

Marcin Drewicz

Retorsja pokrzywdzonego przy przestępstwach przeciwko czci i nietykalności cielesnej a zasada 'de sua malitia nemo debet commodum reportare'

Zeszyty Prawnicze 15/1, 105-125

2015

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach
dozwolonego użytku.

MARCIN DREWICZ

Uniwersytet Łódzki

RETORSJA POKRZYWDZONEGO
PRZY PRZESTĘPSTWACH PRZECIWKO CZCI
I NIETYKALNOŚCI CIELESNEJ A ZASADA
‘DE SUA MALITIA NEMO DEBET COMMODUM
REPORTARE’

Zagadnienie odpowiedzialności karnej za przestępstwa godzące w cześć i nietykalność cielesną ma szczególne znaczenie ze względu na rodzaj chronionych dóbr prawnych. Problematyka ta jest o tyle istotna, że cześć i godność są chronione nie tylko na gruncie ustawy karnej, lecz ich ochrona została podniesiona do rangi konstytucyjnej. Przepis art. 30 Konstytucji RP¹ stanowi, iż przyrodzona godność człowieka stanowi źródło praw i wolności człowieka i obywatela, ma ona charakter nienaruszalny i niezbywalny, zaś jej poszanowanie należy do obowiązków władzy publicznej. Wywiązując się z tej powinności, państwo już w art. 47 Konstytucji gwarantuje ochronę czci i dobrego imienia, zaś w art. 41 Konstytucji deklaruje poszanowanie nietykalności osobistej. Jednostkom, których cześć, dobre imię i nietykalność cielesną naruszono, ustawodawca gwarantuje ochronę prawną także na poziomie ustawowym, składającą się nie tylko z instrumentów prawa karnego, służących zapewnieniu poszanowania wymienionych dóbr, lecz także z instytucji o charakterze cywilnoprawnym, których głównym celem jest ochrona dóbr osobistych. Mówiąc o ochronie czci i nietykalności cielesnej na płaszczyźnie materialnego prawa karnego

¹ Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 ze zm.), zwana dalej Konstytucją.

nie trudno zauważyć, że interpretacja przepisów penalizujących zachowania godzące we wspomniane powyżej dobra prawne napotyka w praktyce na szereg trudności, będących wynikiem z jednej strony konieczności relatywizacji zachowań sprawców do ocen społecznych, zróżnicowanych w rozmaitych środowiskach i ulegających zmianom z biegiem czasu, z drugiej zaś – wymogiem racjonalnego wyważenia konfliktu wartości, albowiem czasami pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej stoi w sprzeczności z potrzebą poszanowania wolności słowa oraz prawa do rzetelnej i konstruktywnej krytyki.

Powyższe okoliczności, jak się wydaje, stanowiły dla ustawodawcy dyrektywę natury polityczno-kryminalnej przy określaniu granic ustawowego zagrożenia za przestępstwa znieważenia i naruszenia nieetykalności cielesnej. W przypadku obu z wymienionych przestępstw ustawa karna przewiduje łagodną sankcję w postaci kary grzywny albo kary ograniczenia wolności – jedynie w odniesieniu do naruszenia nieetykalności ustawa daje możliwość wymierzenia sprawcy kary pozbawienia wolności do roku. Skromność ustawowego zagrożenia za przestępstwa przeciwko czci i nieetykalności cielesnej zdaje się potwierdzać tezę o umiarkowanym ciężarze gatunkowym tych czynów. Słuszność tego stanowiska ulega dodatkowemu wzmocnieniu, jeśli wziąć pod uwagę prywatnoskargowy tryb ścigania, który przesądza o tym, iż ustawodawca zasadniczo nie jest zainteresowany ściganiem z oskarżenia publicznego przestępstw skierowanych przeciwko czci i nieetykalności cielesnej, pozostawiając inicjatywę w tym zakresie w rękach osób pokrzywdzonych. Łagodne ustawowe zagrożenie za znieważenie i naruszenie nieetykalności nie jest jedynym zabiegiem pozwalającym na nadanie odpowiedniego kształtu normatywnego czynom stypizowanym w art. 216 k.k. i art. 217 k.k., lecz kwestia współmierności reakcji prawnokarnej do społecznej szkodliwości w przypadku wymienionych przestępstw jest przez ustawodawcę osiągnięta ponadto za pomocą instytucji odstąpienia od wymierzenia kary, która może wchodzić w grę wówczas, gdy przestępstwo zostało sprowokowane przez pokrzywdzonego jego wyzywającym zachowaniem się albo wtedy, gdy pokrzywdzony w określony sposób zareagował na czyn sprawcy przestępstwa.

Możliwość odstąpienia przez sąd od wymierzenia kary w przypadku prowokacji (którą ustawa karna opisuje jako „wyzywające zachowanie się pokrzywdzonego”) oraz retorsji (czyli odpowiedzi ze strony pokrzywdzonego na czyn sprawcy) nie jest *novum* w systemie polskiego prawa karnego, gdyż istniała zarówno na gruncie k.k. z 1932 r. (art. 239 § 2), jak i w k.k. z 1969 r. (art. 181 § 2 i art. 182 § 2). Pomimo tak długiej tradycji legislacyjnej, problematyka prowokacji i retorsji jako okoliczności stwarzającej dla sądu sposobność, fakultatywnego wprawdzie, odstąpienia od wymierzenia kary nie stanowiła przedmiotu szczególnego zainteresowania ze strony przedstawicieli doktryny, wyjąwszy nieliczne opracowania, aczkolwiek i one – dotykając problematyki retorsji i prowokacji – miały raczej charakter swoistego przyczynku do dyskusji aniżeli próby kompleksowego potraktowania tematu². Należy w tym miejscu zaznaczyć, iż wątpliwości pojawiające się na gruncie obecnie obowiązujących przepisów art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k. nie dotyczą prowokacji, albowiem kwestią bezdyskusyjną jest możliwość odstąpienia od wymierzenia kary sprawcy, który znieważył bądź naruszył nietykalność cielesną pokrzywdzonego w następstwie jego wyzywającego zachowania się. Główny ciężar obiekcji koncentruje się wokół retorsji jako okoliczności dającej możliwość odstąpienia od wymierzenia kary sprawcy w przypadku, w którym jego czyn spotkał się z odpowiedzią ze strony pokrzywdzonego.

Należy podkreślić, iż kodeks karny w przepisach poświęconych przestępstwu przeciwko czci i nietykalności nie operuje pojęciem retorsji, które zostało wypracowane na gruncie doktrynalnym i jest używane powszechnie w literaturze. Pokrótce można rzec, iż z retorsją mamy do czynienia wówczas, gdy osoba, którą znieważono bądź której nietykalność cielesna została naruszona, odpowiada sprawcy czynem

² Mowa tu o pracach K. DASZKIEWICZ, *Przestępstwo sprowokowane w polskim prawie karnym* [w:] *Studia Prawnicze – Księga pamiątkowa ku czci prof. dr Witolda Świdry*, Warszawa 1969; L. FALANDYSZA, *Pokrzywdzony w prawie karnym i wiktymologii*, Warszawa 1980; W. KULESZY, *Zniesławienie i zniewaga. Ochrona czci i godności osobistej człowieka w polskim prawie karnym – zagadnienia podstawowe*, Warszawa 1984 oraz M. MOZGAWY, *Odpowiedzialność karna za przestępstwo naruszenia nietykalności cielesnej*, Lublin 1991.

określonego rodzaju – w przypadku zniewagi czynem tym może być zniewaga wzajemna lub naruszenie nietykalności cielesnej, w przypadku naruszenia nietykalności cielesnej zaś w grę wchodzić może wyłącznie „wzajemne” naruszenie nietykalności. W przeciwieństwie do prowokacji, retorsja jest zachowaniem, którego może dopuścić się wyłącznie pokrzywdzony już po znieważeniu go lub naruszeniu jego nietykalności cielesnej.

Źródeł retorsji jako instytucji prawa karnego należy szukać w starożytnych ustawodawstwach, lecz historycy prawa nie są zgodni co do jej korzeni. Niektórzy z nich genezy omawianej instytucji upatrują w zasadzie talionu³, inni zaś twierdzą, że retorsja stanowi ucywilizowaną wersję krwawej zemsty⁴.

Wydaje się, iż na kształcie retorsji jako instytucji prawa karnego w głównej mierze zaważyły wymienione powyżej aspekty historyczne, mocno akcentowane w komentarzu autorstwa J. Makarewicza, który *ratio legis* wprowadzenia do kodeksu karnego instytucji retorsji upatruje głównie w rezygnacji ze ścigania skargą publiczną przestępstwa, którego całe bezprawie zostało już powetowane przez pokrzywdzonego aktem zemsty. Retorsja, zdaniem wymienionego autora, wywołuje zgaśnięcie „państwowego prawa karania skutkiem wymierzenia sobie sprawiedliwości przez pokrzywdzonego”⁵. Sens instytucji retorsji tkwi zatem w rezygnacji z karania czynu sprawcy, który na skutek odpowiedzi ze strony pokrzywdzonego poniósł już ujemne konsekwencje popełnionego przez siebie przestępstwa. W podobnym duchu wypowiadał się W. Makowski, choć swą argumentację oparł na odwołaniu się do konstrukcji stosunku obligacyjnego na gruncie prawa cywilnego, pisząc, że „jeżeli będziemy rozważali retorsję ze strony jej obiektywnej, dochodzimy do kompensacji, wyłączając cały stosunek ze sfery zagadnienia prawno – karnego, a przenosząc go raczej do

³ W. KUNKEL, *Römische Rechtsgechichte*, Köln 1964, s. 93; J. GAUDEMET, *Histoire des institutons politiques et sociales de l'Antiquité*, Paris 1967, s. 34.

⁴ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, s. 626. Podobne stanowisko można odnaleźć w pracy J. BARDACHA, B. LEŚNODORSKIEGO i M. PIETRZAKA, *Historia ustroju i prawa polskiego*, Warszawa 1996, s. 162.

⁵ J. MAKAREWICZ, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1932, s. 337.

sfery prywatno – prawnej. Jeżeli skutkiem działania przestępnego A skierowanego przeciw B jest stanowiące odpowiedź i pomstę działanie przestępne B, skierowane przeciw A, to obaj w stosunku do siebie stają się wierzycielami i dłużnikami, obowiązany i uprawniony do zadośćuczynienia. Jeżeli według dawnych pojęć mieliby sobie nawzajem wypłacać grzywnę, to grzywna ta może być skompensowana i w ten sposób ginie podstawa do ingerencji karno – prawnej⁶. Wspomniane motywy, którymi kierował się przedwojenny ustawodawca, normując instytucję retorsji, były i są nadal aktualne, albowiem zarówno pod rządem kodeksu karnego z 1969 r., jak i na gruncie obecnie obowiązującej ustawy karnej przedstawiciele doktryny zgodnie przyjmują, że racją przemawiającą za możliwością odstąpienia przez sąd od wymierzenia kary sprawcy przestępstwa znieważenia bądź naruszenia nietykalności cielesnej w przypadku zaistnienia repliki ze strony pokrzywdzonego jest wzięcie przez ofiarę przestępstwa odwetu. Skoro miał miejsce czyn zabroniony, a sprawca poniósł już jego negatywne skutki, to tym samym można mówić o skompensowaniu wyrządzonych wzajemnie między sprawcą przestępstwa a pokrzywdzonym krzywd, bez potrzeby sięgania po sankcje karne⁷.

Analizując konstrukcję przepisów art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k., trzeba zauważyć, że w przypadku retorsji ustawodawca wprowadził swoisty system degresji, sprowadzający się do możliwości uwolnienia od kary sprawcy w przypadku, gdy jego czyn spotkał się już – w ocenie ustawodawcy, a także sądu – z mieszczącą się w pewnych granicach odpowiedzią ze strony pokrzywdzonego. W tym stanie rzeczy replika pokrzywdzonego jawi się, zdaniem prawodawcy, jako wystarczająca

⁶ W. MAKOWSKI, *Kodeks karny obowiązujący tymczasowo w Rzeczypospolitej Polskiej na ziemiach byłego zaboru rosyjskiego*, III, Warszawa 1922, s. 113.

⁷ A. BANACH, *Ochrona czci osobistej w kodeksie karnym polskim*, Kraków 1950, s. 122; M. MOZGAWA, *op. cit.*, s. 161-162; J. WASZCZYŃSKI, *Zniesławienie i oszczerstwo, zniewaga, naruszenie nietykalności cielesnej*, [w:] *System prawa karnego. O przestępstwach w szczególności*, IV.2, red. I. ANDRZEJEW, L. KUBICKI, J. Waszczyński, Wrocław 1989, s. 122; A. MAREK, *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 416; J. RAGLEWSKI [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, II, red. A. ZOLL, Warszawa 2008, s. 842-843; W. KULESZA, [w:] *System prawa karnego. Przestępstwa przeciwko dobrom indywidualnym*, X, red. J. WARYLEWSKI, Warszawa 2012, s. 1088 oraz 1093.

reakcja na zaistniałe przestępstwo, co z kolei daje sądowi możliwość odstąpienia od wymierzenia kary. Rezygnacja z karania sprawcy przestępstwa zniesławienia lub naruszenia nietykalności cielesnej poddyktowana jest więc przede wszystkim względami natury utylitarnej – skoro przez odpowiedź ze strony pokrzywdzonego całe bezprawie czynu zostało zneutralizowane i sprawca przestępstwa zdążył już ponieść jego ujemne konsekwencje, to tym samym brak jest podstaw do wymierzenia mu kary przez „czynnik urzędowy” w postaci sądu. Poczynione powyżej uwagi na pierwszy rzut oka wydają się słuszne – jeśli pokrzywdzony sam swym zachowaniem odwetowym wymierzył sprawcy przestępstwa wystarczającą karę, to tym samym brak jest racji, która kryłaby się za dolegliwością w postaci skazania sprawcy z jednoczesnym wymierzeniem mu chociażby symbolicznej kary. Podążając tym tokiem myślenia, w dalszej kolejności można zauważyć, że takie unormowanie spełnia również postulaty polityki kryminalnej, domagającej się odrębnego traktowania spraw „lżejszego kalibru”, w których przeważa interes prywatny, a które już zostały wzajemnie rozwikłane przez strony konfliktu. W czym zatem należy upatrywać zastrzeżeń pod adresem regulacji zawartej w art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k.?

Ukształtowanie przez ustawodawcę zasad odpowiedzialności karnej sprawcy przestępstwa zniewagi lub naruszenia nietykalności cielesnej w przypadku, gdy przestępstwo to spotyka się z określonego rodzaju odpowiedzią ze strony pokrzywdzonego, zostało oparte na wspomnianej już instytucji swoistej regresji, wyrażającej się w możliwości odstąpienia od wymierzenia kary sprawcy w sytuacji, gdy cała kryminalna zawartość bezprawia jego czynu została już skompensowana przez samego pokrzywdzonego, a więc przez osobę bezpośrednio dotkniętą czynem zabronionym. Skoro zatem pokrzywdzony sam wymierzył sprawiedliwość sprawcy przestępstwa i odpowiedział zniewagą wzajemną lub naruszeniem nietykalności cielesnej, to tym samym może się okazać, iż brak jest racji dla zastosowania represji względem sprawcy, który został już w jakimś sensie „ukarany”. Należy jednak wskazać, iż wspomniana instytucja regresji została przez ustawodawcę przyjęta tylko w odniesieniu do przestępstw znieważenia i naruszenia niety-

kalności cielesnej. Jeżeli zatem sprawca dopuści się jakiegokolwiek innego przestępstwa aniżeli zniewaga czy naruszenie nietykalności, zaś jego czyn zabroniony spotka się z odpowiedzią ze strony pokrzywdzonego, to replika pokrzywdzonego może co najwyżej odgrywać znaczenie z punktu widzenia wymiaru kary dla sprawcy przestępstwa (gdyż w świetle art. 53 § 2 k.k., wymierzając karę, sąd uwzględni m.in. zachowanie pokrzywdzonego), nie przesądza zaś *eo ipso* o możliwości odstąpienia od wymierzenia kary. W tym stanie rzeczy przepisy art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k. stanowią swego rodzaju ustawowe *superfluum*, dając sprawcy przestępstwa znieważenia lub naruszenia nietykalności cielesnej sposobność uniknięcia kary (lecz nie skazania⁸) w razie odpowiedzi ze strony pokrzywdzonego, podczas gdy w przypadku jakiegokolwiek innego przestępstwa respons pokrzywdzonego może co najwyżej wpłynąć na wymiar kary dla sprawcy czynu.

Dokładniejsza analiza normatywnej konstrukcji art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k. musi prowadzić do stwierdzenia, iż jeżeli pokrzywdzony odpowiada naruszeniem nietykalności cielesnej lub zniewagą wzajemną na popełnione przez sprawcę przestępstwo znieważenia lub narusza nietykalność cielesną sprawcy w odpowiedzi na tego samego rodzaju czyn zabroniony, to tym samym dopuszcza się on własnego przestępstwa. Jeśli zatem osoba pokrzywdzona odpowie na czyn sprawcy zniewagą wzajemną lub naruszeniem nietykalności cielesnej, to swą repliką narusza jego cześć bądź nietykalność cielesną, przez co zmianie ulega konfiguracja podmiotowa przestępstwa – respons ze strony pokrzywdzonego powoduje, że staje się on „sprawcą wtórnym”, a to z kolei oznacza, iż każda osoba biorąca udział w tym zdarzeniu jest jednocześnie sprawcą przestępstwa i pokrzywdzonym. Warto w tym miejscu zauważyć, iż jeżeli popełniony przez sprawcę czyn zabroniony nie spotka się z odpowiedzią ze strony pokrzywdzonego, to wówczas czyn ten będzie musiał zostać zakwalifikowany, w zależności od popełnionego przestępstwa, bądź na podstawie art. 216 § 1

⁸ Zgodnie bowiem z art. 1 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 24 maja 2000 r. o Krajowym Rejestrze Karnym (t.j. Dz.U. z 2012 r., poz. 654 ze zm.), wyrok, w którym sąd odstąpił od wymierzenia kary, ma charakter wyroku skazującego i co za tym idzie, podlega odnotowaniu w Krajowym Rejestrze Karnym.

k.k. albo też na podstawie art. 217 § 1 k.k. Bierne zachowanie ze strony pokrzywdzonego sprawia zatem, iż czyn „sprawcy pierwotnego” wypełni znamiona przestępstwa znieważenia lub naruszenia nietykalności cielesnej typu podstawowego, co oznaczać będzie, iż jego czyn spotka się – przynajmniej teoretycznie – z określoną sankcją karną. W przypadku zaś aktywnego zachowania się pokrzywdzonego, który po skierowanej przeciwko niemu zniewadze lub naruszeniu nietykalności cielesnej podejmie zachowanie odwetowe, stanowiące replikę na popełnione przestępstwo, sprawca przestępstwa może liczyć – fakultatywnie – na odstąpieniu od wymierzenia mu kary przez sąd.

Mając na uwadze przedstawione powyżej uwagi, należy zatem skonstatować, że, paradoksalnie, na gruncie obowiązującej regulacji art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k. podjęcie przez pokrzywdzonego repliki na zniewagę lub naruszenie nietykalności cielesnej stanowi swoistą premię dla sprawcy czynu i daje w takim wypadku sądowi możliwość odstąpienia od wymierzenia kary przez sąd. *Ratio legis* funkcjonowania w prawie karnym przepisów art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k. w odniesieniu do retorsji nie jest do końca jasne⁹, jeśli zważyć na racje polityczno-kryminalne, nakazujące ustawodawcy tak konstruować normy kształtujące odpowiedzialność karną, aby sprawca czynu zabronionego w żadnym przypadku nie mógł czerpać korzyści z własnego bezprawia. Tymczasem w przypadku przestępstw skierowanych przeciwko czci i nietykalności cielesnej respons ze strony pokrzywdzonego otwiera sprawcy przestępstwa sposobność uniknięcia wymierzenia mu kary, sprawiając tym samym, że jedyną sankcją w takim przypadku staje się dlań w zasadzie wyrok skazujący podlegający odnotowaniu w Krajowym Rejestrze Karnym. Oznacza to, że z punktu widzenia pokrzywdzonego bardziej korzystny jest brak jakiegokolwiek reakcji na skierowaną przeciwko jego osobie zniewagę czy na

⁹ Nie wskazują go także ci z autorów, którzy aprobująco wypowiadają się o unormowaniach zawartych w art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k. – por. J. RAGLEWSKI, *op. cit.*, s. 845, 854-855; O. GÓRNIOK, [w:] O. GÓRNIOK, S. HOC, M. KALITOWSKI, S. PRZYJEMSKI, Z. SIENKIEWICZ, J. SZUMSKI, L. TYSZKIEWICZ, *Kodeks karny. Komentarz*, II, Gdańsk 2005, s. 249; M. KALITOWSKI [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. FILAR, Warszawa 2010, s. 1022-1024.

naruszenie jego nietykalności cielesnej, albowiem bierne zachowanie będzie skutkowało koniecznością zakwalifikowania czynu sprawcy jako wypełniającego znamiona przestępstwa zniewagi czy naruszenia nietykalności cielesnej typu podstawowego. Należy wprowadzić odnotować, iż nawet w przypadku zakwalifikowania czynu sprawcy z art. 216 § 1 k.k. czy z art. 217 § 1 k.k. możliwość odstąpienia przez sąd od wymierzenia kary za popełnione przestępstwo nie jest przekreślona, lecz sposobność taka będzie wówczas uzależniona od jednoczesnego orzeczenia środka karnego, o czym będzie jeszcze mowa.

Jak stwierdzono powyżej, podjęcie przez pokrzywdzonego odpowiedzi na przestępstwo znieważenia czy naruszenia nietykalności cielesnej skutkuje zmianą konfiguracji podmiotowej przestępstwa, albowiem poprzez respons ze strony pokrzywdzonego ten ostatni popełnia swój własny czyn zabroniony, sprawiając, że tym samym staje się on naruszcycielem czci bądź nietykalności cielesnej „sprawcy pierwotnego” przestępstwa. O ile jednak brzmienie przepisów art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k. nie pozostawia wątpliwości co do możliwości odstąpienia od wymierzenia kary względem sprawcy zniewagi czy naruszenia nietykalności cielesnej, o tyle nie dają one sądowi jasnej wskazówki, jak należy postąpić względem pokrzywdzonego, który, podejmując zachowanie odwetowe, dopuścił się własnego przestępstwa. W tym miejscu należy podkreślić, iż skoro przepisy art. 216 § 3 k.k. czy art. 217 § 2 k.k. umożliwiają sądowi odstąpienie od wymierzenia kary względem „sprawcy pierwotnego” z tej tylko racji, iż pokrzywdzony dopuścił się czynu odwetowego, to tym bardziej możliwość odstąpienia od wymierzenia kary winna być aktualna w przypadku przestępstwa popełnionego przez pokrzywdzonego, sprowokowanego przez uprzedni zamach na jego cześć bądź nietykalność cielesną. Nietrudno jednak spostrzec, że komentowane przepisy stanowią autonomiczną podstawę do odstąpienia od wymierzenia kary w zasadzie jedynie dla „sprawcy pierwotnego” przestępstwa. Można bronić poglądu, w myśl którego sposobność odstąpienia od wymierzenia kary w oparciu o art. 216 § 3 k.k. czy art. 217 § 2 k.k. będzie aktualna także względem odpowiedzi pokrzywdzonego pod warunkiem uznania, że dopuścił się on własnego czynu z uwagi na wyzywające zachowanie

sprawcy „pierwotnego” przestępstwa. W tym miejscu należy jednak zastanowić się nad interpretacją znamienia „wzywające zachowanie pokrzywdzonego” w kontekście istniejącego już między uczestnikami zdarzenia konfliktu. Zagadnienie to było przedmiotem rozważań Sądu Najwyższego, który w wyroku z dnia 27 czerwca 1973 r., Rw 557/73 stanął na stanowisku, że konfliktom między pokrzywdzonym a oskarżonym nie można nadawać rangi wzywającego zachowania się pokrzywdzonego, które uzasadniałoby odstępianie od wymiaru kary za rażące naruszenie przez oskarżonego nietykalności cielesnej pokrzywdzonego¹⁰. Odniesienie się w warstwie argumentacyjnej do wymienionej tezy jest jednak o tyle problematyczne, że nie wynika z niej (ani także z uzasadnienia samego wyroku Sądu Najwyższego), w czym ma wyrażać się „rażące” naruszenie przez oskarżonego nietykalności cielesnej pokrzywdzonego, w szczególności zaś, czy przymiot „rażącego” naruszenia winien być rozumiany jako dalej idąca w skutkach aktywność aniżeli czyn, na który była odpowiedzią¹¹, czy też „rażące” naruszenie powinno być analizowane jedynie względem okoliczności towarzyszących temu czynowi. Zarysowany powyżej problem wykładni znamienia „wzywającego zachowania się pokrzywdzonego” został dostrzeżony także w doktrynie, aczkolwiek wśród jej przedstawicieli nie ma zgody co do propozycji jego rozwiązania – obok poglądów uzależniających byt wzywającego zachowania pokrzywdzonego od stanu jego świadomości względem przewidywania możliwości popełnienia przestępstwa przez osobę prowokowaną¹², należy odnotować także i stanowisko eksponujące okoliczność, iż przyczyna wzywającego zachowania pokrzywdzonego jest z punktu widzenia prawa karnego obojętna, a zatem, że nie ma przeszkód, aby za wzywające zachowanie pokrzywdzonego uznać zachowanie osoby, która dopuściła się uprzednio zniewagi czy naruszenia nietykalności i spotkała się

¹⁰ Wyrok SN z dnia 27 VI 1973 r., Rw 557/73, «Informacja Prawnicza» 3-4/1974, poz. 201.

¹¹ Co wówczas czyniłoby zbędnym prowadzenie rozważań na gruncie możliwości zastosowania art. 216 § 3 k.k. lub art. 217 § 2 k.k.

¹² K. DASZKIEWICZ, *op. cit.*, s. 56; L. FALANDYSZ, *op. cit.*, s. 101-102.

z odpowiedzią na swój czyn¹³. W świetle przedstawionych powyżej wątpliwości interpretacyjnych oraz poglądu Sądu Najwyższego należy wobec tego skonstatować, że jeśli sąd dostrzeże konieczność odstąpienia od wymierzenia kary także względem czynu pokrzywdzonego, to podstawy prawnej dla skorzystania z wymienionej instytucji zmuszony jest – jak się wydaje – poszukiwać w przepisie art. 59 § 1 k.k., regulującym tzw. generalną podstawę do odstąpienia od wymiaru kary.

Ideą wprowadzenia przez ustawodawcę instytucji odstąpienia od wymierzenia kary jest przekonanie, że w pewnych wypadkach cele kary mogą być osiągnięte poprzez ograniczenie się do uznania sprawcy za winnego popełnienia przestępstwa w wyroku skazującym¹⁴. W obecnym stanie prawnym możliwość taka aktualizuje się w odniesieniu do przestępstw zagrożonych karą pozbawienia wolności nieprzekraczającą lat trzech albo karą łagodniejszego rodzaju, których społeczna szkodliwość czynu nie jest znaczna, przy czym odstąpienie od wymierzenia kary wchodzi w rachubę tylko wtedy, gdy sąd orzeka równocześnie środek karny, którego orzeczenie spełni cele kary. Innymi słowy, sposobność odstąpienia od wymiaru kary warunkowana jest tym, że na podstawie przepisów kodeksu karnego sąd może orzec wobec sprawcy środek karny – bez względu na to, jakiego typu środek zostanie ostatecznie orzeczony – dochodząc do wniosku, iż samo orzeczenie środka karnego będzie wystarczające dla osiągnięcia celów grożącej za dane przestępstwo kary. Jeśli zaakcepto-

¹³ J. WOJCIECHOWSKI, [w:] *Kodeks karny. Część szczególna. Komentarz*, I, red. A. WĄSEK, R. ZAWŁOCKI, Warszawa 2010, s. 1357.

¹⁴ T. BOJARSKI, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. T. BOJARSKI, Warszawa 2012, s. 167; P. HOFMAŃSKI, L. K. PAPRZYCKI, [w:] red. M. FILAR, *op. cit.*, s. 271-272; M. KULIK [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. MOZGAWA, Warszawa 2013, s. 162; N. KŁĄCZYŃSKA, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. J. GIEZEK, Warszawa 2007, s. 432-433; Z. SIENKIEWICZ, [w:] O. GÓRNIOK, S. HOC, M. KALITOWSKI, S. PRZYJEMSKI, Z. SIENKIEWICZ, A. SZUMSKI, L. TYSZKIEWICZ, A. WĄSEK, *Kodeks karny. Komentarz*, I, Gdańsk 2005, s. 549; J. WOJCIECHOWSKA, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. REJMAN, Warszawa 1999, s. 937; W. WRÓBEL, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. ZOLL, II, Warszawa 2007, s. 736; S. ŻÓLTEK, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, II, red. M. KRÓLIKOWSKI, R. ZAWŁOCKI, Warszawa 2011, s. 362-363.

wać powyższą interpretację i przyjąć możliwość odstąpienia przez sąd od wymierzenia kary sprawcy „pierwotnego” przestępstwa w oparciu o art. 216 § 3 bądź art. 217 § 2 k.k. z jednoczesnym odstąpieniem od wymierzenia kary pokrzywdzonemu na podstawie art. 59 § 1 k.k., to nietrudno zauważyć, że takie rozwiązanie godzić będzie w rudymenarną zasadę rekryminacji – *de sua malitia nemo debet commodum reportare* – zakazującą kształtowania norm prawnokarnych w sposób umożliwiający sprawcy czerpanie korzyści z popełnionego osobiście bezprawia, gdyż opowiedzenie się za przedstawioną propozycją interpretacyjną będzie prowadzić do korzystniejszego ukształtowania sytuacji prawnej sprawcy „pierwotnego” przestępstwa aniżeli sytuacji pokrzywdzonego. Odstąpienie od wymiaru kary dla pokrzywdzonego zawsze będzie bowiem związane z orzeczeniem środka karnego, zaś sprawca „pierwotnego” przestępstwa może liczyć na odstąpienie od wymierzenia kary tylko z tego tytułu, że naruszenie przezeń czci czy nietykalności cielesnej spotkało się z repliką osoby pokrzywdzonej. Łagodniejszemu potraktowaniu „sprawcy pierwotnego” sprzeciwiają się więc nie tylko racje polityczno-kryminalne, negujące możliwości czerpania korzyści sprawcy czynu zabronionego z własnego bezprawia, lecz także względy etyczne i zasady współzycia społecznego, optujące za uprzywilejowanym potraktowaniem pokrzywdzonego, którego przestępstwo zostało sprowokowane i niejako zdeterminowane zamachem na jego cześć czy nietykalność cielesną ze strony sprawcy „pierwotnego” przestępstwa.

Niezależnie od przedstawionych powyżej uwag trzeba również zauważyć, iż ustawodawca zakreślając ramy odpowiedzi ze strony pokrzywdzonego – która musi odznaczać się pewną proporcjonalnością, skoro ma godzić w to samo bądź w komplementarne dobro prawne, przeciwko któremu skierowany był zamach ze strony sprawcy czynu – nie wskazuje precyzyjnych dystynkcji, które miałyby odróżniać retorsję ze strony pokrzywdzonego od działania przezeń w obronie koniecznej. Zestawienie brzmienia przepisów art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k. z treścią art. 25 § 1 k.k. daje asumpt do stwierdzenia, że odpowiedź pokrzywdzonego na zniewagę lub naruszenie nietykalności cielesnej może stanowić z punktu widzenia ofiary przestępstwa

sposób odparcia zamachu skierowanego przeciwko jej czci bądź nieetykalności cielesnej. Kontynuując ów kierunek myślenia, można tym samym rzec, że retorsja rozumiana w zasadzie jako natychmiastowa reakcja pokrzywdzonego¹⁵ może pokrywać się z działaniem w ramach obrony koniecznej i stanowić odpieranie bezprawnego i bezpośredniego zamachu. Skoro jednak replika ze strony pokrzywdzonego została przez ustawodawcę potraktowana jako okoliczność mogąca przesądzić o potrzebie odstąpienia od wymierzenia kary dla sprawcy zamachu, to tym samym takie ujęcie responsu ofiary przestępstwa zniewagi bądź naruszenia nieetykalności wyłączyłoby możliwość stosowania przez nią obrony koniecznej, przynajmniej w granicach, w jakich obrona konieczna miałaby polegać na naruszeniu dóbr napastnika w postaci czci i nieetykalności cielesnej, co godziłoby we wspomnianą już zasadę rekryminacji. W tym przypadku owo naruszenie ma jednak charakter pozorny, albowiem rozstrzygnięcie tej kwestii wymaga krytycznej refleksji, na ile odpowiedź ze strony pokrzywdzonego w przypadku

¹⁵ Trzeba jednak odnotować, iż kwestia bliskości czasowej retorsji względem przyczyny, która ją wywołała, jest od dawna zarzewiem sporów w polskiej literaturze prawa karnego. Jedni z autorów wyraźnie opowiadają się za wymogiem współmierności czasowej retorsji względem jej przyczyny (por. J. JAMONTT, E.S. RAPPAPORT, *Kodeks karny r. 1932 z dostosowaniami do kodeksu tezami z orzeczeń Sądu Najwyższego, odpowiedniami ustępami uzasadnienia projektu Komisji Kodyfikacyjnej: część szczególna*, Warszawa 1932, s. 467; M. MOZGAWA, *op. cit.*, s. 156; J. WOJCIECHOWSKI, *op. cit.*, s. 1357), inni zaś podnoszą, że nie jest wymagana bezpośrednia bliskość czasowa pomiędzy retorsją a zniewagą czy naruszeniem nieetykalności (tak np. J. BAFIA, [w:] J. BAFIA, K. MIODUSKI, M. SIEWIERSKI, *Kodeks karny. Komentarz*, II, Warszawa 1987, s. 168; J. RAGLEWSKI, *op. cit.*, s. 844). Także w orzecznictwie sądowym omawiana problematyka była ujmowana rozmaicie – obok orzeczeń wyraźnie optujących za wymogiem nagłości i natychmiastowości reakcji pokrzywdzonego (wyrok SN z 17 VI 1930 r., II K 433/30 oraz wyrok SN z 17 VI 1971 r., Rw 612/71, «OSNKW» 10/1971, poz. 159), można odnaleźć i takie, w których wyrażano pogląd zgoła odmienny, zgodnie z którym upływ czasu nie stanowi przeszkody w sposobności uprzywilejowania czynu sprawcy, albowiem czas, w jakim winna nastąpić reakcja, nie jest przewidziany ustawą i zależy od właściwości psychicznych reagującego (wyrok Najwyższego Sądu Wojskowego z 28 I 1938 r., KN 377/77); oba przedwojenne orzeczenia podają za P. HOFMAŃSKI, J. SATKO, *Przestępstwa przeciwko czci i nieetykalności cielesnej. Przegląd problematyki. Orzecznictwo. Piśmiennictwo*, Zakamycze 2002, s. 206.

przestępstw z art. 216 k.k. i 217 k.k. może mieścić się w ramach odpierania bezpośredniego i bezprawnego zamachu, będących warunkiem *sine qua non* działania w obronie koniecznej.

Zgodnie z art. 25 § 1 k.k. działanie w obronie koniecznej ma polegać na odpieraniu zamachu, co oznacza, że niezbędnym elementem podmiotowym obrony koniecznej jest świadomość broniącego się, iż podjętymi przezeń działaniami realizuje on swą wolę obrony, przykładowo poprzez zmuszenie siłą napastnika do odwrotu, do zaprzestania dalszego prowadzenia akcji zaczepnej czy do odstąpienia od realizowania zamachu. Aby mówić zatem, że dane działanie mieści się w ramach obrony koniecznej, odpieraniu zamachu musi towarzyszyć motywacja skierowana na ratowanie określonego dobra prawnego i wola obrony zagrożonego bezpośrednim i bezprawnym zamachem¹⁶. Wspomniany powyżej podmiotowy element działania w obronie koniecznej pozwala na wyłączenie spod rzeczywistych działań obronnych aktów zemsty, samosądu lub swoistego odwetu za doznane krzywdy, które ze swej istoty uniemożliwiają zakwalifikowanie ich jako odpierania zamachu w rozumieniu art. 25 § 1 k.k. Działania podjęte w ramach obrony koniecznej muszą zatem zostać ukierunkowane na dążenie do obrony zaatakowanego dobra oraz być podyktowane wolą obrony, nie zaś chęcią odwetu. Stanowisko takie znajduje potwierdzenie w judykaturze Sądu Najwyższego, który wielokrotnie, zarówno pod rządem kodeksu karnego z 1969 r., jak i obecnie obowiązującej ustawy karnej prezentuje konsekwentną linię orzeczniczą odmawiającą przymiotu działania obronnego wszelkim działaniom przedsięwziętym celem odwzajemnienia uprzednio doznanych krzywd czy załatwienia prywatnych porachunków¹⁷.

¹⁶ A. MAREK, *Obrona konieczna w prawie karnym na tle teorii i orzecnictwa Sądu Najwyższego*, Warszawa 1979, s. 65; A. GUBIŃSKI, *Wyłączenie bezprawności czynu. O okolicznościach uchylających społeczną szkodliwość czynu*, Warszawa 1961, s. 20; A. ZOLL, [w:] red. A. ZOLL, *op. cit.*, s. 413; J. GIEZEK, [w:] red. J. GIEZEK, *op. cit.*, s. 216; M. FILAR, [w:] red. M. FILAR, *op. cit.*, s. 94.

¹⁷ Por. wyrok SN z 30 XII 1972 r., Rw 1312/72, «OSNKW» 5/1973, poz. 69; wyrok SN z 19 III 1982 r., III KR 31/82, «OSNPG» 11/1982, poz. 142; wyrok SN z 14 VI

Przenosząc powyższe rozważania na grunt retorsyjnego zachowania pokrzywdzonego przy przestępstwach przeciwko czci i nietykalności cielesnej, nietrudno zauważyć, iż jego odpowiedź polegająca na zniewadze wzajemnej lub naruszeniu nietykalności cielesnej napastnika może mieścić się w granicach obrony koniecznej, o ile działanie takie zostanie podjęte przez pokrzywdzonego celem odparcia skierowanego przeciwko niemu zamachu. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, w których pokrzywdzony, chcąc bronić swej czci, dostrzeże konieczność podjęcia aktywnej obrony przeciwko zniewagom fizycznym i w konsekwencji dopuści się zniewagi wzajemnej lub naruszenia nietykalności sprawcy. Takie zachowanie będzie spełniać wymogi działania podjętego w celu odparcia bezpośredniego, bezprawnego zamachu i w konsekwencji zostanie uznane za działanie w obronie koniecznej, skutkując wyłączeniem bezprawności czynu pokrzywdzonego. Nie ma zatem wątpliwości, że w przypadku ustalenia przez sąd, iż pokrzywdzony dopuścił się zniewagi wzajemnej lub naruszył nietykalność cielesną sprawcy „pierwotnego” przestępstwa w obronie koniecznej, pokrzywdzony nie poniesie odpowiedzialności karnej.

Na zgoła odmienne oceny prawne zasłuży zaś takie zachowanie pokrzywdzonego, które zostanie przezeń podjęte z chęci odwetu i zemsty, albowiem w takich przypadkach jego retorsja nie będzie powzięta celem obrony naruszonej czci i nietykalności cielesnej, lecz wyłącznie jako podyktowana pragnieniem rewanzu. Ustalenie zatem, że działanie pokrzywdzonego nie było motywowane odparciem zamachu, gdyż miało na celu naruszenie czci i nietykalności napastnika w zemście za uprzednio popełnione przestępstwo, eliminuje możliwość zakwalifikowania takiego postępowania jako obrony koniecznej. Powyższe stwierdzenie znajduje potwierdzenie w judykaturze, która konsekwentnie przyjmuje, że niezbędnym elementem podmiotowym działania w obronie koniecznej jest, aby akcja broniącego się wynikała ze świadomości, że odpiera on zamach i była determinowana wolą

1984 r., I KR 123/84, «OSNPG» 4/1985, poz. 51; wyrok SN z 19 II 1997 r., IV KKN 292/96, «OSNPK» 7-8/1997, poz. 1.

obrony¹⁸. Skoro zatem po stronie pokrzywdzonego nie było świadomości odpierania zamachu ani woli obrony, lecz pragnienie, aby wziąć odwet za naruszenie swej czci czy nietykalności poprzez zaatakowanie analogicznych dóbr prawnych napastnika, to tym samym nie można mówić, iż działanie tego pierwszego miało charakter obronny.

Na tle przedstawionej powyżej dystynkcji pomiędzy odpowiedzią pokrzywdzonego motywowaną chęcią odparcia zamachu skierowanego przeciwko jego czci i nietykalności a zachowaniem pokrzywdzonego podjętego *cum animo iniurandi*, zasadne wydaje się postawienie wniosku *de lege lata* optującego za koniecznością każdorazowego badania przez sąd elementów podmiotowych przy przedsięwzięciu zachowania retorsyjnego, gdyż ustalenia w tym zakresie wpływają w sposób zasadniczy na ocenę prawną, skoro przy przyjęciu działania przez pokrzywdzonego celem obrony jego naruszonej czci bądź nietykalności cielesnej podjęta przezeń retorsja będzie mogła zostać zakwalifikowana jako obrona konieczna. Należy jednak mieć na uwadze, że omówiona powyżej dystynkcja nie rozwiewa wszystkich wątpliwości co do możliwości odstąpienia przez sąd od wymierzenia kary sprawcy „pierwotnego” przestępstwa, skoro zarówno w przypadku działania pokrzywdzonego w obronie koniecznej, jak i z chęci zemsty, uprzedni czyn sprawcy spotka się przecież z określoną odpowiedzią. Nie sposób zaprzeczyć, iż zniewaga wzajemna lub naruszenie nietykalności, czy to stanowiące sposób odparcia zamachu, czy to będące efektem popełnienia przez pokrzywdzonego własnego przestępstwa z chęci „odegrania się” na sprawcy „pierwotnego” przestępstwa, z punktu widzenia treści przepisów art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k. stanowią niewątpliwie odpowiedź na przestępstwo znieważenia lub naruszenia nietykalności, dając tym samym sądowi możliwość odstąpienia od wymierzenia kary. W tym miejscu należy jednak zauważyć, że przeciwko jednakowemu traktowaniu naruszenia czci i godności napastnika w obronie koniecznej oraz naruszenia tych dóbr w działaniu podjętym

¹⁸ Por. przykładowo: wyrok SA w Krakowie z 13 V 1997 r., II AKa 94/97, «Prokuratura i Prawo» 5/1998, poz. 20; wyrok SA w Katowicach z 20 IX 2001 r., II AKa 299/01, «Prokuratura i Prawo» 7-8/2002, poz. 13; wyrok SA w Katowicach z 28 III 2002 r., II AKa 44/02, «Wokanda» 4/2003, poz. 42.

cum animo iniurandi przemawia nie tylko zasada *de sua malitia nemo debet commodum reportare*, ale także i elementarne zasady sprawiedliwości społecznej. Aprobata dla stanowiska umożliwiającego odstąpienie od wymierzenia kary dla sprawcy w sytuacji, gdy zamach z jego strony został odparty przez broniącego się, godzi nie tylko w aksjologię leżącą u korzeni instytucji obrony koniecznej, lecz także w zasadę rekryminacji mówiącej, że sprawca przestępstwa nie może czerpać korzyści z własnego bezprawia. Przyjęcie zaprezentowanej powyżej wykładni art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k. prowadziłyby zatem *de facto* do ustąpienia prawa przed bezprawiem, skoro zastosowanie przez pokrzywdzonego obrony koniecznej mogłoby zostać potraktowane jako okoliczność decydująca o możliwości odstąpienia od wymiaru kary dla sprawcy zamachu. W świetle powyższego należy przyjąć, iż retorsja pokrzywdzonego, o której mowa w art. 216 § 3 i art. 217 § 2 k.k. – ze wszystkimi tego konsekwencjami dla sprawcy czynu – obejmuje tylko te przypadki, w których pokrzywdzony dopuszcza się zniewagi wzajemnej lub naruszenia nietykalności z chęci zemsty i odwetu, czyli gdy w woli jego działania brak jest elementów podmiotowych, charakterystycznych dla odpierania zamachu w rozumieniu art. 25 § 1 k.k.

Omówione powyżej kwestie związane z instytucją retorsji pokrzywdzonego przy przestępstwach przeciwko czci i nietykalności cielesnej każą raz jeszcze uczynić przedmiotem refleksji podstawowe założenia, które legły u jej źródeł, albowiem każdy postępowanie w prawie pozytywnym i dogmatycznej nad nim refleksji ma swe korzenie w sprzeciwie wobec zastanych rozwiązań. O ile sposobność odstąpienia od wymierzenia kary w przypadku prowokacji ze strony pokrzywdzonego nie budzi większych wątpliwości tak w piśmiennictwie¹⁹, jak i w orzecznictwie sądowym²⁰, o tyle stanowisko, zgodnie z którym nie ma potrzeby wymierzania kary w sytuacji, gdy pokrzywdzony swą retorsją sam już

¹⁹ J. MAKAREWICZ, *op. cit.*, s. 337; M. MOZGAWA, *op. cit.*, s. 155; W. WOLTER, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1980, s. 253; TENŻE, *Od nadzwyczajnego złagodzenia kary do niepodlegania karze (studium analityczne)*, «PiP» 26.3-4/1971, s. 610.

²⁰ Uchwała Izby Wojskowej SN z 27 VIII 1977 r., U 1/77, «OSNKW» 10-11/1977, poz. 110.

ją wymierzył sprawcy przestępstwa, nie wydaje się do końca przekonujące²¹. Największe wątpliwości co do zasadności tego poglądu wywołuje sytuacja prawna pokrzywdzonego, którego respons miał charakter działania odwetowego. W przypadku „sprawcy pierwotnego” przestępstwa zniewagi czy naruszenia nietykalności sytuacja jest w miarę klarowna, gdyż, jeśli sąd uzna *in concreto*, że wystarczającą reakcją karną na jego czyn będzie tylko wyrok skazujący, to odstąpi od wymierzenia kary, nie będąc przy tym zobligowany do jednoczesnego orzeczenia środka karnego. Skoro zaś z dobrodziejstwa odstąpienia od wymiaru kary skorzystał „sprawca pierwotny”, to tym bardziej instytucja ta winna mieć zastosowanie względem czynu pokrzywdzonego, aczkolwiek dyskusyjna jest kwestia podstawy prawnej dla takiego rozstrzygnięcia. W swej warstwie deskryptywnej przepisy art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k. stanowią, że „sąd może odstąpić od wymierzenia kary”, bez wskazywania względem którego z uczestników zdarzenia ta możliwość jest adresowana. W związku z tym można bronić stanowiska, że literalne brzmienie komentowanych przepisów nie przekreśla możliwości odstąpienia od wymierzenia kary tak „sprawcy pierwotnemu”, jak i pokrzywdzonemu, choć trzeba jednocześnie zauważyć, iż taka interpretacja nie znalazła dotychczas powszechnej aprobaty w literaturze przedmiotu czy w judykaturze. Na gruncie powyższego zatem wydaje się, że podstawy prawnej dla odstąpienia od wymierzenia kary dla pokrzywdzonego winno się szukać w art. 59 § 1 k.k., co z kolei skutkuje uprzywilejowaniem pozycji sprawcy „pierwotnego” przestępstwa, skoro w jego przypadku nie ma obowiązku jednoczesnego orzeczenia środka karnego, a w przypadku pokrzywdzonego istnieje taki przymus.

Nie jest intencją ani zamierzeniem autora niniejszego opracowania postulowanie zasadniczego zaostrenia odpowiedzialności karnej

²¹ Abstrahując od głównego nurtu prowadzonych rozważań, należy niejako na marginesie zaznaczyć, że z punktu widzenia teorii prawa karnego opór budzi takie konstruowanie przez ustawodawcę przepisów opisujących dany typ przestępstwa, które wychodzi z założenia, że jeśli sprawca i pokrzywdzony „załatwili sprawę między sobą”, to zasadniczo brak jest jakichkolwiek racji przemawiających za ingerowaniem prawodawcy w tego typu zdarzenia.

sprawców przestępstw skierowanych przeciwko czci i nietykalności cielesnej, albowiem zarówno skromność ustawowego zagrożenia, jak i prywatnoskargowy tryb ścigania tych czynów należy uznać za skorelowany ze społeczną szkodliwością, jaką niesie za sobą naruszenie wymienionych dóbr prawnych. Niemniej jednak nie powinno się zdarzać, że replika pokrzywdzonego, nawet podjęta *cum animo iniurandi*, może stanowić dla sprawcy przestępstwa swoistą premię, umożliwiając mu, wprawdzie fakultatywnie w zależności od uznania sądu, na skorzystanie z dobrodziejstwa odstąpienia od wymierzenia kary, skoro zachowanie sprawcy „pierwotnego” czynu zabronionego było niczym nieskrępowane, zaś odpowiedź pokrzywdzonego została niejako sprokurowana przez uprzednią zniewagę czy naruszenie nietykalności. Myśl ta daje z kolei asumpt do stwierdzenia, że bezprawie odpowiedzi pokrzywdzonego znajduje swe usprawiedliwienie w bezprawności uprzednio zaistniałego przestępstwa. Mając na uwadze powyższe wątpliwości, należy podkreślić, że jeśli którykolwiek z uczestników zdarzenia powinien zasługiwać na uprzywilejowanie jego sytuacji prawnej, to winien być to właśnie pokrzywdzony, skoro jego czyn został wymuszony przez wcześniejszą zniewagę bądź naruszenie nietykalności cielesnej. Powzięcie odpowiedzi przez pokrzywdzonego na skierowane przeciw niemu naruszenie czci i nietykalności winno skutkować (o ile wyłączy się działanie w ramach obronie koniecznej) możliwością odstąpienia od wymierzenia kary w takim kształcie, w jakim obecnie regulują to przepisy art. 216 § 3 k.k. i art. 217 § 2 k.k., w stosunku zaś do sprawcy „pierwotnego” przestępstwa – nie wyłączając możliwości odstąpienia od wymierzenia mu kary – sposobność taka winna iść w parze z jednoczesnym zastosowaniem środka karnego w myśl funkcjonującej już w prawie rzymskim maksymy mówiącej, iż *inobedientes de malitia ipsorum commodum non deportant* (nieposłusznym nieprawość nie przyniesie korzyści).

Na tle przeprowadzonych powyżej rozważań zasadne wydaje się sformułowanie jeszcze jednego postulatu *de lege ferenda*, skądinąd w sposób pośredni zgłaszanego już w literaturze przedmiotu²², aby ujednoczyć

²² K. DASZKIEWICZ, *op. cit.*, s. 65-66; L. FALANDYSZ, *op. cit.*, s. 103.

formy repliki w obu przypadkach przestępstw przeciwko czci i nietykalności cielesnej. Nie wiadomo bowiem bliżej, dlaczego osoba działająca w ramach retorsji na zniewagę może odpowiedzieć zniewagą wzajemną lub naruszeniem nietykalności, w przypadku zaś przestępstwa z art. 217 k.k. jako formę działania responsywnego ustawodawca widział tylko i wyłącznie naruszenie nietykalności, choć – jak się wydaje – zarówno przestępstwo z art. 216 k.k., jak i opisane w art. 217 k.k. charakteryzuje zbliżona do siebie ujemna treść społeczna. Brak korelatu między formą odpowiedzi pokrzywdzonego na czyn zabroniony ujawnia swoisty brak konsekwencji ustawodawcy w tym zakresie i winien skutkować albo uzupełnieniem art. 217 § 2 k.k. o zniewagę jako formę odpowiedzi pokrzywdzonego, albo przyjęciem jednolitej reguły, że, aby w grę wchodziło odstąpienie od wymierzenia kary, replika pokrzywdzonego musi wypełniać te same znamiona przestępstwa, co czyn zabroniony stanowiący „inspirację” do jej podjęcia.

THE VICTIM'S RETALIATORY RESPONSE TO OFFENCES AGAINST HIS HONOUR
AND PHYSICAL INTEGRITY AND THE PRINCIPLE 'OF *DE SUA MALITIA NEMO
DEBET COMMODUM REPORTARE*'

Summary

The aim of this paper is to discuss a victim's retaliatory action against the perpetrator of an offence against his honour and physical integrity as a circumstance admitting the waiving of penalisation. The possibility for the offender to evade penalisation simply because the victim retaliated seems to contradict the principle that the offender should draw no benefit from the offence (*de sua malitia nemo debet commodum reportare*). The regulation adopted in the Polish Criminal Code (*kodeks karny, k.k.*) appears to favour the offender who received a retaliatory response from the victim, over and above the situation in which the victim took no measures to retaliate against the offender. The article also highlights the difference in the legal consequences of the waiving of penalties respectively for the perpetrator and the reta-

liating victim. This differentiation, which puts the retaliating victim in a worse position than the offender, also appears to be incompatible with the cited principle of criminalisation.

Terminy kluczowe: retorsja, znieważenie, naruszenie nietykalności cielesnej, przestępstwa przeciwko czci i nietykalności cielesnej, odstąpienie od wymierzenia kary.

Keywords: retaliation, insult, assault and battery, crimes against honour and physical integrity, withdrawal from the imposition of a penalty.