

Marek Kulik

Uniwersytet Marii Curie-Skłodowskiej

marek.kulik.umcs@gmail.com

Glosa do wyroku Trybunału Konstytucyjnego z dnia 17 lipca 2014 roku (SK 35/12), OTK-A 2014, nr 7, poz. 74

Teza: Art. 13 § 1 i art. 18 § 2 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 roku – Kodeks karny (Dz.U. nr 88, poz. 553 ze zm.) w zakresie, w jakim dopuszczają odpowiedzialność karną za usiłowanie podżegania do popełnienia czynu zabronionego, określonego w części szczególnej tej ustawy, jeżeli usiłujący bezskutecznie nakłania do czynu zabronionego o znamionach podżegania, są zgodne z art. 42 ust. 1 w związku z art. 2 oraz z art. 31 ust. 1 w związku z art. 31 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej.

W skardze, po rozpoznaniu której TK wydał glosowany wyrok, zakwestionowano obwiązywanie konstrukcji usiłowania podżegania do popełnienia czynu zabronionego jako sprzecznej z art. 2 w zw. z art. 42 ust. 1 Konstytucji. Skarżący zarzucił, że została ona opisana w sposób niedookreślony, niejasny i niepoddający się jednoznacznej wykładni, co narusza też zasadę ochrony zaufania obywatela do państwa i stanowionego przez nie prawa. W ramach glosy nie sposób odnieść się do całości problematyki podniesionej przez TK, ograniczono się do kwestii najważniejszych. Już teraz jednak należy podkreślić, że wyrok jest trafny.

Podżeganie i pomocnictwo nazywa się formami zjawiskowymi, tak też określa je TK, jednak w gruncie rzeczy są to odrębne typy mające własne ustawowe znamiona¹, co słusznie dostrzeża Trybunał Konstytucyjny. TK zauważyła też swego

¹ Por. np. R. Dębski, *O teoretycznych podstawach regulacji współdziałania przestępnego w kodeksie karnym z 1997 r.*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 1998, t. LVIII, s. 124; *idem*, *Jeszcze o tzw. sprawstwie niewykonawczym (kierowniczym i polecającym) w kodeksie karnym z 1997 r.*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna. Problemy tworzenia i funkcjonowania prawa. Księga jubileuszowa z okazji 70. rocznicy urodzin Profesora Tomasza Karczmarska*, pod red. J. Giezka, Kraków

rodzaju niepełność ich ustawowego opisu. Pełny ustawowy opis czynu otrzymuje się przez zestawienie odpowiednio art. 18 § 2 lub 3 k.k. z przepisem tworzącym typ czynu, do którego sprawca podlega lub pomaga². Art. 18 § 2 i 3 k.k. zawierają zestaw stałych znamion podżegania i pomocnictwa, natomiast inny przepis wskazuje znamiona zmienne³.

W zasadzie takie stwierdzenie mogłoby być podstawą do dalszych ustaleń na gruncie zasady ochrony zaufania i zasady *nullum crimen sine lege*, jednak TK nie ograniczył się do niego. Odniósł się też do kwestii podobieństwa podżegania i pomocnictwa do przestępstw z abstrakcyjnego narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo. Słusznie zauważył, za W. Wróblem i A. Zoll⁴, istnienie tego podobieństwa, jednocześnie wszakże skłaniając się do poglądu o skutkowym charakterze podżegania i pomocnictwa⁵. Biorąc pod uwagę, że cechą

2006, s. 152 i n.; T. Kaczmarek, *Recenzja książki P. Kardasa: Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 6, s. 93 i n.; *idem*, *Kwestie sporne wokół tzw. niesprawczych form współdziałania przestępnego*, [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, pod red. J. Majewskiego, Toruń 2007, s. 91; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie*, Kraków 2001, s. 559; *idem*, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, pod red. A. Zolla, t. 1, Warszawa 2007, s. 242; A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie*, „Państwo i Prawo” 2000, z. 6, s. 52 i n.; *eadem*, *Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym. Analiza dogmatyczna*, Łódź 2004, s. 106–108; W. Wróbel, A. Zoll, *Polskie prawo karne. Część ogólna*, Kraków 2010, s. 267; A. Zoll, *Odpowiedzialność za przygotowanie lub usiłowanie przestępstwa w przypadku współdziałania wielu osób*, [w:] *Problemy odpowiedzialności karnej. Księga ku czci profesora Kazimierza Buchały*, pod red. Z. Ćwiąkalskiego, M. Szewczyka, S. Wąłtosia, A. Zolla, Kraków 1994, s. 324 i n.; *idem*, *Podstawy teoretyczne regulacji współdziałania przestępnego w projekcie kodeksu karnego*, „Państwo i Prawo” 1995, z. 6, s. 36; *idem*, *Czy podżeganie i pomocnictwo są postaciami zjawiskowymi przestępstwa?*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna...*, s. 714 i n.; M. Bielski, *Glosa do postanowienia z dnia 29 kwietnia 2009 r. (I KZP 6/09)*, „Przebieg Sądowy” 2010, nr 5, s. 128.

² Użycie sformułowania „sprawca podżegania” przy takim ujęciu nie stanowi błędu. Skoro bowiem podżeganie i pomocnictwo są typem czynu zabronionego, jest możliwe jego sprawstwo (w tym współsprawstwo, sprawstwo kierownicze i sprawstwo polecające). Stwierdzenie to jest też istotne dla rozstrzygnięcia kwestii podżegania pomocnictwa łańcuskowego – podżegania do podżegania, pomocnictwa do pomocnictwa, podżegania do pomocnictwa i pomocnictwa do podżegania. Bliżej na ten temat w dalszej części rozważań, a także: T. Kaczmarek, *Kwestie sporne...*, s. 94.

³ R. Dębski, *O teoretycznych...*, s. 124; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 598 i n.; *idem*, [w:] *Kodeks karny...*, s. 300; T. Kaczmarek, *Kwestie sporne...*, s. 92–93; A. Liszewska, *Problem zbiegu stadialnych postaci sprawczego współdziałania z dokonaniem podżegania i pomocnictwa*, [w:] *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa*, pod red. J. Majewskiego, Toruń 2007, s. 51. Por. Ł. Pohl, *Istota pomocnictwa w kodeksie karnym*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2000, z. 2, s. 79; J. Giezek, [w:] *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, pod red. J. Giezka, Warszawa 2012, s. 116.

⁴ W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 270.

⁵ Uznanie podżegania i pomocnictwa za typy formalne (por. A. Liszewska, *Problem zbiegu...*, s. 53; *eadem*, *Współdziałanie przestępne...*, s. 113; A. Zoll, *Sprawstwo bez wykonania czynu zabronionego*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2009, z. 2, s. 175; A. Wąsek, *Odpowiedzialność karna za nieprzeszkodzenie przestępstwu*, Warszawa 1973, s. 36 i n.) spowodowałyby

przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne jest to, iż w zakresie ataku na dobro prawne nie wywołują skutku⁶, można odnieść wrażenie pewnej niekonsekwencji. Jest jednak inaczej. Pamiętać należy, że w przypadku przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne brak jest skutku dla dobra chronionego, natomiast nie oznacza to braku jakiegokolwiek skutku⁷. W wypadku podżegania i pomocnictwa można pogodzić pogląd o jego podobieństwie do przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne z poglądem o jego skutkowym charakterze. Zależy to od tego, co uznaje się za skutek. Jeżeli przyjąć, że skutkiem musi być popełnienie przez bezpośredniego sprawcę czynu⁸, to podobieństwo do przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne staje się mało widoczne. Jeżeli jednak uważać, że skutek ten sprowadza się w przypadku podżegania do wzbudzenia u osoby nakłanianej do zamiaru popełnienia czynu zabronionego⁹, a w przypadku pomocnictwa – do ułatwienia jego popełnienia, podobieństwo do przestępstwa z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne staje się łatwe do dostrzeżenia. Inną sprawą jest to, czy w danym wypadku można mówić tylko o podobieństwie tych konstrukcji, czy może prawdziwe jest stwier-

w moim odczuciu taki tylko efekt, że zaistniałyby w ich wypadku te trudności praktyczne, które istnieją zawsze przy ustalaniu bezpośredniości zmierzania ku dokonaniu, które typowo istnieją przy przestępstwach formalnych. Pojęciowa możliwość popełnienia takiego czynu chyba jednak by istniała.

⁶ Szczegółowo na ten temat zob. D. Gruszecka, *Ochrona dobra prawnego na przedpolu jego naruszenia. Analiza karnistyczna*, Warszawa 2012, s. 86 i n. Należy w tym miejscu zastrzec, że autora niniejszej glosy różni od powołanej autorki to, iż skłonny jest rozumieć skutek przestępny szerzej, zwłaszcza w zakresie związku skutku z przedmiotem ochrony, którego w moim odczuciu być nie musi, a którego istnienia wymaga D. Gruszecka (*ibidem*, s. 119).

⁷ Por. J. Giezek, [w:] *Kodeks karny...*, s. 166; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 113; A. Spotowski, *Funkcja niebezpieczeństwa w prawie karnym*, Warszawa 1990, s. 188–189. Zob. także: A. Liszewska, *Współdziałanie przestępne...*, s. 112–113. Por. nieco odmienne ujęcie D. Gruszeckiej (*op. cit.*, s. 118–119).

⁸ Por. L. Tyszkiewicz, *Współdziałanie przestępne i główne pojęcia z nim związane w polskim prawie karnym*, Poznań 1964, s. 196; A. Wąsek, [w:] O. Górniok [et al.], *Kodeks karny. Komentarz*, t. 1, Gdańsk 2005, s. 280; W. Wolter, *Nauka o przestępstwie*, Warszawa 1973, s. 308; *idem*, *Problem usiłowanego podżegania lub pomocnictwa*, „Państwo i Prawo” 1974, z. 1, s. 33. Krytycznie: A. Zoll ([w:] K. Buchała, A. Zoll, *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, Kraków 1997, s. 198), A. Liszewska (*Podżeganie i pomocnictwo...*, s. 55 i n.), P. Kardas (*Teoretyczne podstawy...*, s. 845 i n.); *Regulacja współdziałania przestępnego jako podstawa zwalczania przestępczości zorganizowanej*, „Prokuratura i Prawo” 2002, nr 10, s. 84), J. Giezek („*Sprawstwo*” polecające – między kierowaniem czynem zabronionym a nakłanianiem do jego popełnienia, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego, kryminologii i polityki kryminalnej. Księga pamiątkowa ofiarowana Profesorowi Andrzejowi Markowi*, pod red. V. Konarskiej-Wrzosek, J. Lachowskiego, J. Wójcikiewicza, Warszawa 2010, s. 72).

⁹ A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo...*, s. 59; J. Giezek, [w:] *Kodeks karny...*, s. 165–166; R. Dębski, *O teoretycznych...*, s. 124; T. Kaczmarek, *Kwestie sporne...*, s. 97; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 856 i n.; *idem*, [w:] *Kodeks karny...*, s. 303 i n.

dzenie, że podżeganie i pomocnictwo po prostu są przestępstwami z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne¹⁰. Wydaje się, iż w kontekście ataku na dobro prawne prawdziwe jest stwierdzenie o podobieństwie, a nie o tożsamości, a więc podżeganie i pomocnictwo nie są przestępstwami z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne. Mimo całego podobieństwa do nich, są to raczej przestępstwa z narażenia na niebezpieczeństwo konkretne¹¹.

Stwierdzenie to ma znaczenie dla oceny, czy możliwe jest usiłowanie podżegania i pomocnictwa. W szczególności pozwala odnieść się do poglądów tych autorów, którzy uważają, że charakter podżegania i pomocnictwa – jako przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo – nakazuje uznać, że ich usiłowanie jest bezkarne, bo nie ma karalności usiłowania przestępstw narażenia na niebezpieczeństwo¹². Sądzę, że usiłowanie przestępstwa z narażenia dobra prawnego na niebezpieczeństwo, czy abstrakcyjne, czy konkretne, jest możliwe. Oczywiście przy przestępstwach formalnych jest niewiele „przeźreni” na usiłowanie, niewiele więcej jest jej przy takich przestępstwach skutkowych, w których nie ma naruszenia lub narażenia dobra na niebezpieczeństwo konkretne¹³, jednak nie znaczy to, że usiłowanie ich nie jest pojęciowo możliwe. Jeżeli jest możliwe, to jest karalne. Argumenty przeciwko takiemu stanowisku opierają się na założeniu, że już karalność dokonania przestępstwa jest w takich wypadkach przesunięta na stadium zachowania poprzedzające powstanie zagrożenia dla przedmiotu ochrony. Skoro tak, uważa się przesuwanie jej na etapy przed dokonaniem za niedopuszczalne¹⁴. Wydaje się, że pogląd ten, choć ciekawy aksjologicznie, nie jest

¹⁰ Wydaje się niewątpliwe, że podżeganie i pomocnictwo są postaciami przestępstw z narażenia. Por. A. Spotowski, *op. cit.*, s. 186; A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo...*, s. 60. Ciekawy pogląd, że podżeganie polega na wywołaniu swego rodzaju skutku, to jednak jest przestępstwem z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne – wypowiada G. Cichońska (*Glosa do uchwały SN z dnia 21 października 2003 r., I KZP 11/03, „Prokuratura i Prawo” 2006, nr 4, s. 171*).

¹¹ Por. w szczególności wywód P. Kardasa (*Teoretyczne podstawy...*, s. 298 i n.). Takie ich postrzeganie jest związane z oceną podżegania i pomocnictwa jako skutkowego. Przestępstwo z narażenia na niebezpieczeństwo konkretne jest wszak zawsze skutkowe, i to niezależnie od tego, czy skutek rozumie się szeroko, czy wąsko. Por. D. Gruszecka, *op. cit.*, s. 119.

¹² Tak: A. Zoll, [w:] *Kodeks karny...*, s. 140.

¹³ Uważam, że przestępstwa z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne mogą być zarówno materialne, jak i formalne. O skutkowym lub bezskutkowym charakterze czynów zabronionych przez art. 182 k.k. zob. M. Kulik, *O skutkowym lub bezskutkowym charakterze czynów zabronionych przez art. 182 k.k.*, „Annales UMCS. Sectio G” 2014, Vol. LXI, z. 2, s. 89 i n. Są jednak autorzy, którzy uważają, że immanentną cechą przestępstwa z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne jest formalny charakter (D. Gruszecka, *op. cit.*, s. 119). Jest to kwestia sposobu rozumienia skutku – czy uważa się, że skutek musi dotyczyć dobra prawnego, czy w grę wchodzi inny skutek. Jedno jest pewne – przy przestępstwach z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne nie ma skutku rozumianego jako naruszenie lub narażenie dobra.

¹⁴ A. Zoll, [w:] *Kodeks karny...*, s. 135. Por. wątpliwości W. Zalewskiego (*Glosa do postanowienia SN z dnia 29 kwietnia 2009 r., I KZP 6/09, „GSP-PO” 2010, z. 1, s. 140*).

sam w sobie argumentem¹⁵, lecz przenosi problem na grunt art. 31 ust. 1 i 3 oraz art. 42 Konstytucji RP. Chodzi w nim bowiem w gruncie rzeczy nie o stwierdzenie, czy karalność usiłowania podżegania i pomocnictwa istnieje, lecz o postawienie pytania, czy jest ona dopuszczalna w świetle tych standardów. Argument ten nie odnosi się do konstrukcji odpowiedzialności za usiłowanie podżegania i pomocnictwa, która od strony formalnej nie nasuwa zastrzeżeń¹⁶. W świetle art. 18 § 2 i 3 oraz art. 13 § 1 k.k. usiłowanie podżegania i pomocnictwa jest możliwe, i to nawet przy założeniu, że są one typami formalnymi. Wówczas dla przyjęcia, że miało miejsce dokonane podżeganie wystarczy, by podżegacz wykonał czynność nakłaniania, niezależnie od podjęcia przez osobę nakłanianą decyzji o popełnieniu czynu zabronionego¹⁷, a z usiłowaniem będziemy mieli do czynienia wtedy, gdy sprawca bezpośrednio zmierzał do wykonania takiej czynności, jednak jej nie wykonał¹⁸. Należy przyznać, że w takim wypadku pozostaje stosunkowo niewiele przestrzeni na usiłowanie, co jednak oznacza, że będzie ono rzadkie, a nie, że jest niemożliwe¹⁹. Jeżeli przyjmując pogląd skrajnie odmienny, że podżeganie i pomocnictwo są przestępstwami z naruszenia dobra prawnego, a zatem zawsze są skutkowe²⁰, a skutkiem jest popełnienie przez sprawcę czynu zabronionego, przyjęcie, że możliwe jest usiłowanie podżegania i pomocnictwa jest oczywiste²¹. Miejsca

¹⁵ Należy podzielić stanowisko, że względy kryminalno-polityczne nie uzasadniają wyłączenia spod karalności wszystkich przypadków usiłowania podżegania lub pomocnictwa. Por. uzasadnienie postanowienia SN z dnia 29 kwietnia 2009 roku (I KZP 6/09) OSNKW 2009, z. 6, poz. 43; M. Bielski, *op. cit.*, s. 131.

¹⁶ Por. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 552; *idem*, [w:] *Kodeks karny...*, s. 317; A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo...*, s. 51 i n.; *eadem*, *Współdziałanie przestępne...*, s. 128; G. Rejman, *Usiłowanie przestępstwa w prawie polskim*, Warszawa 1965, s. 98; M. Bielski, *op. cit.*, s. 132; P. Gensikowski, *Głosa do postanowienia SN z 29 kwietnia 2009 r. (6/09)*, OSP 2010, z. 1, poz. 6, s. 39. Por. Ł. Pohl, *Formy stadialne czynu zabronionego w odniesieniu do podżegania i pomocnictwa według kodeksu karnego z 1997 r.*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2001, z. 1–2, s. 67.

¹⁷ A. Zoll, [w:] *Kodeks karny...*, s. 140. Słusznie wszakże zauważa J. Giezek, że okoliczność ta wcale nie nakazuje, by samo tylko nakłonienie albo ułatwienie traktować jako skutek zachowania podżegacza lub pomocnika. Zob. J. Giezek, [w:] *Kodeks karny...*, s. 165.

¹⁸ Por. uwagi D. Gruszeckiej (*op. cit.*, s. 326–332).

¹⁹ Por. uzasadnienie postanowienia SN z dnia 29 kwietnia 2009 roku (I KZP 6/09), OSNKW 2009, z. 6, poz. 43; M. Bielski, *op. cit.*, s. 130–131.

²⁰ Por. literaturę i orzecznictwo wskazane w przypisie 8.

²¹ Należy wszakże zauważyć, że W. Wolter, zwolennik poglądu o skutkowym (i to w najszerszym znaczeniu) charakterze podżegania i pomocnictwa, prezentował pogląd, iż usiłowanie podżegania i pomocnictwa jest bezkarne, gdyż czyny zabronione zostały w ustawie karnej określone w stadium dokonania. Podżeganie i pomocnictwo już stanowią rozszerzenie karalności poza zakres określony przez typ. Przyjęcie możliwości usiłowania podżegania i pomocnictwa autor ten uważał zatem za przypadek podwójnego rozszerzenia karalności. Por. W. Wolter, *Problem usiłowanego podżegania...*, s. 38. Podobnie uważa A. Zoll (*Odpowiedzialność za przygotowanie...*, s. 332) oraz K. Buchała ([w:] K. Buchała, Z. Cwiąkański, M. Szewczyk, A. Zoll, *Komentarz do kodeksu karnego. Część ogólna*, Kraków 1994, s. 136). Argumenty te odnoszą się w gruncie rzeczy do zakresu do-

na owo usiłowanie jest dostatecznie wiele między podjęciem przez podżegacza i pomocnika czynności a wystąpieniem skutku, jakim byłoby podjęcie przez bezpośredniego sprawcę choćby usiłowania. Przy przyjęciu poglądu, który uważam za najbardziej uzasadniony, a ku któremu wydaje się skłaniać TK, że podżeganie i pomocnictwo są skutkowe, a skutkiem jest – odpowiednio – w wypadku podżegania powstanie u bezpośredniego zamiaru odpowiedniej strony podmiotowej, a w wypadku pomocnictwa zaistnienie warunków, w których sprawcy jest łatwiej popełnić czyn zabroniony, także wydaje się oczywiste, iż tak rozumiany czyn może być usiłowany. Takie też stanowisko prezentowano w orzecznictwie Sądu Najwyższego²² i w doktrynie²³. Jeżeli jednocześnie zachować założenie, że podżeganie i pomocnictwo są typami czynu zabronionego, nie ma przeszkód, a wręcz istnieje konieczność, by stosować do nich nie tylko art. 13 k.k., lecz także art. 18 § 1–3 k.k., co ma znaczenie dla rozstrzygnięcia drugiego zagadnienia istotnego w analizowanej sprawie, mianowicie dopuszczalności stosowania konstrukcji łańcuskowego podżegania i pomocnictwa. Z powyższego da się bowiem wyprowadzić wniosek, że możliwe jest nie tylko usiłowanie podżegania i pomocnictwa, lecz że istnieje nadto sprawstwo podżegania lub pomocnictwa, podżeganie do podżegania lub pomocnictwa i pomocnictwo do podżegania lub pomocnictwa. Ten ostatni wniosek jest naturalnym następstwem stwierdzenia, że podżeganie i pomocnictwo to typy czynów zabronionych. Podobnie jak w odniesieniu do konstrukcji usiłowania podżegania i pomocnictwa, o łańcuskowym podżeganiu i pomocnictwie można powiedzieć, że formalnie jest ono uzasadnione²⁴, a ewen-

zwolonej ingerencji środkami prawa karnego w prawa i wolności jednostki, co jest omówione niżej. Konstrukcyjnie usiłowanie jest tu jak najbardziej możliwe, nie negują tego wymienieni autorzy. Odrzucają karalność usiłowania podżegania i pomocnictwa ze względów kryminalno-politycznych i aksjologicznych, nie do samej natury rzeczy. Do kwestii tej przyjdzie wrócić w dalszej części wywodu.

²² Uchwała SN z dnia 21 października 2003 roku (I KZP 11/03), OSNKW 2003, z. 11–12, poz. 89, z głosami M. Cwikło-Sikory (*Glosa do uchwały SN z dnia 21 października 2003 r.*, I KZP 11/03, „Czasopismo Prawa Karnego i Nauk Penalnych” 2004, z. 2, s. 199 i n.), G. Cichońskiej (*op. cit.*, s. 171 i n.) i S.M. Przyjemskiego (*Glosa do uchwały SN z dnia 21 października 2003 r.*, I KZP 11/03, „Prokurator” 2004, nr 2, s. 96 i n.). Por. też: 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” 2005, z. 1, s. 155 i n.; postanowienie SN z dnia 29 kwietnia 2009 roku (I KZP 6/09), OSNKW 2009, z. 6, poz. 43, z głosami J. Raglewskiego (częściowo krytyczna: *Glosa do postanowienia z dnia 29 kwietnia 2009 r.* (I KZP 6/09), Lex El 2009), P. Gensikowskiego (*op. cit.*), M. Bielskiego (*op. cit.*, s. 127 i n.) i W. Zalewskiego (*op. cit.*, s. 131 i n.).

²³ P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 849; A. Wąsek, *Odpowiedzialność karna...*, s. 84–85; *idem*, [w:] O. Górniok [et al.], *op. cit.*, s. 280; T. Kaczmarek, *Kwestie sporne...*, s. 100; M. Rodzyńkiewicz, *Usiłowanie – aspekt aksjologiczny*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna...*, s. 534.

²⁴ Por. D. Gruszecka, *op. cit.*, s. 325, 341; P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 849; A. Wąsek, *Odpowiedzialność karna...*, s. 84–85.

tualne zastrzeżenia można zgłaszać tylko na gruncie aksjologicznym, a więc w nawiązaniu do wzorca konstytucyjnego²⁵.

Poprawność obu konstrukcji należy uznać za dowiedzioną. Nie ona wszakże była przedmiotem skargi²⁶, a to, że istnienie usiłowania łańcuszkowego podżegania nadmiernie ingeruje w wolność jednostki, przez co narusza art. 31 ust. 1 i 3 Konstytucji RP. Zdaniem skarżącego kryminalizacja bezskutecznego usiłowania podżegania do pomocnictwa nie stanowi ochrony wartości wskazanych w przepisie. Skoro tak, jej istnienie narusza istotę wolności od nieuzasadnionej represji karnej. Należy zastrzec, że podobne wątpliwości były sygnalizowane także w doktrynie²⁷. Skarżący podniósł nadto, że zaskarżone przepisy nie spełniają wymogów pewności, ścisłości, określoności i precyzji kodeksowego ujęcia czynu zabronionego (*nullum crimen sine lege certa, nullum crimen sine lege stricta*), przez co nie spełniają wymogu określonego w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP.

Odnosząc się do pierwszego z zarzutów TK, stwierdził, że sytuacja, w jakiej znalazł się skarżący wymaga oceny z punktu widzenia art. 41 ust. 1 Konstytucji, który gwarantuje każdemu wolność i nietykalność osobistą i stanowi, że po-

²⁵ Słusznie zauważa D. Gruszecka (*op. cit.*, s. 341), że kwestionowanie istnienia tej konstrukcji jest możliwe z pozycji poglądu o braku uzasadnienia kryminalno-politycznego, a nie w naturze konstrukcji dogmatycznych. W danym wypadku kwestię braku uzasadnienia należy, jak się wydaje, oceniać w oparciu o wzorzec konstytucyjny.

²⁶ I nie ją kwestionują ci przedstawiciele doktryny, którzy negują karalność usiłowania podżegania i pomocnictwa.

²⁷ Jak wskazano wyżej, A. Zoll prezentuje pogląd, że w przypadku przestępstw z narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne, za jakie uznaje podżeganie i pomocnictwo, samo ściganie następuje już na przedpolu naruszenia dobra prawnego lub narażenia go na niebezpieczeństwo konkretne. Skoro tak, cofanie karalności do form stadialnych, wcześniejszych niż dokonanie, stanowi naruszenie zasad demokratycznego państwa prawnego. Zob. A. Zoll, [w:] *Kodeks karny...*, s. 140. Odnosnie do tego ostatniego argumentu można, niejako wracając do problematyki wyżej omówionej, zauważyć, że jego siła maleje, jeżeli przyjąć, że podżeganie i pomocnictwo nie są typami narażenia na niebezpieczeństwo abstrakcyjne. Nadto argument stanowi odwołanie się do racji kryminalno-politycznych, z natury swej dających się rozbieżnie interpretować, co powoduje, że można w tej interpretacji dojść do różnych wniosków, także i takiego, że usiłowanie podżegania i pomocnictwa jest możliwe. Okoliczność tę zauważają W. Wróbel i A. Zoll (*op. cit.*, s. 273). Natomiast T. Bojarski (*Z problematyki współdziałania przestępnego*, [w:] *Przestępstwo – kara – polityka kryminalna...*, s. 93–94) uważa, że zachowania, o których mowa, odpowiadają usiłowaniu w potocznym jego rozumieniu, jednak nie odpowiadają normatywnemu określeniu usiłowania w braku bezpośredniości. Jest tak, zdaniem tego autora, dlatego, że przepisy określające podżeganie i pomocnictwo samodzielnie nie tworzą typu czynu zabronionego (nie ma takiego czynu zabronionego, jak podżeganie i pomocnictwo). Wydaje się wszakże, że jest inaczej. Czyn taki istnieje, tyle że nie jest zupełnie opisany. Oczywiście jest, że podżegacz i pomocnik występuje na innym etapie czynu zabronionego, że sam bezpośrednio nie naraża dobra prawnego ani go nie narusza, ale tylko w sposób określony w przepisie szczególnym. Podżegacz i pomocnik bowiem naraża przedmiot ochrony w inny sposób, właściwy właśnie dla podżegania lub pomocnictwa. Słusznie zauważa to T. Kaczmarek (*Kwestie sporne...*, s. 101). Por też: P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 598 i n.; A. Liszewska, *Podżeganie i pomocnictwo...*, s. 60; A. Spotowski, *op. cit.*, s. 186.

zbawienie lub ograniczenie wolności może nastąpić tylko na zasadach i w trybie określonych w ustawie. Powołanie tego wzorca konstytucyjnego ma uzasadnienie, lecz należy zauważyć, że jego adekwatność jest limitowana przypadkami, w których czyn popełniony przez sprawcę jest zagrożony karą pozbawienia lub ograniczenia wolności. Można to ująć nawet mocniej – wydaje się, że wzorzec ten jest aplikowalny wyłącznie w sytuacjach, kiedy w konkretnym wypadku czyn jest, po pierwsze, zagrożony karą pozbawienia lub ograniczenia wolności, po drugie – sąd jest skłonny taką karę wymierzyć. Dla innych wypadków adekwatnym wzorcem konstytucyjnym pozostanie ogólniejszy przepis art. 31 Konstytucji.

W sprawie, w której zapadł głosowany wyrok, sprawcy wymierzono karę jednego roku pozbawienia wolności z warunkowym zawieszeniem jej wykonania, zatem nie został pozbawiony wolności. Może to rodzić pokusę, by uznać art. 41 ust. 1 Konstytucji za wzorzec nieadekwatny, co byłoby jednak niesłuszne. Co prawda, skazany nie został faktycznie pozbawiony wolności, jednak orzeczono, że jest to dopuszczalne w razie ziszczenia określonych warunków w przyszłości, już bez nowej oceny popełnionego przezeń przestępstwa, lecz tylko z oceną istnienia przesłanek zarządzenia wykonania kary. Prawnokarne wartościowanie czynu już miało miejsce i skutkowało decyzją o wymierzeniu kary pozbawienia wolności, z zastrzeżeniem, że nie będzie ona pod pewnymi warunkami wykonana. W danym wypadku sprawca może nie zostać faktycznie pozbawiony wolności, ale została wobec niego orzeczona taka właśnie kara, co nakazuje spoglądać na sytuację, w której się znalazł, nie tylko przez pryzmat art. 31, lecz i art. 41 ust. 1 Konstytucji²⁸. TK prawidłowo zatem ustalił wzorzec konstytucyjny. Należy wszakże pamiętać, że wzorzec ten jest adekwatny do sytuacji, w której znalazł się skarżący (skazanie na karę pozbawienia wolności). Nie byłby adekwatny do przypadków, w których skazanie na karę pozbawienia lub ograniczenia wolności nie mogłoby nastąpić. Dlatego nie wolno tracić z pola widzenia art. 31 ust. 1 Konstytucji jako przepisu ogólnego. TK, rozstrzygając w sprawie, odniósł się do art. 41 ust. 1 Konstytucji, trafnie zauważając, że konkretyzacja, jaką przepis ten stanowi dla art. 31 ust. 1, przenosi zagadnienie na płaszczyznę art. 42 Konstytucji. Jeżeli bowiem uznać, że zarzut dotyczył bezzasadności orzeczenia wobec skarżącego kary pozbawienia wolności, to należy stwierdzić, czy dokonano tego w oparciu o podstawę prawną skonstruowaną właściwie, to jest z zachowaniem reguł określonych w art. 42 Konstytucji.

²⁸ Na marginesie warto zauważyć, że warunkowe zawieszenie wykonania kary wiąże się z możliwością orzeczenia obowiązków probacyjnych, co powoduje, że w niektórych przypadkach będzie można mówić o pewnym podobieństwie kary orzeczonej z warunkowym zawieszeniem wykonania do bezwzględnej kary ograniczenia wolności, także objętej dyspozycją art. 41 ust. 1 Konstytucji RP. Oczywiście nigdy nie można będzie tych sytuacji utożsamiać, dlatego ze wskazanego wyżej podobieństwa nie wolno wyciągać zbyt daleko idących wniosków.

Dlatego TK z kolei przeszedł do analizy sprawy pod kątem art. 42. Jednak w dalszej części uzasadnienia powrócił do art. 31. Stało się tak z uwagi na konieczność uwzględnienia zasady proporcjonalności wyrażonej w art. 31 ust. 3 Konstytucji. Sama analiza sprawy pod kątem formalnym – na gruncie zasady *nullum crimen sine lege* – nie jest bowiem wystarczająca. Dobrze się stało, że TK nie skwitował sprawy stwierdzeniem, że art. 41 ust. 1 Konstytucji przenosi problem na grunt formalnie rozumianych zasad dopuszczalnego pozbawiania wolności. Kwestia ta bowiem wiąże się nie tylko z realizacją gwarancji wynikających z art. 42 Konstytucji, lecz także zasady proporcjonalności (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Należy dodać, że w wypadku, w którym skarżącemu nie groziłaby kara pozbawienia lub ograniczenia wolności, kwestia przedstawiałaby się podobnie, ale w miejsce art. 41 ust. 1 Konstytucji do wzorca konstytucyjnego wchodziłby art. 31 ust. 1. Także i wtedy kwestia byłaby rozstrzygana w oparciu o art. 42 oraz art. 31 ust. 3 Konstytucji. Rozumowanie TK w tym zakresie uważam za prawidłowe z zastrzeżeniem, że art. 31 ust. 3 Konstytucji został wprowadzony niejako kuchennymi drzwiami. TK dokonał analizy skargi również przez pryzmat tego przepisu, jednak wydaje się, że nieco za mało zaakcentował konieczność jego zastosowania. Z pobieżnej lektury uzasadnienia można byłoby wnosić, że TK jest zwolennikiem czysto formalnego podejścia i analizowania zagadnienia tylko na gruncie art. 42 Konstytucji. Nie jest to prawdą, art. 31 ust. 3 został poddany analizie – i słusznie. Jego aplikowalność jednak powinna zostać mocniej zaakcentowana²⁹.

Samo rozstrzygnięcie kwestii uważam za poprawne i bardzo dobrze uzasadnione. Nie budzi wątpliwości, wynika bowiem wprost z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, że wolności i prawa nie mają charakteru absolutnego. Można ograniczać korzystanie z nich w ustawie, gdy jest to konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej albo wolności i praw innych osób. Ograniczenia te nie mogą naruszać istoty wolności i praw. Dotyczy to także prawa do wolności, i to zarówno w postaci ogólnej, wskazanej w art. 31 ust. 1 Konstytucji, jak i w postaci skonkretyzowanej (art. 41 ust. 1). Formalne możliwości ograniczenia tego prawa zostały określone w art. 42 Konstytucji, statuującym zasadę *nullum crimen sine lege*. Do tego zagadnienia przejdziemy w dalszej części wywodu. Obecnie bowiem należy odnieść się do kwestii materialnej – mianowicie, czy ograniczenie wolności skarżącego było konieczne w demokratycznym państwie prawnym.

Odniesienie się do tego wymaga z jednej strony określenia, czego właściwie zabrania norma tworząca typ usiłowania łańcuszkowego podżegania i pomocnictwa, jakie zatem chroni dobro i czy dobro to jest wskazane w treści art. 31 ust. 3

²⁹ Biorąc pod uwagę realia sprawy, należy stwierdzić, że nie jest to istotny brak.

Konstytucji, który zezwala na ograniczanie praw i wolności obywatelskich, jeżeli jest to konieczne ze względu na bezpieczeństwo i porządek publiczny, ochronę środowiska, zdrowia i moralności publicznej oraz ochronę wolności i praw innych osób³⁰. Ograniczenia praw i wolności nie mogą naruszać ich istoty³¹, muszą spełniać też wymogi konieczności i proporcjonalności³². W uzasadnieniu głosowanego wyroku TK stwierdził, że wśród dóbr chronionych przez konstrukcję łańcuskowego podżegania i pomocnictwa, czy to dokonanego, czy nie, znajdują się również i te, które przepis wymienia, a to znaczy, że nie można kwestionować zasadności jego istnienia.

Zgadzając się co do zasady z takim postawieniem sprawy, warto zauważyć, że ewentualne wątpliwości z perspektywy art. 31 ust. 3 Konstytucji mogą dotyczyć nie samej konstrukcji łańcuskowego podżegania i pomocnictwa, czy usiłowania tegoż, lecz wyłącznie regulacji uzupełniających ustawowe znamiona czynu, a znajdujących się w części szczególnej k.k. lub w pozakodeksowym prawie karnym. To bowiem przepis typizujący postać sprawczą wskazuje dobro chronione, co pozwala na dokonanie jego oceny z punktu widzenia zgodności z art. 31 ust. 1 i 3 Konstytucji. Przepisy tworzące podżeganie, pomocnictwo, usiłowanie czy przygotowanie ustalają jedynie sposób ochrony dobra. Jedyna wątpliwość, jaka może się pojawić przy spojrzeniu na samą konstrukcję łańcuskowego podżega-

³⁰ Por. K. Wojtyczek, *Granice ingerencji ustawodawczej w sferę praw człowieka w Konstytucji RP*, Kraków 1999, s. 201; L. Garlicki, *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności (na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego)*, „Państwo i Prawo” 2001, z. 10, s. 13; P. Tuleja, [w:] *Ustrój konstytucyjny RP*, pod red. R. Mojaka, Lublin 2000, s. 81; R. Koper, *Konstytucyjnoprawne źródła zasady legalizmu*, [w:] *Funkcje procesu karnego. Księga jubileuszowa Profesora Janusza Tyłmana*, pod red. T. Grzegorzcyka, Warszawa 2011, s. 188.

³¹ Por. wyrok TK z dnia 22 sierpnia 1990 roku (K 7/90), OTK 1990, poz. 5; L. Garlicki, *op. cit.*, s. 22.

³² B. Banaszak, [w:] B. Banaszak, M. Bernaczyk, *Aktywizm sędziowski we współczesnym państwie demokratycznym*, Warszawa 2012, s. 232 i n.; L. Garlicki, *op. cit.*, s. 19; K. Wojtyczek, *op. cit.*, s. 169 i n.; wyrok TK z dnia 12 stycznia 1999 roku (P 2/98), OTK ZU 1998, s. 17; wyrok TK z dnia 26 kwietnia 1999 roku (K33/98), OTK ZU 1999, s. 334–335; uchwała SN z dnia 30 kwietnia 1999 roku (III CZP 61/98), OSNC 1999, z. 12, poz. 201; wyrok TK z dnia 11 maja 1999 roku (K 13/98), OTK ZU 1999, s. 373; wyrok TK z dnia 25 maja 1999 roku (SK 9/98), OTK ZU 1999, s. 409–410; wyrok TK z dnia 2 czerwca 1999 roku (K 34/98), OTK ZU 1999, s. 480; wyrok TK z dnia 12 stycznia 2000 roku (P 11/98), OTK ZU 2000, s. 42; wyrok TK z dnia 28 czerwca 2000 roku (K 34/99), OTK ZU 1999, s. 796. Por. też: A. Zoll, [w:] *System prawa karnego*, t. 2: *Źródła prawa karnego*, pod red. T. Bojarskiego, Warszawa 2011, s. 237 i n.; A. Łabno, *Istota zasady proporcjonalności*, [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, pod red. T. Dukiet-Nagórskiej, Warszawa 2010, s. 30 i n.; M. Królikowski, *Sprawiedliwość karania w społeczeństwach liberalnych. Zasada proporcjonalności*, Warszawa 2005, s. 67 i n.; *idem*, *Dwa paradygmaty zasady proporcjonalności w prawie karnym*, [w:] *Zasada proporcjonalności w prawie karnym*, s. 37 i n.; M.J. Lubelski, *Kwestia odwołań do konstytucyjnej zasady proporcjonalności przy stanowieniu i wykładni norm prawa karnego*, [w:] *Państwo prawa i prawo karne. Księga jubileuszowa Profesora Andrzeja Zolla*, pod red. P. Kardasa, T. Sroki, W. Wróbla, t. 2, Warszawa 2012, s. 171 i n.

nia i pomocnictwa przez pryzmat art. 31 ust. 3 Konstytucji jest taka, czy typizacja wszystkich przypadków łańcuszkowego podżegania i pomocnictwa zawsze spełnia kryterium konieczności w demokratycznym państwie. Nawet jeżeli da się stwierdzić, że być może niektóre takie przypadki owego wymogu nie spełniają, to nie oznacza jeszcze niekonstytucyjności samej konstrukcji. Rzecz bowiem w tym, że w grę wchodzi tylko niektóre, a nie wszystkie przypadki. To, jakie one są, da się ustalić tylko *in concreto*. Przy tym chodzi nie o w miarę zgeneralizowany przypadek łańcuszkowego podżegania do danego czynu zabronionego, lecz – jak się wydaje – wręcz konkretny przypadek faktyczny. Innymi słowy, w jednym wypadku uznamy, że karanie za łańcuszkowe podżeganie lub pomocnictwo do danego typu będzie karygodne, w innym, że nie, choć kwalifikacja prawna czynu będzie identyczna. Przechodzimy jednak w tym wypadku na płaszczyznę karygodności, a zatem na grunt oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu zabronionego. Z punktu widzenia zgodności samej konstrukcji z Konstytucją nie ma wątpliwości.

Ewentualne zastrzeżenia co do niezgodności z art. 31 ust. 1 Konstytucji winny być kierowane raczej pod adresem przepisów, które określają chronione dobra i intensywność ich ochrony, a zatem do przepisów tworzących typy czynów zabronionych w części szczególnej k.k. lub w ustawach pozakodeksowych. Przepisy, które określają sposób (zakres, zasięg) ochrony, nie ingerując w jej intensywność i określenie samego dobra³³, nie mogą być oceniane z punktu widzenia dopuszczalnej ingerencji w dobra sprawcy. Wydaje się, że istnieją w ich wypadku dwie zasadnicze perspektywy oceny konstytucyjności. Pierwsza to ocena, czy typizacja łańcuszkowego podżegania do danego czynu zabronionego jest ingerencją konieczną w państwie demokratycznym (art. 31 ust. 3 Konstytucji). Wydaje się, że – jak wskazano wyżej – w analizowanym wypadku nie doszło do naruszenia art. 31 Konstytucji. Naruszenie takie w danym wypadku może być moim zdaniem stwierdzone jedynie *in concreto*. Skoro tak, wydaje się, że sama generalna regulacja nie może być z tego powodu kwestionowana. Druga możliwa perspektywa oceny wiąże się z dochowaniem formalnych wymogów typizacji. Odnosi się do nich drugi z podniesionych przez skarżącego zarzutów, który dotyczy naruszenia art. 42 w zw. z art. 2 Konstytucji RP. Zarzut ten wiąże się z techniką sformułowania art. 18 § 2 i 3 k.k., które nie tworzą pełnego opisu czynu zabronionego. Pełny ustawowy opis czynu może być dokonany wyłącznie przez zestawienie odpowiednio art. 18 § 2 lub 3 k.k. z przepisem tworzącym typ czynu, do którego sprawca podżega lub pomaga. Jeżeli jest to podżeganie lub pomocnictwo „łańcuszkowe”, przepisem tym ponownie jest art. 18 § 2 lub 3 k.k., który nadal nie tworzy pełnego opisu i także musi być uzupełniony. Opis staje się kompletny

³³ Taka właśnie jest rola przepisów tworzących podżeganie i pomocnictwo – nie wprowadzają dobra chronionego ani nie określają poziomu sankcji, lecz wyłącznie ustalają zakres (zasięg) ochrony.

dopiero, kiedy zostanie zestawiony z odpowiednim przepisem (czy przepisami) tworzącym typ czynu zabronionego z części szczególnej (wojskowej) k.k. lub z ustawy pozakodeksowej. Rozpatrując ten problem, TK słusznie ocenił charakter prawny zjawiskowych postaci czynu zabronionego. Prawdopodobnie zwrócił też uwagę na brak podstaw, by różnicować pojęcie „czyn zabroniony” w kontekstach normatywnych, w jakich pojawia się ono w części ogólnej k.k. W art. 18 § 2 i 3 k.k. mowa odpowiednio o podżeganiu do czynu zabronionego i ułatwianiu popełnienia czynu zabronionego. Z kolei w art. 6 jest mowa o czasie i miejscu popełnienia czynu zabronionego. Nie ma żadnych wątpliwości, że przepis ten stosuje się także do czasu i miejsca popełnienia podżegania i pomocnictwa³⁴. Skoro tak, to podżeganie i pomocnictwo jest także czynem zabronionym. Te słuszne konstatacje stanowić mogą tylko tło dla rozstrzygnięcia, czy w danym wypadku nie dochodzi do zbyt poważnego „oddalenia” ustawowego określenia czynu zabronionego od źródeł jego ustawowego opisu. Rzadkie, niemniej istniejące w doktrynie, głosy negujące karalność „łańcuskowego” podżegania i pomocnictwa opierają się na założeniu o zbyt dużym oddaleniu „łańcuskowego” podżegacza lub pomocnika od realizacji ustawowych znamion przez bezpośredniego sprawcę³⁵. Zwolennicy takiego poglądu odnoszą się wprost do zasady *nullum crimen sine lege*³⁶, wydaje się jednak, że nie jest to problem tej zasady. Niezależnie od liczby ogniw, która wystąpi w łańcuchu, zawsze do zespołu ustawowych znamion typu realizowanego przez którekolwiek z tych ogniw wchodzi popełnienie przez sprawcę bezpośredniego czynu zabronionego o określonych ustawowych znamionach oraz znamiona czynnościowe realizowane bezpośrednio przez dane ogniwo, czyli np. podżeganie do pomocnictwa do podżegania. Każde ogniwo w tak skonstruowanym łańcuchu realizuje własny zestaw ustawowych znamion, który jest stworzony z powyżej wskazanych elementów, a każdy z nich jest ustawowo określony. Niezależnie od odległości, jaka dzieli dane ogniwo od bezpośredniego sprawcy, zestaw ustawowych znamion czynu, które ono realizuje, jest zawsze należycie określony. Nie może być zatem mowy o zbyt dużym oddaleniu od sprawstwa, poza przypadkiem, w którym dane ogniwo nie chce nakłaniać do popełnienia czynu zabronionego lub nie ma zamiaru ułatwić jego popełnienia. Taka zaszczość dekompletuje zestaw ustawowych znamion czynu zabronionego. Słusznie podkreśla się w literaturze³⁷,

³⁴ Słusznie zwraca na to uwagę TK w uzasadnieniu głosowanego wyroku.

³⁵ Tak uważa T. Bojarski, *Polskie prawo karne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 2006, s. 207.

³⁶ Tak pisze T. Bojarski, jednocześnie zastrzegając, że za dopuszczalną z punktu widzenia tej zasady uważałby karalność pośredniego podżegania czy pomocnictwa (czyli np. podżegania do podżegania lub podżegania do pomocnictwa) tylko w ramach pierwszego ogniwa owego łańcucha (czyli tylko podżeganie do podżegania do sprawstwa, a już nie podżeganie do podżegania do podżegania do sprawstwa). Niedopuszczalność wydłużania łańcucha podżegaczy i pomocników autor ten wprowadza z zasady *nullum crimen sine lege*. Zob. *ibidem*, s. 207.

³⁷ W. Wróbel, A. Zoll, *op. cit.*, s. 268.

a dostrzega to TK w uzasadnieniu głosowanego wyroku, że zamiar nakłaniania do realizacji znamion typu czynu zabronionego podlega normalnemu dowodzeniu w procesie. Ze względu na to, że „łańcuszkowe” podżeganie lub pomocnictwo może być znacząco oddalone od zachowania są możliwe sytuacje, w których któreś z kolejnych ogniwi nie wie, że podlega do popełniania czynu zabronionego lub ułatwia jego popełnienie. Jest to jednak kwestia nie zasady *nullum crimen*, lecz ustaleń faktycznych w sprawie i dowodzenia strony podmiotowej, ze wszystkimi trudnościami z tym związanymi.

Nie ma pewności, że prawdopodobieństwo wystąpienia owego deficytu wiedzy wzrasta wraz z przesuwaniem się wzdłuż łańcucha od, a nie do bezpośredniego sprawcy. Może być tak, że pierwszy z podżegaczy, który nakłania innego, by z kolei nakłonił jeszcze innego, ma bezpośredni zamiar dotarcia w ten sposób (za pośrednictwem innych) do sprawcy, a któryś z pośredników po drodze działa bez takiego zamiaru i w związku z tym sam nie jest podżegaczem. Zagadnienie to rodzi cały szereg wątpliwości, których siłą rzeczy nie można w tym miejscu szczegółowo roztrząsać. Wydaje się jednak, że nie ma przeszkód, by uznać, że pierwszy z podżegaczy odpowiada za podżeganie. Będzie ono dokonane, jeżeli wzbudził u kolejnego ogniwa w łańcuchu zamiar popełnienia kolejnego podżegania. Będzie ono z kolei usiłowane, jeżeli zamiaru takiego nie wzbudził, ale spowodował przekazanie dalej pewnego komunikatu, który został przez kolejne ogniwo przekazany bez bezpośredniego zamiaru wywołania kolejnego zamiaru popełnienia czynu zabronionego³⁸. Odpowiedzialność owego kolejnego ogniwa będzie stosunkowo trudna do oceny. Nie będzie to wprost podżeganie, z racji niewyczerpania znamion strony podmiotowej, co nie znaczy, że w pewnych warunkach nie będzie można przypisać odpowiedzialności za inny czyn zabroniony, jak np. umyślne pomocnictwo (przy działaniu w zamiarze ewentualnym), podżeganie do przestępstwa z narażenia na niebezpieczeństwo (np. w układzie, kiedy poprzednie ogniwo podlegało do przestępstwa z naruszenia) itp. Następne z kolei ogniwo może być bez żadnych przeszkód uznane za podżegacza, czy pomocnika, w zależności od tego, czego się dopuściło. Widać w tym wypadku elastyczność polskiej konstrukcji odpowiedzialności za podżeganie i pomocnictwo. Należy wszakże zauważyć, że jeżeli gdziekolwiek ma wystąpić brak zamiaru, to częściej będzie to u „podżegaczy” i „pomocników”³⁹ bliższych sprawcy bezpośrednio niż tych od niego oddalonych. Skoro tak, trudno szukać tu uzasadnienia dla poglądu, że „łańcuszkowe” podżeganie i pomocnictwo powinno być bezkarne.

³⁸ Znacznie prościej kwestia przedstawiałaby się, gdyby zaakceptować tezę o formalnym charakterze podżegania i pomocnictwa.

³⁹ Nazw tych używam jako skrótów myślowych. W braku zamiaru nie są oni bowiem podżegaczami ani pomocnikami.

Podobne wątpliwości mogą wystąpić przy ocenie społecznej szkodliwości. Także i ją należy oceniać indywidualnie dla każdego z ogniw łańcucha, o którym mowa. Również w tym wypadku nie da się powiedzieć, że bardziej społecznie szkodliwe są zachowania tych podżegaczy i pomocników, którzy wystąpili później. Szczególnie widoczne jest to w wypadku podżegania. Trudno uznać, że czyn kolejnego podżegacza zawsze cechuje wyższa społeczna szkodliwość niż pierwszego, który zainicjował całość akcji przestępnej, a tak musielibyśmy chyba uznać, gdybyśmy chcieli wyłączyć karalność ogniw łańcucha zbyt oddalonych od bezpośredniego wykonawcy. Oczywiście, nie można też twierdzić, że zawsze jest odwrotnie, jest to bowiem kwestia, którą ustala się indywidualnie.

Komplikacje, o których mowa, nie przekreślają zasadności podstawowe- go stwierdzenia – niezależnie od odległości danego ognia od bezpośredniego sprawcy nie można uznać, by ustawowy opis jego zachowania naruszał zasadę *nullum crimen sine lege*. Jest tak niezależnie od tego, w jakiej formie stadialnej został popełniony omawiany czyn zabroniony, co starano się wykazać wyżej.

Rozstrzygnięcie zapadłe w głosowanym wyroku jest trafne. Zostało też dobrze uzasadnione, stąd powyższe wywody mogą stanowić jedynie uzupełnienie uzasadnienia i wskazanie kwestii szczegółowych, dlatego skończy je odwołanie do kwestii szczegółowej, jaką jest problem odpowiedzialności karnej nieletnich. Wyżej przyjęto – podobnie jak TK – że podżeganie i pomocnictwo to typy czynów zabronionych. Może to być uznane za argument na rzecz stanowiska, że nieletni odpowiada karnie w warunkach określonych w art. 10 § 2 k.k. tylko za popełnienie jednego ze wskazanych w tym przepisie czynów zabronionych w formie sprawczej, a nie za podżeganie lub pomocnictwo do niego. W literaturze istnieją aż trzy różne stanowiska w tym zakresie. Część doktryny uważa, że nieletni odpowiada nie tylko za sprawstwo, lecz i za podżeganie i pomocnictwo. Część doktryny wyłącza odpowiedzialność za podżeganie i pomocnictwo. Część wreszcie wyłącza nie tylko odpowiedzialność za podżeganie i pomocnictwo, lecz także odpowiedzialność za sprawstwo kierownicze i polecające. Jak łatwo zauważyć, ustawodawca w art. 10 § 2 k.k. wskazuje określone przepisy części szczególnej. Może być to uważane za argument na rzecz stanowiska, że w art. 10 § 2 k.k. chodzi wyłącznie o sprawstwo. Jak stwierdza opowiadający się za tym stanowiskiem Ł. Pohl, przepisy części szczególnej k.k., do których odwołuje się art. 10 § 2 k.k. w swojej warstwie deskryptywnej, a co za tym idzie i normatywnej, nie określają innych form niż sprawcze. Stąd zdaniem tego autora stanowisko zakładające możliwość odpowiedzialności, także za formy niesprawcze, abstrahuje od brzmienia art. 10 § 2 k.k.⁴⁰

⁴⁰ Ł. Pohl, *O (nie)możliwości pociągnięcia osoby nieletniej do odpowiedzialności karnej za tzw. niewykonawcze formy współdziałania przestępnego na gruncie k.k. z 1997 r.*, [w:] *Węzłowe problemy prawa karnego...*, s. 175.

Wolno jednak mieć pogląd odmienny. Jeżeli przyjrzeć się warstwie deskryptywnej wskazanych przepisów, można dostrzec, że nie zawiera ona wskazania nie tylko na formy niesprawcze, ale i na sprawcze. Zgadza się z Ł. Pohlem, że art. 10 § 2 k.k. odsyła jedynie do przepisów części szczególnej k.k.⁴¹ Nie wydaje mi się jednak, aby oznaczało to w sposób nieuchronny wyprowadzaną przez tego autora konsekwencję, że rozciąganie karalności zachowań niesprawczych oznacza dopuszczalność możliwości popełnienia zachowania jednego rodzaju (zabójstwa) zachowaniem innego rodzaju (podżeganie do zabójstwa)⁴². Za dopuszczalny uważam też pogląd, że art. 10 § 2 k.k. odsyła do przepisów części szczególnej kodeksu niezależnie od tego, w jaki sposób znamiona czynów w nich zabronionych zostaną uzupełnione przez przepisy zrębowe, nie tylko art. 18 § 2 i 3 k.k., lecz także art. 18 § 1 k.k. Można zatem, podobnie jak TK w uzasadnieniu glosowanego wyroku, uznawać, że przepis części szczególnej zawsze wymaga uzupełnienia o normę zrębową zawartą w art. 18 k.k. Uzupełnienia takiego dokonuje się czy to przez wykorzystanie art. 18 § 3 k.k., czy art. 18 § 2 k.k., czy art. 18 § 1 k.k. Art. 10 § 2 k.k. nie wskazuje na sprawstwo. Ł. Pohla prowadzi to do wniosku, że nie wchodzi w grę sprawstwa niewykonawcze. Uważam, że w grę wchodzi wszystkie typy tworzone w oparciu o normy zrębowe zawarte w art. 18 k.k. Wolno chyba uznać, że tak jak art. 18 § 2 i 3 k.k. odgrywa konstytutywną rolę przy określaniu ustawowych znamion podżegania czy pomocnictwa, art. 18 § 1 k.k. odgrywa rolę konstytutywną przy określaniu ustawowych znamion sprawstwa⁴³. Taka optyka pozwala, jak sądzę, prezentować pogląd, że nie ma znaczenia dla możliwości zastosowania art. 10 § 2 k.k. okoliczność, że podżegacz i pomocnik popełniają przestępstwo o innym zespole znamion i innej kwalifikacji prawnej niż sprawca⁴⁴. Jeżeli uznać, że w każdym wypadku konieczne jest uzupełnienie zestawu znamion określonego w przepisie typizującym zawartym w części szczególnej k.k. o normę zrębową zawartą czy to w art. 18 § 1, 2 lub 3, można wnioskować, że art. 10 § 2 k.k. wskazuje tylko na przepisy uzupełniane jedną z tych norm zrębowych, a nie ogranicza możliwości zastosowania żadnej z nich. Nie wydaje się też, aby konieczne było sięganie do dyrektywy nakazującej rozstrzygnięcie wątpliwości interpretacyjnych na korzyść sprawcy⁴⁵. Wydaje się bowiem, że stosowanie dyrektyw celowościowych pozwala w danym wypadku

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ Por. P. Kardas, *Teoretyczne podstawy...*, s. 598; T. Kaczmarek, *Kwestie sporne...*, s. 93.

⁴⁴ A. Zoll, [w:] *Kodeks karny...*, s. 136. Pozwalałoby to odeprzeć postawiony A. Wąskowi przez Ł. Pohla zarzut, że prezentowane przezeń stanowisko, podobne jak w niniejszej glosie, abstrahuje od brzmienia art. 10 § 2 k.k. (por. A. Wąsek, [w:] O. Górniok [et al.], *op. cit.*, s. 143; Ł. Pohl, *O (nie)możliwości...*, s. 174). Przy zachowaniu takiej optyki przepis art. 10 § 2 k.k. nie zawierałby bowiem ograniczenia, które widzi w nim Ł. Pohl.

⁴⁵ Ł. Pohl, *O (nie)możliwości...*, s. 176.

uniknąć konieczności odwołania się do tej dyrektywy ostatecznej⁴⁶, a osiągnięty wynik mieści się w granicach językowego znaczenia wykładanych treści. Kwestia powyższa jest na tyle złożona, że trudno uznać ją za rozstrzygniętą na marginesie glosy, zresztą rozbieżność poglądów w tej mierze nakazuje spodziewać się, że nikt z uczestników tej dyskusji nie uzna tematu za wyczerpany. Zapewne zasługuje ona na szersze odniesienie, co mam nadzieję uczynić w niedalekiej przyszłości.

⁴⁶ O ile w ogóle można z całą pewnością mówić o jej istnieniu. Kwestia ta z pewnością zasługuje na odrębne przestudiowanie. Warto wszakże zauważyć, że zastosowanie kolejnych dyrektyw interpretacyjnych powoduje usuwanie wątpliwości. Pole dla zastosowania dyrektywy *in dubio pro reo* istniałoby tylko w wypadku, gdyby wątpliwości nie usunięto. Jeżeli jednakowoż przyjmiemy w procesie interpretacji określone reguły preferencji, zawsze doprowadzimy do sytuacji, w której efektem interpretacji jest brak wątpliwości. Słusznie zwracają na to uwagę S. Tkacz i Z. Tobor, zauważając, że prowadzi to do sytuacji, kiedy dyrektywa *in dubio pro reo* nie będzie stosowana nigdy (S. Tkacz, Z. Tobor, *Interpretacja „na korzyść oskarżonego”*, [w:] *Studia z wykładni prawa*, pod red. C. Martysza, Z. Tobora, Bydgoszcz – Katowice 2008, s. 138). Dodać należy, że z dniem wejścia w życie nowelizacji k.p.k. ustawy z dnia 27 września 2013 roku o zmianie ustawy – Kodeks postępowania karnego oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. z 2013 roku, poz. 1247) pogląd taki stanie się chyba dosyć oczywisty. W znowelizowanym art. 5 § 2 k.p.k. będzie bowiem mowa o rozstrzygnięciu na korzyść oskarżonego wątpliwości, których nie usunięto w postępowaniu dowodowym, a zatem o wątpliwościach faktycznych, a nie prawnych. Słusznie zwraca na to uwagę P. Wiatrowski (*Dyrektywy wykładni prawa karnego materialnego w judykaturze Sądu Najwyższego*, Warszawa 2013, s. 269). Wykładnia ewolucyjna prowadzi tego autora do wniosku (który moim zdaniem dałoby się kontestować), że w stanie prawnym sprzed wejścia w życie nowelizacji nie ma podstaw do ograniczania zastosowania art. 5 § 2 k.p.k. Nawet jednak przy założeniu, że tak właśnie jest, należy uznać, że dyrektywa ta ma charakter ostatecznej. Jej rolą jest usuwanie wątpliwości pozostałych po zastosowaniu innych dyrektyw wykładni. Wchodzi w grę zatem dopiero wówczas, kiedy po przeprowadzeniu wszystkich procedur wykładniczych uzyskano wynik niejednoznaczny, a więc niepodlegający prostej percepcji. Wolno sądzić, że wcześniejsze stosowanie tej dyrektywy jest przedwczesne. W każdym razie uważam, że uzyskał jednoznaczny wynik wykładni zanim pojawiła się potrzeba sięgnięcia do dyrektywy *in dubio pro reo*.