

RAFAŁ KRUK

Uczelnia Łazarskiego

PODŻEGANIE NA GRUNCIE POLSKIEGO PRAWA KARNEGO

I. WPROWADZENIE

Podżeganie jest jedną z form przestępczego współdziałania o niesprawczym charakterze, którego podstawowa definicja zawarta została w art. 18 § 2 kodeksu karnego z 1997 r. Stanowi on, że „odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego”. Ta tzw. postać zjawiskowa (jak się przyjęło określać w literaturze) polega więc na czynności nakłaniania innej osoby do popełnienia czynu zabronionego. Poniżej, oprócz kompleksowej charakterystyki tejże postaci współdziałania, zaprezentowane zostaną najważniejsze kwestie budzące kontrowersje w piśmiennictwie, ale też wywołujące rozbieżności na gruncie orzecznictwa. Dla jasności wyводу, niezbędne będzie wyjaśnienie w pierwszej kolejności ogólnych aspektów związanych z zagadnieniem tzw. form zjawiskowych, w tym zwięzłe przedstawienie pozostałych postaci współdziałania.

W literaturze polskiego prawa karnego często spotykany jest podział na sprawstwo *sensu stricto* oraz sprawstwo *sensu largo*. Pierwsze z nich odpowiada znaczeniowo sprawstwu, które polega na bezpośredniej realizacji znamion danego typu czynu zabronionego (jednosprawstwo, współsprawstwo, sprawstwo kierownicze, sprawstwo polecające)¹. Do niesprawczych form popełnienia przestępstwa należą zaś podżeganie

¹ K. BUCHAŁA, A. ZOLL, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 297.

i pomocnictwo, określane jako sprawstwo *sensu largo* (lub niewłaściwe). Polegają one na współdziałaniu w popełnieniu danego przestępstwa w formie niewykonawczej, a więc nie wiążą się z realizacją znamion czynu zabronionego określonych w części szczególnej kodeksu karnego. Wskazane wyżej postacie sprawstwa (w tym podżeganie i pomocnictwo) określane są w doktrynie jako tzw. formy zjawiskowe przestępstwa. W odróżnieniu od form stadialnych, wskazują one na sposób (formę), w jakiej przestępstwo zostało popełnione. Wykształcenie się tego pojęcia wynika z oczywistego faktu, że dany czyn zabroniony można popełnić również w konfiguracji wieloosobowej, a więc zakładającej współdziałanie wielu osób. W rezultacie prowadzi to do rozszerzenia odpowiedzialności karnej na te osoby. Nie należy mylić tego z rozszerzeniem karalności dotyczącym form stadialnych, gdyż w tym przypadku dochodzi do objęcia karalnością etapów poprzedzających dokonanie przestępstwa². Prawidłowe określenie formy zjawiskowej danego typu czynu zabronionego stanowi jeden z podstawowych elementów jego identyfikacji (rekonstrukcji i przypisania)³.

2. KONCEPCJE ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ ZA PRZESTĘPCZE WSPÓLDZIAŁANIE

Postacie współdziałania w popełnieniu czynu zabronionego są w nauce i praktyce prawa konstrukcją dosyć nową. Dopiero epoka oświecenia, a więc XVII i XVIII wiek, podjęła się próby rozgraniczenia odpowiedzialności poszczególnych osób biorących udział w tym samym zdarzeniu przestępnym. Kolejne europejskie ustawodawstwa w XIX w. udoskonalają tę instytucję, dając podstawy do wyodrębnienia dwóch podstawowych koncepcji odpowiedzialności za przestępcze współdziałanie: teorii jednolitego sprawstwa (*Einheitstätersystem*) oraz teorii udziału w cudzym przestępstwie (*Teilnahmesystem*)⁴. Według pierwszej z nich, nazywanej także rozszerzonym sprawstwem, każda ze

² M. KULIK, *Formy zjawiskowe popełnienia przestępstwa w polskim prawie karnym*, «Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska sectio G (Ius)» 60.2/2013, s. 127.

³ M. KRÓLIKOWSKI, R. ZAWŁOCKI, *Prawo karne*, Warszawa 2016, s. 217.

⁴ Zob. P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, I: Komentarz do art. 1-116 k.k.*, red. A. ZOLL, Kraków 2004, s. 280-286.

współdziałających osób jest sprawcą, niezależnie od stopnia i sposobu, w jakim przyczyniła się do popełnienia czynu zabronionego. Sprawcą jest więc zarówno ten, kto osobiście wypełnia znamiona czynu zabronionego, jak i ten, kto nakłania, pomaga lub w inny jeszcze sposób umożliwia popełnienie przestępstwa⁵. Tak szerokie ujęcie sprawstwa pozwala więc na objęcie nim każdego, kto brał udział w zdarzeniu przestępnym, czy też mówiąc precyzyjniej – każdego, czyje zachowanie było „koniecznym warunkiem popełnienia przestępstwa” sprawcy bezpośredniego⁶. Każdy ze współdziałających popełnia własne przestępstwo w granicach swojej umyślności albo nieumyślności. Zdaniem Marka Kulika słabością tej koncepcji jest identyczne traktowanie wszystkich współdziałających, niezależnie od zawartości bezprawia w ich zachowaniu. Zależą natomiast oderwanie od wszelkiej akcesoryjności z czynem sprawcy bezpośredniego, co pozwala na zindywidualizowanie odpowiedzialności podżegacza i pomocnika⁷. Za twórcę teorii rozszerzonego sprawstwa uważa się Franza von Liszta, a szczególną popularność zyskała ona w austriackiej doktrynie prawa karnego. Z resztą do dziś obowiązuje w kodeksie karnym Austrii, a także Włoch.

Druga z koncepcji genezę swoją wywodzi z niemieckiego prawa karnego; w doktrynie nazywana jest też teorią udziału w cudzym przestępstwie. W przeciwieństwie do teorii jednolitego sprawstwa, wyróżnia ją daleko idąca akcesoryjność odpowiedzialności osób współdziałających ze sprawcą bezpośrednim w popełnieniu czynu zabronionego. Polega ona na tym, że odpowiedzialność podżegacza (oraz wszystkich innych osób współdziałających) zależy jest od odpowiedzialności sprawcy bezpośredniego⁸. Jeżeli ten ostatni dopuści się przestępstwa, odpowiedzialność

⁵ M. KULIK, *Formy zjawiskowe...*, s. 128.

⁶ D. TOKARCZYK, *Podżeganie i pomocnictwo jako typy zjawiskowe przestępstwa*, «RPEiS» 79.4/2017, s. 97.

⁷ M. KULIK, *Formy zjawiskowe...*, s. 128.

⁸ Zob. D. TOKARCZYK, *Podżeganie i pomocnictwo...*, s. 96, który dodaje, że przestępstwo według tej koncepcji stanowi tylko czyn opisany w części szczególnej, a rozszerzenie odpowiedzialności na pozostałych współdziałających możliwe jest tylko o tyle, o ile „ich zachowanie zostanie opisane w ustawie, rozszerzając tym samym zakres odpowiedzialności karnej”.

za nie rozszerzona zostanie także na pozostałych. I odwrotnie, brak podstaw do przypisania winy sprawcy bezpośredniemu skutkować będzie bezkarnością zachowania reszty współdziałających (tzw. akcesoryjność jakościowa). Z kolei akcesoryjność ilościowa wiąże odpowiedzialność podżegacza z osiągniętym przez sprawcę bezpośredniego etapem na tzw. drodze przestępstwa (*iter delicti*). Jeśli sprawca bezpośredni dokona przestępstwa, pozostali odpowiadają za dokonanie; jeśli zatrzymał się na etapie usiłowania, wtedy odpowiadają oni za usiłowanie. Podobnie rzecz się ma z przygotowaniem⁹. A więc w przeciwieństwie do teorii jednolitego sprawstwa, koncepcja udziału w cudzym przestępstwie zakłada podział na sprawcze i niesprawcze formy współdziałania, jednak z tą różnicą, że tylko sprawca popełnia przestępstwo, natomiast podżegacz jedynie uczestniczy w cudzym czynie, nie popełniając własnego przestępstwa¹⁰. Jego odpowiedzialność, jak wspomniano, jest uzależniona od odpowiedzialności sprawcy, który bezpośrednio i osobiście wypełnia znamiona czynu zabronionego¹¹. Zdaniem Damiana Tokarczyka wadą koncepcji udziału w cudzym przestępstwie jest „wyłączenie tej odpowiedzialności w każdym przypadku odpadnięcia po stronie sprawcy jakiegokolwiek przesłanki przestępności czynu, co nie znajduje dostatecznego uzasadnienia. Jeśli sprawca popełnił czyn zabroniony i nie ponosi odpowiedzialności z braku winy (gdyż był np. niepoczytalny albo nie osiągnął wieku wymaganego dla odpowiedzialności karnej), to nie podlega karze także podżegacz czy pomocnik, choć do naruszenia (zagrożenia) dobra prawnego przecież doszło”¹². Koncepcja udziału w cudzym przestępstwie, z pewnymi modyfikacjami, obowiązuje między innymi w prawie karnym niemieckim, belgijskim, holenderskim i francuskim.

Twórca polskiego kodeksu karnego z 1932 r. Juliusz Makarewicz opracował własną koncepcję zasad odpowiedzialności za przestępcze

⁹ K. INDECKI, A. LISZEWSKA, *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*, Warszawa 2002, s. 228.

¹⁰ K. INDECKI, A. LISZEWSKA, *op. cit.*, s. 228.

¹¹ Por. *Prawo karne materialne: część ogólna i szczególna*, red. M. BOJARSKI, Warszawa 2010, s. 234-235.

¹² D. TOKARCZYK, *Podżeganie w polskim prawie karnym. Studium z zakresu teorii i praktyki prawa karnego*, Warszawa 2017, s. 17.

współdziałanie. Autor tzw. teorii postaci zjawiskowych inspirował się przede wszystkim uregulowaniami kodeksu norweskiego Getza z 1902 r., który traktował podżeganie (i pomocnictwo) jako odmiany sprawstwa. Te niesprawcze postaci współdziałania były każdorazowo umieszczane w odpowiednim przepisie części szczególnej kodeksu, typizującym poszczególne czyny zabronione. Makarewicz zmodyfikował ten pomysł, przenosząc przepisy o podżeganiu (i pomocnictwie) do części ogólnej kodeksu karnego. Ten dość prosty zabieg techniki legislacyjnej pozwolił na uniknięcie zbędnego powtarzania przepisów o podżeganiu (pomocnictwie) w każdym artykule części szczególnej kodeksu karnego. Ale najważniejszą, najbardziej oryginalną koncepcją w całej teorii postaci zjawiskowych J. Makarewicza było uczynienie z podżegania odrębnego typu czynu zabronionego, równorzędnego ze sprawczymi postaciami przestępstwa. Indywidualizacja odpowiedzialności przejawiała się w tym, że każdy ze współdziałających popełnia własne przestępstwo, o znamionach określonych w ustawie karnej, według własnej umyślności albo nieumyślności. Podżeganie jest więc odrębnym rodzajowo czynem zabronionym, którego znamiona są zawarte w części ogólnej kodeksu karnego. Jak słusznie zaznacza D. Tokarczyk, „podżegacz i pomocnik nie są jedynie uczestnikami przestępstwa popełnionego przez sprawcę, ale nie są też jego sprawcami. «Sprawstwo» podżegania i pomocnictwa jest sprawstwem odmiennego rodzaju niż sprawstwo przestępstwa rodzajowego. Odpowiedzialność podżegacza i pomocnika nie jest akcesoryjna względem odpowiedzialności sprawcy, ale związek pomiędzy czynami poszczególnych współdziałających uzasadnia uzależnienie represji karnej grożącej współdziałającym od tego, czy sprawca dokona przestępstwa”¹³. Dzisiaj takie rozwiązanie nie budzi najmniejszych wątpliwości, ale jeszcze nie tak dawno wielu karnistów uznawało za czyn zabroniony tylko ten uregulowany w części szczególnej kodeksu karnego. Zerwanie z akcesoryjnością, które legło u podstaw koncepcji Makarewicza, było tak dalekie, że odpowiedzialność podżegacza i pomocnika kształtowała się niezależnie, czy sprawca bezpośredni (*sensu stricto*) w ogóle dopuścił się przestępstwa. Możliwa więc była sytuacja,

¹³ D. TOKARCZYK, *Podżeganie i pomocnictwo...*, s. 97.

w której podżegacz ponosiłby odpowiedzialność karną za własny czyn przy braku tej odpowiedzialności po stronie sprawcy wykonawczego, na przykład z powodu braku winy¹⁴. Sam Makarewicz pisał, że „podżeganie i pomocnictwo stanowią odrębne technicznie formy dokonania przestępstwa”, będące „swoistymi postaciami spełnienia przestępstwa”¹⁵. Koncepcja form zjawiskowych Makarewicza (z pewnymi modyfikacjami poprawiającymi jej niedoskonałości) powielona została w następnym polskim kodeksie karnym z 1969 r., jak również jest ona jedną z głównych zasad prawnokarnych obecnego kodeksu z 1997 r. W uzasadnieniu do projektu kodeksu karnego jego twórcy podkreślają, że „nowy kodeks pozostaje wierny koncepcji postaci zjawiskowych popełnienia przestępstwa stworzonej przez J. Makarewicza, a nawet tę koncepcję pogłębia”¹⁶.

3. PODŻEGANIE JAKO FORMA ZJAWISKOWA PRZESTĘPCZEGO WSPÓLDZIAŁANIA

Kompleksowa analiza podżegania (co jest głównym problemem niniejszego artykułu) wymaga zwięzłej charakterystyki pozostałych uregulowanych w kodeksie karnym form popełnienia czynu zabronionego. Artykuł 18 § 1 k.k. stanowi, że „odpowiada za sprawstwo nie tylko ten, kto wykonuje czyn zabroniony sam albo wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, ale także ten, kto kieruje wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę lub wykorzystując uzależnienie innej osoby od siebie, poleca jej wykonanie takiego czynu”. Przepis ten wyróżnia wszystkie cztery sprawcze formy zjawiskowe czynu zabronionego (*numerus clausus*): sprawstwo pojedyncze (jednosprawstwo), współsprawstwo, sprawstwo kierownicze oraz tzw. sprawstwo polecające. Jednosprawstwo polega na osobistym wykonaniu przez pojedynczą osobę wszystkich znamion czynu zabronionego określonych w części szczególnej kodeksu karnego. Z kolei znamieniem charakteryzującym współsprawstwo jest

¹⁴ A. SAKOWICZ, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, I: Komentarz od art. 1-31*, red. M. KRÓLIKOWSKI, R. ZAWŁOCKI, Warszawa 2010.

¹⁵ J. MAKAREWICZ, *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938, s. 128-129.

¹⁶ *Uzasadnienie do projektu kodeksu karnego*, [w:] *Nowe kodeksy karne z 1997 r. z uzasadnieniami. Kodeks karny. Kodeks postępowania karnego. Kodeks karny wykonawczy*, Warszawa 1997.

popelnienie czynu zabronionego wspólnie i w porozumieniu z inną osobą, co zakłada konieczność występowania w przestępnym zdarzeniu co najmniej dwóch osób. Wspólne wykonanie czynu zabronionego oznacza, zdaniem Marka Bojarskiego, że „współdziałający sprawcy łącznie (nie zaś każdy z osobna) zrealizować muszą komplet jego ustawowych znamion”¹⁷. Drugim konstytutywnym elementem przedmiotowym współsprawstwa jest porozumienie współdziałających osób, które zakłada świadomość każdego z nich, że dokonują wspólnie czynu zabronionego. Każda z tych osób obejmuje swoim zamiarem całość czynu zabronionego, skutkiem czego zostanie jej przypisana odpowiedzialność za całość przestępstwa, mimo że nie wypełniła samodzielnie wszystkich jego ustawowych znamion¹⁸.

Sytuacja, w jakiej sprawca kieruje wykonaniem czynu zabronionego przez inną osobę, nazywana jest w doktrynie „sprawstwem kierowniczym”. Jest to niewykonawcza forma sprawcza, ponieważ nie wiąże się z wypełnieniem przez sprawcę kierowniczego znamion określonych w części szczególnej kodeksu karnego, ale polega na kierowaniu wypełnieniem tych znamion przez inną osobę – tzw. sprawcę bezpośredniego. Nie ma wątpliwości, że chodzi tu o panowanie (władztwo) nad czynem przez sprawcę kierowniczego (możliwość swobodnego zainicjowania, przerwania, odwołania akcji przestępczej). Odpowiedzialność sprawcy kierowniczego jest ściśle związana z odpowiedzialnością sprawcy właściwego. Niewypełnienie znamion przez bezpośredniego wykonawcę powoduje, że sprawca kierowniczy odpowie jedynie za usiłowanie przestępstwa¹⁹.

Ostatnia w kolejności postać sprawcza polega na wykorzystaniu uzależnienia innej osoby od siebie i wydaniu jej polecenia wykonania czynu zabronionego. W doktrynie określana jest mianem „sprawstwa

¹⁷ *Prawo karne materialne: część ogólna i szczególna*, red. M. BOJARSKI, Warszawa 2010, s. 239.

¹⁸ Zob. wyrok SA w Białymstoku z 15 września 2005 r., II AKa 126/05, «OSAB» 3/2005, poz. 27.

¹⁹ K. WIAK, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. GRZEŚKOWIAK, K. WIAK, Warszawa 2012, s. 166; zob. też M. KULIK, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. MOZGAWA, Warszawa 2017, s. 78.

polecającego”. Ta nowa, bo nieznaną poprzednim kodeksom forma zjawiskowa cechuje się dwoma niezbędnymi elementami przedmiotowymi. Po pierwsze, musi zostać wydane polecenie sprawcy bezpośrednio, które polega na zobowiązaniu (nakazie) wykonania konkretnego czynu zabronionego określonego w części szczególnej kodeksu karnego²⁰. Po drugie, konieczne jest istnienie stosunku zależności między wydającym polecenie a sprawcą właściwym. Może mieć ono charakter formalny (przełożony - podwładny) albo nieformalny (grupy przestępcze)²¹. Ważne, żeby istniało w chwili wydawania polecenia²². Tym jednak, co odróżnia go od sprawstwa kierowniczego, jest brak po stronie poleceniodawcy możliwości kierowania czynem zabronionym. Wydanie polecenia kończy jego aktywność, dalej akcja przestępcza toczy się już bez jego udziału. Trafnie przyjmuje się w doktrynie, że sprawstwo polecające to coś więcej niż nakłanianie, charakterystyczne dla podżegania. Jednocześnie przesadne byłoby utożsamianie polecenia z rozkazem.

Obok podżegania za niesprawcą formę przestępczego współdziałania ustawodawca uznał pomocnictwo. Polega ono na ułatwieniu popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę (art. 18 § 3). Może więc przybrać formę pomocy fizycznej (np. dostarczenie samochodu do akcji przestępczej), jak i pomocy psychicznej - na przykład umacnianie w powziętym zamiarze dokonania czynu zabronionego²³. Z definicji ustawowej wynika, że możliwe jest pomocnictwo z działania oraz z zaniechania. To drugie dotyczy tylko podmiotu, na którym ciążył szczególnie, prawny obowiązek niedopuszczenia do popełnienia czynu zabronionego²⁴. Do

²⁰ P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 333, podkreśla, że polecenie to „formuła kategoryczna, stanowiąca coś więcej niż nakłanianie oraz coś mniej niż rozkaz. Polecenie oznacza wywieranie wpływu na psychikę sprawcy wykonawczego o stanowczym charakterze mieszczącym się pomiędzy dwoma punktami granicznymi: namową a rozkazem”.

²¹ Zob. M. KRÓLIKOWSKI, R. ZAWŁOCKI, *op. cit.*, Warszawa 2016, s. 227.

²² Zob. wyrok SA we Wrocławiu z 1 września 2011 r., II AKa 208/11, «Prokuratura i Prawo» 12/2012, poz. 23.

²³ Zob. *Prawo karne materialne...*, red. M. BOJARSKI, s. 249.

²⁴ Zob. P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 371-372; zob. też G. REJMAN, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. REJMAN, Warszawa 1999, s. 631-632; zob. też postanowienie SN z 25 listopada 2011 r., V KK 378/10, «OSNKW» 3/2012, poz. 25.

znamion przedmiotowych tej postaci zjawiskowej należy skutek. Ustawodawca obejmuje karalnością tylko takie zachowania, które realnie ułatwiają popełnienie przez inną osobę czynu zabronionego. Skutkiem więc jest powstanie stanu faktycznego, w którym popełnienie przestępstwa jest obiektywnie łatwiejsze²⁵. Strona podmiotowa pomocnictwa zakłada istnienie zamiaru, nie precyzując jednak formy²⁶. Z tego wniosek, że dopuszczalne są jego obie postaci: bezpośredni i ewentualny. Zamiarem obejmowane muszą być wszystkie przedmiotowe znamiona pomocnictwa²⁷. Pomocnictwo zachodzi niezależnie od popełnienia czynu zabronionego przez bezpośredniego sprawcę²⁸.

Przechodząc do właściwej problematyki niniejszego artykułu, podżeganie (jak już wspomniano) jest niesprawczą formą zjawiskową przestępstwa. Uregulowanie w art. 18 § 2 i 3, a więc w tym samym artykule, co sprawstwo *sensu stricto*, jest przejawem woli ustawodawcy zrównania wszystkich form zjawiskowych, bez względu na ich sprawczy lub niesprawczy charakter. Zgodnie z koncepcją form zjawiskowych J. Makarewicza podżeganie stanowi odrębny rodzajowo czyn zabroniony o specyficznych znamionach. W literaturze określa się je jako znamiona stałe - czyli te uregulowane w części ogólnej kodeksu karnego oraz znamiona zmienne (dynamiczne), zawarte w odpowiednim przepisie

²⁵ Zob. M. KULIK, *Formy zjawiskowe...*, s. 139.

²⁶ P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 360-361, zauważa, że „kryterium rozgraniczającym podżeganie od pomocnictwa jest to, czy osoba nakłaniana miała w chwili podjęcia czynności zamiar (decyzję) popełnienia czynu zabronionego [...]. W sytuacji zaś, gdy adresat nakłaniania powziął już wcześniej, a więc przed czynnością nakłaniania, decyzję lub zamiar popełnienia czynu zabronionego, wówczas nakłanianie traktować należy jako pomocnictwo psychiczne do popełnienia tego czynu”.

²⁷ P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 375, który dodaje dalej, że „udzielający pomocy musi zatem obejmować świadomością prawną charakterystykę czynu zabronionego, którego popełnienia ma zamiar ułatwić, oraz mieć świadomość znaczenia swojego zachowania (działania lub zaniechania), w tym w szczególności tego, że stanowi ono ułatwienie popełnienia czynu zabronionego przez inną osobę”.

²⁸ Tak wyrok SA w Krakowie z 21 czerwca 2000 r., II Aka 51/00, «KZS» 7-8/2000, poz. 37.

części szczególnej typizującym konkretne przestępstwo²⁹. W tej kwestii wypowiedział się sam Sąd Najwyższy, który w uchwale z 21 października 2003 r. stwierdził, że definicja czynu zabronionego z art. 115 k.k. „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 karnego, w której właśnie określa się znamiona podżegania i pomocnictw»³⁰.

Zgodnie z ustawową definicją podżeganie polega na nakłanianiu innej osoby do popełnienia czynu zabronionego. Artykuł 18 § 2 k.k. brzmi następująco: „Odpowiada za podżeganie, kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego, nakłania ją do tego”. Elementem przedmiotowym podżegania jest znamię czasownikowe „nakłania”, co zgodnie ze znaczeniem tego słowa oznacza oddziaływanie na psychikę innej osoby w konkretnym celu. Tym celem w przypadku podżegania jest popełnienie czynu zabronionego przez inną osobę. Ustawodawca nie bez powodu operuje pojęciem „czyn zabroniony”, ponieważ może w konkretnym przypadku nie dojść do popełnienia przestępstwa przez nakłanianego ze względu na zaistnienie okoliczności wyłączających jego odpowiedzialność karną (np. brak winy, znikoma społeczna szkodliwość, niepoczytalność). Czynność nakłaniania jest zatem zawsze ukierunkowana na popełnienie przez nakłanianego konkretnego czynu zabronionego, co akcentuje wspomniany wyżej związek znamion stałych podżegania ze znamionami zmiennymi³¹. W tym miejscu konieczne jest podkreślenie, że kodeks dopuszcza nakłanianie także do podżegania i pomocnictwa (tzw. łańcuszkowe podżeganie). Brak więc ograniczeń co

²⁹ K. INDECKI, A. LISZEWSKA, *op. cit.*, s. 238. Tak też P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 344.

³⁰ Uchwała SN z 21 października 2003 r., I KZP 11/03, «OSNKW» 11-12/2003, poz. 89.

³¹ Szczegółowe rozważania w tej kwestii zob. J. GIEZEK, *Strona podmiotowa czynu zabronionego a formy jego popełnienia – zagadnienia wybrane*, «Przegląd Prawa i Administracji» 120.2/2020, s. 31-33.

do formy zjawiskowej czynu - podżeganie dotyczy wszystkich postaci, w tym tych niesprawczych, uregulowanych w części ogólnej³².

Elementem strony przedmiotowej każdego czynu zabronionego jest podmiot. W przypadku podżegania ustawodawca używa słowa „kto”, jednoznacznie zaliczając je do grupy przestępstw powszechnych. Podmiotem podżegania może być każdy, bez względu na posiadanie szczególnych cech (o ile oczywiście jest zdolny do ponoszenia odpowiedzialności karnej na zasadach ogólnych).

Adresatem aktywności podżegacza musi być konkretna osoba, niekoniecznie znana nakłaniającemu z imienia i nazwiska. Słusznie Sąd Apelacyjny w Krakowie stwierdził, że „podżegacz nie musi znać osobiście bezpośredniego wykonawcy, wystarczy, że jest to osoba konkretna, jednostka fizyczna, niekoniecznie zindywidualizowana w postępowaniu co do tożsamości z imienia i nazwiska”³³. Niezachowanie tego warunku może być zakwalifikowane jako publiczne nawoływanie do popełnienia przestępstwa z art. 255 kodeksu karnego. Ustawodawca dopuszcza możliwość wspólnego podżegania przez co najmniej dwie osoby; adresatem podżegania może być też więcej niż jedna osoba.

Czynność nakłaniania może być realizowana w dowolny sposób. Ustawa dopuszcza swobodę formy, nie podając jednak przykładowych postaci. Nakłanianie może więc nastąpić ustnie, pisemnie, mieć postać rady, sugestii, groźby, obietnicy korzyści, zlecenia, oferty. Andrzej Sako-wicz dodaje do tej listy również wprowadzenie w błąd i wykorzystanie błędu³⁴. Z powyższego wynika, że podżeganie można popełnić jedynie w formie działania, a nie z zaniechania. Zdaniem M. Kulika „zaniechanie zachęcające do popełnienia czynu zabronionego może być uznane za pomocnictwo psychiczne”³⁵.

³² Więcej na temat tzw. łańcuszkowego podżegania zob. M. KULIK, *Z problematyki łańcuszkowego podżegania*, «TeKa Kom. Praw. – OŁ PAN» 11.1/2018, s. 217-235.

³³ Wyrok SA w Krakowie z 8 lutego 2006 r., II AKa 207/05, «KZS» 3/2006, poz. 30.

³⁴ A. SAKOWICZ, *op. cit.*, s. 688; tak też wyrok SN z 27 lipca 1974 r., V KRN 69/74.

³⁵ M. KULIK, [w:] *Kodeks karny...*, s. 80.

4. PROBLEMATYKA SKUTKU PODŻEGANIA

Z czynnością nakłaniania wiąże się skomplikowana problematyka skutkowości podżegania. Zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie zagadnienie to budziło i budzi nadal wiele kontrowersji. Sprowadzają się one do podstawowego pytania: czy podżeganie jest przestępstwem skutkowym (materialnym) czy bezskutkowym (formalnym). Przedstawiciele doktryny niejednokrotnie w swoich wypowiedziach zwracają uwagę na językowe ujęcie słowa „nakłania”, zawarte w kodeksie karnym. Część z nich uważa, że ma ono niedokonany charakter, gdyż wskazuje na czynność „nakłaniania”, a nie „nakłonienia”, co przesądzałoby o bezskutkowości podżegania³⁶. Takie rozumowanie wydaje się błędne, jeśli spojrzymy na inne przestępstwa kodeksowe i językowe ujęcie ich czynności czasownikowych. Przykładem może być zbrodnia zabójstwa z art. 148 § 1 k.k. – „kto zabija”. Czynność ta ujęta jest w formie teraźniejszej i niedokonanej, a przecież oczywiste jest, że zabójstwo należy do przestępstw materialnych. Podobnych przykładów w aktualnym kodeksie karnym jest wiele. Warto zwrócić przy tym uwagę, że w taki sam sposób przebiegała redakcja przepisów w kodeksach z 1932 i 1969 r., co wskazuje na wykształcenie się pewnej tradycji legislacyjnej w tej kwestii. Ta jednolitość formy językowej nierzadko rodzi problemy interpretacyjne. Nie zawsze tak łatwo można określić skutkowość lub jej brak na podstawie jedynie językowej wykładni przepisu (jak w przypadku wspomnianego zabójstwa). W razie wątpliwości należy każdorazowo badać, czy w wyniku zachowania sprawcy nastąpiła zmiana w świecie zewnętrznym, różna od samego czynu, będąca ustawowym znamieniem

³⁶ Tak M.G. WĘGŁOWSKI, [w:] *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2006 r., III KK 156/06*, «Prokuratura i Prawo» 5/2008, s. 177, który stwierdza, że „jeżeli ustawodawca w tekście prawnym użył sformułowania «nakłania», to nie można w sposób dowolny przypisywać mu znaczenia «nakłonił», gdy nic nie stało na przeszkodzie, by zamiast tego pierwszego w akcie prawnym znalazło się to drugie sformułowanie. A przy tej drugiej, hipotetycznej sytuacji, czyn podżegania byłby ewidentnie materialnym”. I dalej: „ustawa, formułując znamiona podżegania, wyraźnie kładzie nacisk na zachowanie sprawcy, jako karygodne z punktu widzenia porządku prawnego, a nie na skutek tego zachowania”.

tego przestępstwa³⁷. Jeśli taka zmiana nastąpi, wtedy mamy do czynienia z przestępstwem skutkowym, a więc materialnym³⁸.

Dowiedzenie skutku w przypadku niesprawczych form zjawiskowych nastręcza o wiele więcej trudności niż w razie sprawstwa właściwego. Jak to już zostało wyżej nadmienione, zwolennicy formalnego charakteru podżegania wywodzą swoją opinię z językowego ujęcia czynności „nakłaniania”, ujętego przez ustawodawcę w kodeksie karnym. Według nich dokonaniem podżegania jest już samo zachowanie sprawcy polegające na nakłanianiu innej osoby do popełnienia czynu zabronionego. Zwolennik tej koncepcji, Andrzej Zoll, stwierdza, że „podżeganie do każdego przestępstwa jest przestępstwem bezskutkowym, dokonany w chwili zrealizowania przez podżegacza znamion postaci zjawiskowej podżegania”³⁹. Pogląd ten podzielają także między innymi Andrzej Sakowicz i Agnieszka Liszewska⁴⁰. Również judykatura niejednokrotnie opowiadała się za bezskutkowym charakterem podżegania. W wyroku z 26 września 2003 r. Sąd Najwyższy stwierdził, że „podżeganie jako forma zjawiskowa przestępstwa jest zrealizowane w momencie zakończenia nakłaniania”⁴¹. Powtórzył więc opinię wyrażoną nieco wcześniej przez Sąd Najwyższy w wyroku z 2 października 2002 r.⁴²

Wśród tej części doktryny, która opowiada się za materialnym charakterem podżegania, można dostrzec dwie grupy. Pierwsza z nich skutek podżegania rozumie jako dokonanie czynu zabronionego przez

³⁷ P. NOWAK, *O skutkowości przestępstw formalnych*, «Zeszyty Prawnicze» 14.1/2014, s. 174, za skutek czynu zabronionego uważa nie „obiektywną, namacalną zmianę w rzeczywistości”, ale element będący „logicznym następstwem określonego działania”. Tym samym wyklucza kwalifikację podżegania jako przestępstwa materialnego.

³⁸ P. KUZIAK, *Usiłowanie podżegania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r.*, I KZP 11/03, «Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych» 9.1/2005, s. 157.

³⁹ A. ZOLL, [w:] K. BUCHAŁA, A. ZOLL, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116 Kodeksu karnego*, Kraków 2004, s. 182-183; zob. też A. ZOLL, *Sprawstwo bez wykonania czynu zabronionego*, «RPEiS» 71.2/2009, s. 176-177.

⁴⁰ Zob. A. SAKOWICZ, *op. cit.*, s. 685.

⁴¹ Wyrok SN z 26 września 2003 r., WA 42/03, «OSNwSK» 1/2003, poz. 2055.

⁴² Zob. wyrok SN z 2 października 2002 r., IV KKN 109/00, Prokuratura i Prawo» 3/2003.

sprawcę właściwego. Warunkiem przypisania odpowiedzialności za dokonanie podżegania jest popełnienie przestępstwa w tym właśnie stadium przez sprawcę nakłanianego⁴³. Tak uważał między innymi Andrzej Wąsek, jednak akceptacja tego poglądu wiązałaby się z odejściem od makarewiczowskiej koncepcji nieakcesoryjności podżegania, która uniezależniała odpowiedzialność podżegacza (i pomocnika) od zachowania sprawcy bezpośredniego⁴⁴. Pogląd Wąska podzielał także Władysław Wolter, który w jednej z swoich prac nader wyraźnie stwierdził, że jak długo bezpośredni wykonawca nie dokona przestępstwa, tak długo nie można mówić o dokonaniu czynu zabronionego w formie podżegania lub pomocnictwa⁴⁵. Druga grupa przedstawicieli doktryny za skutek podżegania uważa powstanie w psychice nakłanianego zamiaru popełnienia czynu zabronionego. I nie chodzi tu o jakikolwiek czyn zabroniony, ale ten, do którego nakłania podżegacz. Skutek rozumiany jest tu jako zmiana w psychice osoby nakłanianej, będąca zarazem zamiarem popełnienia przestępstwa i bezpośrednim rezultatem aktywności podżegacza. Warunkiem koniecznym jest związek przyczynowy między czynnością nakłaniania a powstaniem zamiaru u nakłanianego⁴⁶. Popełnienie więc przestępstwa w formie podżegania wymaga nie tylko podjęcia nakłaniania, lecz także zaistnienia skutku w formie decyzji nakłanianego o popełnieniu konkretnego czynu zabronionego⁴⁷. Stanowisko takie podziela judykatura. Dla przykładu, Sąd Najwyższy w wyroku z 20 września 2007 r. uzależnił dokonanie podżegania od konieczności „ukończenia czynności nakłaniania oraz wywołania u osoby nakłanianej zamiaru podjęcia określonej czynności”⁴⁸. Wydaje

⁴³ Zob. M. GAŁĄZKA, *Podżeganie w polskim prawie karnym*, «Roczniki Nauk Prawnych» 10.1/2000, s. 140-145.

⁴⁴ Zob. A. WĄSEK, *Kodeks karny. Komentarz*, I: art. 1-116, Gdańsk 2005, s. 264, oraz P. KUZIAK, *Usiłowanie podżegania...*, s. 157-158.

⁴⁵ W. WOLTER, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 308.

⁴⁶ Szczegółowe rozważania na temat skutku por. P. KARDAS, *Przypisanie skutku przy przestępnym współdziałaniu*, «Kwartalnik Prawa Publicznego» 4.4/2004, s. 73-112.

⁴⁷ Zob. M. KULIK, *Formy zjawiskowe...*, s. 137-138. Zwolennikiem tego poglądu jest również P. KARDAS, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępcze współdziałanie*, Kraków 2001, s. 630.

⁴⁸ Wyrok SN z 20 września 2007 r., III KK 149/07, niepubl.

się jednak, że pomimo rozbieżności w literaturze, należy zgodzić się z M. Kulikiem, którego zdaniem teza o dokonaniu przestępstwa przez nakłanianego jest warunkiem odpowiedzialności podzégacza, jest zbyt daleko idąca⁴⁹.

Sporne jest, czy o podzéganiu można mówić w sytuacji, kiedy osoba nakłaniana powzięła zamiar popełnienia czynu zabronionego, zanim podzégacz rozpoczął wobec niej swoją aktywność. W tej kwestii również zdania są podzielone. Zdaniem Krzysztofa Wiaka, takie zachowanie nie powinno być traktowane jako podzéganie, a co najwyżej jako usiłowanie nieudolne albo pomocnictwo psychiczne⁵⁰. Powołuje się przy tym na orzeczenie Sądu Najwyższego z 26 maja 2000 r., który uznał, że „nie można podzegać osoby, która już posiada zamiar popełnienia przestępstwa”⁵¹. Odmiennie Sąd Apelacyjny w Krakowie, który do skutków podzégania oprócz wzbudzenia zamiaru zaliczył też „umacnianie jej [tj. osoby nakłanianej – R.K.] w powziętym już wcześniej zamiarze, czy zagrzewanie do popełnienia tego czynu osoby, która taki zamiar wcześniej powzięła”⁵². Bardziej trafne wydaje się stanowisko odrzucające taką możliwość, wyrażane między innymi przez Piotra Kardasa, Marka Bojarskiego czy Genowefę Rejman⁵³.

5. ZAMIAR JAKO ELEMENT STRONY PODMIOTOWEJ PODZĘGANIA

Strona podmiotowa ogranicza podzéganie tylko do przestępstw popełnionych umyślnie i tylko w zamiarze bezpośrednim. Wskazuje na to użyty w ustawie zwrot „kto chcąc, aby inna osoba dokonała czynu zabronionego”. Tym samym ustawodawca jednoznacznie wykluczył możliwość nieumyślnego podzégania, a nawet umyślnego w zamiarze

⁴⁹ M. KULIK, *Formy zjawiskowe...*, s. 137.

⁵⁰ K. WIAK, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. GRZEŚKOWIAK, K. WIAK, Warszawa 2012, s. 169.

⁵¹ K. WIAK, *op. cit.*, s. 170; zob. też wyrok SN z 26 czerwca 2000 r., WA 16/00, niepubl.

⁵² Wyrok SA w Krakowie z 20 września 2001 r., II AKa 204/01; zob. też wyrok SA w Krakowie z 28 maja 2002 r., II AKa 115/02, «KZS» 6/2002, poz. 12.

⁵³ P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 324; *Prawo karne...*, red. M. BOJARSKI, s. 245; G. REJMAN, *op. cit.*, s. 625; tak też M. KRÓLIKOWSKI, R. ZAWŁOCKI, *op. cit.*, s. 229, oraz K. BUCHAŁA, A. ZOLL, *op. cit.*, s. 307.

ewentualnym. Z objęcia podżegania zamiarem bezpośrednim wynikają istotne konsekwencje. Otóż podżegacz, chcąc, by inna osoba popełniła czyn zabroniony, musi więc obejmować swoją świadomością to przestępstwo. Wzbudzenie u podżeganego decyzji o popełnieniu przestępstwa musi być u podżegacza „antycypowanym stanem rzeczy”, który chce osiągnąć⁵⁴. Ta świadomość po stronie podżegacza dotyczy nie tylko możliwości wzbudzenia zamiaru u nakłanianego, lecz także możliwości realizacji tego czynu zabronionego przez sprawcę⁵⁵. Ów wymóg świadomości musi zaistnieć niezależnie od tego, czy nakłaniany też ma zamiar popełnienia czynu zabronionego oraz czy czyn ten popełni. Nie budzi zatem większych wątpliwości sytuacja, gdy po stronie podżegacza występuje zamiar bezpośredni (co jest koniecznością), a po stronie nakłanianego nieumyślność albo umyślność (w zamiarze bezpośrednim albo ewentualnym)⁵⁶. Czasem, z braku winy, nakłaniany w ogóle nie dopuszcza się przestępstwa, więc nie można mu nawet przypisać nieumyślności, co oczywiście nie zwalnia podżegacza z odpowiedzialności karnej. Zgodnie bowiem z koncepcją nieakcesoryjności J. Makarewicza podżegacz popełnia własny czyn zabroniony o szczególnych znamionach. Trafnie zauważył A. Sakowicz, że „powiązanie podżegania z nastawionym na formę sprawczą czynem zabronionym określonym w części szczególnej KK ma charakter pojęciowy, nie oznacza uzależnienia od odpowiedzialności za podżeganie od dokonania czynu zabronionego, do którego podżegacz nakłania inną osobę”⁵⁷.

⁵⁴ K. BUCHAŁA, A. ZOLL, *op. cit.*, s. 307.

⁵⁵ Zob. B.J. STEFAŃSKA, [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. STEFAŃSKI, Warszawa 2015, s. 217, która stwierdza, że „podżegacz musi mieć świadomość, że podejmowane przez niego zachowanie stanowi nakłanianie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, a nadto musi mieć świadomość wszystkich elementów znamion czynu zabronionego stanowiącego przedmiot nakłaniania”.

⁵⁶ Zob. K. BUCHAŁA, A. ZOLL, *op. cit.*, s. 307.

⁵⁷ A. SAKOWICZ, *op. cit.*, s. 690.

6. INDYWIDUALIZACJA ODPOWIEDZIALNOŚCI W ZAKRESIE STRONY PODMIOTOWEJ PODŻEGANIA

Wyrazem przyjęcia przez kodeks karny z 1997 r. makarewiczowskiej zasady indywidualizacji odpowiedzialności jest art. 20 k.k., stanowiący, że „każdy ze współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego odpowiada w granicach swojej umyślności lub nieumyślności niezależnie od odpowiedzialności pozostałych współdziałających”. Przepis ten wprowadza zasadę indywidualizacji winy i dotyczy wszystkich form przestępczego współdziałania, w tym też podżegania. Warunkiem odpowiedzialności karnej współdziałającego jest wina, która musi być rozpatrywana indywidualnie do każdego z nich. Wynika to z odrzucenia przez polskiego ustawodawcę koncepcji odpowiedzialności zbiorowej właśnie na rzecz indywidualnej odpowiedzialności każdego ze sprawców. A indywidualna odpowiedzialność karna zawsze jest związana z indywidualnym przypisaniem winy indywidualnemu sprawcy. Udowodnienie konkretnemu współdziałającemu winy następuje niezależnie od odpowiedzialności pozostałych współdziałających. Każdy z nich odpowiada w granicach własnej umyślności albo nieumyślności. Podżegacz odpowiada za czyn, do którego nakłaniał, a bezpośredni sprawca za swój własny czyn⁵⁸. Nawiązując do wcześniejszych uwag, podżegacz będzie odpowiadał nawet wtedy, gdy nakłaniany nie popełni przestępstwa, do którego był nakłaniany. Z kolei, gdyby nakłaniany dopuścił się tzw. ekscesu, a więc popełnił inny czyn zabroniony niż do którego był nakłaniany, to eksces ten nie obciąża wtedy podżegacza, który odpowiadać będzie tylko za czyn, do którego podżegał. Często przywoływanym w literaturze przykładem jest sytuacja, w jakiej podżegacz nakłania do przestępstwa kradzieży (art. 278 k.k.), natomiast nakłaniany dopuszcza się rozboju (art. 280). Zgodnie z zasadą indywidualizacji winy podżegacz będzie odpowiadał jedynie za podżeganie do kradzieży, a sprawca bezpośredni odpowie wtedy za rozbój.

⁵⁸ Tak też SN w wyroku z 26 października 1974 r., V KRN 409/73, niepubl.

7. INDYWIDUALIZACJA ODPOWIEDZIALNOŚCI W KONTEKŚCIE OKOLICZNOŚCI OSOBISTYCH

Drugi z przepisów akcentujący zasadę nieakcesoryjności odpowiedzialności to art. 21, który w § 1 stanowi, że „okoliczności osobiste, łagodzące lub wyłączające, albo zaostrzające odpowiedzialność karną, uwzględnia się tylko co do osoby, której dotyczą”. Ta regulacja również dotyczy wszystkich współdziałających w popełnieniu czynu zabronionego. Istotą tego przepisu – odwołując się do A. Sakowicza – jest oparcie odpowiedzialności prawnej podżegacza tylko na okolicznościach osobistych, które jego dotyczą. Z kolei w aspekcie negatywnym ta zasada wyraża się w nieprzenoszeniu okoliczności osobistych dotyczących podżegacza na inne współdziałające osoby⁵⁹. Można je podzielić na trzy grupy. Pierwsza to okoliczności wyłączające odpowiedzialność karną (w tym wyłączające winę czy wyłączające bezprawność czynu) – np. nieletniość, niepoczytalność, czynny żal, obrona konieczna, usprawiedliwiony błąd, przedawnienie karalności. Druga grupa to okoliczności łagodzące odpowiedzialność prawną (np. ograniczona odpowiedzialność z art. 31 § 2 k.k.). Trzecia – okoliczności zaostrzające tę odpowiedzialność, do których zaliczyć można między innymi recydywę⁶⁰. Należy przy tym zaznaczyć, że okoliczności te nie stanowią znamion czynu zabronionego (por. art. 21 § 2 k.k.) ani nie są okolicznościami branymi pod uwagę przy sądowym wymiarze kary (por. art. 55 k.k.)⁶¹.

8. PROBLEMATYKA TZW. EKSTRANEUSA I INTRANEUSA PRZY PRZESTĘPSTWACH INDYWIDUALNYCH

Artykuł 21 § 2 i 3 dotyczy odpowiedzialności współdziałających w popełnieniu przestępstwa indywidualnego. Odnosi się on do sytuacji, kiedy jeden ze współdziałających (*intraneus*) popełnia przestępstwo indywidualne, natomiast drugi z nich (*ekstraneus*) nie posiada tej szczególnej okoliczności indywidualizującej podmiot, a będącej znamieniem czynu zabronionego, wpływającej chociażby na wyższą karalność, ale o tej

⁵⁹ A. SAKOWICZ, *op. cit.*, s. 716.

⁶⁰ A. SAKOWICZ, *op. cit.*, s. 717-718.

⁶¹ M. KULIK, [w:] *Kodeks karny...*, s. 85.

okoliczności wiedział (choćby go nie dotyczyła) – to taki *ekstraneus* również odpowiada za przestępstwo indywidualne. Zastosowaniem tego przepisu objęte są zarówno przestępstwa indywidualne właściwe, jak i przestępstwa indywidualne niewłaściwe w typie kwalifikowanym. Nie obejmuje natomiast przestępstw w typie uprzywilejowanym, ze względu na użyte w ustawie wyrażenie: „wpływające chociażby na wyższą karalność”. W takiej sytuacji podżegacz nakłaniający matkę do zabicia dziecka w okresie porodu i pod wpływem jego przebiegu (art. 149 k.k.) będzie odpowiadał zawsze za typ podstawowy⁶².

W określonych konfiguracjach podżegacz może być *ekstraneusem* albo *intraneusem*, posiadającym indywidualizującą cechę. W pierwszym przypadku, gdyby podżegacz nakłaniał do przestępstwa indywidualnego właściwego, to brak jego wiedzy na temat okoliczności warunkującej odpowiedzialność sprawcy właściwego przekreślałby odpowiedzialność karną podżegacza. Przy przestępstwach indywidualnych niewłaściwych typu kwalifikowanego brak wiedzy podżegacza (*ekstraneusa*) o okoliczności zastrzegającej odpowiedzialność karną zachodzącej po stronie sprawcy bezpośredniego (*intraneusa*) prowadziłby do odpowiedzialności podżegacza za typ podstawowy. W odwrotnym przypadku świadomość tej okoliczności skutkowałaby tym, że podżegacz odpowiadałby za nakłanianie do przestępstwa indywidualnego w typie kwalifikowanym.

Bardziej kontrowersyjny wydaje się drugi wariant, w którym to podżegacz jest *intraneusem*, a sprawca właściwy *ekstraneusem*. Jeżeli mamy do czynienia z nakłanianiem do przestępstwa indywidualnego właściwego, to brak cechy indywidualizującej po stronie sprawcy właściwego wyłącza jego odpowiedzialność karną. Co jednak bardziej dyskusyjne, wyłączona zostaje także odpowiedzialność nakłaniającego, gdyż istotą podżegania jest nakłanianie do popełnienia czynu zabronionego. Jeżeli popełnienie tego czynu zabronionego nie jest możliwe z uwagi na brak cechy indywidualizującej po stronie sprawcy, to również nie zachodzi podżeganie. A więc nakłanianie to będzie prawnie obojętne⁶³. Natomiast

⁶² Tę problematykę szczegółowo opracował Ł. PILARCZYK, *Analiza odpowiedzialności karnej ekstraneusa za przestępne współdziałanie w odniesieniu do podżegania i pomocnictwa*, «Ius Novum» 4/2014.

⁶³ *Prawo karne*, red. M. BOJARSKI, s. 259.

możliwa, choć nie mniej dyskusyjna, jest sytuacja, gdy podżegacz *in-traneus* nakłania sprawcę do popełnienia przestępstwa indywidualnego niewłaściwego w typie kwalifikowanym. Jeżeli po stronie sprawcy wiedza o tej szczególnej okoliczności nie zachodzi, to odpowiada on jedynie za typ podstawowy. Natomiast nie ma zgody w doktrynie co do tego, czy podżegacz będzie odpowiadał w takiej sytuacji za typ kwalifikowany czy podstawowy⁶⁴.

Warto jeszcze wskazać, że w tym szeregu różnych konfiguracji możliwe jest, że zarówno podżegacz, jak i sprawca właściwy będą *intran-eusami*. Nie ulega wątpliwości, że wszyscy oni będą odpowiadać za konkretne przestępstwo indywidualne właściwe albo niewłaściwe.

Z uwagi na z reguły mniejszy stopień zawartości bezprawia w zachowaniu *ekstraneusa* ustawodawca przewidział w § 3 możliwość zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia kary. Sąd powinien jednak zawsze dokładnie rozważyć, czy w konkretnych okolicznościach zachodzą powody do zastosowania tego środka. Może się bowiem zdarzyć, że stopień społecznej szkodliwości czynu *ekstraneusa* będzie wyższy niż po stronie *intran-eusa*, dlatego też ustawodawca słusznie nadał fakultatywny charakter tej instytucji.

9. TAK ZWANE WŁAŚCIWE I NIEWŁAŚCIWE PODŻEGANIE DO PRZESTĘPSTWA NIEUMYŚLNEGO

W kontekście rozważań dotyczących strony podmiotowej podżegania sporną kwestią jest tzw. właściwe i niewłaściwe podżeganie do przestępstwa nieumyślnego. Pierwsze z nich (tzw. właściwe) nie budzi większych dyskusji w doktrynie – polega na podżeganiu innej osoby do popełnienia nieumyślnego czynu zabronionego. Zgodnie z art. 20 k.k. każdy ze współdziałających odpowiada w granicach swojego zamiaru, w związku z tym nie ma prawnych przeszkód, aby strona podmiotowa inaczej kształtowała się wobec podżegacza, a inaczej wobec sprawcy *sensu stricto*. Znamiona strony podmiotowej podżegacza nie odnoszą się do zachowania właściwego sprawcy⁶⁵.

⁶⁴ Tak *Prawo karne*, red. M. BOJARSKI, s. 259; zob. K. BUCHAŁA, A. ZOLL, *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997, s. 316-317.

⁶⁵ A. SAKOWICZ, *op. cit.*, s. 690.

Znacznie więcej kontrowersji w literaturze i orzecznictwie budzi tzw. niewłaściwe podżeganie do przestępstwa nieumyślnego. Chodzi o sytuację, gdy dana osoba (czyli tzw. podżegacz niewłaściwy) nieumyślnie skłania inną osobę do nieumyślnego popełnienia czynu zabronionego. Skłaniający (świadomie używam słowa „skłania”, a nie „nakłania”) nie ma zamiaru nakłonienia innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, ale skłania ją do zachowania naruszającego reguły ostrożności. Zarazem skłaniający nie ma świadomości normatywnego znaczenia czynu zabronionego, do jakiego mogą doprowadzić zachowania osób przez niego nakłanianych. Za przykład niech posłuży skłanianie (czy zachęcanie) kierowcy do szybkiej jazdy, do nieostrożnego wyprzedzania, do prowadzenia pojazdu w stanie nietrzeźwości, w wyniku czego dochodzi do wypadku drogowego⁶⁶. Wykładnia językowa art. 18 § 2 k.k. definiującego podżeganie jednoznacznie wyklucza przyjęcie nieumyślnego podżegania. Wątpliwości nie miał też Sąd Najwyższy, który między innymi w wyroku z 26 października 1973 r. potwierdził konieczność udowodnienia zamiaru bezpośredniego po stronie podżegacza, odrzucając tym samym kwalifikację jego czynu jako nieumyślnego⁶⁷. Takie zachowanie powinno być więc bezkarne⁶⁸. Należy odrzucić proponowaną przez W. Woltera koncepcję uznania dopuszczalności nieumyślnego podżegania. Nie ma ona uzasadnienia nie tylko na gruncie kodeksu karnego, ale i nie znajduje poparcia w orzecznictwie. Odrzucając tę skrajną teorię, wielu autorów sięga do konstrukcji tzw. sprawstwa pośredniego, polegającego na tym, że dana osoba nie popełnia czynu zabronionego osobiście, lecz posługuje się inną jako swego rodzaju narzędziem. Nieważne, czy ta osoba traktowana jako narzędzie jest

⁶⁶ P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 354; A. SAKOWICZ, *op. cit.*, s. 713.

⁶⁷ Wyrok SN z 26 października 1973 r., V KRN 409/73, niepubl.

⁶⁸ Tak M. KULIK, *Formy zjawiskowe...*, s. 136, tak też P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, który na s. 354-355: „Z uwagi na konstrukcję znamion podżegania, która wymaga umyślności działania nakłaniającego, obejmującej wszystkie elementy składające się na stronę przedmiotową typu podżegania, do której zalicza się także wyobrażony (objęty świadomością) nakłaniającego czyn zabroniony, do popełnienia którego nakłania on inną osobę, wykluczyć należy możliwość odpowiedzialności karnej za podżeganie w przypadku nieumyślnego nakłaniania do popełnienia zachowania stanowiącego naruszenie reguł ostrożności”.

świadoma bezprawności swojego zachowania, czy też nie (np. nieletnia, niepoczytalna). Genowefa Rejman przywołuje tutaj sytuację, gdy dana osoba pozostawia nabitą broń w miejscu, gdzie bawią się dzieci, i nieumyślnie przyczynia się do tego, że dziecko zabiło drugiego człowieka. Wtedy będzie ona zdaniem autorki odpowiadała na zasadzie tzw. sprawstwa pośredniego za nieumyślne spowodowanie śmierci⁶⁹. Rozwiązania tzw. niewłaściwego podżegania na gruncie stosowania prawa mogą być wielorakie. Jeżeli skłaniający spełnia wszystkie ustawowe znamiona, można mu przypisać sprawstwo, ewentualnie współsprawstwo, przestępstwa nieumyślnego⁷⁰. Możliwe jest również umyślne albo nieumyślne sprawstwo kierownicze przestępstwa nieumyślnego; także umyślne pomocnictwo do przestępstwa nieumyślnego, podżeganie lub pomocnictwo do czynu z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne lub konkretne⁷¹. Brak odpowiedzialności z tytułu nieumyślnego podżegania nie skutkuje, jak widać, w każdym przypadku nieodpowiedzialnością takiego skłaniającego w ogóle.

W uzupełnieniu uwag dotyczących strony podmiotowej podżegania niemniej istotną kwestią jest zagadnienie podżegania do przestępstw umyślno-nieumyślnych. W doktrynie zarysowały się dwie kategorie przypadków: nakłanianie do popełnienia umyślnego czynu zabronionego kwalifikowanego przez nieumyślne następstwo albo nakłanianie do popełnienia przez inną osobę umyślnego lub nieumyślnego czynu zabronionego z ekscysem sprawcy bezpośredniego, który nakłaniający przewidywał lub mógł przewidzieć. O ile w pierwszym przypadku sytuacja nie powinna budzić wątpliwości, to odnośnie do ekscesu prawidłowa kwalifikacja prawna zależy od ustalenia, co nakłaniający obejmował swoim zamiarem bezpośrednim. Jeżeli obejmował nim całość zachowania bezpośredniego wykonawcy (a więc wszystkie znamiona czynu umyślno-nieumyślnego, w tym następstwo), to odpowie on za podżeganie do całości czynu zabronionego, do którego nakłaniał⁷². Jeżeli

⁶⁹ G. REJMAN, *op. cit.*, s. 637-638.

⁷⁰ Zob. P. KARDAS, [w] *Kodeks karny...*, s. 354-355.

⁷¹ M. KULIK, *Z problematyki łańcuskowego podżegania*, «TeKa Kom. Praw. – OL PAN» 11.1/2018, s. 230.

⁷² P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 356-357.

natomiast nakłaniający obejmował zamiarem bezpośrednim tylko tzw. czyn wyjściowy, a następstwo jedynie nieumyślnością, to w rezultacie przyjąć należy odpowiedzialność za podżeganie do tzw. czynu wyjściowego i sprawstwo przestępstwa nieumyślnego (w zakresie nieumyślnego następstwa).

10. WYMIAR KARY ZA PODŻEGANIE

Wyrazem równorzędności wszystkich ustawowych form współdziałania przestępczego jest art. 19 § 1 k.k., który stanowi, że sąd wymierza karę (w tym też środki karne)⁷³ za podżeganie (pomocnictwo) w granicach zagrożenia przewidzianego za sprawstwo. Natomiast rodzaj i wysokość kary są każdorazowo uregulowane w odpowiednim przepisie części szczególnej kodeksu karnego, typizującym konkretny czyn zabroniony. Podżeganie bowiem charakteryzuje się specyficznym zestawem ustawowych znamion, zawartych nie tylko w przepisie ogólnym (art. 18 § 2 k.k.), ale i w przepisie regulującym czyn zabroniony, do którego popełnienia podżegacz nakłania. Dla pełnej wykładni wymiaru kary za podżeganie zawsze należy więc sięgać do przepisu części szczególnej lub przepisu pozakodeksowego⁷⁴. Względny określoności czynu zabronionego nakładają na ustawodawcę obowiązek regulacji nie tylko elementów strony przedmiotowej i podmiotowej, lecz także wymiaru kary, jej rodzaju i wysokości⁷⁵. Zrównanie wymiaru kary dla podżegacza ze sprawczymi formami współdziałania nie oznacza, że na gruncie stosowania prawa sąd za każdym razem będzie wymierzał mu taką samą karę jak sprawcy bezpośredniemu. Zasada indywidualizacji kary wymaga odrębnego traktowania każdego ze współdziałających z uwagi na różny stopień społecznej szkodliwości ich zachowań. Ustawodawca, poprzez regulację dyrektyw wymiaru kary w rozdziale VI kodeksu karnego, daje sądowi

⁷³ Zob. M. KULIK, [w:] *Kodeks karny...*, s. 83: „Zagrożenie karą (i środkami karnymi, ponieważ określenie «karą» zawarte w komentowanym przepisie należy rozumieć szeroko, jest w wypadku podżegania i pomocnictwa takie samo jak w wypadku sprawczych form popełnienia czynu zabronionego”.

⁷⁴ Zob. B.J. STEFAŃSKA, *Zagrożenie karne za podżeganie i pomocnictwo*, «Prokuratura i Prawo» 12/2017, s. 23-24.

⁷⁵ P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 384-385.

możliwość różnicowania odpowiedzialności karnej współdziałających⁷⁶. Niewykluczona jest przecież sytuacja, gdy zachowanie podżegacza będzie charakteryzował wyższy stopień bezprawia niż sprawcy wykonawczego⁷⁷. Piotr Kardas zwraca uwagę na jeszcze jeden istotny aspekt, a mianowicie, że na „rodzaj i wysokość ustawowego zagrożenia przewidzianego za podżeganie [...] nie mają wpływu przewidziane w ustawie szczególne regulacje umożliwiające obostrzenie lub złagodzenie kary za sprawstwo czynu zabronionego określonego w części szczególnej lub w przepisie pozakodeksowym, z którego zaczerpnięte jest ustawowe zagrożenie przewidziane za podżeganie”⁷⁸. Wymaga tego przepis art. 21 § 1 k.k., stanowiący, że okoliczności osobiste wpływające na wymiar kary uwzględnia się tylko co do osoby, której one dotyczą.

11. PODŻEGANIE A FORMY STADIALNE CZYNU ZABRONIONEGO

Zagadnienie „krzyżowania się” niesprawczych form zjawiskowych z formami stadialnymi należy do zagadnień niejednocie postrzeganych w doktrynie i orzecznictwie⁷⁹. Wynika to z rozbieżnych rezultatów wykładni regulującego tę materię art. 22 k.k. Część autorów prezentuje trudną do zaakceptowania tezę, że dokonanie podżegania jest możliwe tylko w sytuacji dokonania czynu zabronionego, do którego nakłaniano. To samo dotyczy usiłowania podżegania: jest możliwe tylko wtedy, gdy nakłoniony usiłował popełnić czyn zabroniony (art. 22 § 1 k.k.). Z tak daleko posuniętej akcesoryjności odpowiedzialności podżegacza i sprawcy bezpośredniego można wysnuć wniosek, że charakterystyka ustawowych znamion podżegania zawarta jest nie tylko w art. 18 § 2 oraz w konkretnym przepisie części szczególnej, lecz także w art. 22 k.k.⁸⁰ Popełnienie podżegania w określonej postaci stadialnej uzależnione

⁷⁶ Zob. B.J. STEFAŃSKA, *op. cit.*, s. 25-26.

⁷⁷ Zob. wyrok SN z 28 lutego 1978 r., I KR 6/78, «OSNKW» 7-8/1978, poz. 80.

⁷⁸ P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 385.

⁷⁹ Zob. rozważania na temat możliwości występowania form stadialnych podżegania (i pomocnictwa) Ł. POHL, *Formy stadialne czynu zabronionego w odniesieniu do podżegania i pomocnictwa według kodeksu karnego z 1997 r.*, «RPEiS» 73.1-2/2001, s. 68-71.

⁸⁰ P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 424.

jest ściśle od popełnienia w tej samej postaci czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego. Forma stadialna podżegania odpowiada więc stadium zaawansowania zachowania sprawcy. W tym właśnie przejawia się – według G. Rejman – akcesoryjność odpowiedzialności podżegacza, a mianowicie w uzależnieniu jej od drogi przestępczej sprawcy, którego nakłaniano⁸¹. Nie dziwi więc twierdzenie autorki, że podżeganie (i pomocnictwo) jako niesprawcze formy zjawiskowe nie posiadają własnych postaci stadialnych, ale są „wmontowane w przestępną drogę sprawstwa w ścisłym tego słowa znaczeniu”⁸². Wyjątek zachodzi, jeśli czynu głównego nawet nie usiłowano dokonać (art. 22 § 2) – czyli sprawca zatrzymał się na etapie przygotowania albo jego czyn był prawnie obojętny. W tej sytuacji podżegacz nadal odpowie za usiłowanie, mimo że tej postaci stadialnej nie osiągnął sprawca bezpośredni. Może jednak liczyć na nadzwyczajne złagodzenie kary albo odstąpienie od jej wymierzenia.

Z tej akcesoryjności (będącej *nota bene* odejściem od makarewiczowskiej koncepcji) część doktryny wysnuwa wniosek o skutkowości podżegania. Chodzi jednak o inne rozumienie skutku, które polegać by miało na dokonaniu lub usiłowaniu czynu zabronionego przez bezpośredniego sprawcę. Z tego wniosek, że sposób zachowania się sprawcy głównego, jako skutek podżegania, jest jednym ze znamion niesprawczej formy zjawiskowej. Warto też zauważyć, że obrońcy tej koncepcji często traktują art. 22 jako *lex specialis* w stosunku do art. 13 k.k., będącą szczególną podstawą odpowiedzialności podżegacza za usiłowanie⁸³. Zdaniem Piotra Kuziaka „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 usiłowaniem podżeganiem i pomocnictwem mamy do czynienia w przypadku usiłowania popełnienia

⁸¹ G. REJMAN, *op. cit.*, s. 663.

⁸² *Ibidem*, s. 666.

⁸³ P. KUZIAK, *op. cit.*, s. 184-185.

czynu zabronionego przez sprawcę, a nie w przypadku usiłowania, przez podżegacza i pomocnika, realizacji znamion swej postaci zjawiskowej”⁸⁴.

Skrajnie odmienna jest koncepcja odrywająca postać stadialną czynu głównego od postaci stadialnej podżegania. Przepis art. 20 nie zawiera w swojej treści znamion podżegania (jak uważa część autorów), gdyż te reguluje tylko art. 18 § 2 oraz odpowiednia norma części szczególnej. Zgodnie z teorią postaci zjawiskowych J. Makarewicza (której hołduje obecnie obowiązujący kodeks) podżeganie jest odrębnym rodzajowo typem czynu zabronionego, różnym od pozostałych form współdziałania, a więc do podżegania – tak jak do pozostałych – odnoszą się ogólne normy regulujące postaci stadialne czynu (tj. art. 13 i 16 k.k.). Andrzej Zoll w uwagach do projektu nowego kodeksu karnego pisał, że „występujące w literaturze polskiej stanowisko przyjmujące, że dokonanie przestępstwa w formie podżegania lub pomocnictwa wymaga dokonania go przez sprawcę nie jest zgodne z teoretycznym modelem postaci zjawiskowych przestępstwa”⁸⁵. Krótko mówiąc, podżeganie jako samodziśny typ czynu zabronionego może być popełnione zarówno w formie dokonania, usiłowania, jak i przygotowania (jeśli jest karalne). Sposób zachowania się sprawcy właściwego nie ma wpływu na postać stadialną podżegania. Następuje tu pełne uniezależnienie od stadium, w jakim znalazł się sprawca bezpośredni⁸⁶. Z dokonaniem (lub usiłowanym) podżeganiem może się łączyć taka sama postać stadialna po stronie sprawcy bezpośredniego. Możliwe jest też ich wzajemne „krzyżowanie się”: na przykład dokonane podżeganie – usiłowane sprawstwo. Co więcej, nakłaniany nawet nie musi podejmować żadnej aktywności – wystarczy, że podżegacz dopuści się dokonania swego przestępstwa,

⁸⁴ *Ibidem*, s. 185.

⁸⁵ A. Zoll, *Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępnego w projekcie kodeksu karnego*, «PiP» 50.6/1995, s. 35.

⁸⁶ Tak też J. PIÓRKOWSKA-FLIEGER, [w:] *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 31 marca 2017 r. (II AKa 450/16, Legalis nr 1611762)*, «Studia Iuridica Lublinensia» 28.1/2019, s. 224-225, „[...] należy podkreślić, że uznanie uzależnienia podżegania za dokonane od dokonania czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego jest sprzeczne z istotą przyjętej w prawie karnym konstrukcji współdziałania przestępnego, zgodnie z którą podżegacz (także pomocnik) popełnia własne przestępstwo, a nie uczestniczy w przestępstwie sprawcy głównego”.

wywołując w nakłanianym zamiar popełnienia czynu zabronionego. Niewykluczone jest też, że podżegacz zatrzyma się na etapie usiłowania, zmierzając bezpośrednio do wywołania dokonania, co mu się ostatecznie nie udaje. Usiłowanie tej formy zjawiskowej będzie zachodziło zarówno, gdy podżegacz odstąpi od czynności nakłaniania, jak i wtedy, gdy co prawda zakończy proces nakłaniania, ale nie uda mu się wzbudzić u nakłanianego spodziewanego zamiaru. Jeżeli natomiast zamiar ten będzie już wcześniej podjęty, wtedy można co najwyżej mówić o usiłowaniu nieudolnym podżegania z art. 13 § 2 k.k.

Kodeks w art. 22 § 1 zakresem zastosowania obejmuje przypadki, kiedy po stronie podżegacza nastąpiło dokonanie, a czynu zabronionego przez sprawcę właściwego tylko usiłowano dokonać. W takim układzie podżegacz odpowie „jak za usiłowanie” – to znaczy, że pomimo osiągnięcia przez niego etapu dokonania sąd zobowiązany jest traktować go w zakresie wymiaru kary tak, jakby czyn swój tylko usiłował⁸⁷. Mimo niezbyt precyzyjnej redakcji, przepis ten nie wprowadza reguły odpowiedzialności podżegacza „za” usiłowanie, ale „jak za” usiłowanie. Tego zdania jest między innymi Leon Tyszkiewicz, który w jednej z glos potwierdza, że „usiłowanie podżegania jest czymś podobnym do usiłowania popełnionego przez sprawcę, ale nie z nim identycznym, słowo «jak» wyraża po prostu porównanie od usiłowania sprawcy”⁸⁸. Łukasz Pohl dodaje, że sformułowanie „odpowiada jak za usiłowanie” należy rozumieć jako „racjonalnie uzasadnioną normę dotyczącą kwestii kształtowania odpowiedzialności karnej, a nie jako normę odbierającą podżeganiu i pomocnictwu ich własne formy stadialne”⁸⁹. Spośród orzeczeń sądowych często przywoływana w piśmiennictwie karnistycznym jest uchwała Sądu Najwyższego z 21 października 2003 r., w której jednoznacznie stwierdzono, że „podżeganie może być popełnione w formie

⁸⁷ Tak też M. KULIK, *Formy zjawiskowe...*, s. 142: „[...] opowiadam się za stanowiskiem, zgodnie z którym przepis ten nie przesądza o skutkowym charakterze podżegania i pomocnictwa. Stanowi on natomiast, że podżegacz i pomocnik dokonał swego czynu, lecz przy wymiarze kary traktowany jest tak, jakby tylko go usiłował”.

⁸⁸ L. TYSZKIEWICZ, *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lipca 2014 r. (SK 35/12)*, «Prokuratura i Prawo» 7-8/2015, s. 271.

⁸⁹ Ł. POHL, *op. cit.*, s. 70.

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 podżegania⁹⁰. Postać stadialna usiłowania cechuje się z reguły mniejszym stopniem zawartości bezprawia, co powinno przekładać się na łagodniejsze potraktowanie przez sąd⁹¹.

W art. 22 § 2 k.k. ustawodawca wprowadził samoistną podstawę do nadzwyczajnego złagodzenia kary albo odstąpienia od jej wymierzenia dla podżegacza, który co prawda osiągnął etap dokonania, ale po stronie osoby nakłanianej „czynu zabronionego nawet nie usiłowano dokonać”. Dotyczy to dwóch kategorii zachowań: po pierwsze, gdy nakłaniany zatrzymał się na poziomie karalnego przygotowania, a po drugie – gdy nie podjął on żadnej czynności ukierunkowanej na popełnienie czynu zabronionego⁹². Oczywiście jest, że ten etap „przedusiłowania” zawiera w sobie bardzo nikły lub żaden ładunek bezprawia, stąd też decyzja ustawodawcy, by znalazło to odzwierciedlenie w sądowej ocenie podżegacza. Należy podkreślić, że dotyczy to sytuacji, gdy podżeganie osiągnęło postać dokonania⁹³. Uwagi odnoszące się do sformułowania „odpowiada jak za podżeganie” § 1 znajdują zastosowanie także w § 2, z tą różnicą, że podżegacz może liczyć nie tylko na łagodniejsze potraktowanie w kontekście art. 53 i n. k.k., ale dodatkowo też na nadzwyczajne złagodzenie

⁹⁰ Uchwała SN z 21 października 2003 r., I KZP 11/03, «OSNKW» 11-12/2003, poz. 89.

⁹¹ Zob. P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 435, który pisze, że „znacznie zwrotu «odpowiada jak za usiłowanie» sprowadza się w istocie do reguły celowościowej, wskazującej sądowi, że odpowiedzialność takiego podżegacza [...] powinna być łagodniejsza z uwagi na fakt, iż ich zachowania, chociaż konstrukcyjnie spełniają przesłanki dokonania, materialnie (z punktu widzenia zawartości bezprawia i karygodności) zbliżone są do usiłowania, co powinno znaleźć odzwierciedlenie w wymiarze kary”.

⁹² P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 435.

⁹³ Kwestia ta budzi rozbieżności w doktrynie: część autorów (np. M. Kulik) dopuszcza tylko formę dokonania podżegania. Przeciwny pogląd wyrażają A. Wąsek i P. Kardas, dla których nie ma przeszkód, aby art. 22 § 2 k.k. stosować również do wypadków usiłowania podżegania. Podobnie, choć nie identycznie, A. Liszewska, która twierdzi, że możliwe jest usiłowanie podżegania, ale jedynie w postaci nieudolnego usiłowania. Najbardziej skrajny pogląd prezentuje M. Bielski, odnoszący ten przepis tylko do przypadków usiłowania podżegania. Zob. A. SAKOWICZ, *op. cit.*, s. 724-725.

albo odstąpienie od wymierzenia kary. Sąd ma więc dużą swobodę w ocenie zachowania podżegacza w kontekście jego wymiaru kary.

12. CZYNNY ŻAŁ PODŻEGACZA

Nie podlega karze podżegacz, który dobrowolnie zapobiegł dokonaniu czynu zabronionego przez sprawcę bezpośredniego (art. 23 § 1 k.k.), jeżeli zaś dobrowolnie starał się zapobiec dokonaniu czynu zabronionego, sąd może zastosować wobec niego nadzwyczajne złagodzenie kary (art. 23 § 2 k.k.). Przepis ten dotyczy wszystkich współdziałających, nie tylko podżegacza – w odróżnieniu od art. 15 k.k., który reguluje jedynie sytuację usiłowania przestępstwa przez sprawcę pojedynczego⁹⁴. Z punktu widzenia najważniejszego celu, czyli ochrony dobra prawnego przed naruszeniem, ustawodawca zachęca podżegacza do podjęcia działań zmierzających do przeszkodzenia dokonaniu przestępstwa. Względy kryminalnopolityczne przemawiają więc za zastosowaniem tego typu konstrukcji. Regulacja przepisu obejmuje zarówno przypadki usiłowania podżegania (stanowi wtedy *lex specialis* wobec art. 15 k.k.), jak i dokonanego podżegania, gdy nakłaniany bezpośredni wykonawca zatrzymał się co najwyżej na etapie usiłowania czynu zabronionego. W tym drugim przypadku nie można mówić o jakimkolwiek *lex specialis*, ale o samoistnej ustawowej podstawie do odstąpienia od ukarania lub zastosowania nadzwyczajnego złagodzenia. Słusznie P. Kardas zauważa, że „przypadek ten obejmuje szczególną sytuację, w której czynny żal uzasadniony jest nie tyle zachowaniem współdziałającego zapobiegającego lub zmierzającego do zapobieżenia dokonania czynu zabronionego, co zachowaniem bezpośredniego wykonawcy, a więc innej niż korzystający z dobrodziejstwa czynnego żalu osoby”⁹⁵. Wyraża się w tym pewna akcesoryjność odpowiedzialności podżegacza z osobą przez niego nakłanianą⁹⁶.

Prawidłowa wykładnia art. 23 k.k. pozwala na wyodrębnienie tzw. skutecznego (§ 1) i nieskutecznego czynnego żalu (§ 2). Skuteczny czynny żal polega na tym, że podżegacz w sposób efektywny zapobiega

⁹⁴ Zob. B.J. STEFAŃSKA, *op. cit.*, s. 223.

⁹⁵ P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 440-441.

⁹⁶ *Ibidem*, s. 441.

dokonaniu czynu zabronionego. Może to zrobić samodzielnie lub wspólnie i w porozumieniu z innymi współdziałającymi. Prawnie obojętna jest forma „przeszkodzenia” dokonania: może nią być zarówno przymus psychiczny, jak i presja fizyczna (np. skłonienie w drodze negocjacji, prośby, siłowe odebranie niezbędnego narzędzia, zawiadomienie organów ścigania). Istotny jest skutek w postaci niedokonania czynu zabronionego oraz istnienie związku kauzalnego między zachowaniem podżegacza a tym skutkiem właśnie. Warto w tym miejscu zwrócić uwagę, że część autorów rygorystycznie podchodzi do konieczności wykazania związku przyczynowego między zachowaniem podżegacza a brakiem dokonania przestępstwa po stronie bezpośredniego wykonawcy. Są też tacy, którzy – nie odstępując od generalnej zasady – wyjątkowo dopuszczają stosowanie § 1 mimo braku przyczynowości. Piotr Kardas odnosi to do przypadku, gdy współdziałający zmierzał do zapobieżenia dokonaniu, ale było ono obiektywnie niemożliwe, gdyż dokonaniu zapobiegł inny współdziałający. Taki stan faktyczny daje, zdaniem P. Kardasa, podstawę do kwalifikacji prawnej z art. 23 § 1, a nie z art. 23 § 2 k.k. (przeciwnego zdania jest M. Bojarski, według którego takie zachowanie może być zakwalifikowane tylko jako tzw. nieskuteczny czynny żal z art. 23 § 2)⁹⁷. Z punktu widzenia wymiaru kary różnica ta jest bardzo istotna: niepodleganie karze z mocy prawa albo fakultatywne nadzwyczajne złagodzenie.

Tak zwany bezskuteczny czynny żal polega na tym, że podżegacz zmierza do zapobieżenia dokonaniu czynu zabronionego, ale skutek w postaci braku dokonania nie następuje. W piśmiennictwie podkreśla się stanowczo, że muszą to być działania rzeczywiste, a nie pozorowane oraz nakierowane na zapobieżenie dokonaniu. W związku z tym musi istnieć obiektywna możliwość zapobieżenia, jednak z powodu czynników niezależnych (zewnętrznych) podżegaczowi nie udaje się osiągnąć tego celu. Sąd Najwyższy trafnie uznał, że dobrodziejstwo nadzwyczajnego złagodzenia kary dotyczyć powinno takiego podżegacza, który „uczynił wszystko, co mógł uczynić w danej sytuacji, by

⁹⁷ Zob. *Prawo karne*, red. M. BOJARSKI, s. 260-261, oraz P. KARDAS, [w:] *Kodeks karny...*, s. 446.

zapobiec skutkom swego działania”⁹⁸. W przeciwieństwie do skutecznego czynnego żalu, ta postać nie skutkuje bezkarnością, ale co najwyżej nadzwyczajnym złagodzeniem kary.

Zapobieżenie dokonaniu czynu zabronionego, jak i bezskuteczne staranie o jego zapobieżenie musi być dobrowolne. W wyroku Sądu Apelacyjnego w Krakowie z 25 października 2012 r. wskazano, że nieodłącznym elementem pojęcia „dobrowolność” jest świadomość możliwości kontynuowania przestępstwa i świadoma, nieprzymuszona wola rezygnacji z dalszego osiągnięcia zamierzonego celu⁹⁹. Marek Bojarski podkreśla, że dobrowolność oznacza w tym przypadku, że „współdziałający nie chce już, by doszło do dokonania czynu zabronionego i dlatego – bez jakichkolwiek nacisków zewnętrznych, które stawiałyby go w sytuacji przymusowej – przeciwdziała jego sprawczej realizacji”¹⁰⁰. Z dobrowolnością łączy się ściśle kwestia strony podmiotowej czynnego żalu. Niezależnie od rodzaju (skuteczny bądź nieskuteczny), po stronie podżegacza chcącego skorzystać z tego dobrodziejstwa musi wystąpić nie tylko odrzucenie zamiaru dokonania czynu zabronionego, ale i zaistnienie zamiaru zapobieżenia dokonaniu.

13. PODSUMOWANIE

Podżeganie jako niesprawcza forma zjawiskowa czynu zabronionego charakteryzuje się własnym, szczególnym zestawem ustawowych znamion, co odróżnia tę postać od pozostałych, zwłaszcza od pomocnictwa. Swoją oryginalność przejawia również w odniesieniu do regulacji karnych innych państw europejskich. Trafne jest więc popularne w doktrynie określenie „polskiej koncepcji podżegania Makarewicz”, akcentujące indywidualizm polskiej karnistyki w podejściu do zagadnienia podżegania.

⁹⁸ Wyrok SN z 8 grudnia 1953 r., III K 796/53, «OSNCK» 2/1954, poz. 27.

⁹⁹ Wyrok SA w Krakowie z 25 października 2012 r., II AKa 169/12.

¹⁰⁰ *Prawo karne...*, red. M. BOJARSKI, s. 260.

PODŻEGANIE NA GRUNCIE POLSKIEGO PRAWA KARNEGO

Streszczenie

Artykuł ten dotyczy problematyki podżegania jako formy zjawiskowej czynu zabronionego na gruncie regulacji obowiązującego kodeksu karnego z 1997 r. Autor dokonuje kompleksowej analizy znamion podżegania na tle pozostałych postaci zjawiskowych oraz przedstawia ogólne koncepcje odpowiedzialności za przestępcze współdziałanie, ze szczególnym uwzględnieniem teorii Juliusza Makarewicza. Ponadto w artykule poruszone zostały zagadnienia związane z podżeganiem, które budzą największe rozbieżności i kontrowersje w doktrynie oraz orzecznictwie. Struktura tekstu obejmuje w pierwszej kolejności przedstawienie sprawczych postaci współdziałania, uregulowanych w art. 18 § 1 k.k., a więc jednosprawstwa, współsprawstwa, sprawstwa kierowniczego i sprawstwa polegającego na wydaniu polecenia. Analizie poddane zostało również pomocnictwo jako forma zjawiskowa mająca, w odróżnieniu, niesprawczy charakter. Zasadnicza część artykułu obejmuje zagadnienie podżegania jako odrębnego czynu zabronionego, w tym przede wszystkim kompleksowe omówienie wszystkich elementów strony przedmiotowej i podmiotowej tego czynu zabronionego. Nie zostały pominięte także kwestie związane z wymiarem kary dla podżegacza. Autor skupił się również na ważkiej problematyce „krzyżowania się” podżegania z formami stadialnymi czynu zabronionego.

INCITEMENT UNDER POLISH CRIMINAL LAW

Summary

This article addresses incitement as a one of the forms of criminal complicity under the current regulations of the Polish Penal Code of 1997. I conduct a comprehensive analysis of all the elements of the incitement against the background of other phenomenal forms of complicity and present the general concepts of criminal liability for incitement, with special reference to Juliusz Makarewicz's theory. In addition, I discuss

the most important issues related to incitement which have generated divergence of opinion and controversies in the doctrine and case law. My article presents the causative forms of criminal cooperation as regulated by Art.18 § 1 of the Polish Penal Code, i.e. a crime committed by a single individual, conspiracy, the organisation and directing of the commission of a crime, and ordering the commission of a crime. My analysis also covers aiding and abetting as a phenomenal but, by contrast, non-practising form. The main part of my article looks at incitement as a separate prohibited act, and includes a comprehensive discussion of all the elements of the objective and subjective side of this prohibited act. I have not overlooked issues relating to penalisation of abettors. I have also addressed the important issue of the “overlap” of incitement with the various stages in the commission of a forbidden act.

Słowa kluczowe: podżeganie; sprawstwo; koncepcje odpowiedzialności; skutek podżegania; indywidualizacja odpowiedzialności; przestępstwa indywidualne.

Keywords: incitement; commission of a crime; concepts of liability; the effect of incitement; individualisation of liability; a crime committed by an individual.

Literatura

- BOJARSKI M. (red.), *Prawo karne materialne: część ogólna i szczególna*, Warszawa 2010.
- BUCHAŁA K., ZOLL A., *Polskie prawo karne*, Warszawa 1997.
- GAŁĄZKA M., *Podżeganie w polskim prawie karnym*, «Roczniki Nauk Prawnych» 10.1/2000, s. 133-151.
- GIEZEK J., *Strona podmiotowa czynu zabronionego a formy jego popełnienia – zagadnienia wybrane*, «Przegląd Prawa i Administracji» 120.2/2020, s. 20-34.
- INDECKI K., LISZEWSKA A., *Prawo karne materialne. Nauka o przestępstwie, karze i środkach penalnych*, Warszawa 2002.
- KARDAS P., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, I: Komentarz do art. 1-116 k.k.*, red. A. ZOLL, Kraków 2004.
- KARDAS P., *Przypisanie skutku przy przestępnym współdziałaniu*, «Kwartalnik Prawa Publicznego» 4.4/2004, s. 73-112.

- KARDAS P., *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępcze współdziałanie*, Kraków 2001.
- KRÓLIKOWSKI M., ZAWŁOCKI R., *Prawo karne*, Warszawa 2016.
- KULIK M., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. M. Mozgawa, Warszawa 2017.
- KULIK M., *Formy zjawiskowe popełnienia przestępstwa w polskim prawie karnym*, «Annales Universitatis Mariae Curie-Skłodowska sectio G (Ius)» 60.2/2013, s. 127-143.
- KULIK M., *Z problematyki łańcuskowego podżegania*, «Teki Kom. Praw. – OL PAN» 11.1/2018, s. 217-235.
- KUZIĄK P., *Usiłowanie podżegania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r.*, I KZP 11/03, «Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych» 91/2005, s. 153-190.
- MAKAREWICZ J., *Kodeks karny z komentarzem*, Lwów 1938.
- MAREK A., *Kodeks karny. Komentarz*, Warszawa 2006.
- NOWAK P., *O skutkowości przestępstw formalnych*, «Zeszyty Prawnicze» 14.1/2014, s. 159-175.
- PILARCZYK Ł., *Analiza odpowiedzialności karnej ekstraneusa za przestępne współdziałanie w odniesieniu do podżegania i pomocnictwa*, «Ius Novum» 4/2014, s. 75-96.
- PIÓRKOWSKA-FLIEGER J., [w:] *Glosa do wyroku Sądu Apelacyjnego w Warszawie z dnia 31 marca 2017 r. (II AKA 450/16, Legalis nr 1611762)*, «Studia Iuridica Lublinensia» 28.1/2019, s. 221-230.
- POHL Ł., *Formy stadialne czynu zabronionego w odniesieniu do podżegania i pomocnictwa według kodeksu karnego z 1997 r.*, «RPEiS» 63.1-2/2001, s. 67-74.
- REJMAN G., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, red. G. REJMAN, Warszawa 1999.
- SAKOWICZ A., [w:] *Kodeks karny. Część ogólna, I: Komentarz od art. 1-31*, red. M. KRÓLIKOWSKI, R. ZAWŁOCKI, Warszawa 2010.
- STEFAŃSKA B.J., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. R. STEFAŃSKI, Warszawa 2015.
- STEFAŃSKA B.J., *Zagrożenie karne za podżeganie i pomocnictwo*, «Prokuratura i Prawo» 12/2017, s. 20-36.
- TOKARCZYK D., *Podżeganie w polskim prawie karnym. Studium z zakresu teorii i praktyki prawa karnego*, Warszawa 2017.
- TOKARCZYK D., *Podżeganie i pomocnictwo jako typy zjawiskowe przestępstwa*, «RPSiS» 79.4/2017, s. 95-106.
- TYSZKIEWICZ L., *Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lipca 2014 r. (SK 35/12)*, «Prokuratura i Prawo» 7-8/2015, s. 268-272.
- WĄSEK A., *Kodeks karny. Komentarz, I: art. 1-116*, Gdańsk 2005.

- WĘGŁOWSKI M.G., *Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2006 r., sygn. III KK 156/06*, «Prokuratura i Prawo» 5/2008, s. 173-182.
- WIAK K., [w:] *Kodeks karny. Komentarz*, red. A. GRZEŚKOWIAK, K. WIAK, Warszawa 2012.
- WOLTER W., *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973.
- ZOLL A., [w:] K. BUCHAŁA, A. ZOLL, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz do art. 1-116 Kodeksu karnego*, Zakamycze 2004.
- ZOLL A., *Sprawstwo bez wykonania czynu zabronionego*, «RPEiS» 71.2/2009, s. 175-183.