

MAREK BIELSKI

ZASADY WYMIARU KARY ZA PODŻEGANIE I POMOCNICTWO

I.

Zagadnienia związane z ustawowym wymiarem kary za zjawiskowe formy popełnienia przestępstwa pozostają na marginesie dogmatycznych rozważań, związanych z teoretycznymi podstawami odpowiedzialności karnej za sprawcze, jak i niesprawcze postacie współdziałania przestępnego¹. Szczególnie interesujące wydają się zasady wymiaru kary za podżeganie i pomocnictwo do konkretnych typów czynów zabronionych, opisanych w Kodeksie karnym albo w przepisach pozakodeksowych w świetle różnic w teoretycznym ujęciu podstaw odpowiedzialności za niesprawcze formy przestępnego współdziałania. W szczególności, w polskiej dogmatyce prawa karnego, wyjątkowo sporne jest zagadnienie formalnego bądź materialnego charakteru podżegania i pomocnictwa. Rozstrzygnięcie tej zasadniczej kwestii podstaw odpowiedzialności za niesprawcze formy przestępnego

¹ P. K a r d a s, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001; A. L i s z e w s k a, *Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie*, PiP 2000, nr 6; A. L i s z e w s k a, *Odpowiedzialność karna za współdziałanie przy przestępstwach indywidualnych w polskim prawie karnym*, CPKiNP 2004, z. 1; R. D ę b s k i, *O teoretycznych podstawach regulacji współdziałania przestępnego w Kodeksie karnym z 1997 r.*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1998, t. LVIII; L. T y s z k i e w i c z, *Problemy współdziałania przestępnego de lege ferenda*, „Palestra” 1990, nr 1; A. W ą s e k, *Współsprawstwo w polskim prawie karnym*, Warszawa 1977; W. W o l t e r, *Zagadnienie uczestnictwa w przestępstwie*, „Nowe Prawo” 1955, nr 7/8; W. W o l t e r, *Problem usiłowanego podżegania i pomocnictwa*, PiP 1974, nr 1; A. Z o l l, *Odpowiedzialność za przygotowanie lub usiłowanie przestępstwa w przypadku współdziałania wielu osób*, w: *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci profesora Kazimierza Buchały*, red. Z. Ćwiakalski, M. Szewczyk, S. Waltoś, A. Zoll, Kraków 1994; A. Z o l l, *Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępnego w projekcie kodeksu karnego*, PiP 1996, nr 6.

współdziałania będzie miało również istotny wpływ na podstawy i zakres kary wymierzanej za podżeganie i pomocnictwo. W zależności od przyjętej konstrukcji teoretycznej różne będą granice ich dokonanych form, a tym samym różna będzie odpowiedź na pytanie, czy usiłowanie podżegania i pomocnictwa jest na gruncie polskiego prawa karnego karalne, a jeśli tak to jakie są podstawy i zakres karalności tych form? Dlatego interesujące wydaje się przeanalizowanie z punktu widzenia zagadnienia karalności prezentowanych w doktrynie poglądów na temat formalnego lub materialnego charakteru podżegania i pomocnictwa.

II.

W doktrynie można wyróżnić trzy stanowiska w kwestii materialnego lub formalnego² charakteru niesprawczych postaci przestępnego współdziałania. Model najszerszej określający zakres odpowiedzialności za dokonane podżeganie lub pomocnictwo oparty jest na założeniu, że te formy zjawiskowe są przestępstwami formalnymi. Pozostałe dwa stanowiska zakładają materialny charakter podżegania i pomocnictwa, przy czym zupełnie odmiennie rozumiane jest w nich pojęcie skutku.

Stanowisko przyjmujące formalny charakter podżegania i pomocnictwa sprowadza się do tezy, że dla dokonania znamion przedmiotowych odrębnego czynu zabronionego³ w postaci podżegania lub pomocnictwa do konkretnego przestępstwa opisanego w przepisie części szczególnej Kodeksu karnego albo w przepisie pozakodeksowym, wystarczające jest, w wypadku podżegania, ukończenie czynności nakłaniania innej osoby do dokonania czynu zabronionego, a w wypadku pomocnictwa — ukończenie czynności ułatwiających dokonanie innej osobie czynu zabronionego. Dla stwierdzenia, że mamy do czynienia ze stadium dokonania którejś z form niesprawczych nie będzie miało więc znaczenia, czy czyn zabroniony, do którego podżegacz nakłaniał,

² Na temat podziału na przestępstwa materialne i formalne zob. K. Buchała, A. Zoll, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 137; A. Zoll, w: *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–116 k.k.*, red. A. Zoll, Kraków 2004, s. 76 i n. (tezy 3–6 do art. 2).

³ W doktrynie prawa karnego i orzecznictwie nie budzi dziś wątpliwości pogląd, że podżeganie i pomocnictwo do konkretnego typu czynu zabronionego stanowią odrębne typy czynów zabronionych, nie są zaś technicznymi formami popełnienia danego przestępstwa. P. Kardas, *op. cit.*, s. 652; A. Spółkowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 184; A. Zoll, *Podstawy...*, *op. cit.*, s. 36; R. Dębski, *op. cit.*, s. 124; A. Liszewska, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 15 i n.; także A. Liszewska, *Podżeganie...*, *op. cit.*, s. 52.

albo który pomocnik ułatwiał popełnić, rzeczywiście zostanie dokonany przez sprawcę bezpośredniego, ani nawet czy podżegacz wywołał u adresata przekazu zamiar dokonania określonego czynu zabronionego, ani czy bezpośredni wykonawca skorzystał z sytuacji obiektywnie ułatwiającej mu popełnienie czynu zabronionego stworzonej przez pomocnika. Odpowiedzialność za dokonaną formę podżegania lub pomocnictwa aktualizuje się więc już z momentem ukończenia czynności nakłaniania innej osoby do dokonania czynu zabronionego, leżącego w granicach zamiaru bezpośredniego podżegacza lub ułatwienia dokonania czynu zabronionego innej osobie, którego popełnienia chce lub, przynajmniej, na popełnienie którego godzi się pomocnik⁴. Pogląd o formalnym charakterze niesprawczych postaci przestępnego współdziałania w pełni odpowiada więc założeniom polskiej konstrukcji podżegania i pomocnictwa⁵ zrywającej z akcesoryjnym charakterem odpowiedzialności za te formy zjawiskowe.

Drugi pogląd opiera się na założeniu, że niesprawcze formy przestępnego współdziałania są przestępstwami materialnymi o specyficznym ujmowanym skutku, w postaci konieczności wzbudzenia przez podżegacza u bezpośredniego wykonawcy zamiaru popełnienia czynu zabronionego albo skutku w postaci ułatwienia przez pomocnika innej osobie wykonania czynu zabronionego. Dla przyjęcia dokonanego stadium podżegania lub pomocnictwa nie jest więc wystarczające jedynie ukończenie czynności realizujących znamiona czasownikowe nakłaniania lub ułatwiania, ale konieczne jest wykazanie skutku w postaci tego, że w wyniku działań podżegacza u adresata wystąpił zamiar dokonania czynu zabronionego, do którego był nakłaniany, albo skutku w postaci stworzenia przez pomocnika obiektywnego stanu ułatwiającego realizację czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę. Wedle tego poglądu nie ma natomiast znaczenia, czy bezpośredni wykonawca dokona czynu zabronionego. Odpowiedzialność podżegacza i pomocnika jest również w tym wypadku niezależna od stadium dokonania czynu

⁴ Za bezskutkowym charakterem podżegania i pomocnictwa opowiadają się m.in. A. Z o 11, *Podstawy...*, *op. cit.*, s. 35; A. Z o 11, w: K. B u c h a ł a, A. Z o 11, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1–116*, Kraków 1998, s. 182; R. D ę b s k i, *op. cit.*, s. 124. Na gruncie Kodeksu karnego z 1969 r. za formalnym charakterem podżegania i pomocnictwa opowiadał się także A. W ą s e k, *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa 1973, s. 84 i n.; por. A. W ą s e k, *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1 (art. 1–31), Gdańsk 1999, s. 265 (teza 92 do art. 18).

⁵ P. K a r d a s, *op. cit.*, s. 43 i n.; P. K a r d a s, w: *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 283; A. Z o 11, *Podstawy...*, *op. cit.*, s. 34 i n.; A. Z o 11, w: K. B u c h a ł a, A. Z o 11, *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 137 i n.; R. D ę b s k i, *op. cit.*, s. 114 i n.

zabronionego przez sprawcę bezpośredniego. Zgodnie z polską konstrukcją podżegania i pomocnictwa, odpowiedzialność za te formy zjawiskowe nie ma więc charakteru akcesoryjnego. Niektórzy reprezentanci tego poglądu uznają niesprawcze formy przestępczego współdziałania za odmiany przestępstwa konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo, dopuszczając tym samym karalność usiłowania podżegania i pomocnictwa⁶.

Trzeci pogląd uznaje podżeganie i pomocnictwo za przestępstwa materialne, gdzie skutkiem, przesądzającym o wystąpieniu stadium dokonania tych postaci zjawiskowych, jest popełnienie czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę. Tym samym koncepcja ta zakłada akcesoryjny charakter odpowiedzialności za podżeganie lub pomocnictwo, uzależniając dokonanie niesprawczych form przestępczego współdziałania od wykonania zachowania przestępczego przez sprawcę bezpośredniego⁷. Wszelkie inne przypadki niż ten, że w wyniku podżegania sprawca bezpośredni dokonał czynu zabronionego, albo przy ułatwieniu przez pomocnika doszło do dokonania czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę, należy co najwyżej uznawać za przypadki usiłowania podżegania lub pomocnictwa. Pogląd ten jest nie do przyjęcia na gruncie obowiązującego uregulowania kodeksowego, które wyraźnie — w zamyśle ustawodawcy — odwoływało się do polskiej konstrukcji podżegania i pomocnictwa⁸, zrywającej w swych założeniach z akcesoryjnym charakterem odpowiedzialności podżegacza i pomocnika.

Należy bardzo wyraźnie podkreślić, że przyjęcie któregoś z prezentowanych w doktrynie poglądów wiąże się z istotnymi implikacjami na płaszczyźnie wymiaru kary za niesprawcze formy przestępczego współdziałania. Takie a nie inne określenie zakresu dokonanych form podżegania i pomocnictwa ma niebagatelny wpływ na zakres karalności za te postacie zjawiskowe.

⁶ Konieczność wystąpienia skutku w postaci przeżycia psychicznego w formie nakłonienia sprawcy bezpośredniego przez podżegacza lub ułatwienia dokonania czynu zabronionego przez pomocnika do przyjęcia dokonania niesprawczej formy popełnienia przestępstwa wymagają P. Kardaś, *op. cit.*, s. 575 i n.; P. Kardaś, w: *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 348 i 374; A. Liszewska, *Podżeganie...*, *op. cit.*, s. 54 i n., A. Spółkowski, *Funkcja...*, *op. cit.*, s. 186, a także SN w uchwale składu 7 sędziów z 21 X 2003 r., I KZP 11/03, OSNKW 2003, nr 11/12, poz. 89.

⁷ Za uzależnieniem odpowiedzialności za dokonane podżeganie i pomocnictwo od skutku w postaci dokonania czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę opowiadają się na gruncie Kodeksu karnego z 1997 r. A. Wąsek, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 263 i n.; G. Rejman, w: E. Biernkowska, B. Kunicka-Michałska, G. Rejman, J. Wojciechowska, *Kodeks karny. Część ogólna*, Warszawa 1999, s. 625 i n.

⁸ *Nowe kodeksy karne z uzasadnieniami*, Warszawa 1997, s. 126–127.

III.

Zanim zostaną omówione konsekwencje przyjęcia na płaszczyźnie wymiaru kary którejs z wyżej wymienionych koncepcji, dotyczących formalnego bądź materialnego charakteru niesprawczych postaci przestępnego współdziałania, konieczne jest najpierw ustosunkowanie się do zagadnienia dopuszczalności karalności usiłowania podżegania i pomocnictwa⁹. Opowiadając się za możliwością krzyżowania się zakresów postaci zjawiskowych w formie podżegania lub pomocnictwa i w formie stadialnej usiłowania trzeba przyjąć dwa twierdzenia. Po pierwsze, uznanie niesprawczych form sprawczego współdziałania za odrębne typy czynów zabronionych, charakteryzujących się własnymi znamionami dekodowanymi z dwóch odrębnych przepisów karnych, a mianowicie art. 18 § 2 lub 18 § 3 k.k. oraz określonego przepisu części szczególnej Kodeksu karnego lub przepisu pozakodeksowego, prowadzi do wniosku, że nie ma przeszkód stosowania do tak określonych odrębnych typów konstrukcji usiłowania. Kodeks karny nie ogranicza usiłowania tylko do form sprawczych¹⁰, ale daje możliwość zastosowania tej postaci stadialnej do wszystkich czynów zabronionych¹¹. Po drugie, uznanie podżegania i pomocnictwa za odrębne typy czynów zabronionych oznacza, że opisane w art. 13 § 1 k.k. znamię „bezpośredniego zmierzania do dokonania” należy odnieść do znamienia czasownikowego nakłaniania lub ułatwiania, charakteryzującego zachowanie podżegacza lub pomocnika, a nie do znamienia wykonawczego, opisującego stadium, w którym znajduje się zachowanie sprawcy bezpośredniego¹². Z normatywnego punktu widzenia wykluczenie odpowiedzialności za usiłowanie niesprawczych form przestępnego współdziałania wymagałoby wyraźnego wypowiedzenia się na ten temat ustawodawcy przez umieszczenie w Kodeksie karnym specjalnej klauzuli ograniczającej zakres karalności za podżeganie i pomocnictwo w stadium usiłowania¹³. Takie klauzule ograniczające karalność zna ustawodawstwo niemieckie i austriackie¹⁴. Oczywiście na tym tle powstaje

⁹ Wyczerpujące przedstawienie prezentowanych na ten temat poglądów w polskiej doktrynie karnistycznej zob. P. K a r d a s, *op. cit.*, s. 845 i n.

¹⁰ *Ibidem*, s. 862.

¹¹ Warto podkreślić, że z punktu widzenia przepisów Kodeksu karnego nie tylko nie ma żadnych ograniczeń normatywnych, aby przyjąć możliwość usiłowania podżegania lub pomocnictwa, ale także przestępstw konkretnego jak i abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo, a także typów przestępstw stanowiących *sui generis* usiłowanie.

¹² P. K a r d a s, *op. cit.*, s. 863 i n.

¹³ A. L i s z e w s k a, *Podżeganie...*, *op. cit.*, s. 62.

¹⁴ Mowa tu o § 30 k.k.niem. i § 15 k.k.austr. Por. P. K a r d a s, *op. cit.*, s. 864, przyp. 2049.

również pytanie o kryminalnopolityczną zasadność karalności usiłowania podżegania lub pomocnictwa, które przecież ze swojej istoty, jeśli by spojrzeć z perspektywy naruszenia chronionego dobra prawnego, prowadzą do penalizacji etapu przeddokonania¹⁵. Nie wdając się w rozważania na ten temat, wypada jedynie stwierdzić, że wszelkie abstrakcyjnie ujmowane określenie zakresu lub ograniczenie karalności danych zachowań, dyktowane względami kryminalnopolitycznymi, powinno znajdować odzwierciedlenie w materii ustawowej. W wypadku karalności usiłowania podżegania i pomocnictwa brak jakiegokolwiek wypowiedzi ustawodawcy wyłączającej odpowiedzialność za takie zachowania, co oczywiście nie stoi na przeszkodzie, aby *in causa* rozpatrywać zasadność uznania braku przestępności czynu z uwagi na jego znikomy stopień społecznej szkodliwości.

IV.

Przechodząc do właściwego tematu rozważań dotyczących konsekwencji przyjęcia jednej z trzech zaprezentowanych koncepcji formalnego lub materialnego charakteru podżegania i pomocnictwa, należałoby najpierw pokrótce przypomnieć ogólne zasady karalności w wypadku form sprawczych. Co do zasad wymiaru kary za sprawcze formy popełnienia przestępstwa (sprawstwo pojedyncze, współsprawstwo, sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające) kodeksowa regulacja nie budzi problemów interpretacyjnych. Wymiar kary za dokonane sprawcze formy poszczególnych typów czynów zabronionych są określone w przepisach je statuujących. Z zasady określoności typu czynu zabronionego wynika między innymi wymóg wskazania zarówno rodzaju kary, jak i jej wysokości. Polskie ustawodawstwo zna wyłącznie system sankcji względnie oznaczonych, w którym określa się górną i dolną granicę wymiaru kary za poszczególne przestępstwa. W przypadku krzyżowania się form sprawczych popełnienia przestępstwa z formami zjawiskowymi, Kodeks karny przewiduje modyfikacje zasad wymiaru kary. W przypadku usiłowania udolnego art. 14 § 1 k.k. przewiduje wymiar kary w granicach przewidzianych za sprawstwo, jednakże fakt braku naruszenia dobra prawnego musi znaleźć odzwierciedlenie w wymiarze kary¹⁶. Wyraźnie odrębne

¹⁵ W szczególności wątpliwości mogą budzić przypadki tzw. łańcuszkowego podżegania lub pomocnictwa do danego przestępstwa. P. K a r d a s, w: *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 358 oraz SN w uchwale składu 7 sędziów z 21 X 2003 r., I KZP 11/03, OSNKW 2003, nr 11/12, poz. 89.

¹⁶ Pomimo że co do zasady sąd wymierza karę za usiłowanie w granicach przewidzianych dla danego przestępstwa, to jednak nie budzi wątpliwości, iż brak dokonania czynu zabronionego oznacza wpływający na wymiar kary „deficyt w stronie przedmiotowej bezprawia karnego”. A. Z o l l, w: *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 258 i n.

zasady wymiaru kary przewiduje się w wypadku usiłowania nieudolnego, gdzie art. 14 § 2 k.k. daje możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia. Wymiar kary za przygotowanie czynu zabronionego jest określony zawsze w przepisie części szczególnej, statuującym odpowiedzialność za tę formę stadialną. Specyfika wymiaru kary za usiłowanie form sprawczych sprowadza się jedynie do wyznaczenia granicy pomiędzy poszczególnymi postaciami stadialnymi na gruncie poszczególnych postaci sprawczych.

Zasady wymiaru kary za podżeganie i pomocnictwo, w świetle dogmatycznych kontrowersji w kwestii ich formalnego lub materialnego charakteru oraz w kwestii dopuszczalności karalności ich usiłowania, są znacznie bardziej skomplikowane i niejasne. W zakresie niesprawczych postaci przestępnego współdziałania mieści się kilka przypadków, co do których Kodeks karny przewiduje inne konsekwencje w zakresie wymiaru kary.

Po pierwsze, możliwy jest przypadek nakłonienia przez podżegacza sprawcy bezpośredniego do dokonania czynu zabronionego lub ułatwienia przez pomocnika dokonania czynu zabronionego, połączone z realizacją znamion tego czynu przez bezpośredniego wykonawcę. Dochodzi więc w tym wypadku zarówno do realizacji znamienia formy zjawiskowej, jak i do dokonania czynu zabronionego będącego przedmiotem podżegania lub pomocnictwa. Jest to najbardziej oczywisty przypadek dokonanego podżegania i pomocnictwa, który nie budzi żadnych wątpliwości na gruncie prezentowanych koncepcji formalnego lub materialnego charakteru niesprawczych form przestępnego współdziałania. Wymiar kary w tym wypadku został określony w art. 19 k.k., przewidującym zagrożenie za podżeganie i pomocnictwo w granicach przewidzianych za sprawstwo, z możliwością nadzwyczajnego złagodzenia kary w przypadku pomocnictwa. W pełni znajduje w tym wypadku zastosowanie fundamentalne założenie polskiej koncepcji podżegania i pomocnictwa, sprowadzające się do uznania równego stopnia bezprawia sprawczych, jak i niesprawczych postaci przestępnego współdziałania.

Po drugie, nakłonienie sprawcy bezpośredniego lub ułatwienie mu dokonania czynu zabronionego łączyć się może z usiłowaniem realizacji znamion typu przez bezpośredniego wykonawcę przy braku jego dokonania. Na gruncie koncepcji odrzucających akcesoryjny charakter podżegania i pomocnictwa przypadek ten jest uznawany za dokonaną formę stadialną niesprawczych postaci przestępnego współdziałania. Natomiast koncepcja materialnego charakteru podżegania i pomocnictwa, gdzie przez skutek rozumie się dokonanie czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę, zakłada, że w tym wypadku współdziałanie w formie niesprawczej będzie

jedynie przypadkiem karalnego usiłowania podżegania lub pomocnictwa. Pomimo rozbieżności co do teoretycznych podstaw konstrukcji podżegania i pomocnictwa, w tym wypadku kara będzie wymierzona na podstawie art. 22 § 1 k.k., przewidującego potraktowanie współdziałającego w postaci niesprawczej tak jak sprawcę, który swoje zachowanie ukończył w fazie usiłowania. Tym samym konieczne wymierzenie kary podżegaczowi lub pomocnikowi wymaga uwzględnienia treści art. 14 k.k., statuującego zasady wymiaru kary za usiłowanie dokonania czynu zabronionego, którego dopuścił się bezpośredni wykonawca. Istotną okolicznością dla wymiaru kary wobec podżegacza lub pomocnika będzie to, czy zachowanie sprawcy bezpośredniego zakwalifikowane zostanie jako tzw. usiłowanie udolne (art. 13 § 1 k.k.), czy jako tzw. usiłowanie nieudolne (art. 13 § 2 k.k.). W pierwszym wypadku sąd wymierza karę za usiłowanie w granicach przewidzianych za sprawstwo, niemniej jednak nie budzi wątpliwości, iż fakt, że nie doszło do naruszenia dobra prawnego, a jedynie do jego narażenia, musi znaleźć swoje odzwierciedlenie w wymiarze kary. W praktyce kara za usiłowanie przestępstwa będzie więc niższa od kary za jego dokonanie. W wypadku, gdy zachowanie bezpośredniego wykonawcy wypełniło znamiona usiłowania nieudolnego, jak się wydaje, konieczne jest uwzględnienie tej okoliczności również co do podżegacza i pomocnika. Wykładnia art. 22 § 1 k.k. w związku z art. 14 § 2 k.k. skłania do wniosku, że sąd wymierzając karę podżegaczowi lub pomocnikowi do czynu zabronionego, który w wyniku zachowania sprawcy bezpośredniego osiągnął jedynie stadium usiłowania nieudolnego, może zastosować nadzwyczajne złagodzenie kary, a nawet odstąpić od jej wymierzenia. Należy w tym miejscu wyraźnie zaznaczyć, że niezależnie od przyjętej koncepcji formalnego lub materialnego charakteru niesprawczych form przestępnego współdziałania, omawiany przypadek dokonanego podżegania i pomocnictwa i usiłowanego sprawstwa bezpośredniego ma takie same konsekwencje na płaszczyźnie wymiaru kary, dzięki wyraźnemu uregulowaniu art. 22 § 1 k.k.

Zasadniczo sprzeczne poglądy co do zasad wymiaru kary, ze względu na przyjęcie któregoś z prezentowanych w doktrynie teorii co do skutkowego lub bezskutkowego charakteru podżegania i pomocnictwa, wynikają natomiast w przypadku wykładni art. 22 § 2 k.k. Wynika to przede wszystkim z różnego określenia w nich granic dokonanego stadium niesprawczych form przestępnego współdziałania oraz z rozbieżności co do przyjęcia karalności usiłowania podżegania i pomocnictwa. Nie budzi wątpliwości, że konsekwencje co do wymiaru kary dla podżegacza i pomocnika zostały uzależnione od stadium zaawansowania akcji przestępnej bezpośredniego wykonawcy,

bowiem zwrot: „jeżeli czynu zabronionego nie usiłowano dokonać” odnosi się oczywiście do zaawansowania działań sprawcy bezpośredniego. Zakres zastosowania normy art. 22 § 2 k.k. obejmuje więc te przypadki, które mieszczą się pomiędzy stadium usiłowania czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę a stadium usiłowania czynu zabronionego przez podżegacza lub pomocnika.

Zwolennicy formalnego charakteru postaci niesprawczych uważają, że w zakresie używanego w art. 22 § 2 k.k. zwrotu: „czyn zabroniony, którego nie usiłowano dokonać” mieszczą się trzy zasadnicze stany faktyczne. Po pierwsze przypadek, gdy doszło do wywołania u bezpośredniego wykonawcy przez podżegacza zamiaru dokonania czynu zabronionego, lub gdy doszło do ułatwienia przez pomocnika wykonania czynu zabronionego, jednak bezpośredni wykonawca podjął jedynie czynności przygotowawcze. Po drugie, doszło do nakłonienia lub ułatwienia dokonania czynu zabronionego przez podżegacza lub pomocnika, ale bezpośredni wykonawca nie podjął żadnych działań zmierzających do dokonania. W końcu po trzecie, zwolennicy formalnego charakteru podżegania i pomocnictwa uznają za dokonane stadium tych postaci sprawczych przypadek, gdy zostały ukończone charakterystyczne dla nich znamiona czasownikowe, jednak nie doszło do nakłonienia sprawcy bezpośredniego do dokonania czynu zabronionego mieszczącego się w zamiarze podżegacza, lub nie zaistniała jeszcze sytuacja, która oceniana obiektywnie stworzyła bezpośredniemu wykonawcy możliwość łatwiejszego zrealizowania znamion czynu zabronionego, którego dokonanie mieściło się w zamiarze pomocnika¹⁷. W myśl poglądu przyjmującego formalny charakter niesprawczych postaci przestępnego współdziałania, z usiłowaniem

¹⁷ Należy podkreślić w wypadku pomocnictwa, zarówno przy koncepcji formalnej, jak i przy koncepcji materialnej, w której rozumie się skutek jako ułatwienie sprawcy bezpośredniemu możliwości realizacji czynu zabronionego, konieczne jest, by podjęte przez pomocnika zachowanie — obiektywnie rzecz biorąc — prowadziło do wystąpienia sytuacji ułatwiającej sprawcy bezpośredniemu wykonanie czynu zabronionego. Różnica pomiędzy tymi koncepcjami na gruncie pomocnictwa sprowadza się do tego, iż rozumienie pomocnictwa jako przestępstwa formalnego prowadzi do wniosku, że do dokonania czynu zabronionego dochodzi już z chwilą ukończenia zachowania ułatwiającego sprawcy bezpośredniemu realizacji znamion czynu zabronionego, nawet jeśli sama sytuacja obiektywnie ułatwiająca dokonanie czynu, do którego udzielono pomocy, wystąpi później, a więc będzie oderwana czasowo od samego zachowania stanowiącego pomocnictwo. Natomiast w rozumieniu pomocnictwa jako przestępstwa materialnego, dokonane pomocnictwo występuje dopiero z chwilą wystąpienia sytuacji obiektywnie ułatwiającej bezpośredniemu wykonawcy dokonanie czynu, do którego udzielono pomocy, nawet jeżeli zachowanie stanowiące pomocnictwo zostało dokonane wcześniej.

podżegania i pomocnictwa mamy do czynienia jedynie w przypadku, gdy nie zostały ukończone czynności nakłaniania lub ułatwiania, a więc, gdy przekaz sformułowany przez podżegacza nie dotarł do adresata, albo gdy pomocnik był jedynie w trakcie czynności zmierzających do ułatwienia dokonania czynu zabronionego. Przy czym, wśród zwolenników tego stanowiska istnieją rozbieżności w kwestii karalności usiłowania podżegania i pomocnictwa. Andrzej Zoll reprezentuje stanowisko, że niesprawcze formy przestępnego współdziałania są odmianami przestępstw narażenia na niebezpieczeństwo i to bez konieczności wystąpienia skutku w postaci konkretnego niebezpieczeństwa dla dobra prawnego. Wychodząc z założenia, iż usiłowanie przestępstwa abstrakcyjnego narażenia na niebezpieczeństwo nie podlega karze, prowadzi zaś do wniosku, że bezkarne na gruncie polskiego prawa karnego pozostaje również usiłowanie podżegania lub pomocnictwa¹⁸. Odmienne kwestię tę w Kodeksie karnym z 1969 r. traktował Andrzej Wąsek twierdząc, że zarówno względy kryminalnopolityczne, jak i dogmatyczne przemawiają za dopuszczalnością usiłowania podżegania i pomocnictwa¹⁹.

Na gruncie koncepcji materialnego charakteru podżegania i pomocnictwa, gdzie przez skutek rozumie się nakłonienie sprawcy bezpośredniego lub ułatwienie mu dokonania czynu zabronionego, zakres zastosowania dyspozycji art. 22 § 2 k.k. ograniczony jest do dwóch przypadków. Przepis ten obejmuje sytuacje, gdy podżegacz nakłonił sprawcę bezpośredniego do dokonania czynu zabronionego albo pomocnik stworzył mu obiektywną możliwość ułatwiająca dokonanie czynu zabronionego, zaś sprawca bezpośredni podjął jedynie czynności przygotowawcze do jego dokonania, lub też nie podjął nawet czynności przygotowawczych, pozostając bezczynnym. Natomiast w zakres usiłowania podżegania i pomocnictwa wchodzi dwa przypadki. Pierwszy, polegający na tym, że podżegacz lub pomocnik ukończyli czynności wykonawcze swojej formy zjawiskowej ale nie doszło do nakłonienia sprawcy bezpośredniego do dokonania czynu zabronionego lub zachowania mającego ułatwić jego popełnienie, nie będzie można uznać za obiektywnie spełniające swoją funkcję. Drugi przypadek sprowadza się do sytuacji, gdy podżegacz lub pomocnik nie ukończyli jeszcze swoich czynności wykonawczych, zmierzających do nakłonienia sprawcy bezpośredniego lub ułatwienia mu dokonania czynu zabronionego. Obie te sytuacje zwykło się określać jako tzw. bezskuteczne podżeganie lub pomocnictwo.

¹⁸ A. Zoll, w: *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 237 (teza 3 do art. 13); W. Wolter, *Problem...*, *op. cit.*, s. 39.

¹⁹ A. Wąsek, *Odpowiedzialność...*, *op. cit.*, s. 84 i n.; por. A. Wąsek, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 265 (teza 92 do art. 18).

Koncepcja materialnego charakteru podżegania i pomocnictwa, która skutkowość form niesprawczych utożsamia z faktem dokonania czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę, przyjmuje akcesoryjny charakter tych form zjawiskowych. Kontrowersje sprowadzają się natomiast do ustalenia zakresu karalnego usiłowania podżegania i pomocnictwa na gruncie art. 22 § 2 k.k. Genowefa Rejman określa ten zakres wąsko, uważając, że jest on ograniczony jedynie do przypadków, gdy nie doszło do usiłowania dokonania czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę. Zakres karalnego usiłowania podżegania i pomocnictwa jest, według tego poglądu, z jednej strony odniesiony do stadium zaawansowania czynności bezpośredniego wykonawcy i, jak się zdaje, obejmuje przypadki powzięcia przez niego zamiaru popełnienia czynu zabronionego lub stadium przygotowania się do jego dokonania, z drugiej strony uniezależniony jest od stadium zaawansowania działania samego podżegacza lub pomocnika. Genowefa Rejman, ustalając zakres karalności usiłowania form niesprawczych, zdaje się odwoływać do znamienia czasownikowego opisanego w typie czynu zabronionego, do którego popełnienia podżegacz nakłania albo którego pomocnik ułatwia dokonać²⁰. Natomiast Andrzej Wąsek na gruncie obowiązującego Kodeksu karnego widział w zakresie karalnego usiłowania również sytuacje tzw. bezskutecznego podżegania i pomocnictwa. Pogląd prezentujący na gruncie tej koncepcji szeroki zakres usiłowania podżegania i pomocnictwa wydaje się bardziej trafny, gdyż ustalenie tego zakresu odnosi się do właściwych znamion wykonawczych podżegania lub pomocnictwa, a więc do czasowników „nakłania” lub „ułatwia”²¹.

V.

Jak wskazano w każdym z prezentowanych w literaturze karnistycznej poglądów, granica pomiędzy dokonaniem podżegania lub pomocnictwem a usiłowaniem tych form zjawiskowych jest różnie zarysowana. Co jednak charakterystyczne dla polskiego uregulowania ustawowego, podstawa pociągnięcia do odpowiedzialności karnej za określoną postać zjawiskową (podżeganie lub pomocnictwo) w danej formie stadialnej (dokonanie lub usiłowanie) nie przekłada się bezpośrednio na wymiar kary. Konsekwencje na płaszczyźnie wymiaru kary polskiej koncepcji podżegania i pomocnictwa są łągodzone kodeksowymi regulacjami dotyczącymi zasad wymiaru kary za

²⁰ G. Rejman, w: E. Bińkowska [i inni], *op. cit.*, s. 625 i n.

²¹ A. Wąsek, *Kodeks karny...*, *op. cit.*, s. 265.

podżeganie i pomocnictwo. O ile teoretyczne podstawy polskiej koncepcji podżegania i pomocnictwa są oparte na zerwaniu z zasadą akcesoryjności odpowiedzialności bezpośredniego sprawcy przestępstwa, to zasady wymiaru kary dla podżegacza i pomocnika są uzależnione od stadium zaawansowania sprawcy bezpośredniego na drodze przestępczej²². Przyjmowana wykładnia art. 22 § 2 k.k. uznaje, że w zakres jego zastosowania wchodzi wszystkie przypadki dokonania podżegania i pomocnictwa pozostające poza zakresem zastosowania art. 19 (przypadek dokonania podżegania lub pomocnictwa połączony z dokonaniem czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę) i art. 22 § 1 k.k. (przypadek dokonania podżegania lub pomocnictwa połączony z usiłowaniem dokonania czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę). W zależności od przyjętej koncepcji formalnego lub materialnego charakteru podżegania lub pomocnictwa, zakres zastosowania art. 22 § 2 k.k. może być więc różny. Natomiast kontrowersyjnym zagadnieniem jest kwestia podstawy wymiaru kary za usiłowanie podżegania lub pomocnictwa do konkretnego czynu zabronionego w razie przyjęcia karalności usiłowania niesprawczych postaci przestępnego współdziałania. Powstaje pytanie, czy podstawę wymiaru kary w takich wypadkach powinna stanowić ogólna zasada karalności usiłowania wyrażona w art. 14 § 1 lub § 2 k.k., czy też może za podstawę wymiaru kary należy uznać również art. 22 § 2 k.k.?

Formułowane do tej pory nieliczne wypowiedzi w doktrynie wskazywały na to, że podstawy wymiaru kary w wypadkach usiłowanego podżegania i pomocnictwa należy upatrywać w art. 22 § 2 k.k. jako ogólnej podstawie konstruowania sankcji karnej za niesprawcze postaci przestępnego współdziałania. Na uwagę zasługuje jednak bardzo interesująca wypowiedź przedstawiciela koncepcji materialnej, w jej odmianie utożsamiającej skutek z nakłonieniem przez podżegacza sprawcy bezpośredniego do dokonania czynu zabronionego lub ułatwieniem mu dokonania tego czynu przez pomocnika. Piotr Kardas uznaje, że podstawą wymiaru kary za usiłowanie podżegania lub pomocnictwa jest art. 14 k.k., określający zasady wymiaru kary w stadium usiłowania danego typu czynu zabronionego²³. Pogląd ten wynika z przyjęcia, że ogólne zasady odpowiedzialności za usiłowanie odnoszą się również do odrębnych typów czynów zabronionych, jakimi są podżeganie i pomocnictwo do konkretnego czynu zabronionego. Co ciekawe Piotr Kardas zdaje się przyjmować, że z teoretycznego punktu widzenia jedyną właści-

²² P. Kardas, *op. cit.*, s. 858, a także przyp. 2037.

²³ *Ibidem*, s. 954 i n.; P. Kardas, w: *Kodeks..., op. cit.*, s. 436 (teza 24 do art. 22 k.k.).

wą podstawą wymiaru kary w tych przypadkach powinien być art. 14 k.k., a ewentualne stosowanie art. 22 k.k. może być dopuszczone jedynie na zasadzie mniejszego zła, aby uniknąć antynomii w polskim Kodeksie karnym, związanej z brakiem możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary w odniesieniu do usiłowania podżegania i pomocnictwa²⁴.

Zauważyć jednak należy, że przyjęcie ogólnej zasady wymiaru kary za usiłowanie w oparciu wyłącznie o art. 14 k.k. do form niesprawczych, powoduje trudne do zaakceptowania konsekwencje. Zastosowanie do przypadków tzw. bezskutecznego podżegania i pomocnictwa art. 14 k.k., przewidującego co do zasady odpowiedzialność za usiłowanie w granicach przewidzianych za dokonanie danego przestępstwa, oznacza, że *in abstracto* surowsza będzie odpowiedzialność za usiłowanie podżegania lub pomocnictwa niż za jego dokonanie, jeżeli zachowanie bezpośredniego sprawcy weszło jedynie w fazę przygotowania lub jeżeli sprawca bezpośredni w ogóle nie podejmie zachowania zmierzającego do popełnienia przestępstwa. W tym ostatnim wypadku znajdzie bowiem zastosowanie art. 22 § 2 k.k., przewidujący

²⁴ Świadczy o tym wyraźnie następująca wypowiedź: „Druga dotyczy swoistej niekonsekwencji w ustawie karnej, która przewiduje możliwość nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia w przypadkach ukończonych czynności nakłaniania lub udzielania pomocy połączonych z brakiem usiłowania czynu zabronionego po stronie bezpośredniego wykonawcy, nie zawiera natomiast takiej podstawy do odniesienia do usiłowania podżegania i pomocnictwa. Niewątpliwie nieukończenie czynności nakłaniania lub udzielania pomocy charakteryzuje się jeszcze mniejszym stopniem bezprawia od przypadku, w którym czynności te zostały ukończone, lecz nie doszło nawet do usiłowania czynu głównego. Tymczasem uznając przepis art. 22 k.k. za szczególną regułę dotyczącą wymiaru kary za specjalne przypadki dokonanego podżegania i pomocnictwa, trudno odnosić go wprost do sytuacji usiłowania popełnienia tych postaci niesprawczego współdziałania (podkr. moje — M.B.). Wszak zagadnienie usiłowania i pomocnictwa regulowane jest w polskim Kodeksie karnym poprzez przepisy określające typy podżegania i pomocnictwa, tj. art. 18 § 2 lub 3 k.k. oraz odpowiedni przepis części szczególnej określający typ czynu zabronionego, do którego popełnienia nakłaniano lub udzielono pomocy, oraz art. 13 k.k. określający podstawy odpowiedzialności za usiłowanie popełnienia czynu zabronionego. Z tego też względu stosowanie do usiłowania regulacji związanej z dokonaniem podżegania i pomocnictwa wydaje się wykluczone (podkr. moje — M.B.). Zarazem jednak wyłączenie możliwości stosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w wypadku usiłowania podżegania i pomocnictwa oznaczałoby kolejną antynomię w polskim Kodeksie karnym. Rozwiązanie tej sprzeczności możliwe jest w oparciu o dopuszczenie wykorzystania regulacji zawartej w art. 22 § 2 k.k. w odniesieniu do usiłowania podżegania i pomocnictwa w oparciu o zasadę *a maiori ad minus*, której podstawą byłby stopień bezprawia usiłowania podżegania i pomocnictwa, który z całą pewnością jest mniejszy niż stopień bezprawia, tzw. bezskutecznego podżegania i pomocnictwa”. P. Kardaś, *op. cit.*, s. 955 i n.

możliwość fakultatywnego zastosowania przez sąd przy wymiarze kary nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia. Tak więc co do wymiaru kary przewidziana jest w tym wypadku regulacja identyczna z przypadkami tzw. usiłowania nieudolnego z art. 14 § 2 k.k., a więc co do zasady łagodniejsza niż przewidziana w art. 14 § 1 k.k. Konsekwencje co do wymiaru kary będą spójne jedynie w przypadkach, gdy zostanie ustalone, że podżeganie lub pomocnictwo do danego typu czynu zabronionego miało charakter tzw. usiłowania nieudolnego. Natomiast we wszystkich wypadkach tzw. usiłowania udolnego bezskutecznego podżegania i pomocnictwa, paradoksalnie podstawą wymiaru kary dla usiłującego dokonać czynu zabronionego podżegacza i pomocnika będzie art. 14 § 1 k.k., przewidujący surowsze konsekwencje co do wymiaru kary niż art. 22 § 2 k.k., pomimo iż w pierwszym przypadku sprawca bezpośredni posunął się na drodze przestępczej bliżej niż w drugim przypadku.

Przyjęcie poglądu, że wyłącznie ogólne zasady karalności za usiłowanie podżegania i pomocnictwa oparte na art. 14 k.k. odnoszą się wprost do niesprawczych form przestępnego współdziałania bez uwzględnienia treści art. 22 § 2 k.k. prowadzi do jeszcze dalej idących niekonsekwencji na płaszczyźnie wymiaru kary w przypadku tzw. łańcuszkowego podżegania lub pomocnictwa²⁵. Zaakceptowanie poglądu o dopuszczalności na gruncie polskiego Kodeksu karnego konstrukcji łańcuszkowego podżegania lub pomocnictwa prowadzić może, na przykład, do konieczności uznania za podstawę wymiaru kary za podżeganie do czynu zabronionego w postaci podżegania art. 19 k.k. wobec sprawcy takiego czynu, pomimo faktu, że osoba nakłaniana do podżegania sprawcy bezpośredniego, wywołała u tego ostatniego zamiar dokonania czynu zabronionego, stanowiącego przedmiot łańcuszkowego podżegania ale sprawca bezpośredni nigdy nie podejmie czynności wykonawczych zmierzających do realizacji tego czynu. Paradoksalnie więc, stojący jako pierwszy w łańcuszku podżegacz odpowie za dokonane podżeganie do czynu zabronionego w postaci podżegania, a podstawę wymiaru kary wobec niego będzie stanowił przewidujący najdalej posunięte konsekwencje art. 19 k.k., zaś stojący jako drugi w łańcuszku podżegacz

²⁵ *Ibidem*; P. K a r d a s, w: *Kodeks...*, *op. cit.*, s. 358; uchwała składu 7 sędziów SN z 21 X 2003 r., I KZP 11/03, OSNKW 2003, nr 11/12, poz. 89. W zasadzie można sobie wyobrazić następujące postaci tzw. łańcuszkowego podżegania lub pomocnictwa: podżeganie do czynu zabronionego w postaci podżegania, podżeganie do czynu zabronionego w postaci pomocnictwa, pomocnictwo do czynu zabronionego w postaci podżegania, pomocnictwo do czynu zabronionego w postaci pomocnictwa. Oczywiście możliwe są dalej rozbudowane przykłady tej konstrukcji.

odpowie za dokonane podżeganie sprawcy bezpośredniego, ale podstawą wymiaru kary wobec niego będzie art. 22 § 2 k.k., albowiem sprawca bezpośredni nie podjął żadnych czynności zmierzających do realizacji swojego zamiaru przestępnego. Natomiast sama osoba, mająca być sprawcą bezpośrednim, pozostanie bezkarna. Pomimo oczywistego wniosku, że zachowanie pierwszego z podżegaczy tworzyło mniejsze niebezpieczeństwo dla dobra prawnego, mającego być przedmiotem czynu bezpośredniego wykonawcy, poniesie on odpowiedzialność karną co do wymiaru kary na podstawie przepisu przewidującego surowsze konsekwencje niż podżegacz bezpośrednio nakłaniający osobę mającą być właściwym wykonawcą czynu zabronionego, który leżał w zamiarze obu podżegaczy.

Mając na uwadze wyżej wskazane niekonsekwencje co do zasad wymiaru kary w przypadkach usiłowania podżegania lub pomocnictwa, w razie przyjęcia za podstawę wymiaru kary za te postacie niesprawcze przestępnego współdziałania wyłącznie art. 14 k.k., należy się, moim zdaniem, opowiedzieć za rozwiązaniem przyjmującym za podstawę wymiaru kary w tych wypadkach również art. 22 § 2 k.k. Przemawiają za tym nie tylko względy funkcjonalne, pozwalające przynajmniej częściowo uniknąć wyżej wskazanych paradoksów, jakie — przynajmniej *in abstracto* — mogą wiązać się z kodeksową regulacją podstaw wymiaru kary za usiłowanie podżegania i pomocnictwa, ale także bardzo silne argumenty wypływające z zasad wykładni językowej. Redakcja art. 22 k.k. wyraźnie odwołuje się w kwestii wymiaru kary w przypadku niesprawczych postaci przestępnego współdziałania nie do stopnia zaawansowania na drodze przestępczej podżegacza lub pomocnika, ale do tego, w jakiej formie stadialnej znalazło się zachowanie osoby, która była nakłaniana lub której udzielono pomocy do czynu zabronionego będącego przedmiotem podżegania i pomocnictwa. Językowa wykładnia art. 22 § 2 k.k. skłania do wniosku, że obejmuje on swym zakresem zarówno te przypadki podżegania i pomocnictwa, które weszły jedynie w fazę usiłowania, jak i te, które znalazły się już w fazie dokonania (i to niezależnie od tego, którą koncepcję formalnego czy materialnego charakteru niesprawczych form przestępnego współdziałania się przyjmie, oczywiście przy założeniu, że w ogóle dopuszcza się możliwość usiłowania podżegania i pomocnictwa). Skłania do tego wyraźne odniesienie przez ustawodawcę zasad wymiaru kary za podżeganie i pomocnictwo do zachowania bezpośredniego wykonawcy czynu zabronionego, a nie do zachowania samego podżegacza i pomocnika. Zauważyć należy, że zastosowanie wyłącznie art. 14 k.k. jako podstawy do wymiaru kary w przypadku usiłowania podżegania i pomocnictwa, stanowiłoby nieuzasadniony wyłom

od tej zasady. Artykuł 14 k.k., odwołujący się przy wymiarze kary za usiłowanie do zagrożenia formułowanego przez ustawę dla danego przestępstwa, w przypadku odrębnych typów czynów zabronionych jakimi są podżeganie i pomocnictwo, odsyłałby do ogólnej podstawy wymiaru kary za niesprawcze formy przestępnego współdziałania, jaką jest art. 19 k.k. Taka wykładnia powodowałaby zupełnie nie zrozumiałe zróżnicowanie podstaw wymiaru kary za usiłowanie podżegania lub pomocnictwa i za dokonanie tych form niesprawczych. W przypadku usiłowania, wymiar kary byłby bowiem oparty na stopniu zaawansowania na drodze przestępnej samego podżegacza lub pomocnika, zaś w przypadku dokonania wymiar kary byłby zrelatywizowany do stopnia zaawansowania na drodze przestępnej sprawcy bezpośredniego. Opowiedzenie się za poglądem, że art. 22 § 2 k.k. stanowi podstawę wymiaru kary zarówno dla przypadków usiłowania podżegania lub pomocnictwa oraz dla tych przypadków dokonanego podżegania i pomocnictwa, których nie dotyczą art. 19 k.k. i art. 22 § 1 k.k. znajduje więc jednoznaczne oparcie w dyrektywach wykładni językowej oraz jest mocno wspierany wynikami wykładni funkcjonalnej, gdyż pozwala uniknąć niespójności co do zasad wymiaru kary za udolne usiłowanie podżegania i pomocnictwa, wynikających z tego, że brak w art. 14 § 1 k.k. podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia²⁶. Natomiast jego sprzeczność z wynikami wykładni systemowej, wskazującej na podstawę wymiaru kary w przypadkach usiłowania podżegania i pomocnictwa na art. 14 k.k., nie może przesądzać o wyłączności tej ostatniej²⁷.

Podsumowując powyższe rozważania, należałoby stanąć na stanowisku, że w przypadkach usiłowania podżegania i pomocnictwa podstawą wymiaru kary za te niesprawcze postaci przestępnego współdziałania powinny być zarówno art. 14 k.k., jak i art. 22 § 2 k.k. Tym samym w takich przypadkach sąd wymierzając karę powinien w podstawie wymiaru kary w wyroku podać

²⁶ Nie zmienia to jednak antynomii polskiego Kodeksu karnego co do zasad wymiaru kary w razie tzw. łańcuszkowego podżegania i pomocnictwa do danego typu czynu zabronionego.

²⁷ Tym samym trudno zgodzić się z wcześniej cytowanym poglądem P. Kardasa w tym zakresie, iż art. 22 § 2 k.k. w istocie może stanowić podstawę wymiaru kary tylko dla dokonanych form podżegania i pomocnictwa, a jego stosowanie również do usiłowania tych postaci niesprawczych jest zasadne tylko ze względów funkcjonalnych, aby uniknąć pewnej antynomii co do wymiaru kary związanej z brakiem podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia, w przypadkach usiłowania udolnego podżegania i pomocnictwa. Wyniki wykładni wydają się wskazywać, że zamysłem ustawodawcy było właśnie objęcie treścią art. 22 § 2 k.k. również przypadków usiłowania podżegania i pomocnictwa.

zarówno art. 14 § 1 lub § 2 k.k. (w zależności od tego, czy stwierdzi, że doszło do usiłowania udolnego czy usiłowania nieudolnego), jak i art. 22 § 2 k.k. Przy czym w razie zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary w tych wypadkach, gdy sąd uzna, że sprawca poniesie odpowiedzialność za nieudolne usiłowanie podżegania lub pomocnictwa, znajdzie zastosowanie art. 57 § 1 k.k., gdyż zarówno art. 14 § 2 k.k., jak i art. 22 § 2 k.k. przewidują niezależne od siebie podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia kary. Oczywiście wystąpienie tych podstaw kumulatywnie będzie dla sądu dodatkowym argumentem do rozważenia zasadności zastosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Warto podkreślić, że uzależnienie wymiaru kary podżegacza lub pomocnika od tego, w jakiej formie stadialnej znalazło się zachowanie bezpośredniego wykonawcy, w dużej części powoduje, że tracą na praktycznym znaczeniu dogmatyczne dywagacje na temat formalnego lub materialnego charakteru niesprawczych form przestępnego współdziałania. Pomimo że kodeksowa regulacja podżegania i pomocnictwa jest oparta, zgodnie z koncepcją makarewiczowską, na zerwaniu z zasadą akcesoryjności, to jednak faktycznie oderwanie się od stadium zawansowania na drodze przestępstwa bezpośredniego wykonawcy czynu zabronionego, do którego podżegano lub pomagano, ma znaczenie jedynie dla ustalenia podstaw jego odpowiedzialności karnej. Natomiast zasady wymiaru kary za niesprawcze postaci przestępnego współdziałania są w pełni uzależnione od okoliczności, w jakim stadium znalazło się zachowanie bezpośredniego wykonawcy czynu zabronionego będącego przedmiotem podżegania lub pomocnictwa. Wpływa z tego wniosek, że na płaszczyźnie wymiaru kary polskie uregulowanie podżegania i pomocnictwa ma charakter akcesoryjny²⁸.

²⁸ W pełni zasadnie podkreśla jednak P. Kardas, że nie można tu mówić o akcesoryjności podżegania i pomocnictwa w tym sensie, w jakim rozumiana jest ona na gruncie koncepcji udziału w cudzym przestępstwie. P. K a r d a s, *op. cit.*, s. 858, przyp. 2037.

