

PIOTR KUZIAK

USIŁOWANIE PODŻEGANIA W KONTEKŚCIE UCHWAŁY SĄDU NAJWYŻSZEGO Z DNIA 21 PAŹDZIERNIKA 2003 R. I KZP 11/03

W dniu 21 października 2003 r. Sąd Najwyższy w składzie siedmiu sędziów podjął uchwałę, której teza brzmi: Podżeganie może być popełnione w formie usiłowania, i to zarówno wtedy, gdy usiłujący bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach określonych w przepisach części szczególnej Kodeksu karnego, jak i wtedy, gdy bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach podżegania.

Problemy, którymi zajął się SN w swej uchwale z 21 października 2003 roku należą do podstawowych na gruncie polskiego prawa karnego materialnego. Mają one ogromne znaczenie praktyczne. Zarazem wywołują znaczne, nierozwiązane kontrowersje w doktrynie i orzecznictwie.

Impulsem dla składu orzekającego SN stało się pytanie prawne Sądu Okręgowego w Tarnowie, rozpoznającego sprawę Andrzeja W., który bezskutecznie starał się nakłonić Martę M. do nakłonienia jej syna Dawida M. do składania fałszywych zeznań (art. 233 k.k. w związku z art. 18 § 2 k.k.). Uchwała SN dotycząca odpowiedzi na zadane mu w związku z powyższym stanem faktycznym pytanie prawne (w trybie art. 441 § 1 k.p.k.) dotyczącym dopuszczalności, na gruncie polskiego Kodeksu karnego, usiłowania podżegania, miała za zadanie doprowadzenie do ujednoczenia linii orzecznictwa oraz przecięcia sporów doktrynalnych odnośnie zagadnień poruszonych w pytaniu prawnym.

Kompleksowo rozwiązując problem powstały na tle tego stanu faktycznego, SN zajął się dwoma podstawowymi problemami, a mianowicie:

- 1) dopuszczalnością usiłowania podżegania¹,

¹ Za dopuszczalnością stosowania konstrukcji usiłowania jako ogólnej postaci popełnienia

2) dopuszczalnością tzw. łańcuszkowego podżegania. Jest to sytuacja, w której podżegacz oddziałuje nie na psychikę bezpośredniego sprawcy, ale na osobę mającą dopiero nakłonić tego bezpośredniego wykonawcę do realizacji znamion typu czynu zabronionego, określonego w części szczególnej Kodeksu karnego².

Jak słusznie zauważył SN, odpowiedź na te dwa pytania prawne pozostaje w ścisłym związku merytorycznym z również kontrowersyjnym w polskiej doktrynie i orzecznictwie zagadnieniem, dotyczącym materialnego (skutkowego) bądź formalnego (bezsuktkowego) charakteru podżegania. Skład orzekający SN był przekonany o wadze rozstrzygnięcia tego problemu dla odpowiedzi na zadane mu pytanie prawne o dopuszczalności usiłowania podżegania ze względu na to, że jeszcze na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r., doktryna prawa karnego, prowadząca spory na temat skutkowego bądź bezskutkowego charakteru podżegania (i pomocnictwa), właśnie od rozwiązania tej kwestii uzależniała dopuszczenie do krzyżowania się postaci stadialnej usiłowania z podżeganiem (i pomocnictwem).

Skład orzekający SN nie podniósł w ogóle kwestii podziału przestępstw na przestępstwa z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo i na przestępstwa z naruszenia dobra prawnego i umiejscowienia podżegania jako postaci zjawiskowej popełnienia przestępstwa w ramach tego podziału.

przestępstwa do podżegania i pomocnictwa opowiadają się na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. A. Wąsek, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1997, s. 84–85; A. Wąsek, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Gdańsk 1999, s. 265; A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie*, PiP 2000, nr 6, s. 60; L. Gardocki, *Prawo karne*, Warszawa 2003, s. 95; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 848 i n.; P. Kardas, w: *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, red. A. Zoll, Kraków 2004, teza 147 do art. 18 k.k.; Z. Papierkowski, *Głosa do uchwały SN z 4 XI 1966 r.*, VI KZP 33/66. Z kolei pogląd przeciwny prezentowali W. Wolter, *Problem usiłowanego podżegania lub pomocnictwa*, PiP 1974, nr 1, s. 38; W. Maćjor, *Odpowiedzialność karna za podżeganie i pomocnictwo*, PiP 1983, nr 7, s. 87 i n.; K. Buchała, *Prawo karne materialne*, Warszawa 1989, s. 136; A. Zoll, w: A. Zoll, K. Buchała, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Kraków 1998, teza 3 do art. 13 k.k.; G. Rejman, w: E. Bieńkowska, B. Kunicka-Michalska, G. Rejman, J. Wojciechowska, *Kodeks karny. Część ogólna*, Warszawa 1999, s. 665–666; SN w uchwale z 4 XI 1966 r. VI KZP 33/66 OSNKW 1966, nr 12, poz. 127 oraz G. Rejman w aprobującej glosie do tego orzeczenia, PiP 1967, nr 10, s. 653 i n.

² W polskim piśmiennictwie stanowisko aprobujące możliwość łańcuszkowego podżegania i pomocnictwa prezentują A. Wąsek, *Kodeks karny...*, s. 262–263; L. Gardocki, *Prawo...*, s. 95; G. Rejman, w: E. Bieńkowska i in., *Kodeks karny...*, s. 627–629; P. Kardas, w: *Kodeks karny...*, teza 140 do art. 18 k.k.

Brak odniesienia do tego zagadnienia powoduje niekompletność uzasadnienia i brak zupełności rozstrzygnięcia, gdyż autorzy negujący możliwość usiłowania podżegania (podobnie jak i pomocnictwa) odwołują się raczej do specyficznych reguł odpowiedzialności za przestępstwa narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo³, aniżeli do samego, raczej głównie teoretycznego, problemu dotyczącego materialnego bądź formalnego charakteru podżegania lub pomocnictwa. Należy, ze względu na konstrukcyjne podobieństwo pomocnictwa jako postaci zjawiskowej popełnienia przestępstwa do podżegania i brak — w przypadku omawianych zagadnień — szczególnych powodów związanych ze specyficznymi elementami konstrukcyjnymi pomocnictwa, przyjąć, że wszystkie tezy odnośnie podżegania, zawarte w analizowanej uchwale, odnoszą się odpowiednio do pomocnictwa, chyba że co innego wynika z treści artykułu.

Zajmując się najpierw ubocznym dla rozstrzygnięcia pytania prawnego zagadnieniem o skutkowym bądź bezskutkowym charakterze podżegania i pomocnictwa, należy stwierdzić, iż w doktrynie prawa karnego istnieją trzy zasadnicze poglądy na tę kwestię. Pogląd o bezskutkowym charakterze podżegania i pomocnictwa, według którego z dokonaniem podżeganiem i pomocnictwem mamy do czynienia z chwilą ukończenia realizacji znamion czasownikowych danej postaci zjawiskowej i niezależnie od efektów tych działań, wyraża np. Andrzej Zoll⁴, który pisze, że „podżeganie do każdego przestępstwa jest przestępstwem bezskutkowym, dokonaniem w chwili realizacji przez podżegacza znamion podżegania”⁵. Zwolennicy poglądu o skutkowym charakterze podżegania widzą skutek bądź w wywołaniu u osoby, na której psychikę oddziałujemy, decyzji o podjęciu zachowania

³ Pogląd taki wyraża przede wszystkim A. Zoll. W pierwszym wydaniu komentarza do aktualnie obowiązującego Kodeksu karnego autor ten wyrażał pogląd, że choć pojęciowo możliwe, to ze względów kryminalnopolitycznych niedopuszczalne jest usiłowanie przestępstw zarówno tych z abstrakcyjnego, jak i tych z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. W drugim wydaniu tego komentarza A. Zoll koryguje swoje stanowisko, uznając poprzednie za zbyt radykalne. Obecnie dopuszcza on możliwość usiłowania przestępstw z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, pozostając jednak na stanowisku bezkarności przestępstw z abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo. Zob. A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. A. Zoll, Kraków 2004, teza 5 do art. 13 k.k.; też W. Wolter, *Problem usiłowanego podżegania lub pomocnictwa*, PiP 1974, nr 1.

⁴ A. Zoll, w: A. Zoll, K. Buchała, *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Kraków 1998, teza 42 do art. 18 k.k.

⁵ Zob. też A. Zoll, *Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępczego w projekcie kodeksu karnego*, PiP 1995, nr 6.

realizującego znamiona typu czynu zabronionego⁶, bądź w dokonaniu tego czynu przez bezpośredniego wykonawcę⁷.

Sąd Najwyższy słusznie zauważa, że użycie czasownika w czasie teraźniejszym w formie niedokonanej („zabija”, „zabiera”, „nabywa”) nie przesądza o bezskutkowym charakterze przestępstw posługujących się taką niedokonaną formą, gdyż do tradycji legislacyjnej Kodeksów karnych z 1932, 1969 i 1997 r. należy właśnie posługiwanie się taką formą. Ta wynikająca z tradycji konwencja językowa jest zresztą przyczyną wielu komplikacji. Utrudnia ona bowiem często jednoznaczną ocenę dotyczącą skutkowego, bądź bezskutkowego charakteru określonych typów czynów zabronionych, wywołując liczne spory w doktrynie (problem taki stwarza np. analiza znamion czasownikowych przestępstwa poplecznictwa z art. 239 § 1 k.k.). Nie jest jednak prawdą, jakoby do tej tradycji legislacyjnej należało interpretowanie znamion czasownikowych typu czynu zabronionego w aspekcie dokonanych. Nie ma żadnych przesłanek uzasadniających tezę, którą przyjął SN, opierając się na pracy R. Sarkowicza⁸, jakoby istniało domniemane skutkowego charakteru przestępstwa. To domniemanie oznacza, że w przypadku, gdy nie ma żadnych wątpliwości co do formalnego charakteru danego przestępstwa, to należy przyjąć, że mamy do czynienia z przestępstwem skutkowym. Ze wspomnianej tradycji legislacyjnej wynika tylko to, że pomimo nieprzejrzystości językowej takiego rozwiązania, czasownik w formie niedokonanej może charakteryzować skutek, który już wystąpił w świecie zewnętrznym. Natomiast dla domniemania skutkowego charakteru przestępstwa nie ma większego uzasadnienia ustawowego ani dogmatycznego (poza tym chyba tylko, że prawo karne, chroniące najważniejsze dobra, powinno penalizować przede wszystkim takie naruszenia norm sankcjonowanych, które prowadzą do naruszenia dobra prawnego, z czym najczęściej będzie się wiązać wystąpienie skutku w świecie zewnętrznym), gdyż dla uznania materialnego charakteru danego przestępstwa zawsze niezbędne jest wykazanie, że aktywność sprawcy spowodowała różną od samego czynu zabronionego zmianę w świecie zewnętrznym, będącą znamiem typu czynu zabronio-

⁶ Tak uważa P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 556 i n.; A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo...*, s. 51 i n.; L. Gardocki, *Prawo karne...*, s. 94.

⁷ Na gruncie obecnie obowiązującego Kodeksu karnego z 1997 r. stanowisko takie prezentuje przede wszystkim — będący aż do chwili wejścia w życie nowego Kodeksu karnego zwolennikiem poglądu o nieakcesoryjnym charakterze podżegania i pomocnictwa — A. Wąsek, *Kodeks karny...*, s. 263–264.

⁸ R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości w tekście prawnym na przykładzie kodeksu karnego z 1969 r.*, Kraków 1989, s. 68–69.

nego⁹. Zmiana ta jest warunkiem niezbędnym dla uznania danego przestępstwa za materialne. Jeżeli zatem nie możemy dowieść owej zmiany w świecie zewnętrznym, która jest znamieniem typu czynu zabronionego, to mamy wtedy do czynienia z przestępstwem formalnym. A zatem należy zawsze dowodzić materialny, a nie formalny charakter przestępstwa. Samo podstawienie w miejsce czasownika czasu teraźniejszego w aspekcie niedokonanym czasownika czasu przeszłego w trybie dokonanym nie rozwiązuje problemu, albowiem tak samo jak można by przyjąć, że czasownik: „nakłania” jest wyrażony w ustawie karnej dla wywołania skutku jakim jest to, że sprawca „nakłonił” do popełnienia czynu zabronionego, tak samo można by było stwierdzić na przykład, że skutkiem „nieudzielania pomocy” jest „nieudzielenie pomocy”, a przecież poza wszelkimi wątpliwościami pozostaje to, że przestępstwo określone w art. 162 k.k. jest przestępstwem formalnym.

W polskim Kodeksie karnym z 1997 r. istnieją takie typy czynów zabronionych, w których łatwo można wyobrazić sobie taką zmianę w świecie zewnętrznym, różną od samego czynu, mimo że ustawa karna wyraźnie nie opisuje znamienia skutku (np. art. 148 k.k. — przestępstwo zabójstwa). W takim przypadku zawsze mamy do czynienia z przestępstwem materialnym. W tym Kodeksie występują także takie typy czynów zabronionych, których formalny charakter nie pozostawia żadnych wątpliwości (np. art. 178a k.k. — prowadzenie pojazdu mechanicznego pod wpływem alkoholu). Występują w nim jednakże również takie typy czynów zabronionych — do których należą też podżeganie i pomocnictwo, jako postaci zjawiskowe popełnienia każdego czynu zabronionego — których materialny bądź formalny charakter budzi wątpliwości, i przy których należy wykazać, że owa zmiana w świecie zewnętrznym wystąpiła. Rozwiązanie, polegające na przyjęciu domniemania skutku, jest więc ucieczką od problemu, co też SN czyni.

Intuicja karnistyczna podpowiada jednak, że można sobie wyobrazić określony skutek czynu zabronionego realizującego znamiona podżegania. Nie jest nim bez wątpienia dokonanie czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę, jak uważał A. Wąsek¹⁰. Takie rozwiązanie byłoby

⁹ Tak w A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna...*, teza 3 do art. 2 k.k.

¹⁰ A. Wąsek (*Kodeks karny...*, teza 90 do art. 18 k.k.) pisze w tym dziele, że „nie ma tu miejsca na polemikę z ustawodawcą [odnośnie znaczenia art. 22 k.k. — przyp. P.K.]” i że „przed dokonaniem czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę nie może być mowy o dokonaniu czynu zabronionego w formie podżegania i pomocnictwa” (teza 90 do art. 18 k.k.).

sprzeczne z makarewiczowską koncepcją nieakcesoryjności podżegania i pomocnictwa, opartą na uznaniu obydwu tych postaci za odrębne postacie zjawiskowe przestępstwa, dokonane z chwilą realizacji znamion danej postaci zjawiskowej i uniezależnieniu odpowiedzialności za dokonane podżeganie i pomocnictwo od realizacji znamion postaci sprawczej przez wykonawcę czynu zabronionego.

Pogląd A. Wąska, który przed uchwaleniem Kodeksu karnego z 1969 r. był zwolennikiem teorii o nieakcesoryjności podżegania, wynikał zresztą z niefortunnej redakcji art. 22 § 1 obecnie obowiązującego Kodeksu karnego, stanowiącego, „że podżegacz i pomocnik odpowiadają jak za usiłowanie”, w przypadku, gdy nie doszło do dokonania czynu zabronionego przez głównego sprawcę. Należy stwierdzić, że art. 22 § 1 k.k. stanowi wyłącznie dyrektywę wymiaru kary dla podżegacza i pomocnika. Za takim rozwiązaniem przemawia szczególnie ta okoliczność, że już następny paragraf tegoż artykułu nie pozostawia wątpliwości, że mamy do czynienia z dokonanym podżeganiem (albo pomocnictwem), a przecież art. 22 § 2 k.k. jest dyrektywą wymiaru kary dla podżegacza i pomocnika, gdy bezpośredni wykonawca nawet nie usiłował dokonać czynu zabronionego. Tę zastanawiającą na pierwszy rzut oka dyrektywę, ze względu na zrównanie przez ustawodawcę odpowiedzialności karnej za dokonanie i za usiłowanie realizacji znamion czynu zabronionego, można wyjaśnić propozycjami Komisji do spraw Reformy Prawa Karnego, która ograniczała odpowiedzialność za usiłowanie do 2/3 górnej granicy ustawowego zagrożenia, przewidzianego za dokonanie, a także przewidywała bezkarność usiłowania czynów zabronionych, zagrożonych karą pozbawienia wolności do lat 2¹¹. Pomysł ten upadł w trakcie sejmowych prac nad Kodeksem karnym z 1997 r., ale przepis art. 22 k.k. pozostał. Ta dyrektywa może być również sugestią dla sądu, aby łagodniej traktował podżegacza w przypadku niedokonania czynu zabronionego, dlatego że powszechnie przyjmuje się, iż usiłowanie, choć formalnie zagrożone taką samą sankcją karną jak dokonanie danego czynu zabronionego, powinno być jednak łagodniej traktowane w ramach sędziowskiego wymiaru kary.

¹¹ Patrz dla porównania np. art. 21 k.k.s. Na gruncie tego Kodeksu następuje ograniczenie odpowiedzialności karnej za usiłowanie dokonania przestępstwa skarbowego do 2/3 górnej granicy ustawowego zagrożenia przewidzianego za dane przestępstwo skarbowe, a ponadto karalne jest tylko usiłowanie przestępstwa skarbowego, zagrożonego karą pozbawienia wolności przekraczającą rok, chyba że ustawa wyraźnie przewiduje odpowiedzialność za usiłowanie przestępstwa skarbowego zagrożonego karą nieprzekraczającą roku pozbawienia wolności albo karą łagodniejszą.

Sąd Najwyższy, opowiadając się za skutkowym charakterem podżegania i pomocnictwa, oparł się na innym rozumieniu skutku, jako rezultatu aktywności podżegacza i pomocnika, a przede wszystkim na poglądach i pracy P. Kardasa¹². Należy jednak stwierdzić, że to odwołanie jest nieprecyzyjne, gdyż według SN tym skutkiem aktywności podżegacza jest wzbudzenie u bezpośredniego wykonawcy zamiaru realizacji czynu zabronionego o znamionach opisanych w ustawie karnej, tymczasem P. Kardas uważa, że zmiana w świecie zewnętrznym, różna od samego czynu, w przypadku realizacji znamion podżegania podlega na podjęciu przez osobę, na której psychikę podżegacz oddziałuje, decyzji o podjęciu określonego zachowania, które realizuje znamiona typu czynu zabronionego, określonego w ustawie karnej¹³. Uzasadnienia dla tego poglądu należy szukać w treści art. 20 k.k., stanowiącego, że „każdy współdziałający [przez którego należy rozumieć także podżegacza lub pomocnika — przypis autora] w popełnieniu czynu zabronionego odpowiada w granicach swej umyślności bądź nieumyślności, niezależnie od odpowiedzialności pozostałych współdziałających”. Można bowiem wyobrazić sobie taką sytuację, w której podżegacz, chcąc aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do popełnienia czynu polegającego na naruszeniu reguł ostrożnego postępowania z dobrem prawnym, prowadzącego do odpowiedzialności za przestępstwo nieumyślne. Przykład: X chcący uśmiercić Y nakłania Z, aby ten nastraszył Y bronią palną nabitą ślepych nabojami, równocześnie wiedząc, że broń ta jest naładowana ostrą amunicją. X będzie wtedy odpowiadał za podżeganie do zabójstwa przy użyciu broni palnej (art. 148 § 2 pkt. 4 w zw. z art. 18 § 2 k.k.) natomiast Z, nie mający zamiaru zabicia Y, za nieumyślne spowodowanie śmierci (art. 155 k.k.)¹⁴. Osoba nakłaniana może w ogóle nie mieć świadomości tego, że

¹² P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 556 i n.

¹³ Tak SN w uzasadnieniu swej uchwały z 21 X 2003 r., I KZP 11/ 03, OSNKW 2003, nr 11–12, poz. 89, s. 6, który stwierdza, że „skutkiem przy dokonanym podżeganiu jest określone zjawisko psychiczne, mianowicie zamiar podżeganego, aby popełnić przestępstwo, do którego został nakłoniony”. Następnie SN uzasadniając swoje stanowisko powołuje się na pracę P. Kardasa, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, który jednak zdecydowanie uważa, że skutkiem jest decyzja sprawcy o realizacji czynu zabronionego, której podjęcie nie musi oznaczać umyślności po jego stronie. Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 556 i n.

¹⁴ Tak też P. Kardas, w: *Kodeks karny...*, teza 180 do art. 18 k.k., który podkreśla, że „umyślność i nieumyślność pozostają poza znamionami podżegania i pomocnictwa”, co przesądza o tym, że „umyślność lub nieumyślność po stronie bezpośredniego wykonawcy (osoby nakłanianej) nie ma żadnego znaczenia dla przesądzenia umyślności po stronie

realizuje czyn o znamionach opisanych w ustawie karnej — bowiem warunkiem odpowiedzialności karnej podżegacza jest to, żeby czyn zabroniony jawił się nie w świadomości sprawcy, który może w ogóle nie ponosić odpowiedzialności karnej ze względu na brak realizacji znamion podmiotowych typu czynu zabronionego, lecz w świadomości podżegacza, który ma mieć przynajmniej częściową świadomość tego, że nakłania do realizacji znamion typu czynu zabronionego, świadomość możliwości popełnienia tego czynu przez osobę, którą do realizacji tych znamion nakłaniał, oraz świadomość normatywnej charakterystyki tego czynu¹⁵.

Koncepcja, którą przyjął SN za P. Kardasem, jest najbardziej przekonująca. Choć na pierwszy rzut oka intuicja językowa wydaje się sugerować, że w przypadku zwrotów „nakłania” czy „pomaga” mamy do czynienia z opisem czynności, a nie rezultatu tej czynności, to obiektywna analiza konstrukcji podżegania sugeruje jednak istnienie takiej wyraźnej zmiany w świecie zewnętrznym w postaci decyzji o realizacji czynu zabronionego przez bezpośredniego sprawcę. Można bowiem dostrzec różnicę między sytuacją, w której działania podżegacza nie zostały ukończone albo nie wywołały żadnego rezultatu w psychice podżeganego, a sytuacją, w której jest konkretna zmiana, polegająca na podjęciu decyzji odnośnie określonego zachowania przez nakłanianego, którego to zachowania wcześniej nie zamierzał on zrealizować.

Właśnie takiej rozpoznawalnej różnicy brak jest w przypadku przestępstw formalnych. Gdyby bowiem uznać podżeganie za przestępstwo formalne, zrealizowane z chwilą ukończenia czynności nakłaniania, to z dokonaniem przestępstwem w tej postaci zjawiskowej mielibyśmy do czynienia przy całym spektrum sytuacji. Podżeganie byłoby bowiem dokonane zarówno w sytuacji, w której podżegacz bardzo nieudolnie albo bez większych, z uwagi na okoliczności zewnętrzne, szans próbował nakłonić kogoś do realizacji znamion typu czynu zabronionego; wtedy, gdy podżeganie polegało

nakłaniającego. Oznacza to, że umyślne podżeganie nastąpi zarówno wówczas, gdy bezpośredni wykonawca zrealizuje umyślnie czyn zabroniony, do którego nakłaniano, jak i wówczas, gdy usiłuje go wykonać, albo gdy zrealizuje ten czyn nieumyślnie lub też podejmie decyzję wypełnienia określonego zachowania i w ogóle nie przystąpi do jej realizacji”. Zarazem jednak autor ten nie aprobuje tezy, jakoby art. 20 k.k. odnosił się do podżegania i pomocnictwa z uwagi na specyfikę obu postaci popełnienia przestępstwa, która wyklucza możliwość nieumyślnej realizacji znamion tych postaci zjawiskowych, nawet gdyby chodziło o eksces bezpośredniego wykonawcy, skutkujący popełnieniem przez nakłanianego czynu zabronionego nie objętego zamiarem podżegacza.

¹⁵ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 556 i n.

np. na wysłaniu listu, w którym nakłaniano do podjęcia decyzji odnośnie realizacji takiego czynu, który to list nawet nie dotarł do adresata; a także, kiedy aktywność nakłaniającego wywołała zamierzony efekt w postaci podjęcia decyzji przez podżeganego o realizacji znamion typu czynu zabronionego. Gdy zadamy sobie pytanie o istotę podżegania, to odpowiedź może być tylko taka, że tą istotą jest nie sama czynność sprawcza (jak np. przy prowadzeniu samochodu w stanie nietrzeźwości), ale skuteczne podżeganie, czyli rzeczywiste wywołanie zmiany w układzie sytuacyjnym, polegającej na wykrystalizowaniu się w psychice osoby nakłanianej zamiaru (decyzji) odnośnie realizacji czynu zabronionego.

Podżeganie jest więc o tyle przestępstwem formalnym, o ile odniesiemy go do realizacji postaci sprawczej przez nakłanianego, w tym bowiem sensie czynność podżegacza (i odpowiednio pomocnika) odrywa się od samego sprawstwa. Z punktu widzenia znamion podżegania (i pomocnictwa) obojętne jest to, czy osoba, realizująca znamiona którejkolwiek z postaci sprawczych czynu zabronionego, zrealizowała swój czyn zabroniony. Natomiast w odniesieniu do realizacji swojej postaci zjawiskowej, jest to przestępstwo materialne, wymagające dla jej dokonania specyficznego skutku w postaci podjęcia przez osobę nakłanianą decyzji o popełnieniu czynu zabronionego. Za takim rozwiązaniem przemawia też konieczność powiązania kauzalnego między nakłanianiem przez podżegacza a podjęciem decyzji przez wykonawcę odnośnie realizacji czynu zabronionego. Jeżeli bowiem podjęcie tej decyzji było wynikiem innych okoliczności niż działania podżegacza, to wtedy nie możemy przypisać podżegaczowi odpowiedzialności za dokonanie podżegania, a co najwyżej za jego usiłowanie (oczywiście przy założeniu dopuszczalności przyjęcia tej konstrukcji)¹⁶.

Pewne wątpliwości budzi jednak dopuszczalność powstawania skutków w psychice ludzkiej w takim znaczeniu, w jakim pojęciem skutku operuje prawo karne. Jak wiadomo, dokonane przestępstwo skutkowe charakteryzuje się wystąpieniem w świecie zewnętrznym zmiany, różnej od samego czynu, i będącej znamieniem typu czynu zabronionego. Czy taka zmiana może zajść w czyjeś psychice, czy jest to pojęciowo wyobrażalne oraz czy Kodeks karny

¹⁶ Tak też P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 582; A. Wąsek, *Kodeks karny...*, s. 263 i n.; J. Giezek, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Wrocław 2000, s. 116 i n., czy też w sposób najbardziej dobitny W. Wolter, który pisał, że „nakłanianie musi stanowić *condictio sine qua non* tej zmiany psychicznej nakłanianego, w przeciwnym bowiem wypadku nie moglibyśmy odróżnić podżegania od tego co nazywa się podżeganiem *alias facturi*, a co stanowi jedynie pewien rodzaj pomocnictwa psychicznego” — W. Wolter, *Problem usiłowanego...*, s. 35.

na to zezwała?¹⁷ Oczywiście w psychice ludzkiej powstają określone zmiany, pojawiają się pewne stany emocjonalne, które wcześniej nie występowały. Ale też takie wewnętrzne stany psychiczne są ciężkie do intersubiektywnego postrzegania, mogą występować z różnym natężeniem, ciężko też naprawdę ustalić moment początkowy ich wystąpienia. Może to doprowadzić do wielu trudności dowodowych i problemu z jednoznacznym wyznaczeniem momentu wystąpienia owego skutku w psychice nakłanianego, który równocześnie byłby momentem dokonania podżegania przez nakłaniającego. Jednak w prawie karnym wiele stanów psychicznych pozostaje ciężkich do ustalenia, a przecież te stany, odniesione do realizacji czynów zabronionych (na przykład zamiar), badamy na podstawie okoliczności przedmiotowych czynu.

Kodeks karny z 1997 r. dopuszcza możliwość występowania skutków w psychice ludzkiej. Doskonałym przykładem na takie stanowisko ustawodawcy daje art. 190 k.k., penalizujący tzw. groźbę karalną¹⁸. Przepięstwo to jest przestępstwem materialnym, w którym skutkiem jest wywołanie w psychice osoby zagrożonej uzasadnionej obawy, że będzie spełniona. Można co prawda również wnioskować, że skoro ustawodawca karny w art. 190 k.k. wyraźnie opisał ten skutek w psychice osoby będącej podmiotem czynności wykonawczej jako „wzbudzenie w zagrożonym uzasadnionej obawy, że będzie spełniona”, to *a contrario* można wnosić, że skoro w opisie znamion podżegania takiej charakterystyki nie ma, to oznacza to, że ustawodawca zdecydował się w art. 18 § 2 k.k. penalizować samą czynność sprawczą nakłaniania. Takie rozwiązanie byłoby jednak zbyt daleko idące, zważywszy właśnie na ową tradycję językową, w ramach której dopuszczalne jest posługiwanie się w opisie typu czynu zabronionego czasownikami czasu teraźniejszego w trybie niedokonanym, a jednoznaczne określenie znamienia skutku występuje w Kodeksie karnym niezmiernie rzadko (np. w art. 118 § 1 k.k., o czym świadczy zwrot „dopuszcza się zabójstwa”).

Stanowisko SN, uznające skutkowy charakter podżegania jako postaci zjawiskowej popełnienia czynu zabronionego, jest więc uzasadnione, przy założeniu, że owym skutkiem w psychice nakłanianego nie musi być zamiar, ale każda jego decyzja odnośnie realizacji znamion typu czynu zabronionego.

¹⁷ Jednoznacznie o dopuszczalności zmiany w świecie zewnętrznym, jako znamienia typu czynu zabronionego pisze A. Zoll, w: *Kodeks karny...*, teza 4 do art. 2 k.k.

¹⁸ Tak A. Zoll, w: *Kodeks karny. Komentarz do części szczególnej k.k.*, t. II, red. A. Zoll, Kraków 2000 r., który pisze, że „przepięstwo z art. 190 § 1 k.k. należy do kategorii przestępstw materialnych. Do dokonania tego przestępstwa konieczne jest wystąpienie skutku w postaci wzbudzenia w zagrożonym uzasadnionej obawy, że będzie spełniona”.

Uchwała SN, ze względu na brak jednoznacznej możliwości rozstrzygnięcia problemu, nie zakończy jednak prawdopodobnie sporów w doktrynie.

Trafnie jednak Sąd Najwyższy podniósł, że rozwiązanie dylematu o skutkowym bądź bezskutkowym charakterze podżegania (i odpowiednio pomocnictwa) nie przesądza kwestii dopuszczalności usiłowania realizacji tej postaci zjawiskowej czynu zabronionego. Usiłowanie, jako postać stadialna, odnosi się bowiem zarówno do przestępstw materialnych, jak i formalnych; jedynie niemożliwe jest usiłowanie ukończone przestępstw formalnych, gdyż realizacja znamion czasownikowych danego przestępstwa formalnego przesądza o jego dokonaniu. Jednak, co też słusznie odnotowuje SN, kwestia ta nie jest bez znaczenia dla omawianego problemu. Od rozstrzygnięcia zagadnienia dotyczącego materialnego bądź formalnego charakteru podżegania zależy wyznaczenie momentu dokonania tej postaci zjawiskowej czynu zabronionego. W przypadku uznania tezy o niedopuszczalności usiłowania podżegania, wyznacza to początek momentu, od którego można pociągnąć podżegacza do odpowiedzialności karnej, a w przypadku uznania możliwości krzyżowania się postaci stadialnej usiłowania z postacią zjawiskową podżegania, rozgranicza usiłowanie od dokonania tego przestępstwa. Słusznie SN zauważył, że w zależności od przyjętego stanowiska, sytuacja, w której podżegacz ukończył realizację znamienia czasownikowego swego czynu zabronionego, nie wywołując jednak zamierzonego efektu w psychice nakłanianego, może być potraktowana zarówno jako nie zawsze karalne przygotowanie, jako usiłowanie, albo jako dokonanie swej postaci zjawiskowej. Spektrum możliwych rozwiązań jest więc bardzo szerokie, co tylko dowodzi, z jak dużym problemem mamy do czynienia, i jak ważne jest jego rozstrzygnięcie dla praktyki.

Jednakże to, czy uznamy podżeganie i odpowiednio pomocnictwo za przestępstwa materialne, niezależnie od kwestii wyznaczenia momentu dokonania analizowanych postaci popełnienia przestępstwa, może mieć znaczenie dla ustalania zakresu odpowiedzialności karnej sprawcy, realizującego znamiona wskazanych przestępstw. Po pierwsze, pragnę zauważyć, że gdy przyjmiemy za A. Zollem tezę o niedopuszczalności usiłowania przestępstw z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, z równoczesnym zaakceptowaniem tezy P. Kardasa o zawsze formalnym charakterze przestępstw z abstrakcyjnego narażenia dobra na niebezpieczeństwo i odpowiednio zawsze skutkowym tych z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, to przesądzenie formalnego charakteru podżegania i pomocnictwa powoduje automatyczne zakwalifikowanie analizowanych postaci popełnienia przestępstwa do kategorii przestępstw z abstrakcyjnego

narażenia dobra prawnego, co skutkuje bezkarnością ich usiłowania. Z kolei, gdy dowiedzimy konieczność wywołania skutku, będącego znamieniem typu czynu zabronionego, dla realizacji w postaci dokonania podżegania i pomocnictwa, to w konsekwencji przesądzamy o dopuszczalności usiłowania analizowanych przestępstw, gdyż w nowym wydaniu komentarza do Kodeksu karnego z 1997 r. A. Zoll zmienia po części swoje wcześniejsze stanowisko, dopuszczając usiłowanie przestępstw z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo¹⁹.

O ile przedstawiony powyżej wywód może być uznany za zbyt scholastyczny i w gruncie rzeczy nie można chyba oczekiwać od sędziów stosujących prawo takich głębokich dociekań, o tyle uświadomienie sobie rzeczywistych konsekwencji uznania formalnego charakteru podżegania i pomocnictwa wymaga głębszej analizy.

Rzeczywistej wagi tego problemu nie można chyba dostrzec, analizując tezy A. Zolla zawarte w pierwszym wydaniu komentarza do Kodeksu karnego z 1997 r., dotyczące badanego zagadnienia. Występuje w nich bowiem pewna niekonsekwencja. Otóż A. Zoll, przyjmując bezskutkowy charakter zarówno podżegania, jak i pomocnictwa, równocześnie podkreśla np. to, że ze zrealizowaniem znamion podżegania mamy do czynienia tylko wtedy, gdy nakłaniany przed realizacją znamienia czynnościowego przez podżegacza nie miał jeszcze zamiaru popełnienia czynu zabronionego, w innym bowiem wypadku nakłaniający może odpowiadać karnie wyłącznie za pomocnictwo psychiczne (pod warunkiem oczywiście świadomości tego, że sprawca po-

¹⁹ A. Zoll pisze w tym wydaniu komentarza, że „należy skorygować poprzednio zajęte stanowisko i przyjąć, że przestępstwa z konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo mogą być usiłowane”. Jednakże autor ten nadal wyraża pogląd, że przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo nie mogą być usiłowane. Pisze on, że „w wypadku przestępstw abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo brak jest podstaw do przyjmowania karalności zarówno usiłowania, jak i przygotowania”, gdyż „są w istocie formą przygotowania ataku na dobro prawne”. Warto jednakże zauważyć, że filarem koncepcji A. Zolla było uznanie usiłowania jako postaci stadialnej popełnienia przestępstwa za odpowiadające dokonaniu czynu zabronionego z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, podobnie jak przygotowanie miałyby odpowiadać dokonaniu przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Tymczasem w nowym wydaniu komentarza do Kodeksu karnego A. Zoll uznaje, że usiłowanie „obejmuje więc także etap poprzedzający zrealizowanie znamion czynu zabronionego o charakterze konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo”. Ponadto autor ten dopuszcza obecnie przygotowania przestępstwa konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, a przecież jest to też forma przygotowania ataku na dobro prawne, odpowiadająca usiłowaniu przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Zob. A. Zoll, w: *Kodeks karny...*, teza 5 do art. 13 k.k.

wziął już zamiar zrealizowania czynu zabronionego; w wypadku braku takiej świadomości może, przy uznaniu dopuszczalności usiłowania podżegania, odpowiadać za usiłowanie nieudolne podżegania)²⁰.

Odnosząc się z kolei do pomocnictwa, autor ten jednoznacznie stwierdza, że warunkiem zrealizowania znamion pomocnictwa w postaci dokonania, jest obiektywne ułatwienie, przez działanie lub zaniechanie pomocnika, realizacji czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę²¹.

A zatem w obydwu tych przypadkach mamy do czynienia w istocie ze skutkowymi postaciami przestępstwa, gdyż jednoznacznie zarysowano w tej koncepcji rolę powiązania przyczynowego między realizacją znamion podżegania i pomocnictwa a ich skutkiem. Gdyby bowiem uznać, że do realizacji znamion podżegania wystarczające jest ukończenie realizacji znamienia czasownikowego typu podżegania, niezależnie od ich efektu w psychice podżeganego, to nie można uzależniać realizacji tych znamion od posiadania bądź nie, zamiaru popełnienia czynu zabronionego przez nakłanianego przed realizacją znamion podżegania przez nakłaniającego. Na tym przykładzie można najlepiej unaocznic fakt powstania w psychice sprawcy owej zmiany, niezależnej od samego czynu podżegacza, będącej warunkiem realizacji znamion podżegania. Idąc dalej, możemy dostrzec powiązanie przyczynowe między czynnościami podżegacza a decyzją popełnienia czynu zabronionego przez wykonawcę. Analiza wspomnianego przykładu nie pozostawia wątpliwości, że dla zrealizowania znamion podżegania nie wystarcza ukończenie właściwej czynności nakłaniania i istniejąca u sprawcy decyzja zrealizowania czynu zabronionego, ale owa decyzja ma być wyłącznie bądź w przeważającej mierze wynikiem aktywności podżegacza. Jakież może być inne wytłumaczenie warunkowania odpowiedzialności za dokonane podżeganie od braku wcześniejszej decyzji sprawcy o realizacji znamion czynu zabronionego, jeśli nie jest nim uznanie decyzji o popełnieniu czynu zabronionego przez sprawcę jako elementu znamion podżegania, a także konieczności wykazania związku przyczynowego między aktywnością podżegacza a podjęciem decyzji odnośnie popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę?²²

²⁰ Tak A. Zoll, w: A. Zoll, K. Buchała, *Kodeks karny...*, teza 38 do art. 18 k.k.

²¹ Zob. A. Zoll, w: A. Zoll, K. Buchała, *Kodeks karny...*, teza 47 do art. 18 k.k.

²² Warto zwrócić uwagę, że Sąd Apelacyjny w Krakowie, który w swych wyrokach uznał przestępstwo podżegania za bezskutkowe, stwierdził w wyroku z 28 V 2002 r., że „Podżeganie może polegać nie tylko na wzbudzeniu u innej osoby zamiaru popełnienia przestępstwa, ale może także zmierzać do utwierdzenia innej osoby w zamiarze popełnienia przestępstwa już wcześniej przez tą osobę podjętym” (zob. wyrok II SA Ka. 115/02, KZS 2002, nr 6, poz. 12).

Jeżeli jednak przyjmiemy konsekwentnie tezę o bezskutkowym charakterze podżegania, to fundamentalną konsekwencją z tego wynikającą jest uznanie, że z dokonaniem podżeganiem przez nakłaniającego mamy do czynienia także wtedy, gdy nakłaniany w chwili realizacji znamion podżegania przez nakłaniającego, miał już zamiar popełnienia czynu zabronionego.

Jeszcze wyraźniej widać tę pewną niekonsekwencję przy analizie tez A. Zolla, odnoszących się do pomocnictwa. Autor jednoznacznie stwierdza, że warunkiem realizacji znamion pomocnictwa jest skuteczność jego aktywności, a więc obiektywne ułatwienie popełnienia czynu zabronionego. Na tym przykładzie znakomicie widać skutek odrywający się od czynności pomocnika, gdyż w przypadku pomocnictwa nie mamy do czynienia z trudno uchwytną zmianą w sferze psychiki sprawcy, jak jest w przypadku podżegania. To obiektywne ułatwienie realizacji czynu zabronionego, będące rezultatem aktywności pomocnika, jest bowiem bez wątplenia zmianą z kategorii empirycznie poznawalnych zmian w świecie zewnętrznym. Mamy tutaj do czynienia ze zmianą w układzie sytuacyjnym, stwarzającą niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, konstrukcyjnie podobną do skutku, będącego znamiem typów czynów zabronionych, określonych w art. 160 i 163 k.k.

Fundamentalną dla rozstrzygnięcia problemu dopuszczalności krzyżowania się form stadialnych z postaciami zjawiskowymi popełnienia przestępstw jest niezwykle sporna kwestia zasad odpowiedzialności za przestępstwa z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Brak w uzasadnieniu rozstrzygnięcia odniesienia do tej kwestii stanowi pewną wadę składu orzekającego, gdyż autorzy negujący możliwość usiłowania podżegania (i pomocnictwa) — przede wszystkim A. Zoll²³ — wywodzą swe racje nie tyle z niemożliwej konstrukcyjnie, ich zdaniem, dopuszczalności usiłowania podżegania i pomocnictwa, lecz z uznania, że względy polityki kryminalnej przemawiają za wykluczeniem możliwości odpowiedzialności karnej za usiłowanie dokonania przestępstw z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo²⁴. Problem podziału przestępstw na te z narażenia i z naruszenia dobra prawnego odgrywa również pewną rolę przy dyskusji

²³ A. Zoll, *Komentarz...*, teza 3 do art. 13 k.k., który pisze, że „Podżeganie i pomocnictwo w przypadku każdego przestępstwa należy kwalifikować jako narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Nie ma karalności usiłowania przestępstw narażenia na niebezpieczeństwo”. Zob. jednak nowe stanowisko A. Zolla prezentowane w przyp. 18 do niniejszego artykułu.

²⁴ Uważa tak A. Zoll, choć również podaje argumenty konstrukcyjne wynikające z istoty przestępstw z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, które odpowiadają odpowiednim postaciom stadialnym przestępstw z naruszenia dobra prawnego. Zob. przyp. 18 do niniejszego artykułu.

o formalnym bądź materialnym charakterze podżegania i pomocnictwa, czym się najpierw zajmę.

Często, chyba niezbyt prawidłowo, przyjmuje się, jakoby różnica między zwolennikami materialnego i formalnego charakteru podżegania i pomocnictwa sprowadzała się do tego, że zwolennicy materialnego charakteru podżegania uznają je za przestępstwa konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, natomiast zwolennicy tezy o ich formalnym charakterze — za przestępstwa abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. O ile łatwiej można przyjąć tezę, że pomocnictwo można uznać za przestępstwo konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, o tyle o abstrakcyjności takiego narażenia w przypadku podżegania świadczy zarówno najczęściej bardzo oddalona w czasie aktywność bezpośredniego sprawcy od aktywności nakłaniającego go podżegacza, jak i to, że owa aktywność podżegacza często nie wywołuje żadnego rezultatu w psychice osoby nakłanianej. Trudno więc mówić, że w momencie realizacji znamion podżegania, niebezpieczeństwo dla dobra prawnego jest skonkretyzowane. To niebezpieczeństwo, w chwili dokonania podżegania, w ogóle nie występuje. Uzasadnieniem kryminalizacji zachowań realizujących znamiona tej postaci zjawiskowej przestępstwa, podobnie jak w przypadku innych przestępstw z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, jest założone przez ustawodawcę potencjalne zagrożenie dla dobra prawnego. Ta aktywność podżegacza, podobnie jak i innej osoby stwarzającej potencjalne zagrożenie dla dobra prawnego, jest jednak na tyle naganna z punktu widzenia prawa karnego, że uzasadnia kryminalizację już na etapie poprzedzającym stworzenie niebezpieczeństwa naruszenia dobra prawnego. Faktem jest, że nakłonienie kogoś do podjęcia ataku na dobro prawne i do złamania nakazu bądź zakazu normy chroniącej to dobro, już powoduje potencjalne zagrożenie dla tego dobra, ale też na pewno nie stwarza konkretnego dla niego zagrożenia, gdyż do tego konieczne jest znalezienie się przez sprawcę wykonującego w stadium usiłowania naruszenia dobra prawnego.

Krytyka koncepcji skutkowego charakteru podżegania miałyby wynikać właśnie z tego abstrakcyjnego, z punktu widzenia dobra prawnego, zagrożenia. Jej podstawą jest uznanie, jakoby przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo były zawsze przestępstwami formalnymi, podobnie jak te z konkretnego narażenia i z naruszenia dobra prawnego — zawsze przestępstwami materialnymi. To twierdzenie często uchodzi za prawie niepodważalny aksjomat²⁵, tymczasem, choć rzeczywiście

²⁵ Najbardziej dobitnie opowiada się za tym poglądem P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*,

najczęściej tak jest, to można sobie wyobrazić zarówno sytuację bezskutkowego naruszenia dobra prawnego (dobrym przykładem jest tu choćby przestępstwo z art. 193 k.k., penalizujące naruszenie miru domowego; opisujące czynność sprawczą znamię czasownikowe „wdziera się” albo „nie opuszcza”, charakteryzuje tu bezskutkową czynność sprawczą, choć przecież w momencie dokonania tego przestępstwa dochodzi już do naruszenia dobra prawnego, jakim jest wolność człowieka), bezskutkowego konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo (np. oparta na konstrukcji usiłowania *sui generis* przestępstwo zamachu stanu z art. 127, w którym realizacja znamienia czasownikowego, polegającego na „podjęciu w porozumieniu z innymi osobami działalności bezpośrednio zmierzającego do urzeczywistnienia celu” określonego w znamionach kierunkowych tego typu jest właśnie bezskutkowym przecież stworzeniem już bezpośredniego niebezpieczeństwa zniszczenia dobra prawnego), jak i skutkowe, choć abstrakcyjne, narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo, choć tu przykłady trudno znaleźć (jest nim np. art. 166 § 1, w którym występuje skutek w postaci przejęcia kontroli nad statkiem powietrznym lub morskim, ale z punktu widzenia dobra prawnego, jakim jest tu życie i zdrowie, stanowi to zaledwie abstrakcyjne zagrożenie dla tych dóbr)²⁶.

s. 589 i n. Opowiadając się za umieszczeniem podżegania w ramach podziału przestępstw jako typu z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, jako argument przemawiający za tą tezą podaje fakt skutkowego charakteru tego przestępstwa. Autor ten pisze, że „znamiona podżegania wymagają bowiem wywołania swoistego skutku czynności nakłaniania w postaci powstania u osoby nakłanianej zamiaru dokonania określonego zachowania” i że „przesądza to, iż w każdym przypadku dokonanego podżegania istnieje niebezpieczeństwo dla podlegającego ochronie dobra prawnego. Konstrukcja znamion podżegania wyklucza zarazem możliwość zaliczenia tego typu do kategorii przestępstw z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, w takim wypadku bowiem dla dokonania wystarczające było jedynie podjęcie przez podżegacza czynności nakłaniania, bez konieczności wzbudzenia u osoby nakłanianej zamiaru dokonania określonego zachowania”. Warto jednak dodać, że P. Kardas, w: *Kodeks karny...*, tezy 14–16 do art. 22 k.k. różnicuje stopień niebezpieczeństwa dla dobra prawnego w zależności od stadium realizacji czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę, pisząc, że sytuacje dokonanego podżegania różnią się od siebie „stopniem zagrożenia dla dobra prawnego” i dalej, że gdy przypuszczalny sprawca nawet nie usiłował dokonać czynu zabronionego „związek przyczynowy między podżeganiem (pomocnictwem) a przestępstwem sprawcy nie ma cech realnego niebezpieczeństwa [podkr. P.K.]”; pogląd, że skutek, będący znamieniem typu czynu zabronionego, objawiać się może wyłącznie jako zniszczenie lub uszkodzenie tego dobra albo jako stworzenie stanu zagrożenia (niebezpieczeństwa) dla tego dobra, wyrażają W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 65; I. Andrejew, *Ustawowe znamiona czynu*, Warszawa 1978, s. 190–192.

²⁶ Trzeba tu jednak poczynić takie założenie, że bezpieczeństwo powszechne nie jest samo-

Należy bowiem oderwać pojęcie skutku od pojęcia dobra prawnego, skoro do definicji przestępstwa skutkowego należy, będąca znamieniem typu czynu zabronionego, zmiana w świecie zewnętrznym różna od samego czynu, nie jest nim natomiast samo naruszenie bądź konkretne narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Czy zatem, jeżeli ustawodawca wyraźnie opisuje w znamionach typu taką zmianę w świecie zewnętrznym, to należy przyjąć, że mamy do czynienia z przestępstwem formalnym, tylko dlatego, że jest to przestępstwo abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo?

O ile więc można uznać, że pomocnictwo jest przestępstwem konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, o tyle nic nie stoi na przeszkodzie dla uznania podżegania za materialne przestępstwo abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Gdyby bowiem przyjąć tezę, że podżeganie jako typ czynu zabronionego jest przestępstwem z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo tylko przez dogmatyczne uznanie wszystkich takich typów za skutkowe, to mogłoby dojść do takiej sytuacji, że podżegając do przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo (a przecież podżeganie jako postać zjawiskowa odnosi się do każdego typu czynu zabronionego) miałbym stwarzać konkretne zagrożenie dla tego dobra. Takie podejście grozi powstaniem poważnego problemu konstrukcyjnego, gdyż norma sankcjonowana podżegania przecież chroni to samo dobro prawne, co norma sankcjonowana typu czynu zabronionego, do którego podżegacz nakłania.

Ci autorzy, którzy opowiadają się za uznaniem podżegania za przestępstwo z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, uzasadniają swoje stanowisko zmianą punktu odniesienia w przypadku tego przestępstwa²⁷. Owym punktem odniesienia, według tychże autorów, w przypadku przestępstwa popełnionego w tej postaci zjawiskowej, nie jest

dzielnym dobrem prawnym, a typy czynów zabronionych określone w rozdz. XXX k.k. chronią najważniejsze dobra prawne, takie jak życie, zdrowie, mienie, w pewnym zakresie środowisko naturalne.

²⁷ Uważa tak A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 2000, s. 186, który twierdzi, że „Podżeganie i pomocnictwo w omawianym ujęciu stanowią swego rodzaju przestępstwa narażenia na niebezpieczeństwo, z tym jednak, że bezpośrednim punktem odniesienia, czy też inaczej mówiąc grożącym skutkiem, jest urzeczywistnienie zestawu znamion ustawowych, a nie naruszenie dobra prawnego, jak to ma miejsce przy właściwych przestępstwach narażenia na niebezpieczeństwo. Dzieje się tak chociażby dlatego, że możliwe jest podżeganie i pomocnictwo do tych właśnie przestępstw narażenia”. Z powyższego uzasadnienia A. Spotowski wywodzi tezę, że podżeganie i pomocnictwo są typami z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo.

bowiem dobro prawne, będące przedmiotem prawnokarnej oceny, ale realizacja czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę, niezależnie od tego, czy mamy do czynienia z przestępstwem z naruszenia dobra prawnego, czy może z abstrakcyjnego bądź konkretnego jego narażenia. To stanowisko nie wydaje się być uzasadnione. Po pierwsze, nawet jeżeli by uznać taką tezę, to w przypadku realizacji znamion podżegania w postaci dokonania, od momentu powzięcia przez nakłanianego decyzji odnośnie realizacji znamion czynu zabronionego, co najmniej do momentu rozpoczęcia czynności przygotowawczych przez sprawcę, zagrożenie nie tylko dla dobra prawnego, ale nawet zagrożenie realizacji przez tego wykonawcę znamion jakiegokolwiek czynu zabronionego (nawet tego z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo), jest co najwyżej potencjalne.

Po drugie, podżeganie i pomocnictwo są integralnie związane z dobrem prawnym, które jest chronione przez typ czynu zabronionego, do którego popełnienia podżegacz nakłania. Co więcej, na tę zależność w sposób najbardziej wyraźny wskazuje A. Spotowski²⁸, który uważa podżeganie za typ z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Faktem jest, że w przypadku podżegania do popełnienia czynu zabronionego, kryminalizacja sięga na etap znacznie poprzedzający naruszenie dobra prawnego. Powoduje to, że szczególnego znaczenia nabiera w przypadku podżegania aspekt rozkazodawczy normy sankcjonowanej. Konsekwencją tego jest fakt, że w znacznie większym stopniu niż w przypadku typów z części szczególnej Kodeksu karnego powinniśmy się powstrzymać od czynów zabronionych, realizujących znamiona podżegania, dlatego że ustawodawca nam tego zabrania, niż z powodu stwarzania przez czyny realizujące znamiona tej postaci realnego zagrożenia dla dóbr chronionych prawem. Nie zmienia to faktu, że realizacja znamion podżegania godzi przede wszystkim w dobra

²⁸ Autor ten stwierdza mianowicie, że „przy koncepcji form zjawiskowych odpowiedzialność karna podżegacza i pomocnika wiąże się z pojęciem niebezpieczeństwa. Wydaje się wręcz, że pojęcie niebezpieczeństwa tkwi u podstaw takiego ujęcia podżegacza i pomocnika” — A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 185. Warto zaznaczyć, że według tej koncepcji, sprowadzenie przez zachowanie podżegacza niebezpieczeństwa dla dobra chronionego przez typ części szczególnej, do którego popełnienia podżegacz nakłania, wiąże znamiona podżegania ze znamionami typu czynu zabronionego, do którego popełnienia podżegacz nakłania. A zatem punkt odniesienia dla oceny, czy podżeganie jest typem z abstrakcyjnego, czy z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, powinien być taki sam, jak przy typach z części szczególnej Kodeksu karnego. Tym punktem odniesienia jest dobro prawne, chronione przez typ czynu zabronionego, do popełnienia którego podżegacz nakłania. Należy więc stwierdzić, że w poglądach tego autora występuje pewna sprzeczność.

prawne, chronione przez typy czynów zabronionych, do popełnienia których podżegacz nakłania. Wynika to z konstrukcji znamion podżegania, które jest odrębnym od postaci sprawczych przestępstwem z własnym momentem dokonania, ale które jest powiązane z typem czynu zabronionego, do którego podżegacz nakłania, właśnie przez dobro prawne, które ten typ chroni. Gdyby bowiem uznać, że podżeganie chroni specyficzne dobro prawne *sui generis*, jakim jest porządek publiczny, to ustawodawca zapewne zdecydowałaby się na umieszczenie podżegania *sui generis* jako typu czynu zabronionego w rozdziale XXXII k.k., grupującym przestępstwa przeciwko porządkowi publicznemu²⁹. Warto zresztą dodać, że nawet typy czynów zabronionych, znajdujące się w tym rozdziale Kodeksu karnego, posiadają jakiś poboczny przedmiot ochrony oprócz porządku publicznego. Uznawanie bowiem jakiejś kategorii zachowań za czyny zabronione pod groźbą kary tylko ze względu na godzenie takich czynów w porządek publiczny byłoby sprzeczne z zasadą *nullum crimen sine periculo sociali*.

Wreszcie po trzecie, co jest chyba najprostszą argumentacją, tezę o przesunięciu punktu odniesienia, z którego oceniamy konkretność bądź abstrakcyjność niebezpieczeństwa stworzonego przez aktywność podżegacza można obalić po prostu tym, że w ramach podziału przestępstw badamy to, czy dany typ czynu zabronionego stwarza konkretne bądź abstrakcyjne narażenie dla dobra prawnego, będącego przedmiotem karnoprawnej ochrony, a nie czy stwarza konkretne bądź abstrakcyjne zagrożenie popełnienia jakiegokolwiek czynu zabronionego. W kontekście przedstawionej wyżej tezy, że norma sankcjonowana, na której oparte są znamiona podżegania, nie chroni jakiegoś specyficznego dobra prawnego, tylko to dobro prawne, które jest chronione przez typ czynu zabronionego, do którego podżegacz nakłania, należy stwierdzić, że punktem odniesienia w zakresie niebezpieczeństwa wynikającego z aktywności podżegacza, jest dobro prawne, będące przedmiotem prawnokarnej ochrony. Patrząc z tego punktu widzenia, nie ma wątpliwości, że podżeganie jest typem z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Należy podkreślić, że przedstawiony wywód, dotyczący umiejscowienia podżegania w ramach podziału przestępstw, ma znaczenie dla omawianych przez SN zagadnień prawnych, o ile przyjmujemy tezę, że nie da się usiłować przestępstw z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, a także o ile uznamy, że typ z abstrakcyjnego narażenia takiego dobra prawnego jest zawsze typem formalnym.

²⁹ Por. przestępstwo publicznego nawoływania do popełnienia występku albo zbrodni z art. 255 k.k.

Analizując główny problem krzyżowania się postaci zjawiskowych z postaciami stadialnymi popełnienia przestępstw pod kątem podziału przestępstw, należy zadać sobie pytanie o pojęciową (konstrukcyjną) dopuszczalność usiłowania przestępstw z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, oraz na to, czy takie rozwiązanie zgodne jest z Kodeksem karnym, gdyż sama możliwość wyobrażenia sobie jakiejś konstrukcji nie przesądza jeszcze o jej dopuszczalności na gruncie ustawy.

Czasem ciężko wyobrazić sobie usiłowanie przestępstwa konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, gdyż opis znamion typowych czynów zabronionych z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo (np. art. 160 k.k., art. 163 k.k.), stanowi już usiłowanie odpowiednich przestępstw z naruszenia dobra prawnego (np. zabójstwa człowieka z art. 148 k.k.) i wtedy nie tylko strona podmiotowa, lecz także strona przedmiotowa przestępstwa konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo jest tożsama z odpowiednim usiłowaniem realizacji czynu zabronionego naruszającego dobro prawne³⁰. Narażenie dobra prawnego na niebezpieczeństwo jest w tym przypadku skutkiem aktywności sprawcy, a postać stadialna usiłowania stanowi właśnie stworzenie stanu bezpośredniego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. W takim wypadku usiłowanie dokonania takich przestępstw jest kategoryalnie niemożliwe. Jednakże opis znamion przestępstwa z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo może być zupełnie inny, nie stanowiąc równocześnie postaci usiłowania innych przestępstw z naruszenia dobra prawnego, ani nie opisując skutku jako narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo.

Za takie przestępstwo można uznać właśnie pomocnictwo, w którym łatwo wyobrazić sobie nieudaną próbę udzielenia komuś pomocy w realizacji czynu zabronionego, przy czym pomocnik, znajdujący się w stadium usiłowania realizacji znamion swej postaci zjawiskowej, nie znajduje się jeszcze w sytuacji, w której stwarza bezpośrednio niebezpieczeństwo naruszenia dobra prawnego. Warto zwrócić uwagę, że pomocnik może realizować znamiona swej postaci zjawiskowej nawet w trakcie realizacji czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę, a zmiana w świecie zewnętrznym, różna od samego czynu, będąca skutkiem aktywności podżegacza, jest przykładem zmiany w układzie sytuacyjnym, konstrukcyjnie najbardziej podobnej

³⁰ Warto przypomnieć, że w nowym wydaniu komentarza do Kodeksu karnego A. Zoll uważa, że strona przedmiotowa przestępstw z konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo nie jest tożsama z usiłowaniem typu z naruszenia dobra prawnego. Zob. A. Zoll, w: *Kodeks karny...*, teza 5 do art. 1 k.k.

do zmiany, będącej znamieniem typów czynu zabronionego z art. 160 k.k. czy 163 k.k. Jednakże uważam, że pomocnictwo jest także materialnym przestępstwem z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, choćby już ze względu na wskazane wyżej kłopoty z określeniem charakteru sytuacji, w której pomocnik miałby pomagać w realizacji czynu zabronionego, będącego typem z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo.

Co ciekawe, często łatwiej wyobrazić sobie usiłowanie przestępstw z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo (np. w art. 178a k.k. — znajdującego się w stanie nietrzeźwości kierowcę usiłującego włożyć kluczyki do stacyjki). Również podżeganie, jako zjawiskowa postać popełnienia czynu zabronionego, ma łatwą do wyobrażenia sytuację, w której podżegacz nie ukończył planowanej przez siebie czynności nakłaniania (usiłowanie nieukończone), bądź w której ukończył on realizację swej postaci zjawiskowej, ale planowany skutek w psychice nakłanianego nie nastąpił (usiłowanie ukończone). Problem leży gdzie indziej. Niedopuszczalność usiłowania podżegania i pomocnictwa można bowiem wywnioskować z tego, że przestępstw z narażenia dobra prawnego (w tym podżegania i pomocnictwa) nie można usiłować ze względów natury politycznokryminalnej.

Ustawodawca, uznając szczególną wartość określonych dóbr prawnych, rozciąga kryminalizację na etap poprzedzający naruszenie tego dobra prawnego, czyli na etap konkretnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, a czasem nawet na sytuację, w której do takiego konkretnego narażenia w ogóle nie dochodzi (przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo). Taki zabieg ustawodawcy karnego już tworzy sytuację, w której następuje rozciągnięcie kryminalizacji na przedpole naruszenia dobra prawnego. To właśnie dlatego A. Zoll neguje możliwość usiłowania podżegania ze względu na to, że jest to typ abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, a usiłowanie takiego przestępstwa byłoby w istocie „formą przygotowania ataku na dobro prawne”³¹. W takiej sytuacji odpowiedzialność za usiłowanie realizacji znamion takiego typu czynu zabronionego byłaby w istocie kryminalizacją sytuacji podwójnego wyjścia na przedpole naruszenia dobra prawnego i takim znacznym rozszerzeniem odpowiedzialności karnej na etap poprzedzający owo naruszenie, że byłoby to sprzeczne z zasadą *ultima ratio* prawa karnego oraz zasadą *nullum crimen sine periculo sociali*. Według takiego podejścia typ konkretnego

³¹ A. Zoll, w: *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, red. A. Zoll, Kraków 2004, teza 5 do uwag wprowadzających do rozdz. II k.k.

narażenia na niebezpieczeństwo może być traktowany tak, jak forma stadialna usiłowania, a typ abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo — tak jak przygotowanie. Dlatego też usiłowanie podżegania i pomocnictwa, choć pojęciowo możliwe do wyobrażenia, miałyby być zawsze bezkarne.

Należy jednak zadać pytanie, czy względy polityki kryminalnej mogą zastępować konstrukcje ustawowe, skoro ustawa wyraźnie wskazuje, że karalne jest usiłowanie czynu zabronionego pod groźbą kary, a zatem wszystkich przestępstw, których znamiona są opisane w ustawie karnej (a zatem także tych z konkretnego i abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo)? Trzeba raczej przyjąć, że względy polityki kryminalnej mogą być tylko postulatami *de lege ferenda*. Inne rozwiązanie byłoby chyba sprzeczne z zasadą *lege non distinguente*. Jednakże ze względu na to, że usiłowanie przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo jest dopiero przygotowaniem ataku na dobro prawne, to fakt ten, ze względu na mniejszą zawartość karnoprawnego bezprawia, powinien znaleźć odzwierciedlenie w ramach dyrektyw sędziowskiego wymiaru kary, a najlepiej w większości przypadków powodować wyłączenie karygodności czynu ze względu na znikomy stopień społecznej szkodliwości czynu.

Analizę konstrukcyjnej dopuszczalności usiłowania podżegania (i pomocnictwa) należy rozpatrzyć pod kątem zarówno znamion usiłowania, jak i podżegania. Sąd Najwyższy w swej uchwale stwierdził, że w znamionach usiłowania (art. 13 k.k.) nie znajduje się żaden element wykluczający odpowiedzialność za usiłowanie podżegania. Niewątpliwie sprawca nakłaniający inną osobę do realizacji czynu zabronionego działa z zamiarem, aby do realizacji znamion tego typu czynu zabronionego doszło. Również łatwa do wyobrażenia jest sytuacja, w której do realizacji znamion podżegania nie dochodzi bądź ze względu na nieukończenie czynności sprawczej, bądź ze względu na niewywołanie określonego skutku w psychice osoby nakłanianej. Wątpliwości budzi, co umknęło uwadze SN, wyrażenie ustawowe „zmierza bezpośrednio do dokonania”, które może sugerować, że ustawodawca ma na myśli wyłącznie postacie sprawcze, gdyż podżeganie i pomocnictwo traktuje się jako postacie przeddokonania³².

³² Takie stanowisko prezentował na gruncie polskiego prawa karnego K. Buchała, który uważał, że przeciw przyjęciu konstrukcji usiłowania podżegania przemawiają zarówno znamiona usiłowania nastawione wyłącznie na sprawcze postaci popełnienia przestępstwa, jak i znamiona podżegania, które traktowane jest jako swoista postać przeddokonania, która ze swej istoty nie może być usiłowana. Autor ten pisał, że „już z faktu, że traktuje się podżeganie i pomocnictwo jako przeddokonanie, dopóki sprawca przestępstwa nie dokona, wynika, że niemożliwe jest usiłowanie podżegania i pomocnictwa (usiłowanie przeddo-

W takim ujęciu za usiłowany mógłby być uznany tylko czyn zabroniony realizujący znamiona którejkolwiek z postaci sprawczych o znamionach określonych w części szczególnej Kodeksu karnego. Wskazuje się również, że sama konstrukcja usiłowania ze swej istoty odnosi się wyłącznie do sprawczych postaci. Jednak takie stanowisko byłoby sprzeczne z koncepcją Juliusza Makarewicza, w której podżeganie i pomocnictwo są odrębnymi postaciami zjawiskowymi popełnienia przestępstwa, mającymi własny moment dokonania, który następuje z chwilą realizacji znamion danej postaci zjawiskowej i wywołania określonego skutku. Jest on niezależny od dokonania czy nawet usiłowania właściwej postaci sprawczej przez nakłanianego. Można zatem bezpośrednio zmierzać do dokonania tej postaci zjawiskowej. Okoliczność, czy realizacji znamion podżegania towarzyszyła realizacja (postaci usiłowania albo dokonania) znamion postaci sprawczej przez nakłanianego, czy też tenże wykonawca nie przystąpił w ogóle do realizacji tych znamion, wpływa tylko na stopień społecznej szkodliwości czynu, a w konsekwencji na wymiar kary dla podżegacza³³.

Natomiast SN trafnie dostrzegł, że odpowiedź na pytanie o możliwość usiłowania podżegania zależy od odniesienia się do tego, czy użyte w Kodeksie karnym pojęcie czynu zabronionego odnosi się tylko do sprawczych, czy także do zjawiskowych postaci popełnienia przestępstwa. Sąd Najwyższy słusznie zauważa, że w żadnym przepisie Kodeksu karnego nie znajduje się powód uzasadniający wąskie rozumienie pojęcia czynu zabronionego, ograniczonego do przepisów części szczególnej Kodeksu karnego. W szczególności ograniczenia takiego nie zawiera art. 115 § 1 k.k., w którym znajduje się ustawowa definicja czynu zabronionego. Nie ma w niej żadnych argumentów na to, że użyte tam sformułowanie, uznające czyn zabroniony za zachowanie o znamionach określonych w ustawie karnej, odnosi się wyłącznie do znamion określonych w części szczególnej Kodeksu karnego³⁴. Taka interpretacja byłaby sprzeczna z zasadą *lege non distinguente*.

konania). Wniosek ten znajduje potwierdzenie w ujęciu usiłowania, które zachodzi, gdy sprawca swym zachowaniem zmierza bezpośrednio do dokonania przestępstwa, natomiast ani podżeganie, ani też pomocnictwo nie jest takim zachowaniem, które mogłoby zmierzać bezpośrednio do dokonania”. K. Buchała, w: *Kodeks karny. Komentarz*, t. I, Kraków 1994. Stanowisko te poddał wnikliwej krytyce P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 862 i n.

³³ Wynika to z art. 22 k.k.

³⁴ Tak SN w uzasadnieniu swej uchwały z dn. 21 X 2003 r., I KZP11/03 OSNKW 2003, nr 11–12, poz. 89. W uzasadnieniu tym czytamy, że „definicja czynu zabronionego, zawarta w art. 115 § 1 k.k. w żadnym swym fragmencie nie wskazuje na wąską interpretację tego pojęcia. W szczególności sformułowanie, że chodzi o zachowanie «o znamionach określonych w ustawie karnej» obejmuje swoim zakresem również część ogólną kodeksu

Sąd Najwyższy podaje bardzo wymowny argument normatywny za taką interpretacją. Jest nim treść art. 6 k.k., określającego miejsce i czas popełnienia czynu zabronionego. Nie pozostawia żadnej wątpliwości to, że użyte w tym przepisie określenie czynu zabronionego obejmuje swym zakresem podżeganie i pomocnictwo. Gdyby bowiem przyjąć odmienną interpretację, oznaczałoby to, że w Kodeksie karnym nie można by znaleźć innej reguły określenia miejsca i czasu popełnienia czynów zabronionych o znamionach podżegania i pomocnictwa.

Od strony dogmatycznej, rozwiązanie nie uznające tego, że zakresem pojęcia czynu zabronionego jest objęte też zachowanie o znamionach podżegania (i pomocnictwa) byłoby sprzeczne z polską koncepcją podżegania i pomocnictwa J. Makarewicza, która właśnie uznaje podżeganie (i pomocnictwo) za odrębną zjawiskową postać czynu zabronionego, o czym już pisałem wyżej. Oparta na tej koncepcji regulacja ustawowa pozwala uznać je za odrębne rodzajowo, różne od postaci sprawczych, typy czynu zabronionego, które posiadają własne znamiona, oparte na swoistej normie sankcjonowanej i normie sankcjonującej³⁵.

Należy sobie jednak zadać pytanie, czy znamiona podżegania mają charakter samodzielny? Bez wątpienia w przypadku znamion podżegania występuje odniesienie do znamion typu czynu zabronionego, do którego podżegacz nakłania. Najlepszy dowód na istnienie tej relacji stanowi kwalifikacja przestępstwa podżegania, która jest złożona i zawsze podaje się w niej kwalifikację czynu zabronionego, do którego podżegacz nakłaniał. Zespół

karnego, w której właśnie określa się znamiona podżegania i pomocnictwa. Jest zresztą w kodeksie karnym szereg takich przepisów, w których używa się pojęcia czynu zabronionego, przy czym nie budzi wątpliwości, że dotyczą one także takich czynów zabronionych, jak podżeganie i pomocnictwo". Zob. też wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku, który jednoznacznie stwierdził, że „podżegacz popełnia własne przestępstwo i jako postać zjawiskowa przestępstwa jest ono zrealizowane, w odróżnieniu od postaci sprawczych, w momencie realizacji znamion tej postaci zjawiskowej” (wyrok Sądu Apelacyjnego w Białymstoku z 25 IV 2002 r., II Akta 112/02 OSA 2003, nr 4, poz. 32).

³⁵ Też, że podżeganie ma samodzielne znamiona, których wypełnienie przez nakłaniającego stanowi podstawę odpowiedzialności karnej prezentują na gruncie polskiego Kodeksu karnego: P. Kardas, w: *Kodeks karny...*, teza 119 i n. do art. 18 k.k.; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 560 i n., który pisze o znaczeniu art. 18 § 2 k.k. w procesie dekodowania normy sankcjonowanej i normy sankcjonującej podżegania; A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa...*; A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo...*, s. 53 i n., R. Dębski, *O teoretycznych podstawach regulacji współdziałania przestępczego w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1999 r., t. LVII; M. Surkont, Odpowiedzialność za podżeganie i pomocnictwo do płatnej protekcji, „Przegląd Sądowy” 2000, nr 6; L. Gardocki, *Prawo karne...*, s. 93–94.

znamion podżegania składa się z określonych w art. 18 § 2 k.k. znamion postaci zjawiskowej podżegania i ze znamion właściwej postaci sprawczej, do której podżegacz nakłania. Mamy tutaj klasyczny przykład opisu „przez wyciągnięcie przed nawias”³⁶ tego wszystkiego, co jest charakterystyczne dla postaci zjawiskowej podżegania, niezależnie od typu czynu zabronionego, do którego popełnienia podżegacz nakłania. Na płaszczyźnie normy sankcjonowanej należy stwierdzić, że podżeganie ma własne znamiona: podmiotu, strony podmiotowej, przedmiotu i strony przedmiotowej. Co więcej, relacja łącząca znamiona podżegania ze znamionami typu czynu zabronionego dotyczy przede wszystkim strony podmiotowej, gdyż podżegacz musi mieć świadomość zarówno tego, że „nakłania” (czyli ta świadomość musi być odniesiona do właściwego znamienia czynnościowego podżegania), jak i tego, do czego nakłania (ma mieć też świadomość, że nakłania do realizacji znamion typu czynu zabronionego, opisanego w części szczególnej Kodeksu karnego). Natomiast podżegacz realizuje swoiste znamię czynnościowe, którym w tym przypadku podżegania jest nakłanianie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego. W dodatku efektem czynności sprawczej podżegacza jest wystąpienie swoistego znamienia skutku, którym jest nakłonienie, czyli wywołanie u osoby nakłanianej decyzji o popełnieniu czynu zabronionego. Znamiona te są samodzielnymi znamionami czynu zabronionego, tak więc nie ulega wątpliwości, że podżegacz i pomocnik popełniają własne przestępstwo³⁷.

Opis czynu zabronionego, określonego w części szczególnej Kodeksu karnego, do którego podżegacz nakłania lub w realizacji którego pomocnik udziela pomocy, stanowi, w przypadku obu tych postaci popełnienia przestępstwa, jedynie punkt odniesienia, wskazanie, jaki jest przedmiot nakłaniania lub udzielania pomocy, czyli do jakiego czynu zabronionego podżegacz nakłania lub w realizacji którego pomocnik pomaga. Ów specyficzny związek podżegania z właściwym typem czynu zabronionego jeszcze wyraźniej widać na płaszczyźnie normy sankcjonującej. Odpowiedzialność karna podżegacza jest bowiem ściśle zależna od typu czynu zabronionego, do którego podżegacz nakłania. Ta zależność nie jest jednak zupełna. Realizacja znamion podżegania odrywa się bowiem od czynu zabronionego, do którego podżegacz nakłaniał, a z dokonaniem podżeganiem mamy do czynienia przy całym spektrum sytuacji, w której znajduje się bezpośredni wykonawca. Podżegacz ma bowiem mieć świadomość zarówno tego, że podżega do

³⁶ P. Kardas, w: *Kodeks karny...*, teza 123 do art. 18 k.k.

³⁷ Zob. P. Kardas, w: *Kodeks karny...*, teza 122 i n. do art. 18 k.k.

realizacji czynu zabronionego o znamionach opisanych w Kodeksie karnym, jak i wszystkich znamion przedmiotowych typu czynu zabronionego, do którego realizacji nakłania konkretną osobę oraz zrealizować wszystkie znamiona przedmiotowe swojej postaci zjawiskowej, a to, czy sprawca rzeczywiście zrealizuje czyn zabroniony, znajdzie się w stadium usiłowania, czy w ogóle nie podejmie próby jego realizacji, pozostaje irrelewantne z punktu widzenia dokonania przez podżegacza swej postaci zjawiskowej. Stadium realizacji czynu zabronionego, w którym znajduje się bezpośredni wykonawca, ma jedynie wpływ, ze względu na różny stopień społecznej szkodliwości, na wymiar kary dla podżegacza (wynika to z treści art. 22 k.k.). Właśnie na tym polega istota polskiej koncepcji podżegania i pomocnictwa, czyli traktowania podżegania (i pomocnictwa) jako odrębnego czynu zabronionego, dokonanego z chwilą realizacji swojej postaci zjawiskowej.

Żeby dobitniej udowodnić tę tezę, można jeszcze porównać podżeganie i pomocnictwo z postaciami rozszerzonego sprawstwa z Kodeksu karnego (współsprawstwem, sprawstwem kierowniczym i sprawstwem polecającym). Już na pierwszy rzut oka widać diametralną różnicę między nimi. O ile bowiem, w przypadku rozszerzonych postaci sprawstwa, czynność sprawcza współsprawców, sprawców polecających i sprawców kierowniczych jest ściśle powiązana z realizacją czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę, a za dokonanie swych postaci sprawczych odpowiadają oni dopiero po realizacji czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę (w przypadku sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polecającego ukończenie realizacji swej postaci sprawczej przez sprawcę kierowniczego i sprawcę polecającego skutkuje wyłącznie odpowiedzialnością za usiłowanie dokonania aż do momentu realizacji czynu zabronionego przez sprawcę wykonawczego, a w przypadku współsprawstwa nie można mówić nawet o usiłowaniu sprawstwa dopóki wszyscy współsprawcy nie znajdą się w stadium usiłowania dokonania czynu zabronionego³⁸), o tyle podżegacz i pomocnik odpowiadają za realizację (w postaci dokonania) swej postaci zjawiskowej już wtedy, gdy ukończyli to wszystko, co składa się na znamiona podżegania (i odpowiednio pomocnictwa). Dalsza *inter delicta* ma znaczenie tylko na płaszczyźnie wymiaru kary dla podżegacza i pomocnika. Podżegacz może zresztą podżegać także do sprawstwa kierowniczego, polecającego, do współsprawstwa — co przekonuje, że wszystkie te postaci są zrównane ze sprawstwem, są z nim powiązane, i *a contrario*, że takiego powiązania nie ma w przypadku podżegania (i pomocnictwa).

³⁸ Zob. P. Kardas, w: *Kodeks karny...*, tezy 53–56, 71 i 101 do art. 18 k.k.

Można jeszcze wskazać, że zgodnie z polską koncepcją odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo, nakłaniający odpowiada karnie za podżeganie, gdy podżegacz, będący extraneusem, namawia intraneusa do popełnienia przestępstwa indywidualnego. Podżeganie jest bowiem zawsze przestępstwem powszechnym (przesądza to treść art. 18 § 2 k.k., w którym znamię podmiotu jest określone przez zaimek „kto” bez bliższej charakterystyki podmiotu) i nawet fakt, że czyn zabroniony opisany w części szczególnej Kodeksu karnego, do którego podżegacz nakłania, jest przestępstwem indywidualnym, nie zmienia tego, że można dopuścić w takiej sytuacji odpowiedzialność podżegacza za realizację swojego własnego przestępstwa (teza ta odnosi się odpowiednio do pomocnictwa). Skoro zatem podżeganie i pomocnictwo dysponują swoistym znamieniem czynności sprawczej, niezależnym od znamion czynności sprawczej typu czynu zabronionego określonego w części szczególnej Kodeksu karnego, a także swoistym znamieniem skutku, to nic nie stoi na przeszkodzie uznania pojęciowej dopuszczalności krzyżowania się form usiłowania z podżeganiem i pomocnictwem. Zatem ustawowa definicja czynu zabronionego z art. 115 § 1 k.k. w przypadku podżegania i pomocnictwa obejmuje wyłącznie realizację znamion tych postaci zjawiskowych i ta realizacja spełnia wymogi definicyjne czynu zabronionego, jako czynu realizującego znamiona opisane w ustawie karnej.

Żeby zakończyć ten wątek, można jeszcze dogłębniej przeprowadzić analizę normy sankcjonowanej podżegania i pomocnictwa, co pozwoli nam ustalić zakres bezprawności i karalności za czyny zabronione, realizujące znamiona tych postaci popełnienia przestępstwa. Należy podkreślić, że zakaz normy sankcjonowanej jest w przypadku podżegania i pomocnictwa specyficzny, nie zakazuje bowiem realizacji czynu zabronionego, lecz wyraża zakaz nakłaniania do złamania zakazu/nakazu normy sankcjonowanej przez realizację czynu zabronionego, chroniącego dobro prawne. Norma sankcjonowana ma więc w przypadku podżegania i pomocnictwa charakter dwuczęściowy. Traci ona sens bytu w przypadku braku powiązania z normą sankcjonowaną, na której oparte są znamiona typu czynu zabronionego, opisanego w części szczególnej Kodeksu karnego. Jednakże ta norma sankcjonowana czynu zabronionego z części szczególnej Kodeksu karnego ma dla normy sankcjonowanej podżegania i pomocnictwa znaczenie tylko takie, że dookreśla nam przedmiot właściwej czynności podżegacza i pomocnika, wskazując do jakiego konkretnie typu czynu zabronionego podżegacz nakłania, lub w realizacji którego pomocnik udziela pomocy, wiążąc czynność podżegacza i pomocnika z chronionym przez tą normę sankcjonowaną dobrem prawnym.

W tym więc sensie podżeganie i pomocnictwo nie są formami realizacji czynu zabronionego, opisanego w części szczególnej Kodeksu karnego.

Różnicę między postaciami sprawczymi a podżeganiem i pomocnictwem najlepiej widać, gdy porównamy ze sobą podżeganie i sprawstwo polecające, będące figurą bardzo podobną do podżegania. Sprawstwo polecające jest bowiem szczególną postacią nakłaniania do realizacji czynu zabronionego, różniącym się od podżegania jedynie szczególną zależnością między nakłaniającym a nakłanianym, przybierającą postać uzależnienia nakłanianego od nakłaniającego oraz wykorzystaniem tego uzależnienia przez nakłaniającego. Jednakże ustawodawca karny, wprowadzając figurę sprawstwa polecającego do Kodeksu karnego z 1997 r. uznał szczególną więź, jaka łączy w takiej sytuacji nakłaniającego i nakłanianego, uzasadniającą uznanie takiego nakłaniającego za sprawcę czynu zabronionego. W wypadku bowiem sprawstwa polecającego nakłanianie jest w istocie formą wykonania czynu zabronionego przez sprawcę polecającego, który realizując znamiona swej postaci sprawczej, popełnia takie samo przestępstwo jak bezpośredni wykonawca (z treści art. 18 § 1 k.k. wynika, iż sprawca polecający „wykonuje” czyn zabroniony tak samo jak sprawca pojedynczy i współsprawca, tylko w specyficznej postaci sprawstwa, jaką jest sprawstwo polecające). Wynika z tego, że sprawca polecający narusza tą samą normę sankcjonowaną, która jest adresowana do sprawcy pojedynczego i do współsprawcy, zakazującą w przypadku sprawstwa polecającego wykonania czynu zabronionego.

Różnica między podżeganiem i sprawstwem polecającym w stosunku do wykonania czynu zabronionego przez sprawcę pojedynczego bądź współsprawcę polega więc na tym, że o ile podżegacz jedynie uruchamia przebieg przyczynowy, którego konsekwencją jest realizacja czynu zabronionego przez wykonawcę bądź wykonawców, o tyle związek przyczynowy między właściwą czynnością sprawczą sprawcy polecającego a realizacją znamion czynu zabronionego przez sprawcę pojedynczego bądź współsprawców jest tego rodzaju, że uzasadnia przyjęcie stosunku sprawstwa osoby, która wydała polecenie realizacji czynu zabronionego³⁹. Warto odnotować, że jeszcze na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r., który nie znał — poza częścią wojskową — pojęcia sprawstwa polecającego, sądy przyjmowały stosunek sprawstwa w przypadkach realizacji znamion podżegania, które jednak charakteryzowały się taką więzią między nakłaniającym

³⁹ Uwagi i wątpliwości P. Kardasa i cytowanych przez niego autorów, co do charakteru sprawstwa polecającego i celowości uznania takiej figury w Kodeksie karnym z 1969 r. za postać sprawczą, zob. w P. Kardas, w: *Kodeks karny...*, tezy 87–88 do art. 18 k.k.

a nakłanianym, która uzasadniała przypisanie takiemu nakłaniającemu sprawstwa czynu zabronionego.

Nie znajdując żadnych konstrukcyjnych przeciwwskazań dla przyjęcia dopuszczalności usiłowania podżegania, pozostaje jeszcze raz zatrzymać się na względach polityki kryminalnej. Niezależnie bowiem od uzasadnienia odwołującego się do charakteru podżegania, jako przestępstwa z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, politycznokryminalnym uzasadnieniem niedopuszczalności usiłowania podżegania miałyby być przełamanie, poprzez skrzyżowanie postaci stadialnej usiłowania z postacią zjawiskową podżegania, intencji ustawodawcy, zgodnie z którą, prowadzi to do podwójnego rozszerzenia zakresu czynu zabronionego w jego ustawowym typie. Jednak, rozważając kryminalnopolityczne aspekty odpowiedzialności za podżeganie, należy zwrócić uwagę, że polski Kodeks karny kryminalizuje, jako dokonaną postać podżegania, zarówno sytuację, w której sprawca rzeczywiście dokonał czynu zabronionego, do którego był nakłaniany, jak i sytuację, gdy ten sprawca nawet nie usiłował zrealizować znamion tego typu czynu zabronionego. Wskazuje to na to, że kryminalnopolitycznym uzasadnieniem karalności za podżeganie (i pomocnictwo) jest nie tylko stworzenie stanu niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, lecz także określone nastawienie psychiczne podżegacza, który wyobraża sobie czyn zabroniony o znamionach określonych w części szczególnej Kodeksu karnego, realizując znamiona swojej postaci zjawiskowej. Nie ma bowiem większej różnicy, jeżeli chodzi o stopień zagrożenia dla dobra prawnego i społeczną szkodliwość czynu, między sytuacją, w której sprawca wywołał zamiar (decyzję) u podżeganego, który jednak nie zdecydował się na realizację swojego zamiaru (w tym wypadku mamy bez wątpienia do czynienia z realizacją znamion podżegania w postaci dokonania), od sytuacji, gdy czynności sprawcze podżegacza nie wywołały zamierzonego skutku w psychice nakłanianego. Zresztą, założenie tezy o niedopuszczalności usiłowania podżegania ze względów politycznokryminalnych, przy równoczesnym uznaniu formalnego charakteru podżegania⁴⁰ powoduje, że z punktu widzenia dobra prawnego bardziej oddalone na przedpolu jego naruszenia jest dokonane podżeganie według tej koncepcji, niż według poglądu, wymagającego dla realizacji znamion podżegania w postaci dokonania wywołania skutku w postaci decyzji nakłanianego o realizacji znamion czynu zabronionego.

Uznanie tezy dopuszczającej usiłowanie podżegania powoduje, że sytuacje objęte tą formą stadialną podżegania mogą się pokrywać z sytuacjami

⁴⁰ Tak uważa A. Zoll, *Komentarz I...*, teza 3 do art. 13 k.k. i teza 42 do art. 18 k.k.

uznanymi za dokonane podżeganie według koncepcji Andrzeja Zolla (usiłowanie ukończone według koncepcji o materialnym charakterze podżegania i o dopuszczalności krzyżowania się postaci zjawiskowych z formami stadialnymi, odpowiada dokonaniu tej postaci zjawiskowej, według koncepcji uznającej podżeganie i pomocnictwo za przestępstwo formalne i nie dopuszczające możliwości ich usiłowania)⁴¹. A przecież, choć ustawowe zagrożenie za realizację czynu zabronionego w postaci stadialnej usiłowania jest formalnie zrównane z zagrożeniem przewidzianym za dokonanie danego czynu zabronionego, to wydaje się charakteryzować niższym stopniem społecznej szkodliwości czynu. Ponadto można zadać sobie pytanie, czy za dokonane podżeganie można uznać niektóre kategorie stanów faktycznych, jak choćby wysłanie listu zawierającego treść nakłaniającą do dokonania czynu zabronionego, który nawet nie doszedł do adresata, czyli tak naprawdę taki stan faktyczny, w których zagrożenie dla dobra prawnego było marginalne. Niebezpiecznie cienką wydaje się też granica między dokonaniem podżegania, co skutkuje odpowiedzialnością karną za realizację tej postaci zjawiskowej przestępstwa, a w ogóle niekaralnym jej usiłowaniem (np. podżegacz już prawie nakłonił daną osobę do podjęcia decyzji o realizacji czynu zabronionego, ale w ostatnim momencie pojawiła się osoba, której kontrargumenty przeważyły). Prowadziłoby to prawdopodobnie do pewnej obiektywizacji odpowiedzialności karnej, czyli zbytowego uzależnienia podstaw odpowiedzialności karnej od elementów leżących poza osobą sprawcy i nieuwzględniania elementów subiektywnych, związanych z nastawieniem psychicznym sprawcy do realizowanego przez siebie celu.

Oczywiście, już sama kryminalizacja podżegania i pomocnictwa powoduje rozciągnięcie odpowiedzialności karnej na przedpole dokonania czynu zabronionego, określonego w przepisach części szczególnej Kodeksu karne-

⁴¹ Zwraca na to uwagę P. Kardas, który pisze, że „Wszak zwolennicy czysto formalnego charakteru podżegania i pomocnictwa przyjmują, że te postaci są dokonane już w chwili nakłaniania lub udzielania pomocy, niezależnie od rezultatów jakie wynikają z podjęcia przez podżegacza lub pomocnika tych czynności. Podżeganie i pomocnictwo są zatem w tym ujęciu dokonane także wówczas, gdy osoba nakłaniana nie dała się w ogóle nakłonić lub gdy nie zostały w rzeczywistości stworzone warunki, w których dokonanie czynu zabronionego przez inną osobę byłoby łatwiejsze niż w sytuacji, w której brak byłoby jakiegokolwiek zachowania ze strony udzielającego pomocy. A przecież te właśnie sytuacje, wedle prezentowanego w niniejszym opracowaniu stanowiska, stanowią przypadki usiłowanego podżegania i pomocnictwa” — P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 867. Analizując cytowany fragment można dojść do wniosku, że w gruncie rzeczy różnica między stanowiskami A. Zolla a P. Kardasa ma charakter dogmatyczny, a nie kryminalnopolityczny.

go, i na przedpole naruszenia dobra prawnego, chronionego przez te przepisy. Konstrukcja usiłowania podżegania prowadzi do dalszego rozciągnięcia odpowiedzialności karnej na etap poprzedzający już nawet dokonanie danej postaci zjawiskowej, ale zawsze, jak zauważa Piotr Kardas⁴², sytuację taką możemy rozwiązywać w oparciu o konstrukcję znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu. Nie powinno się jednak *a priori* odrzucać odpowiedzialności podżegacza (i pomocnika) za realizację znamion usiłowania podżegania, gdyż konkretne zachowanie sprawcy, realizujące znamiona usiłowania podżegania, mogą charakteryzować się dużym natężeniem karnoprawnego bezprawia (czasem ładunek karnoprawnego bezprawia takiego nieskutecznego podżegania może być wręcz większy niż podżegania, powodującego co prawda wywołanie decyzji odnośnie realizacji znamion typu czynu zabronionego, w wyniku którego nakłaniany nie podjął jednakże żadnych kroków zmierzających do urzeczywistnienia tej decyzji). Trzeba bowiem pamiętać o tym, że norma sankcjonowana i norma sankcjonująca podżegania i pomocnictwa chroni to samo dobro prawne, co norma sankcjonowana i norma sankcjonująca odpowiedniego typu czynu zabronionego, do którego podżegacz nakłania lub w realizacji którego pomocnik udziela pomocy⁴³. Można równie łatwo kryminalnopolitycznie uzasadnić, że w przypadku dobra prawnego o wyższej wartości społecznej, znacznie bardziej będzie uzasadnione pociągnięcie sprawcy do odpowiedzialności karnej za usiłowanie podżegania bądź pomocnictwa do typu czynu zabronionego naruszającego to dobro prawne, niż pociąganie do odpowiedzialności karnej podżegacza bądź pomocnika za dokonane podżeganie, nawet połączone z dokonaniem przestępstwa przez nakłaniającego, w sytuacji, gdy dobro prawne chronione przez typ czynu zabronionego, do którego popełnienia podżegacz nakłaniał lub w realizacji którego pomocnik pomagał, jest znacznie mniejszej wartości społecznej⁴⁴. Warto natomiast przy tej okazji zaznaczyć, że liczba spraw

⁴² P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 868.

⁴³ Zob. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 598 i n.; A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 185.

⁴⁴ Wydaje się np., że znacznie większym natężeniem karnoprawnego bezprawia będzie charakteryzować się usiłowanie podżegania bądź pomocnictwa do zbrodni zabójstwa niż nawet dokonane podżeganie, połączone z dokonaniem przestępstwa przez wykonawcę w sytuacji, gdy taki czyn zabroniony był zagrożony na przykład karą pozbawienia wolności do lat trzech. Warto też przytoczyć tu pogląd P. Kardasa (*Teoretyczne podstawy...*, s. 865 i n.), że względy polityki kryminalnej nie mogą zastępować konstrukcji ustawowych i że względami tymi można uzasadnić nie tylko zawężenie, ale i rozszerzenie odpowiedzialności karnej. Autor podaje wymowny przykład możliwości posłużenia się konstrukcją usiłowania podżegania i pomocnictwa w przypadku walki z przestępczością zorganizowaną, w sytuacji,

o podżeganie i pomocnictwo w polskiej praktyce sądowej nie jest zbyt duża, co świadczy o tym, że sądy, nawet w przypadku dokonanego podżegania i pomocnictwa, chętnie korzystają z możliwości zastosowania konstrukcji znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu, a zatem z materialno-prawnego oportunistu.

Można jeszcze dodać, że niedopuszczalność usiłowania podżegania i pomocnictwa bywa uzasadniana jeszcze tym, że choć obydwie te postaci zjawiskowe są nieakcesoryjne wobec realizacji znamion typu czynu zabronionego przez osobę, na którą podżegacz oddziaływał, to jednak w jakimś stopniu są związane z tym czynem zabronionym⁴⁵. Przyjęcie konstrukcji usiłowania podżegania i pomocnictwa miałyby zupełnie odrywać realizację znamion postaci zjawiskowej podżegania od realizacji znamion postaci sprawczej czynu zabronionego.

Również treść art. 22 § 1, będącego szczególną dyrektywą wymiaru kary dla podżegacza i pomocnika, w przypadku, gdy bezpośredni sprawca znalazł się jedynie w stadium usiłowania, za pomocą zwrotu, że odpowiadają oni „jak za usiłowanie”, mogłaby sugerować, że postać stadialna usiłowania nie odnosi się do podżegania i pomocnictwa. Od chwili wejścia w życie Kodeksu karnego z 1997 r. przepis ten stanowi przedmiot dociekliwych rozważań w doktrynie. Dla części autorów brzmienie art. 22 k.k. stanowi argument za uznaniem skutkowego charakteru podżegania i pomocnictwa, przy czym ów skutek polegać by miał na dokonaniu czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę. Konsekwencją takiego rozumienia skutku, jako rezultatu aktywności podżegacza i pomocnika jest uznanie, że Kodeks karny z 1997 r. odszedł od makarewiczowskiej koncepcji nieakcesoryjności postaci zjawiskowych popełnienia przestępstwa, uzależniając realizację znamion podżegania i pomocnictwa od dokonania czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę⁴⁶. Inni autorzy, niezależnie od kwestii

gdy skazanie sprawcy na innej podstawie nie jest możliwe, oraz kryminalnopolityczne uzasadnienie zastosowania tej konstrukcji.

⁴⁵ Pogląd taki prezentuje na gruncie obecnie obowiązującego Kodeksu karnego przede wszystkim G. Rejman, która uważa, że akcesoryjność podżegania i pomocnictwa przejawia się w dwóch płaszczyznach: pierwszej, dotyczącej rozciągnięcia cechy podmiotu posiadanej choćby przez jednego ze sprawców, która decyduje o karalności czynów zabronionych (przestępstwa indywidualne właściwe) lub o wyższej karalności (przestępstwa indywidualne niewłaściwe), na podżegacza i pomocnika; drugiej, dotyczącej uzależnienia drogi przestępczej sprawcy, którego nakłaniano, lub któremu udzielano pomocy. Pogląd ten poddał wnikliwej krytyce P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 853 i n.

⁴⁶ Na gruncie obecnie obowiązującego Kodeksu karnego tezę tę prezentuje będący przez

akcesoryjności i skutkowości podżegania i pomocnictwa, podkreślają, że art. 22 k.k. stanowi swoisty *lex specialis* w stosunku do art. 13 k.k., będąc szczególną podstawą odpowiedzialności za usiłowanie podżegania i pomocnictwa⁴⁷. Konsekwencją wprowadzenia do Kodeksu karnego takiej szczególnej podstawy odpowiedzialności karnej podżegacza i pomocnika miałyby być przesądzenie, że w odniesieniu do obu tych postaci popełnienia przestępstwa nie mają zastosowania ogólne przepisy dotyczące odpowiedzialności za usiłowanie popełnienia przestępstwa, a co za tym idzie przesądzenie, że z usiłowanym podżeganiem i pomocnictwem mamy do czynienia w przypadku usiłowania popełnienia czynu zabronionego przez sprawcę, a nie w przypadku usiłowania, przez podżegacza i pomocnika, realizacji znamion swej postaci zjawiskowej.

Należy podkreślić, że Kodeks karny nie daje podstaw normatywnych do prezentowania takich poglądów. Po pierwsze już wykładnia literalna art. 22 § 1 k.k., w którym jest mowa o odpowiedzialności karnej podżegacza i pomocnika w przypadku usiłowania dokonania czynu zabronionego przez wykonawcę „jak za usiłowanie”, przesądza o tym, że nie mamy tutaj do czynienia z odpowiedzialnością karną za usiłowanie, lecz szczególną dyrektywą nakazującą w takim przypadku stosować reguły odpowiedzialności karnej za usiłowanie. O ile, na pierwszy rzut oka, mogłoby się wydawać, że regulacja taka jest co najmniej nielogiczna ze względu na zrównane w Kodeksie ustawowe zagrożenie za realizację czynu zabronionego w postaci dokonania i usiłowania, to jednak należy pamiętać, że usiłowanie, jako ogólna postać stadialna popełnienia każdego przestępstwa, charakteryzuje się niższym, abstrakcyjnie ujmowanym, stopniem społecznej szkodliwości czynu, i, jako takie, w braku przeciwnych argumentów uzasadnionych okolicznościami konkretnej sprawy, powinno być w ramach dyrektyw sędziowskiego wymiaru kary traktowane łagodniej niż dokonanie danego czynu zabronionego.

Po drugie, przyjęcie, że z usiłowaniem podżegania i pomocnictwa mamy do czynienia w przypadku usiłowania realizacji czynu zabronionego

wiele lat zwolennikiem nieakcesoryjnego charakteru podżegania i pomocnictwa A. Wąsek, *Kodeks karny...*, s. 264 i 290. Zob. też G. Rejman, w: E. Bieńkowska i in., *Kodeks karny...*, s. 662–663. J. Giezek, *Kodeks karny...*, s. 131 pisze, że przepis art. 22 k.k. stanowi „pewien wyłom, kryminalnopolitycznie jak się zdaje uzasadniony, w polskiej koncepcji podżegania i pomocnictwa”.

⁴⁷ Zob. G. Rejman, *Granica między przygotowaniem a usiłowaniem podżegania i pomocnictwa do przestępstwa*, „Palestra” 1962, nr 12, s. 48; czy chyba najdobitniej A. Wąsek, *Kodeks karny...*, s. 289–290. Warto jednak zwrócić uwagę na to, że autor ten dopuszcza jednak konstrukcję usiłowania podżegania i pomocnictwa na zasadach ogólnych.

przez bezpośredniego wykonawcę, prowadziłyby do znacznego utrudnienia w uzasadnieniu odpowiedzialności karnej za tzw. niewłaściwe podżeganie do przestępstw nieumyślnych, jako że usiłowanie, jako postać stadialna popełnienia przestępstwa, odnosi się wyłącznie do przestępstw umyślnych. Przyjęcie tezy, według której art. 22 k.k. ma znaczenie na płaszczyźnie znamion podżegania, prowadziłyby do niemożliwości usiłowania podżegania i pomocnictwa do przestępstwa nieumyślnego, pomimo faktu, że zarówno podżegacz, jak i pomocnik działają przeciw z zamiarem popełnienia przestępstwa w swej postaci zjawiskowej.

Po trzecie, można w tym miejscu przywołać całą przedstawioną w tym artykule argumentację, dotyczącą samodzielności znamion podżegania i pomocnictwa, co przesądza o tym, że obydwie te postaci zjawiskowe przestępstwa mają samodzielny moment realizacji znamion tych postaci, niezależny od realizacji, czy nawet usiłowania realizacji czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę⁴⁸.

Po czwarte, trzeba pamiętać, że regulacja podobna do obecnego art. 22 k.k. istniała w Kodeksie karnym z 1932 r. (był to wtedy art. 29 k.k.). Na temat normatywnego znaczenia tamtego przepisu miał okazję wypowiedzieć się jeden z twórców tamtego Kodeksu karnego, a zarazem twórca polskiej koncepcji odpowiedzialności karnej za podżeganie i pomocnictwo — Juliusz Makarewicz. Z jego komentarza jednoznacznie wynika, że celem wprowadzenia tej regulacji do ówczesnego Kodeksu karnego była nie modyfikacja znamion podżegania i pomocnictwa w kierunku uzależnienia odpowiedzialności karnej podżegacza i pomocnika od realizacji czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę, a jedynie pewna sugestia dla sądu, aby łagodniej traktował podżegacza i pomocnika w przypadkach, w których do realizacji czynu zabronionego i do naruszenia dobra prawnego w rzeczywistości nie doszło⁴⁹.

⁴⁸ Pogląd, wedle którego art. 22 k.k. nie ma żadnego znaczenia na płaszczyźnie znamion podżegania i pomocnictwa, zarazem ma on znaczenie na płaszczyźnie wymiaru kary w przypadkach dokonanego podżegania i pomocnictwa, głoszą na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego P. Kardas, w: *Kodeks karny...*, teza 5 do art. 22 k.k.; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 574 i n.; A. Zoll, *Podstawy teoretyczne...*, s. 35; A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo...*, s. 54; A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa...*, s. 187; J. Giezek, *Kodeks karny...*, s. 119.

⁴⁹ J. Makarewicz, w: *Kodeks karny z 1932 r. z komentarzem*, s. 107. Stwierdzał mianowicie, że „kodeks czyni pewne odstępstwa od ścisłej konsekwencji na rzecz tradycyjnego powiązania odpowiedzialności podżegacza i pomocnika z działaniem głównym” i „Nie ma to praktycznego znaczenia innego, jak tylko zwrócenie uwagi sędziego na okoliczność, że w granicach ustawowego wymiaru kary może uwzględnić tę sytuację jako okoliczność łagodzącą lub uzasadniającą wyjątkowe traktowanie”.

Wreszcie po piąte, należy zwrócić uwagę na pewną niespójność między art. 22 § 1 i 22 § 2, z którego jednoznacznie wynika, że ustawodawca uznaje, iż w przypadku braku nawet usiłowania realizacji znamion czynu zabronionego po stronie bezpośredniego wykonawcy (art. 22 § 2 k.k.), mamy do czynienia z dokonanym przestępstwem w postaci zjawiskowej podżegania albo pomocnictwa, stwarza dodatkowy argument za tezą, iż art. 22 § 1 k.k. należy interpretować wyłącznie na płaszczyźnie dyrektyw wymiaru kary.

Wszystkie powyższe argumenty uzasadniają tezę, że art. 22 k.k. jest wyłącznie dyrektywą sądowego wymiaru kary dla podżegacza i pomocnika, w sytuacji, gdy bezpośredni wykonawca jedynie usiłował zrealizować czyn zabroniony o znamionach opisanych w ustawie karnej (art. 22 § 1 k.k.) bądź nawet nie usiłował go zrealizować (art. 22 § 1 k.k.). Ta dyrektywa jest pewną próbą obejścia wynikającego z koncepcji J. Makarewicza całkowitego uniezależnienia odpowiedzialności karnej podżegacza i pomocnika od stadium zaawansowania bezpośredniego wykonawcy, przez pozostającą poza znamionami podżegania sugestią dla organu stosującego prawo, aby łagodniej traktował podżegacza i pomocnika w przypadkach wskazanych w tym przepisie. Ta dyrektywa jest uzasadniona coraz mniejszą potencjalną szkodliwością czynu podżegacza i pomocnika w miarę oddalania się od dokonania stadium realizacji czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę i coraz mniejszym rzeczywistym zagrożeniem dla dobra prawnego przez tę aktywność podżegacza i pomocnika w miarę takiego oddalania się.

Pozwolę sobie tutaj jednak na przedstawienie pewnej wątpliwości, związanej z treścią art. 22 k.k., która w mojej ocenie może być jedyną podstawą do głoszenia tezy, że polski Kodeks karny z 1997 r. jednak nie dopuszcza możliwości usiłowania podżegania i pomocnictwa. Otóż cały mój dotychczasowy wywód zmierzał do przekonania, że polska ustawa karna nie zawiera żadnego przepisu, który wykluczałby możliwość usiłowania w odniesieniu do podżegania i pomocnictwa, przy równoczesnym wskazaniu, iż względy polityki kryminalnej nie mogą samodzielnie przesądzać o wykluczeniu jakiejś konstrukcji (w tym wypadku karalności usiłowania podżegania i pomocnictwa) bez podstawy ustawowej. Bowiem w przypadku zarówno kodeksowej regulacji znamion usiłowania (art. 13 k.k.), jak i znamion podżegania i pomocnictwa (art. 18 § 2 k.k.), brak regulacji szczególnej odnoszącej się do usiłowania tych postaci zjawiskowych nie może uzasadniać tezy, że Kodeks karny zabrania posługiwania się taką konstrukcją. Jej dopuszczalność możemy wywnioskować bowiem z zasad ogólnych, a w szczególności uznania, że zakres pojęcia „czyn zabroniony”, do którego dokonania ma zmierzać podżegacz i pomocnik, obejmuje czyny zabronione

o znamionach podżegania i pomocnictwa. Sytuacja jest inna, gdy przeanalizujemy treść art. 22 k.k. W tym bowiem przepisie w sposób szczegółowy wskazano dyrektywy wymiaru kary dla podżegacza i pomocnika w obydwu przypadkach dokonanego podżegania i pomocnictwa, z którym jednak nie łączyło się dokonanie czynu zabronionego przez wykonawcę. Można sobie zadać pytanie, czy brak w artykule 22 k.k. regulacji dotyczącej dyrektywy wymiaru kary dla usiłowanego podżegania i pomocnictwa nie przesądza o tym, że taka konstrukcja nie istnieje na gruncie obowiązującego Kodeksu karnego, gdyż w innym wypadku ustawodawca wprowadziłby do art. 22 k.k. również szczególną dyrektywę wymiaru kary, odnoszącą się do przypadków usiłowanego podżegania i pomocnictwa. Na gruncie wszystkich przyjętych reguł wykładni w prawie karnym, a zwłaszcza wykładni systemowej, taka interpretacja jest dopuszczalna. Można by z jednej strony zastosować regułę wykładni *a maiori ad minus* i przyjąć, że w przypadku usiłowania podżegania i pomocnictwa należy do takiego podżegacza i pomocnika stosować dyrektywę wymiaru kary z art. 22 § 2 k.k. Jednak z drugiej strony można też uznać *a contrario*, że skoro Kodeks karny nie przewidział szczególnej dyrektywy wymiaru kary dla podżegacza i pomocnika, którzy jedynie usiłowali zrealizować znamiona swej postaci zjawiskowej, to znaczy, że nie przewidział takiej konstrukcji. Ponadto, wbrew pozorom, wydaje się, że stosowanie tutaj argumentu *a maiori ad minus* byłoby wykładnią z analogii na niekorzyść sprawcy, gdyż pomimo możliwości zastosowania wobec sprawcy usiłowania podżegania i pomocnictwa instytucji nadzwyczajnego złagodzenia wykonania kary, a nawet odstąpienia od jej wykonania, to gdy potraktować treść art. 22 k.k. także jako sugestię, że konstrukcja usiłowania podżegania i pomocnictwa nie jest objęta zakresem regulacji Kodeksu karnego, to wtedy wykładnia *a maiori ad minus* prowadzi do rozszerzenia zakresu odpowiedzialności karnej.

Należy ostatecznie dojść do wniosku, że SN słusznie opowiedział się za uznaniem dopuszczalności usiłowania podżegania i pomocnictwa, jako odrębnych postaci zjawiskowych przestępstwa. Jednak uzasadnienie SN pomija wiele istotnych dla rozstrzygnięcia tego zagadnienia problemów, zupełnie nie zajmując się kwestiami polityki kryminalnej oraz umiejscowieniem podżegania i pomocnictwa w ramach podziału przestępstw na te z naruszenia i z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, a także miejscami w powierzchowny sposób analizując zagadnienia konstrukcyjne, co nie przyczyni się na pewno do przycichnięcia w doktrynie sporów o dopuszczalność usiłowania podżegania i pomocnictwa. Pewną luką w uzasadnieniu SN jest też brak odniesienia w uzasadnieniu uchwały do zwolenników odmiennie-

go stanowiska — SN nie próbował więc nawet przekonać przeciwników takiego stanowiska (przede wszystkim A. Zolla), zadowolając się cytowaniem tych prac, w których znalazł oparcie dla przyjętej przez siebie tezy⁵⁰. W szczególności, rozpatrzenie problemów kryminalnopolitycznych i tych związanych z odpowiedzialnością karną za przestępstwa z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo w kontekście omawianego zagadnienia nie powodowałoby wyjścia poza granice pytania prawnego, gdyż SN zgodnie z treścią tego pytania mógł rozpatrzyć wszystkie incydentalne okoliczności, mające wpływ na rozstrzygnięcie zasadniczej kwestii dopuszczalności usiłowania podżegania i pomocnictwa, a nie tylko problem skutkowego bądź bezskutkowego charakteru podżegania (i pomocnictwa).

Ostatnim problemem, poruszonym w uchwale SN, jest zagadnienie tzw. łańcuszkowego podżegania i pomocnictwa, czyli podżegania i pomocnictwa nie do czynu zabronionego o znamionach określonych w części szczególnej Kodeksu karnego, ale do czynu zabronionego o znamionach podżegania lub pomocnictwa. Zagadnienie to również wzbudzało kontrowersje w doktrynie i orzecznictwie. Sąd Najwyższy, podobnie jak w kwestii dopuszczalności usiłowania podżegania, uznał możliwość takiego łańcuszka nakłaniania. Skład orzekający tego sądu wywiódł swe stanowisko z interpretacji czynu zabronionego, jako obejmującego zakresem swego pojęcia, zgodnie z art. 115 § 1 k.k., także zachowania o znamionach podżegania i pomocnictwa. Wszystkie rozważania na temat samodzielności znamion podżegania i pomocnictwa można odnieść także do tego problemu. Słusznie zatem SN stwierdza, że użyte w art. 18 § 2 k.k. określenie czynności sprawczej podżegacza jako nakłaniania do realizacji znamion typu czynu zabronionego, można też odnieść do nakłaniania do realizacji czynu o znamionach podżegania i pomocnictwa. Przesądza to o dopuszczalności tego łańcuszkowego podżegania i pomocnictwa⁵¹. Oczywiście i w tym wypadku pojawia się problem, tym razem jeszcze większego wyjścia na przedpole narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Takie łańcuszkowe podżeganie może przybrać wręcz karykaturalne formy, w postaci na przykład podżegania do

⁵⁰ Chodzi tu o: P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...* i R. Sarkowicz, *Wyrażanie przyczynowości...*

⁵¹ SN kontynuuje w ten sposób raczej jednorodną linię orzeczniczą, zapoczątkowaną jeszcze przez orzeczenie z dn. 3 XII 1964 r., w którym stwierdzono, że podżegacz nie mający bezpośredniego dostępu do osoby, którą chce nakłonić do pożądanego przez siebie działania, może posłużyć się osobą trzecią. Posłużenie się osobą trzecią w roli pośrednika nie odbiera działaniu cech podżegania (wyrok SN z dn. 3 XII 1964 r., VI KO 36/62, OSPiKA 1966, nr 10, poz. 12; zob. też np. wyrok SN z dn. 4 XI 1966 r., VI KZP 33/66, OSNKW 1966, nr 12, poz. 127).

podżegania do podżegania do podżegania do popełnienia czynu zabronionego o znamionach opisanych w części szczególnej Kodeksu karnego, albo nawet do np. sprawstwa polecającego. Pojęciowo jest bowiem możliwa do wyobrażenia dowolna długość takich łańcuszków podżegania. Ale właśnie w takiej sytuacji łańcuszkowego podżegania i łańcuszkowego pomocnictwa szczególnego znaczenia nabiera możliwość wyłączenia odpowiedzialności karnej w oparciu o konstrukcję znikomego stopnia społecznej szkodliwości czynu. I chyba najczęściej tak owo podżeganie do podżegania i podżeganie do pomocnictwa będzie rozwiązywane przez praktykę sądową.

Należy, pomimo pewnych braków argumentacyjnych, zgodzić się z odpowiedzią SN na zadane mu pytanie prawne, dopuszczając konstrukcję usiłowania podżegania, i to nie tylko do czynów zabronionych opisanych w części szczególnej Kodeksu karnego, ale także do czynów zabronionych o znamionach podżegania i pomocnictwa. Jednak zawłość problemu, fakt powoływania się przez zwolenników i przeciwników tej tezy na te same rodzajowo argumenty konstrukcyjne i kryminalnopolityczne powoduje, że orzeczenie to nie tylko prawdopodobnie nie doprowadzi do rozwiązania tej fundamentalnej, z punktu widzenia zasad odpowiedzialności karnej, kwestii, ale stanie się nowym impulsem, wywołującym ze zdwojoną siłą dawne kontrowersje i spory. Bo jednolite stanowisko doktryny w tej kwestii chyba jest niemożliwe. Uchwała SN może jednak doprowadzić do ujednoczenia orzecznictwa sądowego w tym zagmatwanym problemie, co przyczyni się do większej pewności co do tego, czy czyny realizujące znamiona usiłowania podżegania (i pomocnictwa) są czynami zabronionymi przez ustawę pod groźbą kary. Choć bowiem orzeczenia SN nie są w Polsce źródłami powszechnie obowiązującego prawa, to autorytet SN i fakt jego kontroli kasacyjnej nad wyrokami sądów karnych, wpłyną na orzeczenia sądowe w tej kwestii.