej nie ma charakteru absolutnego, zaś jej ograniczenia wynikające z art. 31 ust. 2 oraz ust. 3 Konstytucji RP⁶⁸ oraz art. 10 ust. 2 EKPC, dotyczą zwykle praw i wolności innych osób, bezpieczeństwa państwowego, porządku publicznego czy ochrony zdrowia i moralności.

Realizowanie działalności twórczej często przekracza ramy prawne, skutkując realizacją znamion czynu zabronionego, zaś katalog naruszonych lub zagrożonych zachowaniem twórcy dóbr jest szeroki i różnorodny, a należą do niego nietykalność cielesna (art. 217 k.k.), cześć i godność człowieka (art. 216 k.k., art. 212 k.k.), wolność sumienia i wyznania (art. 196 k.k.), czy nawet zdrowie człowieka (art. 160 k.k., art. 157 k.k.), wolność seksualna i obyczajność (art. 197 k.k., art. 202 k.k.), ale również zdrowie i życie zwierząt spełniające warunki „znęcania” lub „uśmiercania” z art. 35 u.o.z. Jednakże aksjologiczne uzasadnienie wolności⁶⁹, stojącej w kolizji z innymi wartościami chronionymi, nakazuje podjąć próbę usprawiedliwienia zachowania twórcy. Kluczem do uwolnienia sprawcy od odpowiedzialności, co warto podkreślić – za realizowanie przysługującej mu wolności twórczej, jest wskazanie właściwych instrumentów struktury przestępstwa, urzeczywistniających zarazem ochronę uprawnień pokrzywdzonego oraz zachowanie proporcjonalności w karaniu.

⁶⁵ Z tych samych przyczyn właściwe wydaje się posługiwanie pojęciem „wolności twórczej” zamiast „wolności artystycznej” kojarzącej się z wysokimi walorami estetycznymi.

⁶⁶ Szerzej kwestionujący liberalne orzecznictwo TK M. Derlatka, *Strasburska wizja wolności wypowiedzi*, PS nr 9/2010, s. 89 – 92, a w nowszej literaturze P. Kukliński, *Swoboda wypowiedzi artystycznej w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka*, Przeg. Konst. nr 3/2019, s. 67 i n. wraz z powołanym tam orzecznictwem.

⁶⁷ Szerzej J. Barta, R. Markiewicz, *Prawo autorskie*, Warszawa 2013, s. 42 - 44 wraz z powołanym orzecznictwem SN i TS UE.

⁶⁸ Tak na kanwie występuku z art. 196 k.k. SN w uchwale z dnia 29 października 2012 r., sygn. I KZP 12/12, OSNKW 2012/11/112.

⁶⁹ Warto zwrócić uwagę, że w art. 233 ust. 1 Konstytucji RP zakazującym ograniczenie wolności i praw człowieka i obywatela w czasie stanu wojennego i wyjątkowego, nie wymieniono wolności twórczej z art. 73. Co ciekawe, nie została wymieniona także w art. 233 ust. 3 umożliwiającej limitację uprawnień jednostki. Wydaje się, że wobec przyświecającego ustrojodawcy celu poszanowania pozycji jednostki względem władzy publicznej, wspomnianą wolność należy zaliczyć do pierwszego katalogu z art. 233 ust. 1.

W piśmiennictwie prezentowano różne koncepcje odnoszące się do podstaw usprawiedliwienia popełnionego w ramach działalności twórczej czynu zabronionego. Popularnością cieszyły się poglądy o wyłączeniu bezprawności nawiązujące do konstrukcji pozaustawowego kontratytu sztuki⁷⁰, ale również kodeksowego unormowania stanu wyższej konieczności⁷¹, okoliczności wyłączającej winę⁷², czy najnowszy traktujący o znikomym stopniu społecznej szkodliwości⁷³. Kwestionowano wypełnienie przez sprawcę znamion typu - zarówno przedmiotowych, jak i podmiotowych⁷⁴. Ponadto wskazywano na szczególne przepisy wyłączające bezprawność, przykładowo art. 256 § 3 k.k. dotyczący zachowań stypizowanych w art. 256 § 1 i 2 k.k.⁷⁵ oraz art. 41 u.p.p. chroniący prawo rzetelnej krytyki⁷⁶, satyry czy karykatury, także w aspekcie prawnokarnym, gdyż przepis nie zawiera w tej materii ograniczeń. Odnosząc się do ostatniej koncepcji, zwraca uwagę to, że przepisy znoszące bezprawność mają zastosowanie tylko w określonych wąsko sytuacjach. Problematiczne pozostaje usprawiedliwienie popełnienia czynu zabronionego przez twórcę w innych, nieopisanych ustawowo okolicznościach.

Trudno wykluczyć, iż zachowanie sprawcy nie wypełni elementów typu wobec braku ataku na dobro prawne bądź niemożliwości przypisania wykonania czynu w konkretnym celu. Ważne jest zbadanie kontekstu wypowiedzi twórcy, ale również odniesienie poczynionych ustaleń do konstrukcji „modelowego

⁷⁰ Można uznać że dyskusję zapoczątkowali J. J. Nalewajko i R. Kubiak, *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, Pal. nr 9 – 10/2000, s. 37. Należy zwrócić uwagę, że jako jedni z nielicznych podjęli próby opracowania przesłanek nowego kontratytu do jakich należały cel artystyczny, charakter artystyczny dzieła i właściwości osoby twórcy. Ta idea została skrytykowana później przez akceptującego pogląd o wyłączającym bezprawność charakterze J. Piskorskiego, *Dekryminalizacja działalności artystycznej*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet – Nagórska, Bielsko – Biała 2006, s. 252 – 255. Teoretycznych i dogmatycznych przeszkód dla istnienia pozaustawowego kontratytu nie widział J. Majewski, *Czy kontratyt sztuki istnieje?*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Ciepły, Warszawa 2014, s. 127 – 133.

⁷¹ T. Gardocka, *Czy w polskim prawie karnym potrzebny jest kontratyt sztuki?*, Pal. 1 – 2/2015, s. 28 – 30.

⁷² Ku tej koncepcji skłaniają się M. Budyn – Kulik, M. Kulik, *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, [w:] *Prawnokarne aspekty wolności: materiały z konferencji, Artamów 16 -18 maja 2005 r.*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2006, s. 246 i n., przy czym nie wykluczają możliwości wyłączenia bezprawności czynu.

⁷³ Tak zdaje się K. Burdziak, *Provokacja. Analiza prawnokarna*, Poznań 2018, s. 253 – 254.

⁷⁴ M. Małecki, *Kontratyt sztuki <<de lege lata>>*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Ciepły, Warszawa 2014, s. 137 – 144.

⁷⁵ M. Małecki, *ibidem*, s. 147. Podobnie F. Ciepły, *O kontratybie sztuki*, Prok. i Pr. nr 10/2015, s. 34 i n. Sceptycznie o pozaustawowym kontratybie sztuki J. Sobczak, *Wolność sztuki, twórczości artystycznej i satyry. Czy istnieje kontratyt sztuki? Regulacje europejskie a rozwiązania polskiego systemu prawnego*, [w:] *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania*. Tom 3, red. J. Jaskiernia, Warszawa 2014, s. 367 i n.

⁷⁶ Tak postanowienie SN z dnia 17 października 2001 r., sygn. IV KKN 165/97, OSNKW 2002/3-4/28; postanowienie SN z dnia 1 lipca 2009 r., sygn. III KK 52/09, OSNKW 2010/1/2; wyrok SA w Lublinie z dnia 6 czerwca 2011 r., sygn. II AKA 91/11, LEX nr 895936.

odbiorcy” obecnego na przedstawieniu, jeśli sprawcze zachowanie godzi w jego dobra. Niektóre wydarzenia artystyczne są przeznaczone dla specyficznego kręgu odbiorców, a poziom dopuszczalnych naruszeń wartości przewyższa akceptowane ogólnie granice. W takiej sytuacji nieuprawnione zdaje się przypisanie popełnienia czynu zabronionego, ze względu na dekompletację elementów przedmiotowych.

Poruszając problem tzw. kontratyphu sztuki, poniższe rozważania można zakończyć na przytoczeniu poglądu o niedopuszczalności kreowania pozaustawowych okoliczności wyłączających bezprawność czynu, akcentując jego atuty i zwracając uwagę na praktyczne komplikacje związane ze stosowaniem pozaustawowych instytucji materialnych⁷⁷. Nie oceniając zasadności powstałych do tychczas koncepcji należy pamiętać o różnorodności dóbr prawnych narażonych na niebezpieczeństwo bądź naruszonych zachowaniem sprawczym. Przykładowo popełnienie występku obrazy uczuć religijnych z art. 196 k.k. mogłoby zostać uznane za zgodne z prawem, jednak uśmiercenie zwierzęcia na scenie spełniające warunki z art. 35 ust. 1 u.o.z. nie spotkałoby się z podobną oceną. Trudno stworzyć uniwersalny mechanizm uwalniający od ponoszenia odpowiedzialności na płaszczyźnie bezprawności. Określenie przesłanek kontratyphu zawsze nosiłoby cechy niedające się usunąć arbitralności.

Wtórna legalizacja zachowania twórcy uzasadniona właściwościami utworu bądź jego cechami osobistymi nie znajduje podstaw. W świetle u.p.a. ochrona prawna wytworów wyobraźni jest niezależna od ich wartości estetycznej. Szeroki obszar wolności twórczej zagwarantowany w prawie cywilnym powinien wpływać na zakres ochrony prawnokarnej, zwłaszcza ze względu jej charakter *ultima ratio*. Trudno wyznaczyć czynniki, których spełnienie gwarantowałoby „artystyczny” wymiar utworu, zwłaszcza że są płynne, w istocie zależne od poczucia gustu odbiorcy, chociaż stanowią element prawnego wartościowania⁷⁸. Ścisłe i zawężająco interpretowane wyrażenie przesłanek kontratyphu powodowałoby komplikacje w sferze dowodzenia. Zastosowanie konstrukcji prawnej o kontratyphowej cesze nie spełniłoby funkcji polegającej na usprawiedliwieniu popełnienia czynu zabronionego. Podstawę ukształtowania okoliczności wyłączających bezprawność

⁷⁷ Szerzej W. Cieślak, *Kontratyph swobody artystycznej w oczach praktyka*, [w:] *Odpowiedzialność kar na artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Ciepły, Warszawa 2014, s. 183 – 187, podkreślający pojawiające się trudności dowodowe. Prezentowaną tendencję widać w orzecznictwie sądów powszechnych i SN, w którym nie odnajduje się usprawiedliwienia odpowiedzialności karnej twórcy na podstawie okoliczności kontratyphowej.

⁷⁸ Odmienne J. Sobczak, *Wolność sztuki, twórczości artystycznej i satyry. Czy istnieje kontratyph sztuki? Regulacje europejskie a rozwiązania polskiego systemu prawnego*, [w:] *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania. Tom 3*, red. J. Jaskiernia, Warszawa 2014, s. 368.

stanowią przecież ważkie racje aksjologiczne, zwłaszcza uzasadniony powód poświęcenia dobra, gdy nie ma innej możliwości jego ratowania. Szokująca działalność twórcza nie stanowi dostatecznej przyczyny wyłączenia bezprawności, a nadanie jej istotnego znaczenia w życiu społecznym, uprzywilejowałoby nadmiernie twórców⁷⁹. Można równie dosadnymi środkami wyrazu wywołać zamierzony efekt, co przemawiałoby za dopuszczalnością przypisania sprawcy winy wobec możliwości alternatywnego, zgodnego z prawem zachowania się.

Podobnie przedstawia się kwestia wyłączenia odpowiedzialności w oparciu o okoliczności wymienione w art. 26 § 1 lub 2 k.k. W kontekście prowokacji twórczej najistotniejsze znaczenie ma tzw. zwiniony stan wyższej konieczności, gdy sprawca własnym zachowaniem powoduje zagrożenie dla dobra, które następnie miałby uchylić. Wydaje się, że cel twórcy jest zgoła odmienny od zamiaru osoby popełniającej czyn zabroniony w stanie wyższej konieczności. Pierwszy świadomie godzi w dobro, a mając nieograniczoną możliwość zaprzestania naganego zachowania, kontynuuje je. Z kolei ratujący poświęca pozostającą w kolizji wartość, obiektywnie nie znajdując innej drogi uniknięcia niebezpieczeństwa. Zachowanie wypełniające znamiona typu nie powinno znaleźć usprawiedliwienia, jeśli zostało wykonane w imię urzeczywistnionej wolności twórczej. Trudno stwierdzić, by wyzywające działanie uratowało bądź chociaż umniejszyło niepożądane efekty dla pozostałych wartości.

Uwypuklenie przeszkód na płaszczyźnie bezprawności bądź winy, nakazuje wartościowanie według wskazań art. 115 § 2 k.k., prowadząc do wyłączenia przestępności czynu na podstawie art. 1 § 2 k.k. Koncepcja o znikomej społecznej szkodliwości ma dwie zasadnicze zalety. Po pierwsze, organ dysponuje swobodą w kształtowaniu uprawnień procesowych sprawcy oraz pokrzywdzonego, lepiej uwzględniając interesy stron, także wychodzące w obszar prawa cywilnego. Naturalnie bezprawność kryminalną i cywilną rozumie się odmiennie, jednakże pomiędzy ich zakresami może zająć stosunek zawierania, a tożsame zachowanie będzie nosić cechy obu jej rodzajów. Ponadto uniknięcie przez sprawcę odpowiedzialności spowodowane oceną czynu jako szkodliwego społecznie w stopniu znikomym, a więc sprzecznego z normą sankcjonowaną, umożliwia pokrzywdzonemu odparcie bezprawnego i bezpośredniego zamachu w myśl art. 25 § 1 k.k. Uszczerbku nie dozna chronione prawem dobro, a wykonawca czynu zabronionego nie poniesienie konsekwencji penalnych. Trudno nie dostrzec wady proponowanej koncepcji, tj. możliwości uznania zachowania za przekraczające

⁷⁹ Tak również K. Burdziak, *Prowokacja. Analiza prawnokarna*, Poznań 2018, s. 245 i n.

dopuszczalne ustawowo kwantum naganności. Jednakże gdyby czyn zabroniony stanowił przestępstwo, umniejszenie konsekwencji penalnych nastąpiłoby na płaszczyźnie wymiaru kary. Sąd dysponuje szerokim katalogiem środków, przykładowo probacyjnych - warunkowego umorzenia postępowania opisanego w art. 66 § 1 k.k. czy podstaw nadzwyczajnego złagodzenia kary z art. 60 § 1 k.k. Usprawiedliwienie naruszającego normy prawnokarnego zachowania twórcy następuje na skrajnych płaszczyznach struktury przestępstwa - w razie dekomplektacji znamion przedmiotowych bądź podmiotowych wzorca bądź poprzez stwierdzenie, iż jest społecznie szkodliwe w stopniu znikomym.

W drugim znaczeniu tzw. prowokacja artystyczna zawiera elementy wyodrębnionych w pracy znaczeń. Z jednej strony odpowiada opisowi formy z art. 24 k.k. w zakresie jakim sprawca nakłania inną osobę do popełnienia czynu zabronionego, w ściśle określonym, twórczym zamiarze. Ponadto służy wywołaniu niestandardowej reakcji u odbiorców przekazu, wiążącej się z realizacją wolności twórczej, zaś popełnienie czynu zabronionego w tych warunkach nierzadko wymaga usprawiedliwienia. Ze względu na kształt czynności wykonawczej, prowokującemu będzie można przypisać odpowiedzialność za podżeganie do określonego czynu zabronionego (art. 18 § 2 k.k.), jeśli wykaże się, iż chciał by sprawca bezpośredni go dokonać. W razie udowodnienia sprawcy celu skierowania przeciwko prowokowanemu postępowania karnego będzie można przypisać popełnienie prowokacji z art. 24 k.k., jak również dopuszczalna jest odpowiedzialność za współdziałanie w formie sprawczej z art. 18 § 1 k.k. Odnosząc się do usprawiedliwiania zachowania sprawczego, aktualne pozostają rozważania dotyczące przeszkód w złagodzeniu bądź zniweczeniu odpowiedzialności. Ów nieokreślony i subiektywnie oceniany zamysł artystyczny (twórczy), wprowadzając się w ramach konstytucyjnej wolności słowa, nie uzasadnia usprawiedliwienia popełnienia czynu zabronionego. Warto powtórzyć, że twórca ma do dyspozycji szereg środków by wyrazić swoje uczucia, nie musi posługiwać się innymi osobami w realizacji obranej koncepcji. Odpowiednio elastyczną płaszczyzną wartościowania jest ponownie społeczna szkodliwość, pozwalająca możliwie elastycznie ocenić znaczenie czynu.

PODSUMOWANIE

W każdym podsumowaniu pracy naukowej należy zwrócić uwagę na najważniejsze problemy w niej poruszane, w tym przypadku ukazujące wieloaspektowy charakter prowokacji. Ograniczając się do omówienia zjawiska prowokacji w perspektywie materialnoprawnej, określiłam trzy płaszczyzny wartościowania, rozumiejąc ją jako zachowanie zmierzające do wykreowania przestępstwa, okoliczność wyłączającą przestępność czynu oraz wyzywające zachowania. W dwóch pierwszych rozróżniałam przypadki odpowiedzialności karnej funkcjonariuszy publicznej od osób nieposiadających cechy określonej w art. 115 § 13 k.k., gdyż na przedstawicielach pierwszej grupy ciążyą szczególne obowiązki związane z wykonywaniem uprawnień i obowiązków służbowych. W opisywanym wymiarze oceniałam odpowiedzialność karną prowokującego, niepozostającego w interakcji z inną osobą. Dostrzeżono również problem odpowiedzialności sprowokowanego, którego zachowanie zostało wywołane co najmniej nieetycznym (zwykle naruszającym reguły ostrożności) postępowaniem prowokującego, nieodpowiadającym opisowi prowokacji obywatelskiej.

Centralnym zagadnieniem monografii było omówienie treści normatywnej art. 24 k.k., począwszy od zakwalifikowania do katalogu postaci niesprawczych lub sprawczych współdziałania, bądź uznania jej za przestępstwo *sui generis* – wskazując argumenty przemawiające za każdą z koncepcji.

Wykładnia art. 24 k.k. oraz określenie powiązań pomiędzy poszczególnymi formami sprawczymi i niesprawczymi a prowokacją, pozwalały wywieść, że prowokacja zalicza się do postaci niesprawczych przestępnego współdziałania. Omawiane przestępstwo najwięcej łączy z unormowanym w art. 18 § 2 k.k. podżeganiem, przede wszystkim określenie znamienia czasownikowego typu oraz tożsame zasady odpowiedzialności. Opowiedziałam się za skutkowym charakterem prowokacji, prezentując argumenty teoretyczne i dogmatyczne, nawiązujące do cech podżegania. Podkreślałam, iż następstwem prowokacji jest powstanie

w psychice prowokowanego zamiaru/decyzji popełnienia czynu zabronionego określonego przez sprawcę niebezpośredniego, odmiennie niż przy podżeganiu odwołującego się do dokonania. Przypisanie skutku przestępnego wymaga poczynienia odpowiednich ustaleń faktycznych, znaczących przy ocenie strony podmiotowej, w tym wypadku istotnie powiązanej z elementami przedmiotowymi, której charakter jest wyjątkowo interesujący oraz skomplikowany. Wypełnienie znamion kodeksowej prowokacji następuje wtedy, gdy sprawca obejmował umyślnością, i to w zamiarze bezpośrednim, zarówno wywołanie u prowokowanego decyzji popełnienia czynu zabronionego oraz skierowania przeciwko niemu postępowania karnego. Ponadto z brzmienia znamienia „nakłania” oraz drugiego członu strony podmiotowej wzorca można wywieść wniosek, że sprawca chce, by prowokowany popełnił czyn zabroniony, gdyż podejrzenie popełnienia czynu zabronionego stanowi podstawę prowadzenia postępowania karnego. Z drugiej strony daleko idąca i niespełniająca funkcji karalności prowokacji zdaje się ścisła interpretacja pojęcia „przeciwko niemu”, sugerująca, iż prowokator powinien zmierzać do wszczęcia postępowania karnego w fazie *in personam*. Trudno stawiać sprawcy wymóg znajomości przepisów k.p.k. bądź wiedzy o podejmowanych czynnościach organów procesowych. Cytowane znamię należy odczytywać w oderwaniu od zasad wykładni językowej, nadając mu swoiste znaczenie. Wystarczające dla przypisania przestępstwa będzie stwierdzenie, że sprawca obejmował umyślnością powstanie przekonania o popełnieniu przez sprowokowanego czynu zabronionego, co przejawia się w podjęciu jakiegokolwiek czynności nakierowanej na jego ściganie, zwykle rozpytania. Łatwiejszym rozwiązaniem byłoby uznanie, że prowokacja dokonana jest wtedy, gdy sprawca wykonawczy wypełni znamiona czynu zabronionego do którego został nakłoniony, jednakże proponowana interpretacja stoi w sprzeczności z wykładnią językową przepisu, gdyż w art. 24 k.k. posłużono się pojęciem „nakłania”, a nie „doprowadza”. Niewątpliwie prowokacja obywatelska może być popełniona w formie stadialnej usiłowania, również nieudolnego określonego w art. 13 § 2 k.k.

Omawiając prowokację na płaszczyźnie powiązań z pozostałymi postaciami sprawczymi, niesprawczymi lub wybranymi typami czynów zabronionych zauważyłam, iż istotnie wpływa na ocenę zachowania przestępnego. Wobec kształtu strony podmiotowej, zwiększającej stopień bezprawia, zwykle stanowi człon złożonej kwalifikacji prawnej na mocy art. 11 § 2 k.k. W perspektywie zbiegu przestępstw, w istocie zostaje wyłączona dopuszczalność stosowania konstrukcji czynów współukaranych, ze względu na wysoki poziom społecznej szkodliwości czynu. Tkwiąca w niej naganna ocena etyczna jest uwzględniana przy wymiarze

kary, zaś popełnienie przez sprowokowanego czynu zabronionego wskutek nakłonienia przez inną osobę może zostać usprawiedliwione wobec niemożności przypisania winy, gdy zaistnieją ku temu uzasadnione przyczyny.

Wykraczająca poza ramy ustawowe prowokacja policyjna, popełniona przez funkcjonariusza publicznego w rozumieniu art. 115 § 13 k.k., stanowi zachowanie bezprawne, wymagające odpowiedniej reakcji. Ocena czynu powinna łączyć znamiona z art. 24 k.k. oraz 231 § 1 k.k. prowadząc do kumulatywnej kwalifikacji prawnej w oparciu o art. 11 § 2 k.k. Dążąc do poszanowania wolności jednostki, bezprawność należy rozumieć rygorystycznie, zaś każde naruszenie przepisów, w tym o procesowym charakterze, skutkuje poniesieniem odpowiedzialności karnej. Bez znaczenia pozostaje merytoryczna zasadność i dopuszczalność przeprowadzenia czynności pozaprocesowych, jeśli uchybiono unormowaniom o najistotniejszym, gdyż gwarancyjnym charakterze.

Kolejno rozważałam, czy prowokacja może służyć usprawiedliwieniu popełnienia czynu zabronionego. Zdarza się, że sprawca umyślnie wykonuje znamiona czynu zabronionego, lecz z punktu widzenia ocen etycznych przyświeca mu słuszny cel. Analizując działalność tzw. łowców pedofilów i dziennikarzy nie odnalazłam podstaw umniejszenia konsekwencji przestępnego zachowania, innych niż społeczna szkodliwość czynu. Odmienną płaszczyzną umożliwiającą elastyczną i uwzględniającą znaczenie różnych wartości jest wymiar kary, przy czym najpierw powinno się sięgać do instrumentów najłagodniejszych.

W ostatnich rozdziałach analizowałam podstawy ewentualnego złagodzenia odpowiedzialności sprowokowanego. Wartościowanie następowało na kilku płaszczyznach – znamion przedmiotowych typu, okoliczności wyłączających przestępnosć czynu, typologii przestępstw oraz wymiaru kary. Ważąc znaczenie poszczególnych dóbr próbowałam odnaleźć przyczyny ograniczenia represji wobec sprawcy, którego nadzwyczajna reakcja następowała w wyniku naganego oddziaływania innej osoby. W zależności od wagi pozostających w kolizji (interakcji) wartości oraz sposobu oddziaływania na nie proponowałam rozwiązania umniejszające wymiar karnoprawnych konsekwencji. Umożliwiło to wysnuć, być może oczywistej tezy, że czym donioślejsza wartość została zaatakowana przez sprowokowanego, tym trudniej uzasadnić wyłączenie odpowiedzialności. Dorosłemu i odpowiedzialnemu człowiekowi – a takim jest modelowy sprawca – należy stawiać wysokie wymagania dotyczące przestrzegania reguł postępowania z dobrami, pozwalając na poszanowanie ich znaczenia społecznego, nawet w nadzwyczajnych warunkach.

PODSUMOWANIE

Można tylko wyrazić nadzieję, że oddawana w ręce Czytelnika książka spotka się z życzliwym przyjęciem i będzie stanowić pole do dalszych dyskusji w tej tematyce.

BIBLIOGRAFIA

MONOGRAFIE, ARTYKUŁY, GLOSY, KOMENTARZE:

- Banasik K., *Przestępstwa trwałe i delikty trwałe*, Prok. i Pr. nr 7-8/2013,
- Barczak – Oplustil A., *Zasada koincydencji winy i czynu w Kodeksie karnym*, Kraków 2016,
- Barta J., Markiewicz R., *Prawo autorskie*, Warszawa 2013,
- Bielski M., *Kontrowersje w zakresie materialnego bądź formalnego charakteru przestępstwa nadużycia władzy (art. 231 § 1 k.k.)*, PS nr 9/2011,
- Bielski M., *Kryteria obiektywnego przypisania skutku na tle współczesnej polskiej dogmatyki prawa karnego*, [w:] *Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla. Tom II*, red. P. Kardas, T. Sroka, W. Wróbel, Warszawa 2012,
- Bielski M., *O potrzebie teoretycznej, dogmatycznej i kryminalnopolitycznej refleksji nad negatywnymi przestankami obiektywnego przypisania skutku przestępnego*, [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016,
- Bielski M., *Obiektywne przypisanie skutku przestępnego w przypadku kolizji odpowiedzialności za skutek*, PiP nr 10/2005,
- Bielski M., *Odpowiedzialność karna sędziego za przestępstwo urzędnicze niedopełnienia prawnego obowiązku zawiadomienia o popełnieniu przestępstwa ściganego z urzędu*, PS nr 6/2007,
- Bielski M., *Sprawstwo zleceńodawcze w projekcie nowelizacji kodeksu karnego*, Prok. i Pr. nr 10/2006,

BIBLIOGRAFIA

- Bielski M., *Zasady wymiaru kary za podżeganie i pomocnictwo*, CzPKiNP nr 2/2006,
- Bojarski T., *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2012,
- Bojarski T., *Polskie prawo wykroczeń*, Warszawa 2012,
- Borodziuk M., *Czyny współtukanane w praktyce wymiaru sprawiedliwości*, Prok. i Pr. nr 2/2019,
- Bryła M., *Sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające*, Prok. i Pr. nr 1/2000,
- Brzezińska J., *Rozważania o znamionach psychologicznych w kontekście motywacji zabójstw uprzywilejowanych*, Ius Novum nr 1/2014,
- Buchała K., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1995,
- Buchała K., Kubicki L., *Sprawstwo pośrednie w nauce prawa karnego i orzecznictwie sądowym*, St. Prawn. Nr 1-2/1988,
- Buchała K., *Niektóre problemy zabójstwa pod wpływem silnego afektu*, Pal. nr 10 – 11/ 1987,
- Buchała K., *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989,
- Budyn – Kulik M., Kulik M., *Wolność działalności artystycznej jako okoliczność wyłączająca odpowiedzialność karną*, [w:] *Prawnokarne aspekty wolności: materiały z konferencji, Arłamów 16 -18 maja 2005 r.*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2006,
- Burdziak K., *Bezpośredniość zamachu, czyli kilka słów na temat obrony koniecznej w polskim prawie karnym*, PS nr 1/2018,
- Burdziak K., *Prowokacja. Analiza prawnokarna*, Poznań 2018,
- Cichońska G., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r., sygn. I KZP 11/03*, Prok. i Pr. na 4/2006,
- Cieply F., *O kontratybie sztuki*, Prok. i Pr. nr 10/2015,
- Cieślak M., *Polska procedura karna. Założenia teoretyczne*, Warszawa 1984,
- Cieślak W., *<<Kierowanie wykonaniem czynu zabronionego>> jako istota sprawstwa kierowniczego*, PiP nr 7/1992,
- Cieślak W., *Kontratyp swobody artystycznej w oczach praktyka*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Cieply, Warszawa 2014,

- Cora Ł., *O pojęciu pozaprosesowego zatrzymania osoby*, PiP nr 3/2008,
- Cora S., *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia w prawie i psychologii*, NP nr 7-8/1973,
- Czarnecki P. *Postępowanie dyscyplinarne wobec osób wykonujących prawnicze zawody zaufania publicznego*, Warszawa 2013,
- Czarny – Drożdziejko E., *Przestępstwa prasowe*, Warszawa 2013,
- Ćwikło – Sikora M., *Glosa do uchwały Sądu Najwyższego z 21 października 2003 r.*, CzPKiNP nr 2/2004,
- Daniluk P., *Stan wyższej konieczności jako podstawa legalności działań funkcjonariuszy organów władzy publicznej*, WPP nr 1/2007,
- Derlatka M., *Strasburska wizja wolności wypowiedzi*, PS nr 9/2010,
- Dębski R. (red.), *System prawa karnego. Tom 3. Nauka o przestępstwie. Zasady odpowiedzialności*, Warszawa 2013,
- Dębski R., *Jeszcze o tzw. sprawstwie niewykonawczym (kierowniczym i polecającym) w kodeksie karnym z 1997 r.*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006,
- Dębski R., *O teoretycznych podstawach regulacji współdziałania przestępczego w kodeksie karnym z 1997 r.*, St. Pr.-Ek. nr 58/1998,
- Dębski R., *O tzw. negatywnych przesłankach obiektywnego przypisania*, [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016,
- Długosz J., *O zasadności kryminalizacji tzw. stalkingu*, [w:] *Tożsamość polskiego prawa karnego*, red. S. Pikulski, M. Romańczuk - Grocka, B. Orłowska – Zielińska, Olsztyn 2011,
- Długosz J., *Ustawowa wyłączność i określoność w prawie karnym*, Warszawa 2016,
- du Vall M., *Prowokacja dziennikarska*, Zesz. Prasozn. Nr 3-4/2005,
- Dudka K., Paluszkievicz H., *Postępowanie karne*, Warszawa 2017,
- Dukiet – Nagórska T., *Prawo karne. Część ogólna, szczególna i wojskowa*, Warszawa 2018,

- Dukiet – Nagórska T., *Znaczenie zasady proporcjonalności dla wykładni przepisów prawno-karnych*, [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, red. T. Dukiet – Nagórska, Warszawa 2010,
- Filar M., *Podstawy odpowiedzialności karnej w nowym kodeksie karnym*, Pal nr 11-12/1997,
- Filar M., *Pokrzywdzony (ofara przestępstwa) w polskim prawie karnym materialnym*, CzPKiNP nr 2/2002,
- Furman P., *Próba analizy konstrukcji ustawowej przestępstwa uporczywego nękania z art. 190a k.k. Zagadnienia wybrane*, CzPKiNP nr 3/2012,
- Gardocka T., *Czy w polskim prawie karnym jest potrzebny kontratyp sztuki?*, Pal. nr 1-2/2015,
- Gardocki L. (red.), *System Prawa Karnego. Tom 8. Przestępstwa przeciwko państwu i dobrom zbiorowym*, Warszawa 2015,
- Gardocki L., *Prawo karne*, Warszawa 2017,
- Gardocki L., *Sprawokowana obrona konieczna i zawiniony stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Stud. Prawn. nr 1 – 2/1988,
- Garlicki L., *Polskie prawo konstytucyjne. Zarys wykładu*, Warszawa 2017,
- Giezek J. (red. nauk.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Warszawa 2012,
- Giezek J., Kaczmarek T., *Przeciwko ustawowej regulacji kryteriów obiektywnego przypisania skutku*, PiP nr 5/2013,
- Giezek J., *Przyczynowość oraz przypisanie skutku w prawie karnym*, Wrocław 1994,
- Giezek J., *Świadomość sprawcy czynu zabronionego*, Warszawa 2013,
- Giętkowski R., *Odpowiedzialność dyscyplinarna w prawie polskim*, Gdańsk 2013,
- Golonka A., *Stan silnego wzburzenia jako znamię zabójstwa typu uprzywilejowanego czy okoliczność wpływająca na zmniejszenie poczytalności sprawcy przestępstwa?*, Pal. nr 3 – 4/2014,
- Golonka A., *Uporczywe nękanie jako nowy typ czynu zabronionego*, PiP nr 1/2012,
- Góralski P., *Stosowanie środków zabezpieczających wobec sprawców czynów karalnych popełnianych w ramach poszczególnych form stadialnych i zjawiskowych*, NKPK nr 31/2014,

- Gruszecka D., *Kilka uwag o strukturze i użyteczności współczesnego modelu obiektywnego z perspektywy konstrukcji jego kryteriów negatywnych*, [w:] *Obiektywne i subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016,
- Grześkowiak A. (red.), Wiak K. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017,
- Gudowski J. (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania. Część ogólna*, komentarz do art. 422 k.c., LEX 2018,
- Hołubowski A., *Podżeganie do przestępstw karalnych jedynie w typie umyślnym*, Stud. Iur. Torun. nr 2/2015,
- IwańskiHryniewicz E., *Skutek w prawie karnym*, Prok. i Pr. nr 7 – 8/2013,
- Iwaniuk P., *Obrona konieczna podczas bójki i pobicia na tle orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Ius Novum nr 1/2011,
- Iwański M., *Uprawnienie do zastrzelenia cywilnego statku powietrznego (kilka uwag w kwestii zgodności art. 122 a Prawa Lotniczego z Konstytucją RP)*, WPP nr 1/2008,
- Janczukowicz K., *Rozstrzygnięcie procesowe w przypadku przyjęcia przez sąd czynu współlukaranego (linia orzecznicza)*, LEX/el. 2015,
- Janiszowski – Downarowicz R., *Granice dozwolonej prowokacji w polskim prawie karnym*, Prok. i Pr. nr 3/2009,
- Jezusek A., *Możliwość dezinformowania przez świadka a organów postępowania w świetle prawa do obrony, zasady równości wobec prawa i zasady praworządności a realizacja znamion występku z art. 233 § 1a k.k.*, CzPKiNP nr 4/2016,
- Kaczmarek T., <<Ekstraneus>> *jak współdziałający w popełnieniu przestępstwa indywidualnego – problemy sporne*, [w:] *Zmodyfikowane typy przestępstw w teorii i praktyce sądowej*, red. J. Giezek, J. Brzezińska, Warszawa 2017,
- Kaczmarek T., *O elementach wyznaczających treść społecznej szkodliwości czynu i jej stopień (ekspozycja problemów spornych)*, [w:] *Teoretyczne i praktyczne problemy współczesnego prawa karnego. Księga jubileuszowa dedykowana Profesorowi Tadeuszowi Bojarskiemu*, red. A. Michalska – Warias, I. Nowikowski, J. Piórkowska – Flieger, Lublin 2011,
- Kaczmarek T., *O kontratypach raz jeszcze*, PiP nr 7/2009,

- Kamiński I. C., *Uprawnienia i obowiązki dziennikarskie w orzecznictwie ETPC*, [w:] *Status prawny dziennikarza*, red. W. Lis, Warszawa 2014,
- Kanty T., *Funkcjonariusz publiczny i funkcja publiczna w polskim prawie karnym*, Gdańsk 2017,
- Kardas P., *Kilka uwag o sposobach rozstrzygania sporów dotyczących przestępczego współdziałania w popełnieniu przestępstwa indywidualnego*, NKPK nr 43/2017,
- Kardas P., *O relacjach między strukturą przestępstwa a dekodowanymi z przepisów prawa karnego strukturami normatywnymi*, CzPKiNP nr 4/2012,
- Kardas P., *Podżeganie i pomocnictwo <<ad incertam personam>>. Uwagi o warunkach indywidualizacji (oznaczoności) osoby bezpośredniego wykonawcy*, [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2007,
- Kardas P., *Problem zbiegu przepisów ustawy karnej a różne postaci współdziałania*, Prok. i Pr. nr 7 – 8/2005,
- Kardas P., *Sprawstwo kierownicze i polecające – wykonawcze czy niewykonawcze postaci współsprawstwa*, Prok. i Pr. nr 5/2006,
- Kardas P., *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001,
- Kardas P., *W poszukiwaniu tzw. negatywnych przesłanek obiektywnego przypisania*, [w:] *Obiektywne i subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016,
- Kędziarska M., *<<Śledztwo dziennikarskie>> - wybrane zagadnienia*, Prok. i Pr. 4/2007,
- Klepner M., *Sprawstwo polecające*, Prok. i Pr. nr 1/2002,
- Kładoczny P., Pietryka A., *Prowokacja policyjna a wyłączenie odpowiedzialności prowokowanego w świetle orzecznictwa strasburskiego – postulaty pod adresem polskiej regulacji*, Przeg. Leg. Nr 2/2013,
- Kmieciak R., *O restryktywnym ujęciu przesłanek <<prowokacji policyjnej>> - polemicznie*, Prok. i Pr. nr 3/2014,
- Kołodziejczak M., Sobiech A., *Prawnie dopuszczalne postaci prowokacji*, PiP nr 11/2010,

- Konarska – Wrzosek V. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017,
- Kowalewska – Łukuć M., *Sprawstwo polecające a przymus psychiczny*, PS nr 5/2019,
- Kowalewska – Łukuć M., *Wina w prawie karnym*, Warszawa 2019,
- Król W., *Silne wzburzenie w rozumieniu art. 148 § 4 k.k.*, Prok. i Pr. nr 9/2009,
- Królikowski M. (red.), Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Art. 1 – 116*, Warszawa 2017,
- Królikowski M. (red.), Zawłocki R. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz. Art. 1 – 31*, Warszawa 2015,
- Królikowski M., *Okoliczności wyłączające bezprawność jako konstrukcja sprawiedliwości korygującej*, CzPKiNP nr 2/2010,
- Królikowski M., *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005,
- Królikowski M., Zawłocki R., *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1 – 116*, Warszawa 2017,
- Królikowski M., Zawłocki R., *Prawo karne*, Warszawa 2018,
- Krukowski A., *Obrona konieczna na tle polskiego prawa karnego*, Warszawa 1965,
- Krukowski A., *Węzłowe problemy obrony koniecznej na tle art. 22 nowego kodeksu karnego*, Pal. nr 1/1971,
- Kukliński P., *Swoboda wypowiedzi artystycznej w orzecznictwie ETPC*, Przeg. Konst. nr 3/2019,
- Kulesza J., *Czy państwo może mordować swoich obywateli? Zestrzelenie samolotu typu <<renegade>> w świetle prawa karnego – zarys problemu*, CzPKiNP nr 3/2009,
- Kulesza J., *Glosa do wyroku Sądu Okręgowego w Białymstoku z dnia 11 września 2014 r., sygn. VIII Ka 291/14*, Prok. i Pr. nr 3/2016,
- Kulesza J., *Negatywna prewencja generalna*, PiP nr 1/2011,
- Kulesza J., *Niekonstytucyjność obrony koniecznej (art. 25 k.k.) z 8.12.2017 r.*, PiP nr 7/2019,
- Kulesza J., *Prowokacja dziennikarska – kontratyp czy mit?*, PiP nr 2/2010,

- Kulik M., *Z problematyki zakazu <<reformationis in peius>>*, BSP nr 1/2018,
- Kuziak P., *Usiłowanie podżegania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r. I KZP11/03*, CzPKiNP nr 1/2005,
- Kuźma M., *Udział mediów w procesie karny*, [w:] *Jawność procesu karnego*, red. J. Skorupka, Warszawa 2012,
- Lach A., *Dopuszczalność dowodów uzyskanych z naruszeniem prawa w postępowaniu karnym*, PiP nr 10/2014,
- Lachowski J., Marek A., *Prawo karne. Zarys problematyki*, Warszawa 2018,
- Lachowski J., *Stan wyższej konieczności w polskim prawie karnym*, Warszawa 2005,
- Legutko – Kasica A., *Prowokacja w prawie karnym*, PS, nr 6/2016,
- Lipiński K., *Klauzula uadekwatniająca przesłanki niedopuszczalności dowodu w postępowaniu karnym (art. 168a k.p.k.)*, Prok. i Pr. nr 11/2016,
- Lipiński K., *O dwóch odmianach wzorców osobowych w prawie karnym*, RPEiS nr 2/2018,
- Lipiński K., *O kryteriach przypisania biernego udziału w bójce lub pobiciu*, Pal. nr 7-8/2017,
- Lipiński K., *Strona podmiotowa pomocnictwa do czynu zabronionego znamiennego wyłącznie zamiarem bezpośrednim*, CzPKiNP nr 2/2017,
- Liszewska A., *Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie*, PiP nr 6/2000,
- Liszewska A., *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004
- Liszewska A., *Z problematyki kodeksowej regulacji współdziałania przestępnego*, PiP nr 7/2013,
- Lizak R., *Kontrolowane przyjęcie lub wręczenie korzyści majątkowej*, WPP nr 1/2011,
- Majewski J., *Czy kontratyp sztuki istnieje?*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Ciepły, Warszawa 2014,
- Majewski J., *Czy znamię podmiotowe (subiektywne) jest jedną z cech konstytutywnych kontratypu?*, [w:] *Okoliczności wyłączające bezprawność czynu. Materiały IV Bielańskiego Kolokwium karnistycznego*, red. J. Majewski, Toruń 2008,

- Majewski J., Kardas P., *O dwóch znaczeniach winy w prawie karnym*, PiP nr 10/1993,
- Małecki M., Dudek P. M., *Charakter prawny kontratypu w świetle koncepcji zbiegu wartościowań tego samego czynu*, PiP nr 3/2019,
- Małecki M., *Interpretacja art. 231 § 1 k.k. Rzecz o uzasadnieniu i konsekwencjach uchwały siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z 24 stycznia 2013 r. (I KZP 24/12)*, CzPKiNP nr 1/2014,
- Małecki M., *Karalność współdziałania w popełnieniu wykroczenia*, PS nr 7-8/2018,
- Małecki M., *Kontratyp sztuki <<de lege lata>>*, [w:] *Odpowiedzialność karna artysty za obrazę uczuć religijnych*, red. F. Cieply, Warszawa 2014,
- Małecki M., *Przypisanie winy. Podstawy teorii ekskulpantów*, Kraków 2019,
- Małecki M., *Zbiegi i kolizje przypisania skutku*, [w:] *Obiektywne oraz subiektywne przypisanie odpowiedzialności karnej*, red. J. Giezek, P. Kardas, Warszawa 2016,
- Marciniak M., *Organizator przestępstwa w polskim prawie karnym*, Prok. i Pr nr 9/2004,
- Marek A., Gensikowski P., *Konstrukcja czynów współukaranych i jej implikacje praktyczne*, Prok. i Pr. nr 10/2004,
- Marek A., *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecznictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979,
- Marek A., *Obrona konieczna w prawie karnym. Teoria i orzecznictwo*, Warszawa 2008,
- Marek A., *Prawo karne*, Warszawa 2003,
- Marek A., *Prawo wykroczeń*, Warszawa 2008,
- Mąka J., *Instytucja prowokacji w praktyce działania służb policyjnych*, Prok. i Pr. nr 1 – 2/2010,
- Mozgawa M. (red.) *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2017,
- Mozgawa M. (red.), *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2019,
- Mozgawa M. (red.), *Komentarz aktualizowany do art. 24 Kodeksu karnego*, LEX 2018,

- Mozgawa M., *Obrona konieczna w polskim prawie karnym (zagadnienia podstawowe)*, Annales UMCS, vol. LX, 2/2013,
- Mucha A., *Struktura przestępstwa gospodarczego oraz okoliczności wyłączające bezprawność czynu w prawie karnym gospodarczym: analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2013,
- Nalewajko J.J., Kubiak R. *Sztuka jako okoliczność wyłączająca bezprawność?*, Pal. nr 9 – 10/2000,
- Nawrocki M., *Błędy ustawodawcy w Kodeksie karnym*, PS nr 2/2017,
- Nawrocki M., *Współsprawstwo konieczne*, PiP nr 6/2021,
- Niemczyk Z., *Nowy kształt kontroli operacyjnej po zmianach ustawy o Policji i Kodeksu postępowania karnego*, Kwartalnik KSSiP nr 2/2017
- Nowak P., *Definicja podejrzanego i oskarżonego a konstytucyjne prawo do obrony*, CzPKiNP nr 4/2016,
- Nowosad A., *Problematyka skutku i związku przyczynowego przy przestępstwie udziału w bójce lub pobiciu typu podstawowego*, PS nr 1/2011,
- Nowosad A., *Związek przyczynowy w kwalifikowanej bójce lub pobiciu*, Prok. i Pr. nr 11/2011,
- Pająk P., *Kilka uwag o istocie i konstytucyjności prowokacji policyjnej*, CzPKiNP nr 1/2009,
- Paprzycki L. K. (red.), *System Prawa Karnego. Tom 4. Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności karnej*, Warszawa 2016,
- Pilarczyk Ł., *Analiza odpowiedzialności karnej <<extraneusa>> za przestępne współdziałanie w odniesieniu do podżegania i pomocnictwa*, Ius Novum, nr 4/2014,
- Piskorski J., *Dekryminalizacja działalności artystycznej*, [w:] *Zagadnienia współczesnej polityki kryminalnej*, red. T. Dukiet – Nagórska, Bielsko – Biała 2006,
- Plebanek E., *O obronie koniecznej i innych kontratypach w świetle zasady proporcjonalności*, CzPKiNP nr 1/2006,
- Pobocho J., *Aspekty psychiatryczne, psychologiczne i prawne stanu silnego wzburzenia*, Pal. nr 7-8/1993,
- Preibisz A. N., *Odgraniczenie sprawstwa kierowniczego od współdziałania przestępnego*, Prok. i Pr. nr 1/2003,

- Projekt kodeksu karnego*, Warszawa 1968,
- Razowski T., *Materialne i procesowe problemy interpretacji art. 168a k.p.k.*, CzP-KiNP nr 2/2015,
- Rodzinkiewicz M., *Modelowanie pojęć w prawie karnym*, Kraków 1998,
- Schmidt R., *Strafrecht Allgemeiner Teil. Grundlagen der Strafbarkeit. Aufbau des strafrechtlichen Gutachtens*, Grasberg bei Bremen 2018,
- Seremak M., *Problem odpowiedzialności za <<provokację dziennikarską>>*, Przeg. Praw. i Adm. Tom XLIII/2000,
- Skorupka J. (red.), Gruszecka D., Kremens K., Nowicki K., *Proces karny*, Warszawa 2017,
- Sobczak J., *Wolność sztuki, twórczości artystycznej i satyry. Czy istnieje kontratyp sztuki? Regulacje europejskie a rozwiązania polskiego systemu prawnego*, [w:] *Uniwersalny i regionalny wymiar ochrony praw człowieka. Nowe wyzwania – nowe rozwiązania. Tom 3*, red. J. Jaskiernia, Warszawa 2014,
- Sokołowska D., *Subiektywny i obiektywny komponent współprawnictwa jako przyczynę do rozważań nad problemem rozgraniczania współprawnictwa i pomocnictwa*, Pal nr 11-12/2018,
- Sosik R., *Problematyka stosowania prowokacji w celu ujawnienia przestępstw o charakterze pedofilskim*, Stud. Iur. Lubl. Nr 4/2017,
- Stefański R., *Czynność przedstawienia zarzutów*, Prok. i Pr. nr 7-8/2013,
- Stefański R., *Prawo karne materialne. Część ogólna*, Warszawa 2008,
- Stefański R., *Zatrzymanie według nowego kodeksu postępowania karnego*, Prok. i Pr. nr 10/1997,
- Steinborn S., *Prawomocność części orzeczenia w procesie karnym*, Warszawa 2011,
- Steinborn S., Wąsek – Wiaderek M., *Moment uzyskania statusu biernej strony postępowania karnego z perspektywy konstytucyjnej i międzynarodowej*, [w:] *Wokół gwarancji współczesnego procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Piotra Kruszyńskiego*, red. M. Rogacka – Rzewnicka, H. Gajewska – Kaczkowska, B. T. Bienkowska,
- Surkont M., *Z zagadnień odpowiedzialności za łapownictwo w kodeksie karnym z 1997 r.*, PS nr 5/1998,

- Szczepaniec M., *Sprawstwo polecające a sprawstwo kierownicze – problemy z rozgraniczeniem*, Pal. 11 – 12/2007,
- Szczepański M., *Strona podmiotowa prowokacji*, Prok. i Pr. nr 9/2011,
- Szewczyk M. J. *Zeznanie nieprawdy lub zatajenie prawdy z obawy przed odpowiedzialnością karną grożącą sprawcy lub jego najbliższemu (art. 233 § 1a k.k.)*, Prok. i Pr. nr 9/2018,
- Szymczyk J, *Współdziałanie przy przestępstwach indywidualnych*, Prok. i Pr. nr 7 – 8/2003,
- Świecki D. (red.), Augustyniak B., Eichstaedt K., Kurowski M., *Kodeks postępowania karnego. Komentarz. Tom I. Art. 1 – 424*, Warszawa 2018,
- Tarapata S., *Dobro prawne w strukturze przestępstwa. Analiza teoretyczna i dogmatyczna*, Warszawa 2016,
- Tarapata S., *Przypisanie sprawstwa skutku w sensie dynamicznym*, Kraków 2019,
- Tarnawski M., *Wiktymologiczne aspekty zabójstwa pod wpływem silnego wzburzenia*, NP nr 7-8/1981,
- Tokarczyk D., *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 5 lipca 2012 r., II AKa 100/12*, Pal. nr 6/2017,
- Tokarczyk D., *Podżeganie w polskim prawie karnym. Studium z zakresu teorii i praktyki prawa karnego*, Warszawa 2017,
- Tokarczyk D., *Sprawstwo pośrednie <<de lege ferenda>>*, PiP nr 5/2018,
- Waltoś S., Hofmański P., *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2016,
- Waltoś S., *Karnoprosesowa problematyka sprawozdawczości prasowej w Polsce*, [w:] *Relacje o przestępstwach i procesach karnych w prasie codziennej w Niemczech i w Polsce*, red. D. Dölling, K.H. Gössel, S. Waltoś, Kraków 1997,
- Waltoś S., P. Hofmański, *Proces karny. Zarys systemu*, Warszawa 2018,
- Warylewski J., *Prawo karne. Część ogólna*, Warszawa 2017,
- Wąsek A., *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkadzanie przestępstwu*, Warszawa 1974,
- Wąsek A., *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977,
- Wiatrowski P., *Dyrektywy interpretacyjne systemowej wykładni przepisów prawa karnego materialnego w orzecznictwie Sądu Najwyższego*, CzPKiNP nr 2/2009,

- Wilk L., *Aksjologiczne problemy stanu wyższej konieczności*, PiP nr 11/2008,
- Witkowska J., *Zabójstwo pod wpływem silnego wzburzenia*, NKPK nr 13/2003,
- Wojtyczek K., *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999,
- Wolter W., *Nauka o przestępstwie. Analiza prawnicza na podstawie przepisów części ogólnej kodeksu karnego z 1969 r.*, Warszawa 1973,
- Wolter W., *Problemy odpowiedzialności karnej według nowego ustawodawstwa karnego*, Warszawa 1969,
- Wróbel A., *Instytucja usiłowania, czynnego żalu oraz dobrowolnego odstąpienia od popełniania przestępstwa w prawie karnym Ukrainy*, CzPKiNP nr 4/2016,
- Wróbel W. (red.), *Nowelizacja prawa karnego 2015. Komentarz*, Kraków 2015,
- Wróbel W. (red.), Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Część I. Komentarz do art. 1-52*, Warszawa 2016,
- Wróbel W. (red.), Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część szczególna. Tom II. Część I. Komentarz do art. 117-211a*, Warszawa 2017,
- Wróbel W., *Kilka uwag o współsprawstwie przestępstw materialnych w perspektywie kryteriów obiektywnego przypisania skutku*, [w:] *Fiat iustitia pereat mundus. Księga jubileuszowa poświęcona Sędziemu Sądu Najwyższego Stanisławowi Zabłockiemu z okazji 40-lecia pracy zawodowej*, red. P. Hofmański, współprac. P. Kardas, P. Wiliński, Warszawa 2014,
- Wróbel W., *Konstytucyjne prawo do obrony w perspektywie prawa karnego materialnego*[w:] *Węzłowe problemy prawa karnego kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, red. V. Konarska - Wrzosek, J. Lachowski, J. Wójcikiewicz, Warszawa 2010,
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Kraków 2010,
- Wróbel W., Zoll A., *Polskie prawo karne*, Kraków 2013,
- Zajac D., *Glosa do postanowienia Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 29 sierpnia 2013 r. (II AKz 338/13)*, PS nr 9/2014,
- Zajac D., *O obronie koniecznej w przypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo*, PiP nr 1/2016,

BIBLIOGRAFIA

- Zajac D., *Stopień społecznej szkodliwości czynu jako okoliczność rzutująca na wymiar kary*, PiP nr 11/2017,
- Zawłocki R., *Pojęcie i funkcje społecznej szkodliwości czynu w prawie karnym*, Warszawa 2007,
- Zgoliński I., *W kwestii <<granic>> występku znieważenia z art. 216 Kodeksu karnego*, Ius Novum nr 2/2013,
- Ziajka B., *Stan silnego wzburzenia i jego wpływ na wymiar kary*, NKPK nr 11/2002,
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady. Reguły. Wskazówki*, Warszawa 2002,
- Zimmermann J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 2018,
- Zoll A. (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I*, Warszawa 2012,
- Zoll A., *Czy podżeganie i pomocnictwo są postaciami zjawiskowymi przestępstwa?*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Kaczmarka*, red. J. Giezek, Kraków 2006,
- Zoll A., *Podstawy teoretyczne regulacji przestępnego współdziałania w projekcie kodeksu karnego*, PiP nr 6/1995,
- Zoll A., *Prace nad nowelizacją przepisów części ogólnej kodeksu karnego*, PiP nr 11/2012,
- Zoll A., *Sprawstwo bez wykonania czynu zabronionego*, RPEiS nr 2/2009,
- Zontek W., *Sposoby wyznaczania zakresu treści normy sankcjonowanej. Uwagi na marginesie uchwały SN z 26 marca 2009 r., sygn. akt I KZP 35/08 (cz. 1)*, Pal. Nr 11 – 12/2009,

SŁOWNIKI:

- Altman – Nagiel E. i in. (red.) *Słownik współczesnego języka polskiego. Tom 1 <<a-ówdzie>>*, Warszawa 1998,
- Altman – Nagiel E. i in. (red.) *Słownik współczesnego języka polskiego. Tom 2 <<p-żyzny>>*, Warszawa 1998,
- Cienkowski W., *Praktyczny słownik wyrazów bliskoznacznych*, Warszawa 2006,

- Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, tom 2, Warszawa 2003,
Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, tom 3, Warszawa 2003,
Dubisz S. (red.), *Uniwersalny słownik języka polskiego*, tom 4, Warszawa 2003,
Dubisz S. (red.), *Wielki słownik języka polskiego PWN <<h-n>>*, Warszawa 2018,
Dubisz S. (red.), *Wielki słownik języka polskiego PWN <<o-q>>*, Warszawa 2018,
Karłowicz J. (red.), Kryński A. (red.), Niedźwiecki W. (red.), *Słownik języka polskiego*, zeszyt 14, Warszawa 1902,
Kryński A. (red.), Niedźwiedzki W. (red.), *Słownik języka polskiego. Tom IV P - Prożyszczce*, Warszawa 1908,
Longman Dictionary (<https://www.ldoceonline.com/dictionary>),
Ludwiczak D. (red.), Piskadłowa A. (red.), Tarka – Huczek E. (red.), *Słownik wyrazów bliskoznacznych*, Warszawa 2004,
Niedźwiecki W. (red.) *Słownik języka polskiego. Zeszyt 45*, Warszawa 1928,
Niedźwiedzki W. (red.) *Słownik języka polskiego. Tom V S - Ś*, Warszawa 1915,
Słownik Ilustrowany języka polskiego, wyd. 3, Warszawa 1929,
www.synonimy.pl
Żmigrodzki P., *Słownik wyrazów bliskoznacznych*, Warszawa 2001,

ORZECZNICTWO:

Orzeczenia TK:

- wyrok z dnia 30 października 2006 r., sygn. P 10/06;
wyrok z dnia 12 maja 2008 r., sygn. SK 43/05,
wyrok z dnia 30 września 2008 r., sygn. K 44/07.

Orzeczenia ETPC:

- wyrok z dnia 3 listopada 2015 r., skarga nr 48053/11,
wyrok z dnia 7 listopada 2017 r., skarga nr 24705/13,

wyrok z dnia 4 grudnia 2018 r., skarga nr 11257/16,

wyrok z dnia 7 marca 2019 r., skarga nr 22350/13.

Orzeczenia SN:

wyrok z dnia 17 czerwca 1971 r., sygn. Rw 612/71,

wyrok z dnia 30 listopada 1972 r., sygn. I KR 243/72,

wyrok z dnia 23 kwietnia 1977 r., sygn. VI KRN 70/77,

wyrok z dnia 6 kwietnia 1981 r., sygn. I KR 30/81,

wyrok z dnia 17 marca 1999 r., sygn. IV KKN 464/98,

postanowienie z dnia 17 października 2001 r., sygn. IV KKN 165/97,

uchwała z dnia 25 lutego 2002 r., sygn. I KZP 1/02,

wyrok z dnia 27 lutego 2002 r., sygn. II KKN 17/00,

wyrok z dnia 11 lutego 2003 r., sygn. IV KKN 312/99,

uchwała 7 sędziów z dnia 21 października 2003 r., sygn. I KZP 11/03,

wyrok z dnia 6 stycznia 2004 r., sygn. IV KK 276/03,

wyrok z dnia 28 listopada 2006 r., sygn. III KK 156/06,

postanowienie z dnia 22 grudnia 2006 r., sygn. II KK 92/06,

postanowienie z dnia 15 lutego 2007 r., sygn. IV KK 273/06,

postanowienie z dnia 29 marca 2007 r., sygn. IV KK 32/07,

postanowienie z dnia 7 marca 2008 r., sygn. V KK 355/07,

postanowienie z dnia 1 lipca 2009 r., sygn. III KK 52/09,

postanowienie z dnia 29 lipca 2009 r., sygn. I KZP 8/09,

postanowienie z dnia 16 listopada 2009 r., sygn. IV KK 105/09,

postanowienie z dnia 28 lipca 2010 r., sygn. II KK 27/10,

postanowienie z dnia 25 listopada 2010 r., sygn. IV KK 168/10,

wyrok z dnia 4 kwietnia 2011 r., sygn. III KK 280/10,

wyrok z dnia 22 marca 2012 r., sygn. IV KK 375/11,

postanowienie z dnia 2 kwietnia 2012 r., sygn. II KK 82/12,

wyrok z dnia 29 maja 2012 r., sygn. II KK 106/12,
uchwała z dnia 29 października 2012 r., sygn. I KZP 12/12,
uchwała 7 sędziów z dnia 24 stycznia 2013 r., sygn. I KZP 24/12,
wyrok z dnia 9 maja 2013 r., sygn. IV KK 403/12,
postanowienie z dnia 12 grudnia 2013 r., sygn. III KK 417/13,
postanowienie z dnia 11 kwietnia 2014 r., sygn. V KK 408/13,
postanowienie z dnia 16 kwietnia 2014 r., sygn. II KK 96/13,
wyrok z dnia 18 marca 2015 r., sygn. III KK 432/14,
wyrok z dnia 26 marca 2015 r. o sygn. V KK 329/14,
postanowienie z dnia 14 stycznia 2016 r., sygn. V KK 359/15,
postanowienie z dnia 14 stycznia 2016 r., sygn. V KK 361/15,
postanowienie z dnia 27 kwietnia 2016 r., sygn. II KK 265/15,
postanowienie z dnia 11 października 2016 r., sygn. V KK 117/16,
postanowienie z dnia 9 listopada 2016 r., sygn. V KK 273/16,
postanowienie z dnia 4 stycznia 2017 r., sygn. III KK 391/16,
postanowienie z dnia 11 stycznia 2017 r., sygn. IV KK 285/16,
uchwała 7 sędziów z dnia 19 stycznia 2017 r., sygn. I KZP 16/16,
wyrok z dnia 29 marca 2017 r., sygn. IV KK 213/16,
wyrok z dnia 29 marca 2017 r., sygn. IV KK 413/16,
wyrok z dnia 6 kwietnia 2017 r., sygn. V KK 372/16,
postanowienie z dnia 23 maja 2017 r., sygn. III KK 157/17,
postanowienie z dnia 14 listopada 2017 r., sygn. V KK 219/17,
postanowienie z dnia 5 grudnia 2017 r., sygn. III KK 386/17,
wyrok z dnia 17 stycznia 2018 r., sygn. III KK 247/17,
wyrok z dnia 24 stycznia 2018 r., sygn. III KK 253/17,
wyrok z dnia 20 marca 2018 r., sygn. II KK 357/17,
wyrok z dnia 5 lipca 2018 r., sygn. V KK 206/18,

wyrok z dnia 5 lipca 2018 r., sygn. V KK 228/18,
postanowienie z dnia 20 lutego 2019 r., sygn. II KK 201/18,
wyrok z dnia 6 czerwca 2019 r., sygn. IV KK 33/18.

Orzeczenia sądów apelacyjnych i okręgowych:

wyrok SA w Krakowie z dnia 21 września 2000 r., sygn. II AKa 152/00,
wyrok SO w Tarnowie z dnia 30 stycznia 2004 r., sygn. II Ka 582/03,
wyrok SA w Krakowie z dnia 1 lipca 2004 r., sygn. II AKa 128/04,
wyrok SA w Katowicach z dnia 14 stycznia 2005 r., sygn. II AKa 109/05,
wyrok SA w Katowicach z dnia 7 lipca 2005 r., sygn. II AKa 213/05,
wyrok SA w Warszawie z dnia 5 września 2006 r., sygn. II AKa 220/06,
wyrok SA w Szczecinie z dnia 4 października 2006 r., sygn. II AKa 127/06,
wyrok SA w Łodzi z dnia 27 marca 2007 r., sygn. II AKa 38/07,
wyrok SA w Katowicach z dnia 15 stycznia 2009 r., II AKa 321/08,
wyrok SA w Katowicach z dnia 29 kwietnia 2009 r., sygn. II AKa 405/08,
wyrok SA w Lublinie z dnia 11 sierpnia 2009 r., sygn. II AKa 123/09,
wyrok SA w Lublinie z dnia 18 sierpnia 2009 r., sygn. II AKa 99/09,
wyrok SA w Gdańsku z dnia 9 września 2009 r., sygn. II AKa 149/09,
wyrok SA w Krakowie z dnia 20 października 2009 r., sygn. II AKa 182/09,
wyrok SA w Lublinie z dnia 6 czerwca 2011 r., sygn. II AKa 91/11,
wyrok SA w Krakowie z dnia 22 listopada 2011 r., sygn. II AKa 199/11,
wyrok SA w Lublinie z dnia 27 marca 2012 r., sygn. II AKa 13/12,
wyrok SA we Wrocławiu z dnia 25 kwietnia 2012 r., sygn. II AKa 405/11,
wyrok SA we Wrocławiu z dnia 8 maja 2012 r., sygn. II AKa 47/12,
wyrok SA we Wrocławiu z dnia 9 maja 2012 r., sygn. II AKa 113/12,
wyrok SA w Poznaniu z dnia 20 września 2012 r., sygn. XVI K 62/12,
wyrok SA w Lublinie z dnia 6 grudnia 2012 r., sygn. II AKa 277/12,

Ta monografia podejmuje jedno z najbardziej niejednoznacznych i zarazem praktycznie doniosłych zagadnień prawa karnego – problem prowokacji. Choć ustawodawca nie posługuje się tym pojęciem wprost, autorka wnikliwie analizuje konstrukcję przewidzianą w art. 24 k.k., osadzając ją w ramach struktury przestępstwa oraz konfrontując z innymi instytucjami prawa karnego materialnego.

Publikacja stanowi pogłębioną refleksję nad granicami odpowiedzialności zarówno prowokatora, jak i prowokowanego. Czy i kiedy prowokacja może wyłączyć bezprawność czynu? Jak wpływa na wymiar kary? Gdzie przebiega linia między dopuszczalnym działaniem a ingerencją naruszającą porządek prawny? Autorka podejmuje te pytania, odwołując się nie tylko do klasycznych konstrukcji, takich jak podżeganie czy obrona konieczna, lecz także do szczególnych przypadków „prowokacyjnych zachowań” obecnych w innych przepisach kodeksu karnego.

Opracowanie wyróżnia się także analizą sytuacji granicznych – odpowiedzialności uczestników bójki, sprawców działających w afekcie, ofiar przemocy reagujących na długotrwałe znęcanie czy osób nękanym. Szczególne miejsce zajmuje refleksja nad prowokacją dziennikarską i artystyczną oraz ich relacją do wartości konstytucyjnych, takich jak wolność słowa i interes społeczny.

Książka łączy solidne podstawy teoretyczne z wrażliwością na realne problemy praktyki wymiaru sprawiedliwości. Stanowi wartościową lekturę dla przedstawicieli nauki prawa, praktyków oraz wszystkich zainteresowanych granicami ingerencji jednostki i państwa w sferę odpowiedzialności karnej.

ISBN 978-83-68410-63-1