

**Recenzja rozprawy doktorskiej mgr Konrada Burdziaka
pt. „Prowokacja (analiza prawnokarna)”.**

I.

Nie ulega żadnej wątpliwości, że wybrany przez Pana mgr Konrada Burdziaka temat dysertacji doktorskiej należy do najbardziej interesujących we współczesnej nauce prawa karnego materialnego. We wprowadzeniu Autor podkreśla słusznie, iż „wybór wskazanego tematu podyktowany był w głównej mierze niezwykle skąnym jego opracowaniem w polskiej literaturze prawa karnego, w szczególności zaś – brakiem publikacji o charakterze monograficznym omawiającej go w sposób możliwie kompleksowy” (zob. s. 6 pracy). Wskazać należy przy tym, że zagadnienie „prowokacji” czy też szerzej „przyczynienia się” cieszy się ogromnym zainteresowaniem nauki niemieckiej, w ostatnich dekadach zwłaszcza w ramach niezwykle intensywnie rozwijającej się nauki o obiektywnym przypisaniu („objektive Zurechnungslehre”). W tym zakresie dorobek doktryny niemieckojęzycznej, także o charakterze monograficznym, przytłacza swoim ogromem każdego zainteresowanego tym zagadnieniem. Dokonany przez Autora wybór tematu dysertacji uznać można za całkowicie trafny, a każdą monografię należy powitać z zadowoleniem oraz z nadzieją na pogłębienie prowadzonych dyskusji.

II.

Mając jednak na uwadze zakres i wagę tej problematyki, która ma już we współczesnej nauce niemal podstawowe znaczenie przy ocenie wielu instytucji prawnokarnych, w tym przy ocenie przestępności czynu, nawet przy ustalaniu jego bezprawności (np. w obszarze kontratypów), trudno byłoby mi stwierdzić, że Autor przedstawił ją „w sposób możliwie

kompleksowy”. Mam zresztą wątpliwości, czy jest to w ogóle możliwe, w związku z tym takiego zarzutu Autorowi postawić nie mogę. Pan magister Konrad Burdziak dokonał jedynie wyboru pewnych istotnych zagadnień, które w nauce polskiej nie były przedmiotem pogłębionych refleksji. Ich wybór dyktowany jest przede wszystkim zakresem kontekstu, w jakim wspomina się o „prowokacji” w literaturze prawniczej i uzasadnieniach orzeczeń sądów karnych (czyn zabroniony art. 24 k.k., wyzywające się zachowanie pokrzywdzonego – art. 216§3 i 217§2, obrona konieczna, prowokacja policyjna, prowokacja dziennikarska i artystyczna). Jak się wydaje, podstawową rolę pełni także dokonywana przez Autora analiza znaczenia słowa „prowokacja” (zob. rozdział I pracy, s. 10 i nast.)

III.

Rozprawa Pana magistra Konrada Burdziaka w swojej warstwie merytorycznej składa się więc z ośmiu rozdziałów i wyodrębnionego podsumowania. W rozdziale pierwszym rozważania dotyczą znaczenia słowa „prowokacja” na gruncie języka powszechnego oraz języka doktryny prawa karnego. W następnym rozdziałach Autor omawia kolejno art. 24, art. 216§3 i 217§2 kodeksu karnego z 1997 r, problematykę tzw. sprowokowanej obrony koniecznej (również tzw. zawinionego stanu wyższej konieczności). Znajdują się one oczywiście „w kanonie” problemów, które umownie można określić jako zagadnienie „prowokacji” i są przedmiotem rozważań o charakterze dogmatycznym. Zatem muszą znaleźć swoje miejsce w monografii na ten temat. Natomiast rozdziały V, VI, VII, VIII Autor poświęcił analizie kolejno: samobójstwu ze sprowokowanym udziałem policjanta, prowokacji policyjnej oraz tzw. prowokacji dziennikarskiej i artystycznej. Najobszerniejsze rozdziały dotyczące: art. 24 k.k. (s. 33-122 pracy), prowokacji policyjnej (s. 189-252 pracy) oraz prowokacji dziennikarskiej (s. 253-294 pracy) mogłyby z powodzeniem zostać rozwinięte w osobne monografie, dotyczą tematów na tyle szerokich i złożonych, że poświęcenie im osobnych dysertacji nie mogłoby być kwestionowane. Konieczność omówienia ich w ramach jednej pracy zmusiły Autora do ich pewnego zawężenia i skupienia się na najistotniejszej problematyce o charakterze dogmatycznym. Doktorant poradził sobie z tym zadaniem bardzo dobrze. Rozdziały te czyta się płynnie, prezentacja poglądów doktryny jest uporządkowana, tok wywodów logiczny, a oceny krytyczne i własne stanowiska Autora są wyraźnie akcentowane, bardzo dobrze formułowane i uzasadniane. Autor biegle porusza się w bardzo złożonej problematyce, stosując bez trudności zasady metod dogmatycznych wypracowanych w nauce prawa karnego.

Mam jednak pewne wątpliwości co do trafności i konieczności przedstawiania ocen związanych ze zdarzeniem, w którym osoba (również przestępca) o skłonnościach samobójczych aktywnie wzywa policjanta do użycia broni. W literaturze polskiej zagadnienie to nie było szerzej omawiane (jedynie w nielicznych opracowaniach kryminologów; w piśmiennictwie niemieckim nie brak na ten temat nawet monografii).

Kryteria wyboru wszystkich zagadnień nie do końca pozostają dla mnie czytelne. Jak już o tym była mowa, deklarowane zamierzenie badawcze (kompleksowe omówienie zagadnienia „prowokacji”) spowodowało, że Autor ze względów choćby tylko na możliwe rozmiary musiał redukować swoje rozważania lub pomijać problemy, Jego zdaniem mniej istotne. Zawsze można więc przy tym zadać pytanie, dlaczego Autor pominął w swojej prezentacji pewne kwestie, być może równie złożone i sporne. W jednym z przypisów (s. 10, przyp. 2) stwierdza wprawdzie, że o prowokacji wspomina się również w kontekście np. okoliczności wpływających na stopień społecznej szkodliwości czynu oraz stopień winy sprawcy (art. 53§1 k.k), zabójstwa pod wpływem silnego wzburzenia usprawiedliwionego okolicznościami (art. 148§4 k.k.), art. 16§6 pkt 4 i art. 36§4 pkt 4 k.k.s., czy art. 4 ustawy z 1997 r. o świadku koronnym, jednak zastrzega, że problematyce tej nie zostanie poświęcone zbyt wiele uwagi ze względu na ograniczony zakres pracy oraz obawę przed jej nadmiernym rozrostem (rozumiem, że chodzi tu o obawę przed nadmiernym rozrostem objętościowym).

IV.

W pracy Autor tylko okazjnie poświęca lub w ogóle nie poświęca uwagi problemowi, związanemu często z „klasycznym” rozumieniem prowokacji, ale ujmowanemu w szerszej perspektywie badawczej. Chodzi tu mianowicie o kategorię, która stanowi jedno z podstawowych kryteriów nauki o obiektywnym przypisaniu – tj. znaczenia dla odpowiedzialności karnej własnej lub odpowiedzialności innej osoby tzw. przyczyniania się do powstania określonych sytuacji. Nie stawiam jednak Autorowi zarzutu braku dostatecznie pogłębionej analizy tej problematyki. To temat na odrębną monografię. Niemniej jednak, gdy Autor np. poświęca kilka zresztą bardzo ogólnych uwag na temat rozumienia terminu „prowokacja” w wiktymologii (s. 30-31; jakiegokolwiek zachowanie się ofiary, które wyzwała u sprawcy zachowanie przestępne czy zachowanie o znamionach czynu zabronionego), narzuca się od razu pytanie, dlaczego zupełnie pomija rozwijającą się naukę o wpływie ofiary na odpowiedzialność karną sprawcy („Viktimodogmatik”), przy czym nie chodzi tu właściwie o sytuacje, w których zachowanie się pokrzywdzonego wpływa na wymiar ^{Karę} (np. art. 53§2 k.k.;

do tego zakresu należy również problematyka art. 216§3 i 217§2 k.k.), ale przede wszystkim o przypadki współodpowiedzialności ofiary za zdarzenie, które może oddziaływać na bezprawie czynu sprawcy, tj. albo prowadzić do wyłączenia realizacji znamion czynu zabronionego (lub do ograniczenia zakresu typu), albo też do wyłączenia bezprawności czynu sprawcy lub określenia zakresu kontratypu (np. problematyka „prowokacji” czy spowodowania zamachu, kryterium spowodowania jako kryterium wyróżniające określoną grupę kontratypów, podział na tzw. agresywny i defensywny stan konieczności). Oczywiście, nie wszystkie aspekty tej „dogmatyki wiktymologicznej” dotyczą problematyki „prowokacji”, której zakres, po szerokiej analizie definicji słownikowych, Autor próbuje ustalić w obszarze trzech znaczeń słowa „prowokacja” rozumianej jako: 1) podstępna działalność tajnych służb na szkodę danej organizacji; 2) podstępne zachowanie się człowieka mające na celu wywołanie określonego zachowania się innej osoby; 3) zachowanie się człowieka mające na celu wywołanie w innej osobie określonych emocji lub zachowań, których ta normalnie nie okazuje (zob. s. 28 i nast. pracy). Autor pisze, że „mając tak zakreślone definicje prowokacji, ustalić można, które z zachowań przewidzianych w kodeksie karnym pod definicję te podpadają” (s. 30), po czym stwierdza, że „o prowokacji można mówić wyłącznie w kontekście zachowania się sprawcy polegającego na nakłanianiu innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego, a więc w kontekście czynu zabronionego określonego w art. 24 k.k.”. Jego zdaniem, „zachowania przewidziane w pozostałych przepisach można by natomiast określić mianem prowokacji wyłącznie w przypadku przyjęcia odpowiednich założeń wstępnych”, np. wyzywającemu zachowaniu się pokrzywdzonego, o którym mowa w art. 216§3 oraz 217§2 k.k., można by przypisać charakter prowokacji tylko wtedy, gdybyśmy uznali, że ma ono na celu – co najmniej – wywołanie określonych emocji. „Stąd też uznać należy, że przypisanie statusu prowokacji wyzywającemu zachowaniu się pokrzywdzonego byłoby niczym innym jak daleko idącym uproszczeniem” (s. 30 pracy).

V.

W najobszerniejszym rozdziale II pracy (s. 33-122) Autor przeprowadza szczegółową analizę znamion art. 24 k.k. z 1997 r. Na początku rozważań stwierdza, że czyn określony w tym przepisie, polegający na nakłanianiu innej osoby do popełnienia czynu zabronionego w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego, mieści się niewątpliwie w zakresie charakteryzowanego wcześniej słowa „prowokacja”, tak więc „posługiwanie się przez orzecznictwo i doktrynę” tym terminem w kontekście art. 24 k.k. „jest praktyką ze wszech

miar uzasadnioną i zasługującą na aprobatę”. (s. 33). Rys historyczny instytucji (s. 34-38) jest bardzo krótki i ogranicza się do zwięzłego przedstawienia regulacji k.k. 1932 r. i 1969 r. Autor na wstępie opowiada się za stanowiskiem, podzielanym zresztą przez zdecydowaną większość doktryny prawa karnego (a także recenzenta), iż na gruncie k.k. z 1997 r. prowokacja nie stanowi już szczególnej odmiany podżegania, lecz jest odrębnym typem czynu zabronionego pod groźbą kary o własnym specyficznym zestawie znamion, a u jego podstaw leży odrębna norma sankcjonowana (s. 38). Czytelnik może jednak odczuwać brak szerszej charakterystyki wszystkich możliwych stanowisk odnośnie do konstrukcji odpowiedzialności takiego prowokatora. Autor posługuje się wykładnią derywacyjną, opartą na schemacie zaproponowanym przez M. Zielińskiego (trzy fazy: porządkująca, rekonstrukcyjna, percepcyjna). Z punktu widzenia warsztatu naukowego (metodologicznego), dokonanej przez Autora analizie znamion nie można postawić żadnego zarzutu. Przeprowadził ją niezwykle kompetentnie, z głęboką teoretyczną znajomością zagadnienia. Jest to zresztą cecha wyróżniająca doktorantów piszących pracę pod kierunkiem naukowym promotora prof. dr hab. Łukasza Pohla. Nie podzielam poglądu, według którego normologiczny punkt widzenia (wykładnia zakresu normy sankcjonowanej; np. co do „skutkowości” bądź „bezsutkowości” typu z art. 24 k.k., podżegania, pomocnictwa, sprawstwa kierowniczego, polecającego) określa bezpośrednio zakres znamion typu (znamion karalności). Wydaje się, że większe znaczenie powinna mieć wykładnia teleologiczna (poza gramatyczną). Niemniej jednak proces wykładni prezentowany przez Autora pracy zasługuje na niezwykle wysoką ocenę. Duża wiedza naukowa oraz konsekwentne, ugruntowane stanowisko Doktoranta co do rozmaitych zagadnień budzą duże wrażenie. Zresztą w wielu punktach Jego wnioski całkowicie podzielam (choć niekoniecznie z identyczną argumentacją), są one często odmienne od wykładni relacji zakresu między typem a normą (sankcjonowaną i sankcjonującą) dokonywanej przez większość polskiej doktryny prawa karnego (np. włączenie strony podmiotowej czynu zabronionego do zakresu normowania normy sankcjonowanej, s. 41, 46 pracy – tu Doktorant w pełni podziela pogląd prof. Ł. Pohla).

W ramach tzw. percepcyjnej fazy wykładni, zgodnie z którą „należy uzasadnić sens danego wyrażenia normokształtnego przez ustalenie znaczeń wszystkich jego zwrotów składowych” (zob. M. Zieliński, Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki, Warszawa 2012, s. 331; s. 49 pracy), Autor dokonuje wykładni poszczególnych znamion art. 24 k.k. (co w dużym zakresie odpowiada tradycyjnemu schematowi prezentacji wykładni znamion, który

został przyjęty w nauce polskiej). Podstawowe znaczenie ma tu określenie dobra prawnego chronionego tym typem. Doktorant dochodzi do wniosku, że przedmiotem ochrony są następujące dobra: 1) dobro prawne stanowiące przedmiot ochrony przepisu określającego typ czynu zabronionego, do którego popełnienia prowokator nakłania; 2) prawidłowa działalność organów wymiaru sprawiedliwości; 3) wolność jednostki od negatywnego wpływu na nią przez osobę trzecią; 4) wolność osobista jednostki; 5) moralność (s. 55 pracy). Za główny przedmiot ochrony uznaje Autor dobra prawne określone w pkt 3 i 5, a konieczność ochrony tych dóbr za podstawowy argument dla uznania, że prowokacja z art. 24 k.k. stanowi odrębny od podżegania typ czynu zabronionego. Określenie odmiennego przedmiotu ochrony z pewnością uzasadnia uznanie, iż jest to odrębny od podżegania typ czynu zabronionego. Mam jednak wątpliwości, czy takim dobrem jest w tym przypadku „moralność”. Opowiedziałbym się raczej za dobrem w postaci prawidłowego funkcjonowania organów wymiaru sprawiedliwości (zwłaszcza gdy typ czynu zabronionego miałby się znaleźć w części szczególnej k.k.). Natomiast narażenie na niebezpieczeństwo dóbr chronionych w przepisie określającym typ czynu zabronionego, do którego popełnienia prowokator nakłania, nie jest dostatecznym kryterium prowadzącym do uznania, że prowokacja jest typem odrębnym od podżegania (tak słusznie Autor). Zresztą nawet tezę, że podżeganie jest typem z narażenia, można uznać za wysoce kontrowersyjną (a tym bardziej wtedy, gdy twierdzi się, że jest to typ z narażenia abstrakcyjnego). Jest ona wysuwana na gruncie ujęcia „bezsukutkowego” lub stanowiska, że skutkiem podżegania jest powzięcie przez nakłanianego decyzji wykonania czynu (zabronionego). W związku z tym stanowisko prezentowane przez większość doktryny (pogląd podzielany przez SN i TK), że na gruncie k.k. karalne jest „usiłowanie” podżegania, uważam za błędne. Autor, przyjmując karalność usiłowania prowokacji, próbuje ją natomiast uzasadnić przez określenie odmiennego od podżegania dobra chronionego. Taki sposób interpretacji z pewnością zasługuje na aprobatę, chociaż nie rozwiewa moim wątpliwości co do potrzeby wprowadzenia karalności tej figury (względy kryminalno-polityczne, karalność na przedpolu naruszenia dobra, abstrakcyjne określenie dobra prawnego).

Pewien niedosyt pozostawiają rozważania na temat znamienia „(nakłania do popełnienia) czynu zabronionego” (s. 79-82 pracy). Wydaje się, że Doktorant mógłby je znacząco pogłębić. Jego zdaniem, „czyn zabroniony”, do którego popełnienia nakłania prowokator, nie może być utożsamiany z pojęciem „przestępstwo”, tj. czynem, realizującym znamiona typu, bezprawnym, zawinionym, karygodnym (którego stopień społecznej szkodliwości jest wyższy niż znikomy). Wywody doktoranta nie są chyba dostatecznie precyzyjne i często mnie nie przekonują. Należałoby zastanowić się, czy nakłanianie innej

osoby do zachowania (w celu skierowania przeciwko niej postępowania karnego), wprowadzie realizującego znamiona typu, ale podjętego w warunkach kontratypowych (np. w warunkach obrony koniecznej czy stanu wyższej konieczności; nakłanianie do odparcia bezpośredniego, bezprawnego zamachu, nakłanianie do uchylenia niebezpieczeństwa w granicach określonych w art. 26§1 k.k.), może wypełniać znamiona prowokacji z art. 24 k.k. Mam wątpliwości co do przyjęcia takiej możliwości nawet w przypadku nakłaniania do zachowania w sytuacji art. 26§2 k.k., gdyby uznać ją za okoliczność usuwającą zawinienie sprawcy, a nie specyficzny prawnokarny kontratyp (moim zdaniem, podział na kontratyp określony w paragrafie 1. i okoliczność wyłączająca winę w paragrafie 2. art. 26, przyjęty przez większość doktryny na podstawie kryterium proporcji dóbr zagrożonego i ratowanego, jest nietrafny; przede wszystkim należy uwzględniać charakter takiego stanu konieczności – agresywny albo defensywny). Zachowanie w stanie konieczności wyłączającym zawinienie sprawcy nie prowadzi do żadnych negatywnych dla niego skutków; wykluczone jest stosowanie środków zabezpieczającym, nawet przepadku. Jediną taką okolicznością wyłączającą winę jest stan niepoczytalności sprawcy (możliwość stosowania środków zabezpieczających). Nakłanianie do czynu legalnego (wtórnie) może być ewentualnie uznane za czyn zabroniony podżegania (podżegacz chce naruszenia dobra prawnego; chce realizacji znamion dokonania; moim zdaniem, wykładnia podżegania przyjęta w nauce polskiej obejmuje również nakłanianie do czynów nie realizujących znamion czy czynów legalnych, znamię „czyn zabroniony” jest tu odnoszone do czynu podżegacza, a nie sprawcy bezpośredniego), a na gruncie niemieckiego k.k. jako tzw. sprawstwo pośrednie. Tymczasem w przypadku prowokacji wydaje się być to wykluczone. Można rozważać prowokację w sytuacji nakłaniania do czynu bezprawnego (brak kontratypu), a nawet często zawinionego, np. gdy stopień społecznej szkodliwości jest znikomy lub ustawa przewiduje wyłączenie karalności czynu (możliwość orzeczenia środka zabezpieczającego). Temat jest więc ciekawy i wymaga analizy szerszej, niż to uczyniono w pracy. Różnica między typem prowokacji a podżeganiem w dominującej wykładni polskiej doktryny prawa karnego polega również i na tym, że o ile „czyn zabroniony”, o którym mowa w art. 18§2 k.k., odnosi się do czynu podżegacza (czyn sprawcy bezpośredniego – moim zdaniem – nie musi być czynem realizującym całość znamion, nie musi być również zawsze czynem bezprawnym; takie ujęcie zbliża charakter podżegania do niemieckiego sprawstwa pośredniego, z tym, że podżeganie jest przestępstwem kierunkowym, którego dokonanie nie zależy od realizacji znamion czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego), natomiast w art. 24 k.k. prowokator musi nakłaniać do (popełnienia) zachowania, które ocenimy jako czyn zabroniony nakłanianego (o znamionach karalnego przygotowania, usiłowania lub

dokonania; umyślny albo nieumyślny). Autor powinien chyba poszerzyć rozważania w oparciu o bardziej zróżnicowaną analizę subiektywnego znamienia prowokacji – celu w postaci skierowania przeciwko innej osobie postępowania karnego w kontekście dobra chronionego przez ten przepis (stwierdzenia Autora na s. 80 i 82 pracy wskazują, że takie kierunki nie są mu nieznane). Autor zastanawia się, czy subiektywny element prowokacji nie wymusza swego rodzaju doprecyzowania znamienia „nakłania do popełnienia czynu zabronionego” tak, aby jego wykonanie umożliwiło prowokatorowi urzeczywistnienie przypisywanego mu celu. Innymi słowy – czy nie należałoby traktować tego zwrotu tak, jakby był to zwrot „nakłania do popełnienia przestępstwa” (s. 80 pracy). „Wszak w przeciwnym wypadku skierowanie przeciwko tej osobie postępowania karnego – co do zasady – nie będzie możliwe”. Rozumowanie takie Doktorant uznaje za błędne, wysuwając dodatkowy argument, iż „jeżeli w ustawie lub w innym akcie normatywnym ustalono znaczenie danego określenia w drodze definicji, w obrębie tego aktu nie wolno posługiwać się tym określeniem w innym znaczeniu” (s. 81 pracy). Moim zdaniem, należy jednak mieć na uwadze, że „czyn zabroniony” był i jest na gruncie k.k. wykładany różnie, w zależności od funkcji, którą ma pełnić (zob. np. art. 9§1 – „czyn zabroniony” jako zestaw znamion przedmiotowych typu, do których odniesiona jest umyślność). „Czyn zabroniony” w zestawie znamion art.24 – moim zdaniem – musi być interpretowany przynajmniej jako czyn realizujący znamiona odpowiedniego typu przy braku sytuacji kontratypowej (jak się wydaje również czyn popełniony w sytuacji znoszącej zawinienie, z wyjątkiem niepoczytalności). Wprawdzie zgadzam się, że celem prowokatora nie jest pociągnięcie innej osoby do odpowiedzialności karnej (szeroko rozumianej jako możliwość orzeczenia choćby środka zabezpieczającego), lecz tylko skierowanie przeciwko imiennie określonej osobie postępowania karnego (wszczęcie postępowania *in personam*; zob. s.94-95 pracy), jednak odczuwam pewne braki w rozważaniach Autora. Co do uzasadnienia bezskutkowości prowokacji z art. 24 k.k. mniej przekonuje mnie analiza semantyczna czasownika „nakłania” oraz rozważania normologiczne, a bardziej argumentacja teleologiczna z punktu widzenia chronionego dobra prawnego.

W stosunkowo krótkiej recenzji nie ma możliwości odniesienia się do wszystkich poruszanych przez Doktoranta kwestii dogmatycznych. Mogę tylko stwierdzić, że ta część pracy prezentuje bardzo wysoki poziom naukowy, napisana została bez wątpienia z gruntowną znajomością problematyki, a wszystkie węzłowe zagadnienia omówiono wyczerpująco.

VI.

Rozdział III („Wyzywające zachowanie się pokrzywdzonego” s. 123-140 pracy) został opracowany poprawnie przy wykorzystaniu licznej w tym przedmiocie literatury polskiej. Jednak Autor nie pokusił się o pewne, przydatne tym kontekście ogólniejsze zarysowanie problematyki „przyczyniania się” pokrzywdzonego do popełnienia czynu zabronionego i wpływu tego elementu zdarzenia na wymiar kary (zob. choćby art. 53§2 k.k.). W tym wypadku, jak i odnośnie do wszystkich poruszanych w pracy zagadnień, Autor w ogóle nie wykorzystał pozycji literatury obcej, w szczególności niemieckojęzycznej. Można to uznać za spory mankament pracy. W związku z tym trochę rozczarowuje mnie rozdział IV pracy pt. „Sprowokowana obrona konieczna” (s. 141-169; zawarty jest w nim podrozdział „Zawiniony stan wyższej konieczności”, s. 170-178), napisany pobieżnie, w głównej części (sprowokowana obrona konieczna) oparty na nielicznej literaturze (artykuł L. Gardockiego opublikowany w 1988 r. w *Studiach Prawniczych*; pomijam cytowane piśmiennictwo „zdawkowe”). Pominięcie szczegółowej analizy znamion obrony koniecznej czy stanu wyższej konieczności uważam za uzasadnione, jednak Autor nie przeprowadził szerszej refleksji na temat teorii usprawiedliwienia (legalizacji) i roli, jaką przypisuje się zachowaniu „pokrzywdzonego”, w końcu również jej znaczenia dla oceny prowokowanego czy też wywoływanego „bezprawnego”, bezpośredniego zamachu. Tu również odczuwany jest brak powołania niezwykle bogatej literatury niemieckiej. Za jedną z podstawowych formuł usprawiedliwienia (legalizacji) czynu zabronionego uważa się bowiem sytuację, gdy usprawiedliwienie jest konsekwencją zachowania się ofiary ingerencji, określa się to często jako „zasadę odpowiedzialności” („Prinzip der Verantwortung”), w postaci „słabszej” jako „zasadę spowodowania przez ofiarę naruszenia” („Prinzip der Veranlassung”). Do grupy kontratypów w taki sposób uzasadnianych należą m.in. obrona konieczna, tzw. defensywny stan konieczności, zatrzymanie przestępcy (zob. np. G. Jakobs, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Berli-New York 1993, s. 350 i nast.). Taka charakterystyka kontratypu określa automatycznie pewne reguły, np. zawinione uruchomienie procesów prowadzących do szkody implikuje poniesienie wszelkich kosztów ich usunięcia (bezprawny i zawiniony zamach uprawniający do obrony koniecznej); podmioty nieuczestniczące w zdarzeniu przejmują obciążenie tylko wtedy, gdy szkoda osoby odpowiedzialnej istotnie przeważa nad ich szkodą; ingerencja w sferę osoby odpowiedzialnej dopuszczalna jest nawet wtedy, gdy jej interes ma wartość wyższą niż interes ratowany (defensywny stan konieczności, obrona konieczna; na ten temat zob. Z. Jędrzejewski, *Okoliczności wyłączające bezprawność. Zagadnienia ogólne*, w: *System Prawa Karnego*, T. 4 „Nauka o przestępstwie. Wyłączenie i ograniczenie odpowiedzialności

karnej, pod. red. L. Paprzyckiego, Warszawa 2013, s. 125 i nast.). Nie ulega wątpliwości, że takie zasady usprawiedliwienia wpływają bezpośrednio na ocenę prowokacji czy zawinionego (bądź pozostającego w zakresie odpowiedzialności) spowodowania niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. Dlatego też rozważania Autora np. na temat zawinionego stanu konieczności są dosyć powierzchowne, opiera się on na nietrafnie przeprowadzonym rozróżnieniu paragrafu 1 i paragrafu 2 art. 26 k.k. na kontratyp i okoliczność uchylającą winę sprawcy, nie wspomina o zasadniczej różnicy między tzw. defensywnym a agresywnym stanem konieczności. Ten ostatni usprawiedliwiany może być wyjątkowo jedynie zasadą solidarności. Już tylko na marginesie można wspomnieć o pewnych sprzecznych chyba stwierdzeniach Autora, który z jednej strony, odrzucając utylitarystyczne uzasadnienie obrony koniecznej (moim zdaniem, trafnie), poszukuje go „we właściwym nie tylko człowiekowi (...) pierwotnym i naturalnym instynkcie obronnym” (s. 161 pracy), co, jak się wydaje, oznacza po prostu „prawo naturalne”, a z drugiej strony twierdzi, że zachowania obronne są jedynie „tolerowane przez społeczeństwo, nie mieszczą się „w granicach społecznej akceptacji”, „muszą być traktowane jako zachowania szkodliwe, a przy tym społecznie nieakceptowane” (!; s. 160). Prawdę mówiąc, sformułowania takie mogą zastanawiać nawet w przypadku, gdy wypowiadający je jest zwolennikiem koncepcji „wtórej” legalizacji czynu. Moim zdaniem, jest to teza nietrafna, zachowanie w ramach obrony nie jest tylko „tolerowane”, instytucja obrony konieczna jest powszechnie akceptowana i oceniana pozytywnie. Pozytywna ocena obrony koniecznej to również jeden z argumentów na rzecz uznania, że zachowanie w jej granicach jest „pierwotnie” legalne. Rozważania Autora dotyczące ocen sprowokowanej obrony koniecznej i zawinionego (sprowokowanego) stanu konieczności skupiają się tylko na jednym z możliwych koncepcji, tj. przede wszystkim na podmiotowym znamionach tych kontratypów.

Mam spore kłopoty z oceną krótkiego rozdziału V pracy („Samobójstwo ze sprowokowanym udziałem policjanta”; s. 179-188 pracy), a nawet wątpliwości co do konieczności jego umieszczenia w pracy na temat prowokacji. Rozważania Autora, na gruncie skąpej literatury (głównie kryminologicznej), są powierzchowne (np. czy funkcjonariusz może powołać się na „ogólne” kontratypy obrony koniecznej czy stanu konieczności), a wnioski niekiedy niezwykle kontrowersyjne (np. Autor uważa, że desperat prowokujący do spowodowania własnej śmierci w wyniku użycia broni przez Policjanta wypełnia znamiona art. 18§2 w zw. z art. 148 lub 155 k.k., jedynie argumenty polityczno-kryminalne, „niesłuszność” takiego rozwiązania skłania go do odrzucenia odpowiedzialności niedoszłego samobójcy). Ponownie należałoby przy tym zauważyć, że przydałaby się analiza

ogólniejszego zagadnienia „dobrowolnego narażania się ofiary” na niebezpieczeństwo jako jednego z kryteriów przypisania czynu i jego wpływu na odpowiedzialność sprawcy (tu: np. policjanta).

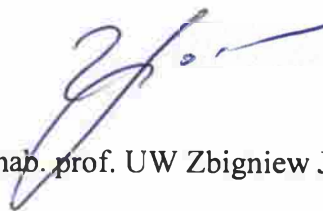
VII.

Zagadnienia określone w tytułach rozdziałów: VI („Prowokacja policyjna”; s. 189-252 pracy), VII („Prowokacja dziennikarska”; s. 253-293 pracy) i VIII („Prowokacja artystyczna”; s.294-314), w zakresie podstawowych problemów dogmatycznych, zostały w pracy omówione wyczerpująco, świadczą o biegłości Doktoranta w posługiwaniu się tą metodą pracy naukowej. W wielu punktach poglądy Autora zbieżne są z moimi zapatrywaniami, inne wątki być może należałoby pogłębić i wyłożyć klarowniej lub szerzej uzasadnić (np. pojęcie „godności” w art. 30 Konstytucji RP i jego znaczenie dla ocen prawnych na gruncie art. 31 ust. 3 Konstytucji), z innymi wnioskami możliwe jest oczywiście podjęcie naukowej polemiki (np. ocena Autora, że art. 19a ustawy o Policji jest sprzeczny z przepisami Konstytucji – zob. s. 246 pracy). Nie wpływa to jednak na wartość naukową tych części pracy.

VIII.

Mimo uwag krytycznych formułowanych w recenzji, biorąc pod uwagę wszystkie kryteria, oceniam pracę bardzo wysoko. Napisała ją osoba dojrzała naukowo, o skryształizowanym już zespole poglądów i niezwykle dużej orientacji w poruszanych, niekiedy bardzo złożonych zagadnieniach dogmatyki prawa karnego. Literatura wskazana w bibliografii jest imponująca (około 570 pozycji: monografii, podręczników, artykułów, opracowań słownikowych), choć, jak już o tym wspomniałem, brakuje w niej pozycji z piśmiennictwa obcego, przede wszystkim niemieckojęzycznego. Dysertację Pana mgr Konrada Burdziaka czyta się płynnie, tok wywodów jest uporządkowany, język klarowny, prezentacja stanowisk doktryny przejrzysta. Czytelnik nie ma żadnych trudności z identyfikacją oryginalnych poglądów i koncepcji Doktoranta, w obszarze dogmatyki prawa karnego oraz teorii prawa porusza się on niezwykle swobodnie. Błędy literowe i interpunkcyjne zdarzają się bardzo rzadko. Zakres zagadnień, stanowisk i poglądów, prezentowanych czy omawianych mniej lub bardziej krytycznie przez Doktoranta, bogactwo cytowanej literatury, pozwala uznać, że jego dysertacja zasługuje na bardzo wysoką ocenę. Nie ulega żadnej wątpliwości, że spełnia ona wszystkie kryteria stawiane pracom doktorskim, jest niezwykle cennym wkładem do dyskusji na tym ważnym dla prawa karnego

zagadnieniem i stanowi oryginalne rozwiązanie problemu naukowego. Autor wykazał się bardzo dobrą znajomością tej niezwykle trudnej i złożonej problematyki, praca świadczy o bardzo dużej ogólnej wiedzy teoretycznej Doktoranta w dziedzinie prawa karnego oraz teorii prawa, a także o jego umiejętności samodzielnego prowadzenia pracy naukowej. Z pełnym przekonaniem stwierdzam, że przedstawiona dysertacja doktorska spełnia wymogi określone w art. 13 ust. 1 ustawy z 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz o stopniach i tytule naukowym w zakresie sztuki (Dz. U. Nr 65, poz. 595 z późn. zm.) i pozwala na dopuszczenie Pana mgr Konrada Burdziaka do następnych etapów przewodu doktorskiego.



Dr hab. prof. UW Zbigniew Jędrzejewski