

POSTANOWIENIE Z DNIA 22 WRZEŚNIA 2009 R.

III KK 58/09

O ile Policja – w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń oraz wykrycia i ustalenia sprawców – ma prawo podejmować czynności operacyjno-rozpoznawcze (zwłaszcza określone w art. 14 ust. 1 i art. 19 ust. 1 *in princ.* ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.), o tyle niezbędnym warunkiem uznania materiałów, zdobytych w rezultacie takiej czynności, za dowód w postępowaniu karnym, podlegający ujawnieniu na podstawie art. 393 § 1 k.p.k., jest stwierdzenie, że do jego uzyskania i utrwalenia doszło w sposób odpowiadający ustawowemu rygorom, właściwym dla różnych kategorii zagrożeń porządku prawnego, w związku z którymi czynności te są podejmowane.

Przewodniczący: sędzia SN J. Żywilewska-Ławniczak.

Sędziowie: SN D. Rysińska (sprawozdawca), SA (del. do SN) Z. Puskarski.

Prokurator Prokuratury Krajowej: B. Mik.

Sąd Najwyższy w sprawie Wojciecha R., skazanego z art. 13 § 1 k.k. w zw. z art. 18 § 2 k.k. i art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 31 § 2 k.k. i art. 12 k.k. po rozpoznaniu w Izbie Karnej na rozprawie w dniu 22 września 2009 r., kasacji wniesionej przez obrońcę skazanego od wyroku Sądu Apelacyjnego w L. z dnia 26 listopada 2008 r., utrzymującego w mocy wyrok Sądu Okręgowego w L. z dnia 11 czerwca 2008 r.,

o d d a l i ł kasację jako oczywiście bezzasadną, a kosztami sądowymi postępowania kasacyjnego o b c i ą ż y ł skazanego.

UZASADNIENIE

Prokurator oskarżył Wojciecha R. m.in. o to, że w czasie od czerwca do dnia 1 września 2006 r. w L., działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru zabójstwa, w krótkich odstępach czasu, chcąc pozbawić życia Elżbietę A., nakłaniał Łukasza P. i Mariusza O. do jej zabójstwa, tj. o czyn z art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 12 k.k.

W ramach tego czynu Sąd Okręgowy w L., wyrokiem z dnia 11 czerwca 2008 r., uznał oskarżonego za winnego tego, że w okresie od czerwca do lipca 2006 r. w L., działając w wykonaniu z góry powziętego zamiaru, w krótkich odstępach czasu, chcąc aby Łukasz P. dokonał zabójstwa Elżbiety A., usiłował nakłonić go do tego, co jednak nie nastąpiło z uwagi na postawę Łukasza P., przy czym działał w stanie ograniczonej poczytalności, i uznając, że czyn ten wypełnia dyspozycję art. 13 § 1 w zw. z art. 18 § 2 i art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 31 § 2 i art. 12 k.k., wymierzył mu, na podstawie art. 14 § 1 w zw. z art. 19 § 1 w zw. z art. 148 § 1 oraz art. 31 § 2 i art. 60 § 1 i 6 k.k., karę 2 lat i 8 miesięcy pozbawienia wolności, na poczet której zaliczył oskarżonemu okres tymczasowego aresztowania od dnia 22 września 2006 r. do dnia 30 kwietnia 2008 r.

Ten wyrok, w opisywanej części, zaskarżył obrońca oraz prokurator – na niekorzyść oskarżonego.

Prokurator, przy pomocy zarzutów obraży przepisów prawa materialnego i prawa procesowego dążył do wykazania, że Wojciech R. powinien zostać skazany za podżeganie do zabójstwa, z wykorzystaniem broni pal-

nej (art. 18 § 2 w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k.), a nadto podnosił rażąco łagodność kary wymierzonej oskarżonemu z nadzwyczajnym złagodzeniem.

Obrońca z kolei, zarzucił zaskarżonemu orzeczeniu:

1. obrazę przepisów prawa materialnego, a mianowicie art. 13 § 1 w zw. z art. 18 § 2 i art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 31 § 2 i art. 12 k.k., przez przyjęcie, że oskarżony Wojciech R. dopuścił się popełnienia przestępstwa usiłowania podżegania do zabójstwa, jak również, mające wpływ na treść wyroku,

2, 3. błędy w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę orzeczenia, polegające na przyjęciu, że oskarżony usiłował nakłonić Łukasza P. i Mariusz O. do zabójstwa pokrzywdzonej oraz na uznaniu za w pełni wiarygodne zeznań Łukasza P. – mimo ich sprzeczności z zeznaniami innych świadków, a także zważywszy na fakt, iż w opinii biegłego psychiatry jego osobowość przejawia cechy mitomanii,

4, 5. obrazę przepisu art. 7 k.p.k., polegającą na obdarzeniu wiarą zeznań Łukasza P. oraz Jagody R.,

6. obrazę art. 4 k.p.k., przez nieuwzględnienie okoliczności przemawiających na korzyść oskarżonego,

7. obrazę art. 5 § 2 k.p.k., polegającą na uchybieniu zasadzie rozstrzygania na korzyść oskarżonego nie dających się usunąć wątpliwości.

Na tej podstawie obrońca wnioskował o zmianę zaskarżonego wyroku i uniewinnienie oskarżonego, ewentualnie o jego uchylenie i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania sądowi pierwszej instancji.

Po rozpoznaniu opisanych środków odwoławczych Sąd Apelacyjny w L., wyrokiem z dnia 26 listopada 2008 r., utrzymał w mocy zaskarżone rozstrzygnięcie Sądu Okręgowego.

Tenże wyrok zaskarżył kasacją obrońca Wojciecha R. W skardze tej zarzucił mu „rażące naruszenie prawa polegające na:

I. rażącym naruszeniu prawa procesowego, w tym:

- art. 7 k.p.k., ze względu na uznanie za wiarygodne zeznań świadków, którzy działali w warunkach nielegalnej prowokacji bez uwzględnienia wpływu tej sytuacji na ocenę wiarygodności zeznań,
- art. 7 k.p.k. oraz art. 5 § 2 k.p.k., poprzez oparcie oceny o braku wystąpienia przesłanek do zastosowania art. 15 k.k. na zeznaniach świadka Łukasza P., który został przez biegłego uznany za mitomana, przez współpracowników za kłamcę, a podczas rozpraw jego zeznania były wzajemnie sprzeczne, co stanowi niewłaściwe zastosowanie zasady swobodnej oceny dowodów i rozstrzyganie wątpliwości na niekorzyść oskarżonego,
- art. 414 § 1 w zw. z art. 17 § 1 pkt 2 k.p.k., polegające na braku zastosowania tych przepisów w sytuacji konieczności uniewinnienia osoby, której działanie zgodnie z ustawą nie jest przestępstwem, gdyż sprawca usiłowania odstąpił od zamiaru realizacji przestępstwa,

II. rażące naruszenie prawa materialnego, w tym:

- art. 15 k.k., poprzez niewłaściwe zastosowanie tego przepisu polegające na uznaniu ewidentnego odstąpienia od przestępstwa za niespełniające warunków do uznania czynu za niekaralny,
- art. 2, art. 49 w zw. z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, poprzez oparcie ustaleń Sądu Apelacyjnego na tych ustaleniach faktycznych, które zostały przyjęte na podstawie informacji uzyskanych za pomocą przestępstwa.

III. rażącym naruszeniu prawa materialnego, w tym:

- art. 13 k.k. w zw. z art. 18 k.k., poprzez niezasadne przyjęcie, że jest możliwe popełnienie przestępstwa w formie niezakończonego usiłowania podżegania”.

Na podstawie tak sformułowanych zarzutów autor kasacji wniósł „o zmianę wyroku i uniewinnienie oskarżonego (...) lub o uchylenie wyroków I i II instancji i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania z zaleceniem przeprowadzenia postępowania dowodowego w zakresie związanym z art. 15 k.k.”

W pisemnej odpowiedzi na kasację prokurator Prokuratury Apelacyjnej wniósł o jej oddalenie. Występujący na rozprawie kasacyjnej prokurator Prokuratury Krajowej poparł ten wniosek, postulując wszakże o oddalenie tej skargi jako oczywiście bezzasadnej.

Rozpoznając wniesioną kasację Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

Żaden z zarzutów kasacji nie nadaje się do uwzględnienia, z powodu ich oczywistej bezzasadności, a zasadnicze wady konstrukcyjne tej skargi dodatkowo przekonują o jednoznaczności takiej jej oceny.

W pierwszej kolejności niezbędne jest przypomnienie tego ewidentnego faktu, że kasacja jest nadzwyczajnym środkiem zaskarżenia, przysługującym od wyroku sądu drugiej a nie pierwszej instancji. Uregulowanie art. 519 k.p.k. stawia zatem przed skarżącym wymóg wykazania uchybień, których dopuścił się sąd apelacyjny w toku odwoławczej kontroli rozstrzygnięcia sądu *meriti* – czy to w związku z nierozpoznaniem lub nienależytym rozpoznaniem wszystkich zarzutów wniesionej apelacji (art. 433 § 2 k.p.k.), czy to wobec niewykroczenia z urzędu poza granice tego środka odwoławczego wbrew obowiązкови wynikającemu z ustawy (art. 433 § 1 k.p.k.), najczęściej w sytuacji określonej w art. 440 k.p.k. Nadzwyczajny charakter skargi kasacyjnej stanowi więc punkt wyjściowy do założeń ustawowych, które sprzeciwiają się, z jednej strony, sposobności „omijania” przez stronę zwykłej drogi odwoławczej dla wywołania kontroli orzeczenia pierwszoinstancyjnego, z drugiej zaś, przeczących możliwości wykraczania przez sąd kasacyjny, w rozpoznaniu skargi, poza granice zaskarżenia i podniesione w niej zarzuty, z wyjątkami wskazanymi wyłącznie w art. 435, art. 439 i 455 k.p.k. (art. 536 k.p.k.).

Niedostatki niniejszej kasacji jawią się we wskazanym świetle w sposób wręcz jaskrawy. Stwierdzenie to należy odnieść przede wszystkim do zarzutu sformułowanego w drugim ustępie punktu II skargi, jednak oma-

wiana ułomność bez wątpienia dotyka też innych jej zarzutów, zwłaszcza wyartykułowanych kolejno w pkt I. W odniesieniu bowiem do tych właśnie zarzutów – których wiodącym, wspólnym elementem jest argument, że w niniejszej sprawie doszło do „nielegalnej prowokacji” policyjnej, jak również do niedopuszczalnego ustalania w niej faktów na podstawie materiałów z nagrania rozmowy przeprowadzonej w dniu 1 września 2006 r. przez Mariusza O. i Łukasza P. z oskarżonym Wojciechem R. – szczególnie wyraźnie rysuje się fakt ich skierowania wprost pod adresem sądu pierwszej instancji.

Należy poza sporem pozostawić ocenę, że nagranie (stenogram) wypowiedzi oskarżonego w rozmowie przeprowadzonej m.in. z udziałem policjanta (Mariusza O.), uzbrojonego w sprzęt audiowizualny, nie mogło stanowić podstawy czynienia ustaleń faktycznych w sprawie, a ujawnienie jej treści przez Sąd pierwszej instancji rażąco uchybiało prawu procesowemu. Zaangażowanie funkcjonariusza Państwa w dokonanie tego nagrania przesądza, że nie może być mowy o prywatnym, powstałym poza postępowaniem karnym i nie dla jego celów, dokumencie mającym w procesie walor dowodu (art. 393 § 3 k.p.k.), lecz o przeprowadzeniu czynności operacyjno-rozpoznawczej, która z punktu widzenia możliwości procesowego wykorzystania jej wyników podlega zupełnie innej ocenie. O ile bowiem Policja – w celu rozpoznawania, zapobiegania i wykrywania przestępstw i wykroczeń oraz wykrycia i ustalenia sprawców – ma prawo podejmować czynności operacyjno-rozpoznawcze (zob. zwłaszcza art. 14 ust. 1 i art. 19 ust. 1 *in princ.* ustawy z dnia 6 kwietnia 1990 r. o Policji, Dz. U. z 2007 r. Nr 43, poz. 277 ze zm.), o tyle niezbędnym warunkiem uznania materiałów, zdobytych w rezultacie takiej czynności, za dowód w postępowaniu karnym, podlegający ujawnieniu na podstawie art. 393 § 1 k.p.k., jest stwierdzenie, że do jego uzyskania i utrwalenia doszło w sposób odpowiadający ustawowym rygorom, właściwym dla różnych kategorii zagrożeń porządku

prawnego, w związku z którymi czynności te są podejmowane. Sąd pierwszej instancji uwarunkowania tego nie dostrzegł i przeszedł do porządku nad błędem organów ścigania, które po stwierdzeniu potrzeby operacyjnego zweryfikowania doniesienia Łukasza P. co do tego, że Wojciech R. podżega go do popełnienia zabójstwa adwokat Elżbiety A. i planuje nakłonić doń kolejną osobę, nie uznały jednocześnie za konieczne dopełnienia wymogów niezbędnych dla dowodowego wykorzystania w procesie nagrania owej „weryfikującej” rozmowy. Nie wdając się w szersze rozważania odnośnie do prawnych warunków przeprowadzenia tej czynności, wystarczy tylko zauważyć, że na jej przeprowadzenie nie uzyskano, legalizującej jej wykonanie, zgody sądu (uprzedniej lub następcej), czy choćby prokuratora nadzorującego przebieg szczególnego typu czynności – co w odniesieniu do operacyjnego uzyskiwania i utrwalania dowodów jest wymogiem podstawowym (zob. art. 19 ust. 1 i 3, art. 19a ust. 3, art. 19b ust. 2 i 3 ustawy o Policji).

Rzecz jednak w tym, że wobec zasadniczych faktów procesowych, jakie występują w niniejszej sprawie, powyższe konstatacje nie mogą wywrzeć skutku oczekiwanego przez autora kasacji. Po pierwsze wobec tego, że omawiana wada postępowania Sądu pierwszej instancji stała się przedmiotem zainteresowania obrony dopiero na etapie postępowania kasacyjnego. Żadnego zarzutu obrazy prawa, związanego z tym uchybieniem, nie postawiono wszak ani w apelacji, ani też w złożonym przed rozprawą piśmie procesowym obrońcy, w którym przecież zasygnalizowano Sądowi Apelacyjnemu, i to skutecznie, potrzebę wykroczenia poza wyznaczony apelacją zakres kontroli odwoławczej. Po wtóre wobec tego, że w kasacji zupełnie nie wskazuje się na to, by Sąd odwoławczy, niedokonując kontroli omawianej kwestii z urzędu, miał się jednak dopuścić jakiegokolwiek w tym względzie naruszenia prawa. Zarzutu rażącej obrazy art. 440 k.p.k. w skardze nie postawiono, a jej wywody wskazują wprost, że skarżą-

cy (w niedopuszczalny sposób, jak była o tym mowa na wstępie) domaga się od Sądu Najwyższego skontrolowania w tym zakresie orzeczenia sądu pierwszej instancji. Na koniec zaś wobec tego, że autor skargi w żaden inny sposób nie wykazuje, by wadliwe postąpienie Sądu Okręgowego w ogóle „przeniknęło” do orzeczenia sądu drugiej instancji i by mogło mieć wpływ (i to istotny) na treść ostatecznego rozstrzygnięcia sprawy.

W nawiązaniu do tego ostatniego należy ze szczególną mocą podkreślić, że nagranie (stenogram) omawianej rozmowy nie było jedyną podstawą ustaleń faktycznych w tej części. Na okoliczność jej dojścia do skutku w konkretnej sytuacji oraz na okoliczność jej treści przeprowadzono wszak w toku procesu – w sposób zgodny z prawem – dowody w postaci wyjaśnień i zeznań uczestników tego zdarzenia, których dopuszczalności sam obrońca nie kwestionuje. Dowody te podlegały więc ocenie stosownie do powinności wynikającej z treści art. 7 i art. 410 k.p.k., przy czym – co również sam skarżący dostrzegł na rozprawie kasacyjnej, a co jasno wynika z motywów zaskarżonego wyroku – Sąd Apelacyjny, czyniąc swe rozważania, w żadnej mierze nie odwoływał się do materiałów utrwalonych nielegalnie, lecz opierał się w nich wyłącznie na treści wskazanych dowodów.

Patrząc z tej perspektywy na kasacyjny zarzut rażącego naruszenia art. 7 k.p.k. przy ocenie dowodów z zeznań Mariusza O. i Łukasza P. – jeśli, mimo wszystko, nie traktować go przez chwilę jako sprzeczny z wymogiem art. 519 k.p.k. – należy więc stwierdzić zupełną jego nieskuteczność. Warto też zauważyć, że skoro problem uzyskania nagrania w sposób niezgodny z prawem w ogóle (przez nikogo) nie został dotychczas zauważony, to nie sposób uznać – jak czyni to obrońca – by fakt ten należało uwzględniać jako wpływający na treść i, co za tym idzie, istotny dla oceny wiarygodności zeznań obu świadków. Zresztą Mariusz O. wykonywał czynność operacyjną stosownie do poleceń służbowych, nawet nie uczestni-

cząc w podejmowaniu decyzji co do jej przeprowadzenia, a Łukasz P., niebędący policjantem, nie znał nawet procedur regulujących jej wykonanie. Należy zaś przy tym dobitnie zaakcentować, że zeznania te jednoznacznie przeczą tezie obrończej, iż dążeniem tych osób w trakcie omawianego spotkania miało być nakłonienie oskarżonego do popełnienia czynu zabronionego. Założonym celem była weryfikacja informacji Łukasza P. i taki też, pozytywny rezultat – jak sąd ocenił, spotkanie to przyniosło.

Jednocześnie trzeba podkreślić, że zarzut rażącej obrazy art. 7 k.p.k. w pozostałej części, a więc w odniesieniu tylko do oceny zeznań Łukasza P., również został postawiony w kasacji wadliwie – bez respektowania wymogu zwrócenia jego ostrza przeciwko orzeczeniu sądu drugiej instancji. Dobitym tego potwierdzeniem jest fakt, że w skardze nie zarzucono Sądowi Apelacyjnemu uchybienia przepisom art. 433 § 1 i art. 457 § 3 k.p.k. w sytuacji, gdy tak samo ujęty i uargumentowany zarzut znalazł się w apelacji obrońcy. Takie postąpienie byłoby zresztą nieskuteczne o tyle, że Sąd Apelacyjny dokonał pełnej kontroli zeznań Łukasza P., biorąc pod uwagę wszystkie elementy oceny, wskazywane w rozpoznawanym środku odwoławczym. Zakładając nawet, że skarżący częściowo ma rację, iż stwierdzone u tego świadka mitomania (objawiająca się, jak stwierdził biegły lekarz psychiatra, w podawaniu nieprawdziwych faktów nie co do innych, a tylko co do własnej osoby – dla podniesienia swojej wartości) mogła wywierać potencjalny wpływ na prezentację zachowań Wojciecha R. w zeznaniach Łukasza P., to nie sposób pominąć, że trafność oceny wiarygodności tej relacji została przez sąd odwoławczy zweryfikowana tak w oparciu o analizę kolejno składanych przez świadka zeznań, jak i na podstawie innych, wymienionych szczegółowo dowodów i okoliczności (zeznań innych świadków – zwłaszcza Mariusza O., pism oskarżonego wyjawiających jego stosunek do pokrzywdzonej, kolejności następujących po sobie wypadków, w tym faktu zgłoszenia się przez świadka na Policję). Zignorowanie przez au-

tora kasacji stanowiska Sądu Apelacyjnego, przy braku zarzutów obraży prawa atakujących sposób przeprowadzenia kontroli odwoławczej, nie daje zatem obecnie podstaw do wysuwania pod adresem Sądu Najwyższego żądań o dokonanie, „dublującej” tę kontrolę, oceny stanowiska sądu pierwszej instancji. W tym świetle teza, jakiej można domniemywać z tej części wywodów kasacji, że nie ma podstaw do przyjęcia, iż w sprawie w ogóle miał miejsce fakt podżegania Łukasza P. przez oskarżonego do zabójstwa, jawi się jako stwierdzenie niemogące skutecznie podważyć przyjętego ustalenia przeciwnego.

Skutku takiego nie mogą osiągnąć również te argumenty kasacji – wywodzone co do ust. 2 i 3 punktu I, ust. 2 punktu II oraz w pkt III *petitum* skargi – których wspólnym mianownikiem jest z kolei zarzut odrzucenia w sprawie poglądu, że oskarżony Wojciech R. dobrowolnie odstąpił od usiłowania podżegania Łukasza P. do zabójstwa, a wobec tego, że powinien być uniewinniony. Pomijając już niekonsekwencję tego wnioskowania (por. treść powołanego w kasacji art. 15 § 1 k.k. oraz art. 17 § 1 pkt 4 i art. 414 § 1 k.p.k.), sformułowane w tej części zarzuty są przede wszystkim dotknięte podstawowym błędem konstrukcyjnym. Przy ich pomocy kwestionuje się bowiem subsumcję prawną ustalonych w sprawie faktów a jednocześnie podważa się owe ustalenia faktyczne i, optując za własną ich wersją, prezentuje jej ocenę prawną. Rzecz jasna, postawienie zarzutu obraży prawa materialnego w takiej formule nie jest możliwe, bowiem – jak to już wyjaśniono w motywach zaskarżonego wyroku, a co też było przedmiotem licznych judykatów Sądu Najwyższego, także publikowanych – kontestacja postąpienia polegającego na niewłaściwym zastosowaniu bądź niezastosowaniu przepisu prawa materialnego może mieć miejsce tylko w odniesieniu do przyjętych za podstawę orzeczenia i niekwestionowanych ustaleń faktycznych.

W istocie więc całość rozważanej tu argumentacji należy traktować w kategoriach zarzutu błędu w ustaleniach faktycznych zaskarżonego wyroku. Przekonuje zaś o tym najdobitniej już sama treść alternatywnego wniosku skargi kasacyjnej, której autor domaga się „przekazania sprawy do ponownego rozpoznania z zaleceniem przeprowadzenia postępowania dowodowego w zakresie związanym z art. 15 k.k.” Warto dodać, że uzasadnienie kasacji nie pozostawia wątpliwości, iż skarżącemu chodzi w tym wypadku nie o niedostatki przeprowadzonego dotychczas postępowania dowodowego, ale o zaprzeczenie przyjętemu właśnie na jego podstawie faktowi, że oskarżony nie odstąpił od podżegania podjętego w stosunku do Łukasza P. Trzeba też zauważyć, że obrońca polemizuje z tym ustaleniem, odwołując się nawet do tego aktu oskarżenia, niepotwierdzonych już w postępowaniu sądowym, a także do subiektywnie wyselekcjonowanych przez siebie fragmentów materiału operacyjnego, choć przecież jednocześnie (trafnie, jak była o tym mowa) kwestionuje możliwość jego dowodowego wykorzystania i oparcia na nim ustaleń faktycznych. Tym bardziej więc świadczy to o tym, że w tej części skargi doszło do postawienia zarzutu niespełniającego kryteriów określonych w art. 523 § 1 k.p.k., a więc właściwie niedopuszczalnego.

W tym świetle, a zatem wobec tego, że w sprawie zabrakło pożądanego przez obronę ustalenia faktycznego co do tzw. czynnego żalu, jaki miał wystąpić po stronie oskarżonego, nie ma podstaw do czynienia głębszych rozważań w tyczącej go warstwie prawnej. Niemniej należy podkreślić, że przyjęcie za płaszczyznę rozważań (w stanowisku obrony, a także w zaskarżonym wyroku) przepisu art. 15 k.k. nie znajduje w niniejszej sprawie podstaw prawnych. Skoro oskarżonemu przypisano czyn zabroniony w zjawiskowej formie podżegania, to całość rozumowania w zakresie wskazanej problematyki, i to niezależnie od formy stadialnej tego czynu, dyktuje treść przepisu art. 23 k.k. To ta bowiem regulacja – a nie art. 15

k.k., który normuje czynny żal jedynie co do usiłowania dokonania czynu zabronionego przez sprawcę pojedynczego – ma zastosowanie do osób współdziałających w popełnieniu przestępstwa, do jakiej to kategorii bez wątpienia należy podżegacz (art. 18 k.k.). Warto dodać, że unormowanie § 1 art. 23 k.k. ujmuje czynny żal w sposób charakterystyczny dla różnych (sprawczych i niesprawczych) postaci tego współdziałania, uzależniając niekaralność współdziałającego od zapobieżenia dokonaniu czynu zabronionego przez osobę, z którą współdziałał. Racją tego unormowania jest bowiem osiągnięcie stanu, w którym nie dojdzie do założonego naruszenia dobra prawnego. Na niekaralność może więc liczyć ten współdziałający, którego dobrowolne zachowanie było wystarczające do tego, by do popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę nie doszło. Zapobieżenie temu czynowi, który znajduje się w stadium usiłowania lub na etapie poprzedzającym to stadium, może więc przybrać różną postać. Wystarczające stać się zatem może samo odstąpienie od współdziałania, ale niezbędne może się też okazać przeciwstawienie się, i to aktywne, dokonaniu tego czynu przez inną osobę. W odniesieniu do podżegacza należy przy tym zaznaczyć, że omawiana regulacja ma zastosowanie zarówno w sytuacji, gdy podżeganie pozostało na etapie usiłowania, jak i nawet wówczas, gdy osiągnęło już stadium dokonania (wywołało skutek w postaci nakłonienia podżeganego do popełnienia czynu zabronionego), lecz możliwe jest jeszcze zapobieżenie jego dokonaniu, a podżegacz skutecznie to uczyni. W każdym jednak razie, regulacja art. 23 § 1 k.k. stanowi *lex specialis* w stosunku do unormowania art. 15 § 1 k.k.

Błędne postrzeganie podstawy prawnej rozważań co do postępowania Wojciecha R. w omawianym aspekcie nie zmienia jednak istoty okoliczności przyjętych za podstawę rozstrzygnięcia w tej części. Przy stwierdzeniu faktu, że podżeganie Łukasza P. przez oskarżonego do zabójstwa obiektywnie pozostało w stadium usiłowania, ustalono wszak jednocześnie

– i to właśnie obrona stara się podważyć – iż oskarżony nie odstąpił od współdziałania z Łukaszem P., a tym bardziej nie podjął odwodzących go kroków, choć przecież w przekonaniu oskarżonego zamiar popełnienia zabójstwa został już w nakłanianym przez niego wzbudzony. Prawdą jest, że oskarżony nie przystąpił potem do realizacji znamion podżegania wobec Mariusza O., jako kolejnego potencjalnego wykonawcy zbrodni, który na spotkanie – w uzgodnieniu z oskarżonym – został sprowadzony przez Łukasza P. Tyle tylko, że kierowany ostrożnością (podejrzliwością), decyzję tę oskarżony, jak ustalono, jedynie odłożył w czasie, z zadowoleniem przyjmując rysującą się perspektywę. Takie zachowanie, zwłaszcza bez wyraźnego tego zakomunikowania Łukaszowi P., nie mogło więc świadczyć o definitywnym (skutecznym) odstąpieniu przez oskarżonego od dalszego współdziałania z tym ostatnim. Jeśli zatem do popełnienia zabójstwa przez Łukasza P. ostatecznie nie doszło, to z całą pewnością nie dlatego, że to Wojciech R. dobrowolnie temu zapobiegł.

Z tych wszystkich względów, stwierdzając bezzasadność kasacji w stopniu, o którym mowa w art. 535 § 3 k.p.k., Sąd Najwyższy orzekł, jak w postanowieniu.