

WŁADYSŁAW WOLTER

PODŻEGANIE I POMOCNICTWO DO PRZESTĘPSTW KWALIFIKOWANYCH

Po kilkuletnim sporze na temat karalności podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych, po wyroku Sadu Najwyższego z 22.XI.1935 r. I K 803/35, który wiernie przejął myśli głównego twórcy kodeksu karnego z 1932 r. prof. Makarewicza, uspokojenie nastąpiło dopiero, gdy Sąd Najwyższy wycofał się z pierwotnie zajmowanego stanowiska i głośnym postanowieniem w składzie 7 sędziów, wpisanym do księgi zasad prawnych, z 20.III.1937 r. I K 736/36 uchwalił, że „według k.k. podżeganie i pomocnictwo przy przestępstwach indywidualnych (*delicta propria*) ulgają karze”. Jednak, jak widać, ogień tlił dalej i po 24 latach wystarczyła uchwała Sądu Najwyższego z 9.XI.1961 r. VI KO 52/61, by ogień wybuchł na nowo, jak demonstruje niezmiernie ciekawa dyskusja polemiczna, przeprowadzona na łamach OSPiKA. Jako *dramatis personae* występują obok Sądu Najwyższego same znane nazwiska: prof. Papierkowski oraz b. sędziowie Sądu Najwyższego Potępa oraz Szerer.

Za zacne to towarzystwo i za dobrze zastawiony jest ten stół biesiadny, abym mógł się zadowolić rolą zwolennika karalności na gruncie k.k. podżegania i pomocnictwa przy przestępstwach indywidualnych. Sama jednak chęć skorzystania z możliwości zabrania głosu nie byłaby jeszcze racją dostateczną do wypowiedzenia się w tej sprawie. Wydaje mi się jednak, że mam po temu pewne powody rzeczowe, które może usprawiedliwiają mój udział w dyskusji, to zaś tym bardziej, że problem jest nie tylko teoretycznie ciekawy ale i praktycznie bardzo doniosły.

I

Na wstępie konieczne jest możliwie krótki wprowadzenie w istotę zagadnienia: co do szczegółów zmuszony jestem odesłać zainteresowanych do OSPiKA, gdzie w nr 7 – 8/62, poz. 224 ogłoszone zostało postanowienie Sądu Najwyższego z listopada 1961 r. oraz glosa Papierkowskiego, zaś w nr 1/63, poz. 11 glosy Potępy oraz Szerera, jak i podsumująca dyskusję wypowiedź Papierkowskiego.

1. W cytowanym postanowieniu Sąd Najwyższy wypowiedział się w tym kierunku, że działania osób (podżegaczy i pomocników), które nie sprawują zarządu nad mieniem społecznym ani nie są szczególnie odpowiedzialne za ochronę, przechowywanie lub zabezpieczenie takiego mienia, należy kwalifikować jako pomoc do zagarnięcia kwalifikowanego na podstawie art. 27 k.k. w związku z art. 2 § 1 ustawy z dnia 18 czerwca 1959 r. (Dz. U. nr 36, poz. 228), jeżeli wiedzieli lub powinni byli wiedzieć o istnieniu szczególnego stosunku do mienia społecznego osoby nakłanianej lub osoby, której udzielono pomocy do zagarnięcia takiego mienia.

W uzasadnieniu swej uchwały Sad Najwyższy odwołuje się do trzech argumentów:

a) w art. 28 k.k. została wyrażona zasada subiektywizmu („ponoszą odpowiedzialność w granicach swego zamiaru”), nieuwzględnienie tego, że uczestnicy o przestępstwa ogarniali swą świadomością czynnik kwalifikujący, byłoby odstępstwem od zasady subiektywizmu;

b) szczególne przymioty kwalifikujące to przestępstwo mają charakter obiektywny, wobec tego nie wchodzi w grę przepis art. 16 ale przepis art. 15 § 1;

c) działanie współuczestników kwalifikowanego przestępstwa ze świadomością szczególnych obowiązków w stosunku do mienia społecznego jest nacechowane wyższym stopniem niebezpieczeństwa społecznego niż działanie osób naruszających ogólne normy karne chroniące własność społeczną.

2. Przeciwno temu stanowisku Sądu Najwyższego oświadczył się Papierkowski. Jego argumenty są następujące:

a) Przestępstwo z art. 2 § 1 ustawy czerwcowej jest przestępstwem indywidualnym. Wprawdzie teoretycznie nic nie stoi na przeszkodzie przyjęciu karalności podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych, to jednak k.k. stanął na innym stanowisku i przewiduje karalność podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych jedynie w pewnych w ustawie przewidzianych wypadkach w szczególności w ramach rozdz. XLI na mocy przepisu art. 293. Wprawdzie zasada prawna z 1937 r. stwierdza ogólną karalność podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych, jednak z tego, że siedmiu sędziów uchwaliło taką zasadę, nie wynika, że musi ona być słuszna, skoro z k.k. wynika coś przeciwnego.

b) Wprawdzie można by do podżegaczy i pomocników do przestępstwa z art. 2 § 1 zastosować przepis art. 1 ustawy czerwcowej, gdyż nie mamy tu do czynienia z przestępstwem indywidualnym, jednak takie rozwiązanie pominęłoby właśnie czynnik szczególnego obowiązku w stosunku do mienia społecznego. Wobec tego należy do tych współuczestników zastosować przepis art. 286 § 1 lub § 2 (w zależności od tego: czy odnośnie współuczestnika wchodzi w grę cel osiągnięcia korzyści majątkowej) w związku z art. 293, który dla grupy przestępstw urzędniczych statuuje karalność podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych.

3. Inną pozycję zajmują Potępa. Nie akceptuje on rozwiązania Sądu Najwyższego, nie zgadza się również ze stanowiskiem Papierkowskiego odnośnie problemu karalności podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych. Jego zdaniem podżegacze i pomocnicy do przestępstwa z art. 2 § 1 winni odpowiadać za przestępstwa z art. 1 w postaci podżegania lub pomocnictwa. To zaś z następujących powodów.

a) Gdyby przestępstwo z art. 2 § 1 było przestępstwem indywidualnym, to podżeganie i pomocnictwo do tego przestępstwa byłoby karane na zasadach ogólnych, co znalazło swój wyraz w zasadzie prawnej z 1937 r., nie budzącej w orzecznictwie żadnych sprzeciwów i wątpliwości.

b) Jednak przestępstwo z art. 2 § 1 nie jest przestępstwem indywidualnym właściwym, to jest takim, którego sprawcą może być tylko osoba z określonego grona ludzi, ale jedynie niewłaściwym (pozornym) przestępstwem indywidualnym, to jest takim, którego sprawcą może być każdy człowiek, a szczególne cechy osobiste wpływają jedynie na wyższą (przestępstwo kwalifikowane) lub niższą (przestępstwo uprzywilejowane) karalność czynu.

c) Wobec tego w grę wchodzi przepis art. 16, który każe stosować zasadę indywidualizacji winy w zależności od okoliczności, które bądź uchylają karalność co do pewnej osoby, bądź poddają jej czyn surowszemu lub łagodniejszemu ukaraniu niż czyn innych osób biorących udział w przestępstwie. Chodzi tu o okoliczności osobiste, taką zaś okolicznością osobistą jest szczególny obowiązek w stosunku do mienia społecznego. Skoro należy go uwzględnić jedynie u osoby, której dotyczy, przeto podżegacz czy pomocnik do przestępstwa z art. 2 § 1 może odpowiadać jedynie za przestępstwo z art. 1.

4. Po stronie Sadu Najwyższego staje Szerer, zajmując zarazem pozycję odnośnie zapatrywań Papierkowskiego i Potępy.

a) Co do sugestii Papierkowskiego nie widzi on, by konstrukcji takiej (art. 286 w związku z art. 293) przeciwstawiły się zasadnicze względy na interes publiczny.

b) Przypominając krytyczne uwagi Śliwińskiego pod adresem art. 16 i próbę nadania mu racjonalnej treści, rozważa rozumienie art. 15 w tym sensie, że chodzi tu o okoliczności natury rzeczowej, podczas kiedy w ramach przepisu art. 16 w grę wchodzi okoliczności natury osobistej. Jego zdaniem, chociaż pozornie szczególny obowiązek w stosunku do mienia społecznego ma charakter osobisty, to jednak w rzeczywistości stanowi on okoliczność rzeczową, o czym świadczy już zestawienie w art. 2 trzech okoliczności: szczególnego obowiązku w stosunku do mienia społecznego, zorganizowanej grupy przestępczej, włamania, z których dwie ostatnie mają niewątpliwie charakter rzeczowy. Prawdopodobieństwo przemawia więc za tym, że i ta pierwsza potraktowana została jako okoliczność rzeczowa, która polega na złamaniu zaufania; to zaś złamanie zaufania wyróżnia ten przypadek nie jedynie ilościowo od innych ale wprost jakościowo.

c) Rozpatrując następnie całe zagadnienie od strony społecznej, widzi w czynie z art. 2 § 1 szczególny rodzaj szkodnictwa, wobec tego od strony prawnej przepis art. 2 § 1 nie jest samodzielną formą zjawiskową przestępstwa ale samodzielnym stanem faktycznym (*delictum sui generis*). Z tego zaś wynika, że Sąd Najwyższy orzekł słusznie, zarówno z punktu widzenia formalno-prawnego jak i z punktu widzenia rzeczowego, socjologicznego.

II

Obecnie przejść należy do rozpatrzenia argumentów *pro* i *contra* jakie wprowadzono do tej interesującej dyskusji. Przedtem jednak jedna uwaga ogólna. Twierdzi Szerer, że „obaj autorzy są przy tym w bardzo dobrym towarzystwie: prof. Papierkowski – Makarewicz, sędzia Potępa – Śliwińskiego”. Szerer ma rację, ale tylko do pewnego stopnia, gdyż linia podziału nie biegnie zawsze w ten sposób; nie zawsze Papierkowski ma za sobą Makarewicza, który w pewnych punktach mógłby podeprzeć Potęgę, co ujawni się w dalszych wywodach.

1. Pierwsze pytanie, jakie się nasuwa, to kwestia, czy przestępstwo z art. 2 § 1 jest przestępstwem indywidualnym. Papierkowski odpowiada twierdząco, opierając się na niewątpliwym fakcie, że sprawcą tego w art. 2 § 1 opisanego czynu przestępnego może być tylko osoba z grona szczególnie zobowiązanych w stosunku do mienia społecznego. Potępa odpowiada przecząco, zaliczając je do kategorii przestępstw indywidualnych niewłaściwych (analogicznie jak tworzymy kategorię przestępstw urzędniczych niewłaściwych, art. 291). Zapytajmy więc, jaką odpowiedź dałby Makarewicz. Twierdzą, że Makarewicz przyłączyłby się tutaj do Potępy a nie do Papierkowskiego. A oto dowody.

a) W komentarzu Makarewicza (wyd. V. z 1938 r.) podany jest katalog przestępstw indywidualnych. otóż w tym katalogu nie ma przestępstwa z art. 242 § 2, polegającego na tym, że narażenie życia człowieka na bezpośrednie niebezpieczeństwo (§ 1) nastąpiło ze strony osoby, która „ma obowiązek troszczenia się lub nadzoru w stosunku do narażonego na niebezpieczeństwo”. Przypadek ten jest szczególnie znamieny dla nas, gdyż uderza tu analogia do art. 2 § 1 ustawy czerwcowej. Mógłby jednak ktoś zarzucić, że taki komentatorski katalog nie daje gwarancji zupełności. Niewątpliwie. Wobec tego zachodzi potrzeba dalszego dowodu.

b) Potępa w swoich rozważaniach posługuje się przepisem art. 226, według którego sprawczynią dzieciobójstwa może być tylko matka; jego zdaniem nie jest to jednak przestępstwo indywidualne, ponieważ sprawcą zabójstwa (art. 225) może być każdy, a dzieciobójstwo to tylko uprzywilejowany typ zabójstwa. Wróćmy znów do Makarewicza, który *expressis verbis* zajmuje się tymże przepisem art. 226. Czytamy w końcowych uwagach w związku z problemem bezkarności podżegania i pomocnictwa (Komentarz, s. 143, notka 2) co następuje: „Natomiast wypadek przewidziany w art. 226 (...) nie stanowi przestępstwa indywidualnego a jedynie tylko uprzywilejowaną postać umyślnego uśmiercenia (...),

skutkiem czego podżegacz i pomocnik nie wychodzą wolno, a przeciwnie, odpowiadają za podżeganie lub pomocnictwo do umyślnego uśmiercenia z art. 225”. Jeżeli przestępstwo z art. 226 nie jest przestępstwem indywidualnym, to nie może nim być również przestępstwo z art. 242 § 2, jako że chodzi tu w obu wypadkach o modyfikacje odpowiedzialności. Czyli pominięcie w katalogu przestępstwa z art. 242 § 2 wynikało z zapatrywania Makarewicza na istotę przestępstwa indywidualnego – powiedzmy łagodniej – na to, co się chce nazwać przestępstwem indywidualnym.

A więc np. przestępstwo z art. 192 § 1 stanowi *delictum proprium*, zaś przestępstwo z art. 192 § 2, chociaż powiązane z poprzednim, ale o innym czynie, jest *delictum commune*. Takim przestępstwem powszechnym jest przestępstwo z art. 242 § 1, natomiast przestępstwo z art. 242 § 2 stanowi typ przestępstwa indywidualno-kwalifikowanego ale nie typ przestępstwa indywidualno-zasadniczego. Całe to rozróżnienie ma szczególne znaczenie pod kątem widzenia odpowiedzialności podżegaczy i pomocników w przypadkach przestępstw indywidualnych. Jeżeli się z jakiś względów wyłączy odpowiedzialność podżegaczy i pomocników przy przestępstwach typu indywidualno-zasadniczego, to te same względy nie mogą uzasadnić nieodpowiedzialności podżegaczy czy pomocników przy przestępstwach typu indywidualno-kwalifikowanego czy indywidualno-uprzywilejowanego, skoro bez żadnych wątpliwości do nich odnosi się wtedy w każdym razie typ zasadniczo-powszechny, którego brak jest przy przestępstwach typu indywidualno-zasadniczego. Dlatego też w problematyce ograniczonej odpowiedzialności podżegaczy czy pomocników bardziej wskazane jest nie rozszerzać pojęcia przestępstwa indywidualnego, co czyni Makarewicz, ale nie Papierkowski.

2. Problem drugi – to kwestia bezkarności podżegania czy pomocnictwa przy przestępstwach indywidualnych, jeżeli ustawa inaczej nie stanowi. Jest rzeczą znamioną, że przepisu art. 293 nie było w projekcie k.k. uchwalonym w trzecim czytaniu. Znalazł się on tam dopiero na skutek pewnych poprawek naniesionych pod wpływem obrad Komisji Ministerialnej przy ustaleniu ostatecznego tekstu na wspólnej naradzie przedstawicieli resortu oraz głównych referentów: Makarewicza, Makowskiego oraz sekretarza Rappaporta, zwołanej przez ministra sprawiedliwości. Niewiadomo i chyba już nigdy wiadomym nie będzie, jakimi argumentami szermowano na tych obradach, a pamiętać należy o tym, że ustalenie tekstu projektu było w całym tego słowa znaczeniu ustaleniem ostatecznym, gdyż projekt stał się ustawą na mocy rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej. Pewne światło, a raczej odwrotnie pewien cień rzucają tu dwa komentarze do k.k., Makarewicza czy Makowskiego. Makarewicz w uwagach do art. 293 (s. 661) powtarza, że przestępstwa rozdz. XLI są przestępstwami indywidualnymi, wobec czego bez specjalnego ustanowienia normatywnego podżegacz i pomocnik nie odpowiedzialiby za swój czyn. I teraz dalej: „Kodeks nie uważa jednak bezkarności podżegania lub pomocnictwa do przestępstwa urzędniczego za pożądaną i o to powód, dlaczego przypisuje, że wbrew zasadzie indywidualizacji odpowiadają jako podżegacz lub pomocnik (...) ci, którzy nakłaniają urzędnika do przestępstwa urzędniczego lub w jakikolwiek sposób SA przy dokonaniu pomocy”. Czyli w ujęciu Makarewicza bez przepisu art. 293 podżegacze i pomocnicy do przestępstwa urzędniczego byłiby bezkarni, a tego „kodeks” nie chciał. Przypatrzmy się teraz, co mówi Makowski w swym komentarzu (wyd. III z 1937 r.). Całe zagadnienie przestępstw indywidualnych jest w uwagach do rozdz. IV pominięte milczeniem: chociaż autor podaje orzeczenia Sadu Najwyższego z roku 1935, nie wspomina o wyroku z 22.XI.1935 r. który odbijał wiernie zapatrywania Makarewicza na kwestię karalności podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych; jest to tym bardziej uderzające, że w przedmowie do II wydania autor podkreśla, iż wyróżnia je uwzględnienie orzecznictwa do ostatniej chwili, a III wydanie pochodzi z 1937 r. Jeszcze ciekawsze są uwagi do art. 293. Czytamy tam (s. 880 – 881): „Ponieważ podmiotem przestępstw urzędniczych może być tylko urzędnik albo osoba w art.

292 wymieniona, powstać by mogła wątpliwość, czy podżegacz lub pomocnik (...) może odpowiadać na zasadach ogólnych art. 26 i nast., nie mając cech niezbędnych do tego, ażeby być samoistnym podmiotem przestępstwa urzędniczego. Przepis art. 293 wątpliwość te usuwa, tak więc zasady art. 26 i 27 i nast. będą miały zastosowanie także do tych osób, które namawiają urzędnika lub pomagają urzędnikowi do spełnienia przestępstw, chociażby same nie były urzędnikami”. Podczas, gdy u Makarewicza przepis art. 293 stanowi *conditio sine qua non* odpowiedzialności podżegacza lub pomocnika do przestępstwa urzędniczego, to dla Makowskiego przepis ten spełnia jedynie funkcję usunięcia wątpliwości na ten temat, jedynie zabezpiecza odpowiedzialność podżegacza lub pomocnika na zasadach art. 26 i 27 i nast., która również bez tego przepisu może być przyjęta. Czy na takiej podstawie można sobie wyrobić jakiś pogląd na temat założeń, na jakich budowali autorzy projekt k.k.? Czy chciano tylko w przypadku przestępstw urzędniczych usunąć wątpliwości, pozostawiając te kwestię otwartą odnośnie innych przestępstw indywidualnych, czy też chciano w ramach rozdz. XLI dokonać – jak to mówi Makarewicz – wyłom w zasadzie indywidualizacji, ustanawiać wyjątek od przyjętej w zasadzie nieodpowiedzialności podżegaczy lub pomocników do przestępstw indywidualnych, wyjątek drogą wyraźnego ustanowienia? Jak w takich warunkach można sobie wytworzyć obraz co do kryminalno-politycznych podstaw dla bezkarności czy karalności podżegania lub pomocnictwa do przestępstw indywidualnych? Jedno jest tylko pewne, że tu nie chciano nieodpowiedzialności podżegaczy lub pomocników, ale, czy tylko tu? A jeżeli nie jest pewne, że tylko tu, to jak przedstawia się sprawa wnioskowania *a contrario*, którego podstawą logiczną jest implikacja intensywna (tylko jeżeli ... to), ale nigdy implikacja ekstensywna (zawsze jeżeli ... to)? Jak pogodzić się z myślą, że projektodawcy mogli chcieć zostawić te sprawę otwartą przy równoczesnym ustanawianiu karalności podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych w pewnych wypadkach? Wciąż pytania, na które trudno znaleźć odpowiedź.

Nie będę powtarzał argumentów za karalnością podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych jedynie w przypadkach wyraźnego ustanowienia ustawy; redukują się one do niewątpliwego faktu, iż w pewnych wypadkach takie ustanowienie nastąpiło. Nie będę również przytaczał argumentów, jakich użył Sąd Najwyższy w postanowieniu z 1937 r. Sam Papierkowski przyznaje, iż wykładnia Sądu Najwyższego jest zgrabna, gdy zmierza do wzbudzenia przekonania, że te szczególne ustanowienia dadzą się wytłumaczyć nie potrzebą ustanowienia karalności, ale innymi względami. Ważniejsze jest to, że Sąd Najwyższy zwraca uwagę na ujemne kryminalno-polityczne konsekwencje ograniczania karalności podżegania i pomocnictwa do przestępstw do wypadków szczególnego ustanowienia ustawowego. I nawiązując właśnie do tej kwestii, wydaje się być rzeczą dość dziwną, że twórcy kodeksu nie uważali za rzecz właściwą odsłonić, czym się kierowali wyłączając w zasadzie karalność podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych, a dopuszczając ją w pewnych przypadkach, o ile rzeczywiście taka była ich intencja. Że każdy interpretator ustawy będzie takie pytanie stawiał, to projektodawcy przewidywali, bo przewidywać musieli. Zaś przewidywać musieli, gdyż w szczególności bezkarność podżegaczy i pomocników do przestępstw indywidualnych w pewnym zakresie jest czymś, co rzuca się w oczy. To zaś tym bardziej, gdy się zważy, że cały ten problem jest bardzo stary. Wystarczy sięgnąć do I wydania wykładu Prawa Karnego Krzymuskiego z 1887 r. (s. 73 i n.), aby znaleźć przedstawienie tej kwestii w literaturze francuskiej, niemieckiej, polskiej i włoskiej, a dodać należy, że wątpliwości dotyczyły raczej zagadnienia stosunków osobisto-rzeczowych nie decydujących o indywidualności przestępstwa. Zresztą niezrozumiałość wyłączenia karalności podżegaczy i pomocników do przestępstw indywidualnych doprowadziła praktykę do postanowienia Sadu Najwyższego z 1937 r.

3. Skoro brak argumentów kryminalno-politycznych dla bezkarności podżegaczy i pomocników do przestępstw indywidualnych, zapytajmy obecnie, czy oprócz faktu, że k.k. w

niektórych przypadkach wyraźnie mówi o karalności podżegaczy i pomocników do przestępstw indywidualnych, nie istnieją jakieś inne okoliczności przemawiające za takim rozwiązaniem.

Na pierwszym miejscu zatrzymać się tu należy, przy zagadnieniu samej istoty podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych. W ramach konstrukcji udziału w cudzym przestępstwie ta sprawa przedstawia się stosunkowo prosto. Przestępstwo własne popełnia tylko sprawca, natomiast podżegacz i pomocnik biorą jedynie „udział” w przestępstwie sprawcy. Stąd też karalność ich czynu wywodzi się z karalności czynu sprawcy, a nie z własnego czynu. W konsekwencji podżegacze i pomocnicy nie popełniają jakiegoś własnego przestępstwa indywidualnego, ale partycypują w przestępstwie indywidualnym sprawcy. W koncepcji polskiej sprawa przedstawia się inaczej; podżegacz i pomocnik nie biorą udziału w przestępstwie sprawcy ale popełniają własne przestępstwo o charakterze szczególnej postaci zjawiskowej typu przestępstwa podżegania czy pomocnictwa do przestępstwa. Nierzadko też mówi się, iż podżegacze czy pomocnicy to na równi ze sprawcą *sensu stricto* sprawcy *sensu largo*, innymi słowy przestępstwo można popełnić (sprawstwo *sensu largo*) przez sprawstwo (*sensu stricto*), podżeganie lub pomocnictwo. Takie podejście spotykamy dość często. Sam Makarewicz akceptuje orzeczenie Sadu Najwyższego z 26.III.1934 r. (ZO 201/34), według którego podżegacz i pomocnik są także sprawcami przestępstwa, różnica polega jedynie na formie działania. Niewątpliwie wolno tak powiedzieć przy zachowaniu pewnej ostrożności. Jest rzeczą jasną, iż decydujący dla prawa czynnik nie tkwi w samym czasownikowym określeniu „podżeganie” czy „pomocnictwo”, ale w tym, „do czego” się podżega czy udziela pomocy, czyli podżegania i pomocnictwa ze względu na tę cechę relatywną nie można oderwać w zupełności od objętego zamiarem podżegacza czy pomocnika, a określonego jakimś typem przestępstwa-sprawstwa. Pewne minimum zależności sensowej podżegania i pomocnictwa od sprawstwa jest nie do uniknięcia i polska koncepcja podżegania i pomocnictwa jako zjawiskowych postaci popełnienia przestępstwa z pewnością nie zamierza tej zależności kwestionować. Tylko przy błędnym rozumieniu tego ujęcia w k.k. i przyjęciu jakiejś absolutnej niezależności można dojść do konsekwencji, że właściwie nie ma podstaw dla karalności podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych, w ramach których sens czynu zakazanego związany jest z jakąś osobistą kwalifikacją sprawcy czynu, której nie posiada podżegacz czy pomocnik, jak i do wprost niedorzecznego odwrócenia, że podżegacz i pomocnik do przestępstwa indywidualnego odpowiadają wtedy tylko, gdy tę kwalifikację osobisto-rzeczową posiadają. Dlatego też Papierkowski ma w całej pełni rację, gdy stwierdza, że teoretycznie nic nie stoi na przeszkodzie karalności podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych, obojętnie czy podżegacz lub pomocnik posiadają czy nie posiadają kwalifikacji do tego, by stać się sprawcą (*sensu stricto*), czyli że od strony swego ujęcia podżegania i pomocnictwa jako zjawiskowych postaci popełnienia przestępstwa, właśnie ze względu na tę pewną zależność sensową podżegania i pomocnictwa od zakazanego czynu sprawczego, też nie powinny się rodzić jakieś trudności co do karalności tych swoistych form działania przestępczego. Zresztą, gdyby takie przeszkody tu zachodziły, to trudno zrozumieć, w jaki sposób mogłyby one być przezwyciężone drogą szczególnego ustanowienia ustawowego (jak to w pewnych przypadkach czyni k.k.), które przecież w konstrukcyjnej istocie podżegania czy pomocnictwa nie może niczego zmienić, jak długo podżeganie czy pomocnictwo ma być podżeganiem czy pomocnictwem.

4. Przy tym stanie rzeczy trzeba zbadać, czy jakiś inny przepis nie stoi na przeszkodzie przyjęciu karalności podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych. I tu naturalnie nasuwa się problem przepisu art. 16. Twierdzi Papierkowski, że przepis ten należy usunąć poza nawias całej kwestii odpowiedzialności podżegacza czy pomocnika do przestępstw indywidualnych, gdyż dotyczy on jedynie sprawy indywidualizacji winy. Z argumentów Papierkowskiego wybieram w szczególności jeden chyba ważny. Papierkowski

podkreśla, że gdyby art. 16 wykluczał możliwość podżegania czy pomocnictwa do przestępstw indywidualnych, to identyczny co do treści przepis art. 14 k.k. WP stanąłby na przeszkodzie milkiwości ukarania podżegaczy czy pomocników do przestępstw wojskowych jako przestępstw indywidualnych. Uwaga Papierkowskiego wymaga pewnego dopełnienia, a mianowicie, że przyjmując takie założenie doszłoby do sprzeczności między art. 14 k.k. WP a art. 6 k.k. WP, statuującym odpowiedzialność podżegaczy czy pomocników do przestępstw wojskowych, sprzeczności prawie na całej linii, jako że przestępstwa nie ściśle wojskowe stanowią w k.k. WP wyjątki. Na gruncie kodeksu karnego powszechnego sprawa przedstawia się inaczej, skoro przestępstwa indywidualne nie stanowią większości przestępstw. Niemniej i na tym terenie musiałyby dojść do pewnego napięcia, gdyby art. 16 przeciwstawiał się odpowiedzialności podżegaczy czy pomocników do przestępstw indywidualnych, jeżeli ta sama ustawa przyjmowałaby w pewnych przypadkach taką odpowiedzialność drogą szczególnego ustanowienia. Trzeba by wtedy powiedzieć, że te szczególne przypadki to wyjątki od zasady wypowiedzianej w art. 16, na co wskazuje pewna wypowiedź Makarewicza, o czym później.

Sprawa z art. 16 nie jest tak prosta i właśnie dlatego chciałbym tu jeszcze dopowiedzieć pewne kwestie. Jak wiadomo nie było go w projekcie uchwalonym w drugim czytaniu, wszedł do niego dopiero na podstawie uchwał w trzecim czytaniu. W dodatkowym uzasadnieniu czytamy, że jego treść można wydedukować z przepisu art. 52 projektu (obecnie art. 55 k.k.) oraz że dodano go tylko dlatego, aby sprawa stała całkiem jasno. Poza tym dowiadujemy się jedynie tyle, że chodzi o indywidualizację winy; pytanie, jak tę indywidualizację winy rozumieć, pozostało otwarte. Sięgamy więc do komentarza Markiewicza (s. 89). Wpierw dowiadujemy się znów o tym, że chodzi o indywidualizację winy. Autor w związku z art. 16 wspomina o kwestii odpowiedzialności podżegaczy i pomocników, co jest oczywiste, jako że sprawa indywidualizacji winy wiąże się immanentnie z odpowiedzialnością kilku osób, jednak ani jednym słowem nie porusza problemu podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych; czyni to dopiero w rozdz. IV w uwagach dotyczących bezkarności podżegania i pomocnictwa, gdzie stwierdza (s. 145): „Najdalej idący wyłom w zasadzie (sc. bezkarności podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych, uwaga W.W.) tworzy przepis art. 293” ... „Kodeks nie chce mieć przy przestępstwach urzędniczych konsekwencji, wynikających z art. 16 i art.28”. Tu zupełnie jednoznacznie stwierdzone zostaje, że art. 16 stoi na przeszkodzie karalności podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych, zaś art. 293 stanowi wyjątek od reguły art. 16. Następnie autor, komentując art. 16, podaje dla ilustracji przykłady. Przykład pierwszy dotyczy akuszerki, która spędza płód bez zastosowania środków antyseptycznych i powoduje śmierć kobiety ciężarnej. Zdaniem Makarewicza tylko ona ulega karze więzienia do lat 10 (art. 230 § 2), nie ulega tej karze pomocnik lub pomocnica, czynni przy zabiegu, nie ulega tej karze osobnik, który u akuszerki zabieg ten zamówił i jako taki występuje w roli podżegacza. Drugi przykład związany jest z przepisem art. 248. Makarewicz podaje, że możliwa jest sytuacja, w której sprawca pozbawienia wolności będzie odpowiadał z art. 248 § 1, zaś strzeżący zamkniętego pomocnik z § 2 tegoż artykułu, gdy do izby, w której zamknięto człowieka, wdarła się na skutek powodzi woda, o czym nie wie sprawca, ale wie naturalnie strażnik, co obciąża go elementem szczególnego udręczenia. Oba przykłady dotyczą sytuacji z art. 15, jako że pierwszy odnosi się do następstw czynu (art. 15 § 2), drugi do okoliczności czynu (art. 15 § 1), od których zależy wyższa karalność. W obu przykładach chodzi o elementy czysto „rzeczowe”, natomiast cały problem okoliczności nie czysto rzeczowych, a tym samym w pierwszym rzędzie interesujących w ramach zagadnienia indywidualizacji winy, pozostał nietknięty. Z wywodów dowiadujemy się jedynie tyle, że sprawca może odpowiadać z tytułu winy kombinowanej (art. 230 § 2), podżegacz i pomocnik z tytułu winy umyślnej za przestępstwo zasadnicze (wyjściowe), na które nakłada się u sprawcy

przestępstwo z winy nieumyślnej oraz, że sprawca może odpowiadać za przestępstwo z winy umyślnej typu zasadniczego, zaś pomocnik za przestępstwo z winy umyślnej typu kwalifikowanego. To jest coś, ale niewątpliwie za mało, aby w pełni rozszyfrować przepis art. 16.

Szukamy więc znów pomocy u drugiego referenta, Makowskiego. Autor ten, komentując przepis art. 16, nie wyróżnia zagadnienia podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych. Można sobie to tłumaczyć jego poglądem na przepis art. 293, jako wypowiedź jedynie wyjaśniającą, usuwającą wszelką wątpliwość, a więc nie prawotwórczą. Poza tym znamienne są następujące uwagi (s. 79). W pierwszej podkreśla on, że przepis art. 16 (zapewne chodziło mu o „treść” przepisu) uwzględniony był już w dawniejszym ustawodawstwie dzielnicowym. Przypuszczalnie miał na myśli art. 51 ust. 4 k.k. ros. z 1903 r., który postanawiał: „Szczególne osobiste stosunki i warunki, określające, potęgujące lub zmniejszające karalność kogokolwiek ze współników, nie wpływają na odpowiedzialność innych”. W dalszym ciągu autor wymienia takie okoliczności jak: wiek, recydywa, choroba psychiczna, pobudki czynu, eksces uczestnika, ewentualne skutki działania i swe uwagi kończy słowami: >Wyrażenie „wpływające na karalność czynu” ma na względzie każdy rodzaj wpływu, a więc zarówno zwiększenie karalności, jak jej zmniejszenie, jak nawet całkowite uchylenie<. Nie wchodząc w analizę przepisu art. 51 k.k. ros., trzeba podkreślić kilka kwestii. Trudno powiedzieć, by uwagi autora były bardzo ściśle. Na jego dobro zapisać należy, że odwołuje się tu poprzez nawiązanie do art. 51 k.k. ros. do warunków „osobistych”, wśród których jednak występują i takie, które trudno nazwać osobistymi (np. ewentualne skutki działania). Pomija również to, że art. 51 wyróżnia stosunki i warunki osobiste „określające” karalność czynu, gdy w końcowej uwadze wspomina tylko o tych, które karalność czynu zwiększają, zmniejszają i uchylają. W każdym razie uderza odmienność w komentowaniu art. 16 w porównaniu z uwagami Makarewicza. wreszcie nie można przeoczyć tego, że u Makowskiego spotykamy się z wykładnią, którą następnie podejmuje Śliwiński, a powołaniem się na niego Potępa. tylko że Śliwiński, interpretując przepis art. 16, wyraźnie podkreśla jego niejasność, wobec czego usiłuje on nadać mu pewien sens jednoznaczny. Z tą chwilą ma jednak znów rację Szerer, gdy zarzuca kruchość podstawy argumentacji Potępy, gdy ten ostatni identyfikuje treść przepisu art. 16 z jego rozumieniem przez Śliwińskiego.

Co się zaś tyczy twierdzenia, że przepis art. 16 dałby się wydedukować z przepisu art. 55, to i w tym kierunku można mieć wątpliwości. Przepis art. 55, umieszczony zaraz po przepisie art. 54, wskazuje na konieczność indywidualizowania „sądowego” wymiaru kary, natomiast przepis art. 16 dotyczy chyba „ustawowego” wymiaru kary, którego problematyka wygląda nieco inaczej niż sprawa celowego w stosunku do sprawcy (prewencja szczególna) sądowego wymiaru kary, o który „przede wszystkim” (art. 54) chodzi.

Wydaje się, iż w stosunku do niejasnego przepisu art. 16 wysunąć można jeszcze jeden zarzut, a mianowicie jego umieszczenie w rozdz. II k.k. Przecież zagadnienie indywidualizacji winy ma sens jedynie w ramach wieloosobowego popełnienia przestępstwa, któremu to problemowi (z pominięciem niestety współsprawstwa) poświęcony jest rozdz. IV. Mógłby ktoś powiedzieć, że wstawienie art. 16 do rozdz. II podyktowane było chęcią zespolenia całego zagadnienia winy, a przecież o winie traktuje art. 14 oraz art. 15. Tylko że rozdz. IV i tak nie można było pominąć indywidualizacji, czego wyrazem przepis art. 28, gdzie mowa o odpowiedzialności podżegaczy i pomocników niezależnie od odpowiedzialności (aktualnego czy potencjalnego) sprawcy.

W konkluzji powiedzieć można tylko tyle, że art. 16 jest tak ujęty, iż można mu podsuwać różne sposoby rozumienia. Zważywszy wypowiedzi twórców ustawy, trudno z apodyktyczną pewnością zdecydować, czy przepis ten ma znaczenie dla zagadnienia podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych czy też tego znaczenia nie ma,

względnie czy miał mieć to znaczenie czy też nie. Wspomniana indywidualizacji winy to raczej hasło niż jednoznaczna dyrektywa dla problemów, które tu wchodzi w rachubę.

5. Wobec tego nie pozostaje nic innego jak próbować podejść do zagadnienia nieco inaczej, traktując zagadnienie indywidualizacji właśnie tylko jako hasło, wymagające szczegółowego rozprawienia.

a) Nie kwestionując klasy przestępstw indywidualnych (właściwych), zbadajmy czy problematyka podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych jest wyłączną właściwością tych właśnie przestępstw czy też nie. Nikt nie zaliczy np. przestępstwa z art. 207 czy 208 do klasy przestępstw indywidualnych, a przecież sprawcą przestępstwa z art. 207 może być jedynie ten, kto „z chęci zysku” ofiaruje się osobie tej samej płci do czynu nierządowego; przestępstwem jest nie homoseksualizm ale prostytutka homoseksualna. Załóżmy teraz, że ktoś nakłania inną osobę, aby ona uprawiała prostytutkę homoseksualną; czy nie będziemy go karali dlatego ponieważ po jego stronie nie zachodzi żadna chęć zysku, czyli będziemy go karali dopiero wtedy, gdy również po jego stronie zachodzi chęć zysku, co wszak praktycznie jest łatwo możliwe? Czy będziemy go karali również wtedy, gdy po jego stronie zachodzi chęć zysku, natomiast sprawca stosunku homoseksualnego działa bez chęci zysku, co jest wszak również praktycznie możliwe?

Co do pierwszego pytania, to nie widzę powodu, dlaczego podżegacz do prostitucji homoseksualnej miałby być bezkarny, chociaż nie kieruje nim chęć zysku, skoro nakłania do popełnienia przestępstwa. Jeżeli i on działa z chęci zysku, to wydaje się, że zachodzi tu nie tylko nakłanianie do prostitucji homoseksualnej ale w danym wypadku również inne przestępstwa. Natomiast odnośnie drugiego pytania widzę tu tylko przestępstwo z art. 209, natomiast nie podżeganie do prostitucji homoseksualnej (art. 207 w związku z art. 26). Jeżeli tak jest, to dlaczego nie miałby odpowiadać podżegacz czy pomocnik do przestępstwa indywidualnego, chociaż sam nie jest zdalny na sprawcę takiego przestępstwa. Słusznie podkreśla, jak to już zaznaczyłem, Papierkowski, że nie ma przeszkód teoretycznych do przyjęcia karalności podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych, nie ma ich również wtedy, gdy przestępstwo nie jest indywidualne, ale pewne elementy ściśle osobiste (chęć zysku) stanowią warunek konieczny danego typu przestępstwa.

Zaryzykuję jeszcze dalszy krok. Do przestępstwa kradzieży potrzeba, aby sprawca zabierał cudze mienie ruchome „celem przywłaszczenia”. Kto nakłania inną osobę, aby ta osoba zabrała cudze mienie celem przywłaszczenia go sobie będzie odpowiadał za podżeganie do kradzieży, chociaż nie ma po jego stronie chęci przywłaszczenia. A gdyby również podżegacz chciał korzystać z owoców kradzieży, to chyba ukaramy go jako podżegacza z tym, że udział w zysku stanowić może okoliczność obciążająca. Gdyby natomiast podżegacz działał celem przywłaszczenia sobie mienia zabranego, zaś sprawca zabrał to mienie, nie wiedząc nic o tym, że podżegacz chce sobie mienie zabrane przywłaszczyć, to sprawca nie popełniłby żadnego przestępstwa, a odpowiadałby tylko podżegacz.

Przechodząc teraz do analizy tych podanych przypadków, jestem zdania że popełnia się błąd, gdy się przyjmie, że wszystko co subiektywne musi być wyłącznie zagadnieniem winy. Chęć zysku w przypadkach art. 207 jest podmiotowym znamieniem ale już samego czynu przestępnego, znamieniem, które samemu czynowi nadaje szczególny sens; co innego prostytutka homoseksualna, co innego zabór cudzego mienia bez chęci przywłaszczenia, co innego zabór cudzego mienia celem przywłaszczenia. Że takie podmiotowe znamię rzutuje następnie na winę (tzw. *dolus coloratus*), przesądzając w szczególności winę umyślną, to inna sprawa, która nie koliduje z tym, że wyciska ono piętno również na znaczeniu samego czynu. I właśnie dlatego bez jakiegokolwiek akcesoryjności winy podżegacz i pomocnik będą odpowiedzialni, chociaż ten czynnik podmiotowy u nich nie zachodzi, jeżeli przyłożyli się do popełnienia tak subiektywnie zabarwionego czynu przez sprawcę.

b) A teraz kwestia druga. Całe zagadnienie koncentruje się na problemie pewnych okoliczności związanych z osobą sprawcy. Doktryna od dawien dawna odróżnia dwie grupy takich okoliczności, a mianowicie okoliczności osobisto-rzeczowe, które choć związane z osobą tworzą pewną sytuację obiektywną, z którego to powodu nazywane są „przedmiotowymi” (ale nie rzeczowymi). Od strony negatywnej można o nich powiedzieć, że nie polegają one na jakichś stanach czy przeżyciach psychicznych. Tu należeć będą właśnie okoliczności decydujące o charakterze przestępstwa indywidualnego (właściwego czy niewłaściwego), a więc okoliczności jak „urzędnik”, „osoba sprawująca zarząd nad mieniem społecznym lub odpowiedzialna w związku z zajmowanym stanowiskiem albo sprawowaną funkcję za ochronę, przechowanie lub zabezpieczenie tego mienia”, itd. Do drugiej grupy należeć będą okoliczności ściśle osobiste, czyli takie, które cechuje jakiś stan czy przeżycie psychiczne, jak np. stan psychiczny kobiety rodzącej, złośliwość, chęć przysporzenia sobie korzyści, chęć przywłaszczenia, chęć zysku itd. Okoliczności zarówno pierwszej jak i drugiej grupy spełniać mogą dwie różne funkcje: albo decydują one o przestępczości czynu, decydują o typie przestępstwa, stanowić więc będą okoliczności konstytutywne, albo nie będą one decydowały o typie przestępstwa, dokonując jedynie modyfikacji typu przez przesunięcie do klasy typów kwalifikowanych czy uprzywilejowanych, stanowiąc więc okoliczności (tylko) modyfikujące. Tak np. przynależność do klasy „urzędników” stanowi okoliczność osobisto-rzeczową natury konstytutywnej dla przestępstw urzędniczych właściwych, zaś natury modyfikującej dla przestępstw urzędniczych niewłaściwych (art. 291), obowiązek osobisty opieki lub nadzoru stanowi okoliczność osobisto-rzeczową natury konstytutywnej dla przestępstw z art. 200, obowiązek osobisty troszczenia się lub nadzoru stanowi okoliczność osobisto-rzeczową natury modyfikującej w ramach przestępstwa z art. 242. Chęć osiągnięcia korzyści majątkowej jest okolicznością ściśle osobistą natury konstytutywnej dla przestępstwa z art. 264, zaś natury modyfikującej dla przestępstwa z art. 286. Co do chęci zysku, to jest ona okolicznością czysto osobistą natury konstytutywnej dla przestępstw z art. 207, 208; w k.k. nie spotykamy chęci zysku jako czynnika modyfikującego pewne typy przestępstw, czyni to dla wszystkich przestępstw, dla których chęć zysku nie jest znamieniem konstytutywnym, przepis art. 42 § 2, który poprzez dodanie do kary pozbawienia wolności drugiej kary, a mianowicie grzywny, podkreśla wyższy stopień takiego przestępstwa.

Dopiero na tej podstawie spróbuję przejść do zagadnienia podżegania i pomocnictwa przy uwzględnieniu okoliczności osobisto-rzeczowych oraz ściśle osobistych jak i ich funkcji.

c) Wydaje się, iż odróżnić należy dwie sytuacje: jedną gdy okoliczność osobisto-rzeczowa albo również czysto osobista stanowi znamię konstytutywne dla typu przestępstwa, druga – gdy w grę wchodzi jedynie znamię modyfikujące, przy czym tutaj kwestia, czy jest to znamię osobisto-rzeczowe, czy też ściśle osobiste nie jest już obojętne; to ostatnie dlatego, że przy cesze modyfikującej okoliczność ściśle osobista rzutuje tylko na winę, natomiast okoliczność osobisto-rzeczowa właśnie jako przedmiotowa również ma charakter samego czynu.

A więc, jeżeli chodzi o okoliczności konstytutywne (osobisto-rzeczowe lub czysto osobiste), to podżegacz i pomocnik powinni odpowiadać za typ przestępstwa sprawcy (o tych cechach konstytutywnych), gdy nakłaniano czy pomagano do czynu sprawcy nacechowanego tymi okolicznościami osobistymi, zaś u nich samych te znamiona nie występowały. Czyli podżegacz i pomocnik nie będący urzędnikiem powinien odpowiadać za nakłanianie czy pomocnictwo do przestępstwa urzędniczego właściwego – podżegacz i pomocnik nie działający z chęci zysku winien odpowiadać za nakłanianie czy pomoc do prostytucji homoseksualnej.

W przypadkach, w których u podżegacza czy pomocnika zachodzą te same okoliczności osobisto-rzeczowe czy ściśle osobiste, które stanowią znamię konstytutywne działania sprawcy, to może to stanowić okoliczność obciążającą do uwzględnienia w ramach art. 54;

wszak np. urzędnik przełamuje wtedy obowiązek, ciążyący na nim jako na urzędniku, a prócz tego przykładu wtedy rękę do przełamania obowiązku, ciążyącego na sprawcy, nakłaniający do prostytucji homoseksualnej, do której istoty wchodzi chęć zysku, działa sam z chęci zysku, wobec czego – choć wygląda to trochę paradoksalnie – można ukarać go również i grzywną (art. 42 § 2), czego nie można zrobić w stosunku do sprawcy wobec ustawowego zagrożenia karą pozbawienia wolności za czyn popełniony z chęci zysku.

O ile natomiast taka okoliczność osobisto-rzeczowa czy czysto osobista zachodzi tylko u podżegacza lub pomocnika, ale nie u sprawcy, to odpada odpowiedzialność za podżeganie czy pełnomocnictwo do przestępstwa nacechowanego konstytutywnymi okolicznościami osobistymi. Natomiast w grę wejść może w pewnych warunkach odpowiedzialność za jakieś inne przestępstwo. Ojciec, który nakłania jakiegoś mężczyznę do stosunku cielesnego ze swoją (ojca) córką, nie może odpowiadać za kazirodztwo. Natomiast ten, kto z chęci zysku nakłania kogoś do stosunku homoseksualnego (nie prostytucji homoseksualnej) będzie chyba odpowiadał za czerpanie zysku z cudzego nierządu (art. 209), ale nie za przestępstwo prostytucji homoseksualnej w postaci zjawiskowej podżegania.

Tak przedstawia mi się zagadnienie podżegania i pomocnictwa w związku z przestępstwami o konstytutywnych cechach osobisto-rzeczowych lub czysto osobistych. Nie dostrzegam w takim ujęciu żadnej kolizji z wyraźnymi przepisami k.k. oraz z postulatami indywidualizacji winy jak i racjonalnej polityki kryminalnej.

Przechodzę teraz do grupy drugiej okoliczności tylko modyfikujących. Jeśli chodzi o okoliczności osobisto-rzeczowe natury modyfikującej, to stanowisko moje wiąże się z charakterem tych okoliczności, które chociaż związane z osobą mają jednak cechę obiektywną. Jeżeli ktoś nakłania urzędnika do przestępstwa urzędniczego niewłaściwego (art. 291), to nie widzę powodu, dla którego miałby on odpowiadać tylko za odnośne przestępstwo pospolite w postaci zjawiskowej podżegania, zważywszy, że takim nakłanianiem inicjuje przełamanie przez urzędnika jego obowiązków; to zaś tym bardziej, że ma on odpowiadać również za przestępstwo urzędnicze właściwe, gdzie przecież właśnie te obowiązki odgrywają decydującą rolę.

Jeżeli taka okoliczność osobisto-rzeczowa zachodzi również u podżegacza czy pomocnika, np. podżegacz czy pomocnik jest sam urzędnikiem, to chyba Stanowic to powinno znów w ramach wymiaru kary okoliczność obciążającą jako że przełamane tu zostają obowiązki urzędnicze sprawcy oraz podżegacza czy pomocnika.

Pozostaje trzecia możliwość, że ta okoliczność osobisto-rzeczowa natury kwalifikującej zachodzi tylko u podżegacza lub pomocnika, ale nie zachodzi u sprawcy. Pewne jest to, że podżegaczowi czy pomocnikowi przypisać można odpowiedzialność za przestępstwo niekwalifikowane w postaci zjawiskowej podżegania czy pomocnictwa. Nasuwa się jednak pytanie, czy nie może on odpowiadać za przestępstwo kwalifikowane w postaci zjawiskowej podżegania czy pomocnictwa? Jeżeli na podżeganie czy pomocnictwo patrzeć będziemy tylko jako na sprawstwo *sensu largo*, to skłonni będziemy przyjąć możliwość odpowiedzialności za przestępstwo kwalifikowane, o ile naturalnie ten czynnik kwalifikujący pozostaje w łączności z przestępstwem sprawcy; np. kierownik sklepu społecznego nakłania trzecią osobę do kradzieży w tym sklepie, w której to kradzieży nie jest osobiście zainteresowany (zakładając, że taki przypadek jest możliwy); gdyby natomiast chodziło o kradzież w innym sklepie, sytuacja uległaby zmianie. Może bardziej jaskrawo zaznaczyłby się ten przypadek właśnie nie przy podżeganiu ale przy pomocnictwie, jako że pomoc czynna sensownie bliższa jest sprawstwu niż podżeganie. Z drugiej jednak strony przeoczyć nie można, że podżegacz czy pomocnik nakłania względnie pomaga do przestępstwa pozbawionego kwalifikującego znamienia osobisto-rzeczowego, a nie do kwalifikowanego przestępstwa. Rozstrzygnięcie tej kwestii nie jest łatwe. Sądzę, że jednak odpowiedzialność podżegacza czy pomocnika za kwalifikowane przestępstwo jest poprawniejsza i lepiej odpowiada potrzebom kryminalno-

politycznym. Jeżeli w poprzedniej grupie analogiczny wypadek (okoliczność konstytutywna zachodzi tylko u podżegacza czy pomocnika) prowadził do innego rozwiązania, to wiąże się to właśnie z charakterem znamienia konstytutywnego, które nie da się przesunąć tylko do podżegaczy czy pomocnika, jeżeli nie zachodzi u sprawcy.

Wreszcie zanalizować trzeba sytuację, w której znamię modyfikujące jest okolicznością czysto osobistą. W tym przypadku czynnik osobisty będzie wpływał na odpowiedzialność tylko tej osoby, u której zachodzi. A więc sprawca może odpowiadać za typ kwalifikowany czy uprzywilejowany zaś podżegacz czy pomocnik tylko za typ zasadniczy, i na odwrót, sprawca może odpowiadać za typ zasadniczy, zaś podżegacz czy pomocnik za typ kwalifikowany czy uprzywilejowany. Np. sprawca działa z chęci zysku, podżegacz czy pomocnik nie, albo na odwrót. Sprawca odpowiada za zabójstwo uprzywilejowane z art. 226, podżegacz czy pomocnik za zwykłe zabójstwo z art. 225. Odwrotna sytuacja jest w tym ostatnim przypadku niemożliwa, gdyż nie byłoby wtedy powiązania między stanem psychicznym podżegacza a sytuacją, w której sprawca popełnia przestępstwo z art. 225. To że nakłaniającą jest kobieta rodząca, nie ma żadnego związku z zabójstwem z art. 225 dokonany przez inną osobę na trzeciej osobie. Nawet jeśliby kobieta w okresie porodu i będąc pod wpływem porodu nakłaniała inną kobietę rodzącą do popełnienia dzieciobójstwa, to nie widzę powodu, dlaczego miałaby ona odpowiadać uprzywilejowanego przepisu art. 226, skoro nie chodzi o jej dziecko. Natomiast jest rzeczą możliwą, że sprawca dokona zabójstwa pod wpływem silnego wzruszenia (art. 225 § 2), natomiast podżegacz czy pomocnik odpowiadać będą za zwykłe zabójstwo z art. 225 § 1, i na odwrót nie widzę przeszkód do przyjęcia silnego wzruszenia tylko np. u podżegacza ale nie u sprawcy. Rzecz jasna, iż czynnik ściśle osobisty może zachodzić zarówno u sprawcy jak i u podżegacza czy pomocnika. Czyli w tych przypadkach będziemy mieli do czynienia z zupełnie wyraźną indywidualizacją winy.

Jak z tych postulowanych rozwiązań wynika, sprawa nie jest tak prosta. Pewne rozwiązania mogą być dyskusyjne, gdyż materia jest delikatna. W każdym razie nie widzę, aby takie rozwiązania pozostawały w jakiejś kolizji z przepisami k.k., oraz z zasadą indywidualizacji winy.

6. Przy takim podejściu do problemu – rozstrzygnięcie Sądu Najwyższego uznać należy za trafne. W grę weszła okoliczność osobisto-rzeczowa po stronie sprawcy, która rzutuje na odpowiedzialność podżegacza czy pomocnika. A jeżeli względy socjologiczne, przedstawione przez Szarera, a sygnalizowane przez Sąd Najwyższy w postaci podkreślenia wyższego stopnia społecznego niebezpieczeństwa czynu podżegacza czy pomocnika, to rozwiązanie popierają, to tym lepiej dla rozważań prawniczych, których nie konstruuje się zresztą w próżni, a które w postaci postulatów kryminalno-politycznych i w tych rozważaniach były brane w rachubę.

7. Pozostaje kwestia ostatnia, którą glosatorzy nie zajęli się bliżej. Sąd Najwyższy w swojej uchwale podkreśla charakter przedmiotowy (czyli właśnie osobisto-rzeczowy) okoliczności modyfikującej, kształtującej typ kwalifikowany zagarnięcia mienia społecznego z art. 2 § 1 ustawy czerwcowej, odrzuca możliwość zastosowania art. 16, który, jak z tego wynika, odnosi się jego zdaniem jedynie do okoliczności ściśle osobistych; przyjmując następnie przedmiotowy charakter tych okoliczności kwalifikujących, stosuje się przepis art. 15 § 1 do odpowiedzialności podżegacza i pomocnika, co znaczy, że podżegacz i pomocnik odpowiadają za typ kwalifikowany już wtedy, gdy „powinni” byli wiedzieć o tej kwalifikacji. Już Makarewicz w swoim komentarzu (uwagi do art. 26) podkreśla, że możliwe jest podżeganie i pomocnictwo w stosunku do przestępstwa z art. 230 § 2 (*culpa dolo exorta*), i na tym stanowisku stanęło również orzeczenie z 3.I.1935 r. (Zb. O. 308/35). Jednak nie można pominąć tego, że w związku z przestępstwami o winie kombinowanej (*culpa dolo exorta*) zagadnienie ogranicza się do zwyczajnie do przypadków z art. 15 § 2, a więc do przypadków

„następstw”, a nie do przypadków „okoliczności” (art. 15 § 1) kwalifikujących, które w tym problemie obecnie rozważanym odgrywają decydującą rolę, jako że okoliczności osobiste (osobisto-rzeczowe czy ściśle osobiste) nie mogą nigdy przybrać charakteru następstw, co możliwe jest w ramach okoliczności czysto rzeczowych.

Wydaje się, że tej sprawie należy poświęcić kilka słów wyjaśnień.

a) Już poprzednio zwrócono uwagę na to, że twórcy kodeksu karnego z 1932 r. nie zajęli się bliżej tą sprawą w analizach komentatorskich. Nie chodzi teraz o to, że np. Makarewicz w ramach art. 16 cytuje przykłady z art. 15, ale o to, że nastawiając przykłady na brak świadomości ze strony pomocnika czy podżegacza (przykład z przerwaniem ciąży ze skutkiem śmiertelnym) względnie na brak świadomości ze strony sprawcy (przykład z ograniczeniem wolności), pozostawia zupełnie na uboczu sprawę odpowiedzialności tych osób w przypadkach „powinności” przewidywania czy wiedzy, co przecież jest właśnie istotne dla problemu winy kombinowanej.

Jeżeli więc teraz włączymy ten problem winy kombinowanej do stosunku podżegacz, pomocnik – sprawca w zakresie okoliczności (nie następstw) kwalifikujących, to wskazana jest pewna analiza kontrolna z następującego powodu.

Jest wprawdzie rzeczą bezsporną, że podżegać i pomagać można tylko „umyślnie” za względu na immanentny „nakłanianiu” czy „pomaganiu” czynnik subiektywny, który tym wyrażeniom nadaje dopiero właściwy sens. Sporne jest wciąż, czy możliwe jest podżeganie i pomocnictwo do przestępstw „nieumyślnych” w ogóle. Nie tu miejsce rozważać tę kwestię. Moje zapatrywania pokrywają się w tym kierunku w pełni z poglądem Makarewicza, który w swym komentarzu podkreśla wyraźnie, że na gruncie kodeksu karnego przyjąć należy możliwość odpowiedzialności podżegaczy czy pomocników do przestępstw nieumyślnych (uwagi do art. 26). Jest przy tym rzeczą bardzo znamioną, iż autor ten tłumaczy, że „umyślność” (zamiar) to nie „wina umyślna”, czyli że wyraz „zamiar” w art. 28, na który powołują się przeciwnicy podżegania i pomocnictwa do przestępstw nieumyślnych, nie stoi na przeszkodzie przyjęciu podżegania i pomocnictwa do przestępstwa nieumyślnego.

Jeżeli możliwe jest podżeganie i pomocnictwo do przestępstw nieumyślnych, to tym samym możliwe jest podżeganie i pomocnictwo do przestępstw z winy kombinowanej. Nie mniej nie można przejść do porządku dziennego nad sprawą odróżnienia „następstw” od „okoliczności”. Co do następstw o charakterze zawsze rzeczowym sprawa jest prosta. Natomiast pewnego wyjaśnienia domaga się zagadnienie winy kombinowanej co do „okoliczności” kwalifikujących w ramach podżegania czy pomocnictwa.

b) Nasuwa się bowiem pytanie, czy przyjęcie odpowiedzialności podżegacza oraz pomocnika za typ kwalifikowany ze względu na okoliczność osobisto-rzeczową (przedmiotową) już w przypadku, gdy o tej okoliczności „powinni” byli wiedzieć, czyli nie wiedzieli, jest co do nich odpowiedzialnością z tytułu winy kombinowanej, a nie przypadkiem nieumyślnym podżeganiem czy pomocnictwem, a więc konstrukcją logicznie niedopuszczalną i pociągającą za sobą dalszą konsekwencję; skoro bowiem przepisu art. 15 nie można dzielić na część w tej sytuacji stosowalną (gdy wiedzieli) i część niestosowalną (gdy nie wiedzieli), gdyby to było nieumyślne podżeganie czy pomocnictwo, to cały przepis art. 15 musiałby zostać wyłączony dla rozwiązywania obecnie omawianego problemu. Otóż analiza próbna wykazuje, że podżeganie i pomocnictwo do typu kwalifikowanego przez okoliczność osobisto-rzeczową sprawcy w przypadkach niewiedzy o tej kwalifikacji po stronie podżegacza czy pomocnika a powinności tej wiedzy posiada cechy przestępstwa o winie kombinowanej, a nie jest jakimś nieumyślnym podżeganiem czy pomocnictwem.

Podżegacz (czy pomocnik) nakłania (pomaga) umyślnie w przypadku z art. 2 § 1 ustawy czerwcowej do (umyślnego) zagarnięcia mienia społecznego (art. 1 § 1 ustawy) w warunkach, w których powinien był wiedzieć, że zachodzi szczególny obowiązek sprawcy do mienia społecznego. Trudność, jaka się tu nasuwa, wynika – i to trzeba podkreślić – nie tylko ze

zastosowania art. 15 do podżegacza (pomocnika), ale z istoty art. 15 § 1, o ile on również co do sprawcy nastawiony jest na winę kombinowaną pod kątem widzenia nie następstwa ale okoliczności podwyższającej karalność czynu. Jeżeli mianowicie art. 2 § 1 ustawy czerwcowej jest typem kwalifikowanym przestępstwa z art. 1 § 1 ustawy, a merytorycznie jest nim niewątpliwie, to sprawca zagarnięcia mienia społecznego, na którym ciąży szczególny obowiązek osobisty, o którym mówi § 1 art. 2 ustawy, odpowiada po myśli art. 15 § 1 k.k. już wtedy, gdy powinien był wiedzieć, że taki obowiązek na nim ciąży z racji zarządu czy sprawowania funkcji. Pomijając, czy praktycznie taki przypadek niewiedzy i powinności wiedzy jest możliwy, powstaje tą drogą swoista postać winy kombinowanej, o nieco innym obliczu niż powinności przewidywania kwalifikującego następstwa. W tym ostatnim bowiem przypadku jasno odcina się wina umyślna odnośnie do skutku zasadniczego (typ zasadniczy) oraz wina nieumyślna odnośnie do dalszego skutku (następstwo), w szczególności wtedy, gdy spowodowanie tego dalszego następstwa z winy nieumyślnej nie musi przejść przez etap umyślnego przestępstwa, jak to ma np. miejsce przy przestępstwie nieumyślnego zabójstwa, które nie musi być zawsze dalszym wynikiem umyślnego przestępstwa, w przeciwieństwie do przypadków z art. 230 § 2 k.k. Natomiast w przypadkach okoliczności kwalifikujących składnik winy nieumyślnej w ramach winy kombinowanej dotyczy statycznego znamienia ustawowego określenia czynu, którego urzeczywistnienia nie podobna usamodzielnąć jako nieumyślnie zawinonego czynu zakazanego. Błąd – bo przecież na nim zasadza się cała nieumyślność – jest tu więc integralnie wpleciony w umyślną realizację czynu zakazanego, powodując cięższy stopień odpowiedzialności, jako że jest zawiniony. W rozważanym przypadku przestępstwo z winy umyślnej co do zagarnięcia mienia społecznego splata się z niewiedzą co do szczególnego obowiązku w stosunku do mienia społecznego, który to stosunek powinien być sprawcy znany, i pociąga za sobą odpowiedzialność za zagarnięcie mienia społecznego z przełamaniem szczególnego obowiązku wynikającego z tego stosunku, tak jak w przypadkach, w których ten obowiązek jest sprawcy znany.

Można mieć zastrzeżenia, czy taka konstrukcja winy kombinowanej jest szczęśliwym pociągnięciem kodeksu karnego, ale to spawa odrębna. Obecnie chodzi jedynie o to, że koncepcja ta przeniesiona być musi na stosunki: podżegacz i pomocnik-sprawca. Różnica jest tylko ta, że teraz na podżegacza czy pomocnika spada zarzut, że oni powinni byli wiedzieć o szczególnym obowiązku sprawcy w stosunku do mienia społecznego. Praktyczna możliwość niewiedzy po tej stronie podżegacza czy pomocnika oraz powinności tej wiedzy jest tutaj znacznie bardziej realna niż przy samym sprawcy. Czyli podżegacz (pomocnik) nakłania (pomaga) do umyślnego zagarnięcia mienia społecznego osobę, o której powinien wiedzieć, że jest osobą szczególnie zobowiązaną w stosunku do mienia społecznego, analogicznie jak sprawca zagarnięcia mienia społecznego, który nie wie, że na nim ciąży szczególny obowiązek troski o to mienie, odpowiada za zagarnięcie mienia społecznego z przełamaniem tego szczególnego obowiązku, jeżeli powinien był sobie zdawać sprawę ze swojego stosunku do tego mienia. To, że podżegacz czy pomocnik nie wie o szczególnym stosunku sprawcy do mienia społecznego, nie czyni z ich zachowania się nieumyślnego podżegania czy nieumyślnej pomocy; oni umyślnie nakłaniają czy pomagają do zagarnięcia mienia społecznego w sytuacji, w której powinni wiedzieć, że to zagarnięcie realizuje osoba o szczególnym stosunku do tego mienia społecznego. Do tego sprowadza się problem podżegania czy pomocnictwa przy typach kwalifikowanych ze względu na szczególne okoliczności, jak to normuje art. 15 § 1 k.k.

Nie taję, że osobiście wolałbym, aby zagadnienie winy kombinowanej w ogóle było ograniczone do dalszych następstw czynu, a nie rozciągało się również na okoliczności czynu, i to nie tylko do podżegaczy czy pomocników ale naturalnie również sprawców.

8. Sąd Najwyższy już w 1933 r. (orzeczenie z 16.II.1933 Zb. O. 72/33) orzekł, że kodeks karny nie wyklucza konstrukcji prawnej podżegania do przestępstwa z winy

nieumyślnej. W wyroku z 12.XI.1959 r. V K 1080/59 (Państwo i Prawo z. 11/61) przyjął pomocnictwo do przestępstwa z winy nieumyślnej. Wytyczne wymiaru sprawiedliwości i praktyki sądowej z 22.VI.1963 r. w sprawach przestępstw drogowych wypowiedziały się w ustępie V za możliwością odpowiedzialności z tytułu przestępstwa nieumyślnego nakłaniającego czy pomagającego. Powyżej rozważana uchwała z 1961 r. stwierdziła możliwość odpowiedzialności podżegaczy czy pomocników w ramach art. 15, a więc odnośnie winy kombinowanej. Linia Sądu Najwyższego jest więc w tym kierunku konsekwentna. Odmiennie postąpiła Izba Wojskowa, która w postanowieniu z 11.XII.1963 r. Rw 1374/63 (O.S.N. seria karna nr 4/1964) orzekła, że nie istnieje podżeganie i pomocnictwo do przestępstwa nieumyślnego, zastępując je związaną z teorią udziału (w cudzym) przestępstwie koncepcją sprawstwa pośredniego. W związku z obecnie rozważanym przypadkiem odpowiedzialności za typ kwalifikowany ze względu na osobisto-rzeczowe kwalifikacje sprawcy przy niewiedzy podżegacza czy pomocnika o tej kwalifikującej właściwości sprawcy takie przejście na sprawstwo pośrednie byłoby z natury rzeczy niemożliwe.

III.

Ponieważ, rozpoczynając te rozważania, wyszedłem od problemu podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych, więc kończąc je, chcę do tego zagadnienia powrócić, aby w związku z tym wypowiedzieć pewną uwagę ogólną. W pełni zgadzam się z Papierkowskim, gdy broni on stanowiska konieczności przestrzegania przepisów ustawy, dodaję tylko jedno zastrzeżenie, a mianowicie, że uzależniam to od tego, aby przepis ustawy był zupełnie jednoznaczny względnie wyciągnięte z niego wnioski opierały się na argumentach logiki prawniczej. Jeżeli tak nie jest, czyli zachodzi możliwość odmiennej interpretacji a względy teleologiczne wskazują na rozumienie bardziej racjonalne, to wykładni celowościowej przyznaję przewagę, czyli usztywnienie stanowiska ze względów ściśle formalnych nie przemawia do mego przekonania. Już sam fakt, że można przy pomocy argumentów rzeczowych, odpowiednio uzasadnionych dyskutować na temat podżegania czy pomocnictwa do przestępstw indywidualnych, jest dla mnie racją dostateczną, aby się oświadczyć po stronie tej, która może się powołać na wskazania celowościowe, brakujące przeciwnemu stanowisku, które raz nie przyjmuje możliwości podżegania i pomocnictwa do przestępstw indywidualnych, innym razem na taką koncepcję się zgadza i ją drogą szczególnych przepisów normatywnych ustala.