

## POSTANOWIENIE Z DNIA 29 KWIETNIA 2009 R.

I KZP 6/09

W przypadku skazania za usiłowanie podżegania do dokonania określonego czynu zabronionego, w podstawie prawnej wymiaru kary należy wskazać zarówno przepis art. 14 § 1 lub 2 k.k. – w zależności od ustalenia, czy doszło do usiłowania udolnego czy usiłowania nieudolnego – jak i art. 22 § 2 k.k.

*Przewodniczący: sędzia SN W. Płóciennik.*

*Sędziowie: SN E. Strużyna (sprawozdawca), SA (del. do SN) B. Skoczkowska.*

*Prokurator Prokuratury Krajowej: A. Herzog.*

Sąd Najwyższy w sprawie Pawła G. i Arkadiusza W., po rozpoznaniu, przedstawionego na podstawie art. 441 § 1 k.p.k. przez Sąd Apelacyjny w Ł., postanowieniem z dnia 12 lutego 2009 r., zagadnienia prawnego wymagającego zasadniczej wykładni ustawy:

„Czy zawarte w treści przepisu art. 22 § 2 k.k. określenie „czynu zabronionego, którego nie usiłowano dokonać” dotyczy jedynie czynu, do którego nakłania podżegacz, przesądzając tym samym, że możliwość zastosowania instytucji nadzwyczajnego złagodzenia kary bądź odstąpienia od jej wymierzenia ograniczona jest wyłącznie do podżegacza, który swoim zachowaniem wywołał u nakłanianego zamiar popełnienia czynu zabronionego (podżeganie dokonane), choć czynu tego nie usiłowano dokonać i w związku z powyższym nie odnosi się do podżegacza, który po ukończeniu czynności nakłaniania nie wywołał jednak u osoby nakłanianej zamiaru

podjęcia określonej czynności (usiłowanie podżegania), a jeśli tak, to czy zakres odpowiedzialności karnej podżegacza, którego czyn pozostał w stadium usiłowania, wyznacza przepis art. 14 § 1 k.k., bądź też czyn o konstrukcji tego rodzaju pozostaje na gruncie obowiązującego kodeksu karnego zachowaniem bezkarnym, jako postać podwójnego rozszerzenia zakresu czynu w typie ustawowym?”

p o s t a n o w i ł odmówić podjęcia uchwały.

## UZASADNIENIE

Przedstawione Sądowi Najwyższemu zagadnienie prawne wyłoniło się na tle następującego stanu faktycznego.

Paweł G. i Arkadiusz W. zostali oskarżeni o to, że pomiędzy dniem 4 marca a dniem 18 czerwca 2003 r., w okolicy O., działając wspólnie i w porozumieniu, chcąc aby Robert C. Dokonał, przy użyciu broni palnej, zabójstwa Piotra N., nakłaniali go do tego czynu oferując w zamian kwotę 30 000 zł jako zaliczkę oraz kwotę 300 000 zł po dokonaniu zabójstwa, przy czym Paweł G. czynu tego dopuścił się będąc uprzednio skazanym m. in. za zabójstwo, to jest o popełnienie przestępstwa określonego w art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k. i art. 148 § 3 k.k. – Paweł G., a przestępstwa określonego w art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k. – Arkadiusz W.

Ponadto Arkadiusz W. został oskarżony o to, że w marcu 2004 r., w P., chcąc aby Sławomir K. dokonał zabójstwa Piotra N., nakłaniał go do tego czynu oferując kwotę 300 000 zł, po dokonaniu zabójstwa, to jest o popełnienie przestępstwa określonego w art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k.

Sąd Okręgowy w P., wyrokiem z dnia 3 czerwca 2008 r. uznał oskarżonych za winnych popełnienia zarzuczonego im czynu, korygując opis tego czynu w ten sposób, że usiłowali nakłonić Roberta C. do dokonania wspólnie z Arkadiuszem W., przy użyciu broni palnej, zabójstwa Piotra N., za co mieliby otrzymać 300 000 zł, w tym Robert C. jako zaliczkę 30 000 zł, ale zamierzonego celu nie osiągnęli z uwagi na niewywołanie u Roberta C. zamiaru popełnienia tego czynu,

- to jest w odniesieniu do Arkadiusza W. czynu określonego w art. 13 § 1 k.k. i art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k. (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 26 września 2005 r.) – i na podstawie art. 14 § 1 k.k., art. 19 § 1 k.k. i art. 148 § 2 pkt 4 k.k. (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 26 września 2005 r.) oraz art. 4 § 1 k.k. w zw. z art. 22 § 2 k.k. i art. 60 § 1 i § 6 pkt 1 k.k. wymierzył mu karę 5 lat pozbawienia wolności,

- a w odniesieniu do Pawła G. czynu określonego w art. 13 § 1 k.k. i art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 2 pkt 4 k.k. (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 26 września 2005 r.) i art. 64 § 1 k.k. – i na podstawie art. 14 § 1 k.k., art. 19 § 1 k.k. i art. 148 § 2 pkt 4 k.k. (w brzmieniu obowiązującym przed dniem 26 września 2005 r.) oraz art. 4 § 1 k.k. w zw. z art. 22 § 2 k.k. i art. 60 § 1 i § 6 pkt 1 k.k. wymierzył mu karę 8 lat pozbawienia wolności.

Tym samym wyrokiem Arkadiusz W. został uznany za winnego tego, że w miesiącu marcu 2004 r. w P. usiłował nakłonić Sławomira K. do dokonania zabójstwa Piotra N., za co miałby otrzymać kwotę 300 000 zł, ale zamierzonego celu nie osiągnął z uwagi na niewywołanie u Sławomira K. zamiaru popełnienia tego czynu,

- to jest czynu określonego w art. 13 § 1 k.k. i art. 18 § 2 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. – i na podstawie art. 19 § 1 k.k. w zw. z art. 148 § 1 k.k. w zw. z art. 22 § 2 k.k. i art. 60 § 1 i § 6 pkt 1 k.k. wymierzył mu karę 4 lat pozbawienia wolności. Sąd orzekł wobec Arkadiusza W. karę łączną 7 lat pozbawienia wolności.

W uzasadnieniu wyroku Sąd Okręgowy stwierdził, że akceptuje pogląd (wyrażony m. in. w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2006 r., w sprawie III KK 156/06, R-OSNKW 2006, poz. 2264) uznający podżeganie, w rozumieniu art. 18 § 2 k.k., za przestępstwo skutkowe, którego skutkiem jest wywołanie zjawiska psychicznego w świadomości osoby nakłanianej, w postaci zamiaru bądź decyzji popełnienia czynu zabronionego. Skoro w przedmiotowej sprawie u żadnej z nakłanianych osób nie doszło do wywołania skutku w postaci zamiaru popełnienia przestępstwa, czyny oskarżonych powinny być oceniane w kategoriach usiłowania podżegania do zbrodni zabójstwa.

Apelacje od tego wyroku złożyli obrońcy oskarżonych. W obu apelacjach podniesione zostały zarzuty błędu w ustaleniach faktycznych przyjętych za podstawę wyroku i obrazy przepisów prawa procesowego – art. 4, 5 § 2, 7, 92, 167, 410 i 424 § 1 k.p.k., w wyniku czego doszło do pozbawionego oparcia w materiale dowodowym ustalenia, że oskarżeni dopuścili się zarzucanych im czynów. W końcowym fragmencie uzasadnienia apelacji wniesionej przez obrońcę Pawła G., na poparcie wniosku o odstąpienie od wymierzenia oskarżonemu kary albo złagodzenie tej kary „do najdalejszych granic”, autor apelacji, odwołując się do niesprecyzowanych poglądów prezentowanych przez przedstawicieli doktryny, w tym prof. W. Woltera, stwierdził m. in., że „nieskuteczne od początku nakłanianie powodowało, iż sprawca był wolny od odpowiedzialności, zaś formy usiłowania i przygotowania odnoszą się tylko do sprawcy *sensu stricto*, a podżeganie i pomocnictwo są zawsze przestępstwami materialnymi”.

Sąd Apelacyjny w Ł., rozpoznając w postępowaniu odwoławczym wniesione apelacje, powziął wątpliwości co do treści przepisu art. 22 § 2 k.k., a zwłaszcza ewentualnego zakresu karalności czynu stanowiącego usiłowanie podżegania „wyznaczanego przez przepis art. 14 k.k.” względnie bezkarności usiłowania podżegania – które wyraził w sformułowanym

zagadnieniu prawnym, przedstawionym Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia.

Według Sądu Apelacyjnego, wątpliwości te wiążą się z „problematyką podżegania, jako jednej z postaci zjawiskowych popełnienia przestępstwa, w tym wywołującym wiele sporów zagadnieniem możliwości tzw. krzyżowania się form zjawiskowych oraz postaci stadialnych”.

Uzasadniając wystąpienie Sąd Apelacyjny stwierdził, że podziela koncepcję dopuszczającą możliwość krzyżowania się sprawczych i zjawiskowych form popełnienia przestępstwa i uznaje, że podżeganie może „być popełnione” w formie usiłowania, ale wątpliwości wywołuje problematyka związana z podstawą wymiaru kary dla podżegacza, którego czyn, polegający na nakłanianiu, pozostał w fazie usiłowania, ponieważ nie doszło do wywołania w nakłanianym zamiaru popełnienia przestępstwa. Nie jest bowiem – zdaniem tego Sądu – „oczywistym, czy podstawę tę winien stanowić przepis art. 22 § 2 k.k., czy też art. 14 § 1 k.k., czy też zachowanie takie jest na gruncie obowiązujących obecnie przepisów bezkarne”. W dalszej części uzasadnienia postanowienia Sąd Apelacyjny wskazał na dwudzielność poglądów w przedmiocie karalności usiłowania podżegania – uznawanie karalności przez zwolenników poglądu o skutkowym charakterze podżegania i wykluczanie takiej możliwości przez przeciwników krzyżowania się postaci zjawiskowych i stadialnych przestępstwa i podał przykłady rozbieżnych stanowisk w piśmiennictwie.

W zakresie dopuszczalności stosowania w takiej sytuacji przepisu art. 22 § 2 k.k. Sąd wymienia dwa poglądy, nie wskazując jednak kto je podziela. Pierwszy wyraża się w przyjęciu, że art. 22 § 2 k.k. dotyczy wyłącznie tych sytuacji, w których czynności podżegacza wzbudziły w nakłanianym wolę popełnienia przestępstwa, a więc nie obejmuje wypadków, w jakich nakłanianie okazało się bezskuteczne (podstawą odpowiedzialności za usiłowanie podżegania jest tu więc art. 13 k.k.). Natomiast według drugiego

poglądu, przepis art. 22 § 2 k.k. dotyczy także takich sytuacji, w których podżegacz nie wywołał u osoby nakłanianej zamiaru popełnienia czynu zabronionego. Pogląd ten Sąd Apelacyjny zdecydowanie odrzucił uznając, że nie pozwala na to analiza przepisów art. 22 § 1 i 2 k.k. w zestawieniu z art. 18 § 2 k.k., określającym samoistne znamiona podżegania, które nie zawierają elementów odnoszących się do zachowania się bezpośredniego wykonawcy (analizy takiej jednak nie przedstawił). Zdaniem Sądu Apelacyjnego, skoro dla dokonania podżegania nie wystarcza samo zrealizowanie przez podżegacza określonego zachowania, ale niezbędne jest wywołanie zamiaru podjęcia i wykonania określonego czynu zabronionego, to „w żadnym razie nie można uznać, że przepis art. 22 k.k. (a więc także art. 22 § 2 k.k.) uzupełnia znamiona podżegania o takie elementy, które charakteryzując zachowanie bezpośredniego wykonawcy, wymagają – dla dokonania podżegania – dokonania czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę”. Na poparcie tezy, że przepis art. 22 k.k., jako odnoszący się do zachowania bezpośredniego wykonawcy, pozostając poza zakresem znamion podżegania, nie może być traktowany jako przejaw regulacji odnoszącej się do usiłowania podżegania, Sąd Apelacyjny wskazał na publikacje autorstwa P. Kardasa i A. Liszewskiej oraz wyrok Sądu Apelacyjnego we Wrocławiu z dnia 17 października 1995 r., II AKr 335/95 (OSA 1996, z. 1, poz. 1).

W świetle poglądu, że przepis art. 22 § 2 k.k. nie może stanowić podstawy wymiaru kary dla podżegacza, którego czyn pozostał w stadium usiłowania, (gdyż podżegacz nie zdołał wywołać u nakłanianego zamiaru popełnienia czynu zabronionego), to takiej podstawy należałoby upatrywać w art. 14 k.k. i rozważać wymiar kary w granicach zagrożenia przewidzianego dla danego przestępstwa, a więc jak za dokonanie. Takiego rozwiązania Sąd Apelacyjny jednak nie akceptuje ze względów kryminalnopolitycznych,

gdyż oznaczałoby to surowszą represję za nieskuteczne usiłowanie podżegania niż podżeganie „dokonane”.

W dalszej kolejności Sąd Apelacyjny zwrócił uwagę na brak konsekwencji Sądu Okręgowego, polegającej na wskazaniu w podstawie wymiaru kary za pierwszy czyn oskarżonych zarówno art. 14 § 1 k.k. jak i art. 22 § 2 k.k., natomiast pominięciu w podstawie wymiaru kary za samodzielny czyn Arkadiusza W. art. 14 § 1 k.k. Podał także krytyce brak jednoznacznego wypowiedzenia się przez Sąd Okręgowy na temat bezkarności usiłowania podżegania (i pomocnictwa), poruszony w wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2006 r., przywołanym przez Sąd Okręgowy na poparcie zawartego w zaskarżonym orzeczeniu stanowiska.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, to ostatnie zagadnienie ma charakter kluczowy, gdyż w piśmiennictwie prezentowane są poglądy poddające w wątpliwość, czy podżegacz, który nie zdołał w osobie nakłanianej wzbudzić zamiaru popełnienia czynu zabronionego, podlega karze. Sąd Apelacyjny odwołał się tu do argumentów przeciwko karalności usiłowania podżegania, zawartych w wypowiedziach A. Zolla i T. Kaczmarka podczas konferencji naukowej, w dniu 17 maja 2006 r. w Warszawie, zreferowanych przez A. Zachutę (A. Zachuta: Ogólnopolska konferencja naukowa nt. „Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa, Warszawa, 17 maja 2006 r.”, Prok. i Pr. 2006, z. 10, s. 155 – 176). W szczególności z aprobatą odniósł się do poglądów wypowiedzianych przez A. Zolla, że typizowania czynności przygotowawczych jako szczególnych typów przestępstw *sui generis*, będących w istocie typami abstrakcyjnego narażenia, czyli czynami z tzw. przedpoła naruszenia lub konkretnego narażenia danego dobra prawnego na niebezpieczeństwo, nie da się pogodzić z zasadą wynikającą z art. 31 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, że ustawodawca może zabronić pod groźbą kary jedynie takich zachowań, które są społecznie szkodliwe, tj. naruszają lub zagrażają dobrom istotnym

dla człowieka, społeczeństwa i państwa. Natomiast za T. Kaczmarkiem Sąd Apelacyjny przyjął, że zarówno zjawiskowa, jak i stadialna forma popełnienia przestępstwa stanowi rozszerzenie odpowiedzialności karnej poza zakres typu czynu zabronionego, którego znamiona, opisane w części szczególnej kodeksu karnego lub innych ustaw karnych, są nastawione w zasadzie na postać dokonaną oraz na pojedynczego sprawcę, a zatem obejmowanie formułą karalnego usiłowania także podżegania i pomocnictwa powodowałoby nieuzasadnione polityczno-kryminalnie, podwójne rozszerzenie zakresu czynu zabronionego w jego ustawowym typie. Ponadto podniósł, że podżeganie i pomocnictwo nie stanowią zachowań zmierzających bezpośrednio do popełnienia czynu zabronionego, skutkiem czego nie mogą stanowić usiłowania w rozumieniu art. 13 k.k.

Zdaniem Sądu Apelacyjnego, ze względu na poglądy „prezentowane w piśmiennictwie”, nie można pominąć także treści art. 1 § 1 k.k., a zwłaszcza jego funkcji gwarancyjnej spełnianej przez określenie warunków odpowiedzialności karnej.

W konkluzji Sąd Apelacyjny stwierdził, że akceptując skutkowy charakter podżegania opowiada się za bezkarnością usiłowania podżegania.

Prokurator, w pisemnym wniosku Prokuratury Krajowej z dnia 27 marca 2009 r., wniósł o odmowę podjęcia uchwały. Nie może być bowiem mowy o skutecznym wystąpieniu w trybie art. 441 § 1 k.p.k. w sytuacji, gdy sąd zwracający się o wykładnię prawa ogranicza się do prezentacji wątpliwości i własnego stanowiska na dany temat, bez rzetelnego odwołania się do poglądów wyrażonych w judykaturze i piśmiennictwie oraz bez przekonującego wyjaśnienia, dlaczego opowiada się za tym a nie innym rozwiązaniem nurtującego go problemu. Wystąpienie o wykładnię prawa nie może ponadto sprowadzać się do pytania o sposób rozstrzygnięcia sprawy, czy też o dopuszczalność zastosowania danego przepisu, w tym o potwierdzenie albo zaprzeczenie słuszności określonego poglądu interpretacyjnego.

go prezentowanego przez sąd odwoławczy, a takie właśnie cechy charakteryzują wystąpienie Sądu Apelacyjnego w Ł. w niniejszej sprawie.

W dalszej części wniosku Prokuratury Krajowej zwrócono także uwagę, że pytanie o zakres znaczeniowy użytego w art. 22 § 2 k.k. określenia „czynu zabronionego, którego nie usiłowano dokonać” nie zostało w żaden sposób uzasadnione, ale określenie to nigdy nie wywoływało wątpliwości co do tego, że chodzi o czyn osoby nakłanianej, a nie o czyn podżegacza. Założenie, że mogłoby ono odnosić się do czynu podżegacza prowadziłoby do niedorzecznego wniosku o odpowiedzialności karnej za przygotowanie albo za sam zamiar podżegania do popełnienia czynu zabronionego. Ten oczywisty błąd w założeniu wyklucza doszukiwanie się zależności między odpowiedzią na to pytanie a drugim elementem sformułowanego zagadnienia prawnego. Chybiona musi być tym samym konkluzja, że skoro „czyn zabroniony, którego nie usiłowano dokonać” nie jest czynem osoby nakłaniającej, to przepis art. 22 § 2 k.k. nie odnosi się do podżegacza, który nie wywołał u osoby nakłanianej zamiaru podjęcia określonej czynności, czyli do podżegania jedynie usiłowanego.

Według wniosku Prokuratury Krajowej, doszło tu do pomieszania dwóch odmiennych kwestii, a mianowicie znaczenia przepisu art. 22 § 2 k.k. dla określenia znamion podżegania oraz zakresu zastosowania przewidzianej w tym przepisie możliwości nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia, do poszczególnych karalnych form stadialnych podżegania. Zgłębianie pierwszej z tych kwestii miałoby sens jedynie wówczas, gdyby Sąd Apelacyjny, przyjmując skutkowy charakter podżegania, wyrażał wątpliwość, czy chodzi o skutek w postaci akceptowanej przez ten Sąd, czy o skutek w postaci dokonania czynu zabronionego przez osobę nakłanianą.

Nie powinien też nasuwać wątpliwości interpretacyjnych drugi aspekt unormowania art. 22 § 2 k.k., a wątpliwości te wynikają jedynie z bezkry-

tycznego akceptowania przez Sąd Apelacyjny tezy, że nie obejmuje ono wypadków, gdy nakłonienie innej osoby do popełnienia czynu zabronionego nie zostało zrealizowane – z konsekwencją poddania usiłowania podżegania samemu tylko unormowaniu art. 13 k.k. i art. 14 k.k. Teza ta, do niedawna prezentowana w piśmiennictwie przez P. Kardasa, zapewne pod wpływem argumentów krytycznych wysuniętych przez M. Bielskiego, została bowiem odrzucona. Od 2007 r. P. Kardas wydaje się już być przekonany, że przepis art. 22 § 2 k.k., nie stanowiąc *lex specialis* w stosunku do przepisów art. 13 k.k. i art. 14 k.k., ani nie regulując podstaw odpowiedzialności karnej za usiłowanie podżegania i pomocnictwa, odnosi się wyłącznie do problematyki wymiaru kary, obejmując zakresem zastosowania zarówno wypadki dokonanego podżegania i pomocnictwa jak i te, gdy prawnokarnemu wartościowaniu podlega usiłowane podżeganie i pomocnictwo. We wniosku Prokuratury zwrócono także uwagę, że powyższe stanowisko znajduje potwierdzenie w rezultatach powszechnie akceptowanych metod wykładni prawa, po które Sąd Apelacyjny w ogóle nie sięgnął. Stwierdzono ponadto, że podstawą wymiaru kary za podżeganie w sytuacji regulowanej przez art. 22 k.k., będzie, jako szczególny, przepis art. 14 k.k., nie zaś ogólny art. 19 § 1 k.k. (Sąd Okręgowy nie pomylił się zatem powołując w podstawie wymiaru kary równocześnie przepisy art. 14 § 1 k.k. i art. 22 § 2 k.k.).

Według wniosku Prokuratury Krajowej, argumentacja, na której Sąd Apelacyjny opiera swoje stanowisko w kwestii granic karalności podżegania w zależności od jego stadium, jest metodologicznie niepoprawna. Niezasadna jest także argumentacja natury konstytucyjnoprawnej. Przesłanki odpowiedzialności karnej określa bowiem w pierwszym rzędzie art. 42 ust. 1 Konstytucji RP. W myśl tego przepisu odpowiedzialności karnej podlega ten, kto dopuścił się czynu zabronionego pod groźbą kary przez ustawę obowiązującą w czasie jego popełnienia, a na poziomie tzw. ustaw zwy-

kłych, ową treść normatywną wyraża m. in. art. 1 § 1 k.k. Słuszne jest więc stanowisko wyrażone w uchwale składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r., I KZP 11/03 (OSNKW 2003, z. 11-12, poz. 89), że dla oceny prawnej „krzyżowania” się postaci zjawiskowych przestępstwa z formami stadialnymi przestępstwa, kluczowym problemem jest interpretacja wyrażenia „czyn zabroniony”. Ponieważ ustawowa definicja tego wyrażenia, zawarta w art. 115 § 1 k.k., nie rozróżnia typizacji czynu zabronionego zależnie od tego, czy dokonuje jej się w części szczególnej czy w części ogólnej kodeksu karnego, to staje się zrozumiałe, że art. 13 § 1 k.k. zorientowany jest na każdy czyn zabroniony, nie wyłączając podżegania ani pomocnictwa.

Wreszcie stwierdza się we wniosku, że racje karalności usiłowania podżegania, które za A. Zollem i T. Kaczmarkiem wskazał Sąd Apelacyjny, leżą wyłącznie w sferze aksjologii, nie zaś prawa. Badaniu przez sądy orzekające tego rodzaju racji na etapie stosowania prawa sprzeciwia się natomiast domniemanie zgodności obowiązującego przepisu prawa z Konstytucją, a jedynym instrumentem zdatnym do obalenia tego domniemania jest art. 193 Konstytucji.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje.

W niniejszej sprawie nie ma podstaw do podjęcia uchwały mogącej stanowić odpowiedź, udzieloną w trybie art. 441 § 1 k.p.k., na przedstawione Sądowi Najwyższemu do rozstrzygnięcia zagadnienie prawne. Analiza zarówno treści sformułowanego zagadnienia prawnego jak i uzasadnienia postanowienia Sądu Apelacyjnego nie pozostawia bowiem wątpliwości, że motywem zwrócenia się z pytaniem prawnym było uzyskanie wskazania sposobu rozstrzygnięcia niniejszej sprawy w postępowaniu odwoławczym.

Sąd Apelacyjny formułując, na wstępie skonstruowanego zagadnienia prawnego, pytanie o zakres znaczeniowy zwrotu „czy zawarte w treści przepisu art. 22 § 2 k.k. określenie «czynu zabronionego, którego nie usi-

łowano dokonać» dotyczy jedynie czynu, do którego nakłania podżegacz” niewątpliwie zdawał sobie sprawę, że ma ono jedynie charakter retoryczny. W uzasadnieniu postanowienia Sąd ten nie wyartykułował żadnych wątpliwości jakie można powziąć w tym względzie. Słusznie zatem we wniosku Prokuratury Krajowej zwrócono uwagę, że założenie, iż mogłoby tu chodzić o czyn podżegacza a nie osoby nakłanianej, prowadziłoby do niedorzecznego wniosku o kryminalizacji przez art. 22 § 2 k.k. przygotowania lub samego zamiaru podżegania do popełnienia czynu zabronionego. Nie sposób więc odgadnąć jaki zamysł przyświecał umieszczeniu, na wstępie sformułowanego zagadnienia prawnego, pytania dotyczącego znaczenia zwrotu, który nie nasuwa żadnych wątpliwości interpretacyjnych.

Brak także zależności pomiędzy oczywistą odpowiedzią na to retoryczne pytanie a kolejnym elementem zagadnienia prawnego. Nie wiadomo w szczególności dlaczego Sąd Apelacyjny założył, że jeżeli „czyn zabroniony, którego nie usiłowano dokonać” nie jest czynem podżegacza, to przepis art. 22 § 2 k.k. nie odnosi się do podżegacza, który po ukończeniu czynności nakłaniania nie wywołał u osoby nakłanianej zamiaru podjęcia określonej czynności, czyli do usiłowania podżegania. Nic bowiem nie wskazuje na to, by Sąd Apelacyjny, przyjmując skutkowy charakter podżegania, miał wątpliwości, czy skutku tego nie należy doszukiwać się w czynie nakłonionego sprawcy. Przeciwnie, treść uzasadnienia postanowienia wskazuje, że Sąd ten nie utożsamia owego skutku z dokonaniem czynu zabronionego przez osobę nakłonioną, ale z wywołaniem u osoby nakłanianej zamiaru popełnienia czynu zabronionego (por. s. 6 uzasadnienia postanowienia).

W tym miejscu wypada odnotować, że w literaturze przedmiotu zagadnienie, czy czyn zabroniony przewidziany w art. 18 § 2 k.k. ma charakter przestępstwa skutkowego czy przestępstwa bezskutkowego, wywołuje spory. Nie jest to jednak zagadnienie do którego, w kontekście sformuło-

wanego zagadnienia prawnego, należałoby nawiązać w niniejszym postanowieniu. Można jedynie przypomnieć, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego raczej odrzuca się koncepcje podżegania jako przestępstwa formalnego i przestępstwa konkretnego narażenia na niebezpieczeństwo (por. uchwała składu siedmiu sędziów z dnia 21 października 2003 r., I KZP 11/03, OSNKW 2003, z. 11-12, poz. 89; wyrok z dnia 3 kwietnia 2006 r., V KK 316/05, OSNKW 2006, z. 5, poz. 52; wyrok z dnia 28 listopada 2006 r., III KK 156/06, R-OSNKW 2006, poz. 2264).

Odnosząc się do wątpliwości sygnalizowanych w pytaniu prawnym wystarczy przyjąć, że przestępstwo podżegania polega na skutecznym lub nieskutecznym, ale faktycznie przeprowadzonym procesie nakłaniania osoby trzeciej do popełnienia czynu zabronionego. W przepisie art. 18 § 2 k.k. ujęty bowiem został samoistny typ czynu zabronionego polegającego na umyślnym (w zamiarze bezpośrednim) nakłanianiu innej osoby do popełnienia czynu zabronionego, za co przewidziana została odpowiedzialność karna niezależna od odpowiedzialności osoby nakłanianej. Odpowiedzialność podżegacza nie jest akcesoryjna w stosunku do odpowiedzialności sprawcy czynu zabronionego. Z art. 22 § 1 i 2 k.k. wynika bowiem *expressis verbis*, że zakres działań podjętych przez osobę nakłanianą, może mieć wpływ jedynie na wymiar kary dla podżegacza. Treść art. 22 k.k. wyraźnie zatem wskazuje, że zachowanie podżeganego wpływa jedynie na ukształtowanie kary dla podżegacza, a nie samą jego odpowiedzialność. Należy dodać, że nie budzi w zasadzie wątpliwości ani przedstawiciele nauki ani judykatury to, że podżeganie jest samoistnym typem czynu zabronionego i odpowiedzialność podżegacza nie jest akcesoryjna w stosunku do odpowiedzialności sprawcy ani to, że usiłowanie każdego przestępstwa jest karalne.

Przystępując do rozstrzygnięcia dylematu, czy unormowanie zawarte w art. 22 § 2 k.k. obejmuje wypadki, gdy nakłonienie innej osoby do czynu

zabronionego okazało się bezskuteczne, a więc czy powinno stanowić podstawę wymiaru kary za usiłowanie podżegania (gdy podżegacz nie wywołał zamiaru dokonania czynu zabronionego) lub czy tego rodzaju zachowanie jest bezkarne, Sąd Apelacyjny *a priori* wykluczył jedno z możliwych rozwiązań. Stwierdzając, że nie można podzielić stanowiska, iż przepis art. 22 § 2 k.k. dotyczy sytuacji, gdy nie doszło do wywołania zamiaru popełnienia czynu zabronionego u osoby nakłanianej, nie wskazał motywów takiego przekonania. Trudno bowiem upatrywać tych motywów w twierdzeniu, że nie pozwala na to „analiza treści art. 22 § 1 i 2 k.k. w zestawieniu z art. 18 § 2 k.k.”, skoro analizy takiej nie przedstawiono.

W piśmiennictwie zasadnie zwraca się uwagę, że przepis art. 22 § 2 k.k. nie wskazuje przyczyn braku usiłowania popełnienia czynu zabronionego przez osobę nakłanianą. Z przepisu tego nie wynika bowiem, czy brak aktywności nakłanianego, tzn. niepodjęcie usiłowania dokonania czynu zabronionego, ma wynikać z odstąpienia przez potencjalnego sprawcę od powziętego zamiaru, czy też zamiar taki w ogóle nie powstał (por. M. G. Węglowski: Glosa do wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2006 r., III KK 156/06, *Prok. i Pr.* 2008, z. 5, s. 178 – 180).

Nieskuteczna dla wykazania słuszności tezy, że przepis art. 22 § 2 k.k. nie obejmuje wypadków bezskutecznego podżegania, tzn. niewywołania u osoby nakłanianej zamiaru dokonania czynu zabronionego, jest także akceptacja przez Sąd Apelacyjny nieaktualnego już poglądu prezentowanego do niedawna w piśmiennictwie, że takie sytuacje należy rozpatrywać w kategoriach unormowania przewidzianego w art. 13 k.k. i art. 14 k.k. Pogląd, że przepis art. 22 § 2 k.k., obejmując sytuacje, w których zakończone zostały czynności nakłaniania, nie odnosi się do wypadków, gdy nakłonienie innej osoby do czynu zabronionego nie zostało zrealizowane, które to wypadki obejmowane są przez konstrukcję art. 13 k.k., prezentował do niedawna P. Kardas (por. P. Kardas w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas,

J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I, Kraków 2004, s. 436). Nie jest to już jednak stanowisko aktualne.

P. Kardas zmienił bowiem zdanie (por. P. Kardas w: G. Bogdan, Z. Cwiągalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I, Warszawa 2007, s. 378 – 381), pod wpływem, jak sam przyznał, wykładni unormowania zawartego w art. 22 § 2 k.k., zaprezentowanej przez M. Bielskiego. Autor ten przedstawił stanowisko, według którego zastosowanie przepisu art. 22 § 2 k.k. do przypadków usiłowanego podżegania (i pomocnictwa) nie wymaga stosowania argumentacji *a maiori ad minus*, albowiem treść art. 22 § 2 k.k. obejmuje „przypadki, które mieszczą się pomiędzy stadium usiłowania czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę a stadium usiłowania czynu zabronionego przez podżegacza lub pomocnika” (M. Bielski: Zasady wymiaru kary za podżeganie i pomocnictwo, CzPKiNP, 2006, z. 2, s. 27 i n.). Odnosząc się do tych propozycji interpretacyjnych, zmierzających do rozwiązania usuwającego antynomie w regulacji współdziałania uzasadnionego kryminalnopolitycznie i dogmatycznie, P. Kardas przyznał, że konstrukcja przepisu art. 22 k.k., uzależniająca konsekwencje w zakresie wymiaru kary od stadium zaawansowania zachowania bezpośredniego wykonawcy, w § 2 tego przepisu ujęta została przez ustawodawcę rzeczywiście bardzo szeroko i niezależnie od stworzenia szczególnych reguł wymiaru kary za przypadki dokonanego podżegania połączone z usiłowaniem czynu zabronionego przez bezpośredniego wykonawcę lub brakiem chociażby usiłowania po stronie bezpośredniego wykonawcy (co jest zasadniczym *ratio legis* tego przepisu), obejmuje także wypadki usiłowanego podżegania i pomocnictwa (por. P. Kardas, *op. cit.*, s. 379).

M. Bielski (por. *op. cit.*, s. 37 i n.) zasadnie zwrócił uwagę na fakt, że przyjęcie ogólnej zasady wymiaru kary za usiłowanie w oparciu o art. 14

k.k. do form niesprawczych, powoduje konsekwencje nie do zaakceptowania. Zastosowanie do przypadków tzw. bezskutecznego podżegania art. 14 k.k., przewidującego co do zasady odpowiedzialność za usiłowanie jak za dokonanie danego przestępstwa, oznacza surowszą odpowiedzialność za usiłowanie podżegania niż za jego dokonanie, jeżeli zachowanie bezpośredniego sprawcy weszło jedynie w fazę przygotowania lub jeżeli sprawca bezpośredni w ogóle nie podjął zachowania zmierzającego do popełnienia przestępstwa.

Okoliczność ta, podniesiona następnie przez Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 28 listopada 2006 r., III KK 156/06, R-OSNKW 2006, poz. 2264, potraktowana została jako pretekst do sformułowania sugestii o potrzebie rozważenia w takiej sytuacji kwestii bezkarności usiłowania podżegania i skłoniła Sąd Apelacyjny do ograniczenia tych rozważań przez poszukiwanie argumentów przemawiających za dekryminalizacją bezskutecznego podżegania. Tymczasem argumentacja, do której Sąd Apelacyjny w tym względzie się odwołał, nawiązując do wskazań zawartych w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 28 listopada 2006 r., III KK 156/06 (chodzi o poglądy zaprezentowane przez A. Zolla i T. Kaczmarka na konferencji naukowej w dniu 17 maja 2006 r. (por. A. Zoll w: *Formy stadialne i postacie zjawiskowe popełnienia przestępstwa. Materiały III Bielańskiego Kolokwium Karnistycznego pod red. J. Majewskiego, Toruń 2007, s. 9 – 50 oraz T. Kaczmarek, tamże, s. 93 – 102*), pozostaje wyłącznie w sferze aksjologii, a nie prawa.

W tym miejscu wypada odnotować, że istotnie treść uzasadnienia cyt. wyroku Sądu Najwyższego mogła skłaniać Sąd Apelacyjny do wniosku, że karalność usiłowania podżegania na gruncie aktualnego stanu prawnego jest w ocenie Sądu Najwyższego wysoce wątpliwa. Nie jest to jednak okoliczność uprawniająca Sąd Apelacyjny do podejmowania próby samodzielnego uchylania obowiązującego rozwiązania ustawowego. Nie powinna

także wyłączać krytycznej analizy przez Sąd Apelacyjny, zawartej w uzasadnieniu tego wyroku argumentacji, dotyczącej powyższej materii, zwłaszcza, że krytyka taka wyrażona została już wcześniej w piśmiennictwie (por. M. G. Węglowski, Glosa ... s. 173 – 181). Polemizując z poglądem Sądu Najwyższego, zawartym w uzasadnieniu tego wyroku, o sprzeczności karalności usiłowania podżegania z wymogami kryminalno-politycznymi, autor glosy wskazał na możliwość obalenia zastrzeżeń natury sprawiedliwościowej. Przede wszystkim tego typu zastrzeżenia nie mogą uchylać jednoznacznego zapisu ustawy o karalności usiłowania, a jedynie stanowić podstawę postulatu *de lege ferenda* w przedmiocie stosownego zmodyfikowania zagrożenia karnego. Ponadto sąd orzekający w danej sprawie powinien zawsze kierować się dyrektywami wymiaru kary przewidzianymi w art. 53 k.k. i ustalając stopień zagrożenia dla prawnie chronionego dobra, związany z usiłowaniem podżegania do popełnienia danego przestępstwa, orzec stosowną karę. Wreszcie, niesłuszne jest założenie, że każde usiłowanie podżegania niesie niższy ładunek szkodliwości społecznej niż podżeganie dokonane. Nie powinno bowiem budzić wątpliwości, że usiłowanie podżegania do popełnienia zbrodni niesie znacznie wyższy ładunek szkodliwości społecznej niż dokonanie podżegania do popełnienia drobnego występku.

W związku z powyższym, względy polityki kryminalnej nie mogą mieć znaczenia dla rozstrzygnięcia o odpowiedzialności karnej *in concreto*, gdyż dopiero na gruncie konkretnego stanu faktycznego istnieje możliwość oceny stopnia społecznej szkodliwości czynu podżegacza (przy czym sąd dysponuje niezwykle elastycznym zakresem środków reakcji karnej: od ukarania jak za sprawstwo, do odstąpienia od wymierzenia kary). Zdaniem autora glosy trudno także zgodzić się z poglądem, by już *in abstracto* karalność usiłowania podżegania stanowiła naruszenie art. 31 ust. 3 Konstytucji RP. Jest to bowiem, jak stwierdził, kryminalizacja służąca ochronie różnego ty-

pu dóbr prawnych i dopiero na kanwie konkretnego wypadku można ocenić, czy stworzone zagrożenie było nikłe dla konkretnego indywidualnego przedmiotu ochrony, czy wręcz przeciwnie. Oceniając jako wysoce kontrowersyjne podejmowanie przez sąd karny próby samodzielnego uchylania karalności usiłowania niesprawczych form współdziałania przestępnego, w oparciu o argument niekonstytucyjności, przypomniał, że rozstrzygnięciu tego rodzaju wątpliwości służy wyłącznie środek przewidziany w art. 193 Konstytucji RP.

W piśmiennictwie, przy okazji rozważania kryminalnopolitycznych aspektów odpowiedzialności za podżeganie, także wcześniej zwracano uwagę, że Kodeks karny kryminalizuje, jako dokonaną postać podżegania, zarówno sytuację, w której sprawca dokonał czynu zabronionego, do którego był nakłaniany, jak i sytuację, gdy ten sprawca nawet nie usiłował zrealizować znamion tego typu czynu zabronionego. Prowadzi to do wniosku, że kryminalnopolitycznym uzasadnieniem karalności za podżeganie jest nie tylko stworzenie stanu niebezpieczeństwa dla dobra prawnego, ale także określone nastawienie psychiczne podżegacza, który wyobraża sobie czyn zabroniony o znamionach określonych w części szczególnej ustawy karnej, realizując znamiona swojej postaci zjawiskowej. Nie ma bowiem większej różnicy, jeżeli chodzi o stopień zagrożenia dla dobra prawnego i społeczną szkodliwość czynu, pomiędzy sytuacją, w której sprawca wywołał zamiar u podżeganego, który jednak nie zdecydował się na realizację tego zamiaru (doszło do realizacji znamion podżegania w postaci dokonania), od sytuacji gdy czynności sprawcze nie wywołały zamierzonego skutku w psychice nakłanianego. Nie powinno się więc *a priori* odrzucać odpowiedzialności podżegacza za realizację znamion usiłowania podżegania, gdyż konkretne zachowanie sprawcy realizujące znamiona usiłowania podżegania, może charakteryzować się znacznie większym natężeniem karnoprawnego bezprawia, niż nawet dokonane podżeganie, połączone z dokonaniem prze-

stępstwa przez wykonawcę, gdy czyn zabroniony był zagrożony niewysoką karą (por. P. Kuziak: Usiłowanie podżegania w kontekście uchwały Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r., I KZP 11/03, CzPKiNP 2005, z. 1, s. 181 – 183).

Na tym tle zasadne wydaje się przypomnienie trafnej uwagi P. Kardasa (Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie, Kraków 2001, s. 865 i n.), że względy polityki kryminalnej nie mogą zastępować konstrukcji ustawowych i że względami tymi można uzasadnić nie tylko zawężenie ale i rozszerzenie odpowiedzialności karnej.

Sąd Apelacyjny opowiadając się za bezkarnością usiłowania podżegania nie dostrzegł i nie rozważył argumentacji przemawiającej za stanowiskiem przeciwnym, przedstawionej w licznych publikacjach (por. A. Wąsek: Współsprawstwo w polskim prawie karnym, Warszawa 1997, s. 84 – 85 i tegoż autora: Kodeks karny. Komentarz. Tom I, Gdańsk 2000, s. 288 – 290; L. Gardocki: Prawo karne, Warszawa 2003, s. 95; A. Liszewska: Współdziałanie przestępne w polskim prawie karnym, analiza dogmatyczna, Łódź 2004, s. 153 – 164 oraz tejże autorki: Podżeganie i pomocnictwo a usiłowanie, PiP 2000, z. 6, s. 51 – 62; P. Kardas: Teoretyczne podstawy odpowiedzialności karnej za przestępne współdziałanie, Kraków 2001, s. 848 i n., P. Kardas w: G. Bogdan, Z. Cwiakalski, P. Kardas, J. Majewski, J. Raglewski, M. Szewczyk, W. Wróbel, A. Zoll: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz. Tom I, Kraków 2004, s. 361 i n.; P. Kuziak: Usiłowanie..., s. 153 – 190; M. Bielski: Zasady wymiaru kary za podżeganie i pomocnictwo, CzPKiNP, 2006, z. 2, s. 25 – 41; J. Giezek w: J. Giezek, N. Kłaczyńska, G. Łabuda: Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz, LEX, 2007; Ł. Pohl: Formy stadialne w odniesieniu do podżegania i pomocnictwa według kodeksu karnego z 1997 r., PREiS 2001, z. 1 – 2, s. 67 i n.).

Koncentrując się na poglądach kwestionujących kryminalizację usiłowanego podżegania, Sąd Apelacyjny nie poświęcił najmniejszej uwagi po-

glądom przeciwnym, przedstawionym nie tylko w obszernym piśmiennictwie, ale także w judykaturze (por. np. wyrok Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2002 r. IV KKN 109/2000, OS Pr. i Pr. 2003, nr 3, poz. 2; uchwała składu siedmiu sędziów Sądu Najwyższego z dnia 21 października 2003 r., I KZP 11/03; wyrok z dnia 3 kwietnia 2006 r., V KK 316/05). Gdyby Sąd Apelacyjny, zamiast poprzestać na odnotowaniu istnienia cyt. uchwały Sądu Najwyższego, sięgnął do jej uzasadnienia, dostrzegłby zapewne nieracjonalność swoich dylematów w przedmiocie karalności usiłowanego podżegania, w świetle przesłanek odpowiedzialności karnej, sformułowanych w art. 42 ust. 1 Konstytucji RP i wyrażonych w treści art. 1 § 1 k.k.

Ostatnią kwestią wywołującą zastrzeżenia Sądu Apelacyjnego jest ewentualna podstawa wymiaru kary za usiłowanie podżegania. Krytyka przez ten Sąd stanowiska Sądu *a quo*, wyrażającego się w jednoczesnym wskazaniu w podstawie wymiaru kary za pierwszy czyn oskarżonych przepisów art. 22 § 2 k.k. i art. 14 § 1 k.k. nie jest zasadna. Niesłuszny jest także zarzut braku konsekwencji przez pominięcie art. 14 § 1 k.k. w podstawie wymiaru kary za osobny czyn przypisany Arkadiuszowi W., gdyż trudno ten brak ocenić inaczej jak zwykłą omyłkę.

Kwestia podstawy wymiaru kary za usiłowanie podżegania do konkretnego czynu zabronionego istotnie była do niedawna zagadnieniem kontrowersyjnym, związanym z trudnymi do zaakceptowania skutkami koncepcji przyjęcia ogólnej zasady wymiaru kary za usiłowanie podżegania, wyłącznie w oparciu o przepis art. 14 k.k. Problem ten ulega jednak rozwiązaniu w razie przyjęcia za podstawę wymiaru kary w przypadku usiłowania podżegania również art. 22 § 2 k.k.

W piśmiennictwie akcentuje się, że opowiedzenie się za poglądem, iż art. 22 § 2 k.k. stanowi podstawę wymiaru kary zarówno do przypadków usiłowania podżegania oraz dla tych przypadków dokonanego podżegania,

których dotyczą art. 19 k.k. i art. 22 § 1 k.k., znajduje jednoznaczne oparcie w dyrektywach wykładni językowej i jest wspierany wynikami wykładni funkcjonalnej, gdyż pozwala uniknąć niespójności co do zasad wymiaru kary za udolne usiłowanie podżegania, wynikających z tego, że brak w art. 14 § 1 k.k. podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia kary, a nawet odstąpienia od jej wymierzenia (por. M. Bielski: Zasady..., s. 39 – 41).

W tej sytuacji należy przyjąć, że w przypadku usiłowania podżegania podstawą wymiaru kary za tę postać przestępnego współdziałania powinny być więc zarówno art. 14 k.k., jak i art. 22 § 2 k.k. Zatem w przypadku skazania za usiłowanie podżegania do dokonania określonego czynu zabronionego, w podstawie prawnej wymiaru kary należy wskazać zarówno przepis art. 14 § 1 lub 2 k.k. – w zależności od ustalenia, czy doszło do usiłowania udolnego czy usiłowania nieudolnego – jak i art. 22 § 2 k.k. Ponadto, w razie nadzwyczajnego łagodzenia kary za nieudolne usiłowanie podżegania, zastosowaniu podlega przepis art. 57 § 1 k.k., gdyż zarówno art. 14 § 2 k.k., jak i art. 22 § 2 k.k. przewidują niezależne od siebie podstawy do nadzwyczajnego złagodzenia kary.

Z tych wszystkich względów Sąd Najwyższy odmówił podjęcia uchwały.